

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

REVISTA DE

DERECHO

AÑO XLVI — Nº 167

ENERO - DICIEMBRE DE 1979

ESCUELA DE DERECHO

CONCEPCIÓN—CHILE

LA LIBRE COMPETENCIA Y SU REGULACION EN EL DERECHO DE LAS COMUNIDADES ECONOMICAS EUROPEAS.

RICARDO SANDOVAL LOPEZ
Departamento de Derecho Privado
Universidad de Concepción

1.—INTRODUCCION.—El objeto de un Mercado Común es el de crear un mercado interior para la libre circulación de los bienes y servicios. La supresión de las barreras aduaneras es la primera condición de ese mercado interior único. Sin embargo, la eliminación de los derechos aduaneros y de las restricciones cuantitativas a los intercambios dentro de la Comunidad no bastan para crear un mercado interior libre de trabas, medios de discriminación, de distorsión distintos de los aduaneros y tan temibles como éstos, pueden falsear o suprimir la competencia, impedir la libertad real de circulación de las mercaderías. Las barreras aduaneras pueden reemplazarse por barreras fiscales, tarifarias, técnicas, financieras, etc.

El Tratado de Roma que instituye la Comunidad Económica Europea es de inspiración neo-liberal, como lo era ya el Tratado que creó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, firmado seis años antes (1). En consecuencia, los Estados que forman la Comunidad confiaron en las virtudes de la economía liberal de mercado, para orientar el funcionamiento del Mercado Común hacia la realización de sus objetivos. El desarrollo técnico, la expansión de los intercambios y el mejoramiento del nivel de vida, deben resultar de la acción de las empresas, dentro de las cuales se comprende también las públicas, desenvolviéndose sin trabas en un mercado ampliado. En este marco, los productores deben estar en condiciones de desarrollar libremente sus ofertas y detectar su clientela y los consumidores de elegir entre productos y servicios de acuerdo con sus calidades y precios, éstos últimos reflejando en sí mismos las fluctuaciones de la oferta y de la demanda, si no automáticamente, al menos a través de las decisiones de las empresas jurídicamente libres de tomarlas en cuenta.

Para asegurar el mantenimiento de la libertad de elección y de decisiones, la Comunidad ha emprendido una política de competencia comercial fundada en los mecanismos que contempla el Tratado que la instituye. Las disposiciones del Tratado de Roma definen las acciones de las empresas (arts. 85 a 95) o de los Estados que impiden, restringen o falsean la competencia y las prohíben, bajo reserva de excepciones que ellas mismas determinan. Son las reglas de fondo del derecho de la competencia comercial o lo que un autor llama "el derecho antitrust europeo" (2). Los autores del Tratado se preocuparon también de

(1) Goldman, Berthold: "Droit Commercial Européen". Dalloz. 2^a edición París. 1971. N° 218, pág. 233.

(2) Guyénot, Jean-Pierre: "Droit Antitrust Européen", Presses de L'Université du Québec, Montreal. Canadá 1973, pág. 6.

crear las modalidades de aplicación de las reglas de la competencia comercial como asimismo la forma de ponerlas en marcha.

La aplicación del derecho de la competencia comercial está asegurada, en todos los casos, por un organismo comunitario, la Comisión y bajo el control de la Corte de Justicia de las Comunidades Económicas Europeas, que es también competente para interpretarlas. Las autoridades de los Estados miembros, de acuerdo con una repartición o combinación de competencia determinada por el Tratado y por los Reglamentos del Consejo, están asimismo habilitadas para aplicar estas normas.

Tanto a nivel de las reglas de fondo contenidas en el Tratado, como a nivel de las reglas de procedimiento elaboradas por el Consejo y en su aplicación concreta por los órganos comunitarios y estatales, el derecho europeo de la competencia comercial traduce una política de la Comunidad, al mismo tiempo que constituye su instrumento de realización. No es sorprendente constatar, por ende, que a partir de los textos invariables del Tratado de Roma, el contenido de este derecho pueda precisarse y evolucionar en función de los objetivos de la política económica de la Comunidad y de los Estados, progresivamente definidos por los mismos. El tratamiento jurídico de la cooperación entre las empresas y el de la concentración de las mismas, proporciona un buen ejemplo de ese lazo entre la política y el derecho de la competencia.

El campo de aplicación de las normas relativas a la competencia comercial queda limitado a los comportamientos de las empresas que son "susceptibles de afectar" (arts. 85 y 86 del Tratado) y a las intervenciones de los Estados, "el comercio o los intercambios entre Estados miembros de la Comunidad". (art. 96 del Tratado).

Sin duda que esos comportamientos o intervenciones contra la competencia comprometen muy especialmente el establecimiento y mantenimiento del Mercado Común, desde que ellos tienden a "tabicar" los mercados nacionales o a favorecer las empresas provenientes de tal o cual de los Estados miembros de la Comunidad. Pero, si se admite que la libre competencia es el motor de la expansión económica en el mercado sin fronteras interiores, las reglas, que tienen por objeto garantizar su mantenimiento, deberían aplicarse a todos los intercambios que se desarrollen al interior de ese mercado, sin consideración de su división en mercados nacionales. Así por ejemplo un acuerdo de fijación de precio, sólo aplicable a las ventas que se realicen en Francia, restringe la competencia y reduce los beneficios en una parte importante del mercado común, en detrimento de más de una cuarta parte de la población de la Comunidad Europea (3). Por hipótesis tal acuerdo retarda o limita, al interior del Mercado Común, el progreso económico que se alcanza con la competencia. Racionalmente entonces el derecho comunitario de la competencia comercial no debería desinteresarse de este acuerdo, so pretexto que él no tiene un afecto sino dentro de las fronteras francesas, cuando precisamente lo que se ha fijado como meta es quitarle a esas fronteras su significación económica.

En cambio, en el derecho de la competencia en el marco de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, las reglas se aplican indistintamente a los actos y prácticas que afecten o no los intercambios entre

(3) Goldman, Berthold: Ob. cit., N° 220, pág. 236.

los Estados miembros. Pero, como apunta Goldman (4), "lo que fue posible en 1951 en un contexto político no mucho menos contrario a una cierta "dosis" de supranacionalidad y para dos categorías de productos, no lo ha sido, sin duda, en 1957, cuando los Estados eran más reticentes a consentir abandonos de soberanía y para el conjunto de bienes y servicios".

Por otra parte, no podemos perder de vista que los países europeos se encontraban en vías de dotarse de una legislación completa sobre la práctica contra la competencia comercial, antes de la firma del Tratado de Roma. Tal es el caso particular de Alemania Federal que, con fecha 27 de julio de 1957, promulgó su legislación antitrust, siguiendo las experiencias americanas de más de medio siglo en la materia. El legislador francés había desarrollado el principio tradicional de la libertad de comercio y de industria, agregando a las antiguas normas del art. 419 del Código Penal, que sanciona el delito de asociación ilícita, nuevas reglas relativas a las ententes, introducidas en la Ordenanza de 30 de junio de 1945, sobre los precios, por el Derecho de 9 de agosto de 1953 (5). Holanda, por su parte, venía de refundir su legislación sobre la materia por ley sobre la Competencia Económica de 28 de junio de 1956, que había derogado las normas anteriormente existentes. En Bélgica, por último, estaba en discusión la ley que fuera promulgada más tarde el 27 de mayo de 1960, sobre la protección contra el abuso de poder económico.

Sin duda fue difícil hacer aceptar a los Estados, en una época de florecimiento legislativo, la sustitución de sus leyes internas por un derecho comunitario único, aplicable indistintamente a los intercambios al interior de las fronteras nacionales como por sobre éstas.

La superposición del derecho comunitario a los derechos nacionales que subsisten, basta para hacer surgir el problema del campo de aplicación del derecho antitrust europeo, aun antes de referirnos a las reglas de fondo que él contiene sobre la acción de las empresas y sobre la intervención de los Estados.

El campo de aplicación de las reglas del derecho comunitario de la competencia debe delimitarse de tres maneras:

a) En cuanto a los productos que constituyen el objeto de las prácticas restrictivas de competencia, para aplicar, si el caso lo requiere, las reglas propias de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y las del Euratom;

b) Respecto del carácter comunitario o nacional de los intercambios afectados por las prácticas restrictivas, lo que determina los campos respectivos de aplicación del derecho comunitario y el de los derechos nacionales de la competencia comercial; y

c) Por último, teniendo en cuenta la localización de las prácticas restrictivas sobre el territorio de la Comunidad, que excluye la aplicación del derecho comunitario europeo, a las prácticas cuyo afecto se sitúe fuera del Mercado Común, pero que permite, por el contrario, esta aplicación aun respecto de empresas provenientes de terceros Estados.

(4) Goldman, Berthold: Ob. cit., N° 220, pág. 236.

(5) Ripert, Georges: "Traité Élémentaire de Droit Commercial", 7ª edición por René Roblot. París 1972. t. I, N° 472, pág. 265.

De conformidad con lo prevenido en el artículo 85 del Tratado de Roma son incompatibles con el Mercado Común y se prohíben los acuerdos entre empresas y prácticas concertadas que tengan por objeto o un efecto contrario a la competencia, cuando "son susceptibles de afectar el comercio entre Estados miembros". Lo mismo dispone el artículo 86 del Tratado respecto de la explotación abusiva de una posición dominante (lo que nosotros llamamos monopolio), "en la medida en que el comercio entre Estados miembros puede resultar afectado". Por último, el artículo 92 del mismo Tratado declara incompatibles con el Mercado Común las ayudas acordadas por los Estados o mediante recursos de los Estados que falseen o amenacen falsear la libre competencia en la medida que ellas afectan los intercambios entre Estados miembros.

Como puede apreciarse, el efecto de las prácticas contrarias a la libre competencia sobre los intercambios interestatales es un requisito común para aplicarles el derecho comunitario europeo de la competencia. Sin embargo escapa a nuestro propósito en este trabajo desentrañar el significado exacto y la naturaleza de esta condición de aplicabilidad del derecho antitrust europeo. (6)

Cualquiera que sea su sede social real, fijada al interior o al exterior de la Comunidad Económica Europea, a las empresas que ejercen una actividad sobre su territorio no se les puede permitir que por medio de ententes, agrupaciones, asociaciones, acuerdos expresos o tácitos, puedan repartirse en forma concentrada el territorio europeo en zonas reservadas comprometiéndose a no desbordarlo, para dejar el campo libre a cada miembro de la asociación en la zona que le ha sido atribuida, generalmente, por comodidad, en relación con los límites de cada Estado. Si dichos acuerdos pudieran impunemente tener estos objetivos y producir el efecto esperado, se atentaría no solamente contra la libre circulación de los productos entre los países miembros, sino también contra el establecimiento de una Comunidad, que excluye las discriminaciones nacionales (7). Tomando el ejemplo puesto por Goldman (8), en el plano horizontal, si "los grandes" del automóvil europeo se pusieran de acuerdo para reservarse cada uno de ellos uno o varios territorios nacionales, comprometiéndose a no vender fuera de ellos, los intercambios de automóviles entre los Estados miembros se verían considerablemente frenados, aun en el caso en que el cliente vaya a otro país para procurarse el vehículo, del cual puede hacer uso en el propio. En el plano vertical pueden presentarse prácticas tan funestas como la anterior; imaginemos por ejemplo que un productor, no europeo, perteneciente a la categoría de "los grandes" no desea vender sino a los mayoristas o a distribuidores exclusivos para cada territorio nacional, comprometiéndose a no vender a clientes situados fuera de su zona, la mercadería que pasaría sin problemas las diversas fronteras se encontraría colocada dentro de un circuito cerrado al interior del principio de la libre circulación de los productos y de los servicios al interior de la comunidad.

El derecho antitrust europeo para mantener rigurosamente la competencia, en la fase de establecimiento del Mercado Común, se opone a la formación de entes económicos cuyo objeto o efecto son de naturaleza contraria y están destinados a restringir los intercambios

(6) V. Goldman, Berthold: Ob. cit., N°s 228 y s. págs. 243 y s.

(7) Guyénot, Jean Pierre: Ob. cit., avant-propos N° 7, págs. 5 y 6.

(8) Goldman, Berthold: Ob. cit., N° 7, pág. 9.

entre las economías nacionales, cuyo destino a largo plazo es de refundirse en un mercado único. Por lo mismo este derecho se opondrá a la explotación abusiva de posición dominante, el abuso no proveniente del hecho de adquirir una posición dominante, no obstante que esto permite a la empresa escapar en buena medida a la competencia, sino de una explotación de dicha posición que puede afectar el comercio de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea.

Por último atenta también contra la libre competencia la acción de los Estados miembros cuando mediante subvenciones, ayudas o por medio de otros mecanismos, se trata de favorecer la situación de las empresas nacionales. El derecho comunitario de la competencia se preocupa también de limitar estas intervenciones estatales.

2.—**PLAN:** Nuestro estudio será dividido en dos grandes partes: las reglas de derecho de la competencia aplicables a las empresas constituirán el objeto de la primera parte. La segunda parte tratará de las normas aplicables a la acción de los Estados.

P R I M E R A P A R T E

LAS REGLAS DE DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA APLICABLES A LAS EMPRESAS

3.—**CLASIFICACION.**—Las legislaciones relativas a la competencia comercial se clasifican generalmente en dos grandes grupos: las que prohíben las ententes pero que establecen excepciones a esta prohibición y las que no comportando ninguna prohibición general sancionan solamente los abusos cometidos por las asociaciones de empresas (como por ej.: la ley belga de 1960).

En materia de ententes, el derecho de las C.E.E. pertenece al primer grupo. El art. 85, inciso 1º del Tratado de Roma prohíbe las asociaciones que entran en el dominio de aplicación del derecho comunitario de la competencia y que reúnen los elementos constitutivos que este texto define. Pero el inciso 3º del artículo 85 dispone que esta interdicción podrá ser declarada inaplicable a las ententes o categorías de ententes que respondan a las condiciones que él determina.

CAPITULO PRIMERO

Las reglas de fondo aplicables a las ententes.

4.—**ENTENTES PROHIBIDAS Y PERMITIDAS.**—El derecho comunitario europeo contiene reglas de fondo destinadas a prohibir las asociaciones y normas que establecen excepciones de acuerdo con las cuales éstas son permitidas, cumpliéndose determinados requisitos. Las reglas de fondo de las ententes nos sirven para determinar el concepto y las condiciones que deben reunirse para caer bajo la prohibición contenida en el artículo 85 inciso 1º del Tratado de Roma. Pero esta misma disposición en su inciso 3º contiene la regla de acuerdo con la cual, bajo ciertas circunstancias, ellas son permitidas.

Conviene, pues, separar el estudio de las reglas de fondo de esta materia, abordando en primer término la prohibición de las ententes y más adelante los casos en que son permitidas.

SECCION I

LA PROHIBICION DE LAS ENTENTES

5.—**Elementos de la entente.**—De conformidad con lo prevenido en el artículo 85 inciso 1° del Tratado de la C.E.E. "son incompatibles con el Mercado Común y prohibidos todos los acuerdos entre empresas, todas las decisiones de asociación de empresas y todas las prácticas concertadas, que son susceptibles de afectar el comercio entre Estados miembros y que tienen por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia al interior del mercado común". El artículo da luego una enumeración de ejemplos que no es de ninguna manera taxativa.

Esta norma determina, por una parte, las condiciones de aplicabilidad del derecho comunitario (afectar el comercio entre los Estados miembros, efectos al interior del mercado común) comunes a todas las prácticas restrictivas de la competencia y procedimientos. Por otra parte, se refiere a los elementos constitutivos de fondo de la entente prohibida.

Dentro de los requisitos de fondo de la entente debemos reconocer: las partes, es decir, las empresas o asociaciones de empresas; los instrumentos de realización, vale decir, los acuerdos, decisiones de asociación de empresas, prácticas concertadas; y su finalidad o resultado, esto es, la de impedir, restringir o falsear el juego de la competencia.

Párrafo I.

Las partes de la entente

Empresas o asociaciones de empresas.

6.—a) **Noción de empresas.**—Desde el punto de vista económico, la empresa es un conjunto coordinado de personas y de bienes constituido con un fin determinado cuya actividad está dirigida hacia la realización de ese fin. El Tratado que instituye la C.E.E. se abstiene de definir jurídicamente la noción de empresa, a pesar de que sus normas son aplicables a ellas o por lo menos a las personas físicas o jurídicas, sociedades u organismos a las cuales pertenecen o que tienen a su cargo su explotación. Esto conduce a preguntarnos si se puede distinguir entre la empresa y la persona a la cual ella pertenece o que la explota. En el hecho tal separación puede aparecer cuando dos empresas técnica y económicamente distintas pertenecen a una sola y misma persona física o a una misma sociedad; o recíprocamente, cuando una misma empresa pertenece a varias personas. ¿Debe considerarse que el sujeto del derecho comunitario es la empresa, o por el contrario, según el caso, el propietario de varias empresas o cada uno de los propietarios de una empresa única?

La Corte de Justicia de las Comunidades Económicas Europeas ha tenido ocasión de resolver esta cuestión en el marco de la C.E.C.A., pero en un terreno enteramente diferente al del derecho de la competencia. Ella decidió que la empresa se identifica con la persona jurídica a la cual pertenece (9). La Comisión, por su lado, para la aplicación del artículo 85 del Tratado C.E.E. ha dicho, al menos implícitamente,

(9) Asunto N° 2058, 17 de junio de 1959. Rec. 1958.59. 163.

que la personalidad jurídica era un elemento característico de la empresa. (10)

Ocurre, sin embargo, que la distinción entre empresa, en sentido técnico y económico, y persona jurídica, propietaria o explotante de la empresa, mantiene en esta materia su interés y que conviene precisarlo. La entente traduce siempre un concurso de voluntades, sea que ella se realice por medio de un contrato, por una decisión colectiva o por prácticas concertadas. Ahora bien, sólo las personas tienen voluntad. Por lo mismo, las multas, sanciones pecuniarias de la prohibición de las ententes, sólo pueden afectar a las personas. En este sentido, la empresa y la persona jurídica se confunden. Pero la entente puede ocurrir entre dos empresas, de las cuales una pertenece a una persona que posee otras, a las cuales no se extiende el acuerdo. Será entonces perfectamente legítimo tomar en consideración esta sola empresa para apreciar si los compromisos contraídos o las prácticas seguidas, constituyen o no, respecto de su propietario explotante, la participación de una asociación prohibida. Recíprocamente si una sola empresa pertenece a varias personas, el acuerdo entre esas personas, en cuanto al comportamiento de la empresa sobre el mercado, podrá constituir una entente prohibida, por ej., si en virtud del acuerdo, la empresa aplica precios discriminatorios, prácticas contempladas por el art. 85 inciso 1º, pero es verdad que tal comportamiento es difícilmente imaginable si la empresa no ocupa una posición dominante y ella caería de todas maneras bajo la sanción del art. 86 del Tratado de Roma.

En definitiva debe pensarse que la empresa se identifica con la persona tanto más cuanto que se trata de un concurso de voluntades o de sanciones de la entente, pero que podrá considerarse la actividad de la empresa como tal, para apreciar el contenido económico de ella.

7.—b) Forma jurídica de la empresa.—En la medida en que la empresa se identifica con la persona de su propietario o de su explotante, poco importa, para la aplicación del derecho comunitario, que se trate de una persona física, de una sociedad o de otro organismo apto para participar en la vida jurídica. Cuando se trata de una persona física ningún problema se plantea en cuanto a la forma jurídica; en cuanto a las sociedades, da lo mismo que se trate de sociedades civiles, comerciales o cooperativas y dentro de ellas las diversas categorías (colectivas, en comandita, de responsabilidad limitada o anónimas). Puede tratarse de otros organismos o entidades jurídicas que no revisten la forma de sociedades como grupos de interés económico (Ordenanza francesa de 23 de septiembre de 1967 N° 67-821), fundaciones, asociaciones, en la medida en la que ellas tienen capacidad para actuar en la vida económica; establecimientos públicos dotados de personalidad moral, o de autonomía financiera.

En términos generales puede ser una entidad jurídica apta para participar como tal en un concurso de voluntades y si el caso se presenta, para sufrir una sanción de orden pecuniaria. Puede tratarse asimismo de una entidad que teóricamente no esté dotada de personalidad jurídica por la ley que la rige (O.H.G. en Alemania), pero no por eso deja de ser una empresa para los efectos de la aplicación del artículo 85 del Tratado de Roma.

(10) Decisión de 18 de junio de 1969, Christiani y Nielsen. J.O.C.E. N° 165.

Pero, en defecto de los requisitos mencionados, no nos encontraríamos en presencia de un sujeto de derecho, por lo que las reglas de la competencia no podrían ser aplicadas. Esto no quiere decir que la participación en una entente de una agrupación desprovista de personalidad jurídica carezca de consecuencias en el plano jurídico, sino que, por el contrario, los efectos se manifestarán a nivel de las personas que componen el grupo: por ejemplo, en el caso de sociedad en participación, la responsabilidad recaerá sobre el gerente.

8.—c) **La asociación de empresas.**—La asociación de empresas considerada separadamente por el artículo 85 del Tratado de las C.E.E., agrupa varias personas físicas, sociedades u organismos, cada uno propietario de una empresa, que toman en el marco de dicha agrupación decisiones colectivas que se traducen en una entente. La forma jurídica de estos grupos es frecuentemente la de asociación sin fines de lucro o sindicatos profesionales. Pero podría tratarse también de grupos de intereses económicos regidos por el derecho francés, cuando las empresas participantes no se funden dentro de una empresa única, lo que puede resultar cuando se aporta un solo elemento de la empresa; la fabricación de tal producto, la venta de tales productos, para un determinado país. Pero, en este caso, lo más frecuente es encontrarse en presencia de un conjunto de acuerdos convergentes entre las empresas agrupadas, más que decisiones colectivas de una asociación de empresas. ¿Puede tratarse aquí de un grupo desprovisto de personalidad jurídica? La Comisión parece admitirlo cuando considera como decisiones de una asociación de empresas, las tomadas por el "Comité Europeo de Cooperación de las Industrias Productivas de Herramientas", al constatar que este organismo era "una asociación de hecho, sin personalidad jurídica" (11). Pero si esta entidad tenía como tal el poder de tomar decisiones que ligaban sus adherentes, era, por este concepto, una entidad jurídica distinta, porque de lo contrario la llamada decisión colectiva no era sino un acuerdo entre empresas.

9.—d) **La categoría jurídica.**—El artículo 85 del Tratado de Roma es aplicable a todas las empresas de derecho privado (civiles o comerciales o donde la distinción no existe). Pero este precepto, como asimismo el conjunto de las normas generales de la competencia comercial relativas a las empresas, son también aplicables, en virtud de lo dispuesto en el artículo 90 del Tratado de Roma y de acuerdo con la modalidad que éste fija, a las empresas públicas y a las demás empresas diversas cuya actividad está ligada al interés general (12). La noción de empresa pública no tiene necesariamente el mismo sentido en todos los Estados miembros, en el derecho francés debemos señalar que se trata de empresas jurídicamente distintas del Estado, pero que le pertenecen, como por ejemplo Air France, Gaz de France, EDF. Bancos y compañías de seguros nacionalizados (BNP, Crédit Lyonnais, etc.). El funcionamiento de dichas empresas se rige, por lo demás, en gran parte, por el derecho comercial.

10.—e) **Objeto de la actividad de la empresa.**—La disposición del artículo 85 del Tratado es aplicable a toda empresa que se libere a una actividad económica: debe entenderse por esto toda actividad de pro-

(11) Decisión de 13 de marzo de 1969, "exposición europea de la maquinaria útil". J.O.C.E. N° 1 de 20 de marzo de 1969.

(12) Colliard, C.A.: "Le regime des entreprises publiques", Droit des Com. Europ. pág. 853 y siguientes.

ducción o de intercambio no gratuito de bienes o servicios (13). El empleo de la palabra comercio en la expresión que define uno de los requisitos de aplicabilidad del derecho comunitario de la competencia comercial (afectar el comercio entre Estados miembros), no autoriza de ninguna manera a una interpretación restrictiva, pues comercio significa aquí intercambio de carácter económico. Deben ser consideradas especialmente como empresas, en el sentido del art. 85 del Tratado de Roma, las personas físicas o las agrupaciones que ejerzan profesiones liberales, pero es lógico pensar que las ententes o los abusos de posición dominantes no representan frecuentemente en este terreno, todo lo contrario de lo que ocurre en el campo de las empresas industriales, comerciales o financieras.

Debe recordarse que las empresas agrícolas y de transporte están sometidas también a las reglas del derecho antitrust europeo, pero bajo determinados temperamentos, que no nos corresponde tratar en este estudio.

Párrafo I I

El Instrumento de realización de la entente

11.—**Distinción previa.**—Los acuerdos entre las empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y la práctica concertada constituyen las manifestaciones posibles del concurso de voluntades o de la voluntad colectiva, tendiente a producir un efecto contra la competencia. En otras palabras, se trata del instrumento de realización de la entente. Tres son los principales aspectos que deben considerarse aquí: el concurso de voluntades, la forma de entente y los bienes que constituyen su objeto.

12.—a) **El concurso de voluntades.**—Cuando la entente se realiza por medio de un acuerdo entre las empresas, ella implica necesariamente un concurso de voluntades. Este acuerdo de voluntades es también el origen de las prácticas concertadas, que consisten en compartimientos que son deliberadamente, al menos conscientemente, convergentes. Por el contrario, la decisión de asociación de empresas expresa, teóricamente, una voluntad colectiva más que un acuerdo de voluntades individuales; en el hecho, sin embargo, la decisión habrá requerido el acuerdo de la mayoría si no la unanimidad de los adherentes.

Ahora bien, en ciertas situaciones, una de las empresas que forman parte del acuerdo se encuentra, con respecto a otra, en una situación de dependencia que le impide tener y expresar una voluntad autónoma, aunque se trate de empresas jurídicamente distintas. Esta dependencia puede crearse por el acuerdo mismo, es el caso de ciertos "representantes de comercio", respecto de la empresa representada, en otros casos, ella preexiste al acuerdo como en el caso de las sociedades filiales en relación con la sociedad madre. En ambos casos, la Comisión ha declarado que los acuerdos intervenidos entre empresas representadas y representante o entre sociedades madres y filiales, no quedan comprendidos en el campo de aplicación del art. 85 del Tratado de Roma.

Por explicable que sean jurídicamente la doctrina y la jurisprudencia de la Comisión (confirmada en lo que respecta a los contratos de

(13) Goldman, Berthold: "Droit Commercial Européen", Dalloz. 197, N° 249, pág. 271.

exclusividad con negociantes independientes, por el Consejo y por la Corte), no por ello dejan de conducir a diferencias de tratamiento que no están siempre fundadas desde el punto de vista económico. La repartición de los mercados por medio de una red de representantes, de filiales o de sucursales es lícita, si se vale de concesionarios independientes. Ahora bien, la independencia jurídica de estos últimos está lejos de ser acompañada, en el hecho, de una verdadera independencia económica (14) y por mucho que la empresa acompañe las limitaciones territoriales impuestas a sus sucursales o a sus filiales, de diferencias entre los precios o entre las condiciones de venta, según los Estados, la integración de mercado será de todas maneras afectada.

Sería vano, sin embargo, impedir estas diversas formas de organización industrial y comercial y debe agregarse que si la empresa dispone de una red de representantes o de sucursales o el grupo de empresas formado por la sociedad madre y sus filiales llegan a constituir una posición dominante y abusan de ella, su actuación caería bajo la sanción del art. 86 del Tratado de Roma.

b) **La forma de la entente.**—El acuerdo entre empresas es un contrato que puede tomar las formas y las estructuras jurídicas más diversas. Por otra parte, respecto del derecho comunitario de la competencia comercial y para la aplicación de dichas normas por la Comisión y por la Corte, ninguna exigencia especial se establece para acreditar su existencia. Así la decisión de la Comisión "entente internacional de la quinina" de 16 de julio de 1969 ha considerado como acuerdo entre empresas dos escritos no firmados, intitulados "gentlemen's agreements" que extendió a los países del Mercado Común un acuerdo de fijación de precios, de cuotas de despacho y de restricciones de fabricación aplicable para terceros países, entre los principales productores de quinina de la Comunidad. Esta decisión fue confirmada en este punto, como en varios otros, por otras sentencias de la Corte de Justicia de las C.E.E. (15), subrayando el carácter obligatorio que las partes habían conferido al "gentlemen's agreements", particularmente al convenir que su violación constituía, ipso facto, una violación al contrato de exportación.

El acuerdo entre empresas puede ser una convención bilateral o multilateral que no cree ningún lazo de asociación entre las partes, como es el caso, por ejemplo, de los acuerdos de exclusividad (decisiones Bénédix, Grundig, etc.); de los acuerdos de aprovisionamiento exclusivo (sentencia Cervecería de Haech y Bilger); de los acuerdos de exclusividad de venta concluidos entre el fabricante y varios distribuidores: decisión Omega; de los acuerdos de especialización premunidos de cláusulas de exclusividad territorial; de los acuerdos de repartición de los mercados con cláusulas de representación exclusiva recíproca (ej. decisión Trans-ocean).

El acuerdo puede igualmente concluir en el marco de una sociedad, a la cual los asociados confían, por ejemplo, el derecho exclusivo de venta de sus productos, dentro y fuera del Mercado Común, ej., el caso de una sociedad cooperativa, decisión "Cobelaz".

(14) Champau: "La concession commerciale", Rev. trim. dr. com. 1963. 451; Guyénot, Jean: "Les contrats de concession commerciale, droit français et communautaire de la concurrence". Sirey 1968. Pág. 310.

(15) Corte de Justicia de las C.E.E. 15 de julio de 1970. Rec. 1970, págs. 661, 733 y 769.

... Pero, el pacto social ¿puede constituir en sí mismo un acuerdo entre empresas, en el sentido del artículo 85 del Tratado? Debe responderse por la afirmativa, cuando las empresas al formar la sociedad no pierdan enteramente su individualidad, lo que podría ocurrir cuando aportan la totalidad de su patrimonio a la sociedad; estaríamos, pues, en presencia de una concentración de empresas, que plantea problemas particulares. Por el contrario, si ellas no hacen a la sociedad sino aportes parciales de sus activos, podría llegar a realizarse, de manera, una entente; por ejemplo si cada empresa aporta a la sociedad su servicio de comercialización. Esto equivaldría a encargar exclusivamente a la sociedad la venta de los productos de los asociados. Se llegaría así al mismo resultado que si se le hubiera confiado la exclusividad de la venta, por acuerdos paralelos distintos del pacto social, a un vendedor constituido bajo la forma de sociedad.

13.—a) **Decisiones de asociación de empresas.**—Hemos señalado que la diferencia del acuerdo entre las empresas, acto resultante del concurso de voluntades individuales, con la decisión de asociación de empresas, es un acto de voluntad colectiva, que emane de un órgano competente de un grupo profesional. (16)

Se ha planteado el problema de saber si las simples recomendaciones de asociación, sin carácter jurídicamente obligatorio para sus adherentes, son o no decisiones en el sentido del art. 85 del Tratado de Roma. La respuesta, como la indica Goldman (17), depende del examen de los hechos. Si aparece que la recomendación es prácticamente compulsiva, convendrá asimilarla a una decisión y, por otra parte, si las empresas han seguido en el hecho la recomendación, habrá en todo caso práctica concertada, lo que bastará para la aplicación del art. 85 del Tratado. Veamos a continuación lo que son las prácticas concertadas.

14.—b) **Prácticas concertadas.**—Son comportamientos similares de varias empresas que alinean unas sobre otras su acción en la producción o los intercambios, sin que exista prueba de un acuerdo previo que dé lugar a este alineamiento. Un buen ejemplo lo proporciona la decisión sobre "materias colorantes". La Comisión constató que las alzas de precios sucesivas, en porcentaje casi siempre uniforme, fueron aplicadas en varias oportunidades y simultáneamente por varios grandes productores de materias colorantes (alemanes, franceses, italianos, suizos, ingleses, etc.). La Comisión declaró al respecto: "Las alzas sucesivas de precios y las condiciones bajo las cuales se han realizado no pueden explicarse por la sola estructura oligopolística del mercado, sino son más bien la consecuencia de una práctica concertada" (18). El organismo comunitario respondió de esta manera a los argumentos de las empresas que sostenían que, en razón de su pequeño número, cuando una de ellas—casi siempre la que ocupa la posición más fuerte en el mercado—decide subir los precios, las otras se alinean sobre ella.

El rechazo opuesto por la Comisión a esta tesis muestra claramente que un alineamiento de precios que no se deba realmente a la estructura del mercado o a una coyuntura debe considerarse como práctica

Nº 9. (16) Cf. decisión: "Exposición europea de máquinas-herramientas", supra

(17) Goldman, Berthold: Ob. cit., N° 258, pág. 280.

(18) Decisión: "Materias Colorantes". J.O.C.E. 24 de julio de 1969.

concertada. Esta última supone en realidad un acuerdo, al mismo tiempo que ella lo revela y, si el Tratado las menciona separadamente, es para no permitir a las empresas esquivar las reglas de la competencia al no dejar la menor traza de este acuerdo, que no deja por esta circunstancia de encontrarse a la base de tales comportamientos.

15.—c) Bienes y derechos objeto de la entente.—Al igual que toda empresa que se dedique a una actividad económica queda comprendida en las normas del artículo 85 del Tratado, toda decisión de asociación de empresas o prácticas concertadas, cualquiera que sean los bienes o los derechos sobre los cuales recaigan los comportamientos, con tal que sean susceptibles de intercambio económico, son también sancionados por el mismo texto. Pero la aplicación del artículo 85 plantea problemas particulares cuando se trata de un acuerdo relativo a derechos de propiedad intelectual, en los cuales la exclusividad no sólo de la apropiación sino de la explotación, es uno de sus caracteres esenciales: tal es el caso de las patentes, marcas de fábricas, "know-how" (19) y de los derechos de propiedad literaria y artística.

La necesidad de conciliar la libertad de intercambios, fundamento del Mercado Común, y la protección de los derechos de propiedad industrial, no ha escapado a los autores del Tratado de Roma, que le consagran el artículo 36, texto que no se refiere directamente a la libre circulación de las mercaderías. Este precepto dispone la eliminación progresiva de las restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación, a las cuales no se les hace obstáculo cuando son justificadas por razones de "protección de la propiedad industrial y comercial". Sin embargo, la entrada en el territorio de un producto fabricado gracias a la ayuda de una patente contrahecha o llevando una marca contrahecha, podrá ser prohibida. Con todo —precisa el texto—, "estas interdicciones o restricciones no deben constituir ni una discriminación arbitraria, ni una restricción disfrazada en el comercio entre los Estados miembros". Esta reserva hecha por el texto del artículo 36 del Tratado interesa naturalmente el derecho de la competencia comercial que estamos tratando aquí.

La Comisión de la C.E.E. mediante comunicaciones ha interpretado el alcance de las normas que rigen esta materia. Según una primera comunicación (20) el organismo comunitario declara que el art. 85, inciso 1º, no es aplicable, de acuerdo con el inciso 3º del mismo precepto, a ciertos acuerdos sobre licencia de patentes (convenio por el cual el titular de una patente concede una licencia para la explotación exclusiva de ella dentro de un territorio determinado). Se trataría de una excepción a la prohibición establecida en favor de una categoría de acuerdos que aun siendo restrictivos de la competencia, pueden ser considerados, según la Comisión de las C.E.E., que reúnen los requisitos del art. 85 inciso 3º del Tratado para constituir excepción a la sanción de las ententes.

Por otra parte, según una segunda comunicación (21) la Comisión declaraba que ciertas restricciones impuestas a las licencias no caían

(19) Esta expresión quiere decir "saber cómo", corresponde al conjunto de procedimientos, conocimientos prácticos, no patentados, indispensables para la fabricación industrial.

(20) Diario Oficial de las C.E.E. J.O.C.E. 9 de noviembre de 1962.

(21) Diario Oficial de las C.E.E. de 9 de noviembre de 1962.

bajo la sanción del art. 85, inciso 1º, de tal manera que no sería necesario, respecto de ellas, acordar excepciones a la prohibición sea individuales o por categorías. Pero el Consejo de la C.E.E. estimó que él era el único competente para otorgar excepciones por categorías, no obstante que la Comisión en una nueva comunicación (22) se limita a enumerar las cláusulas que figuran en los contratos de licencia sobre patentes, que ella estimaba que no estaban comprendidas por el art. 85 inciso 1º del Tratado. Se trata esencialmente de limitaciones impuestas al titular de la licencia en cuanto a los modos de explotación o a las aplicaciones técnicas de la invención, a la cantidad de productos a fabricar, a la duración del contrato o al territorio de explotación, a la prohibición de ceder la licencia o de acordar "sub-licencias", a la obligación de titular de la licencia de poner sobre el producto la indicación de la patente, a las normas de calidad o de aprovisionamiento en productos indispensables para asegurar una explotación técnicamente irreprochable de la patente, a los compromisos recíprocos relativos a la comunicación de experiencias adquiridas en la explotación de la invención o al otorgamiento de licencias de intervención, de perfeccionamiento o de aplicación, en fin al compromiso del concedente de no permitir a nadie la explotación de la invención y de no explotarla él mismo.

La Comisión de las C.E.E. motiva este criterio explicando que las diversas cláusulas mencionadas no tienen por objeto o efecto restringir la competencia. Esta afirmación es discutible y parece que las soluciones adoptadas (23) se explican mejor por el propósito de garantizar un equilibrio entre los derechos que confiere la patente y el mantenimiento de la competencia. Deben permitirse restricciones a la competencia en la medida en que permitan al titular de la patente realizar una explotación racional de la misma, mediante los acuerdos de licencia y al titular de una licencia para aprovechar una protección (la exclusividad) sin la cual no puede incitarse a desarrollar esta explotación.

Por último, en cuanto a la propiedad literaria y artística, se presentan problemas análogos, a los cuales debe hacerse frente tratando de conciliar la exclusividad que se apega a su naturaleza con las reglas de la competencia.

Párrafo I I I

El objeto o efecto de la entente

16.—Atentado contra la competencia y objeto anticoncurrencial.

El artículo 85 del Tratado de Roma prohíbe la entente cuando tiene por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. Conviene tratar primero en qué consiste el atentado contra la competencia para examinar luego el objeto o efecto anticoncurrencial.

17.—a) **El atentado a la competencia.**—Tomando a la letra cada una de las expresiones usadas por el art. 85 del Tratado de Roma, empleadas para designar el atentado contra la competencia, tienen su propio significado. Así, "impedir la competencia" es hacerle obstáculo por completo respecto de los productos considerados, ya sea en las relaciones entre las

(22) Diario Oficial de las C.E.E. de 24 de diciembre de 1962.

(23) Goldman, Berthold: Ob. cit., N° 262, pág. 283.

partes de la entente, como en el caso de un acuerdo de especialización que prohíbe a cada una de ellas dedicarse a las fabricaciones reservadas a la otra, sea respecto de los terceros, como en un acuerdo de exclusividad conocido para impedir toda importación sobre el territorio del concesionario. "Restringir" la competencia es suprimir la libertad de ciertas decisiones económicas relativas al producto considerado, pero no todas ellas, como ocurre por ejemplo en un acuerdo sobre precios de venta que no comparte una repartición del mercado ni fijación de cuotas de despacho. "Falsearla", en fin, es modificar las condiciones de los intercambios tal cual ellas resultan de la estructura del mercado y de la coyuntura económica, prefiriendo, por ej., discriminaciones entre los compradores en cuanto a los precios o a otras condiciones de despacho. (24)

Sin embargo, estas distinciones de terminología no tienen gran valor práctico si se tiene en cuenta que la fórmula del Tratado es absolutamente comprensible y cubre en general toda modificación de las condiciones de la competencia y de su funcionamiento, tal cual existían sin el acuerdo, la decisión o la práctica considerada. En este sentido —como indica Goldman— (25), se dice que la expresión "falsear el juego de la competencia" engloba a las otras dos (impedir y restringir) y se ha recordado a justo título que el art. 3º letra f) del Tratado que instituye la C.E.E., que es un texto de principio, respecto del cual los artículos 85 y siguientes sólo aportan los detalles, se refiere "al establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no sea "falseada" en el Mercado Común.

El Tratado establece así, en forma muy amplia, el atentado contra la competencia, pero no se ocupa, por el contrario, de definir esta última noción. Se limita a dar una enumeración enunciativa de acuerdos, decisiones o prácticas consideradas contrarias a la competencia. La falta de una definición de la competencia que el Tratado trata de preservar, ha sido precisada a la luz de decisiones de los órganos comunitarios, interpretadas por la doctrina de los autores del derecho comercial europeo. La competencia que el Tratado de Roma garantiza no es "la pura y perfecta de los liberales del siglo XIX" (26), es decir, el funcionamiento de un mercado absolutamente "transparente", en el cual toda empresa y todo consumidor serían perfectamente informados, en cada instancia, sobre todos los factores significativos del mismo; ni "fluido", sobre el cual exista una perfecta movilidad de los factores de la producción. Ese esquema no ha correspondido jamás a la situación real de un mercado cualquiera. Lo que se trata de lograr con la aplicación de las normas del derecho comunitario de la competencia comercial es el mantenimiento de una "competencia practicable", es decir, efectivamente posible y satisfactoria. "Competencia practicable", como escribe Van der Groeben (27), significa competencia efectiva, eficaz en la práctica".

La competencia efectiva debe preservarse no sólo entre las empresas partes de un acuerdo, sino entre cada una de ellas y respecto de empresas terceras. Esta concepción global de la competencia conduce a la aplicación del art. 85 del Tratado de Roma, no sólo a los acuerdos "horizontales", sino también a los "verticales", pero no tiene vigencia

(24) Goldman, Berthold: Ob. cit. N° 267, pág. 290.

(25) Idem nota anterior.

(26) Barré, Raymond: "Economie Politique". T. I. Coll. Thémis. Presse Universitaire de France. 1961, pág. 513.

(27) Von der Groeben: "Droit des Communautés Européennes". N° 1994.

LA LIBRE COMPETENCIA Y SU REGULACION...

97

respecto de los acuerdos restrictivos que constituyen un atentado insignificante o muy débil a la competencia (según la expresión alemana "contratos de bagatela" Bagatell-Verträge). Escapan también a la aplicación de las normas del derecho comunitario de la competencia comercial, los acuerdos de cooperación técnica, comercial o administrativa entre empresas, que no atacan contra la competencia efectiva.

Los acuerdos "horizontales" son los que ligan a dos o más empresas que se encuentran en el mismo nivel del proceso de producción o de distribución, por ejemplo, una entente entre los productores de materias colorantes. Los acuerdos "verticales" son los que unen a empresas que se encuentran en diferentes niveles del proceso de producción o de distribución. El ejemplo más simple de acuerdo vertical es que une al productor con el distribuidor, por ejemplo, el caso del acuerdo Grundig Consten (28). Puede existir también este acuerdo vertical entre dos productores: uno que fabrica un mecanismo de transmisión y otro que fabrica autobuses, ej., A.C.E.C. con Berliet, decisión de la Comisión de las C.E.E. de 17 de julio de 1968. (29)

Ciertos acuerdos son, por último, horizontales y verticales a la vez, por ejemplo, el acuerdo que une a los productores de abonos que forman entre ellos una sociedad cooperativa a la cual confían la venta de sus productos: decisión "COBELAZ" y decisión "Supexie". (30)

En cuanto a los acuerdos que representan un débil atentado contra la competencia (contratos de bagatela), la Comisión decidió en varias ocasiones que no debían prohibirse, en aplicación del art. 85 del Tratado. Se pone como ejemplo la decisión "SOCEMAS" relativa a acuerdos, en el marco de una sociedad anónima, entre 77 firmas francesas y sucursales, en la cual la Comisión constató que las importaciones provenientes de la C.E.E., realizadas con intervención de esa sociedad, representaban sólo el 0,1% de la cifra de negocios global de las empresas de ese tipo y que en el mejor de los casos pasaban el 1% de la producción anual de uno de los Estados miembros, respecto del producto en cuestión. Tomando como base la experiencia de los casos individuales, la Comisión de las C.E.E. dirigió una Comunicación a los Estados miembros, el 27 de mayo de 1970, relativa a los acuerdos de importancia menor. De acuerdo con ese texto, la Comisión considera que los acuerdos entre empresas de producción o de distribución de productos, escapan a la aplicación del art. 85 inciso 1° del Tratado, "cuando los productos referidos en el acuerdo no representan, en la parte del Mercado Común donde éste produce su efecto, más del 5% del volumen de los negocios realizados con productos idénticos o considerados como similares por el usuario en razón de sus propiedades, de su precio o de su uso" y, "cuando la cifra anual total de negocios, realizada por las empresas que participan en el acuerdo, no pasa de 15 millones de unidades de cuenta, o tratándose de acuerdo entre empresas comerciales, de 20 millones de unidades de cuenta". (31)

(28) Contrato de concesión exclusiva de venta entre Grundig, sociedad alemana y su distribuidor francés: "Etablissements Consten". Diario Oficial de las C.E.E. 20 de octubre, 1964. J.C.P. 1964 I. 1871.

(29) Diario Oficial de las C.E.E. L. 201, 12 de agosto de 1968.

(30) Diario Oficial de las C.E.E. L. 276 de 14 de noviembre de 1968.

(31) Goldman, Berthold: Ob. cit., N° 272, pág. 296.

18.—Ejemplos de atentado contra la competencia.—El art. 85 inciso 1º del Tratado de Roma describe ciertas categorías de acuerdos que son prohibidos en particular. Se trata de una enumeración no taxativa que presenta interés en cuanto permite concretar, en determinadas hipótesis que corresponden a la experiencia adquirida, la noción de atentado a la competencia a la cual ya nos hemos referido. La enumeración no aporta ninguna claridad con respecto a los otros elementos de la entente, es decir, sobre la noción de empresa, de acuerdos, de decisiones o prácticas concertadas ni de perjuicio al comercio entre Estados miembros.

Los acuerdos o decisiones o prácticas concertadas, consideradas en la enumeración del art. 85 inciso 1º del Tratado son cinco tipos: fijación de precios o de las condiciones de transacción; limitación del desarrollo técnico, comercial o financiero; repartición de los mercados o fuentes de aprovisionamiento; discriminaciones entre los colegas comerciantes; venta o prestaciones de servicios "marconadas". Veremos a continuación algunos de estos ejemplos de atentado a la competencia comercial.

19.—a) La fijación de precios o de las condiciones de la transacción.—El art. 85, párrafo 1º letra a) del Tratado se refiere a los acuerdos que consisten en fijar de manera directa o indirecta los precios de compra o de venta o de otras condiciones de las transacciones. Se trata en este caso de ententes que limitan la competencia en una de sus manifestaciones más claras e importantes: es esencialmente por los precios y las otras condiciones de transacción que las empresas se esfuerzan en obtener los pedidos. Por esto mismo, los usuarios o los consumidores conservan la posibilidad de obtener rebajas de precios o de moderación en las alzas, como asimismo el mejoramiento de otras condiciones del mercado. Un acuerdo entre productores o entre productor y distribuidor que impida la movilidad de los precios y la flexibilidad de las condiciones de la transacción, es, en consecuencia, perjudicial, para consumidores y usuarios. Las cláusulas de fijación de precios pueden figurar en acuerdos horizontales o verticales. Forman parte de acuerdos horizontales en el caso de la decisión sobre "Materias Colorantes", donde la Comisión constató alzas de precios casi idénticas y simultáneas, resultantes de prácticas concertadas; también en el caso de "Entente Internacional de la quinina" (32) que comportaba una "convención de exportación" con destino a países no miembros de la C.E.E., con fijación de precios y de remesas a acordar y un "acuerdo de caballeros" (gentlemen's agreement) que extendía esas cláusulas a la venta dentro de la Comunidad, decisión que fue confirmada por tres sentencias de la Corte de Justicia de las C.E.E. (15 de julio de 1970). Son casos de fijación de precios o de condiciones de las transacciones que figuran en acuerdos verticales, los que se refieren, por ejemplo, a una concesión exclusiva de venta o de licencia de patente, cuando el concedente impone al concesionario o distribuidor o al beneficiario de la licencia, un precio mínimo de venta, teniendo presente que tal cláusula no tiene por objeto proteger la explotación racional de la patente. Se encuentran también estos ejemplos de atentados a la competencia en acuerdos horizontales y verticales a la vez, como es el caso de las sociedades constituidas entre empresas para confiarles la venta de sus productos, dándoles atribuciones para fijar los precios y demás condiciones de las transacciones, como la decisión

(32) Diario Oficial de las C.E.E. L. 192 de 5 de agosto de 1969.

LA LIBRE COMPETENCIA Y SU REGULACION...

99

"COBELAZ" (33). Pero esta entente ha escapado a la aplicación de las normas del art. 85 del Tratado, porque no afectó al comercio entre Estados miembros.

20.—b) **Limitaciones al desarrollo técnico o comercial.**—El art. 85 inciso 1°, letra b) se refiere a las ententes cuya finalidad es "limitar o controlar la producción, los despachos, el desarrollo técnico o las inversiones". La limitación es bastante comprensible y puede aplicarse a las ententes cuyos participantes restringen su libertad de desarrollo industrial, comercial o financiero. Tales limitaciones pueden impedir, por ejemplo, a las empresas intervenir en el mercado en condiciones "óptimas" que ellas podrían alcanzar y de las cuales los consumidores podrían beneficiarse. En situaciones extremas, pero muy teóricas en períodos de expansión económica, estas limitaciones pueden traducirse, por ejemplo, en la prohibición convenida de explotar una nueva invención o en la fijación de un tope de las cantidades ofrecidas en el mercado. Se trataría entonces de acuerdos netamente "malthusianos" que son causantes de regresión económica. De una manera más práctica entrarían dentro de esta categoría los acuerdos "de especialización", sobre todo cuando comportan para uno de los participantes la cesación de la fabricación de productos que antes elaboraba, como ocurrió también en el caso de la "entente internacional de la quinina", que implicaba limitación en la fabricación de un producto llamado quinidina.

21.—c) **La repartición de los mercados o fuentes de aprovisionamiento.**—Estamos en presencia de un ejemplo de atentado a la competencia que se realiza generalmente a través de los llamados acuerdos horizontales. Así ocurrió en el caso de la decisión "Trans-ocean", en la que el acuerdo reservaba a cada uno de los participantes su territorio nacional (34); el caso de la "asociación internacional de la quinina" en la cual la Comisión constató que "el gentlemen's agreement" tenía por objeto proteger los mercados alemán, francés y holandés en beneficio de los respectivos miembros del acuerdo y de "impedir a los otros países efectuar exportaciones sobre dichos territorios". La Corte de Justicia de las C.E.E. confirmó esta decisión señalando que "la repartición de los mercados nacionales tiene por objeto restringir la competencia y los intercambios realizados en el Mercado Común". (35)

Pero los ejemplos más frecuentes de esta restricción de la competencia se presentan en los **contratos de exclusividad de venta o de aprovisionamiento**. La Corte de Justicia de las C.E.E. ha debido pronunciarse en reiteradas oportunidades sobre la aplicación del derecho comunitario de la competencia comercial a este tipo de convenciones; lo propio ha ocurrido en las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros, que han debido resolver este tipo de problemas sea aplicando el derecho antitrust europeo, sea haciendo aplicación de sus propias normas sobre protección de la competencia. Se trata de acuerdos verticales mediante los cuales una empresa, generalmente de producción, se compromete con otra a entregarle en forma exclusiva un producto o una categoría determinada de productos, para que sean vendidos dentro de un determinado territorio; o bien, puede tratarse de acuerdos en los cuales una empresa se compromete con otra a no comprar sino a la otra un pro-

(33) Diario Oficial de las C.E.E. L. 276 de 14 de noviembre de 1968.

(34) Diario Oficial de las C.E.E. 20 de julio de 1967. N° 163.

(35) Cf. Goldman, Berthold: Ob. cit., N° 280, pág. 307.

ducto o una determinada categoría de productos, que más tarde será destinado a la reventa. Estos últimos se llaman contratos de aprovisionamiento exclusivo en tanto que los primeros son contratos de distribución exclusiva. A veces ambas cláusulas, distribución exclusiva y aprovisionamiento exclusivo, van unidas en una misma convención. Tal ha sido el caso de la decisión de la Comisión en el asunto "Grundig-Consten" de 24 de septiembre de 1964. En este contrato que las partes calificaban "de representación", concluido entre dos empresas independientes jurídicamente, la Grundig se comprometía a no vender directa ni indirectamente sus aparatos a otra sociedad que no fuera "Establecimientos Consten", para su reventa en Francia continental, en Sarre y en Córcega, quienes se comprometían a su vez "a no representar" otras empresas alemanas que produjeran o vendieran mercaderías análogas, ni a vender por su cuenta o por encargo de mandantes productos que hicieran competencia a los convenidos o que pudieran perturbar su venta". La Comisión decidió que este contrato limitaba el juego de la competencia de conformidad con lo prevenido en el art. 85 inciso 1º del Tratado de Roma.

22.—d) **Las prácticas discriminatorias.**—De acuerdo con lo establecido en el art. 85 inciso 1º, letra d) se prohíben las ententes que tienen por finalidad aplicar, respecto de los colegas comerciantes, condiciones desiguales a prestaciones equivalentes, causándoles de esta manera una desventaja en la competencia. La competencia entre los compradores de bienes o los destinatarios de los servicios, que utilicen ellos mismos para las necesidades de sus actividades industriales o comerciales, compra de materias primas para su transformación, recursos a servicios técnicos, por ejemplo, puede ser falseada cuando se le impone a cierto grupo precios u otras condiciones contractuales desfavorables. Las ententes destinadas a instituir tales discriminaciones son prohibidas por el derecho comunitario europeo cuando afectan el comercio entre Estados miembros de la Comunidad. Así ocurre respecto de las discriminaciones aplicadas por empresas que venden o prestan servicios en más de un país del Mercado Común.

Conviene recordar que de conformidad con lo prevenido en el art. 7º del Tratado que instituye la C.E.E. "en el dominio de aplicación del presente Tratado y sin perjuicio de las disposiciones particulares que él establece, se prohíbe toda discriminación ejercida en razón de la nacionalidad". Resulta difícil deducir de este precepto una prohibición de las prácticas discriminatorias provenientes de una sola empresa, si se considera que dichas prácticas tomarían el criterio de la nacionalidad de "los colegas comerciantes" y consistirían en poner, por ejemplo, diferentes precios de venta según que el comprador sea francés o alemán o una sociedad francesa o alemana. Tal prohibición no estaría premunida, en el Tratado, de ninguna sanción ni de ningún procedimiento. No ocurriría lo mismo si la empresa que pone en práctica condiciones discriminatorias ocupa una posición dominante en la C.E.E.

23.—e) **Los "contratos ligados".**—Finalmente el artículo 85, inciso 1º, letra e) del Tratado se refiere a las ententes que consisten en "subordinar la conclusión de contratos a la aceptación por los colegas, de prestaciones suplementarias, que por su naturaleza o según los usos comerciales, no digan relación con el objeto de esos contratos". Se trata de una práctica de la cual se dan ejemplos en épocas de penuria, cuando un productor y sobre todo un revendedor, subordina la venta de un

bien de primera necesidad, disponible en cantidad insuficiente, a la de bienes menos demandados. Puede imaginarse también la hipótesis en la cual una empresa subordina la venta de bienes indispensables a la adquisición por el comprador de otros de mediana o deficiente calidad o a bienes de poco uso.

Cuando este tipo de práctica es impuesta por una entente se limita de libertad de oferta de las empresas ligadas por el acuerdo. En este sentido constituyen un atentado contra la competencia. Cuando provienen de una sola empresa no son prohibidas a menos que esta empresa detente una posición dominante dentro del mercado.

24.—f) **Objeto o efecto contra la competencia.**—El art. 85, inciso 1º prohíbe los acuerdos, decisiones o prácticas dependientes del derecho comunitario "que tienen por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia".

Interpretado literalmente este precepto significa que la entente se prohíbe sea que las empresas la han concluido con el propósito de impedir, de restringir o de falsear el juego de la competencia, aun cuando este resultado no se ha conseguido, sea que la convención tenga este resultado, aun cuando las partes no lo han buscado. En el primer caso, la prohibición y la sanción consecuencial se aplican a "una tentativa de atentado contra la competencia, en tanto que en la segunda hipótesis se aplican a un atentado objetivamente realizado, aunque sus autores no considéranse subjetivamente responsables".

En las primeras decisiones la Comisión de las C.E.E. parece atenerse a esta rigurosa alternativa planteada por el art. 85, inciso 1º del Tratado. Así ocurrió en la decisión Grundig de 23 de septiembre de 1964, en la cual se afirma que "la constatación de que las partes del contrato **han querido**" que "Consten" sea liberado de la competencia de otros importadores para la importación y distribución al por mayor de los productos "Grundig" en Francia, basta para concluir que el juego de la competencia se ha restringido en el sentido del art. 85, inciso 1º".

La jurisprudencia de la Corte de Justicia de las C.E.E. expresa una concepción menos rigurosa de la alternativa del art. 85, inciso 1º del Tratado, cuando señala que "conviene tomar en cuenta, para apreciar si el contrato debe considerarse como prohibido en razón de su objeto o efecto, su contexto económico y jurídico" (36). En otras decisiones (37) la Corte ha afirmado globalmente que las condiciones de aplicación de la prohibición (es decir el objeto o efecto contra la competencia), "deben entenderse en relación con el cuadro real en el cual se ubica el acuerdo". Significa esto que la Corte encargada de interpretar el derecho comunitario de la competencia abandona el principio del carácter alternativo del objeto o efecto contra la competencia que debe reunir la entente para caer dentro de la prohibición. Sería excesivo decir que ella se contenta con una apreciación puramente abstracta de la intención de atacar contra la competencia, porque dicha intención es examinada en el contexto jurídico y económico del acuerdo y no es sancionada sino en el caso en que ese contexto permita pensar que la cláusula de la asociación

(36) Decisión *Machinenbau-Ulm* 30 de diciembre de 1966. *Jurisclasseur Périodique*. I.C.P. 1966 II. 1468.

(37) Decisión *Völk-Vervaecke* 9 de julio de 1969. *Revue Trimestrelle de Droit Européen* 1969. 809; *Recueil Dalloz*. 1969. 295.

"pone realmente en peligro el juego de la competencia" (38). Sólo en este caso viene a ser superfluo buscar si el efecto contrario a la competencia se ha producido. Recíprocamente el efecto es apreciado en relación con la estructura del mercado y en particular, no se le toma en cuenta cuando es o cuando se puede prever que será insignificante. Ahora bien, difícilmente puede creerse que un efecto apreciado en esta forma puede producirse sin que las partes de la entente lo hayan deliberadamente querido o al menos previsto.

25.—**Síntesis y noción de entente.**—La alternativa que presenta el artículo 85, inciso 1º puede resumirse en los términos siguientes:

a) La voluntad de atentar contra la competencia basta para que el acuerdo caiga bajo la prohibición establecida en el Tratado y para traer aparejadas las sanciones correspondientes (nulidad, sanciones pecuniarias). Pero las cláusulas del acuerdo que expresan esta voluntad deben ser consideradas en su contexto jurídico y económico y la prohibición y sus sanciones no serán aplicadas efectivamente sino cuando es verosímil que el acuerdo produce o producirá un atentado no despreciable contra la competencia. Dicho de otro modo, no es efecto en sí mismo lo que sirve para calificar la intención ni lo que hace que el contrato que la manifiesta adolezca de nulidad y sea sancionable sino "la posibilidad razonable del efecto" (39); y

b) Recíprocamente el efecto contra la competencia, siendo examinado en su contexto, es poco probable que las empresas, normalmente prudentes, no lo hayan previsto, o al menos de la "posibilidad". Debe tenerse presente aquí que las multas previstas en el art. 15 del Reglamento N° 17 del Consejo de las C.E.E. se aplican a las empresas que han cometido las infracciones contempladas en particular en el art. 85, inciso 1º del Tratado "con propósitos deliberados o por negligencia". Tales sanciones resultan entonces aplicables cuando las empresas han querido el efecto contra la competencia o al menos cuando ellas han cometido una falta de prudencia al no preverlo, "lo que supone que era racionalmente previsible". (40)

Agreguemos que pueden anularse de todas maneras las prácticas concertadas porque éstas suponen necesariamente una acción efectiva de las empresas sobre el mercado y no simplemente la voluntad compartida de dedicarse a tales acciones lo que constituiría necesariamente un acuerdo.

Hemos analizado hasta ahora los diferentes elementos de la entente sin precisar su concepto. Resulta en realidad difícil proceder de otra manera, toda vez que la idea de entente se comprenderá más fácilmente habiendo analizado ya estos aspectos. La entente, en el sentido del art. 85, inciso 1º del Tratado que instituye la Comunidad Económica Europea, puede resultar tanto de la celebración de un contrato en el sentido clásico del término, como de acuerdos complejos multi-formes entre las empresas asociadas bajo un fin económico, como asimismo de un "modus vivendix", estado convenido, de contornos no delineados.

(38) Goldman, Berthold: Ob. cit., N° 289, pág. 317.

(39) Goldman, Berthold: Ob. cit., N° 290, pág. 318.

(40) Ibídem nota anterior.

La entente puede no sólo tomar una forma contractual, sino constituirse bajo la forma de una sociedad comercial, especialmente de sociedad colectiva, o una sociedad de hecho, toda vez que un pacto social inscrito o no en el Registro de Comercio puede servir de marco a "un acuerdo de empresas" en el sentido del art. 85 del Tratado de Roma.

Por último digamos que las "recomendaciones de asociaciones de empresas" sin estatuto jurídico ni provistas de personalidad moral, se asimilan a las "decisiones de asociaciones de empresas", consideradas por el art. 85, inciso 1º, si las partes revelan pertenecer a dichas asociaciones siguiendo efectivamente sus directivas en sus comportamientos dentro del mercado. (41)

SECCION I I

LAS ENTENTES PERMITIDAS

26.—Objeto.—De conformidad con lo prevenido en el art. 85, inciso 3º del Tratado de Roma, las disposiciones del inciso primero del mismo precepto, que contiene la prohibición de las ententes, pueden declararse inaplicables respecto de todos los acuerdos, decisiones de asociación de empresas o prácticas concertadas, como respecto de todas las categorías de actos o de comportamientos que reúnen los requisitos por él definidos.

Se trata de ententes que por sus elementos constitutivos quedan afectas al derecho comunitario de la libre competencia, acuerdos o prácticas concertadas, es decir, susceptibles de afectar por su objeto el comercio entre Estados miembros y cuyo efecto contra la competencia se produce al interior del Mercado Común, y que, por otra parte, quedan comprendidas dentro de la prohibición del art. 85, inciso 1º, en cuanto a que su objeto o su efecto está destinado a impedir, falsear o restringir el juego de la competencia.

Sin embargo, estas ententes pueden beneficiar de una excepción —individual o por categoría— a la prohibición y a las sanciones correspondientes, si se constata que ellas pueden producir efectos económicos favorables, sin que sus efectos restrinjan u obstaculicen la competencia más allá de los límites aceptados, sobre el mercado de un producto o de un servicio determinado. En la práctica administrativa comunitaria a estas excepciones se les denomina por comodidad de lenguaje "declaraciones de implicabilidad del inciso 1º del art. 85 del Tratado".

Los requisitos de estas excepciones están señalados en el inciso 3º del precepto tantas veces citado, y han sido interpretados por la Comisión y por la Corte de Justicia de las Comunidades Económicas Europeas, caso por caso respecto de ententes individualmente consideradas. Por otra parte, el Consejo ha habilitado a la Comisión para definir, como lo dispone también el inciso 3º de la norma en análisis, las categorías de acuerdos que beneficiarían de la excepción sin necesidad de examen previo individual. El reglamento N° 19/65 de 2 de marzo de 1965 del Consejo de las C.E.E. contiene esta facultad para la Comisión, la que no ha utilizado sino parcialmente esta habilitación con el establecimiento de su reglamento N° 67/67 de 22 de marzo de 1967.

(41) Guyénot, Jean-Pierre: Ob. cit., N° 8, pág. 19.

Finalmente digamos que las excepciones individuales a la aplicación del inciso 1º del art. 85 del Tratado no pueden acordarse sino en el caso en que la entente es denunciada a la Comisión. Tendremos ocasión de volver sobre este punto al tratar del procedimiento aplicable.

Párrafo I

Los requisitos de la declaración de inaplicabilidad del art. 85, inciso 1º en las excepciones individuales.

27.—**Condiciones positivas y negativas.**—Numerosos acuerdos entre empresas escapan individualmente a la aplicación del art. 85, inciso 1º del Tratado de Roma, beneficiando en el curso de su existencia o a posteriori, de una decisión de inaplicabilidad, cuando contribuyen a mejorar la producción o la distribución de los productos o a promover el progreso técnico o económico, reservando a los usuarios (consumidores) una parte equitativa de la ventaja que resulte. Estas son las condiciones positivas de la excepción; y sin imponer a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar esos objetivos; y dar a esas empresas la posibilidad, por una cantidad considerable de los productos en cuestión, de eliminar la competencia, lo que constituyen los requisitos negativos. Los veremos separadamente.

28.—A) Condiciones Positivas.

a) **Primera Condición:** El acuerdo debe contribuir al mejoramiento de la producción o de la distribución o a la promoción del progreso técnico o económico. El atentado a la competencia que proviene de una entente puede motivarse por la voluntad de las empresas de agruparse y tener como contrapartida un incremento en la eficacia derivado justamente de la puesta en común de medios capaces de producir efectos favorables en la economía. Este efecto positivo de la entente debe traducirse concretamente, según los términos del artículo 85, inciso 3º del Tratado de Roma, en función del sector de empresas y de la naturaleza de su actividad, sea bajo la forma de un mejoramiento de la producción o de la distribución, sea por un progreso técnico o económico.

La Comisión ha admitido, en decisiones individuales de inaplicabilidad del art. 85, inciso 1º, que la condición que estudiamos se cumple en el caso de los acuerdos de especialización entre empresas de producción, cuando son de naturaleza propia para aumentar la productividad y la rentabilidad de cada una de ellas en el terreno que les corresponde (42). En materia de distribución el mismo organismo comunitario ha reconocido que los acuerdos de exclusividad recíproca de aprovisionamiento y de distribución mejoran la rentabilidad de las empresas, aumentando potencialmente las actividades de cada una de ellas, por una racionalización de la producción y de la distribución, lo que permite deducir que el contrato de concesión comercial que tenga el mismo efecto, cumpliría también con esta condición o requisito para admitir la entente y evitar las sanciones (43). La Comisión ha considerado, en este sentido, que una asociación de empresas puede contribuir a promover

(42) Decisión: "Clima-Chappée-Buders", 22 de julio de 1969. D.O.C.E.E. N° L. 242, 7 de agosto de 1969.

(43) Decisión: "D.R.U. - Blondel". D.O.C.E.E. 17 de julio de 1965.

el progreso técnico mediante un mejoramiento de la distribución (44). En cada una de estas hipótesis la Comisión de las Comunidades Económicas Europeas se ha pronunciado, teniendo en cuenta los efectos del acuerdo en cuestión y de una apreciación de las ventajas previsibles en términos razonables; y

b) **Segunda condición positiva:** El acuerdo debe reservar una parte justa de los beneficios a los consumidores o usuarios. En relación con el primer requisito y sin que se confunda con él, la entente no puede beneficiar de una excepción a título individual, sino cuando sus efectos técnicos y económicos aprovechan no sólo a las empresas participantes sino también a los consumidores del producto o a los usuarios del servicio, es decir, a los clientes de las empresas miembros del acuerdo. La parte equitativa del beneficio debe resultar de una baja en el precio de venta, como también de un mejoramiento técnico o económico del producto o del servicio, del acceso al mercado de nuevos productos, del mejoramiento del ritmo y de la regularidad de los aprovisionamientos.

Este requisito ha sido criticado porque se exige que la clientela reciba una ventaja en un asunto en el cual ella no ha participado. No es obligación, sin embargo, para los poderes públicos aceptar excepciones a la prohibición, en provecho de las empresas participantes, si el interés general no se toma en cuenta. Se piensa que para admitir la excepción se supone una "especie de estipulación por otro" hecha por las partes de la entente y esta estipulación no puede favorecer sino al consumidor (45). A falta de esta condición el régimen de protección de la libre competencia, establecido por el derecho comunitario europeo, sería aplicable a estos acuerdos entre empresas. En materia de concesiones comerciales la Comisión de las C.E.E. ha tenido especial cuidado en que se cumpla este requisito para que el acuerdo pueda beneficiar de una excepción a la prohibición de las ententes. Dicho en otros términos, los consumidores deben obtener una ventaja apreciable del acuerdo entre concedente y concesionario (46). En una economía basada en la libre competencia, las concesiones comerciales no pueden tener por finalidad sino aumentar la rentabilidad de las empresas participantes, aumentando sus fuerzas favorables sobre el mercado, lo que debe traducirse en una baja en los precios y no en un factor de fijeza o de alza de los mismos. (47)

Veamos a continuación las condiciones o requisitos negativos para la obtención de una excepción particular a la aplicación de las reglas comunitarias que prohíben el establecimiento de prácticas contra la libre competencia.

29.—B) Condiciones Negativas.

a) **El acuerdo no debe imponer a las empresas interesadas restricciones que no sean las indispensables para la realización de sus obje-**

(44) Decisión: "Exposition Européenne de la machine-outil". D.O.C.E.E. 20 de marzo de 1969.

(45) Guyénot, Jean-Pierre: Ob. cit., N° 49, pág. 52.

(46) V. Decisión: "Grundig"; "D.R.U. - Blondel"; "Jallete-Voos", diciembre de 1965; en D.O.C.E.E. 6 de enero de 1966; Affaire: "Beguelin". Recueil Dalloz. 1971. 949.

(47) C. sobre Concesiones Comerciales: Guyénot, Jean-Pierre: "Les contrats de Concession Commerciale en droit français et communautaire de la concurrence". Sirey. Paris. 1968; y sobre "Franchising", "Qu'est-ce que el franchising". Ed. Dunod. Vie de l'entreprise. Paris. 1974.

tivos técnica y económicamente favorables.—Una limitación a la libre competencia admitida en razón de sus efectos económicos y técnicos favorables deja de ser lícita cuando traspasa el umbral de los requisitos que permiten aceptarla. Se trata de un requisito negativo que se presta difícilmente a la generalización y la síntesis, pero que resulta más claro al analizar las aplicaciones prácticas que de él se han hecho.

Una entente considerada como benéfica por la ventaja que ella procura, escapa a la prohibición contenida en el art. 85, inciso 1° del Tratado de Roma, cuando tales beneficios no pueden obtenerse sino mediante una alteración de la libre competencia entre las empresas participantes. En otros términos las normas comunitarias dejan el paso a una concepción sana de una política de competencia, que considera que no vale la pena sacrificar los buenos acuerdos entre empresas, con efectos positivos para la economía, por la defensa teórica de principios éticos. Sin embargo, vale la pena tener en cuenta que la excepción a la prohibición se admite sólo en la medida en que los efectos favorables de un acuerdo entre empresas no pueden obtenerse sin un atentado a la libre competencia y estrictamente en esa medida. (48)

Un estrecho vínculo se establece entre el mejoramiento obtenido por el acuerdo y las restricciones a la competencia necesarias para obtenerlo. Esto significa que la libertad contractual de unirse, de concertarse, se detiene allí donde las restricciones a la competencia dejan de ser estrictamente indispensables para la realización de los efectos favorables.

En la aplicación práctica de esta condición negativa, la Comisión de las C.E.E. en la decisión "Grundig" en particular, rechazó los argumentos de las partes requirentes, dentro de las cuales se encontraba además el gobierno de la República Federal alemana, que sostenía que los acuerdos verticales deberían gozar de una presunción favorable en el plano de la competencia y que, en la especie, ningún elemento permitía descartar esa presunción, agregando que, por el contrario, el contrato en cuestión habría permitido acrecentar la competencia entre productos de diversas marcas (49). De esta suerte, las partes pretendían definir la naturaleza de los contratos de exclusividad en relación con la noción de competencia, que no tendría una significación de orden económico, sino entre productos similares. Ampliando el debate y ubicándolo en el contexto de todo el mercado, las partes se esforzaron en demostrar que el acuerdo de exclusividad no podía afectar en sí a la libre competencia. La ausencia de efectos contrarios a la competencia no puede percibirse —afirmaban las partes— sino comparando dos situaciones en el mercado: la que existe después de la estipulación del acuerdo y la que se crearía a falta de él.

Para decidir en buen derecho que el art. 85, inciso 1° del Tratado es aplicable al acuerdo que comentamos, la Comisión debería haber observado o apreciado "in concreto" el mercado tal como las partes se lo solicitaban, invocando la "regla de la razón" (rule of reason) (50).

(48) Guyénot, Jean Pierre: "Droit antitrust européen". N° 52, pág. 54.

(49) Decisión: "Grundig", 23 de septiembre de 1964 en: D.O.C.E.E. 20 de octubre de 1964.

(50) Hemos traducido la expresión inglesa "rule of reason" como "regla de la razón", pero ella no puede ser entendida sino considerada dentro del conjunto de elementos que en el Derecho de Comon Law sirven al juez para dictar su sentencia, la que traduce la "rule of law".

La referencia al derecho norteamericano era útil en este caso, como advierte Guyénot (51), por lo menos para hacer presente que la regla del art. 85, inciso 1° del Tratado de Roma no puede aplicarse a un acuerdo, sino después de haber considerado sus efectos en la práctica sobre el juego de la competencia. La Comisión decidió, sin embargo, que los contratos de exclusividad combinados con una protección territorial absoluta del concesionario, atentan "per se" contra la libre competencia. El organismo comunitario declara perentoriamente en la decisión "Grundig" que la razón por la cual no puede acogerse la inaplicabilidad del art. 85, inciso 1° es porque la protección territorial absoluta constituye una restricción no indispensable en sí para el mejoramiento de la producción y de la distribución de los productos considerados. Siguiendo esta doctrina se ha decidido más tarde que las concesiones de distribución exclusiva no deben comportar una cláusula de protección territorial absoluta del concesionario, para poder figurar dentro de la categoría de los acuerdos exentos de la prohibición en virtud de lo prevenido en el reglamento N° 67 de la Comisión de las Comunidades Europeas. Numerosas otras decisiones del referido organismo comunitario han hecho aplicación de los mismos principios para determinar el alcance de este requisito negativo a la excepción o inaplicabilidad del art. 85, inciso 1° del Tratado (52); y

b) **El acuerdo no debe suprimir en una parte substancial la competencia respecto de los productos considerados.**—Esto significa que a pesar de la existencia del acuerdo entre las empresas, los productos considerados deben continuar siendo ofrecidos en el mercado, para que la competencia pueda manifestarse. De esta suerte, la alteración de la libre competencia admitida en razón de los resultados económicos favorables en el mercado, tiene un límite que no puede traspasarse: la competencia no puede ser suprimida, ya sea geográficamente sobre una parte del Mercado Común ni con mayor razón sobre la totalidad de él, ni, por último, entre productos comparables. En el derecho europeo la noción de productos comparables no ha sido definida, al contrario de lo que ocurre en el derecho norteamericano, en el cual la jurisprudencia fijando estos conceptos ha llegado a distinguir entre los mercados geográficos, como mercados de productos, y los sub-mercados, teniendo en cuenta las necesidades propias de las diversas categorías de productos. Así por ejemplo, cuando se suprime la competencia sobre un modelo de zapato deportivo, ella no reaparece entre este modelo y los modelos de zapatos de calle. Cuando como consecuencia de una entente o de una fusión de empresas se suprime la competencia sobre los modelos de calzados de calle de uso corriente y subsiste respecto de los modelos de lujo, no puede pensarse que la competencia exista entre productos comparables. Así lo determinó la Corte Suprema de los Estados Unidos. (53)

Siguiendo el criterio de la jurisprudencia norteamericana, puede precisarse este requisito de inaplicabilidad de las normas sobre prohibición de las ententes, diciendo que, a pesar del acuerdo, la competencia debe continuar ejerciéndose entre los productos objeto de dicho acuerdo y los productos similares o de substitución, premunidos o no de marca

(51) Guyénot, Jean-Pierre: Ob. cit., N° 55, pág. 56.

(52) En este mismo sentido, decisiones: "Völk-Vervaecke", Rec. 1969, 295; "Clima-Chappée-Buderus", 22 de julio de 1969. D.O.C.E.E. N° 1, 195.

(53) "US/Brown Shoe Co", 370. U.S. 294. 1962. Trade Cases, párrafo 70. 366, citado por Guyénot, Jean-Pierre: Ob. cit., N° 59, pág. 59.

de fábrica, a fin de que a los usuarios, consumidores o distribuidores, no se les prive de una posibilidad de elección entre artículos que responden a las mismas necesidades. Las empresas que son parte de la entente deben seguir siendo competidoras en el mercado, dominado por la ley de la oferta y la demanda, respecto de los productos destinados a satisfacer las necesidades de una categoría de la clientela, en el territorio al cual se refiere el acuerdo o en parte, o la totalidad del territorio de la Comunidad Económica Europea.

La práctica en el derecho comunitario ha demostrado que la entente que reúne a las principales empresas de una misma rama de la actividad económico-mercantil, no cumple con la segunda condición negativa contemplada en el artículo 85, inciso 3° letra b), porque ella procura a las entidades participantes la posibilidad de eliminar la competencia, directa o indirectamente, respecto de una parte substancial de los productos en causa, no que comprende también los productos similares como asimismo los de reemplazo. En estos casos la entente da lugar a un fenómeno económico conocido como "oligopolio", que no puede favorecerse, en principio, de la inaplicabilidad del art. 85, inciso 1° del Tratado de Roma. (54)

Párrafo I I

Las excepciones por categorías

30.—Tipos de excepciones.—Dos tipos de acuerdos concluidos entre empresas quedan exentos de la aplicación del art. 85, inciso 1° del Tratado, en virtud del Reglamento del Consejo N° 19 de 22 de marzo de 1967, relativo a las convenciones bilaterales de exclusividad de venta y por el Reglamento del Consejo de las C.E.E. N° 2821 de 20 de diciembre de 1971, que se refiere a los acuerdos entre empresas relativos a la especialización y al desarrollo en común.

Además de estas categorías de acuerdos exentos de la aplicación del art. 85, inciso 1° del Tratado por los Reglamentos del Consejo ya mencionados, debemos tener en cuenta categorías de acuerdos que la Comisión de las C.E.E. ha exceptuado mediante "Comunicaciones". Estas excepciones fundadas en Comunicaciones de la Comisión tienen el carácter de precedentes en derecho comunitario por lo que vale la pena tratarlas en primer término.

31.—Las excepciones por categorías decididas por Comunicaciones de la Comisión.—Analizaremos aquí las Comunicaciones de la Comisión de las Comunidades Económicas Europeas que se refieren a acuerdos sobre licencia de patentes y derechos industriales en general y la relativa a los acuerdos o contratos de distribución exclusiva concluidos con los representantes de comercio.

32.—Las comunicaciones de 9 de noviembre y de 24 de diciembre de 1962 relativas a los acuerdos de licencia de patente y de derechos de propiedad industrial.—En la Comunicación de 9 de noviembre de 1962 la Comisión declara que ella estima inaplicable el art. 85, inciso 1° del Tratado, de acuerdo con lo prevenido en el inciso 3° de la misma dis-

(54) El oligopolio se caracteriza por la presencia de un pequeño número de empresas que vende productos intercambiables sobre un mercado que ellas dominan.

posición, a las convenciones por las cuales la persona del titular de un derecho de patente industrial concede, mediante una licencia, el derecho a explotar exclusivamente el objeto patentado, dentro de un territorio determinado en el contrato de licencia. El organismo comunitario considera que a pesar de los efectos restrictivos de la competencia, los acuerdos de licencia cumplen con los requisitos del inciso 3° del art. 85 del Tratado, para que se les considere como una excepción.

Aplicando la Comunicación de 24 de diciembre de 1962, los acuerdos sobre licencias de patentes pueden contener cláusulas restrictivas de la libertad de la persona a quien se le ha concedido la licencia, sin que esto implique la aplicación del art. 85, inciso 1° del Tratado. Para que pueda tener lugar esta excepción los acuerdos deben tener por objeto:

— La limitación de los modos de explotación de la patente concedida como asimismo en lo relativo a la fabricación y venta del producto;

— La limitación de la utilización del producto patentado a ciertas aplicaciones técnicas;

— La limitación de la cantidad fabricada y del número de actos de explotación;

— La limitación de la duración de la licencia; y

— La limitación territorial de la licencia.

En otros términos, el titular de una patente puede regularmente acordar una licencia de explotación que cubra toda la invención protegida o una parte convenida de ella. Por lo mismo, puede limitar las ventas del producto patentado, respecto de la persona a quien concede licencia, a una categoría de clientes, a condición que la limitación de las ventas a las categorías convenidas no tenga por efecto compartimentar el mercado.

33.—Las Comunicaciones relativas a los contratos de distribución exclusiva con representantes de comercio.—En una Comunicación publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Económicas Europeas de 24 de diciembre de 1962, relativa a los acuerdos de distribución exclusiva celebrándose con representantes de comercio (55), la Comisión de las C.E.E. estima que, a diferencia de los acuerdos sobre licencia de patente, no tienen efectos sobre la competencia y el comercio entre Estados miembros.

De acuerdo con la Comunicación que comentamos, las relaciones entre los representantes de comercio y su mandante se asimilan, por analogía, a las existentes entre un establecimiento principal y sus agencias o sucursales, o a las que surgen entre una sociedad madre y sus filiales. Enseguida, la persona física o moral considerada por la Comunicación como un representante de comercio, no tiene el estatuto jurídico de un distribuidor o de un revendedor independiente, aun cuando en el ejercicio de su mandato él disponga de una organización comparable a la de una empresa. El representante de comercio aparece como un elemento de la empresa del representado, de la misma manera que la agen-

(55) La expresión representante de comercio empleada en derecho francés y comunitario debe considerarse en español como sinónima de comisionista para vender o como vendedor.

cia o la filial es un engranaje del sistema creado por la sociedad madre o por el establecimiento principal. Dicho en otros términos, lo que caracteriza al representante de comercio, en el sentido determinado por la Comunicación de la Comisión de las C.E.E., es la falta de autonomía económica en relación con la empresa para la cual presta sus servicios. La dependencia funcional y orgánica del representante en relación con la empresa que representa en la distribución, excluye entre ellos comportamientos concurrenciales sobre el mercado de los productos en cuestión. Por estas razones el contrato celebrado entre un representante y una empresa que le confía la distribución de sus productos o servicios, escapa a la prohibición del art. 85, inciso 1º, aun en el caso en que el representado le acuerde la representación exclusiva en un territorio determinado. El representante no puede negociar sino por cuenta de la empresa representada, sea que él contrate en nombre y por cuenta de ella, sea que él contrate como comisionista en su propio nombre pero por cuenta de esta última. En todos estos casos, como lo indica la Comunicación de 24 de diciembre de 1962, "la característica común de todos los representantes de comercio es su función de auxiliares en la negociación de los asuntos". (56)

34.— 2.— **Las excepciones de categorías decididas por Reglamento del Consejo.**—El Consejo de las Comunidades Económicas Europeas ha dictado varios Reglamentos destinados a establecer excepciones respecto de categorías de acuerdos que no escapan a la prohibición contenida en el art. 85, inciso 1º del Tratado de Roma. Nos referiremos someramente a los más importantes.

35.— a) **El Reglamento del Consejo N° 19 de 2 de marzo de 1965, que habilita a la Comisión para exceptuar nuevas categorías de acuerdos de exclusividad.**—Mediante este Reglamento el Consejo de las C.E.E. entiende trazar un cuadro general dentro del cual pueden aplicarse las excepciones por categorías, dejando a la Comisión el cuidado de definir esas categorías por vía reglamentaria. El Consejo afirma también, por medio de este Reglamento, su competencia derivada del art. 87 del Tratado, en virtud con el cual le corresponde dictar todos los reglamentos o directivas necesarias para la aplicación de los principios contenidos en los arts. 85 y 86. Como el Consejo de las C.E.E. se demorara en hacer efectivas sus competencias, la Comisión se le adelantó estableciendo las Comunicaciones que ya hemos tenido la ocasión de examinar.

En el marco abierto por el Consejo a la Comisión mediante el Reglamento N° 19, varias categorías de acuerdos quedaban comprendidas dentro de la excepción. Pero, como la Comisión de las C.E.E. había tomado partido anteriormente mediante las Comunicaciones señaladas, ella ha usado la prerrogativa abierta por el Consejo sólo para una nueva categoría de acuerdos: las convenciones bilaterales de exclusividad de venta. La excepción respecto de estos acuerdos fue decidida por el Reglamento N° 67 de la Comisión de 22 de marzo de 1967.

Mediante el Reglamento N° 67 de 22 de marzo de 1967 de la Comisión de las C.E.E. y aplicable hasta el 31 de diciembre de 1982, se deroga la prohibición de las convenciones bilaterales de exclusividad de venta como asimismo las convenciones de exclusividad de aprovisionamiento y de exclusividad recíproca de venta y de aprovisionamiento.

(56) V. Guyénot, Jean-Pierre: Ob. cit., N° 80, pág. 73.

Esto significa que los acuerdos relativos a estas materias benefician de pleno derecho de una excepción a la aplicación de las normas del art. 85, inciso 1º del Tratado de Roma, relativas a la prohibición de las ententes. Pero debe tenerse en cuenta que la Comisión se reserva el derecho a retirar el beneficio de la excepción, en cada caso, respecto de los acuerdos que en su realización efectiva limiten excesivamente la competencia. El organismo puede tomar dicha decisión sobre la base de informaciones que ella misma recoja en el ejercicio de su función de vigilancia de la competencia en el Mercado Común. (57)

36.—b) **El Reglamento N° 2821 del Consejo de 20 de diciembre de 1971.**—Este Reglamento habilita a la Comisión para exceptuar categorías de acuerdos de empresas relativos a la investigación, la especialización y al desarrollo común. La nueva dimensión del mercado europeo que se unifica con la desaparición progresiva de las barreras aduaneras entre los Estados miembros, exige paralelamente un crecimiento de la talla y del peso de las empresas implantadas en la Comunidad para tener una fuerza y una dimensión adaptadas a un vasto mercado sin fronteras. Al exceptuar de las prohibiciones los acuerdos a que se refiere el Reglamento 2821 de 1971, el Consejo de las C.E.E. entiende propiciar la unión de empresas con una finalidad económica deseable en la investigación, la especialización y el desarrollo en común. El organismo comunitario lo ha precisado en los siguientes términos: "La creación de un mercado común exige la adaptación de las empresas a las condiciones de este mercado amplio. Tal adaptación puede particularmente resultar de acuerdos y de prácticas concertadas en materia de cooperación, permitiendo a las empresas trabajar más racionalmente y de adoptar su productividad y su competitividad a un mercado extendido".

Para exceptuar en forma masiva dichos acuerdos de la prohibición de las ententes a que se refiere el art. 85, inciso 1º del Tratado, el Reglamento 2821 de 1971 dictado por el Consejo contiene las prerrogativas necesarias a fin de que la Comisión lo implemente mediante establecimiento de las normas reglamentarias respectivas.

Analizadas las reglas aplicables a las ententes y los casos en que ellas carecen de vigencia en forma excepcional, nos corresponde tratar el derecho comunitario relativo al abuso de posición dominante y a la concentración de las empresas.

CAPITULO I I

REGLAS DE FONDO APLICABLES AL ABUSO DE POSICION DOMINANTE Y A LAS CONCENTRACIONES DE LAS EMPRESAS

37.—**El artículo 86 del Tratado de Roma.**—Esta disposición organiza el régimen jurídico de las posiciones dominantes en el marco del derecho comunitario europeo. De acuerdo con su texto "es incompatible con el Mercado Común y prohibido, en la medida en que el comercio entre Estados miembros es susceptible de ser afectado, el hecho de una o

(57 V. Goldman, Berthold; Ob. cit., N° 384, pág. 412; Guyénot, Jean-Pierre; Ob. cit., N° 150 y sigts., pág. 147; Sandoval López, Ricardo: "Le fonctionnement de la société Anonyme au Chili". These de Doctorat. Université de Sciences Sociales. U.E.R. Faculté de Droit, Grenoble. 1974.

varias empresas de explotar en forma abusiva una posición dominante sobre el Mercado Común o en una parte substancial de éste".

Podemos advertir de inmediato que el texto no condena la posición dominante en sí misma. No puede prohibirse a las empresas que mediante su crecimiento interno o como consecuencia de operaciones de fusión, filiales, participaciones, etc., puedan llegar a ocupar, en un rubro determinado de actividades, una posición dominante, escapando de esta suerte a la ley de la competencia. Lo que realmente se prohíbe a las empresas es abusar de una situación preponderante adquirida en el Mercado Común o en una parte considerable de él.

Por otra parte, vale la pena tener presente que si el texto del artículo 86 del Tratado de Roma no prohíbe los monopolios en sí mismos sino la explotación abusiva de ellos, es a propósito de una política de competencia concebida en función del contexto europeo, no aislada de las economías americana y japonesa, que son concurrentes y estimulantes de la economía europea y viceversa (58). No estando limitadas las empresas europeas para agruparse y adquirir posiciones dominantes, se encuentran en mejores condiciones para "hacer el peso" o "tener la talla" de las empresas concurrentes extracomunitarias.

Interesa entonces precisar la noción de posición dominante y la explotación abusiva que de ella pueden hacer las empresas.

SECCION I

LA NOCIÓN DE POSICION DOMINANTE

38.—Objeto.—La noción de posición dominante corresponde a una situación de hecho y la forma de definirla depende de dos supuestos: la empresa o grupo de empresas que por diversas razones ocupa dicha posición y el mercado en relación con el cual ella se ejerce. Veremos separadamente ambos aspectos.

Párrafo I

La empresa o grupo de empresas en posición dominante

39.—A. Los elementos constitutivos de la posición dominante.—El artículo 86 del Tratado de Roma no define lo que debe entenderse por posición dominante. Esta norma se refiere, en cuanto al abuso que ella condena, a la definición del artículo 85, párrafo 7° del Tratado de la C.E.C.A. La disposición del artículo 65, inciso 7° del Tratado de la C.E.C.A. caracteriza la posición dominante por el hecho que ella puede significar sustraer una empresa de la competencia efectiva. Dispone textualmente: "Si la Alta Autoridad reconoce que empresas públicas o privadas, en derecho o de hecho, tienen o adquieren sobre el mercado de uno de los productos que están bajo su jurisdicción, una posición dominante que les sustrae de una competencia efectiva en una parte importante del Mercado Común, utilicen esta posición dominante para los fines contrarios a los objetivos del presente Tratado, ella les dirige recomendaciones destinadas a obtener que tal posición no sea utilizada para esos fines". Dicho en otros términos, la norma recién citada prohíbe el uso

(58) Guyénot, Jean-Pierre: Ob. cit., N° 116, pág. 101.

de una posición dominante que se ejerza en contra de los objetivos del Tratado de la C.E.C.A. Se condena el ejercicio de una posición dominante porque tiene por efecto un atentado a la competencia efectiva, de la cual se sustraen las empresas que la ocupan.

En un memorándum de fecha 1º de diciembre de 1965 sobre la concentración en el Mercado Común, la Comisión de las C.E.E. completa la definición del art. 65 del Tratado de la C.E.C.A. considerando no sólo los efectos de una posición dominante respecto de la competencia, sino principalmente los medios de acción que tal situación le procura a una empresa en el mercado. Así señala: "Es en primer lugar un poder económico, es decir, la facultad de ejercer una notable influencia sobre el funcionamiento del mercado y en principio previsible por la empresa dominante. Esta facultad económica de una empresa dominante influye sobre el comportamiento y sobre las decisiones económicas de otras empresas, aunque se utilicen o no en un sentido determinado. Una empresa que puede despojar, cuando ella lo desee, a las otras empresas competidoras del mercado puede disponer desde luego de una posición dominante y determinar de una manera decisiva el comportamiento de otras, aun si su propia parte del mercado es todavía relativamente débil".

De acuerdo con la Comisión de las C.E.E. el elemento característico de la posición dominante es que ella confiere a una empresa los medios de acción que le permiten determinar el comportamiento de sus competidoras, despojarlas del mercado, si no aceptan su liderazgo, lo que tiene por efecto, en uno y otro caso, eliminar o afectar la libre competencia. Vale la pena considerar a este respecto que ocupar una posición dominante puede también resultar de un acuerdo entre las empresas actuando en forma concertada sobre el mercado, como de un grupo de empresas ubicadas bajo la dirección de una de ellas, una sociedad madre, por ejemplo, que concentra en su beneficio el poder económico de sus filiales. El grupo de empresas no independientes que tiende a acercarse a una empresa única realizando una concentración, queda sin duda sometido a la disposición del art. 86 del Tratado de Roma. Pero el grupo de empresas en posición dominante nacido de una práctica concertada, plantea el agudo problema de saber si cae bajo las sanciones del art. 85 o del 86 del mismo Tratado.

40.—B. Posición dominante y concentración de empresas.—Como la noción de empresa considerada por el art. 86 del Tratado es idéntica a la del art. 85 del mismo texto, el criterio para la aplicación de uno u otro texto cuando la posición dominante proviene de un grupo de empresas dependientes que se concentran o cuando ella tiene su origen en una práctica concertada consiste en saber si el grupo de empresas no forma una empresa única que origine la falta de independencia de las empresas miembros del grupo respecto a la empresa que lo domina.

En la práctica, el grado de independencia de las empresas en relación con las otras es difícil de determinar, porque el concurso de voluntades que caracteriza la entente, en el sentido del art. 85 del Tratado, no está exento de todo apremio. En seguida la línea de división entre los dominios de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma es difícil de trazar, respecto de las combinaciones mediante las cuales las sociedades forman grupos para obtener una posición dominante que le permita imponer sus leyes y sustraerse de las de otras. Esos grupos

se revelan por sus efectos en el mercado, confiriendo a la unidad económica que constituyen una posición susceptible de afectar la competencia.

La posición dominante se adquiere por el grupo en beneficio de sus miembros sin llegar a formar en el hecho una empresa única, que aislada de las demás, no tendría el peso económico para ocuparla. Mediante el juego de las participaciones recíprocas (59) y de las filiales entre las empresas del grupo, la noción de entente en el sentido del art. 85 del Tratado no responde al estatuto jurídico del conjunto de empresas que forman un verdadero combinado. Podría pensarse que el art. 86, "ateniéndose al hecho que se constata", estaría llamado a tomar un campo más amplio que el art. 85, por aplicación de criterios más económicos que jurídicos respecto de los grupos de empresas en posición dominante.

En una economía que se edifica a escala de un continente, bajo el efecto de una concentración de empresas que deben adquirir un peso y una medida de un mercado amplio, la noción de posición dominante se adapta a los modos de realización de concentración por fusión que son los más frecuentes y a los supuestos económicos que las suscitan. Los aspectos horizontales y verticales pueden considerarse globalmente en sus resultados a nivel del mercado, en tanto que ellos son disociados en la aplicación práctica del art. 85 y observados en la superficie. La noción de posición dominante está mejor adaptada a los fenómenos de la economía europea que ella permite controlar sin refrenar su creación, por cuanto ella se aprecia en relación con un mercado determinado, llamado "mercado en cuestión o en causa", concepto que proviene de la noción de "relevant market" fijada por la jurisprudencia a la Corte Suprema de los Estados Unidos. (60)

Párrafo I I

La posición dominante en relación con el mercado en cuestión

41.—A. Los criterios para determinar el mercado en cuestión.—Para determinar el mercado cuestionado se atiende fundamentalmente a dos criterios: geográfico, que considera la localización de la posición dominante sobre el Mercado Común o sobre una parte considerable de él, y económico que atiende a la importancia económica del mercado dominado en relación con el conjunto del Mercado Común.

42.—a) El criterio geográfico.—De conformidad con lo prevenido en el art. 86 del Tratado de Roma, la explotación de una posición dominante es abusiva en la medida en que ella "es susceptible de afectar el comercio entre Estados miembros" y agrega al mismo tiempo que ella debe ejercerse "sobre el Mercado Común o en una parte substancial de éste". La primera proposición de la norma citada no significa que los actos constituyentes del abuso deban necesariamente cumplirse en el territorio de la Comunidad Económica Europea. La posición dominante abusiva puede ejercerse perfectamente por empresas o grupos de empresas

(59) Se llama participación la adquisición del capital de una sociedad por otra. Cuando la participación alcanza a un determinado porcentaje (50% para la ley chilena) la sociedad cuyo capital pertenece en esa proporción a otra se constituye en filial de la primera.

(60) Guyénot, Jean-Pierre: Ob. cit., N° 126, pág. 107.

sin vínculo económico con la Comunidad y en el cual ninguna empresa del Mercado Común participe. Lo que interesa es que la posición dominante, ocupada aun en un tercer país, tenga efectos al interior del Mercado Común, sin que la localización de las empresas fuera de la Comunidad pueda constituir un obstáculo para la aplicación del art. 86 del Tratado de Roma. Desde este punto de vista, la solución es idéntica a la que hace prevalecer la Comisión en materia de ententes. Así se ha expresado por este órgano comunitario en la decisión del asunto "Bendix-Mertens y Straet": "El hecho de que una de las partes del acuerdo de concesión de distribución se encuentre situada fuera del Mercado Común no impide la aplicación del art. 85 del Tratado, desde que tal acuerdo tiene efectos al interior del Mercado Común". (61)

La segunda proposición del art. 86 del Tratado de Roma es susceptible de interpretación y de controversias. De acuerdo con una primera interpretación el Mercado Común o una parte substancial de éste, puede designar geográficamente el territorio de la C.E.E. o una parte de ella. En esta interpretación, el mercado dominado, limitado a una débil fracción del territorio europeo, a una región o a una ciudad, por ejemplo, no provendría del art. 86, porque no corresponde a una parte substancial ni afecta el comercio entre Estados miembros. Sin embargo, la región o la ciudad que ocupan geográficamente una superficie muy pequeña en relación con el territorio común, pero poblada, se encuentra cerrada a las importaciones y a las corrientes comerciales por las empresas o grupos de empresas que domina el mercado. Esta interpretación restrictiva es sin duda carente de intereses y de aplicación práctica. Más que la extensión geográfica del mercado dominado por la empresa en posición dominante, importa el comportamiento de ella o del grupo que cierra o hace difícilmente asequible la penetración de productos competidores comparables o de sustitución.

43.—b) **El criterio económico.**—Haciendo una interpretación económica las disposiciones del artículo 86 del Tratado de Roma se aclaran, sobre todo si se piensa que "parte substancial" corresponde a su importancia efectiva dentro del Mercado Común.

La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas fallando el asunto "Sirena" consagra este criterio al declarar: "El titular de una marca no goza de una posición dominante por el solo hecho de que él está en condiciones de prohibir a los terceros de vender sobre el territorio de un Estado miembro, productos que lleven la misma marca. Se requiere además que tenga el poder de impedir el mantenimiento de una competencia efectiva sobre una parte importante del mercado a tomar en consideración". (62)

Desde el punto de vista de la competencia y de los intercambios en la Comunidad Económica Europea la importancia de una zona dominada interesa en la medida en que sobre el territorio en el que se ejerce abusivamente la posición dominante, la empresa o el grupo de empre-

(61) Decisión: "Bendix-Mertens y Straet". Diario Oficial de las C.E.E. de 10 de junio de 1964.

(62) Corte de Justicia de las C.E.E., 18 de febrero de 1971 asunto 40-70, Recueil 1971, N° 77.

sas, cierra el acceso a los productos competidores. La decisión "Continental Can" (63) corrobora esta posición.

44.—B. Aplicación del criterio económico del mercado en cuestión en función de los productos.—Siguiendo la doctrina de la jurisprudencia norteamericana fijada para la interpretación del Sherman Act sobre "relevant market", debe distinguirse entre productos comparables y productos de sustitución.

Una posición dominante ocupada por una empresa o por un grupo de empresas no puede, salvo el caso de hipótesis de escuela, cubrir el conjunto de todos los productos o servicios sobre el mercado. Ella debe apreciarse, en consecuencia, en relación con productos comparables que podrían ofrecerse en el mercado y que no lo son o lo son difícilmente, en razón justamente de la posición dominante ocupada por una empresa, que proporciona el producto o servicio cubierto o no por una marca o marcas o submarcas diversificadas.

Los productos comparables o similares pueden competir con productos de sustitución diferentes, pero que sirven para el mismo uso. En consecuencia, la posición dominante de una empresa en relación con el mercado cuestionado debe ser apreciada teniendo en cuenta los productos de reemplazo, llamados también de sustitución, ofrecidos por otras empresas competidoras.

Tal como la jurisprudencia norteamericana forjó la noción del "relevant market" y la de monopolización del mercado de un producto, la jurisprudencia europea demoró largos años antes de ser fijada sobre la interpretación del art. 86 del Tratado de Roma, respecto de los problemas planteados por las empresas o grupos de empresas que explotan una posición dominante. La primera decisión es de 2 de junio de 1971, decisión "Gema" (64). En el ámbito de este trabajo no podemos analizar los diversos casos de aplicación del art. 86 resueltos por la Comisión o por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, siendo particularmente interesante la decisión "Continental-Company". (65)

SECCION I I

LA EXPLOTACION ABUSIVA DE UNA POSICION DOMINANTE

Párrafo I

La noción de abuso de posición dominante

45.—Los elementos constitutivos de la explotación abusiva.— La disposición del art. 86 del Tratado de Roma no define tampoco la idea de abuso de posición dominante. La Comisión en un memorándum de fecha 1° de diciembre de 1965, yendo más allá de los términos del art. 65 del Tratado de la C.E.C.A., da una definición de explotación abusiva

(63) Véase en particular Guyénot, Jean-Pierre: "Concentration d'entreprises et position dominante". Extracto de la "Rivista del Diritto Commerciale". Año LXXI 1973. N°s 7 - 8. Parte II.

(64) Comisión de las C.E.E., 2 de junio de 1971 en Diario Oficial de las C.E.E. N° I. 34, 20 de junio de 1971.

(65) Véase el comentario de Jean-Pierre Guyénot en: "Concentration d'entreprises et position dominante". Extracto de Rivista del Diritto Commerciale. Año LXXI (1973). N°s 7 - 8. Parte II.

LA LIBRE COMPETENCIA Y SU REGULACION...**117**

declarando que ella existe "cuando el comportamiento de la empresa constituye objetivamente una conducta culpable respecto de los objetivos fijados por el Tratado. Las prácticas abusivas de una empresa pueden manifestarse frente a los competidores actuales, a los competidores potenciales, frente a los proveedores y a los usuarios. Como no hay definición general de abuso, su existencia debe ser apreciada cada vez en función de los objetivos de la norma donde esta noción figura". (66)

De acuerdo con la definición de la Comisión el abuso resulta del comportamiento culpable de la empresa o del grupo de empresas que se presenta cuando por la posición que ellas ocupan en el mercado en cuestión, impiden la realización de los objetivos por el Tratado. No es, en consecuencia, el atentado en sí a la competencia lo que se condena, sino el desconocimiento consciente o irreflexivo de los objetivos del Tratado, tal como han sido definidos por el art. 2 del mismo.

En términos cercanos a la jurisprudencia federal norteamericana, el memorándum de la Comisión de las C.E.E. agrega al art. 86 del Tratado de Roma una precisión que él no contiene, concretando esta noción bajo el vocablo "comportamiento". Sin embargo, al añadir el calificativo de "culpable" se acerca a la teoría general del abuso del derecho, en tanto que en el derecho anglosajón la responsabilidad se establece sin culpa, una responsabilidad francamente objetiva "strict liability", cuyo fundamento reposa no sobre la idea de riesgo como en derecho civil, sino sobre la constatación de un hecho que perturba el orden económico europeo. (67)

La aplicación de criterios económicos y jurídicos objetivos, resultantes de un examen concreto del mercado, permite descubrir el carácter perjudicial de su posición y de su comportamiento sobre dicho mercado. Uno de los elementos vitales para la apreciación del carácter abusivo de un comportamiento consiste en determinar si el abuso se ha posible por el hecho de que la empresa o grupo de empresas ocupa una posición dominante y, consecuentemente, averiguar si el abuso no se habría producido en una situación de competencia efectiva.

Párrafo I I**Las aplicaciones de la noción de abuso**

46.—Ejemplos de explotación abusiva en el art. 86, inciso 2º.—El art. 86 del Tratado de Roma contiene una enumeración enunciativa de prácticas de explotación abusiva de una posición dominante. Las prácticas consideradas abusivas, cuyo origen está en la posición dominante ocupada por la empresa o grupo de empresas sobre el mercado, difieren poco en cuanto a su objeto y a sus efectos, de las que enumera el art. 85, párrafo 1º del mismo Tratado: este acercamiento no puede sorprendernos en la medida en que una entente puede estar destinada a hacer adquirir a las empresas ligadas una posición dominante de monopolio sobre el mercado en causa.

(66) Memorandum de 1º de diciembre de 1965. Comisión de las C.E.E. citado por Guyénot Jean-Pierre; Ob. cit., N° 134, pág. 130. (4) idem N° 136, pág. 131.

(67) Idem N° 136, pág. 131.

47.—a) La imposición de precios de compra o de venta o de otras condiciones de transacción.—El art. 86 inciso 2º letra a) designa como práctica abusiva el hecho de “imponer de manera directa o indirecta los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción “no equitativas”. Como vimos el art. 85 letra a) se refiere a las ententes que consisten en “fijar”... los precios, etc., sin mencionar el carácter “no equitativo”.

Las diferencias entre ambas disposiciones se aplican: las empresas que participan en una entente convienen en practicar precios idénticos o, en todo caso, fijados por su acuerdo; lo que basta para alterar la competencia porque ellas carecen de libertad para bajar los precios. Por el contrario, las empresas o grupos de empresas en posición dominante, no concluyen por hipótesis un acuerdo entre ellas. El abuso no puede consistir en “fijar los precios”, porque toda empresa debe hacerlo, sino en compeler a las proveedoras o a los clientes a aceptar los precios sin una relación razonable con la contraprestación procurada, es decir, los precios no equitativos, a los cuales ellas llegan gracias a la posición dominante.

La Corte de Justicia de las Comunidades Económicas Europeas a propósito de esta forma de abuso que “si el nivel de precios del producto no basta necesariamente para revelarla, puede sin embargo, por su importancia, en ausencia de justificaciones objetivas, constituir un indicio determinante”. (68)

48.—b) Limitación del desarrollo técnico o comercial.—El art. 86, letra b) se refiere al hecho de la empresa o grupo de empresas de “limitar la producción, las salidas o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores”. A diferencia del art. 85 del Tratado no menciona el control de la producción y guarda silencio total respecto de las inversiones. Precisa por el contrario que las limitaciones son abusivas cuando se hacen en perjuicio de los consumidores.

Estas diferencias de redacción traducen la dificultad de sancionar tales actuaciones cuando no resultan de una entente. Se puede pensar en efecto que ellas son castigadas cuando restringen la libertad económica de las empresas. (69)

SECCION I I I

REGLAS DE FONDO APLICABLES A LA CONCENTRACION

DE LAS EMPRESAS

49.—Rol económico de la concentración.—Los requerimientos de la economía contemporánea de producción y distribución masiva se satisfacen, en parte, mediante el crecimiento interno de las empresas o haciendo uso de los mecanismos de concentración que permiten agruparlas en una sola o bajo un control común.

La concentración de las empresas se estimula y acelera con la creación de un mercado común. En Europa, la supresión de las fronteras decide a las empresas cuyo tamaño estaba concebido en función del

(68) Sentencia del asunto, “Sirena” 40/70. Recueil 1971. 69.

(69) Goldman, Berthold: Ob. cit., N° 322, pág. 355.

mercado nacional, frecuentemente protegido, a adaptarse a un mercado de 175 millones de consumidores (70). La concentración de empresas por sobre los límites estatales, aparte de las dificultades de orden tributario, administrativo y social que origina, plantea también el problema de su compatibilidad con el derecho comunitario de la competencia, previsto en diversas disposiciones del Tratado de Roma.

El problema de conciliar la concentración económica con las normas de competencia comercial a nivel comunitario es difícil toda vez que, a diferencia del Tratado de la C.E.C.A., el Tratado que instituye la Comunidad Económica Europea no contiene reglas especiales al respecto. La Comisión de la C.E.E., después de haber estudiado el problema, estableció un "Memorándum sobre la Concentración en el Mercado Común", de fecha 1° de diciembre de 1965. Este documento analiza los obstáculos de la concentración a nivel comunitario desde el punto de vista de los mecanismos del derecho de sociedades y del derecho fiscal y toma partido sobre la aplicabilidad de los arts. 85 y 86 del Tratado a este fenómeno económico. Interesa saber entonces concretamente cómo armonizar la concentración con las disposiciones de los arts. 85 y 86 del Tratado, que contienen las normas comunitarias de competencia.

Párrafo I

La Concentración de empresas y el artículo 85 del Tratado de Roma

50.—Distinción entre ententes y concentraciones.—Bajo sus diversas formas, acuerdos entre empresas, decisiones de asociación, prácticas concertadas, el art. 85 del Tratado de Roma contempla las ententes entre empresas. La operación de concentración se diferencia de la entente en que esta última tiene por efecto obligar a un comportamiento, en tanto que la primera entraña una modificación en la estructura interna de las empresas. Las formas más importantes de concentración son: la participación de sociedades en otras sociedades, la adquisición total o parcial del activo de otras empresas y la fusión de dos o más sociedades jurídicamente independientes en una sociedad nueva. En las diversas hipótesis existe una modificación irreversible de las relaciones de propiedad, que no se encuentra en el caso de las ententes. Aun el caso en que se empleen mecanismos contractuales para llevar a cabo la concentración (contrato de gestión de empresa "organschaftsverträge", frecuentes en el derecho alemán), de todas maneras se produce una modificación respecto de las relaciones de propiedad de las empresas interesadas.

51.—La inaplicabilidad del art. 85 según la Comisión de la C.E.E.—Teniendo en cuenta la diversa naturaleza jurídica de las ententes y de las concentraciones de empresas y los resultados económicos previsibles de estas últimas, la Comisión de la C.E.E. estima que el art. 85 del Tratado no les es aplicable.

Para llegar a esta conclusión el organismo comunitario ha considerado, fundamentalmente, las siguientes razones:

(70) Comisión de las C.E.E. Memorándum de 1° de diciembre de 1965. Cabe hacer notar que la observación del organismo comunitario se hizo cuando el Mercado Común estaba integrado sólo por 6 Estados, actualmente es aún más amplio con la incorporación de otros 3 Estados miembros.

a) En lo que el párrafo primero del art. 85 del Tratado se refiere, la Comisión advierte que todas las operaciones de concentración no se realizan por medio de un acuerdo previo, para que puedan quedar comprendidas dentro de las sanciones que dicho texto contempla. Es verdad que tal acuerdo existe en determinados casos de concentración como en la fusión de sociedades; en el derecho alemán (71) existe el **contrato de fusión**, así como el derecho francés establece el proyecto de contrato de fusión, que es un acuerdo entre órganos de gestión de ambas sociedades sometido a la aprobación de las asambleas generales extraordinarias (72). Lo encontramos también cuando la concentración opera mediante el mecanismo de la adquisición del activo y pasivo o en los contratos relativos a la administración de empresas (*organschaftsverträge*). Por el contrario el acuerdo previo no existe cuando una sociedad toma el control de otra mediante la adquisición de acciones en la Bolsa de Comercio;

b) Por otra parte, la Comisión estima que sería contrario a la política de competencia efectiva condenar todas las concentraciones sin tener en consideración el criterio o motivo de la adquisición de un poderío excesivo sobre el mercado. Ahora bien, la prohibición contenida en el art. 85 del Tratado de Roma es independiente en ese criterio; y

c) Por último el organismo comunitario estima que el inciso 3º del art. 85 del Tratado no se adapta tampoco a las concentraciones. Por una parte la apreciación a priori de los efectos económicos y de las técnicas de concentración sería mucho más difícil que en el caso de las ententes. Las excepciones contenidas en el inciso 3º del art. 85 son temporales y revocables, en tanto que las modificaciones estructurales de las empresas y de las relaciones de propiedad implicadas en el proceso de concentración, serían irreversibles.

La doctrina de los jusmercantilistas europeos no está de acuerdo con los argumentos de la Comisión para declarar inaplicable el art. 85 del Tratado de Roma a la concentración de empresas. Un autor señala que "jurídicamente los argumentos no son convincentes". (73)

El hecho que sea imposible aplicar el art. 85 del Tratado a ciertas formas de concentración como la adquisición del control mediante la compra de acciones en Bolsa, no justifica necesariamente que se excluya su aplicación respecto de otros casos, en los cuales hay un acuerdo previo, cuyo objeto no puede negarse que no sea el de restringir la competencia sobre el mercado en general, toda vez que tienden a suprimirla entre las "empresas concentradas". No es cierto, por otra parte, que la apreciación a priori de los efectos previsibles de una concentración sea más difícil que la de los efectos de una entente, porque hemos visto que en lo relativo a transferir a los usuarios una parte equitativa del beneficio resultante de una entente, la Comisión se ha visto frecuentemente obligada a considerar probabilidades o "verosimilitudes" (74). Por último, el carácter irreversible de una excepción no sería más chocante en el terreno de las concentraciones que el de las ententes o en el de las concentraciones previstas en el Tratado de la C.E.C.A. sometidas a

(71) Véase la ley alemana de sociedades por acciones de 6 de septiembre de 1965, art. 340.

(72) Véase la ley francesa 66-537 de 24 de julio de 1966, art. 374.

(73) Goldman, Berthold: Op. cit., N° 327, pág. 360.

(74) Goldman, Berthold: Ob. cit., N° 327, pág. 361.

autorización previa, que tiene también este mismo carácter, habida consideración que si la empresa o grupo de empresas salidas de la concentración adquiere una posición dominante y abusa de ella, se le aplica, en todo caso, el art. 86 del Tratado.

Sin embargo, la prohibición general de las concentraciones de empresas que resultaría de la aplicación del inciso 1º del art. 85 del Tratado de Roma, sería contraria a una política de competencia conforme a las necesidades del Mercado Común, en el cual el tamaño de las empresas resulta frecuentemente insuficiente. Es el argumento más serio contra la aplicación del art. 85, inciso 1º, aunque es necesario subrayar que las concentraciones que no conducen a un poderío o tamaño excesivo —es decir, que no eliminan la competencia sobre una parte substancial de los productos en cuestión— la excepción del párrafo tercero del mismo precepto proporcionaría una importante válvula de seguridad. (75)

Párrafo I I

La concentración de empresas y el artículo 86 del Tratado de Roma

52.—**La aplicabilidad del art. 86 del Tratado.**—En ciertos casos puede aplicarse el art. 86 del Tratado de Roma a las concentraciones de empresas. La Comisión de las C.E.E. estima que esto sería posible cuando una empresa, que se encuentra ya en posición dominante, aprovecha esta situación para absorber a otras empresas o para tomar su control, para alcanzar o aproximarse a una posición de monopolio sobre el mercado considerado.

Planteadas en esta forma esta interpretación, se discute también por los juristas europeos (76), por qué el Tratado que instituye la Comunidad Económica no condena el monopolio en sí mismo, sino su explotación abusiva. Ahora bien, salvo circunstancias particulares que son difíciles de imaginar, no se ve cómo la intención de abusar de una situación de monopolio podría ser descubierta antes que ella se haya creado. Una parte de la doctrina se muestra más restrictiva en la interpretación del art. 86 del Tratado de Roma para los efectos de su aplicación a la concentración de empresas (77); ella considera que dicha norma no podría ser aplicada sino en caso de concentración "agresiva", es decir, cuando la empresa en posición dominante utilice su poderío económico o financiero para "compeler" a otra empresa o dejarse absorber o constituirse en filial, o bien para incitar a los accionistas a ceder sus acciones mediante el mecanismo de las ofertas públicas de compra (O.P.A. offres publiques d'achat).

La interpretación restrictiva parece respetar mejor el texto del art. 86, pero se advierte que en esta forma: sólo en casos excepcionales la disposición hará obstáculo a las concentraciones de empresas.

(75) *Ibidem.*

(76) Hefermehl citado por Goldman, Berthold: *Ob. cit.*, N° 328, pág. 362.

(77) Guyénot, Jean-Pierre: *Ob. cit.*, 145, pág. 139; Von der Groeben, H.: "Le rôle de la concurrence dans le Marche Commun". Documents des C.E.E. N° 42.

CAPITULO I I I

LA PUESTA EN MARCHA DE LAS REGLAS DE COMPETENCIA COMERCIAL

53.—Observaciones previas.—El derecho antitrust europeo se compone de un conjunto de normas de fondo destinadas a proteger la libre competencia al interior del Mercado Común y de reglas procesales destinadas a ponerlas en marcha. A pesar de la importancia de las normas adjetivas para obtener las finalidades que el Tratado persigue en derecho de la competencia comercial, pocas disposiciones de este texto se ocupan de ellas. A excepción del inciso 2° del art. 85 del Tratado, que sanciona con nulidad de pleno derecho los acuerdos y decisiones prohibidos, no se contemplan otras sanciones a las fracciones que atentan contra la política de competencia elaborada sobre la base de los arts. 85 y 86 para llevar a cabo los objetivos de la Comunidad Económica.

Desde la entrada en vigor del Reglamento N° 17 del Consejo de la C.E.E., de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma, los arts. 88 y 89 del mismo texto que definen las competencias respectivas de las autoridades de los Estados miembros y de la Comisión, han quedado vacíos de todo contenido. El Reglamento N° 17 del Consejo y los reglamentos de la Comisión adoptados para la aplicación de los arts. 85 y 86, están destinados a poner en marcha las reglas del derecho comunitario de la competencia.

Nos referiremos separadamente a las normas que establecen las autoridades competentes para conocer de la aplicación de estas normas y al procedimiento de solución de lo contencioso en materia de competencia comercial a nivel europeo.

SECCION I

LAS AUTORIDADES INVESTIDAS DE COMPETENCIA

54.—Repartición de competencias.—De conformidad con el art. 9° del Reglamento N° 17 del Consejo, se atribuye conjuntamente competencia a la Comisión de las C.E.E. y a las autoridades nacionales de los Estados miembros para la aplicación de las reglas del derecho europeo antitrust. Pero la Corte de Justicia de las Comunidades Económicas Europeas, en virtud de las atribuciones que le confiere el art. 164 del Tratado, "para asegurar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del Tratado", ejerce la función de control de legalidad de las decisiones de la Comisión.

Párrafo I

La repartición de competencia entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros

55.—Concurso de competencias.—Para constatar las infracciones a las reglas comunitarias de la competencia, tanto la Comisión como las autoridades de los Estados miembros tienen atribuciones. Sin embargo, las atribuciones de las autoridades de los Estados miembros cesan desde que la Comisión comienza a incoar un procedimiento destinado a la apli-

cación del derecho comunitario de la competencia comercial. Dicho en otros términos, el inicio de un procedimiento por la Comisión produce "un desasimio" de la autoridad nacional en provecho de la autoridad comunitaria, que dirá el derecho en su lugar.

Interesa determinar, en consecuencia, las atribuciones de las autoridades nacionales a falta de un procedimiento iniciado por la Comisión, pero antes que nada precisar qué se entiende por "autoridades de los Estados miembros", cuyo concepto no ha sido definido.

A.—La competencia de las autoridades de los Estados miembros a falta de un procedimiento incoado por la Comisión de las C.E.E.

56.—La noción de autoridades de los Estados miembros.—El art. 9º del Reglamento N° 17 del Consejo no define lo que debe entenderse por autoridades de los Estados miembros, a las cuales les confiere competencia para constatar infracciones a las reglas del derecho comunitario de la competencia comercial. A falta de una norma expresa en el Reglamento los autores (78) consideran que la facultad de determinar las autoridades nacionales competentes corresponde a los Estados miembros. Sin embargo, esta concepción no se adapta bien al espíritu general del Tratado de Roma, porque al ser admitida significaría dejar al arbitrio de los Estados miembros el poder de fijar indirectamente el alcance de la competencia de esas autoridades y, en consecuencia, la de la Comisión.

Habida consideración de la diversidad de organismos internos de los Estados miembros, los autores del Reglamento N° 17 del Consejo decidieron sabiamente que el concepto de "autoridades de los Estados miembros" debe ser despojado concretamente por los órganos nacionales mismos, que se reconocen en razón de su estatuto, de su competencia, la aptitud para constatar las infracciones a las reglas del derecho antitrust europeo. Este método de determinación de la competencia presenta una ventaja: evitar las discusiones y el detalle de situaciones que habría significado atribuir las competencias en forma nominal por el Tratado de Roma para cada Estado miembro.

57.—Naturaleza de la competencia de las autoridades nacionales.—Las autoridades de los países miembros son competentes para conocer de las infracciones a los arts. 85 y 86 del Tratado "mientras la Comisión no haya incoado ningún procedimiento" (art. 9, inciso 3º del Reglamento N° 17 del Consejo). Dicho en otros términos, mientras la Comisión es competente en todo momento para constatar las infracciones a la prohibición de las ententes y del ejercicio abusivo de una posición dominante, las autoridades de los Estados miembros, por el contrario, lo son bajo condición suspensiva de que el organismo comunitario no haya iniciado un proceso constando dicha infracción.

Basta que una autoridad sea requerida por un operador miembro de una entente, que desea salir de ella para desligarse de los compromisos fundado en su ilegalidad, o que un tercero justifique un interés legítimo pidiendo que cese la infracción, para que dicha autoridad pueda declarar, después de un procedimiento de instrucción, que la infrac-

(78) Guyénot, Jean-Pierre: Ob. cit., N° 156, pág. 151.

ción ha sido constatada y en consecuencia el acuerdo queda prohibido en aplicación del art. 85, inciso 1º del Tratado de Roma. De la misma manera ella puede declarar el abuso de posición dominante en aplicación del art. 86 y, consecuencialmente, decidir las medidas destinadas a hacer cesar dicho abuso, tal como podría hacerlo la propia Comisión de las C.E.E.

Con todo, a diferencia de la Comisión, los tribunales judiciales considerados como autoridades de los Estados miembros competentes no pueden conocer de oficio de estas materias. Tienen esta competencia sólo para los asuntos que normalmente deciden dentro de los respectivos Estados miembros.

Por lo mismo, si después de haber sido requerida la competencia de la autoridad del Estado miembro, tiene conocimiento de que la Comisión ha iniciado un proceso tendiente a la aplicación de las normas de derecho de la competencia comercial, debe declinar su competencia. Desde ese momento la autoridad nacional no puede seguir conociendo del acuerdo, entente o práctica o del abuso de posición dominante que ha sido objeto del procedimiento iniciado ante ella.

En fin, dejemos constancia que las autoridades de los países miembros si bien es cierto que son competentes al igual que la Comisión y mientras ésta no inicie un procedimiento destinado a la aplicación de las normas del derecho antitrust, no es menos cierto que no están facultadas como el organismo comunitario para decidir de nulidad de pleno derecho, a que se refieren los incisos 1º y 3º del art. 85 del Tratado de Roma.

B.—La competencia a la Comisión después de iniciado el procedimiento.

58.—Carácter de la competencia.—En los términos del inciso 2º del art. 9º del Reglamento N° 17 del Consejo de la C.E.E., la Comisión es competente para aplicar las disposiciones del art. 85, párrafo 1º y 86 del Tratado.

A diferencia de las autoridades de los Estados miembros, la Comisión no sólo es competente en todo momento para constatar de oficio las infracciones a las reglas comunitarias de la competencia comercial, sino que puede además rechazar la competencia a las "autoridades nacionales" iniciando un procedimiento, sea de oficio o a requerimiento de parte interesada. Dicho en otro término, el organismo comunitario está facultado para privar de competencia a las autoridades de los Estados miembros, en cualquier estado del procedimiento. Para que ello ocurra se requiere que la Comisión manifieste su intención inequívoca de conocer el asunto y de fallarlo. Esta manifestación de voluntad de incoar un procedimiento se traduce en un aviso dirigido a las partes o a las autoridades nacionales que están conociendo de la cuestión. En la práctica el aviso es una carta dirigida a los interesados y a los Estados de cuales éstos proceden a fin que los Estados comuniquen a sus autoridades competentes que la Comisión ha iniciado un procedimiento.

Desde el aviso dirigido a los interesados, ninguna autoridad nacional puede ser requerida para conocer del asunto ni avocarse a él de oficio. Dejan en consecuencia de ser competente. En el evento en que la autoridad nacional hubiere sido previamente requerida, desde la recep-

ción del aviso debe declinar su competencia. Por el contrario, mientras el aviso no llegue a su conocimiento no está obligado a dejar de conocer la cuestión.

C.—La competencia exclusiva a la Comisión.

59.—Principio.—Según la disposición del art. 5, párrafo 1º del Reglamento N° 17, la Comisión tiene competencia exclusiva para declarar inaplicables las normas del art. 85, inciso 1º, de conformidad con lo prevenido en el inciso 3º de la misma disposición. En consecuencia, las autoridades de los Estados miembros no tienen ninguna competencia para pronunciarse sobre excepciones a las prohibiciones del art. 85, inciso 1º del Tratado de Roma.

La diferencia de régimen de competencia se justifica por el propósito de las autoridades comunitarias de asegurar la unidad de una política de favor respecto de las categorías de acuerdos exceptuados por decisiones individuales y desde hace poco tiempo por vía reglamentaria.

Párrafo I I

Las atribuciones de la Corte de Justicia de las C.E.E.

60.—Principio.—De conformidad con lo prevenido en el art. 164 del Tratado de Roma, la Corte de Justicia de las Comunidades Económicas Europeas ejerce el control de legalidad de las decisiones de la Comisión. La Corte interviene también en el ejercicio de las competencias de la Comisión y de las autoridades de los Estados miembros con poderes de plena jurisdicción.

El Control de la legalidad de las decisiones de la Comisión.

61.—Medios para ejercerlo.—La Corte de Justicia de las Comunidades Económicas Europeas garantiza el respeto del derecho en la interpretación y en la aplicación del Tratado. Con estas atribuciones la Corte controla la legalidad de las decisiones de la Comisión. Pero, con el objeto de prevenir una falta de decisión por parte de este organismo comunitario, el art. 175 del Tratado abre a los interesados un recurso ante la Corte de Justicia, el llamado "recurso en carencia". Por otra parte, cuando a la Comisión se le reprocha de haber decidido mal, las partes tienen el "recurso de anulación" ante la Corte de Justicia de las Comunidades Económicas Europeas.

El recurso de anulación puede intentarse contra toda decisión de la Comisión con tal que ella cause agravio al recurrente. Puede ejercerlo toda persona natural o jurídica dentro de un plazo de dos meses, a contar, según el caso, de la publicación de la decisión, de la notificación o desde el día en que tuvo conocimiento de ésta (art. 173, inciso 3 del Tratado). El recurso no tiene efecto suspensivo.

El recurso en carencia puede hacerlo valer toda persona física o moral, comprendidos los Estados miembros y las otras instituciones de la Comunidad, ante la Corte de Justicia, para dejar constancia que, en violación de las normas del Tratado, la Comisión o el Consejo se han abstenido de proceder. Requerida mediante este recurso la Corte no debe ejercer el control de legalidad de las actividades de la Comisión,

sino pronunciarse sobre la legalidad de su abstención. En consecuencia, el recurso no es admisible sino en el caso en que el interesado haya requerido previamente la intervención del organismo comunitario para obtener una decisión.

62.—Las atribuciones de jurisdicción plena de la Corte de Justicia.—La Corte de Justicia de las Comunidades Económicas Europeas tiene competencia para pronunciarse sobre recursos interpuestos contra resoluciones dictadas en aplicación de las reglas del derecho de la competencia comercial. El órgano jurisdiccional conoce, por una parte, del "recurso de plena jurisdicción" interpuesto contra las decisiones de la Comisión. Por otra parte, los Estados miembros, en virtud de lo prevenido en el art. 9 del Reglamento N° 17, pueden hacer valer el "recurso de interpretación prejudicial de las disposiciones del Tratado de Roma y de los Reglamentos del Consejo y de la Comisión".

En el ejercicio de sus facultades de control de legalidad de las decisiones del Consejo y de la Comisión, la Corte de Justicia de las Comunidades Económicas Europeas mantiene la unidad en la interpretación del Tratado y de las disposiciones de aplicación. Por el contrario, en uso de sus atribuciones de plena jurisdicción la Corte "administra justicia", dice el Derecho, dictando decisiones que producen el efecto de cosa juzgada respecto de las partes y de terceros. (79)

SECCION I I

EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO EN MATERIA DE COMPETENCIA COMERCIAL EUROPEA

63.—Advertencia previa.—Hemos señalado que los órganos comunitarios y nacionales de los Estados miembros son los encargados de poner en marcha las reglas del Derecho antitrust europeo. La puesta en marcha de las disposiciones sobre la competencia comercial se realiza mediante un determinado procedimiento, que se hace valer ante los órganos competentes respectivos.

En virtud de lo establecido en el art. 188 del Tratado de Roma, la Corte de Justicia de las Comunidades Económicas Europeas dicta un reglamento destinado a fijar las normas de procedimiento en esta materia, sometido a la aprobación del Consejo. Se trata de una atribución similar a la que ejerce la Corte Suprema de nuestro país que, en ejercicio de sus facultades económicas, dicta Autos Acordados para llenar vacíos sobre normas de procedimiento y, en general, para la buena administración de justicia (80). El reglamento de procedimiento establecido por la Corte de Justicia de las Comunidades Económicas Europeas, en virtud del art. 188 del Tratado, no contempla, sin embargo, reglas distintas en la aplicación y puesta en marcha de las normas comunitarias de la competencia comercial. Sólo tienen el carácter de reglas especiales de procedimiento las contenidas en el Tratado y en los reglamentos, referentes a la forma como la Comisión conoce y decide los asuntos que son de su competencia.

(79) Guyénot, Jean-Pierre: Ob. cit., N° 188, págs. 169, 170.

(80) Véase Vega Marisio, Gina y Alvear, Rosaura: "Autos Acordados e Instrucciones de la Corte Suprema de importancia procesal". Memoria de Prueba. Concepción 1975, págs. 3 y sgtes.

Dentro de los límites de este estudio nos referiremos solamente al procedimiento que se desarrolla ante la Comisión estableciendo, cuando el caso lo requiera, las relaciones con las normas procesales establecidas por la Corte de Justicia de las C.E.E. y con los procedimientos seguidos ante las autoridades nacionales de los Estados miembros. Trataremos separadamente el inicio e instrucción del procedimiento y la cláusula del mismo y las decisiones finales de la Comisión.

Párrafo I

La Apertura e Instrucción del Procedimiento

64.—**La apertura del procedimiento.**—El inicio del procedimiento europeo de lo contencioso en materia de competencia comercial puede perseguir dos finalidades: la aplicación del art. 85, inciso 1º o la del art. 86 del Tratado, ante una infracción de sus disposiciones o de una presunción de infracción de las mismas; o bien, la aplicación del art. 85, inciso 3º, luego de una petición formulada a la Comisión para declarar la inaplicabilidad del art. 85, inciso 1º, de conformidad con lo que establece este mismo precepto en su inciso 3º

Trataremos separadamente de la apertura del procedimiento para la aplicación de los arts. 85, inciso 1º y 86 del Tratado de Roma y para la declaración de inaplicabilidad o excepciones a la prohibición de las ententes.

65.—**A. Apertura del procedimiento para la aplicación de los arts. 85, inciso 1º y 86 del Tratado de Roma.**—La Comisión de las Comunidades Económicas Europeas adquiere sus atribuciones procesales del art. 155 del Tratado de Roma, el que le "encomienda asegurar el funcionamiento del Mercado Común".

Con este propósito el organismo comunitario puede conocer de oficio los asuntos que turben el funcionamiento y del desarrollo del Mercado Común. Por otra parte, en el cumplimiento de su misión de velar por los objetivos comunitarios, puede ser ayudado por los interesados en que el Mercado Común funcione y se desarrolle según las reglas fijadas por el Tratado. Con tal finalidad se les permite denunciar las infracciones a las normas comunitarias de la competencia.

Por otra parte, quienes operan dentro del Mercado Común (empresas) pueden desear saber si sus actividades no son contrarias a los objetivos comunitarios ni a las normas especiales sobre derecho de la libre competencia. Para tal objeto pueden ocurrir ante la Comisión de las C.E.E. para informarse o para obtener una "certificación negativa".

En consecuencia, el procedimiento ante la Comisión puede iniciarse de oficio o a requerimiento de persona interesada. En este último caso, puede tratarse de un procedimiento iniciado por denuncia de infracción a las normas de los arts. 85, inciso 1º y 86 del Tratado de Roma, formulada por quienes se interesan en el fiel cumplimiento de los fines comunitarios; o bien, de una petición o consulta sobre el carácter de las actividades de los operadores de mercado, que puede terminar con una certificación del organismo comunitario.

La Comisión puede iniciar de oficio un procedimiento en todos los casos en que tiene conocimiento de hechos susceptibles de constituir una infracción a los arts. 85, inciso 1º y 86 del Tratado de Roma. Tal atribución del organismo comunitario está contenida en el art. 3º del Reglamento N° 17 del Consejo de las C.E.E., y en virtud de ella puede obligar, por vía de decisión, a las empresas o asociaciones de empresas, que pongan fin a la infracción constatada.

Los Estados miembros y las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que hagan valer un interés legítimo, pueden recurrir a la Comisión para que constate las infracciones a las normas comunitarias de competencia. Debemos dejar constancia que el ejercicio de este derecho no debe confundirse con el ejercicio de una acción popular o de un derecho de denuncia a cualquier persona. Aunque la noción de "interés legítimo" no esté definida, ella evoca el interés propio que debe hacer valer el denunciante en orden a que se haga cesar la infracción alegada. Prácticamente pueden justificar tal interés las empresas competidoras a aquella que se denuncia ante la Comisión, fundada en la existencia de una entente ilícita o en un abuso de posición dominante. (81)

B.—Apertura del procedimiento por requerimiento de certificación negativa.

66.—Objeto de la petición.—Las empresas pueden interesarse en saber si sus acuerdos, ententes, prácticas o comportamientos resultantes de una posición dominante, son compatibles con las normas sobre competencia contenidas en los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma y obtener de la Comisión una certificación negativa. La facultad de requerir a la Comisión está provista en el art. 2º del Reglamento N° 17 del Consejo de las Comunidades Económicas Europeas.

La solicitud que las empresas dirigen a la Comisión tiene por objeto, en consecuencia, hacerla constatar la ausencia de infracción por parte de ellas a las disposiciones ya citadas del Tratado. La Comisión declara que no ha lugar a que ella intervenga en virtud de lo prevenido en el art. 85, inciso 1º y 86 del Tratado. Por esta razón se habla de certificación negativa. En todo caso el organismo comunitario deja constancia que formula tal declaración "habida consideración de los elementos de que él dispone o que él conoce".

No se trata de una decisión mediante la cual la Comisión "diga el Derecho", como es el caso de las resoluciones que dicta cuando se reúnen los requisitos del art. 85, inciso 3º del Tratado, para alzar una prohibición en beneficio de una entente. En consecuencia, no debe confundirse el procedimiento para obtener una certificación negativa con el destinado a lograr una declaración de inaplicabilidad del inciso 1º del art. 85 del Tratado, respecto de una práctica que reúne las exigencias formuladas por el inciso 3º del mismo precepto. En este último caso la Comisión dicta una decisión declarando exenta de prohibición a una entente, en tanto que en el caso que tratamos, ella no hace sino constatar una ausencia de infracción.

(81) En razón del gran número de ententes sujetas al régimen de competencia en el Mercado Común Europeo, cerca de 40.000 ententes y acuerdos de empresas fueron notificados a la Comisión, en el período más crítico. Véase Guynot, Jean-Pierre: Ob. cit., N° 210, pág. 182.

Digamos asimismo que a diferencia del procedimiento instituido por el art. 3° del Reglamento N° 17 del Consejo, en materia contenciosa de la competencia comercial europea, los Estados miembros ni las empresas que no son partes "participantes" en un acuerdo o asociación, no pueden presentar una solicitud con la mira de obtener una certificación negativa. Tal petición debe formularla "toda empresa participante en los acuerdos, decisiones o prácticas contempladas en el art. 85 o en el art. 86 del Tratado". (82)

Por último, vale la pena señalar que la opinión emitida por la Comisión ante una solicitud de certificación negativa no es sino "rebus sic stantibus", es decir, fue dictada teniendo en cuenta los elementos que se le proporcionaron o de que ella disponía, habida consideración del estado de mercado en el momento en que ella la otorgó. Por tanto, si el mercado experimenta variaciones, si las informaciones son erróneas o insuficientes, la certificación negativa pierde su valor. (83)

67.—C. La apertura del procedimiento por notificación para la aplicación del art. 85, inciso 3° del Tratado.—Las empresas interesadas en prevalerse de las derogaciones de las ententes a que se refiere el art. 85, inciso 3° del Tratado de Roma, deben notificar a la Comisión de las Comunidades Económicas Europeas los acuerdos, prácticas concertadas, concentraciones, etc., de que forman parte a fin de que este organismo comunitario se pronuncie declarando si ellas benefician de las excepciones contenidas en el texto ya mencionado.

Requerida la Comisión por la notificación de una entente va más allá de la simple certificación negativa, mediante la cual ella informa a las empresas solicitantes de la falta de infracción a las normas comunitarias en la formación de sus acuerdos. Ella decide verdaderamente si el acuerdo denunciado es lícito de conformidad con el art. 85, inciso 3°, aunque la decisión individual que ella pronuncia constituye una patente de cumplimiento de los requisitos exigidos por el texto para escapar a las prohibiciones contenidas en el inciso 1° del mismo art. 85.

El objeto de la notificación es entonces el de consultar si se reúnen los requisitos contemplados en el art. 85, inciso 3° del Tratado, para beneficiar de una excepción individual a las prohibiciones del art. 85, inciso 1°, mediante una decisión de la Comisión, pronunciada al término de un procedimiento que involucra el examen del asunto. En razón de su objeto, la notificación a que nos referimos no puede aplicarse al abuso de posición dominante, más aún, porque el propio art. 86 no contiene ninguna excepción a ese respecto.

Por otra parte, ciertas ententes están, según la terminología consagrada, "dispensadas de notificación". Esta dispensa de notificación proviene del art. 4°, inciso 1° del Reglamento N° 17 del Consejo, que dispone que "los acuerdos, decisiones, y prácticas que él enumera" no requieren notificación a la Comisión. Conviene recordar a este propósito que la notificación carece asimismo de objeto en el caso de las ententes

(82) V. art. 1° Reglamento N° 27 de la Comisión de las Comunidades Económicas Europeas.

(83) En los informes anuales sobre las actividades de las C.E.E. existen cifras para apreciar la importancia de estas certificaciones negativas; durante 1969 el número se elevaba a 20.000. Los expedientes sobre contencioso de la competencia comercial eran sólo 68. Durante 1970 y 1971 las cifras han aumentado en importancia.

que gozan de una excepción de categoría, en virtud del Reglamento N° 67 de la Comisión de las Comunidades Económicas Europeas. Con mayor razón la notificación no tiene objeto tratándose de acuerdos que quedan fuera del derecho europeo de la competencia comercial, tales como los acuerdos de efectos puramente nacionales o los llamados acuerdos de cooperación de importancia menor.

En la práctica, las empresas que toman la iniciativa de poner en conocimiento de la Comisión las ententes de que forman parte, lo hacen con la finalidad de obtener una certificación negativa, pero, al mismo tiempo, señalan que tal gestión vale como notificación, que es lo ideal.

Por último, queremos insistir que de acuerdo con lo prevenido en el art. 4° del Reglamento N° 17 del Consejo, quienes pueden notificar a la Comisión la existencia de una entente son "los interesados" en beneficiar de la excepción contenida en el art. 85, inciso 3° del Tratado. Por interesado debe entenderse las empresas participantes en los acuerdos, decisiones, prácticas concertadas, pero no a los Estados miembros ni a empresas terceras. La empresa no necesita justificar un interés particular para notificar el acuerdo, pero si la notificación se hace conjuntamente con una petición de inaplicabilidad del art. 85, inciso 1° del Tratado, debe dar a conocer los motivos que permiten considerar a la entente fuera de las normas del derecho comunitario de la competencia. Toda empresa que forme parte de una entente y que la notifique a la Comisión debe informar a los otros miembros. En caso de notificación colectiva por todas las empresas del acuerdo, o por varias de ellas, deben designar un procurador común provisto de un poder especial.

68.—2. La instrucción del procedimiento.—De cualquier manera que se abra el procedimiento ante la Comisión para la aplicación de las normas europeas sobre libre competencia en el Mercado Común, de oficio o a petición de parte y en este último caso para denunciar una infracción o para obtener una inmunidad, el organismo comunitario es el encargado de llevarlo a término.

El procedimiento comunitario para la solución de lo contencioso en materia de libre competencia se caracteriza por la existencia de dos fases bien marcadas: la instrucción y la fase contradictoria. En la primera fase de instrucción el procedimiento es inquisitorio; el organismo comunitario reúne pruebas o solicita la producción de ellas con el objeto de fundar su decisión. Por su parte, la segunda fase reviste un carácter netamente contradictorio, en la medida en que se permite a los interesados discutir las pruebas reunidas por la Comisión, mediante la presentación de observaciones por escrito o por audiencias orales.

69.—La fase inquisitoria de instrucción.—Con el objeto de llevar a buen término el procedimiento de instrucción, para constatar la infracción o bien para otorgar una certificación negativa o para declarar una excepción, la Comisión dispone de un doble poder: un poder de investigación y un poder general de encuesta.

Cuando el organismo comunitario desea recoger información para el ejercicio de sus atribuciones, puede proceder de dos maneras: aplicando el art. 11 del Reglamento N° 17, solicita informaciones a las empresas interesadas o bien, de conformidad al art. 14 del mismo Reglamento, procede a realizar todas las verificaciones que estime necesarias.

LA LIBRE COMPETENCIA Y SU REGULACION...**331**

En los términos del art. 11, inciso 1° del Reglamento N° 17 del Consejo, la Comisión de las Comunidades Económicas Europeas, en cumplimiento de sus deberes impuestos por el art. 89 del Tratado, puede "recoger todas las informaciones necesarias de los gobiernos y de las autoridades competentes de los Estados miembros, como asimismo de las empresas o de las asociaciones de empresas". En la práctica el organismo comunitario dirige cartas a las empresas interesadas solicitando las informaciones que requiere para el cumplimiento de su misión. La Comisión debe indicar las bases jurídicas como las sanciones previstas en el caso en que las informaciones no le fueren proporcionadas o fueren inexactas.

Si la empresa requerida se abstiene de proporcionar las informaciones en el plazo indicado en la carta, ellas le serán solicitadas por vía de decisión de la Comisión de las Comunidades Económicas Europeas. La decisión del organismo comunitario precisa cuáles son las informaciones requeridas, señala un plazo para enviarlas y las sanciones por la falta de respuesta o en caso de respuesta inexacta. Están obligados a proporcionar las informaciones los propietarios de las empresas destinatarias de la decisión o sus representantes y, en el caso de personas jurídicas, sociedades, o asociaciones que carezcan de este atributo, quienes las representen de acuerdo con la ley de su domicilio o los estatutos. (84)

De conformidad con lo prevenido por el art. 14 inciso 1° del Reglamento N° 17, la Comisión en el cumplimiento de las tareas que le son asignadas para la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma, puede proceder a todas las verificaciones que estime necesarias en las empresas y asociaciones de empresas. Con esta finalidad los agentes representantes de la Comisión están investidos de poderes muy amplios para controlar "los libros y otros documentos profesionales, tomar copia de ellos o hacer extractos, pedir explicaciones orales, tener acceso a todos los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas". Este poder de verificación de la Comisión de las Comunidades Europeas presenta cierta afinidad con las facultades inspectivas que la Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio, ejercen en nuestro medio respecto de las sociedades sometidas a su control (85) (86). Aunque se trata de instituciones cuyas finalidades son enteramente diversas, en el plano del funcionamiento de las sociedades anónimas ejercen atribuciones de control similares. Los representantes de la Comisión encargados de llevar a cabo las verificaciones respecto de las empresas, actúan premunidos de un mandato escrito otorgado por el organismo comunitario. En dicho instrumento se determina el objeto de la verificación y las sanciones previstas en el art. 15, inciso 2° del Reglamento N° 17 del Consejo, para el caso en que la presentación de los libros y documentos no resulte completa. Si una empresa se opone a una verificación simple, la Comisión ordena realizarla por la vía de la decisión. La decisión se dicta previa audiencia de la autoridad competente del Estado miembro sobre el territorio del cual la verificación debe efectuarse. Queda también abierto un recurso de la empresa

(84) V. art. 11, párrafo 40 del Reglamento 17 del Consejo de las C.E.E.

(85) V. Sandoval López, Ricardo: "Le Fonctionnement de la société anonyme au Chili". These de Doctorat. Université de Sciences Sociales Grenoble. U.E.R. Faculté de Droit 1974.

(86) Berr, Claude J. Preface, pág. 3 de la misma obra.

ante la Corte de Justicia de las Comunidades Económicas Europeas, para anular la decisión del organismo comunitario que ordena la verificación.

En cuanto al poder general de encuesta, proviene de la disposición del art. 12 del tantas veces citado Reglamento N° 17 del Consejo. Según este precepto las medidas destinadas a reunir pruebas, tales como la demanda de informaciones y las verificaciones, pueden tomarse por la Comisión dentro de un "cuadro de encuestas por sectores económicos". El órgano comunitario puede ejercer este poder cuando tiene presunciones de que "en un sector económico considerado del Mercado Común la competencia se ha restringido o falseado". Cumpliendo con estas facultades la Comisión puede requerir en particular a las empresas o grupos de empresas del sector económico considerado, a fin de que le comuniquen "todos los acuerdos", decisiones y prácticas concertadas que estén dispensados de comunicación o notificación en virtud del art. 4, párrafos 2° y 5°, párrafo 2° del Reglamento N° 17. Asimismo, cuando la dimensión de las empresas o del grupo de empresas hace presumir a la Comisión que ocupan una posición dominante sobre el mercado o sobre una parte substancial de él, puede solicitarles la declaración de los elementos relativos a la estructura de las empresas y a su comportamiento, necesaria para apreciar su situación respecto de la observancia del art. 86 del Tratado.

Por otra parte, el poder general de encuesta se refiere a sectores económicos determinados por la Comisión elegidos sobre la base de presunciones para observar y ejercer su supervigilancia. En la práctica este poder puede llegar a individualizarse, cuando la encuesta revela que una empresa o grupo de empresas constituye el motivo de dificultades dentro del sector económico considerado.

Finalmente digamos que el poder general de encuesta que ejerce independientemente sobre la base de indicios para detectar eventuales infracciones a las normas comunitarias de la libre competencia, se complementa con el poder de investigación que también ejerce la Comisión durante la fase inquisitoria del procedimiento. En efecto una encuesta sobre un determinado sector económico puede revelar que una empresa o grupos de empresas están haciendo obstáculos al ejercicio de la libre competencia dentro del Mercado Común.

70.—La fase contradictoria.—Cuando la Comisión reúne las pruebas necesarias respecto de un caso individual, en el cumplimiento de su misión para la aplicación de las reglas comunitarias de la competencia, permite a las empresas o asociaciones de empresas interesadas dar a conocer sus puntos de vista respecto de los cargos formulados. De esta suerte el procedimiento comunitario de lo contencioso en materia de libre competencia entra en su fase contradictoria. En cualquier caso, no debe darse a esta expresión el mismo significado que en el procedimiento judicial, por cuanto no se trata de un amplio debate sobre las pruebas recogidas por la Comisión. Al mismo tiempo que se respetan los derechos de defensa en la fase inquisitoria de instrucción, el art. 19 del Reglamento N° 17 del Consejo permite a la Comisión, ante todo, fortalecer su opinión mediante la comunicación de los cargos que ella ha retenido contra las empresas, las cuales mediante sus observaciones por escrito o su audiencia oral aportaron, sin duda, mayores antecedentes.

La fase contradictoria comienza entonces con la "comunicación de agravios" o cargos que la Comisión ha retenido en contra de ciertas

empresas o grupos de empresas. Por la expresión "comunicación de agravios" podría pensarse que esto conduciría siempre a una decisión final desfavorable para las empresas interesadas, pero no ocurre así porque ella debe hacerse también en los casos en que el procedimiento se ha abierto mediante una solicitud de certificación negativa, o mediante una demanda de inaplicabilidad del art. 85, inciso 1º, en virtud del inciso 3º del mismo precepto.

La "comunicación de agravios" tiene por objeto invitar a las empresas interesadas a formular sus observaciones o a proporcionar las explicaciones. De esta manera el procedimiento deviene contradictorio y se abre el debate. Por lo mismo, cuando la Comisión estime terminada la etapa de instrucción, que ningún cargo o agravio puede formularse en contra de la empresa o empresas interesadas, se abstiene de invitarlas a proporcionar explicaciones. La Corte de Justicia de las Comunidades Económicas Europeas en la decisión "Grundig" ya citada, precisa que el objeto de la comunicación de agravios "es poner a los interesados en medida de presentar sus observaciones sobre los cargos que la Comisión estime tener contra ellos". Precisa, además, el órgano jurisdiccional comunitario que "si bien es cierto que a los interesados debe informárseles sobre los elementos de hecho que sirven de base a los agravios, no es menos cierto que no debe comunicárseles todo el expediente".

Las empresas interesadas tienen derecho a contestar por escrito la comunicación de los agravios dentro del plazo que al efecto le fija la Comisión. El plazo no puede ser inferior a un mes cuando la Comisión se propone otorgar una certificación negativa o se declara la inaplicabilidad del art. 85, inciso 1º en virtud del inciso 3º del mismo art. Generalmente el plazo es de tres meses, para permitir a las empresas formular observaciones bien elaboradas y no someras o improvisadas. Los terceros pueden también intervenir en el debate formulando observaciones por escrito, sea a petición de la Comisión al comunicárseles los agravios o por requerimiento directo de oficio por el mismo organismo.

Por último las empresas y los terceros interesados pueden "ser escuchados" o "hacer saber sus puntos de vista" ante la Comisión, lo que constituye el debate oral de la fase contradictoria del procedimiento comunitario en materia de libre competencia. Los interesados pueden hacerse asistir por expertos profesores de Facultades de Derecho o de Ciencias Económicas, o de abogados inscritos en la barra de un Estado miembro.

Párrafo I I

La Cláusula del procedimiento y la decisión de fondo.

71.—Medidas previas a la decisión de fondo.—En el procedimiento europeo de lo contencioso en materia de competencia comercial existe una etapa intermedia entre la clausura de la instrucción y el pronunciamiento de una decisión de fondo. En esta fase intermedia se elabora el anteproyecto de decisión y se somete a la consideración del "Comité Consultivo en materia de Ententes y de Posiciones Dominantes".

Por el contrario, la Comisión puede acelerar el procedimiento, para evitar lo contencioso, y en consecuencia una decisión condenatoria,

postergando esta última si las empresas en el tiempo deseado acatan una recomendación del organismo comunitario destinadas a poner fin a la infracción.

72.—La decisión de fondo.—En lo que a la forma de la decisión se refiere podemos señalar que ella debe ser motivada en razón de los recursos de que puede ser objeto. Por lo demás, la fundamentación de las resoluciones no es sino un requisito del buen ejercicio de la función jurisdiccional y que permite, al mismo tiempo, garantizar el control de legalidad ejercido, en este caso, por la Corte de Justicia de las Comunidades Económicas Europeas.

Por otra parte, las decisiones de fondo de la Comisión referentes a la aplicación de las normas europeas de la libre competencia deben ser publicadas en el Diario Oficial de las Comunidades Económicas Europeas. Así lo establece, categóricamente, el art. 21 del Reglamento N° 17 del Consejo. La publicación contiene el nombre o razón social de las partes interesadas y lo esencial de la decisión. Con todo, debe tenerse en cuenta el legítimo interés de las empresas a evitar la divulgación de sus negocios.

Para determinar los principales aspectos del contenido de la decisión debe distinguirse entre: decisiones desfavorables y decisiones favorables a ellas.

73.—Decisiones contrarias a las ententes.—Se habla de decisión contraria o desfavorable a las ententes cuando ella declara que los acuerdos, decisiones, prácticas concertadas o posiciones dominantes, son constitutivas de una infracción contemplada en el art. 85, inciso 1° u 86 del Tratado de Roma. La constatación de la infracción sólo debe referirse a los elementos del acuerdo que caigan bajo el peso de la prohibición, a menos que las cláusulas del acuerdo sean inseparables unas de otras. Así lo confirmó la Corte de Justicia de las Comunidades Económicas Europeas en la decisión "Machinenbau Ulm GmbH". (87)

La decisión que conmina a las empresas a poner fin a las prácticas contrarias al derecho de la libre competencia debe ir acompañada de sanciones pecuniarias, como el acuerdo declarado ilícito debe ir seguido de sanciones civiles, las sanciones pecuniarias más corrientes son multas que se calculan en proporción a la cifra de negocios de las empresas afectadas en el ejercicio social precedente. En cualquier caso se consideraba que la multa no tiene un carácter de sanción penal sino que corresponde a una reparación social del problema creado en la economía europea por la infracción cometida por las empresas afectadas. La Comisión no ejerce en consecuencia el rol de un juez represivo.

A diferencia de la multa que es definitiva, sin perjuicio de recurso de plena jurisdicción ante la Corte de Justicia de las Comunidades, el apremio que es un medio de compeler al cumplimiento de la decisión, puede ser modificado en cuanto a su monto. En términos del art. 16 del Reglamento N° 17 del Consejo, cuando las empresas o asociaciones de empresas han cumplido con la obligación impuesta por el apremio, la Comisión puede fijar el monto definitivo de éste en una cifra inferior a la resultante de la decisión inicial. El apremio fijado por decisión de la Comisión, al igual que la multa, puede ser de un monto de 50 a 1.000

(87) Jurisclasseur Périodique: "La Semaine Juridique". 1966. II. 1468.

unidades de cuenta por día de retardo a contar de la fecha fijada por el organismo comunitario, para compeler a las empresas a su ejecución.

La sanción civil se traduce en la nulidad de pleno derecho de los acuerdos o decisiones prohibidas en virtud del art. 85, párrafo primero del Tratado. Dentro de los límites de este estudio no podemos analizar la forma de hacer valer esta nulidad ni sus efectos. (88)

En fin, la responsabilidad civil de las empresas por la infracción de las normas comunitarias de la libre competencia, se traduce en una indemnización de perjuicios, que el derecho comunitario europeo deja entregada a la decisión de las autoridades nacionales de los Estados miembros.

74.—Decisiones favorables a las ententes.—Se consideran tales las certificaciones negativas mediante las cuales la Comisión constata que no ha lugar, de acuerdo con los antecedentes que ella conoce, de intervenir respecto de un acuerdo o de una práctica concertada, en virtud de lo prevenido en los arts. 85, inciso 1° y 86 del Tratado de Roma. También tiene este mismo carácter la decisión por la cual el órgano comunitario declara la inaplicabilidad del art. 85, inciso 1° del Tratado de conformidad con lo prevenido en el inciso 3° del mismo precepto.

Las decisiones llamadas favorables tienen una duración limitada e imponen a las empresas que se beneficien de ellas, la obligación de informar a la Comisión en cuanto a las modificaciones que sufra la composición de la entente o de la convención que las une o de proporcionarle un informe anual de sus actividades.

75.—Efectos de la decisión.—Las decisiones pronunciadas en aplicación del derecho antitrust europeo producen efectos respecto de las empresas interesadas y respecto de los Estados de los cuales ellas son originarias.

La decisión comunitaria que constata una infracción, establece una sanción pecuniaria o comporta obligaciones que pesan sobre los interesados, está premunida de fuerza ejecutoria. La autoridad nacional en cuyo territorio debe ser ejecutada no ejerce otro control que no sea verificar su autenticidad. La ejecución forzada se rige por las normas del procedimiento civil en vigor en dicho Estado. Como ya lo adelantamos las empresas afectadas pueden ser compelidas a cumplir la decisión mediante la aplicación de apremios fijados por día de retardo.

El ejercicio del recurso de plena jurisdicción ante la Corte de Justicia de las C.E.E. puede tener por efecto la suspensión de la ejecución, cuando el órgano jurisdiccional así lo decide "habida consideración de las circunstancias".

Las decisiones desfavorables como las favorables a las ententes se imponen a las autoridades de los Estados miembros.

En consecuencia, los Estados no pueden desconocer la existencia de una infracción constatada ni negar valor a una certificación negativa. Así por ejemplo, una autoridad nacional no podría decidir que una entente o una práctica, que beneficia de una certificación negativa o de

(88) V. Guyénot, Jean-Pierre: *Ob. cit.*, N° 304, págs. 246 y 247.

una declaración de inaplicabilidad, constituye una infracción al derecho comunitario de la libre competencia.

Tratándose de una empresa que proviene de un Estado que no es miembro de la Comunidad Económica Europea, pero que interviene dentro de ella mediante prácticas anticoncurrenciales, valiéndose, por ejemplo, de sus filiales, el derecho antitrust europeo resulta aplicable, fundado en el criterio de la localización del objeto o de los efectos contrarios a la competencia. En consecuencia, como apunta Goldman (89), "una entente internacional que afecta el comercio entre Estados miembros y tiende a producir o produce efectos tanto en la Comunidad como fuera de ella, será regida, en cuanto a lo que la Comunidad se refiere, por el derecho comunitario y, en cuanto a los terceros Estados afecte, por las leyes de cada uno de ellos". La opinión de este eminente jurista europeo se ha visto confirmada en forma manifiesta en las decisiones de la Corte de Justicia de las C.E.E. relativas a los asuntos "Imperial Chemical Industries Ltd.", "J. R. Geigy AG" y "Sandoz". (90)

En fin, digamos que el asunto tan controvertido de la aplicación acumulativa del derecho comunitario y de los derechos nacionales tuvo su epílogo en una sentencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Económicas Europeas, dictada el 13 de febrero de 1969 en el caso "Walt" (91). La Corte decidió que el derecho nacional podía ser aplicado paralelamente al derecho comunitario de la libre competencia, "bajo reserva de que su aplicación pueda perjudicar la aplicación plena y uniforme del derecho comunitario y al efecto de los actos de ejecución de éste".

Analizadas sintéticamente las normas procesales del derecho de la competencia relativo a la acción de las empresas, veremos, en la segunda parte, las reglas concernientes a la acción de los Estados.

SEGUNDA PARTE

61. REGLAS RELATIVAS A LA ACCION DE LOS ESTADOS

76.—La sana competencia dentro del Mercado Común no sólo puede verse amenazada por la existencia de acuerdos, ententes, adquisición y ejercicio abusivo de una posición dominante, sino que también por distorsiones que el Tratado y los órganos comunitarios se esfuerzan en reducir.

Tres pueden ser las fuentes de discriminación que atentan contra la libre competencia: las ayudas financieras de los Estados; las normas de orden tributario y las divergencias legislativas y administrativas entre los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea. Pueda advertir que en los tres casos citados las distorsiones o discriminaciones contrarias a la libre competencia provienen de la acción de los Estados.

El derecho comunitario de la competencia comercial se ocupa, como hemos visto, de las acciones que tienen su origen en las actividades de las empresas (ententes, abuso de posición dominante, etc.), y las acciones de los Estados que son contrarias a la competencia efec-

(89) Goldman, Berthold: Ob. cit., N° 673, pág. 667.

(90) Sentencia de 14 de julio de 1972, aff. N° 48-69.

(91) Corte de Justicia de las C.E.E. 1° de febrero de 1969, aff. N° 14-68, Recueil. 1969. 1.

tiva. El "desarme aduanero" ha dejado subsistir estas distorsiones que analizaremos a continuación. Nos referiremos en especial a las ayudas financieras de los Estados y a las normas adjetivas para su puesta en marcha.

CAPITULO I

LAS AYUDAS FINANCIERAS

SECCION I

**LAS AYUDAS Y SUBVENCIONES PUBLICAS EN EL TRATADO
DE LA C.E.E.**

Párrafo I

El Principio de la Incompatibilidad de las Ayudas.

77.—Campo de aplicación del principio.—En la medida en que la aplicación de los Tratados ha hecho desaparecer las trabas aduaneras de la circulación interior, las discriminaciones financieras por ayudas y subvenciones públicas han tomado mayor importancia en los intercambios.

El Tratado de Roma para impedir a los Estados reemplazar las barreras aduaneras o fiscales por trabas económicas ha reglamentado las ayudas que éstos pueden prestar a las empresas nacionales.

El principio que establece la incompatibilidad de estas ayudas está contenido en el art. 92 del Tratado que instituye la Comunidad Económica Europea. En virtud de esta norma son incompatibles con el Tratado las ayudas acordadas por los Estados o por medio de recursos del Estado, bajo cualquier forma que sea, cuando afectan los intercambios entre Estados miembros.

Al igual que las demás normas que velan por la existencia de una efectiva competencia, el principio de la incompatibilidad de las ayudas financieras se aplica cuando o "en la medida en que ellas afecten los intercambios entre Estados miembros". Las ayudas a la exportación hacia los Estados miembros, por ejemplo, responden a esta exigencia. Por esta razón la Comisión ha dirigido desde 1964 proposiciones a los Estados miembros destinadas a inducirlos a suprimir estas ayudas, proposiciones que fueron reiteradas en 1968, siendo finalmente seguidas por ellos como consta de 10º informe general de la C.E.E.

78.—Condiciones de aplicación del principio.—Están señaladas en el art. 92, inciso 1º del Tratado en función, por una parte, al origen y la forma de las ayudas, y por otra parte, a sus efectos actuales o potenciales:

a) **Origen y forma de las ayudas.**—La incompatibilidad se refiere a las ayudas "acordadas por los Estados o con recursos del Estado, bajo cualquier forma que sea". La fórmula empleada por la disposición del art. 92 del Tratado es bastante amplia y, bajo reserva de la interpretación del texto por la Corte de Justicia de las C.E.E., la Comisión ha indicado que ella abarca "las subvenciones, exoneraciones de impuestos y de tasas, exoneraciones de tasas parafiscales, bonificaciones de intereses, garantías de préstamos a condiciones particularmente favorables,

suministro de bienes en condiciones preferenciales, cobertura de pérdidas de explotación y toda otra medida de efectos equivalentes" (92); y

b) **Efectos de la ayuda.**—El art. 92 del Tratado se aplica a las ayudas "que falseen o amenacen falsear la competencia favoreciendo ciertas empresas o ciertas producciones". El atentado a la competencia se confunde aquí con el perjuicio del comercio entre Estados miembros, porque él resulta del hecho que las empresas beneficiarias de la ayuda son favorecidas en relación con las empresas competidoras de los otros Estados miembros. (93)

Párrafo II

Las Excepciones al Principio de la Incompatibilidad

79.—**Excepciones imperativas y facultativas.**—La disposición del art. 92 del Tratado de Roma contiene en sus incisos 2° y 3° excepciones al principio de la incompatibilidad de las ayudas financieras. Las excepciones a las que se refiere el inciso 2° de la disposición citada provienen directamente del Tratado y las autoridades comunitarias no podrían negarse a admitirlas, razón por la cual, teóricamente, se les denomina "excepciones imperativas". Por el contrario aquéllas contenidas en el inciso 3° del art. 92 pueden mantenerse mientras la Comisión no se oponga a ellas, se les llama, en consecuencia, "excepciones facultativas".

80.—**Excepciones imperativas.**—De conformidad con lo prevenido en el art. 92, inciso 2° del Tratado, tres categorías de ayudas son compatibles con el Mercado Común:

a) Ayudas de carácter social otorgadas a los consumidores individuales, con tal que ellas sean acordadas sin discriminación ligada al origen de los productos. En realidad el Tratado no debería haber considerado aquí las ayudas otorgadas directamente a los usuarios, como la rebaja en la tarifa que beneficia a las familias numerosas en Francia, sino las subvenciones dadas a las empresas para compensarlas. En todo caso no se advierte la necesidad de esta excepción desde que tales ayudas no falsean la competencia;

b) Ayudas destinadas a remediar perjuicios causados por calamidades naturales o por otros acontecimientos extraordinarios. Literalmente puede creerse que esta excepción se aplica en casos de calamidades naturales como la inundación de Florencia por la crecida del Arno o como la ruptura de la represa del Malpasset. Pero la Comisión tiene un concepto muy amplio de "acontecimientos extraordinarios" y de esta manera prestó su aprobación a un proyecto alemán de ayuda a las minas de plomo y zinc, habida consideración de las dificultades de aprovisionamiento de minerales y de las importantes pérdidas sufridas por las empresas mineras en el curso de los últimos años, particularmente en razón de las distorsiones del mercado mundial (94); y

c) Ayudas otorgadas a la economía de ciertas regiones de la República Federal alemana afectadas por la división del país. Tales ayudas

(92) Diario Oficial de las C.E.E. N° 125, 17 de agosto de 1963, pág. 2235.

(93) Colliard, C. - A.: "Les aides accordées par les Etats". Droit des Communautés Economiques Européennes", N°s 2172 y s. 2175.

(94) Comunidad Económica Europea Informe General 1963-1964, N° 73.

están destinadas a compensar las desventajas económicas causadas por la división. Estas ayudas, más que falsear la competencia, están destinadas a restablecerla igual.

81.—Excepciones facultativas.—Están contenidas en el art. 92, inciso 3° del Tratado que instituye la Comunidad Económica Europea. La aplicación efectiva depende de una decisión de la Comisión. Son las siguientes:

a) Ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las cuales el nivel de vida es anormalmente bajo o en las cuales se sufre un grave subempleo. En aplicación de esta norma la Comisión ha examinado, sin oponerse, proyectos de ayuda relativos al renacimiento económico y social de Cerdeña, el proyecto de ayuda al "Midi italiano", medidas en favor del desarrollo económico del norte de los Países Bajos, de Luxemburgo meridional, etc.;

b) Ayudas destinadas a la realización de un proyecto europeo importante de interés común o a remediar una perturbación de la economía de un Estado miembro. Fue precisamente en aplicación de esta norma que el organismo comunitario no se opuso a la ayuda destinada a facilitar la explotación racional de las minas de lignito de Hesse (95); y

c) Ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de ciertas actividades o de ciertas regiones económicas, cuando no alteren las condiciones de los intercambios en una medida contraria al interés común. Esta disposición cubre las llamadas ayudas regionales y las ayudas sectoriales, acordadas a determinadas categorías de actividades (ayudas a la industria cinematográfica, textil, de computación electrónica, etc.).

SECCION II

LAS AYUDAS FINANCIERAS E INTERVENCIONES PUBLICAS EN EL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA DEL CARBON Y DEL ACERO

82.—Normas protectoras de la competencia.—Los Estados podrían asimismo falsear el juego de la libre competencia valiéndose de un conjunto de medios que el Tratado de París, que instituye la C.E.C.A., se esfuerza en prohibir, en las disposiciones de sus arts. 67 y 68. Estos medios de discriminación son: las ayudas y subvenciones, las intervenciones públicas que crean distorsiones y los medios tarifarios.

83.—Ayudas, subvenciones y cargas especiales.—Mediante disposiciones muy generales el Tratado de París prohíbe, declara incompatibles con el Mercado Común del Carbón y del Acero, las ayudas y subvenciones acordadas por los Estados o las cargas especiales impuestas por ellos.

El art. 4 letra c) del Tratado de París que contiene estas interdicciones ha dado lugar a discusiones particularmente sobre el punto de saber si no es sino el fundamento del art. 67 y si su alcance se confundiría con la reglamentación contenida en este último precepto. La Corte de Justicia de las C.E.E. ha juzgado que el dominio de aplicación del

(95) Colliard, C. - A.: Ob. cit., N° 2180.

art. 4, letra c) del Tratado de las C.E.C.A. es independiente del art. 67 del mismo texto y que las prohibiciones que él formula son absolutas (96). La Corte se ha pronunciado también sobre la noción de carga especial. (97)

SECCION III

POLITICA DE COMPETENCIA Y TRIBUTACION

84.—Política de Competencia y Tributación.—El Tratado de Roma que tiene por objeto la supresión de las barreras aduaneras internas debía impedir a los Estados miembros de substituir esas trabas por discriminaciones fiscales o tributarias.

Las disposiciones tributarias del Tratado de Roma (arts. 95 a 99) son muy breves. Sin embargo, ellas han sido el fundamento de importantes trabajos realizados por los órganos comunitarios, cuyo conjunto constituye una política tributaria a nivel europeo.

La política fiscal seguida por las instituciones de la Comunidad Económica Europea responde a las siguientes preocupaciones:

— Evitar las discriminaciones tributarias en el marco de la política de libre competencia.

— Preparar la armonización de las legislaciones tributarias de los diversos Estados miembros de la Comunidad. El resultado de esta política tributaria será de hacer de la Comunidad Económica Europea un territorio tributario unificado.

85.—Las armonizaciones legislativas.—Con el objeto de prevenir o suprimir las "distorsiones originadas por la acción de los Estados, la Comisión de la C.E.E. ha previsto y ha emprendido el acrecentamiento de las legislaciones nacionales que interesan a determinados dominios, entre los cuales pueden destacarse los siguientes:

- La propiedad industrial (patentes y marcas);
- La competencia desleal;
- Los mercados públicos (ferias);
- Derecho penal económico;
- Derecho de sociedades comerciales;
- Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales; y
- Derecho de quiebras.

La armonización de las legislaciones y prácticas nacionales ha tomado una particular importancia en un terreno donde las fuentes de discriminaciones eran frecuentemente graves: las normas técnicas impuestas a los productos por los derechos nacionales.

Estas armonizaciones legislativas tienen un fundamento general en los arts. 100 a 102 del Tratado de Roma. Están aseguradas por Reglamentos, directivas o aun por convenciones entre los Estados miembros. Constituyen en la actualidad una verdadera política jurídica que no podemos tratar en los límites de este estudio (98).

(96) Affaire 30-59. Recueil VIII, pág. 5.

(97) Affaire 7 y 9. Recueil II, pág. 57.

(98) Cartou, Louis: "Organisations Européennes". 4ª edición Dalloz. Paris. 1973. N°s 206 y 207, págs. 194 y 195.

CAPITULO II

REGLAS ADJETIVAS RELATIVAS A LA ACCION DE LOS ESTADOS

86.—Control de las ayudas por la Comisión.—Corresponde a la Comisión, bajo reserva de las intervenciones del Consejo, la misión de controlar las ayudas otorgadas por los Estados y eventualmente impedir las.

El control ejercido por el organismo comunitario se ejerce tanto respecto de las ayudas otorgadas como respecto de los proyectos de ayudas de los Estados. Trataremos separadamente ambos aspectos de este control.

SECCION I

LAS AYUDAS EXISTENTES

87.—Control permanente.—De conformidad con lo establecido por la disposición del art. 93, inciso 1° del Tratado de Roma: "La Comisión procede con los Estados miembros al examen permanente de los regímenes de ayudas existentes dentro de dichos Estados. Ella propone a éstos las medidas útiles que exigen el desarrollo progresivo o el funcionamiento del mercado común". Tal control comprende también las ayudas que benefician de excepciones contenidas en el inciso 2° del art. 92 del Tratado, con el objeto de determinar si se cumplen los requisitos para admitirlas.

88.—La constitución en mora de los Estados. Procedimiento ante la Corte.—Si después de haber constituido en mora a los interesados para que formulen sus observaciones, la Comisión constata que una ayuda no es compatible con el Mercado Común o que se está aplicando en forma abusiva, decide que el Estado interesado debe suprimirla o modificarla, dentro del plazo que ella determina. En el caso en que el Estado en cuestión no obedezca la decisión dentro del plazo señalado, la Comisión o cualquier otro Estado interesado pueden ocurrir, directamente, ante la Corte de Justicia de las Comunidades Económicas Europeas, fundados en la falta de cumplimiento por un Estado de las obligaciones del Tratado. No se requiere, por otra parte, que la Comisión fundamente su recurso ante la jurisdicción comunitaria.

Sin embargo, en el caso en que el Estado interesado presente una solicitud de excepción ante el Consejo de las C.E.E., el procedimiento incoado por la Comisión se suspende, pero si el Consejo no se pronuncia dentro de un plazo de tres meses a contar de la solicitud, la Comisión debe resolver la situación.

SECCION II

LOS PROYECTOS DE AYUDAS

89.—Informe e intervención de la Comisión.—Los Estados deben informar a la Comisión de las C.E.E. de los proyectos destinados a instituir o a modificar ayudas a las empresas, con el objeto de que el organismo comunitario pueda hacer las observaciones que le merezcan. La información debe hacerse en tiempo útil, es decir, permitiéndole a la Comisión cumplir sus deberes relativos a observancia de las normas sobre el derecho de la competencia.

Cuando el organismo comunitario estima que el proyecto de ayuda o de modificación de ayuda existente a las empresas por parte del Estado miembro, no es compatible con los objetivos del Mercado Común, en los términos del art. 92 del Tratado, inicia inmediatamente el procedimiento contemplado en el art. 93, al cual acabamos de referirnos, aplicable a las ayudas ya existentes. El Estado miembro no puede poner en ejecución las ayudas proyectadas mientras la Comisión no haya rendido una decisión final.

90.—Poderes del Consejo de las C.E.E.—El Consejo de las Comunidades Económicas Europeas, decidiendo con mayoría calificada a proposición de la Comisión, puede adoptar todos los reglamentos necesarios para la aplicación de los arts. 92 y 93 y fijar, en particular, los requisitos para la aplicación del art. 93, inciso 3° del Tratado y las categorías de ayudas que se exceptúan de este procedimiento, es decir, que no necesitan ponerse en conocimiento de la Comisión antes de ser aplicadas.

La Comisión formuló al Consejo con fecha 4 de abril de 1966, una proposición de Reglamento respecto de esta materia. El Reglamento tendría particularmente por objeto:

— Determinar las categorías de ayudas exentas del examen preventivo;

— Fijar el plazo útil de información a que se refiere el art. 93, inciso 3° del Tratado; y

— Definir las informaciones que debe proporcionarse a la Comisión respecto de los proyectos de ayuda de los Estados a las empresas.

He aquí las normas procesales relativas a las ayudas de los Estados miembros que son, en principio, contrarias a los objetivos del Mercado Común, de conformidad con el art. 92 del Tratado de Roma.