

DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA

(Vol. 1 del Comentario a la Ley)

TRONCINI

Versión española por

KINAKO SÁENZ CONTRERAS IRIARTE

MARÍA MORRIS IGESI



La cuestión de si un grupo de sociedades vinculadas es una asociación de empresas en el sentido del Tratado CE es controvertida.⁵⁰ Parece preferible considerar que se trata de una empresa única, por lo menos en los casos en los que la sociedad que se encuentra a la cabeza del grupo dispone del poder de controlar efectivamente las actividades de los restantes miembros.⁵¹

No es necesario que la asociación tenga personalidad jurídica en el sentido del Derecho interno.

Puede tratarse de una corporación de derecho público, tal como un colegio profesional al que el Estado ha confiado ciertas funciones con objeto de reglamentar la actividad de sus miembros.⁵²

Tampoco es relevante la naturaleza del fin perseguido por la asociación: puede ser lucrativo⁵³ o no.⁵⁴ En este último caso, basta que la actividad de la asociación o de las empresas que forman parte de ella tienda a producir los efectos prohibidos por el apartado 1 del artículo 85.⁵⁵

Tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia han estimado que el hecho de que los miembros de un organismo colectivo sean designados por el Gobierno no impide considerar que se trata de una asociación de empresas, desde el momento en que la mayoría de las personas así designadas ha sido objeto de propuestas de nombramiento por unas organizaciones profesionales a las que se supone representan.⁵⁶ Por consiguiente, el concepto de asociación contemplada en el artículo 85 no supone necesariamente el *ánimus asociandi*. No obstante, es necesario que el delegado tenga como misión defender los intereses de aquellos que le han propuesto y si ocupa el cargo en tanto que experto independiente que ha de inspirarse en consideraciones de interés general, el organismo del que forma parte no será una asociación de empresas en el sentido del artículo 85.⁵⁷

50. En sentido afirmativo, véase: OBERDORFER, C.-W./GLEISS, A., HIRSCH, M., p. 6; en desacuerdo, véase VON GAMM, O.F., *Das Kartellrecht im EWG-Bereich*, Colonia, 1961, p. 23.

51. *Vid. supra*, núm. 38.

52. Decisión COAPI de 30 de enero de 1995, núm. 33.

53. Decisión *Centraal Bureau voor de Rijwielhandel* de 2 de diciembre de 1977.

54. Decisión BP/CA de 7 de noviembre de 1977 y sentencia *Federab* de 29 de octubre de 1980, considerando 87 y 88. *Vid.* también conclusiones del abogado general Darmon que preceden a la sentencia *Pasta de madera I* de 27 de septiembre de 1988, núm. 62.

55. Decisión *Cemento* de 30 de noviembre de 1994, núm. 44.1.

56. Decisión UGAL/BNIC de 15 de diciembre de 1982, sentencia *BNIC c. Clair* de 30 de enero de 1985, considerando 19.

57. Sentencias *Reiff* de 17 de noviembre de 1993, *Rec.*, p. I-5.801, y *Delta* de 9 de junio de 1994, *Rec.*, p. I-2.517. Sobre estas sentencias, *vid.* también *infra*, núm. 147.

c) Acuerdo. • de asociaciones de empresas

129. Cuando un acuerdo se celebra entre unas asociaciones de empresas y afecta a un ámbito en el que éstas tienen el poder de vincular a sus miembros, ¿ha de considerarse que se trata de un conjunto de decisiones de asociaciones de empresas o de un acuerdo entre empresas?

Según la Comisión, existe un acuerdo entre empresas, al menos cuando los miembros se han adecuado efectivamente a las disposiciones del acuerdo.⁵⁸ El Tribunal de Justicia ha confirmado esta interpretación en la sentencia *Frubo* de 15 de mayo de 1975.⁵⁹ A juicio del Tribunal, no se requiere que el acuerdo cree obligaciones directamente vinculantes en las empresas afiliadas, ya que «el apartado 1 del artículo 85 se aplica a las asociaciones, en la medida en que su propia actividad o la de las empresas adheridas tiende a producir los efectos que este artículo contempla».⁶⁰

d) Imputabilidad de las infracciones cometidas por la asociación

130. En cuanto a la imputabilidad, la Comisión considera que, en una asociación de empresas, todas las empresas participantes son responsables de las infracciones cometidas, a no ser que una empresa a título individual se haya opuesto expresamente a la práctica incriminada.⁶¹ El hecho de que una empresa miembro no haya sido representada en el órgano que ha tomado la decisión no tiene incidencia en la responsabilidad de esta empresa.⁶² La responsabilidad de los miembros no es observable para que la asociación, ella también, sea considerada responsable en la medida en que ha participado en la infracción.⁶³

58. Decisión *Rodamientos de bolas* de 29 de noviembre de 1974; decisión *Federab* de 20 de julio de 1978; decisión *Frubo* de 25 de julio de 1974; decisión *Eurocheques uniformes* de 19 de diciembre de 1988; decisión *Cemento* de 30 de noviembre de 1994, núm. 4 (2).

59. Considerandos 29 a 32. En el asunto *BNIC* de 30 de enero de 1985, el Tribunal de Justicia ha entendido que un acuerdo suscrito entre dos agrupaciones de operadores económicos debía ser considerado como «un acuerdo entre empresas o asociaciones de empresas». *Vid.* también la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de febrero de 1994 en el asunto *Europay*, considerando 76.

60. *Vid.* sentencia de Instancia *Europay* de 23 de febrero de 1994, considerando 76; 77.

61. Decisión *Gema* de 2 de junio de 1971.

62. Decisión *Cemento* antes citada, núm. 44 (4).

63. Decisión *Cemento* antes citada, *ibid.*

§ 3. La "práctica concertada."

a) Concepto.

131. En el asunto *Colorantes*, el Tribunal de Justicia ha declarado:

"Considerando que si el artículo 85 distingue el concepto de "práctica concertada" del de "acuerdos entre empresas" o del de "decisiones de asociaciones de empresas", lo hace con objeto de someter a las prohibiciones de este artículo una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a ser un convenio propiamente dicho, constituye a sabiendas los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas; que, por consiguiente, por su propia naturaleza la práctica concertada no reúne todos los elementos del acuerdo, pero puede ser el resultado de una coordinación que se exterioriza en el comportamiento de los participantes."

Esta fórmula se ha retomado posteriormente en varios asuntos.⁶⁶ También se aplica en el marco de la aplicación del artículo 65 del Tratado CECA.⁶⁷

b) Práctica concertada y acuerdo

132. La "práctica concertada" puede ser la puesta en práctica de un acuerdo o de una decisión contemplados en el apartado 1 del artículo 85. Esta puesta en práctica está prohibida en sí misma: las autoridades encargadas de velar por la aplicación de las normas sobre la competencia pueden adoptar medidas para poner fin a tal práctica, no deben contentarse con prohibir el acuerdo que se encuentra en su origen."

La prohibición de las prácticas concertadas permite además a las autoridades intervenir en los casos en los que no puede aportarse directamente la prueba de la existencia de una infracción, pero en los que las circunstancias permiten presumirla con bastante certeza. Cuando el

paralelismo en el comportamiento de varias empresas no puede explicarse sino por la existencia de un acuerdo, tal comportamiento podrá ser sancionado en tanto que práctica concertada.⁶⁸ Sin embargo, si existe una explicación, no podrá declararse infracción alguna del apartado del artículo 85.⁶⁹

c) Práctica concertada y comportamiento paralelo

133. Si el concepto de práctica concertada supone un comportamiento paralelo o, por lo menos, coordinado, de ello no se desprende que cualquier comportamiento paralelo implique una práctica concertada.

En su sentencia *Pasta de madera II*, el Tribunal de Justicia ha declarado que sólo puede considerarse que un paralelismo de comportamiento aporta prueba de una concertación si la concertación constituye la "única explicación probable".⁷⁰ En el asunto *Atúcar*, el Tribunal ha considerado que el hecho que un vendedor adecue su precio al precio más elevado de un competidor constituye necesariamente el indicio de una práctica concertada, sino que para explicarse por el intento de obtener un beneficio lo más elevado posible.

En igual modo, el hecho de que una empresa se abstenga de explorar un mercado para realizar en él ventas ocasionales y aisladas, y que se limite a su clientela tradicional y a las ventas estables que ésta le asegura, no basta para aportar indicio de práctica concertada entre esta empresa y los otros productores que actúan en los mercados afectados.⁷¹ Finalmente, el hecho de que unas sociedades de gestión de derechos de autor de distintos Estados miembros se confíen mutuamente la gestión de los derechos de sus miembros y no mantengan relaciones directas con los usuarios de los Estados miembros en los que no están establecidas, puede explicarse por la consideración de que no sería rentable

68. Así, en su decisión *Pasta de madera II* de 19 de diciembre de 1984, la Comisión consideró que el comportamiento paralelo de los productores durante los años 1971-1981 no podía explicarse, a la luz de las condiciones existentes en el mercado en cuestión y después de un "análisis correcto", como un comportamiento paralelo adoptado en total independencia en una situación estrechamente oligopolística (núm. 82). En su sentencia de 31 de marzo de 1993, el Tribunal de Justicia ha llegado, sobre la base de los informes de expertos, a una conclusión diferente, y, en consecuencia, ha anulado la decisión de la Comisión (vid. considerandos 73 a 127).

69. Vid. las sentencias *Suiker Unie*, considerandos 304, 346, 348-350 y 363; *Compañía real asturiana de maderas* de 28 de marzo de 1984, considerando 16; *Pasta de madera II*, considerando 71; *Baustahlgewerke y Sorralentz* de 6 de abril de 1995, considerandos 80-81 y 69-70, respectivamente; *SOLVAY e ICI (Acuerdo "Page 1000")*, considerandos 75, respectivamente.

70. Considerando 71.

71. Sentencia *Suiker Unie*, considerando 285.

72. Misma sentencia, considerandos 207 a 210.

64. Sentencia *ICI* de 14 de julio de 1972, considerandos 64 y 65.

65. Vid. en especial sentencia *Suiker Unie* de 16 de diciembre de 1975, considerando 26; sentencia *Zilchener* de 14 de julio de 1981, considerando 12; sentencia *Pasta de madera II* de 31 de marzo de 1993, considerando 63.

66. Decisión *Vigas de acero* de 16 de febrero de 1994, *DOCE*, núm. L 116, de 6 de marzo de 1994, p. 1, núm. 219.

67. JOHANNES H., artículo citado, *AWD*, 1968, p. 412.

económicamente para ellas establecer su propio sistema de gestión en sus Estados miembros.⁷³

Puede ocurrir que el paralelismo de comportamiento sea consecuencia de una estructura oligopolística, sobre todo, en los mercados caracterizados por una homogeneidad de los productos y la transparencia de los precios. En estos mercados se constata, efectivamente, que cada empresa determina su estrategia comercial al tener en cuenta el comportamiento de sus rivales. Cada una, consciente de los riesgos de una competencia devastadora mediante los precios, tenderá a mantener éstos a un nivel que garantice al conjunto una ganancia suficiente. Según las variaciones del equilibrio entre la oferta y la demanda, esta situación de interdependencia llevará a una simultaneidad y a una equivalencia en los movimientos de baja y de alza constatados en el mercado. Es lo que, a veces, se ha dado en denominar «paralelismo» consciente, «interdependencia oligopolística», o incluso «colusión tácita».⁷⁴

Algunos autores han propuesto aplicar la prohibición de las prácticas concertadas a estos fenómenos de paralelismo consciente, en la medida en que éstos conduzcan a una limitación de las cantidades entregadas y a un incremento de los precios por encima del nivel competitivo.⁷⁵

Tal extensión no parece justificada. En efecto, en la medida en que el paralelismo de comportamiento, incluso consciente, sea causado por la estructura del mercado y no resulte de la libre elección de los interesados, no parece ni equitativo ni realista prohibirlo por ser contrario a las normas de competen-

73. Sentencias *Tournier y Lucazeau* de 13 de julio de 1989.

74. PIGASSOU, P., *Les oligopolés et le droit*, París, 1984, p. 53; TURNER, D.F., «The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal», *Harvard Law Review*, 1962, pp. 655, 661 y ss.; JOLLET, R., «La notion de pratique concertée et l'arrêt ICI dans une perspective comparative», *Cah. dr. eur.*, 1974, pp. 251, 279-280. Según algunos autores, la interdependencia oligopolística sólo permitiría explicar el paralelismo a la baja, pero no el de alza: HEUS, E., «Oekonomische und logische Bemerkungen zur Teerfarbenentscheidung» des BGH, *NJW*, 1972, p. 11, citado por JOLLET, R., artículo antes mencionado, p. 279, nota 94; WATHELET, M., «Pratiques concertées et comportements parallèles en oligopole. Le cas des matières colorantes», *RTDE*, 1976, p. 663. Sin embargo, en el asunto *Pasta de madera II*, el Tribunal de Justicia ha admitido que un paralelismo que se manifiesta por incrementos paralelos de precios anunciados a la clientela podía explicarse por motivos diferentes a los relativos al resultado de una concertación.

75. POSNER, R., «Oligopoly and the Antitrust Law: A Suggested Approach», *Stanford Law Review*, 1969, p. 1562; HEUSS, E., «Aufeinander abgestimmtes Verhalten - Sackgasse und Ausweg», *WuW*, 1974, pp. 369, 373; OFER, H., *Abgestimmtes Verhalten - Ein Zentral Problem der Wettbewerbspolitik*, Colonia, 1978.

«... El remedio a los inconvenientes que se derivan de ello sólo puede ser estructural».

En su sentencia *ICI*, el Tribunal de Justicia ha afirmado:

«... si bien un comportamiento paralelo no puede ser, por sí mismo, identificado con una práctica concertada puede, no obstante, constituir un indicio serio cuando conduce a unas condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales del mercado, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos, la importancia y el número de empresas y el volumen de dicho mercado».

Tal es el caso cuando el comportamiento paralelo es susceptible de permitir a los interesados la búsqueda de un equilibrio de precios a un nivel diferente del que hubiera resultado de la competencia, y la cristalización de situaciones adquiridas en detrimento de la libertad efectiva de circulación de los productos en el mercado común y de la libre elección por los consumidores de sus proveedores.⁷⁷

La referencia a las «condiciones normales del mercado» y a la «búsqueda de un equilibrio de precios a un nivel diferente del que hubiera resultado de la competencia» se ha interpretado, a veces, como dato significativo de que el Tribunal de Justicia se suma a la teoría que asimila todo paralelismo consciente a una práctica concertada.⁷⁸ Sin embargo no parece que el Tribunal haya querido llegar hasta tal punto. Al afirmar que, en la apreciación del carácter «normal» del nivel de precios, procede tener en cuenta «la naturaleza de los productos, la importancia y el número de empresas y el volumen de dicho mercado», el Tribunal indica que no pretende incriminar un equilibrio de precios consecuencia de la estructura del mercado como tal. El desarrollo ulterior de la sentencia pone de manifiesto que el Tribunal no se fija en el nivel de precios en sí, sino en el análisis del comportamiento de las empresas.⁷⁹

En la sentencia *Züchner*, el Tribunal de Justicia ha insistido también en la necesidad de examinar «si, a la vista de las condiciones del mercado de referencia, el porcentaje de la comisión uniformemente aplicada no difiere del que habría resultado del libre juego de la competencia». Por lo tanto, también aquí procede apreciar si el nivel de las comisiones aplicadas corresponde al que se hubiera establecido en una situación de competencia, a la luz de las «condiciones del mercado». El Tribunal no condena unos comportamientos que no son sino la consecuencia de la estructura del mercado.

76. TURNER, D.F., artículo citado, p. 663 y ss.; JOLLET, R., artículo citado, p. 275; ULMER, P. y WIEDEMANN, G., «Das Verbot abgestimmter Verhaltensweisen», en COX, JENS, MARKERT, *Handbuch des Wettbewerbs*, Munich, 1981, p. 279. Para una buena descripción de las teorías americanas, véase PIGASSOU, P., *op. cit.*, pp. 31-51.

77. Considerandos 66 y 67.

78. KORAH, V., mencionada por JOLLET, R., artículo citado, p. 275, nota 74.

79. JOLLET, R., artículo citado, p. 275.

80. Considerando 21. La *idílica* es nuestra.

La sentencia *Pasta de madera II* ha condensado explícitamente la asimilación de todo paralelismo consciente a una práctica concertada.⁸¹

d) Los precios directores

134. El fenómeno de los precios directores (*price leadership*) se produce cuando las empresas alinean sus políticas de precios con el comportamiento de un «piloto» (*price leader*). El reconocimiento de la condición de piloto puede deberse a que una empresa es la más poderosa, bien porque tiene una cuota de mercado sensiblemente superior a la de sus competidores, bien porque goza de ventajas en materia de costes. También puede deberse a que una empresa es más sensible a los requerimientos de la demanda y a las variaciones de los costes, de modo que fijará sus precios de manera óptima evitando tanto provocar una guerra de precios como incitar la llegada de nuevos competidores.⁸² En el primer caso, la empresa es calificada como piloto dominante; en el segundo, como piloto barométrico.⁸³

Este fenómeno no es necesariamente el síntoma de una práctica concertada. En efecto, el Tratado no prohíbe a los operadores económicos «adaptarse inteligentemente al comportamiento real o previsto de sus competidores», desde el momento en que esta adaptación se realice de manera autónoma.⁸⁴

Puede ocurrir, sin embargo, que el hecho de que una empresa desempeñe el papel de piloto sea el resultado de una concertación. Tal era el supuesto en los asuntos *Polipropileno*⁸⁵ y *Cartoncillo*,⁸⁶ donde las empresas elegían en reuniones secretas la identidad de aquella que tomaría públicamente las iniciativas en materia de precios y las fechas en las que las demás «seguirían».

De igual modo, si varias empresas siguen las recomendaciones que les son dirigidas por una asociación en la cual participan y aceptan, de tal suerte, adoptar un comportamiento que tiene como consecuencia

81. Sentencia de 31 de marzo de 1993, considerando 71.

82. MARKHAM, J.W., «The Nature and Significance of Price Leadership», *American Economic Review*, 1951, p. 891, citada por PICASSOU, P., *op. cit.*, p. 34, y por JOLLET, R., artículo citado, p. 282, nota 104.

83. Sobre el concepto de «piloto barométrico», *vid.* SCHERER, F.M., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 2.ª ed., pp. 176 y 177. En su decisión *Zinc Producer Group* de 6 de agosto de 1984, núm. 75, la Comisión consideró que el alineamiento sobre los precios de la empresa «barómetro» no constituía, en sí mismo, una práctica concertada.

84. Sentencia *Suiker Unie*, considerando 173. *Vid.* también conclusiones del abogado general Darmon en el asunto *Pasta de madera II*, núms. 177 y 191.

85. Decisión de 23 de abril de 1986.

86. Decisión de 26 de julio de 1994, núms. 73 y 85.

necesaria, o normalmente previsible, una restricción de la competencia existirá una práctica concertada entre ellas.

La cuestión de si el alineamiento de una empresa tercera con los practicados por los miembros de un cártel constituye una práctica concertada cuando la empresa que se alinea, sin participar en el cártel, conoce su existencia, es controvertida. En su decisión *SSI* de 15 de julio de 1982, la Comisión ha respondido de modo afirmativo.⁸⁷ A nuestro juicio, el mero conocimiento de la existencia de una práctica «colusoria» no equivale a participación en la misma,⁸⁸ por lo tanto, no hay razón para condenar a terceros que simplemente se alinean con los precios del mercado. El hecho de que tales precios estén en sí mismos determinados por la práctica colusiva no puede cambiar la situación.⁸⁹

e) Contenido mínimo del concepto de concertación

135. Una vez admitido que la práctica concertada supone, una fois de coordination, más lata que la que resulta de un acuerdo, pero exige más que un mero paralelismo de comportamiento, es necesario interrogarse sobre el contenido mínimo del concepto de concertación. Durante largo tiempo se ha sostenido que la participación en «plan común» era esencial para que pudiera existir una práctica concertada.⁹⁰ Esta concepción ha sido desestimada por el Tribunal de Justicia. En su sentencia *Suiker Unie*, el Tribunal ha afirmado expresamente el concepto de concertación no requiere la participación, en un verdadero «plan», sino que debe ser entendido, a la luz de la concepción se la cual todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que pretende seguir en el mercado común. Para el Tribunal esta exigencia de autonomía no excluye el derecho de los operadores económicos «a adaptarse inteligentemente al comportamiento real o previsto de sus competidores», sin embargo, «se opone rigurosamente cualquier toma de contacto directa o indirecta entre dichos operadores que tenga por objeto o efecto, o bien influir en el comportamiento de un competidor, actual o potencial, en el mercado, o bien dar a con-

87. *Vid.* núm. 123. En la decisión *LDFE* de 21 de diciembre de 1988, núm. 33, la Comisión dejó, sin embargo, la cuestión abierta.

88. Decisión *LDFE* antes citada, núm. 32.

89. KORHAY, V., *SSI - A Critical Commentary*, *ECLR*, 1982, pp. 185, 186 y 187, ca en este aspecto la decisión de la Comisión.

90. GLEISS, A., «Zum Begriff "Abgestimmtes Verhalten" im EWG-Vertrag», *Wettbewerbsrecht*, Heft 8, *Aktuelle Probleme des EWG-Kartellrechts*, 1966, Colonia, 163, 166; DERINGER, A., «Les règles de la concurrence au sein de la CEE», *R* 1963, p. 41.

a dicho competidor el comportamiento que se ha decidido o se proyecta mantener en el mercado».⁹¹

En su sentencia *Züchner*, el Tribunal de Justicia ha insistido de nuevo en la importancia de «examinar si existen entre los bancos cuyo comportamiento es paralelo tomas de contacto o, como mínimo, intercambios de información relativos, entre otras cosas, al porcentaje de las comisiones efectivamente percibidas».⁹²

Es pues en la existencia de contactos, directos o indirectos, destinados a reducir los riesgos de la competencia y sustituirlos por una cooperación práctica, y no en la participación en un plan común —noción, por otra parte, mal definida— que procede ver el contenido mínimo del concepto de concertación.⁹³

Para ser constitutivos de prácticas concertadas, los contactos deben caracterizarse por un elemento de reciprocidad.⁹⁴ No basta con que un competidor desvele sus intenciones a otro si esta divulgación no ha sido solicitada o convenida por este último. Sin embargo, no es necesario que, a través de esos contactos, los competidores fijen en común su comportamiento futuro. Basta con que eliminen la incertidumbre respecto a dichos comportamientos.⁹⁵

f) Anuncios previos de precios

136. En el asunto *Colorantes*, el Tribunal de Justicia confirmó la decisión de la Comisión que condenaba la práctica según la cual los principales fabricantes de colorantes ~~anunciaban con antelación los aumentos de precios~~ que tenían la intención de aplicar, así como las fechas en las que estos incrementos tendrían efecto. Si bien esto no se deduce claramente de los hechos establecidos por la Comisión y por el Tribunal, parece que los anuncios de que se trataba no estaban destinados únicamente a la clientela, sino que se publicaban. El Tribunal consideró que tal práctica permitía a cada empresa adaptar su comportamiento al de las demás, y, de este modo, eliminar la incertidumbre que reinaba en el mercado. Tal «cooperación práctica» era constitutiva de una práctica concertada. En efecto:

91. Considerandos 173 y 174.

92. Considerando 21.

93. Vid. la sentencia *Züchner* antes citada, *ibid.*

94. Conclusiones del abogado general Darmon en el asunto *Pasta de madera II*, núms. 170 y 171.

95. Sentencia *ICI* antes citada, considerando 118; sentencia *Züchner* antes citada, *ibid.*; conclusiones del abogado general Darmon en el asunto *Pasta de madera II*, núm. 172.

«Si bien es cierto que cada productor puede modificar libremente sus precios y tener en cuenta a tal efecto el comportamiento, actual o potencial, de sus competidores, en cambio es contrario a las normas del Tratado en materia de competencia que un productor coopere con sus competidores, de la forma que fuere, para fijar la línea de acción coordinada relativa a un aumento de precios y para garantizar el éxito de ésta mediante la eliminación previa de cualquier recelo en cuanto a los elementos esenciales de dicha acción, como los índices, el objeto, la fecha y el lugar de los aumentos».⁹⁶

Los hechos ponían de manifiesto que, en varias ocasiones, cuando un productor que había anunciado un aumento no era seguido por un mercado determinado, tal aumento se dejaba sin efecto en lo que atañía a ese mercado.⁹⁷ En este caso concreto, dichos anuncios parecían ser para las empresas un medio de comunicarse indirectamente entre sí y de sustraerse de los avatares de la competencia. El anuncio hecho por el «piloto» no era una manifestación de voluntad unilateral, ya que su aplicación estaba subordinada a la aceptación de los otros productores quienes, al adherirse al mismo, al menos fácilmente, permitían llevar a cabo el incremento.⁹⁸

La Comisión ha condenado las prácticas de anuncios previos de precios en su decisión *Pasta de madera* de 19 de diciembre de 1984,⁹⁹ sin que el Tribunal de Justicia le haya seguido.

En este caso concreto, la Comisión había constatado la existencia de una práctica consistente en la fijación de los precios de venta por trimestre y en su divulgación a los clientes con anterioridad al principio de cada trimestre. Según la Comisión, dicha práctica no venía impuesta por la situación objetiva del mercado sino que resultaba de un comportamiento deliberado de los productores. Además, los precios anunciados eran muy similares y las fechas de los anuncios de los diferentes productores, por lo general, se aproximaban entre sí. Para la Comisión, este sistema de anuncios trimestrales constituía, en sí mismo, simultáneamente una práctica concertada y el indicio de una concertación que se había realizado en una fase anterior. En su sentencia de 31 de marzo de 1993, el Tribunal de Justicia ha considerado que los anuncios trimestrales no

96. Considerando 118 de la sentencia *ICI*.

97. Véase la anulación del incremento de 1965 en lo que respecta al mercado italiano después de la negativa del productor italiano a participar en el mismo.

98. Véase conclusiones del abogado general Mayras, *Rec.*, 1972, p. 677. Vid. no obstante *JOLLET, R.*, artículo citado, pp. 269-272, según el cual los anuncios de aumento de precios no serían una práctica concertada, al ser tales anuncios, ya por sí solos, un comportamiento en el mercado, y carecer, por lo tanto, de un carácter «previo» respecto a éste.

99. Vid. núms. 83 a 105 de la decisión.

constituir, por sí solos, una infracción del apartado 1 del artículo 85. En efecto, las empresas no podían reducir las incertidumbres de cada empresa sobre las actitudes de sus competidores, ya que las empresas que procedían a las infracciones no tenían, en ese momento, ninguna garantía sobre el comportamiento que adoptarían las otras.¹⁰⁶ El Tribunal ha entendido, asimismo, que las razones que la Comisión había esgrimido para estimar que la práctica de que se trataba revelaba la existencia de una concertación en una fase anterior no eran suficientemente convincentes, al poder ser explicado el comportamiento paralelo de las empresas por el funcionamiento normal del mercado.¹⁰⁷

Se desprende de esta jurisprudencia que el anuncio previo de precios por los competidores no equivale, por sí solo, a una práctica concertada. Únicamente, se condenará si es el resultado de una concertación.¹⁰⁸ El mero hecho de que los competidores anuncien públicamente incrementos de precios no puede ser, en ausencia de todo elemento de reciprocidad, constitutivo de una práctica concertada.

(g) El elemento material

117. Para la mayoría de la doctrina, la existencia de una práctica concertada requiere no solamente una concertación entre sus partícipes, sino también la ejecución de esa concertación en la práctica.¹⁰⁹ Esta opinión ha sido avalada por los abogados generales Gand, Mayras y Van Geven, así como por el juez Vesterdorf.¹¹⁰

¹⁰⁶ 100. Considerando 64.

¹⁰⁷ 101. Considerandos 73 a 127.

¹⁰⁸ Así pues, en el asunto *Pasta de madera II*, el Tribunal de Justicia ha reconocido que la concertación entre los miembros de la asociación KEA sobre los precios a anunciar estaba contemplada en el artículo 85 (considerando 131).

¹⁰⁹ BREKINGER, A., p. 12; BRAUN, A., GLEISS, A., y HIRSCH, M., pp. 68-69; THIESING, J., SCHMIDT, H., HOCHBAUM, I., p. 82; MESTMÄCKER, E.J., p. 210; JOHANNES, H., artículo VII, AWD, 1968, pp. 409, 410; DAG, H.-W., «Zum Begriff der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen nach Art. 85 EWG-Vertrag unter besonderer Berücksichtigung des Urteils des EuGH vom 16.12.1975», EWR, 1976, pp. 213-217.

¹¹⁰ Vid. conclusiones del abogado general Gand en el asunto *Quintina*: «(La) práctica concertada (...) requiere que la concertación se aplique de modo concreto, de manera que haya que demostrar a la vez un comportamiento de hecho de los interesados y, por otro lado, la existencia de una relación entre dicho comportamiento y un plan preestablecido», Rev., 1970, p. 7; conclusiones del abogado general Mayras en el asunto *Colorantes*, «pero es preciso también que exista un elemento objetivo, esencial al concepto de práctica concertada, es un comportamiento de hecho, común a las empresas participantes (...)». «Otra que, por su propia concepción, la práctica concertada no puede disociarse totalmente del efecto real que produce sobre las condiciones de la competencia en el interior del mercado común», Rev., 1972, p. 675; conclusiones del abogado general Van Geven en el asunto 277/87, *Sandoz Prodotti Farmaceutici*, sin publicar, p. 4; conclusiones del aboga-

Para la Comisión, sin por contra, la simple toma de contacto entre competidores para coordinar su acción en el mercado constituiría ya, por sí sola, una práctica concertada contraria al artículo 85.

Así, en su decisión *Agencia Internacional de la Energía* de 12 de diciembre de 1983, la Comisión estimó que «(el) hecho de que las compañías petroleras hayan decidido cooperar entre ellas y con la Agencia Internacional de la Energía en el marco del Programa Internacional de la Energía y realizar el sistema de reparto urgente de petróleo de la AIE constituye una práctica concertada». Incluso cuando dicha cooperación aún no se había aplicado y no era cierto que fuera a ser algún día. La Comisión ha reiterado esta postura en su decisión de 21 de febrero de 1994 ya que proroga la exención que había acordado en este asunto. En el asunto *Polipropileno*, la Comisión ha considerado que, por parte de los fabricantes afectados, de instrucciones concordantes sobre precios a sus departamentos de venta constituía en sí misma una práctica concertada, sin que fuera necesario probar que tales instrucciones habían sido efectivamente puestas en práctica.¹⁰⁶

En apoyo de su concepción extensiva, la Comisión invoca el fragmento de sentencia *Azúcar* citado más arriba¹⁰⁷ en el que el Tribunal de Justicia ha declarado que el Tratado «se opone rigurosamente a cualquier toma de contacto directa o indirecta» entre operadores económicos, que tenga por objeto o efecto bien influir sobre el comportamiento de un competidor en el mercado, o bien «dar a conocer a dicho competidor el comportamiento» que se prevé adoptar.¹⁰⁸

Pensamos que la interpretación de la Comisión va más allá del texto del artículo 85.¹⁰⁹ La definición de práctica concertada que da el Tribunal de Justicia en el asunto «Colorantes» y constantemente reiterada desde entonces distinguiendo los dos elementos constitutivos de la práctica concertada: por un lado, la «coordinación» y, por otro, la «cooperación práctica» que constituye la puesta en práctica de aquella.¹¹⁰ Las afirmaciones de la sentencia *Azúcar* sobre las que

do general Vesterdorf en el asunto *Polipropileno*, Rev., 1991, p. II-867, punto I.D. (i). P. vid. aparentemente contrari: conclusiones del abogado general Darmon en el asunto *Pasta de madera II*, núms. 183 a 187, quien estima que no es necesario que los comportamientos de las empresas sean idénticos para que puedan ser el resultado de una concertación que parece ser una cuestión diferente a la aquí examinada.

¹⁰⁵ Vid. además las decisiones *Hasselblad* de 2 de diciembre de 1981, núms. 49 y 101, que asimismo el intercambio de información confidencial a una práctica concertada. Vid. de manera general, sobre los intercambios de información: LEONE, V. «Lo scambio di informazioni fra imprese in diritto comunitario», en *Contratto e impr.* 1988, p. 228.

¹⁰⁶ Vid. *supra*, núm. 135.

¹⁰⁷ Considerando 174.

¹⁰⁸ Vid. en nuestro sentido las conclusiones del abogado general Vesterdorf en el asunto *Polipropileno*, Rev., 1991, p. II-867, punto I.D.3 (i).

¹⁰⁹ Considerando 64 de la sentencia *ICI*.

bas a la Comisión, sólo se refieren a la noción de «coordinación»; no indican en modo alguno que sea necesaria su puesta en práctica. La mejor prueba de ello la constituye el tacto que emplea el Tribunal, inmediatamente a continuación, para demostrar la existencia, en el caso concreto, de prácticas que aseguran la ejecución de la concertación, lo cual le permite concluir que «la concertación de que se trata y las prácticas que la han ejecutado eran susceptibles de eliminar la incertidumbre de los fabricantes neerlandeses respecto a sus posibilidades de mantener (...) la situación que habían adquirido». ¹¹⁰ De igual modo, en la sentencia *Züchner*, el Tribunal ha señalado que para poder declarar la existencia de una práctica concertada, es preciso examinar no sólo si existen tomas de contacto entre las partes o, como mínimo, intercambios de información, sino también si, a la vista de las condiciones del mercado en cuestión, el precio efectivamente aplicado no difiere del que habría resultado del libre juego de la competencia.

Únicamente cabría objetar que el texto del artículo 85 prohíbe las prácticas concertadas que tienen «por objeto» restringir la competencia, sin exigir que aquéllas tengan tal efecto. ¹¹¹ En efecto, una concertación que se exterioriza mediante un comportamiento puede perfectamente no producir efectos sobre la competencia, en particular, debido a las condiciones del mercado. No obstante, dicha práctica podrá ser condenada por tener por objeto restringir la competencia.

En la práctica, la cuestión sólo presenta un interés limitado si se reconoce, como lo ha hecho acertadamente el Tribunal de Primera Instancia en el asunto *Polipropileno*, que cuando las empresas se conciertan, es con el objetivo de actuar de manera coordinada. Aunque una empresa pueda demostrar que su participación en la concertación fue sin intención de ajustarse a las sugerencias manifestadas, no es menos cierto que su comportamiento en el mercado está necesariamente influido por lo que ha sabido con ocasión de sus contactos con sus competidores. Por consiguiente, se puede concluir que, salvo circunstancias excepcionales (por ejemplo, la retirada del mercado de una empresa inmediatamente después de la concertación), la existencia de la concertación permite normalmente presumir la existencia de prácticas concertadas. ¹¹²

¹¹⁰. Considerandos 179 y 180. La *idílica* es nuestra.

¹¹¹. *Vid.* en este sentido *JOLLET*, R., artículo citado, p. 271.

¹¹². Conclusiones del abogado general Vesterdörf antes citadas. En las sentencias pronunciadas en este asunto, el Tribunal de Primera Instancia ha considerado que al participar en la concertación, los demandantes no sólo habían perseguido el objetivo de eliminar de antemano la incertidumbre sobre el comportamiento futuro de sus competidores, sino que habían «debido necesariamente tener en cuenta, de modo directo o indirecto, la información obtenida en dichas reuniones para decidir la política que ella(s)

h) Intercambios de información confidencial

138. Cuando los competidores intercambian entre sí información comercial confidencial, referente por ejemplo a sus precios de venta, a sus suministros, a sus listados de pedidos, a sus *stocks*, al índice de utilización de sus capacidades, procede presumir que existe una práctica concertada. ¹¹³ En efecto, las informaciones de esta naturaleza no son en general intercambiadas entre competidores más que en el contexto de prácticas colusorias más amplias destinadas a restringir la competencia. ¹¹⁴

La jurisprudencia americana adopta una actitud menos rigurosa respecto a los intercambios de información confidencial entre competidores. Estos no se prohíben *per se* sino que se tiene en cuenta la posibilidad de que produzcan efectos benéficos, concretamente mejorando el conocimiento de los vendedores y de los compradores sobre las condiciones del mercado. ¹¹⁵

i) Participación en reuniones

139. El apartado 1 del artículo 85 no prohíbe toda reunión entre competidores. Dicho artículo no afecta al derecho de las empresas de constituir asociaciones profesionales. ¹¹⁶ Hay un gran número de cuestiones que tales asociaciones pueden abordar legítimamente: estadísticas, clasificaciones aduaneras, protección del medio ambiente, preparación de quejas antidumping, actuar de *lobby*... No obstante, cualquier asistencia a una reunión en la que se discuten cuestiones «prohibidas», o incluso meros intercambios de información comercial confidencial, será constitutiva de haber participado en una práctica concertada, salvo que la empresa se desvincule públicamente del resultado de la reunión.

misma(s) se proponía(n) aplicar en el mercado» (*vid.* por ejemplo la sentencia *Petrofina* de 24 de octubre de 1991, considerando 215).

¹¹³. Sentencias de instancia *Hercules* de 17 de diciembre de 1991, considerandos 258 a 261, y *Usines G. Bœl* de 6 de abril de 1995, considerando 53.

¹¹⁴. *Vid.* también, sobre el intercambio de información, *infra*, núms. 535, 577 y 1006 a 1010.

¹¹⁵. *United States v. United States Gypsum Company*, 438 US 422 (1978), p. 441. Véase también *PIGASSOU*, R., *op. cit.*, pp. 65-66 y *EVANS*, D., «Trade Associations and Exchanges of Price and Other Market Information», 1989 *Fordh. Corp. L. Inst.*, 1990, p. 709; *LEONE*, V.M., «Lo scambio di informazioni fra imprese in diritto comunitario», *Contratto e Impresa*, 1988, p. 228.

¹¹⁶. Decisión *Eurogypsum* de 26 de febrero de 1968, *vid.* también *Bol. CE*, núm. 2716, núm. 2110.

190. "No basta que la empresa afirme que no asumió compromisos ni se sintió vinculada."¹¹⁹

j) Prácticas concertadas verticales

140. La práctica concertada podrá consistir en la acción de una sola empresa, si tal acción es el resultado de una coordinación con otra empresa, incluso situada en un nivel diferente. Así, cuando el titular de un derecho de propiedad industrial ejerce una acción por usurpación con objeto de proteger a uno de sus licenciarios contra la competencia de otro licenciario, puede tratarse de una práctica concertada entre el titular y los licenciarios que tiende a restringir la competencia entre estos últimos. De igual modo, cuando un cedente invita a sus distribuidores a una reunión en la que éstos acuerdan medidas adecuadas para poner fin a las exportaciones paralelas, el propio cedente participa en las prácticas concertadas de que se trate.¹¹⁹

Ello no significa que haya que juzgar con la misma severidad los contactos entre empresas en las relaciones verticales que en las horizontales. Un fabricante y sus distribuidores tienen numerosas razones legítimas para intercambiar información comercial. En su sentencia *Pronuptia* de 28 de enero de 1986, el Tribunal de Justicia tuvo en cuenta esta comunidad legítima de intereses al afirmar que es legítimo que un franquiciador comunique a los franquiciados los precios indicativos.¹²⁰ Ahora bien, en su sentencia *VCH* de 17 de octubre de 1972, el Tribunal había considerado que un sistema de precios indicativos horizontales constituye una infracción al artículo 85.¹²¹

k) La prueba del cese de la práctica concertada

141. La definición extremadamente amplia dada a la práctica concertada frecuentemente dificulta a las empresas la prueba de que han puesto fin al comportamiento que se les reprocha. En efecto, la mera

existencia de contactos en el pasado puede acarrear la condena a comportamientos paralelos que, de otro modo, eludirían toda crítica. Puede resultar difícil, incluso imposible, acreditar que el paralelismo no es la consecuencia de tales contactos, sino que se debe a las condiciones del mercado.

En relación con este problema, las posturas adoptadas por la Comisión y por el Tribunal de Justicia revelan dos tendencias opuestas.

Para la primera, dos son las condiciones que se requieren para inferir que aún continúa la práctica concertada: el comportamiento interesado debe mostrar «la existencia de elementos de coordinación y coordinación propios de la práctica colusoria», y además el comportamiento debe desembocar «a idéntico resultado que el producido mediante la práctica colusoria».¹²² Procederá verificar, pero solamente el comportamiento de las empresas en el mercado, si también la persistencia de contactos que tengan por objeto influir en el mercado no será, en consecuencia, revelador de la existencia de una práctica concertada si la identidad de comportamientos puede explicarse por las exigencias del mercado en el que operan las empresas.¹²⁴

Según la segunda tendencia, una vez probada la existencia de práctica concertada, a la Comisión le asiste el derecho de presumir continúa tal práctica hasta tanto las empresas no aporten prueba en contrario.¹²³ El hecho de que las condiciones del mercado permitan explicar el paralelismo de comportamiento resulta ineficaz para justificar si en el pasado se ha acreditado una concertación y las empresas no demostrado, de modo positivo, que se ha puesto fin a la misma.¹²⁴ En sentencia *Biron* de 3 de julio de 1985, el Tribunal de Justicia ha considerado que el artículo 85 resulta aplicable si un comportamiento paralelo se prolonga más allá del cese de un acuerdo, sin que se haya pro-

122. Sentencia *EMI* c. CBS de 15 de junio de 1976, considerando 31.

123. Como ejemplos de esta forma de proceder, véase el asunto *Quintina*, sent. ACF *Cherniakhina* de 15 de julio de 1970, considerando 153; decisión *Zine Producer* de 6 de agosto de 1984, núm. 92; sentencia de instancia *Dunlop Slazenger International* de 7 de julio de 1984, considerando 79.

124. Véase las sentencias *Tournier* y *Lucaszaun* de 13 de julio de 1989, considerando 18, respectivamente.

125. Conclusiones del abogado general Slynn en el asunto *Hasselblad*, Rec. p. 928.

126. Decisión *BP-Kemul/DSF* de 5 de septiembre de 1979; decisión *Johnson & Son* de 25 de noviembre de 1980; decisión *Ceniza de soda-Solvay*, ICI de 19 de diciembre de 1990.

117. Sentencias de instancia *Hercules*, antes citada, considerando 232; *Solvay* de 10 de marzo de 1992, considerando 98 a 100; *Usinas G. Bel* antes citada, considerando 60.

118. Sentencia *Usinas G. Bel* antes citada, considerando 79.

119. Asunto *Pioneer*, véase decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1979 y sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983; *Musique Diffusion française* y otros c. *Comisión*, véase también el asunto *Hasselblad*; decisión de 2 de diciembre de 1981 y sentencia de 21 de febrero de 1984. Para otro ejemplo de práctica concertada vertical, véase la decisión *Pittsburgh Corning Engrape-Formica Belgium-Hertel* de 23 de noviembre de 1972.

120. Véase considerando 25.

121. Considerando 19.

cido un nuevo acuerdo poniendo fin al anterior. En efecto, en opinión del Tribunal, el régimen de competencia del Tratado «se preocupa más por los resultados económicos de los acuerdos, o de cualquier forma de concertación o coordinación, que por su forma jurídica».¹²⁷

A nuestro juicio, debe preferirse la primera tesis, tanto por razones de seguridad jurídica como por consideraciones de eficacia práctica. Desde la óptica de la seguridad jurídica, es difícil imaginar cómo las empresas podrán positivamente acreditar que su concertación ha finalizado cuando el comportamiento paralelo puede explicarse por el funcionamiento normal del mercado. Incluso la celebración de un acuerdo formal en este sentido corre el riesgo de considerarse como una simple fachada si el paralelismo de comportamiento continúa.¹²⁸ Desde el punto de vista de la eficacia práctica, apenas se ve la utilidad de condenar, por ser contrario al artículo 85, un comportamiento paralelo que no hace sino reflejar las condiciones objetivas en las que funciona el mercado. Únicamente en el supuesto de que el comportamiento de los interesados sólo pueda explicarse por la existencia de una concertación, cabrá considerar que ésta produce efectos anticompetitivos. Si bien es cierto que, como señala la sentencia *Binor*, el Tratado se preocupa más por los efectos económicos de los acuerdos que por su forma jurídica, ello no significa que condene el paralelismo de comportamiento sin interrogarse por las razones que lo explican.

Procede alegrarse por lo tanto de que, al resolver los recursos de las sociedades *Solvay* e *ICI* contra la decisión *Ceniza de sosa*, el Tribunal de Primera Instancia se haya pronunciado palmariamente a favor de la primera tesis.¹²⁹

2. La independencia de las voluntades

142. Para que la prohibición del apartado 1 del artículo 85 sea aplicable, es preciso que el comportamiento restrictivo resulte de un concurso de voluntades independientes. Esto plantea tres problemas.

- ¿En qué medida la intervención de la autoridad pública en el proceso competitivo, al menoscabar la independencia de los operadores económicos, permite justificar comportamientos que, de otro modo, deberían ser considerados prohibidos?

127. Considerando 17.

128. *Vid.* decisión *Ceniza de sosa-Solvay*, *ICI*, antes citada.

129. Sentencias de Instancia *Solvay* e *ICI* (*Acuerdo «Page 1000»*) de 29 de junio de 1995, considerando 73 a 75 y 83 a 85, respectivamente.

- ¿Constituye una práctica colusoria prohibida el hecho de que los operadores pertenecientes al mismo grupo económico coordinen su comportamiento?

- ¿Entra en el ámbito de aplicación del artículo 85 un acuerdo que pone fin a la autonomía económica de las partes al establecer entre ellas una concertación?

§ 1. La intervención de la autoridad pública

a) Medidas que fijan directamente los parámetros de la competencia

143. Cuando el comportamiento anticompetitivo no resulta de la libre elección de las empresas sino que les viene impuesto por la autoridad pública, que fija directamente los parámetros dentro de los cuales pueden actuar, el artículo 85 será inaplicable. Así, unas medidas estatales que fijan un cupo a la producción o al consumo, que limitan las inversiones, que fijan los precios de compra o de venta, no estarán incursas en el ámbito de aplicación del artículo 85. Dichas medidas podrán estar sujetas, en su caso, a otras disposiciones del Tratado, principalmente al artículo 30 o a las normas relativas a la política agrícola común.¹³⁰

Para el Tribunal de Justicia, tales medidas, siempre que no impongan la celebración de acuerdos contrarios al artículo 85, no infringen la obligación que se deriva de los artículos 3 (g) y 5, párrafo 2, del Tratado de no perjudicar al objetivo de una competencia no falseada.¹³¹ El simple hecho de que la autoridad consulte a las empresas no priva a la medida de su legitimidad en tanto que medida estatal.¹³²

b) Medidas que suprimen toda posibilidad de que las empresas adopten un comportamiento competitivo

144. Puede suceder que, sin prescribir directamente el comportamiento que deben adoptar las empresas, la autoridad adopte unas medidas que eliminan cualquier posibilidad de comportamiento competitivo entre ellas. En este sentido, en el asunto *Industria europea del azúcar*, el Tribunal de Justicia ha considerado que, cuando el comportamiento de las empresas está influido de manera decisiva por la normativa nacio-

130. Sentencia *Buyys* de 18 de octubre de 1979, *Rec.*, p. 3.231; sentencia *Culfer* de 29 de enero de 1985 (también denominada *Leclerc-gasolina*).

131. Sentencia *Culfer* antes citada; sentencia *Van Eycke* c. *ASPA* de 21 de septiembre de 1988; sentencias *Meng y Ohra* de 17 de noviembre de 1993.

132. Sentencias *Culfer* y *Van Eycke* c. *ASPA* antes citadas; *vid.* también las conclusiones del abogado general Tesauro que preceden a las sentencias *Meng y Ohra*, núm. 19.