



PAUTA

Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.

C A M E C I C

**"Acuerdo de Asociación Económica
México-Unión Europea: Aspectos Concretos
para los Empresarios Mexicanos en sus
Negocios con Europa".**



International Chamber of Commerce

No. 35 diciembre 2001

INDICE GENERAL

CARTA DEL PRESIDENTE

Ing. Guillermo Cadena Acevedo (Presidente ICC México)

PRACTICA COMERCIAL INTERNACIONAL EN LA COMUNIDAD EUROPEA

Lic. Ricardo I. More d.

PRACTICA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONOMICA EN LA COMUNIDAD EUROPEA

Lic. Ricardo I. More d.

ASPECTOS CONCRETOS DE LA PROTECCION DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL EN LA CE

Lic. Ricardo I. More d.

PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES EN LA UNION EUROPEA

Lic. Ricardo I. More d.

CARTA DEL PRESIDENTE

El pasado 31 de octubre del 2001 el Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio con apoyo de su comisión de Competencia Económica Internacional, organizó el Seminario "Acuerdo de Asociación Económica México-Unión Europea: Aspectos Concretos para los Empresarios Mexicanos en sus Negocios con Europa".

El objetivo de este Seminario fue analizar en detalle desde un punto de vista práctico los ámbitos más importantes del Tratado con la Unión Europea y del propio ordenamiento comunitario sobre todo en aquellos aspectos en que es susceptible que se presenten problemas de carácter jurídica a aquellas personas en México que hacen negocios con uno o más de los países que conforman la Unión Europea.

Este seminario busca así servir de base para prevenir que surjan tales problemas, permitiendo a los empresarios conocer de antemano situaciones desconocidas y relativas a la práctica jurídica de los países de la Unión Europea.

Debido a la importancia de los temas analizados, decidimos presentar a nuestros socios las memorias y material entregado de este Seminario, considerandolo del interés de nuestros agremiados.

En este contexto se presentará a ustedes el análisis del contenido del acuerdo de asociación económica México - Unión Europea, Práctica comercial internacional en la comunidad europea, Práctica del Derecho de la Competencia económica en la comunidad europea, La protección de la propiedad Intelectual en la Comunidad Europea y la Protección de los consumidores en la Unión Europea.

Con la confianza de ofrecer a ustedes un material de alta calidad e interés, reciban un muy sincero saludo,

Cordialmente,



Ing. Guillermo Cadena Acevedo
Presidente

ÍNDICE

PRACTICA COMERCIAL INTERNACIONAL EN LA COMUNIDAD EUROPEA.....	4
PRACTICA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONOMICA EN LA COMUNIDAD EUROPEA.....	20
Mercado de producto	26
Mercado geográfico.....	27
Presiones desde el punto de vista de la competencia.....	28
ASPECTOS CONCRETOS DE LA PROTECCION DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL EN LA CE.....	37
PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES EN LA UNION EUROPEA ..	45

PRACTICA COMERCIAL INTERNACIONAL EN LA COMUNIDAD EUROPEA

Por: Lic. Ricardo I. More d.

Una vez analizado el contenido del AAE MEX-UE y vistas las posibles implicaciones que para el desarrollo del comercio internacional mexicano puede tener lo anterior parece resultar evidente la importancia de analizar el tema de cómo aplica la UE su política comercial, cuales son sus instrumentos principales y su rol en esta materia en la comunidad internacional.

El punto sobre el cual nos centraremos consiste en analizar los criterios europeos de aplicación de su política comercial internacional. Evidentemente el tema da, por si solo, para la organización de uno o varios seminarios, sin embargo ante lo restringido de los tiempos nos ocuparemos de tratar, tan solo, los elementos esenciales de la aplicación de la legislación del comercio internacional al interior de la UE y por sus propias autoridades.

Comenzaremos por analizar los principales indicadores del comercio internacional en los últimos dos años, 1999 y 2000.

Durante 1999 se dieron factores que tendieron a restringir la expansión del comercio internacional, entre ellos cabe destacar la desaceleración de la actividad económica en Europa y un declive en la demanda de bienes y servicios en América Latina. En consecuencia, la tasa general de crecimiento del comercio presentó un aumento sostenido de 5% en relación con el avance experimentado en periodos anteriores. El valor total de las exportaciones mundiales aumentó en aproximadamente 3.5% y el de la exportación de servicios comerciales se incrementó únicamente en 1.5%, a 5.47 y 1.35 trillones de dólares respectivamente.

El fuerte flujo de capitales de la zona del euro hacia los EEUU contribuyó significativamente al debilitamiento de la moneda europea frente al dólar americano, lo anterior provocó un apoyo para las exportaciones europeas y los productores de la zona ante la depreciación de su moneda pero también contribuyó a aumentar los precios de las importaciones generando que, eventualmente, se incrementarán los precios a los consumidores. Los bienes comerciados en el interior de la UE se denominan en euros y suelen tener la ventaja de que los precios no se incrementan en el corto plazo para reflejar posibles depreciaciones de la moneda local frente a la americana. Sin embargo durante 1999 el dólar se apreció frente al euro y otras monedas europeas en forma tal que sí generó un aumento de los precios a los cuales los consumidores debían hacer frente. Debido al hecho de que el mercado de la UE representa aproximadamente el 25 o 30% del comercio mundial, estos cambios de precios repercutieron a nivel global.

Por su parte en el área del TLCAN y durante este periodo los flujos comerciales evolucionaron de una forma diferente y más benéfica a la experimentada en otros acuerdos de integración regional como el MERCOSUR. Mientras que en la zona sudamericana la recesión económica de sus miembros produjo una contracción del comercio entre los participantes del propio MERCOSUR de hasta un 25%, sus exportaciones a diversas zonas de Latinoamérica extra-MERCOSUR se estancaron. Mientras que en la zona TLCAN el comercio intra-TLCAN aumentó en alrededor de 11% y los intercambios extra-TLCAN decrecieron ligeramente.

La actividad económica en el año 2000 repuntó significativamente por arriba de las predicciones de varios expertos. Durante el año pasado se fortaleció la demanda y con ello propendió a incrementar el volumen de comercio internacional operado.

Los países exportadores de petróleo, como México, tuvieron un buen año, entre otros factores debido al aumento del precio del barril de crudo que llegó a rebasar la barrera de los 30 dólares en el periodo abril-junio

del 2000. Las exportaciones e importaciones de la UE en valor dólar se incrementaron en 4 y 6%, respectivamente, mientras que en América Latina las exportaciones aumentaron en un promedio de hasta 20%. Un elemento de importancia en la estabilidad del valor del dólar lo siguió representando la debilidad del euro frente a la moneda de los EEUU.

El PIB en Latinoamérica en la década de los noventas, el cual se había expandido en aproximadamente 3.5% entre 1990 y 1997, disminuyó en 1998 y se estancó en 1999. Esta tasa de crecimiento pudiera sin embargo no contener información derivada de una metodología perfectamente objetiva, ya que México, el líder comercial de Latinoamérica, por sí solo representa cerca del 45% del comercio total de bienes de la región y alcanzó cuotas de crecimiento de sus importaciones y exportaciones que rebasaron por bastante el 10% en este periodo mientras que los demás países que integran Latinoamérica reportaron una caída de sus importaciones y un serio estancamiento en el valor de sus exportaciones.

La causa principal de esta asimetría en las economías regionales se puede encontrar en el alto grado de integración de la economía mexicana con la de los EEUU y con el sistema de intercambio comercial establecido al amparo del TLCAN, mientras que los demás países de la zona continúan dependiendo cada vez más y más del comercio intra-sudamericano que ha seguido perdiendo valor y peso específico en el contexto internacional. A modo de ejemplo podríamos señalar que mientras México llegó en 1999 a los 285 billones de dólares en el rubro de exportaciones más importaciones, países como Argentina, productor básicamente de materias primas y pocos productos manufacturados o pertenecientes a la economía de la tecnología, llegó apenas a los 50 billones y Brasil pese a su tamaño y capacidad económica quedó en la frontera de los 100 billones al alcanzar apenas la cantidad de 98 billones sumando ambos rubros.

En este periodo se presentó un decrecimiento en las exportaciones de servicios comerciales de México que pudo ser atribuida en parte a la caída sustancial de los ingresos en el sector turismo, los que representan, aproximadamente, 2/3 partes de los ingresos del país por servicios de exportación. Las importaciones de servicios comerciales de México aumentaron en un 9%, mientras que para otros países de Latinoamérica el mismo rubro tendió a decrecer en 10% en promedio. El retroceso más significativo en esta materia lo presentó Brasil con un 24% y Ecuador con 16%. Por otra parte el promedio anual de importaciones de México fue de alrededor de 4%, lo que representó una cantidad muy inferior al promedio de los demás países de América Latina que se ubicó en 8%.

¿Y en la UE o en Europa occidental? El impacto de la apreciación del dólar americano frente al euro tuvo un efecto negativo en el valor nominal del comercio de la zona al provocar una desaceleración sostenida durante el periodo. Prácticamente todas las categorías de productos disminuyeron sus porcentajes de exportación en la UE con excepción de combustibles y sus derivados, equipo de oficina y telecomunicaciones, químicos y sector automotriz. Mientras que el valor del comercio intra-comunitario se mantuvo estancado. Los embarques a los EEUU aumentaron en un promedio de 11.5%. Por su parte las exportaciones a Latinoamérica cayeron en alrededor de 6 o 7%. En el periodo de 1990 a 1999, Irlanda, España y Turquía alcanzaron las mayores tasas de crecimiento en términos de productos exportados. Mientras que tres de las cuatro economías más grandes de la UE (Francia, Alemania e Italia) obtuvieron un crecimiento de sus exportaciones e importaciones por debajo de la media comunitaria.

Aún así, Alemania fue el primer país comunitario en términos de volumen total de sus importaciones y exportaciones alcanzando una cifra ligeramente superior a los 1,000 billones de dólares, mientras que otros países como Francia, el Reino Unido, Italia u Holanda llegaron a 600 (Francia y el Reino Unido), 430 y 395, respectivamente.

Visto el escenario anterior vamos a continuación a proceder a analizar el régimen comercial de la UE y algunos de sus instrumentos principales como el sistema europeo de preferencias generalizadas, los procedimientos anti-dumping, anti-subsidios y el ROC o Reglamento de Obstáculos al Comercio.

Resulta claro que en la elaboración y puesta en práctica de la política comercial internacional de la UE se deben respetar los compromisos alcanzados en los foros internacionales, tales como los que se contienen en los diversos acuerdos de la OMC y así podemos señalar que teniendo como tiene plena independencia la UE en la tramitación de los procedimientos de defensa comercial al interior de sus fronteras, no debe obviar los requisitos y obligaciones que le impone su pertenencia a la OMC.

Así, por ejemplo, vemos que la UE es frecuentemente condenada en páneles arbitrales de las más diversas materias por considerarse que en la instrumentación y consideraciones vertidas para la imposición de una medida de defensa comercial frecuentemente conculcan la legislación internacional de la que son parte y que, por lo tanto, les obliga, haciendo así que primen los convenios internacionales sobre la normativa meramente europea.

Pero como siempre es mejor tratar de evitar llegar a esas instancias, que por otra parte conllevan un buen grado de la buena voluntad o interés del Estado de origen del quejoso, consideramos atinado tratar de explicar como funciona la praxis de la UE en este campo.

En un principio haremos una breve mención acerca de la posible aplicación en la UE de una norma derivada de un acuerdo de la OMC contraria a la legislación comunitaria europea, esto es, ¿Puede la UE aplicar una norma propia en contra del sentido de una norma contraria preceptuada en un Acuerdo del GATT del que la propia UE es parte?

En la sentencia “International Fruit Company” del 12 de diciembre de 1972, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) determinó que en la medida en la que la entonces Comunidad Económica Europea (CEE) había asumido competencias de comercio internacional hasta entonces propias de los Estados Miembros (EEMM) los acuerdos suscritos en el marco del GATT por los propios EEMM le resultaban ahora vinculatorios a la propia CEE la que se encontraba obligada a cumplirlos.

Sin embargo poco tiempo después el propio TJCE determinó en la sentencia Schlüter, de 24 de octubre de 1973, que por su propia naturaleza las normas derivadas del GATT no eran invocables directamente por los gobernados y que, en consecuencia, competía a las autoridades nacionales de los EEMM aplicarlas en sus ordenamientos internos. El colofón a lo anterior sería, naturalmente, que al gobernado se le daría el derecho de actuar en contra de la norma nacional que transponía el precepto internacional, pero no podría invocar directamente la aplicabilidad de la norma del GATT, esto es, privó de efecto directo a las normas emanadas de convenciones internacionales en materia de comercio, como el caso del GATT. Esta óptica del TJCE se reafirmó en diversas sentencias ulteriores como la sentencia FEDIOL, del 22 de junio de 1989.

Precisamente en la sentencia Amministrazione delle finanze dello Stato vs. Chiquita Italia, del 12 de diciembre de 1995 la Corte determinó una vez más la no invocabilidad de las reglas del GATT por los particulares, pues consideró que las medidas de salvaguardia que las partes pueden adoptar en caso de dificultades comerciales excepcionales y las reglas para la resolución de controversias entra las partes contratantes son un obstáculo insuperable para la creación de tales derechos en favor de los particulares, toda vez que el propio Acuerdo General establece los mecanismos para que las partes contratantes (en la especie los Estados) puedan dirimir sus controversias y actuar en defensa de sus derechos en caso de que uno o más de ellos actúen en violación de las normas del GATT.

Sin embargo en la sentencia FEDIOL el TJCE dio un paso adelante al aceptar que el tribunal europeo gozaba de competencia para resolver las quejas que las partes pudieran tener por presuntas violaciones de las autoridades nacionales a los compromisos asumidos por la CEE en el marco del GATT.

En la sentencia Comisión vs. Alemania, de 5 de octubre de 1994 el TJCE determinó que únicamente en la medida en la que las instituciones comunitarias actúan en cumplimiento de una obligación asumida por el GATT, derivada del mismo, o cuando el acto comunitario reenvía expresamente a disposiciones

específicamente determinadas del GATT que el TJCE puede efectuar un control de la legalidad del acto comunitario al amparo y tomando como parámetro referenciador el texto e hipótesis de la propia norma del GATT presuntamente violentada por la institución comunitaria.

Finalmente citaremos la resolución contenida en la sentencia Portugal vs. Comisión, del 23 de noviembre de 1999, conforme a la cual el TJCE determinó que los Acuerdos suscritos en el marco de la OMC, habida cuenta de su naturaleza, no figuran en principio entre las normas que el TJCE tomaría como fundamentación suficiente para determinar la legalidad de un determinado acto de las instituciones comunitarias.

¿Qué enseñanzas nos dejan las sentencias anteriormente transcritas? Que el órgano jurisdiccional europeo (i) no concede efecto directo a las normas derivadas de los Acuerdos celebrados en el seno del GATT y (ii) que el TJCE únicamente entra a determinar si un acto comunitario ha violado los compromisos derivados del GATT o los demás acuerdos de la OMC cuando el acto violatorio emitido por la institución comunitaria ha hecho referencia a ellos expresamente.

¿Esto que quiere decir? Que el TJCE dota de un grado suficientemente amplio de autonomía a las unidades administrativas de la Comisión Europea (en este caso la Dirección General de Comercio o conocida como DGTrade) para que al amparo de las normas exclusivamente del derecho comunitario determinen si es preciso o no acudir a las medidas de defensa comercial previstas en el propio ordenamiento comunitario y si su implementación resultó adecuada con vistas al derecho europeo como primera norma de referencia y que por lo que hace al perjudicado por estas medidas de defensa comercial, por ejemplo la imposición de una cuota compensatoria por prácticas de dumping, primero le tocará defenderse ante la propia DGTrade y posteriormente tratar de obtener una sentencia favorable del TJCE, lo cual en la realidad se aprecia como de difícil resolución, por lo que no le quedará más camino una vez impuesta la medida que convencer a sus propias autoridades del daño que la medida causa a la industria nacional para que sea el Estado de origen de aquel perjudicado quien acuda a los páneces de resolución de controversias de la OMC en espera de obtener una resolución favorable.

Visto esto se entenderá la importancia de conocer, así sea someramente como funcionan los criterios al respecto en el interior de las autoridades comunitarias, pues éstas son las encargadas de determinar cuando un acto comercial puede ocasionar la necesidad de imponer medidas de defensa comercial y, por lo tanto, retirar al productor el derecho de ser comercialmente viable en el mercado más grande del mundo.

A este sentido cabe señalar que México ya es al día de hoy destinatario de varias decisiones de imposición de cuotas compensatorias en el mercado de la UE.

Por ejemplo, los encendedores no recargables originarios de México sufren una cuota anti-dumping que se mantendrá vigente por lo menos hasta el 7 de marzo de 2002, si es que la misma no se extiende o, una imposición de cuotas anti-dumping a las exportaciones mexicanas de discos magnéticos de 3.5 pulgadas (microdiscos) que debió haberse levantado para el 14 de abril de este año o, finalmente los casos de cables, alambres y cuerdas trenzadas de acero, que también fueron objeto de medidas anti-dumping comunitarias, siendo que las mismas se mantendrán en vigor por lo menos hasta el 18 de agosto de 2004.

El que las medidas anti-dumping más frecuentes se impongan por la UE a países asiáticos como China, India, Tailandia o Malasia y a varios países europeos centrales como Polonia, Rumania, Lituania, Bielorrusia o Ucrania no quiere decir que debamos estar tranquilos pues estos son algunos de los países con los que más comercian los europeos y precisamente el objeto del AAE MEX-UE es incrementar el comercio entre México y la UE, si consideramos que estos instrumentos tienden a incrementar el intercambio comercial en alrededor del 20% en los primeros años de vigencia veremos que el grado de exposición real a estas medidas es elevado. De hecho Brasil tiene tres cuotas anti-dumping impuestas por la UE, Venezuela una (ferrosilicones) y México las mencionadas, por lo tanto estos son los únicos países de América Latina que gozan del “honor” de habérseles

sido impuestas cuotas anti-dumping por la UE, ante el incremento esperado del comercio entre México y la UE es muy viable pensar que tales medidas se podrán presentar con mayor asiduidad.

Por lo expuesto iniciaremos señalando el régimen de preferencias generalizadas aplicable en la UE, para concluir con un repaso de las regulaciones en materia anti-dumping, anti-subsidios y de obstáculos al comercio.

Los países escasos de recursos siempre han necesitado un mejor acceso a los mercados con objeto de poder incrementar su productividad. En 1964 este concepto dio lugar a una nueva organización en el seno de las Naciones Unidas, la UNCTAD por sus siglas en inglés (United Nations Conference on Trade and Development).

Desde el inicio esta organización discutió formas y mecanismos para otorgar concesiones comerciales especiales a los países en vías de desarrollo. Como resultado de estas discusiones se acordó crear un sistema general de preferencias bajo el cual los países industrializados otorgarían ventajas comerciales autónomas y unilaterales a todos los países en vías de desarrollo.

Bajo las reglas del GATT se requería una autorización que permitiera una excepción al principio consagrado en el Acuerdo de otorgar a las partes contratantes el trato de nación más favorecida (MFN, por sus siglas en inglés) con el objeto de que los países industrializados pudieran adoptar individualmente sus propios sistemas generalizados de preferencias. Las partes contratantes del GATT acordaron lo anterior en la conocida como “cláusula habilitante”, originalmente por un periodo de diez años y posteriormente, mediante decisión del 28 de noviembre de 1979, por un periodo de tiempo indeterminado.

La Comunidad Europea fue la primera en implementar su propio sistema de preferencias generalizadas (SPG) desde 1971. Desde el inicio, el SPG se concibió como un mecanismo autónomo de política comercial comunitaria que otorgaba preferencias comerciales orientadas al desarrollo.

Al inicio existían diferentes regulaciones para productos ya fueran industrializados, agrícolas, textiles y los que quedaban enmarcados en el ámbito del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA) y los mismos se adoptaban anualmente. Más aún, en esos años los esquemas diseñados eran de cuotas y límites máximos por país y producto lo que reflejaba una política comercial pura y dura más que una política comercial orientada al desarrollo de los países menos desarrollados ya que se basaba en la competitividad de cada país para cada producto determinado.

Sin embargo la política europea a este respecto cambió para recoger el verdadero espíritu de los SPG's tal y como fueron concebidos. Gracias a los SPG's, entre otros factores, muchos países no industrializados pudieron incrementar su participación en el comercio internacional. Con posterioridad un número significativo de estos países se encontraron en posibilidad de ser admitidos (y de hecho lo fueron) al GATT y se integraron mayormente a un sistema multilateral de comercio. Algunos de estos países, entre los que se encuentra México, tuvieron éxito en desarrollar su economía –o por lo menos algunos sectores de la misma- hasta el punto de poder encarar la competencia internacional sin necesidad de recurrir a los SPG's, aún cuando México sigue encontrándose mencionado en la Lista del Anexo III del Reglamento 2820/98 y por lo tanto tendría derecho al SPG en la medida en la que cumpla con las demás condiciones aplicables según el propio Reglamento.

El SPG de la UE se implementa en ciclos de diez años (que tienen por origen la excepción a las cláusulas de MFN que originalmente concedió el GATT para la implementación de los SPG's). El ciclo actual inició en 1995 y concluirá en el 2004. El nuevo esquema de SPG entró en vigor el 1° de julio de 1999 y cubre todos los productos y acuerdos (ya sean generales o particulares). El mismo se recoge en el Reglamento No 2820/98 del 21 de Diciembre de 1998 (el Reglamento).

Las preferencias de acuerdo al SPG se conceden a las exportaciones de determinados productos provenientes de países en particular. Las listas de productos y países forman parte del Reglamento, mientras que las normas para determinar las reglas de origen se encuentran en el Reglamento 2454/93, recientemente modificado por el Reglamento 46/1999, expedido por la Comisión Europea el 8 de enero de 1999.

El SPG de la UE establece el denominado “mecanismo de graduación” de acuerdo con el cual el beneficio del esquema se otorga en etapas para sectores específicos de países que han alcanzado un cierto grado de desarrollo de acuerdo al criterio seguido por el Reglamento.

Los países acreedores al SPG de la UE son, o bien parte del Grupo de los 77 de las NNUU (países en vías de desarrollo pero con grandes diferencias entre ellos) o bien países catalogados como PMD's (países menos desarrollados). Es claro que el SPG deja de aplicarse, tal como prevé el Reglamento, a aquellos países que se considera tienen un grado de desarrollo suficiente y que, por lo tanto, se encuentran en posibilidad de competir en condiciones equivalentes en el mercado internacional.

Los criterios para la exclusión de un país son, por un lado, el ingreso per capita sobre la base del PIB de acuerdo a cifras de 1995, y en el otro lado el índice de desarrollo alcanzado. Este índice compara el nivel general de desarrollo del país de que se trate en comparación con la media comunitaria. El desarrollo industrial se mide con una fórmula basada en la proporción existente entre el ingreso per capita contra el valor de las exportaciones de bienes manufacturados. Si se cumplen ambos criterios el país de que se trate se remueve de la lista de beneficiarios del SPG y no se le otorgan más las ventajas concedidas conforme a los acuerdos generales o particulares.

Como mencionamos los productos se dividen en cuatro categorías, de acuerdo a su sensibilidad, a mayor sensibilidad menor preferencia comercial.

Las cuatro categorías son las siguientes:

- **productos muy sensibles**, para los cuales la tarifa preferencial es el 85% del arancel aduanero común europeo;
- **productos sensibles**, para los cuales la preferencia es el 70% del arancel aduanero común;
- **productos semi sensibles**, en estos casos la preferencia es del 35% del arancel común y,
- **productos no sensibles**, que entran en el mercado europeo sin pagar ningún tipo de arancel.

Cuando se determina que un país se encuentra en posibilidad de competir acertadamente y con posibilidades de éxito en el mercado europeo pero que todavía no alcanza el necesario margen de desarrollo las preferencias señaladas anteriormente se pueden reducir hasta en un 50% de la originalmente acordada.

Por su parte los PMD's encuentran ventajas adicionales importantes, por ejemplo sus productos industriales y agrícolas especificados en el Anexo I y VII del Reglamento pueden ingresar en el territorio de la UE sin pagar impuestos.

Por otra parte los PMD's también disfrutan de la derogación de ciertas reglas de origen, tales ventajas se otorgan únicamente por un periodo de tiempo limitado y con objeto de que sus bienes puedan cumplir con las reglas de origen que los hagan calificar para los beneficios de que se trate. Con el objeto de gozar de esta ventaja, sin embargo, se requiere solicitud que debe presentar el PMD a la atención de la Comisión Europea.

Los PMD's comprendidos en el Anexo IV son:

Sudán, Mauritania, Malí, Burkina Faso, Níger, Chad, República de Cabo Verde, Gambia, Guinea-Bissau, Guinea, Sierra Leona, Liberia, Togo, Benin, República Centroafricana, Guinea Ecuatorial, Santo Tomé y Príncipe, República Democrática del Congo, Rwanda, Burundi, Angola, Etiopía, Eritrea, Djibuti, Somalia, Uganda, Tanzania, Mozambique, Madagascar, Comoras, Zambia, Malawi, Lesoto, Haití, Yemen, Afganistán, Bangladesh, Maldivas, Nepal, Bhután, Myanmar, Laos, Camboya, Islas Salomón, Tuvalu, Kiribati, Vanuatu y Samoa.

Aún cuando en un inicio sólo los PMD's podían gozar de estas ventajas, en la década de los noventa las mismas se hicieron extensivas a una serie de países sudamericanos y centroamericanos con el propósito de ayudarlos a combatir el efecto nocivo sobre sus economías de la producción y tráfico de estupefacientes.

Estos países son, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, así como Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, El Salvador y Panamá.

Otra materia importante en cuanto al derecho de la UE son las prácticas de defensa comercial como los procedimientos anti-dumping, anti-subsidios y los obstáculos al comercio, prácticas que analizaremos a continuación.

Las reglas de la UE en materia de anti-dumping (AD) se dirigen a importaciones en las cuales exista dumping y siempre que causen un daño significativo a los productores comunitarios del rubro específico. En caso de que no se sancionaran las conductas que generan la exportación de bienes a valor por debajo de su costo se daría al país exportador una ventaja competitiva claramente injusta que podría ser explotada por el exportador privilegiado con considerable perjuicio para los productores comunitarios.

Las reglas AD de la UE datan de 1995 y se conocen como el Código Anti-dumping, el cual fue reformado a su vez por el Reglamento 384/96 que entro en vigor el 6 de marzo de 1996. El Código Anti-dumping (CAD) establece medidas que fueron acordadas en la Ronda Uruguay del GATT, fija también límites estrictos en cuanto al desarrollo de las investigaciones y su terminación, asegurando así que las quejas por prácticas de dumping se resuelvan rápida y efectivamente.

El CAD establece la imposición de cuotas compensatorias únicamente cuando convergen los siguientes requisitos:

- (1) **Hallazgo de dumping:** El precio de exportación del producto vendido en el territorio de la UE se encuentra por debajo del precio del mismo producto en el mercado de origen del exportador;
- (2) **Existencia de daño material a la industria Comunitaria:** Las importaciones del producto causan, o amenazan causar daños a una porción substancial de la industria relacionada en el interior del mercado comunitario, daños tales como, por ejemplo, pérdida de cuota de mercado, reducción de precios para los productores con la consiguiente alza en la presión sobre la producción, venta, utilidades, ect. y,
- (3) **Interés directo de la UE:** Los costos que representaría para la UE tomar medidas no deben ser desproporcionados a los beneficios que se espera alcanzar con su imposición.

Si consideramos al dumping como la venta en la UE de un bien o producto a un costo superior al que tiene en el mercado de origen del exportador podremos concluir inicialmente que se trata de una definición sencilla. Sin embargo lo anterior refleja una serie de complicados cálculos.

Para determinar la existencia de dumping la Comisión debe:

- Identificar el precio del producto en el mercado doméstico o “precio normal”;

- Identificar el precio de exportación del producto. A este sentido el Reglamento 384/96 señala que el precio de exportación es el precio pagable o pagadero por el producto en el momento en que es vendido por el país exportador a la Comunidad y,
- Comparar el precio normal con el precio de exportación para determinar el margen de dumping. Esta comparación debe ser justa y realizada al mismo nivel de intercambio comercial (por ejemplo al menudeo en zonas de un poder adquisitivo similar) y en el mismo momento. La comparación normalmente se logra ajustando tanto el precio normal como el precio de exportación al momento de la salida del producto de la planta o fábrica

Los procedimientos para determinar la existencia de dumping por la UE son diferentes según se trate de economías de mercado o países que poseen economías que no son consideradas de mercado¹. Las reglas aplicables a estas últimas no las señalaremos por exceder el objeto de esta ponencia y porque México se encuentra comprendido en la primera categoría, como país con economía de mercado.

Normalmente en el cálculo para determinar el valor normal del bien se suelen tomar en consideración los valores asentados en las facturas de venta del exportador, los precios domésticos que aparezcan o sean del dominio público por aparecer en revistas o catálogos de ventas y cualquier otro mecanismo que permita concluir los esquemas de composición de precios.

Naturalmente en aquellos casos en los cuales las ventas domésticas de un exportador no pueden ser tomadas en cuenta por la Comisión, (por diversos factores tales como (i) insuficiencia o inexistencia de ventas del producto en el mercado doméstico, (ii) ventas inexistentes o insuficientes en el desarrollo normal de los negocios [por ejemplo ventas sin utilidad, efectuadas a subsidiarias, partes relacionadas o sujetas a acuerdos compensatorios contra otros productos] o, (iii) ventas que por su propia naturaleza no permiten una comparación adecuada) ésta tiene que llegar al concepto de valor normal utilizando un acercamiento diferente (entendiéndose por valor normal del producto el generado en el desarrollo normal de las operaciones del negocio). La determinación del valor normal del producto en estos casos sigue dos posibles vías:

- La menos socorrida por la Comisión que consiste en comparar el valor contra las ventas domésticas generadas sobre el mismo producto u otro comparable (like product) por otro exportador bien sea en el mismo mercado o en un mercado tercero o,
- La más frecuentemente asistida y que consiste en reconstruir el valor normal de venta. Normalmente para reconstruir el valor normal del producto la Comisión toma en consideración los costos de producción del producto investigado más un margen adicional que resulte razonable por conceptos de utilidad y costos generales y administrativos.

La materia de la reconstrucción del valor normal por parte de la Comisión envuelve muy complejos cálculos y el manejo de distintos conceptos que no analizaremos aquí por escapar al objeto de esta ponencia. Sin embargo sí señalaremos que es en este punto de reconstruir el valor normal en donde la Comisión encuentra más impugnaciones, tanto en el ámbito europeo como ante la propia OMC, pues los conceptos y la metodología utilizada o excluida para determinar el valor normal no siempre han sido respaldados por los tribunales o los paneles arbitrales y una inadecuada metodología puede resultar en la imposición de cuotas compensatorias en casos en los que se podría demostrar que no ha existido dumping alguno.

¹ Para estos fines los países con economías no consideradas de mercado son: Albania, Armenia, Azerbaidjan, Bielorrusia, Georgia, Kazajistán, Corea del Norte, Kirgizstan, Moldavia, Mongolia, Tayikistan, Turkmenistán, Ucrania, Uzbekistan y Vietnam

Este es en consecuencia un punto en el cual se debe poner especial énfasis y cuidado al analizar un caso de dumping, pues la técnica de reconstrucción del valor normal que aplique la Comisión pudiera no ser ajustada a la propia normativa comunitaria o internacional.

Para determinar el precio de exportación la Comisión Europea suele tomar en consideración, adicionalmente a lo señalado en el párrafo anterior, los costos debidamente documentados de transporte, carga y seguros en el país exportador.

El valor conocido como “márgen de dumping” suele expresarse como un porcentaje que se calcula de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Valor Normal} - \text{Precio de Exportación} \times 100$$

**Valor “CIF” (Cost, insurance, freight) en la frontera de la UE
antes del pago de cualquier impuesto**

Debido a la complejidad que envuelve a la determinación del dumping y a las posibles consecuencias que podrían enfrentar quienes se encuentren involucrados en un procedimiento de estas características se aconseja fuertemente a cualquiera que se relacione como investigado con un procedimiento de esta naturaleza que obtenga de inmediato apoyo legal, contable y de consultores económicos que lo puedan defender adecuada y eficazmente.

Vimos ya que la Comisión analiza que se cause con las importaciones afectadas de dumping un daño material a la industria comunitaria y que sea del interés de la Comunidad el imponer las medidas compensatorias. La Comisión a este efecto también debe determinar que el daño es causado por las importaciones con dumping, esto es, que exista una relación causa-efecto entre el daño determinado y las importaciones sujetas a investigación de tal forma que se determine que es culpa de estas últimas la actualización de aquellos.

Al analizar el concepto de “daño” los conceptos más importantes para tomarse en consideración son los volúmenes y los precios de los productos investigados y el impacto que esto ha tenido en la industria comunitaria del sector.

Para determinar si existe daño o no se toman en consideración diversos rubros tal y como hayan sido reportados en los años inmediatos anteriores y hasta el año en el cual se presenta la queja². Una vez que la Comisión determina que hay daño debe concluir la existencia causal entre el daño y el producto acusado.

Por ejemplo para determinar la existencia causal del daño puede analizarse el volumen de exportaciones de los países europeos a terceros países. Si estas se incrementan pudiera deberse a que han decidido concentrar sus esfuerzos económicos en otros mercados o porque tratan de mitigar el daño causado.

Si las mismas decrecen pudiera ser que los propios productores europeos estuvieran coadyuvando en el daño que se infligen por ineficiencias en sus mercados de exportación o que exista tal nivel de competencia en estos mercados que no resulte rentable vender en los mismos.

Conviene asimismo señalar que la autoridad comunitaria tiende en la imposición de cuotas compensatorias a seguir el principio conforme al cual se impone una medida compensatoria suficiente para eliminar el márgen de dumping, sin embargo, cuando un arancel menor conseguiría remover el daño causado a la industria

² Entre estos factores tenemos, por ejemplo, el volumen de importaciones (a partir de estadísticas comerciales), el valor de las importaciones, los precios aplicados por los productores comunitarios, el nivel de producción de los productores comunitarios, inventarios o niveles de venta de los productores comunitarios, etc.

comunitaria este arancel menor será el que finalmente se impondrá aunque el margen de dumping determinado sea mayor³ (esta última conocida en la práctica como “regla de inferior derecho”).

La Comisión Europea es la institución responsable para la investigación de las quejas presentadas en materia de dumping y tiene también la atribución de evaluar si tales quejas resultan justificadas. La Comisión puede imponer, en el desarrollo de sus funciones investigadoras en esta materia, medidas provisionales, así como medidas definitivas en materias relacionadas con el ámbito material de aplicación del Tratado CECA (carbón y acero). En todos los demás casos la imposición de medidas definitivas es atribución del Consejo de Ministros.

Cuando un sector productivo europeo considera que las importaciones provenientes de un país no comunitario se están efectuando con dumping, tiene el derecho de presentar una queja a la Comisión Europea a este respecto, ya sea directamente o a través de su propio gobierno. Tras pasar por el Comité encargado de resolver el inicio de los procedimientos de dumping (el cual no se suele oponer a las determinaciones iniciales que prima facie efectúa la Comisión) se publicará una “Notificación de inicio” del procedimiento AD de que se trate en el órgano de comunicación de las Comunidades Europeas el DOCE (Diario Oficial de las Comunidades Europeas). Con esta notificación el procedimiento se considera oficialmente inaugurado.

La Comisión goza entonces de 45 días para analizar la queja formulada, consultar con los EEMM y decidir entonces si existen o no evidencias suficientes para determinar la apertura de una investigación formal. Las quejas por regla general se suelen rechazar cuando hay falta de evidencias o cuando los intereses representados en dicha queja no alcanzan el umbral mínimo del 25% del total de la producción comunitaria del bien de que se trate.

La Comisión se enfoca en efectuar los cálculos necesarios para determinar la existencia o inexistencia de dumping.

Estos cálculos, la mayoría de las veces, suelen ser tremendamente complejos como vimos con anterioridad. La Comisión también evalúa la existencia de los demás elementos, por ejemplo, la presencia de los intereses comunitarios, el costo que tiene la adopción de medidas vis-a-vis contra su no adopción y, sobre todo, determinar si existe daño material a la industria comunitaria afectada.

Las medidas pueden imponerse no solamente cuando el daño material se causa efectivamente sino cuando a través de las exportaciones afectadas de dumping se entorpezca el establecimiento de una nueva industria en el territorio de la UE o cuando exista un peligro inminente de causar daños materiales a la rama productiva involucrada. La investigación efectuada por la Comisión normalmente transcurre durante un año y en cualquier hipótesis no debe rebasar los quince meses.

Las medidas compensatorias únicamente se adoptan cuando se demuestra que con su puesta en práctica se beneficia a los intereses de la Comunidad y durante la tramitación de la investigación se invita y exhorta a los productores, importadores, usuarios del bien y hasta a los consumidores a que aporten sus puntos de vista con respecto a la existencia de los elementos del dumping y si se deben imponer o no las medidas compensatorias.

Igualmente deben celebrarse consultas con los EEMM, y tras recibidas las opiniones que sobre el procedimiento existan la Comisión puede, en un término máximo de sesenta días imponer medidas provisionales. Las medidas provisionales no deben exceder el margen detectado o establecido de dumping

³ Podemos señalar que la regulación comunitaria en esta materia contiene una serie de reglas (denominadas de minimis) que contienen umbrales mínimos de daño causado, así por ejemplo, cuando el margen de dumping se determina entre el 0 a 2% el mismo se considera insignificante y se decide –en la mayoría de las ocasiones– no imponer medidas compensatorias.

(que normalmente se establece porcentualmente como la diferencia entre el precio del producto en el mercado de origen del exportador y el precio de mercado del mismo producto en el territorio de la UE).

Las medidas provisionales pueden durar de seis a nueve meses y tienen por efecto proveer a la defensa comercial del consumidor y la industria europea en el sector de que se trate la afectación mientras se investiga y se llega a la determinación de imponer o no medidas definitivas, éstas se pueden imponer al concluir la investigación, cuando se determina la existencia de todos los elementos requeridos y sólo tras la celebración de consultas con los EEMM.

El Consejo de Ministros, como señalamos anteriormente, es la institución comunitaria encargada de determinar la imposición de medidas definitivas (que no caigan en el ámbito del Tratado CEEA). Las medidas definitivas tienen un periodo de duración de cinco años antes de su expiración.

La imposición de medidas definitivas puede impedirse si el investigado esta de acuerdo en celebrar y comprometerse a cumplir ante la Comisión con una serie de compromisos que de cara a las autoridades comunitarias disminuirán o harán insignificante el margen de dumping. Tales compromisos pueden ser: (i) incrementar sus precios de exportación, (ii) limitar el volumen de sus exportaciones a la UE o, (iii) una mezcla de los dos anteriores. En la práctica se suele aconsejar tratar de lograr un compromiso con la Comisión Europea bastante tiempo antes de la terminación de la investigación que, ya en etapa final, tienda a imponer medidas definitivas. Aunque cada vez más procedimientos de AD concluyen con la celebración de tales compromisos, la Comisión es cada vez más renuente a aceptarlos y en todos los casos actúa de forma suspicaz cuando se trata de países exportadores no pertenecientes a una economía de mercado.

Sin embargo, si al momento del vencimiento de este plazo, los productores comunitarios logran demostrar que con la remoción de las medidas compensatorias se puede volver a generar una importación con dumping al territorio de la UE y que, por lo tanto, pueden volver a darse daños a la industria nacional, entonces la Comisión puede reabrir la investigación.

La Comisión puede, también, reabrir la investigación cuando con la imposición de las medidas compensatorias no se logra remover el daño material causado a la industria comunitaria, este caso puede darse por ejemplo cuando el exportador absorbe los costos extras que representan la imposición de las medidas compensatorias.

La nueva investigación abierta al final del periodo de vigencia por la Comisión puede derivar en la imposición de nuevas cuotas compensatorias, en su remoción o su disminución.

Las resoluciones de la Comisión Europea en este tipo de procedimientos pueden ser recurridas ante el Tribunal Europeo de Primera Instancia (órgano jurisdiccional inferior jerárquicamente al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas). Adicionalmente, como comentamos con anterioridad, se puede acudir a los mecanismos de resolución de controversias previstos en este caso en el seno de la OMC y en el Acuerdo AD de la propia OMC.

A continuación trataremos brevemente el tema de las medidas compensatorias en materia de prácticas anti-subsvenciones o subsidios (AS) otorgados por los Estados de origen de los exportadores a éstos mismos con motivo de la introducción de sus productos en la UE.

La primera legislación comunitaria AS fue promulgada en 1968, y ha sido modificada posteriormente en varias ocasiones. El Reglamento de base actual tanto de la Comunidad Europea como de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA), que constituye el fundamento jurídico de las investigaciones AS en la Comunidad, entro en vigor en abril de 1998 y se trata del Reglamento del Consejo 2026/97, de fecha 6 de octubre de 1997 y en materia del Carbón y el Acero la Decisión No. 1889/98/CECA de la Comisión del 3 de septiembre de 1998. En gran parte son idénticos a los Acuerdos AD y AS acordados en las negociaciones del GATT/OMC.

Además, la legislación comunitaria contiene varias disposiciones encaminadas a asegurar una aplicación equilibrada de las normas AD y AS de la Comunidad. Se trata de las disposiciones sobre “la prueba del interés comunitario” y “la regla de derecho inferior”. La prueba del interés comunitario ya la mencionamos al hablar de la prácticas AD, por lo que ahora mencionaremos a la regla de derecho inferior, en el entendido de que ambas son aplicables tanto a AD como a prácticas AS.

La norma del derecho inferior permite que las medidas impuestas por la Comunidad sean inferiores al margen de dumping o subvención, si un tipo del derecho tan bajo es suficiente para proteger adecuadamente a la industria de la Comunidad.

Las subvenciones pueden tener efectos similares a las ventas a precios de dumping. Consisten en una contribución financiera de un Gobierno, que confiere un beneficio a productores o exportadores (por ejemplo los subsidios, exenciones fiscales y exenciones de derechos, los préstamos en condiciones preferentes por debajo de los tipos comerciales). Los ejemplos típicos son los sistemas de fomento a la exportación, que permiten a los exportadores vender en la Comunidad a precios reducidos.

Para que se tomen medidas contra estas prácticas comerciales desleales, no es suficiente que las empresas estén exportando sus productos a la Comunidad a precios objeto de subvenciones. Solamente pueden tomarse medidas si estas exportaciones causan un *perjuicio importante* a los productores comunitarios, que no pueden competir en pie de igualdad con los exportadores.

Los indicadores típicos de perjuicio son el aumento de los volúmenes de importaciones objeto de subvenciones durante un cierto período y la subcotización de los precios de venta de la industria de la Comunidad por los precios de importación. Por consiguiente, esta última se ve forzada a disminuir los volúmenes de producción y los precios de venta, pierde cuotas de mercado, registra pérdidas o se ve obligada a despedir a trabajadores. En el peor de los casos, los exportadores pueden intentar eliminar a productores comunitarios viables utilizando una estrategia depredadora de fijación de precios. En cualquier caso, el análisis de perjuicio requiere que se tengan en cuenta todos los factores pertinentes antes de decidir si la industria de la Comunidad está sufriendo un perjuicio importante.

Al igual que tratándose de AD en materia de subvenciones deberá demostrarse por la Comisión que el perjuicio a la industria comunitaria esta siendo causado por las importaciones objeto de la subvención en sus estados de origen. Esta condición se cumple cuando el deterioro de la situación de la industria de la Comunidad coincide con el aumento de las importaciones objeto de subvenciones. Es importante observar que las importaciones objeto de subvenciones no tienen por qué ser la única causa del perjuicio. Pues como vimos anteriormente pueden haber varias causas que provoquen la caída de productividad de la industria comunitaria en el sector específico y corresponde precisamente a los asesores legales, económicos o comerciales de la empresa acusada de recibir las subvenciones (o de fijar el precio en niveles de dumping) demostrar que el nexo causal no se da en el caso de que se trate.

Los procedimientos aplicables tratándose de prácticas anti-subvenciones son básicamente idénticos a aquellos analizados en referencia a las prácticas AD.

Cabe señalar que la práctica de la UE en esta materia se ha incrementado sustancialmente y que es de esperarse que esta tendencia se continúe presentando. Así por ejemplo mientras que al inicio de 1994 en la UE existían 21 investigaciones concluidas durante ese año con la imposición de medidas compensatorias, en 1998 el número llegaba a 28 y mientras que los derechos provisionales se impusieron en 25 asuntos en 1994, en 1998 sumaban 30. Los números de investigaciones también aumentaron sin embargo la imposición de medidas bien provisionales o definitivas se mantiene en rangos aceptables por varios motivos, entre ellos, la especialización de firmas legales, comerciales, consultoras y de lobbying en el territorio de la UE que establecen estrategias efectivas de defensa (con un costo elevado pero siempre más barato que el que se enfrenta en caso de que las medidas se impusieran) y porque la UE ha sido también demandada varias veces ante diversos paneles de la

OMC por violación a los Acuerdos de la propia Organización en la instauración, substanciación y resolución de diversos asuntos relacionados con estas materias.

De acuerdo con el Reglamento 2026/97 puede aplicarse un derecho compensatorio para compensar cualquier subvención concedida directa o indirectamente para la manufactura, producción, exportación o transporte de cualquier producto cuyo despacho a libre práctica en la UE amenace con ocasionar a la industria comunitaria un perjuicio y siempre que se demuestre un nexo causal entre el perjuicio causado y la subvención concedida.

La subvención ha de ser concedida por las autoridades ya sea del país de origen del producto importado o por las autoridades de un país intermediario desde el que se exporte el producto a la UE.

En el segundo caso cuando la medida de subvención conferida por el país intermediario no cumple con los requisitos para dejar de considerarla como subvención se entiende que la transacción comercial se está realizando entre el país de origen del producto y la UE.

Para efectos del Reglamento se considera que existe subsidio cuando hay una contribución financiera de los poderes públicos del país de origen o de exportación, es decir:

- i) cuando la práctica de los poderes públicos implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo: subvenciones, préstamos y aportaciones de capital), o posibles transferencias directas de fondos u obligaciones (por ejemplo: garantías de préstamos);
- ii) cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos adeudados (por ejemplo: incentivos tales como los créditos por impuesto); a este respecto, no se considera como subvención la exoneración, en favor de un producto exportado, de los derechos o impuestos que graven el producto similar cuando se destine al consumo interno
- iii) cuando la autoridad proporcione bienes o servicios que no sean de infraestructura general;
- iv) cuando la autoridad realice pagos a un sistema de financiación o, encomiende a una entidad privada una o más de las funciones descritas en los incisos i), ii) y iii) que normalmente le incumbirían, y la práctica no difiera realmente de las prácticas normalmente seguidas por los poderes públicos.

La subvención debe ser específica, la determinación de especificidad de la subvención es uno de los puntos clave en la determinación de la procedencia o improcedencia en el establecimiento de medidas compensatorias en contra de algunas exportaciones.

Para determinar si una subvención es específica para una o un grupo de empresas o industrias dentro de la competencia de la autoridad otorgante, el Reglamento aplica los principios siguientes:

- a) cuando el acceso a la subvención se encuentre restringido por virtud de la legislación con base en la cual actúa la autoridad otorgante;

Se considerará que no existe especificidad cuando la autoridad otorgante establezca criterios o condiciones objetivos que rijan el derecho a obtener la subvención y su cuantía, siempre que el derecho a la subvención nazca automáticamente con el cumplimiento de los requisitos de que se trate. Por criterios objetivos se debe entender aquellos que son imparciales, no favorecen a determinadas empresas en detrimento de otras y que sean de carácter económico y de aplicación horizontal, tales como el número de empleados o el tamaño de la empresa.

Cuando la Comisión tiene razones para creer que la subvención puede en realidad ser específica aun cuando

de la aplicación de los principios enunciados en las letras a) y b) resulte una apariencia de no especificidad, puede, en uso de sus facultades considerar otros factores. Estos factores son los siguientes:

- la utilización de un programa de subvenciones por un número limitado de determinadas empresas;
- la utilización predominante por determinadas empresas y,
- la concesión de cantidades desproporcionadamente elevadas de subvenciones a determinadas empresas y la forma en que la autoridad otorgante haya ejercido facultades discrecionales en la decisión de conceder una subvención.

A este respecto la Comisión suele ponderar o valorar, en particular, la información sobre la frecuencia de aprobación o rechazo de las solicitudes de subvención y las razones que existan para ello.

Además la Comisión Europea considera específicas las subvenciones que se limitan a determinadas empresas situadas en una región geográfica concreta perteneciente a la competencia de la autoridad que la otorga.

La imposición de tasas impositivas de cualquier nivel, siempre que las mismas se apliquen de manera general no se debe considerar subvención específica a los efectos del Reglamento.

En cualquier caso se consideran específicos los siguientes subsidios:

- a) los supeditados por ley o de hecho a la cuantía de las exportaciones como condición única o entre otras varias condiciones.

Se considera que los subsidios están supeditados a la cuantía de las exportaciones cuando los hechos demuestren que la concesión de un subsidio, aunque legalmente no se supedita a la cuantía de las exportaciones, sí lo está en realidad a exportaciones o ingresos de exportación reales o previstos. El mero hecho de que se concedan subvenciones a empresas que exporten no puede considerarse en sí mismo como una subvención a la exportación y,

- b) cuando se incluya como condición el que los subsidios que se supediten al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.

Las subvenciones destinadas a regiones desfavorecidas otorgadas con arreglo a un marco general de desarrollo regional y siempre que no sean específicas, no se consideran sujetas a medidas compensatorias, pero deben cumplir ciertas condiciones a tal efecto:

- a) las regiones desfavorecidas deben ser regiones geográficas claramente delimitadas y contiguas, con identidad económica y administrativa definible;
- b) la región se considere desfavorecida sobre la base de criterios imparciales y objetivos, que indiquen que las dificultades de la región tienen su origen en circunstancias que no sean meramente temporales, claramente estipulados en leyes o reglamentos u otros documentos oficiales de modo que se puedan verificar;
- c) los criterios mencionados en la letra b) incluyan una medida del desarrollo económico que se debe basar en uno, por lo menos, de los factores siguientes:
 - la renta per cápita, los ingresos familiares per cápita o el PIB per cápita, no deben superar el 85 % de la media del país de origen o de exportación de que se trate o,
 - la tasa de desempleo, que debe ser al menos el 110 % de la media del territorio del país de origen o de exportación de que se trate;

Para conceptos como la determinación del perjuicio, las reglas de procedimiento y la mecánica de imposición

de medidas definitivas o provisionales los criterios aplicados por la Comisión Europea son similares, *mutantis mutandis* con aquellos ya mencionados para los casos de anti-dumping.

Podemos considerar como potencialmente expuestos a la aplicación de medidas AS a aquellas exportaciones que se puedan beneficiar de algunos programas fomentados por el gobierno como los de maquila o PITEEX, por ejemplo, pero en cualquier caso el análisis para determinar la procedibilidad de la medida compensatoria deberá comprender factores mucho más amplios, pues el mero recurso a pertenecer a un programa de maquila o haberse beneficiado de un programa de la Secretaría de Economía como el PITEEX no es condicionante necesaria para que en todos los casos haya, sin lugar a dudas una medida desleal y, por ende, se corra el riesgo de que se impongan cuotas anti-subsvenciones.

En concreto existen muchos factores a analizar en cada caso concreto para ver si se cumplen los requerimientos de especificidad determinados por la legislación comunitaria y los demás requisitos aplicables, así como el apego a los Acuerdos de la OMC de los que sea parte la UE.

El Reglamento para Obstáculos al Comercio (ROC) (el cual entró en vigor el 1º de enero de 1995), provee los mecanismos para que los comerciantes e industriales europeos tengan defensa legal y posibilidades de actuar en contra de las barreras al comercio impuestas en su perjuicio y que los limitan en su capacidad de acceder a mercados de terceros países.

Al igual que en los casos de AD o AS el ROC refleja en buena medida los derechos y las obligaciones asumidas por las partes en el Acuerdo respectivo suscrito al amparo del GATT 1994. Sin embargo el ROC puede tener un campo de aplicación más amplio que las regulaciones contra el dumping o los subsidios y se suele utilizar como forma de acceso al mercado de países ajenos a la UE que se encuentran parcial o totalmente cerrados por virtud de la norma o conducta combatida.

El Reglamento cubre una gran cantidad de obstáculos al comercio, incluyendo las prácticas prohibidas por virtud de normas de derecho comercial internacional, principalmente reglas concebidas y aplicadas al amparo de la OMC.

Esta norma actúa en contra de conductas que se consideran inequitativas e injustificadas y que impiden el pleno acceso de los productores comunitarios al mercado afectado.

Las normas de obstáculos al comercio aplican tanto a bienes como a comercio transfronterizo, sin incluir los flujos de personas. Los derechos de propiedad intelectual pueden llegar a considerarse comprendidos si la norma viola una regla internacional en la materia y el efecto de esa violación implica un impacto en el comercio entre la UE y el país tercero. Las violaciones a derechos de propiedad intelectual comprendidos en este rubro de los obstáculos al comercio suelen ser normas de etiquetado en el país de origen, falsificación de marcas comerciales, piratería de música o programas de software, etc.

Si los intercambios comerciales de la UE con un tercer país son afectados por obstáculos impuestos por ese país, o si existe una amenaza de daño futuro o inminente, una empresa particular, un grupo de empresas o aún un Estado miembro de la UE puede presentar una queja ante la Comisión Europea buscando que se realice una investigación al respecto. La investigación debe concluir que las exportaciones al mercado de que se trate se están impidiendo o limitando por virtud de una práctica injusta y contraria al derecho comercial internacional, también puede consistir la conducta investigada en que se impida al productor europeo en el mercado afectado tener acceso a refacciones, componentes o materias primas necesarios para la elaboración de sus productos.

No se requiere tan solo que el obstáculo afecte al productor o grupo de productores sino que además se requiere que tal medida tenga un efecto nocivo en el intercambio comercial y en los intereses de la Comunidad Europea en su conjunto, o en una de sus regiones o en un sector específico de su industria. Ambos requisitos son necesarios para iniciar una investigación bajo el ROC.

La investigación deberá evidenciar la existencia de pérdidas financieras, reducción de los márgenes de utilidad, falta de inversión, un aumento en las importaciones o una reducción en las exportaciones.

El propósito de la investigación consiste en que se eliminen o reduzcan las barreras al comercio impuestas en perjuicio de los productores comunitarios. Si la investigación de la Comisión consigue demostrar que existe una barrera al comercio contraria a las reglas de comercio internacional y que se ha inflingido un daño (o que ha habido efectos comerciales adversos) en perjuicio de la UE, el efecto será que la Comisión iniciará discusiones con el gobierno involucrado esperando encontrar una solución mutuamente aceptable. A este respecto pueden existir varias opciones:

- El país que introdujo la barrera puede tomar acciones unilaterales para arreglar la diferencia, de manera tal que la Comisión pueda suspender el procedimiento y supervisar el cumplimiento de las medidas comprometidas por el país de que se trate;
- La mejor forma de arreglar la controversia puede consistir en la celebración de un convenio bilateral entre la UE y el país tercero que prevea la suspensión del procedimiento y la apertura oficial de negociaciones o,
- En los casos en los cuales no parece haber solución amigable posible la UE, por regla general recurre a las vías de resolución de controversias previstas a nivel internacional en los varios Acuerdos del GATT suscritos en el marco de la OMC (especialmente el Acuerdo sobre Obstáculos al Comercio (o TBT Agreement por sus siglas en inglés))

Los plazos aplicables en estos casos son los siguientes:

- Las consultas deben iniciar dentro de los 30 días siguientes a la solicitud formulada y la solicitud para la conformación de un panel puede ocurrir tan solo 60 días después de la solicitud;
- El panel se debe conformar dentro de los 15 días siguientes si las consultas no han llevado a resultados satisfactorios;
- El reporte del panel debe adoptarse en un plazo general de 9 meses.

En los casos en los cuales los paneles de resolución de controversias de la OMC concedieran la razón a la UE si el país tercero se negare a modificar o revocar sus medidas la Comisión está facultada para proponer la aplicación a nivel comunitario de medidas compensatorias en contra de las importaciones provenientes del país de que se trate. Algunas de las posibles medidas son:

- La suspensión o retiro de concesiones comerciales;
- El incremento de aranceles aduaneros para importaciones al interior del mercado comunitario;
- La imposición del mecanismo de cuotas a la importación u otras condiciones que puedan modificar las condiciones prevalecientes de importación o exportación;
- Otras formas de compensar el daño causado con la barrera del país tercero.

Si la adopción de estas medidas parece ser la única solución para retornar la situación a un estado de equivalencia, la Comisión hará una propuesta al Consejo de Ministros de la UE, el cual deberá adoptar una determinación al respecto en un plazo máximo de 30 días

PRACTICA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONOMICA EN LA COMUNIDAD EUROPEA⁴

Por: Lic. Ricardo I. More d.

La Comisión es responsable de la política de competencia comunitaria desde los primeros días de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (en lo sucesivo CECA) en 1952. La Europa de entonces era muy diferente de la actual. Tras las primeras experiencias de la CECA, la Comisión comenzó a poner realmente en práctica una política de competencia con la adopción del Reglamento n° 17, en 1962, en el marco del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Era un reto de envergadura: crear una política inédita a escala de todo un continente, sin referencia directa en la mayoría de los Estados miembros de la época, con el fin de responder a dos exigencias: la integración de los mercados nacionales en un único espacio económico, y el establecimiento de la competencia como fuerza motriz de la economía.

La aprobación del primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 (actualmente artículos 81 y 82), el Reglamento n° 17/62 del Consejo, data de hace casi 40 años. Es un texto que fue concebido para una Comunidad de 170 millones de habitantes y de seis Estados miembros, con cuatro lenguas de trabajo. Hoy se aplica, sin modificaciones sustanciales, a una Comunidad de 380 millones de habitantes y de 15 Estados, cuyos mercados están ya integrados en gran medida. Por otra parte, los últimos años se han caracterizado por la acelerada internacionalización de la economía europea, de forma que la política de competencia se inscribe ahora, en general, en un marco globalizado. Se han practicado adaptaciones del marco legal, pero hoy parecen haber alcanzado sus límites, existe pues una necesidad de adecuar la política europea de competencia económica, principalmente ante la aparición de dos grandes retos y realidades; (1) La Unión Económica y Monetaria (el euro) y, (2) La ampliación de la Comunidad a los países de Europa Central y Oriental y a Chipre.

En el entorno que actualmente vive la UE no tiene cabida mantener un régimen de aplicación del derecho de la competencia como el que propugna el Reglamento 17/62, sino que es menester efectuar profundas reformas al mismo y de hecho variar los esquemas generales sobre los cuales se asienta la aplicación de esta importantísima política en la Unión Europea.

Con este fin analizaremos brevemente algunas de las técnicas de aplicación del derecho de la competencia por parte, principalmente, de la Comisión Europea, para posteriormente centrarnos en el estudio de los conceptos de prácticas concertadas, posición dominante y su abuso, acuerdos horizontales y acuerdos verticales.

Nuestro punto de partida deben ser los artículos 81, 82 y 83 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Estos preceptos señalan el enfoque adoptado por la CE en la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencias, los acuerdos monopólicos y los abusos de posición dominante. De estos acuerdos y en cuanto a reglas de procedimiento, que no de fondo, para la ejecución de las normas de competencia se desprendió el Reglamento 17/62 en el cual se establecen las normas procedimentales básicas a estos efectos.

El Reglamento 17/62 establece un sistema de control previo muy centralizado el cual resulta incompatible con el objetivo de controlar eficazmente la competencia en una UE como la que existe actualmente y que se enfrenta a retos como la nueva realidad geopolítica, la ampliación al Este y la instauración de la moneda única para los países de la zona euro. La Comisión ha elaborado así una propuesta (contenida en la forma de Libro Blanco [en lo sucesivo el Libro Blanco]) alternativa de mecánica de aplicación del derecho de la competencia.

⁴ Para el tema de ayudas públicas por favor remítase a la documentación complementaria a la presente existente en sus materiales.

El informe Spaak⁵, en el capítulo consagrado a la política de competencia, destacaba la necesidad de que el Tratado impidiera que situaciones o prácticas de monopolio frustraran los objetivos fundamentales del mercado común. El concepto de "monopolio" abarcaba, para los autores del informe, tanto la ocupación de una posición dominante por parte de una empresa como la celebración de acuerdos restrictivos de la competencia.

El planteamiento adoptado por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea fue el que prohíbe a las empresas en posición dominante abusar de la misma (artículo 82) y somete los acuerdos restrictivos de la competencia a un principio general de prohibición sancionado por la nulidad *ab initio* (artículo 81).

El artículo 81 reza:

“Artículo 81 (1).- Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o de impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular los que consistan en:

- a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;*
- b) Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;*
- c) Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;*
- d) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- e) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.*

(2) Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

(3) No obstante las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- Cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;*
- Cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;*
- Cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante y sin que:*

- a) Impongan a las empresas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;*
- b) Ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.”*

Como se ve la redacción taxativa del artículo 81 del Tratado establece un principio rígido de excepción legal, como veremos un poco más adelante.

En efecto, todos los acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más empresas que alcancen los fines previstos en el encabezado del artículo 81 se declaran nulos de pleno derecho y por lo tanto no son susceptibles de producir ningún efecto. El artículo 81 tiene una mecánica complicada de ejecución que podríamos resumir en las siguientes reglas:

- En principio todos los acuerdos que afecten el comercio entre los EEMM y que restrinjan, falseen o tengan por objeto impedir el juego de la competencia son nulos pero se puede obtener una declaración de la Comisión de que determinado acto no lo es si queda encuadrado en alguna o algunas de las excepciones del apartado 3 del artículo 81. Para prevalecer de este beneficio es necesario efectuar una notificación a la Comisión y cumplir con las reglas de procedimiento establecidas, principalmente, en el reglamento 17/62 y,

⁵ Informe de los Jefes de Delegación del Comité Gubernamental instituido por la Conferencia de Mesina y dirigido a los Ministros de Asuntos Exteriores, de fecha 24 de abril de 1956.

➤ Hay prácticas que por si mismas son nulas y a las cuales no les cabe el beneficio de la exención o autorización de la Comisión. Estas prácticas de probarse se presume iuris et de iure que constituyen restricciones inaceptables a la competencia y por lo tanto en ningún caso se permiten. Son aquellas establecidas en los diferentes subincisos del inciso 1 del artículo 81.

En un principio deberemos detallar un poco más la mecánica de aplicación de las normas de competencia para entender los problemas que enfrenta la Comisión.

A efecto de implementar la prohibición general establecida en el Tratado se podían concebir dos sistemas, o bien un régimen de autorización, o bien un régimen de excepción legal.

En un régimen de autorización, la prohibición establecida por la ley no puede ser levantada sino por intervención de una autoridad pública habilitada a tal efecto, autoridad que dicta, mediante decisión constitutiva de derechos, el levantamiento de la prohibición. La lógica del régimen de autorización es que los acuerdos son nulos mientras no estén autorizados por la autoridad competente.

En un régimen de excepción legal, la prohibición de los acuerdos restrictivos no se aplica a aquellos que reúnen determinadas condiciones establecidas por la ley. El conjunto de estas condiciones se interpreta como una excepción del principio de prohibición. Los acuerdos restrictivos que reúnen las condiciones legales son, por tanto, válidos desde el momento de su celebración.

La elección final del régimen de control de los acuerdos quedó, pues, para el legislador comunitario. En efecto, el artículo 83 confió al Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, la tarea de determinar las disposiciones de aplicación del artículo 81 (3) teniendo en cuenta la necesidad de asegurar una vigilancia eficaz y de simplificar en lo posible el control administrativo. El Consejo puede organizar este control en forma de autorización previa o decidir que el artículo 81 (3) sea directamente aplicable sin necesidad de un acto administrativo previo.

El inciso 1 del artículo 83 confirió asimismo al Consejo la facultad de adoptar todos los Reglamentos y Directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 81 y 82.

A este fin el Reglamento 17/62 instituyó un mecanismo de autorización cuya aplicación requiere normalmente la solicitud previa a la Comisión, en forma de notificación con el fin de garantizar la información de la Comisión y la seguridad jurídica de las empresas. Según el Reglamento, la notificación previa de los acuerdos no es obligatoria, pero las empresas que desean acogerse a las disposiciones del artículo 81 (3), esto es, obtener el beneficio de que sus acuerdos no sean declarados nulos de pleno derecho, deben notificar obligatoriamente sus acuerdos a la Comisión. De acuerdo con el Reglamento 17/62 las decisiones de exención tienen un carácter constitutivo de derechos y pueden ser retroactivas hasta la fecha de la notificación, pero no más allá.

Adicionalmente, el desarrollo coherente de la interpretación del artículo 81 (3) exigía inicialmente una cierta centralización del control, que se concretó al conferir a la Comisión competencia exclusiva para declarar inaplicables (exentar) a un acuerdo las disposiciones del artículo 81 (1).

Otro problema que existía en la UE al iniciar el desarrollo de su política de competencia era que la seguridad jurídica de las empresas se veía debilitada por la nulidad absoluta con la que el artículo 81 (2) del Tratado sanciona los acuerdos restrictivos de competencia y por la redacción muy genérica del artículo 81, cuyo alcance aún no estaba precisado por la jurisprudencia comunitaria, los reglamentos de exenciones y la práctica de la Comisión por medio de decisiones.

Por otra parte, en esa época, las legislaciones nacionales, inexistentes o heterogéneas, difícilmente podían guiar a las empresas o a los órganos jurisdiccionales en su interpretación del Derecho comunitario. En efecto, ni Italia ni Luxemburgo disponían de una legislación en materia de competencia, mientras que Bélgica y los

Países Bajos habían optado por un sistema de control de abusos que sólo permitía sancionar los acuerdos ilícitos a partir de la fecha del reconocimiento de la infracción por la autoridad de competencia. Sólo las legislaciones alemana y francesa se basaban, como el Derecho comunitario, en un principio de prohibición, pero la legislación alemana establecía un régimen de autorización para los acuerdos entre competidores, mientras que la francesa creaba un régimen de excepción legal.

Los acuerdos firmados con terceros países, aún cuando sean simplemente de libre comercio, extendieron también la competencia territorial de la Comisión en materia de competencia. Por ejemplo, el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo contiene normas calcadadas de los artículos 81 y 82 y da competencia a la Comisión para gran parte de los asuntos en los que se ve afectado el comercio dentro del territorio cubierto por el acuerdo.

En el caso de México ya vimos que en el AAE MEX-UE existe un capítulo dedicado a competencia que establece, genéricamente, la obligación de cooperar en asuntos de competencia por parte de las autoridades públicas encargadas de su aplicación. Esto deja plenamente subsistente la aplicación del derecho de la competencia europeo a aquellos acuerdos o prácticas concertadas o restrictivas de la competencia que puedan llegar a efectuar empresas mexicanas actuando en asociación con otras empresas en el territorio de la UE, de ahí la importancia de este tema.

El mecanismo de control *a priori* inherente al régimen de autorización establecido por el Reglamento 17/62 condujo a las empresas a notificar sistemáticamente sus acuerdos a la Comisión, y ésta, con sus limitados recursos administrativos, se halló muy pronto ante la imposibilidad material de tratar mediante decisiones formales los miles de asuntos que se le presentaban. Este régimen de control, unido a la limitación de los recursos administrativos y a la complejidad de los procedimientos de decisión, hizo que, ya en 1967, la Comisión se encontrara con una masa de 37,450 asuntos acumulados desde la entrada en vigor del Reglamento cuatro años antes. Por tanto se hacía indispensable introducir algunas adaptaciones del régimen de control vigente con el fin de limitar las notificaciones individuales, acelerar el trámite de las solicitudes de autorización y, en algunos casos, invitar a los denunciantes a acudir a los órganos jurisdiccionales o a las autoridades nacionales.

En su primera Decisión formal en virtud del artículo 81, la Comisión introdujo el concepto de "perjuicio sensible a la competencia", que permitió descartar del ámbito de aplicación del artículo 81 los asuntos de menor importancia. El Tribunal de Justicia hizo suyo este concepto en el asunto Völk/Vervaeke. Basándose en esta sentencia, la Comisión detalló este concepto en una Comunicación sobre los acuerdos de menor importancia publicada en 1970, en cuyo segundo párrafo se señala que *"la Comisión considera que la prohibición de los acuerdos no contempla los acuerdos que sólo afectan de forma insignificante al comercio entre Estados miembros y a la competencia. Sólo están prohibidos los acuerdos que tienen efectos sensibles sobre las condiciones del mercado (...)"*. Esta Comunicación permitió reducir las notificaciones de acuerdos no nocivos para la competencia.

Por otro lado, y con el fin de limitar las solicitudes individuales de exención, la Comisión adoptó una serie de reglamentos de exención por categoría. En efecto, según el artículo 85 (3), las disposiciones del artículo 85 (1) pueden declararse inaplicables a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas.

La "declaración de inaplicabilidad" emana entonces de las disposiciones reglamentarias que definen los rasgos que deben presentar los acuerdos para que se los considere, sin examen previo, conformes con las condiciones de exención del apartado 3. A tal efecto, el artículo 87 del Tratado dispone que el Consejo adoptará todos los Reglamentos o directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 85 y 86.

Sobre esta base, el Consejo ha adoptado hasta ahora tres reglamentos de habilitación (el Reglamento n°19/65, el Reglamento n° 2821/71 y el Reglamento n° 1534/91) que autorizan a la Comisión a declarar que la prohibición del artículo 85 (1) no se aplica a determinadas categorías de acuerdos.

Actualmente se hallan en vigor 5 reglamentos de exención por categoría de acuerdos verticales y de transferencia de tecnología adoptados por la Comisión sobre la base del Reglamento n°19/65:

- el Reglamento (CEE) n°1983/83, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del artículo 85 (3) a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva;
- el Reglamento (CEE) n°1984/83, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del artículo 85 (3) a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva;
- el Reglamento (CEE) n°1475/95, de 28 de junio de 1995, relativo a la aplicación del artículo 85 (3) a determinadas categorías de acuerdos de distribución y de servicio de venta y de posventa de vehículos automóviles;
- el Reglamento (CEE) n°4087/88, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del artículo 85 (3) a determinadas categorías de acuerdos de franquicia;
- el Reglamento (CEE) n°240/96 de 31 de enero de 1996 relativo a la aplicación del artículo 85§ (3) a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología.

A su vez, la habilitación conferida por el Consejo en virtud del Reglamento n°2821/71, permitió a la Comisión adoptar dos reglamentos de exención relativos a determinadas categorías de acuerdos horizontales:

- el Reglamento (CEE) n°417/85, de 19 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del artículo 85 (3) a categorías de acuerdos de especialización;
- el Reglamento (CEE) n°418/85, de 19 de diciembre de 1984, relativo a la aplicación del artículo 85 (3) a categorías de acuerdos de investigación y desarrollo.

Por último, el Reglamento (CEE) n°1534/91 habilitó a la Comisión a adoptar un Reglamento de exención por categoría específica en el sector de los seguros: el Reglamento (CEE) n°3932/92, de 21 de diciembre de 1992, relativo a la aplicación del artículo 85 (3) a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros. Estos reglamentos de exención permitieron reducir considerablemente el número de solicitudes individuales de exención.

Como se señaló más arriba, la aprobación de decisiones formales por la Comisión obliga a respetar un procedimiento especialmente engorroso, que muy pronto se mostró difícilmente practicable para la totalidad de los asuntos sometidos al examen de la Comisión.

Así, para acelerar la tramitación de las solicitudes de autorización, la Comisión recurrió a partir de la primera mitad de los años 70 a la técnica de las cartas administrativas. Estas cartas permiten informar a la empresa de que, en función de los elementos en conocimiento de la Comisión, el acuerdo notificado, o no cumple las condiciones de aplicación del artículo 85 (1) (carta del tipo declaración negativa) o reúne las condiciones necesarias para gozar de una exención (carta del tipo exención). El uso de estas cartas proliferó muy rápidamente y su número es entre 150 y 200 al año. En la actualidad se cierran informalmente más del 90% de los asuntos de notificación (carta administrativa o simple archivo del asunto).

Esta técnica de las cartas administrativas, útil y generalmente bien aceptada, presenta dos inconvenientes principales.

Por una parte, las cartas no responden a las exigencias de publicidad y transparencia a que deben estar sujetos, por principio, los actos administrativos. Su envío, en efecto, raramente va precedido de una publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas que permita a los terceros hacer valer sus observaciones de conformidad con el artículo 19 (3) del Reglamento 17/62.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) precisó su alcance jurídico en la sentencia de 10 de julio de 1980⁶: según la decisión del tribunal estas cartas no constituyen ni decisiones de declaración negativa ni decisiones de aplicación del artículo 85 (3) del Tratado de Roma y, por lo tanto, no vinculan a los órganos jurisdiccionales nacionales ante los cuales se plantee la incompatibilidad de los acuerdos en cuestión con el artículo 85. Sin embargo las cartas administrativas de la Comisión constituyen un elemento de hecho que los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales suelen tener generalmente en cuenta.

La Comisión también ha buscado descentralizar la aplicación y ejecución de las normas del derecho de la competencia apoyándose a tal efecto tanto en los jueces nacionales de los EEMM como en las autoridades públicas encargadas de velar por el cumplimiento de las normas de competencia, tanto a nivel local como comunitario propiamente dicho.

El artículo 9 (1) del Reglamento 17/62 sólo da competencia exclusiva a la Comisión para declarar inaplicables las disposiciones del artículo 85 (1) en virtud del apartado 3 del mismo artículo. Los órganos jurisdiccionales nacionales y las autoridades competentes de los EEMM pueden aplicar los artículos 85 (1) y 86 del Tratado y, en particular, resolver sobre las solicitudes que los particulares les presenten y que se basen en el Derecho comunitario.

La Comisión ha reiterado a menudo su deseo de que se refuerce la aplicación descentralizada, tanto por parte de las autoridades como por parte de los órganos jurisdiccionales. El TJCE sentenció ya en 1974, en el asunto BRT⁷, que dado que las prohibiciones de los artículos 85 (1) y 86 se prestan por su propia naturaleza a producir efectos directos en las relaciones entre particulares, estos artículos generan derechos a favor de los mismos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar. Por otra parte, en la sentencia Delimitis⁸, el Tribunal confirmó que el juez nacional tiene la posibilidad de aplicar directamente el artículo 85 (1) efectuando un pronóstico negativo sobre la aplicabilidad del artículo 85 (3) a un asunto determinado.

Además, el Tribunal reconoció al juez nacional la facultad de *"adoptar medidas cautelares según las modalidades de su derecho procesal nacional"* y de proceder, en este marco, a un pronóstico positivo en cuanto a la aplicación del artículo 85 (3). Por último, indicó que, para limitar el riesgo de que los órganos jurisdiccionales dicten resoluciones contradictorias con las adoptadas o previstas por la Comisión, los jueces nacionales pueden dirigirse a la Comisión para recabar las informaciones que les sean necesarias y que ésta pueda proporcionarles.

Finalmente hablaremos de las sanciones que establece el Reglamento 17/62 para el caso de violaciones a sus disposiciones y que señala el artículo 15. Las sanciones consisten en multas como sigue:

❑ De 100 a 5000 unidades de cuenta a cada empresa o asociación de empresas que (a) proporcionen dolosa o culposamente información incorrecta o engañosa a la Comisión o, (b) si no proporcionan la información dentro de los límites de tiempo señalados al efecto por la propia Comisión, cuando la información sea requerida a través de una Decisión o, (c) presenten libros o documentación incompleta o se rehusen a someterse a una investigación de la Comisión y,

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 10 de julio de 1980 en el asunto 99/79, SA Lancôme y Cosparfrance Nederland BV vs. Etos BV y Albert Heyn Supermarkt BV.

⁷ Sentencia de 30 de enero de 1974, dictada en el asunto 127/73, "BRT I"

⁸ Sentencia del Tribunal del 28 de febrero de 1991, dictada en el asunto G-234/89, Stergios Delimitis contra Henninger Bräu AG.

❑ Por decisión la Comisión puede imponer una sanción a una empresa o asociación de empresas de 1000 a 1000000 de unidades de cuenta o una suma superior que no rebase el 10% de los ingresos totales de la empresa de que se trate conseguidos durante el ejercicio anterior cuando las mismas (a) infrinjan el artículo 81 u 82 del Tratado o cuando incumplan con alguna de las condiciones que se establezcan en las Decisiones que al efecto adopte la Comisión.

Vemos pues que las sanciones tienen el suficiente peso como para desincentivar la violación a las normas de competencia y que de hecho estas normas convienen ser conocidas por todos aquellos agentes que actúen en el mercado europeo y que puedan estar expuestos a que se les impongan las mismas, como las propias empresas mexicanas en varias hipótesis.

Sin embargo cabe señalar que de los 15 EEMM, las autoridades nacionales en materia de competencia puede aplicar directamente los artículos 81 y 82 del Tratado en tan solo ocho países (Bélgica, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Países Bajos, Portugal y España), mientras que los siete restantes (Reino Unido, Austria, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Luxemburgo y Suecia) no tienen posibilidad de aplicar directamente los artículos 81 y 82.

Vistos los problemas de aplicación del artículo 81 veremos a continuación cuales son los principales instrumentos de análisis del derecho de la competencia en la UE.

Los instrumentos de análisis básicos en la aplicación del derecho de la UE que veremos a continuación es la determinación de los conceptos de mercado relevante y sus dos perspectivas, mercado de producto y mercado geográfico.

Definir adecuadamente al mercado relevante permite identificar a los competidores reales de las empresas afectadas y, asimismo ayuda a determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde la óptica de la competencia. Por otra parte y no menos importante permite calcular las cuotas de mercado que facilitarán, a su vez, precisar con mayor exactitud el poder de mercado de determinados competidores.

Como dijimos anteriormente el mercado relevante se determina desde una doble perspectiva: mercado de producto y mercado geográfico.

Ambos conceptos se encuentran formulados en el Reglamento 4064/89 el cual recoge, a su vez, la jurisprudencia del TJCE sobre la materia.

Mercado de producto

Comprende la totalidad de los *productos y servicios* que los consumidores consideren *intercambiables o sustituibles* en razón de sus características, precio y uso que se prevea de los mismos, en la Decisión BBI/Boosey (29 de julio de 1987) la Comisión incluyó las preferencias de los consumidores como otro concepto a considerar en la determinación del mercado de producto.

En la UE se establece pues el criterio de intercambiabilidad: Este criterio sirve para determinar la sustituibilidad del producto en razón de tres elementos: características del producto, precio y uso al que se le destina.

El criterio de varios autores alemanes consiste en una actitud estricta con respecto a la elasticidad cruzada de la demanda, consideran que deben entrar en el mercado relevante únicamente aquellos bienes que tienen un grado de intercambiabilidad tan elevado que pueden considerarse como variantes del mismo bien. La práctica americana tiene un enfoque más preciso y flexible por la cual un producto pertenece al mismo mercado cuando

un incremento en su precio, pequeño pero significativo y permanente ocasiona al cabo de un año una caída en las ventas suficientemente importante para que el incremento de precio resulte irrelevante.

La Comisión en un principio adoptó una actitud definitoria tremendamente rígida, que ya quedó matizada, pero en la primera etapa llegaron a considerar mercado el de “instrumentos musicales de bronce utilizados por bandas de música de instrumentos de bronce de estilo británico.”

El procedimiento para determinar el mercado de producto suele ser que la Comisión analiza mercados relevantes alternativos y si estos no plantean problemas de competencia la definición del mercado queda en suspenso pues no se considerara necesario llegar a una definición del mismo.

Mercado geográfico

Comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las *condiciones de competencia son suficientemente homogéneas* y que puede *distinguirse de otras zonas geográficas próximas* debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son *sensiblemente distintas* a aquellas. Un ejemplo obvio es el de los libros, ya que el mercado relevante desde la perspectiva geográfica de los libros escritos en español lo será por esencia los países de habla hispana.

La diferenciación entre zonas geográficas se puede dar por precios, preferencias de los consumidores o por atributos del producto.

La palabra homogénea utilizada por la Corte para definir este tipo de mercado implica que no existan impedimentos en una zona determinada para que productores de otros puntos pongan sus bienes o servicios en cualquier parte de esa zona. Por el contrario si las condiciones en determinada zona son más favorables para los empresarios establecidos en esa zona que para los provenientes de otra el mercado geográfico será diverso.

Para determinar el mercado geográfico se deben considerar diversos factores:

- (1) Naturaleza de los productos; existen productos que por ser perecederos o de bajo valor reciben una influencia muy considerable de los costes de transporte (Sentencia Suiker Unie, 16 de diciembre de 1975);
- (2) Barreras Arancelarias y no arancelarias que puedan existir
- (3) Hábitos de los consumidores
- (4) Factores unificadores del mercado;
- (5) Conductas restrictivas de la competencia

¿Puede el mercado geográfico extenderse más allá de los límites de la Comunidad Europea? Según varios autores no existen limitantes para considerar que el concepto geográfico puede extenderse más allá de la CE sobre todo cuando no existan limitantes para el comercio con un tercer país en particular (por ejemplo por Acuerdos ACP o por el sistema de preferencias generalizadas). Sin embargo al tratarse de un tercer estado las instituciones comunitarias se toparán con serias restricciones para hacer efectivo el cumplimiento y vigilancia de la normativa comunitaria de competencia.

El procedimiento para determinar el mercado geográfico consiste en dos etapas; en la primera se analizan las características básicas de la demanda, hábitos de compra, diferencia de los productos con objeto de establecer si existe realmente una fuente adicional de suministro para los consumidores entre los proveedores de otros mercados. En la segunda etapa se atiende a analizar factores de la oferta para ver que las empresas no tengan obstáculos para llevar a cabo sus actividades en otra zona del mercado geográfico, por ejemplo se atiende a condiciones de acceso a los canales de distribución, costes relativos al establecimiento de una red de distribución o existencia o ausencia de obstáculos reglamentarios.

Un concepto que conviene señalar es el de “mercado cerrado o enclaustrado” (cluster market) que se da cuando varios productos o servicios se ofrecen por todos los participantes en el mercado como un conjunto aún cuando no sean intercambiables.

Asimismo para llegar a la definición de mercado la práctica europea utiliza una serie de principios fundamentales:

Presiones desde el punto de vista de la competencia

Tres tipos de presiones son las características: *sustituibilidad de la demanda*, *sustituibilidad de la oferta* y *competencia potencial*. El primer criterio es el más importante pues la competencia resulta más efectiva cuando un consumidor puede adquirir fácilmente productos sustitutivos o recurrir a suministradores que están en otro lugar.

□ **Sustituibilidad de la demanda:** La sustituibilidad de la demanda se realiza desde la perspectiva del consumidor a diferencia de la sustituibilidad de la oferta que se realiza desde la óptica del empresario. El análisis de la sustituibilidad de la demanda se puede realizar económicamente a partir de la elasticidad cruzada de la demanda, esto es, si al subir de forma pequeña y no transitoria los precios relativos la atención del consumidor se tornará hacia algún producto sustitutivo que se encuentre localizado en el mismo mercado. En este sentido la Comisión fija el porcentaje de incremento de los precios en un rango del 5 al 10%. Cuando el incremento de precios no es rentable ante la elasticidad de la demanda (esto es cuando las ventas decaen considerablemente) se deberán incluir en el mercado relevante los productos sustitutivos hacia los cuales se ha desviado la propia demanda. La industria refresquera es un ejemplo en esta materia.

□ **Sustituibilidad de la oferta:** Se realiza desde la óptica del empresario. Esta se caracteriza por la entrada en el mercado relevante de otros proveedores de los bienes o servicios fabricando los mismos a corto plazo, sin incurrir en riesgos o costes adicionales significativos en respuesta a pequeñas variaciones constantes de los precios relativos. Se requiere pues: *entrada razonablemente rápida en el mercado y un aumento de costes que no resulte significativo*. La industria del papel es el ejemplo clásico en esta materia. La sustituibilidad de la oferta no se toma en cuenta cuando se debe incurrir en costes importantes, se deben realizar decisiones estratégicas o modificar los plazos de distribución.

□ **Competencia Potencial:** La competencia potencial no se tiene en consideración para la definición del mercado por que para que represente una presión efectiva se depende de factores específicos relacionados con las condiciones de acceso. De ser necesario este análisis se realiza en una etapa posterior cuando se ha determinado la posición (cuota) de las empresas que participan en el mercado y cuando dicha cuota presenta posibles problemas de competencia.

La posibilidad de que nuevas empresas entren en el mercado debe ser *probable*, *efectiva* y en un *margen razonable de tiempo*. Si esto se da hay competencia potencial si no no.

Probable: Que haya operadores que ofrecen el producto y con indicios de interés de entrar en el mercado

Efectiva: Una entrada significativa no mínima

Periodo Breve de tiempo: Se suele cifrar en 2 o 3 años.

Otro concepto básico en cuanto a instrumentos de análisis lo constituye el concepto de “estructura de mercado”.

La estructura del mercado se define como el conjunto de las *características constantes y estables* de un mercado que afectan a todos los participantes en dicho mercado

El análisis de la estructura de mercado pasa por tres componentes esenciales: número de operadores, contestabilidad y elasticidad de la demanda. El número de operadores determinará el índice de concentración, la contestabilidad vendrá dada por la posibilidad de que existan barreras de entrada o salida del mercado (por ejemplo de barreras de entrada; leyes, diferencias de costo o costo de transporte y de barreras de salida; irrecuperabilidad de costos y dificultad de reconvertir el negocio) y la posible potencialidad de competidores y, finalmente se tomará en cuenta la elasticidad de la demanda.

El punto en el cual nos centraremos para concluir el análisis de los instrumentos del derecho europeo de la competencia es el índice de concentración.

El índice de concentración se conceptúa como el número de empresas oferentes y su posición en el mercado, el índice de concentración será mayor cuanto menor sea el número de empresas presentes y cuanto más desiguales sean sus cuotas de mercado.

Para determinar el índice de concentración existen dos métodos:

--CR (Concentration Rate): No se sabe quienes son las empresas, no se sabe si una empresa es grande y otra pequeña, no se valora el tamaño de las empresas.

Ejemplo: Se suman las cuotas de mercado de cada empresa; 2 empresas, 1 con 60% y otra con 40%= $CR1 = 60$ (se toma el valor de la primera empresa) $CR2 = 60 + 40 = 100$, altísimo grado de concentración, supervisión y control indispensable.

4 empresas, $50 + 35 + 10 + 5 = CR = 50$, $CR2 = 85$, $CR3 = 95$ y $CR4 = 100$

--Herfindahl y Hirschmann (HHI): Aquí si se pondera el tamaño de la empresa, se calcula sumando las cuotas de mercado previamente elevadas al cuadrado.

En el último ejemplo anterior con cuatro empresas el HHI sería igual a:
 $(50 \times 50) 2500 + (35 \times 35) 1225 + (10 \times 10) 100 + (5 \times 5) 25 = 3.850$

El mercado no es concentrado si el HHI es inferior a 1.000

Moderadamente concentrado: HHI entre 1000 y 1800

Altamente concentrado: HHI superior a 1.800

Para evaluar una operación de concentración la Comisión Europea utiliza el HHI en los términos indicados y la diferencia puntual entre el HHI anterior y posterior a la operación de concentración, así un incremento de concentración de menos de 50 puntos no requiere de control, de 50 a 100 puntos requerirá control solamente en un mercado altamente concentrado y de más de 100 puede requerir control en un mercado moderadamente concentrado y obligatoriamente en un mercado altamente concentrado.

A continuación hablaremos brevemente de los acuerdos horizontales, de los acuerdos verticales y de cómo interpreta la Comisión las normas aplicables a los mismos, tomando como ejemplo los criterios de la Comisión en materia de acuerdos de Investigación y Desarrollo, pero que también son aplicables, en un análisis caso por caso a otro tipo de acuerdos horizontales como los acuerdos de producción (producción conjunta, especialización o subcontratación), los acuerdos de compra, los acuerdos de comercialización, acuerdos de estandarización o acuerdos sobre el medio ambiente.

Una cooperación tiene «carácter horizontal» si es objeto de un acuerdo o práctica concertada entre empresas situadas en el mismo nivel o niveles del mercado.

Se trata, por lo general, de una cooperación entre competidores. Abarca, por ejemplo, ámbitos como la investigación y el desarrollo, la producción, las compras o la comercialización.

Los acuerdos de cooperación horizontal pueden causar problemas de competencia. Así ocurre, por ejemplo, cuando las partes acuerdan fijar los precios o la producción, repartirse los mercados, o cuando la cooperación permite a las partes mantener, mejorar o aumentar su poder de mercado y ello causa efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la diversidad y calidad de los productos.

En opinión de la Comisión en algunos casos, la naturaleza de una cooperación hace que el apartado 1 del artículo 81 sea aplicable inmediatamente. Así lo considera para los acuerdos cuyo objeto es limitar la competencia fijando precios, limitando la producción o repartándose los mercados o la clientela. Se presume que estas restricciones producen efectos negativos en los mercados.

Sin embargo, muchos acuerdos de cooperación no tienen como objeto la restricción de la competencia. Por tanto, en cada caso será necesario analizar los efectos del acuerdo. Para ello, no basta con que el acuerdo limite la competencia entre las partes. Es necesario también que pueda afectar a la competencia en el mercado en una medida tal que se pueda esperar que produzca efectos de mercado negativos sobre los precios, la producción, la innovación, o la diversidad y calidad de los productos o servicios.

Por su propia naturaleza, algunas categorías de acuerdos no entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. Se trata normalmente de casos de cooperación que no implican coordinación alguna del comportamiento competitivo de las partes en el mercado, como por ejemplo:

- La cooperación entre empresas no competidoras,
- La cooperación entre empresas competidoras incapaces de llevar a cabo por separado el proyecto o la actividad contemplada en el acuerdo de cooperación
- la cooperación referente a una actividad que no influye en los parámetros relevantes de competencia.

Existe otra categoría de acuerdos que la Comisión casi siempre puede considerar incluidos en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. Se trata de los acuerdos de cooperación cuyo objeto consiste en limitar la competencia fijando los precios, limitando la producción o repartándose los mercados o la clientela. Estas restricciones son consideradas por la Comisión como las más dañinas, porque interfieren directamente con el resultado del juego de la competencia. La fijación de precios y la limitación de la producción reducen las posibilidades de elección de los consumidores y, por tanto, también provocan precios más altos o una producción inferior. En consecuencia, se presume que estos acuerdos producen efectos negativos en el mercado y, por ello, están casi siempre prohibidos.

El punto de partida del análisis es la situación de las partes en los mercados afectados por la cooperación. Así se logra determinar si las partes pueden, gracias a esta cooperación, adquirir, mejorar o aumentar su poder de mercado, es decir, si pueden producir efectos de mercado negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de productos y servicios. Para llevar a cabo este análisis, es necesario definir los mercados de referencia utilizando el método descrito anteriormente.

Si las partes tienen una escasa cuota de mercado conjunta, es poco probable que la cooperación produzca efectos restrictivos, y normalmente no será necesario análisis adicional alguno.

Si sólo una o dos partes no tienen más que una cuota de mercado insignificante y si no poseen recursos importantes, normalmente ni siquiera una cuota de mercado conjunta alta podrá considerarse como indicio de un efecto restrictivo de la competencia en el mercado.

Dada la diversidad de formas de cooperación y de los efectos que pueden producir en los mercados en función de las condiciones existentes, es imposible, más que caso por caso, definir un umbral de cuota de mercado general a partir del cual se pueda suponer que existe un poder de mercado suficiente como para causar efectos restrictivos.

En general la Comisión atiende a la elaboración caso por caso de los instrumentos señalados anteriormente para determinar si un acuerdo horizontal puede resultar dañino de la competencia.

La mayoría de los acuerdos de Investigación y Desarrollo no se consideran incluidos en el ámbito de aplicación del apartado 1 de del artículo 81 del Tratado, sobre todo cuando, en primer lugar, de los acuerdos de cooperación en esta materia se encuentran en una fase principalmente teórica, muy distante de la explotación de sus posibles resultados.

Además, la cooperación en este rubro entre empresas no competidoras generalmente no restringe la competencia. Lo anterior se aplica, por ejemplo, a las empresas que ponen en conjunto conocimientos, tecnologías y otros recursos que resultan complementarios.

Si el verdadero objeto de un acuerdo no es la Investigación y el Desarrollo sino la creación de un cártel encubierto, por ejemplo, de fijación de precios, limitación de la producción o reparto de los mercados entonces el mismo se cae en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81. Sin embargo, un acuerdo de esta materia que contemple la explotación en común de los posibles resultados futuros no será necesariamente restrictivo de la competencia.

La Comisión no concederá una exención si las partes tienen la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos (o tecnologías) en cuestión, por ejemplo, si una empresa es o se hace dominante en un mercado existente o en la innovación como consecuencia de un acuerdo Investigación y Desarrollo, tal sería, ejemplificativamente, el caso de la innovación, si el acuerdo combina los dos únicos polos de investigación existentes.

Los acuerdos verticales pueden ser objeto también de Reglamentos de Exención por Categorías, conforme a los cuales, las normas antimonopolios de la UE contenidas en el Tratado no les resultarán de aplicación en caso de que el contenido y la naturaleza del acuerdo encuadren perfectamente bien en aquellos casos que el Reglamento de Exención, precisamente, exente de la obligación de notificar el acto.

El Reglamento define a los acuerdos verticales como los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios.

El Reglamento de Exención por Categorías establece una presunción de legalidad respecto de los acuerdos verticales en función de la cuota de mercado del proveedor o el comprador. En aplicación del artículo 3 del Reglamento de Exención por Categorías la cuota de mercado del proveedor en el mercado en que vende el bien o servicio objeto del contrato será la que determinará la aplicabilidad de la exención por categoría. Esta cuota de mercado no podrá ser superior al umbral del 30 % para que sea de aplicación la exención.

El apartado 4 del artículo 2 del Reglamento de Exención por Categorías excluye explícitamente de su ámbito de aplicación a los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras. Son empresas competidoras los proveedores reales o potenciales existentes en el mismo mercado de producto, con independencia o no de que compitan en el mismo mercado geográfico. Un proveedor potencial es aquel que puede no producir un producto pero que se encuentra en capacidad de hacerlo y probablemente lo haría de no existir el acuerdo, en respuesta a un incremento pequeño pero constante y perceptible de los precios del bien.

Existen tres casos en los cuales la regla general de inaplicabilidad del Reglamento de Exención por Categorías queda derogada tratándose de acuerdos entre competidores. Estos casos se refieren a acuerdos no recíprocos⁹. En el caso de acuerdos no recíprocos el Reglamento es aplicable (y por lo tanto el 81 del Tratado no) cuando:

- El comprador posee un volumen de negocios que no rebasa los 100 millones de euros;
- El proveedor es fabricante y distribuidor de bienes mientras que el comprador es solo fabricante y no distribuidor de bienes competidores y,
- El proveedor es un prestador de servicios que opera a distintos niveles comerciales.

El Reglamento prevé casos de restricciones graves derivadas de acuerdos verticales que en ningún caso permiten que el acuerdo quede amparado por las normas de la Exención. Estas restricciones graves a la competencia son las siguientes:

- ❖ Los acuerdos o prácticas que tienen por objeto directo o indirecto el mantenimiento de precios mínimos de reventa por el distribuidor;
- ❖ Restricciones aplicables al comprador en relación con el número de unidades que del producto puede adquirir para destinarlas al mercado geográfico de que se trate;
- ❖ Restricciones de ventas activas o pasivas a los usuarios finales por parte de los miembros de una red de distribución selectiva;
- ❖ Restricciones entre distribuidores de una misma zona para suministrarse diversos bienes o servicios relacionados con el producto y,
- ❖ Acuerdos que impiden a los usuarios finales el acceso a los reparadores independientes y a las piezas de recambio para ser utilizadas en el producto de que se trate.

Otras exclusiones de la aplicabilidad del Reglamento de Exención serán, por ejemplo, en materia de cláusulas de no competencia. El Reglamento de Exención no las cubre si su duración es indeterminada o por un periodo superior a los cinco años. Tampoco se cubren las cláusulas de no competencia que puedan renovarse tácitamente tras un periodo de cinco años. Sin embargo si son válidas si tienen una duración igual o inferior a los cinco años o si la renovación tras los primeros cinco años exige que ambas partes den su consentimiento explícito a que se mantenga el “non-compete” y siempre que quien se vea afectado por la cláusula pueda darla efectivamente por terminada conforme a sus intereses en cualquier momento tras los primeros cinco años. También el pacto conforme al cual los distribuidores dentro de un sistema selectivo de distribución sufren la obligación de no vender marcas competidoras se encuentra sujeto al inciso 1 del artículo 81 del Tratado.

Es importante señalar que la Comisión mantiene la capacidad de retirar el beneficio de la exención a la que se acojan quienes se encuentran comprendidos en el Reglamento cuando las condiciones del otorgamiento de la exención no subsisten o se encuentran falseadas o bien si se ha aprovechado la exención bajo falsas informaciones, datos o esquemas de comercialización. En caso de darse la retirada de la exención la práctica de que se trate quedará cubierta por la exención hasta en tanto la retirada se haga efectiva (esto es, se aplica ex nunc y no ex tunc).

En materia de restricciones a la competencia en lo referente a acuerdos verticales, no se consideran restrictivos de la Competencia por parte de la Comisión los acuerdos verticales que no tienen capacidad para afectar significativamente al comercio entre los EEMM o que no tienen por objeto o efecto restringir de forma significativa la competencia quedan fuera del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81.

La Comisión ha establecido una regla de minimis conforme a la cual se puede inferir, pero no siempre concluir que las empresas que celebren un acuerdo vertical y que ostenten una cuota de mercado por arriba del 10% podrían estar restringiendo la competencia, pero eso no será cierto necesariamente en todos los casos sino

⁹ Acuerdo no recíproco será el caso en el cual dos proveedores no se presten los mismos servicios uno al otro. Por ejemplo, un fabricante distribuye los bienes de otro que no distribuye los de éste.

que deberá efectuarse un análisis caso por caso para determinar la posible restricción competitiva que pudiera existir.

Otro ejemplo de acuerdos que por regla general no quedan comprendidos en las disposiciones restrictivas del 81 son los acuerdos de agencia.

Por acuerdo de agencia hemos de entender en términos de la ley europea Los acuerdos de agencia son aquellos en virtud de los cuales una persona física o jurídica (agente) dispone de la facultad de negociar o suscribir contratos por cuenta de otra persona (el principal), ya sea en nombre del propio agente o del principal, para la:

- ☐ compra de bienes o servicios por parte del principal, o
- ☐ venta de bienes o servicios suministrados por el principal.

El factor determinante en la evaluación de la aplicabilidad del apartado 1 del 81 del Tratado es el riesgo financiero o comercial que asume el agente en relación con las actividades para las cuales haya sido designado como tal por el principal. El acuerdo de agencia queda excluido del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 si el agente no asume riesgo alguno o si éste es insignificante, en relación con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal y con las inversiones específicamente destinadas al de mercado para dicho ámbito de actividad. Así, el principal asume los riesgos financieros y comerciales correspondientes y el agente no ejerce ninguna actividad económica independiente en relación con las actividades para las que ha sido designado como tal por el principal. En el caso contrario el acuerdo de agencia es considerado como no genuino y, por consecuencia, queda encuadrado en el ámbito de aplicación del artículo 81 del Tratado.

Las consecuencias negativas para el mercado que se pueden derivar de las restricciones verticales que la normativa de competencia de la CE pretende evitar son las siguientes:

- ◆ Exclusión del mercado de otros compradores o proveedores mediante el incremento de las barreras de entrada;
- ◆ Reducción de la competencia interproducto entre los proveedores que operan en un mismo mercado;
- ◆ Reducción de la competencia interproducto entre los distribuidores de un mismo producto y,
- ◆ Creación de obstáculos a la integración de mercados, sobre todo en lo que se refiere a la posibilidad de los consumidores de adquirir el producto de su preferencia a un precio significativamente inferior.

Finalmente mencionaremos que la Comisión considera restricciones verticales específicas las siguientes:

- ☐ Marca única. Cuando el comprador o distribuidor únicamente puede adquirir el producto de que se trate de un solo proveedor. Esta no se considera restrictiva cuando la cuota de mercado del proveedor no rebasa el 30%.
- ☐ Distribución exclusiva. Estos acuerdos implican el compromiso entre proveedor y distribuidor conforme al cual el proveedor acepta vender sus productos exclusivamente a un distribuidor para su reventa dentro de un mercado geográfico determinado. Igualmente, si la cuota de mercado es igual o inferior a 30% resulta aplicable el Reglamento de Exención por Categoría;
- ☐ Asignación de cliente exclusivo. Es básicamente igual al anterior pero aquí la diferencia radica en que la reventa se dará únicamente a favor de determinado tipo de cliente;
- ☐ Acuerdos de Distribución selectiva. Los cuales restringen el número posible de distribuidores autorizados y, por lo tanto, las posibilidades de reventa;
- ☐ Suministro exclusivo. En este acuerdo el proveedor únicamente podrá vender al comprador final solamente determinados productos terminados, todos los productos intermedios quedan excluidos y por lo mismo se enmascara una práctica predatoria de precios;

- ❑ Vinculación. Existente cuando la venta de un producto se condiciona a la adquisición de otro diverso y de menor poder de penetración y,
- ❑ Precios de reventa recomendados y máximos. Por si sola se explica.

A continuación analizaremos brevemente el tema de la posición dominante y su abuso conforme al derecho aplicable en la UE, tema que, como vimos, deriva del artículo 82 del Tratado.

A este fin conviene transcribir el artículo 82 del Tratado:

“Artículo 82.- Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar el comercio entre los Estados Miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;*
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;*
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos desventajas competitivas o,*
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.”*

Si bien los rasgos generales del concepto de posición dominante y su abuso vienen determinados en el artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, no es menos cierto que el desarrollo y adecuación de estos principios al entorno cambiante y cada vez más complejo de la UE han sido detallados y complementados atinadamente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Por este motivo analizaremos a continuación el concepto de “abuso de posición dominante” tal y como ha evolucionado gracias a la participación del Tribunal europeo.

La conceptualización de posición dominante establecida por el artículo 82 del Tratado conlleva una posición de poder económico detentado por una empresa y que le otorga a esta la facultad de obstaculizar, a través de conductas autónomas que ella sola puede determinar, con independencia de sus clientes, competidores o proveedores, el libre juego de la competencia efectiva en el mercado de que se trate¹⁰.

Una situación de independencia como la anterior, a diferencia de un caso de monopolio u oligopolio, no excluye la posibilidad de que se de una cierta competencia en el mercado respectivo, pero genera que, si bien no en todos los casos la sociedad de que se trate podrá decidir como actuar autónomamente de otros factores que interactúan en el mercado, si pueda tal empresa influir notablemente en las condiciones en las cuales se desarrollará la competencia, asimismo la faculta a comportarse en cualquier caso sin deber tener en consideración otros elementos del mercado que incidirían en la estrategia de negocios de una sociedad sin posición dominante¹¹.

Ejemplificando lo anterior el Tribunal decidió en *British/Leyland* (asunto 226/84, del 11 de noviembre de 1986) que un constructor de vehículos localizado en un Estado Miembro que goza de un monopolio legal para la emisión de certificados de conformidad en relación con los vehículos de su marca (certificados necesarios para poder emplacar al automóvil), por virtud de una disposición legal nacional y propia de ese Estado, debe ser

¹⁰ Sentencia del TJCE del 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, *United Brands vs. Comisión*. Concepto reiterado por las sentencias del TJCE de 9 de noviembre de 1983, asunto 322/81, *Michelin vs. Comisión* y de 5 de octubre de 1988, asunto 247/86, *Alsattel/Novasam vs. Comisión*.

¹¹ Sentencia del TJCE del 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche vs. Comisión*.

considerado como en posición dominante en el mercado de que se trate, pues existe una total dependencia económica de los distribuidores de tales modelos los cuales requieren del certificado para poder vender los autos y lo anterior genera que el constructor de los vehículos pueda comportarse con total autonomía en el mercado de distribuidores de automóviles, el cual conceptuó en esta sentencia el TJCE como un mercado derivado del mercado más genérico de venta de vehículos¹².

Pero el concepto de posición dominante no es privativo de una sola empresa, como ya se menciona expresamente en el Tratado. Puede darse el caso de que varias empresas detenten colectivamente una posición dominante dentro de determinado segmento de mercado. Así, el TJCE resolvió¹³ que una posición dominante colectiva existe cuando varias empresas, conjuntamente y como consecuencia de los factores de interrelación existentes entre todas ellas, gozan del poder de adoptar una misma línea de acción dentro del mercado y decidir adoptarla con independencia de los demás participantes, su clientela y aún de los consumidores entendidos como concepto genérico. En esta sentencia el TJCE determinó que el carácter independiente de tales sociedades, jurídicamente hablando y una con respecto a la otra, no es suficiente para descartar la posibilidad de que colectivamente pudieran detentar una posición dominante, especialmente cuando la posición dominante se traduce en una misma línea de acción adoptada de común acuerdo por todas ellas.

En la sentencia Michelin, ya citada anteriormente, el TJCE estableció que la existencia de una posición dominante no genera una situación reprochable en contra de la empresa que ostente tal posición de dominio, sino que tan solo la hace particularmente responsable ante la Comunidad de no abusar de su posición de dominio distorsionando el desarrollo de los elementos existentes en el mercado de que se trate. En consecuencia conviene resaltar que no se sanciona la posición dominante, sino el abuso que de la misma haga quien la tiene.

Hemos visto que existen Reglamento de Exención por Categorías dictados al amparo del inciso 3 del artículo 81 del Tratado, pues bien el TJCE ha determinado en varias oportunidades que la existencia de una exención conforme al 81.3 no hace inaplicable la posible existencia de un abuso de posición dominante. Al contrario, si existe un abuso de posición dominante por parte de una empresa que goza de una exención de acuerdo al 81.3, la exención se retira y entonces se sanciona el abuso de la posición dominante.

Para que exista el abuso de posición dominante se requiere un análisis caso por caso en el cual se analice por la Comisión (además de la abundante jurisprudencia en la materia) si se cumplen los extremos pedidos por el artículo 82 y que son:

- Que se afecte el comercio entre los EEMM;
- Que se configure el abuso, como una conducta a la cual no tiene derecho la empresa que la fija y que tiene por único propósito perjudicar a sus competidores;
- Que la empresa de que se trate ostente una posición dominante (para lo cual se analizan los conceptos instrumentales mencionados anteriormente como mercado de producto, mercado geográfico, cuota de mercado, índice de concentración etc.) y,
- Que la posición dominante exista en el mercado comunitario o en una parte sustancial del mismo.

Para concluir citaremos algunos ejemplos específicos en donde el TJCE ha considerado que existe abuso de posición dominante en:

- Establecer prohibiciones excepcionales o alejadas de las condiciones de mercado a los distribuidores para que puedan proceder a la reventa del producto (Sentencia United Brands de 14 de febrero de 1978);

¹² Esta decisión nos deja apreciar no solamente el concepto de posición dominante sino también la mecánica de pensamiento del TJCE para identificar submercados dentro de mercados más grandes aplicando a cada subdivisión las normas propias del derecho de la competencia comunitario.

¹³ Sentencia del TJCE del 7 de octubre de 1999, asunto T 228/97, Irish Sugar vs. Comisión.

- El establecimiento de un precio excesivo sin relación alguna con la contraprestación recibida (United Brands);
- El uso de la marca como derecho de propiedad intelectual no constituye abuso de posición dominante cuando el uso de la misma no es con el propósito de obstaculizar la competencia (Sentencia Hoffmann-LaRoche, de 23 de mayo de 1978);
- La negativa a prestar un servicio del cual tiene necesidad el consumidor basado en el hecho de que la empresa en posición dominante ha circunscrito el perfil de sus clientes por requisitos de nacionalidad o domicilio constituye un abuso (Sentencia GLV vs. Comisión del 2 de mayo de 1983);
- Una empresa en posición dominante abusa de la misma cuando se reserva para sí o para una empresa de su mismo grupo, sin necesidad objetiva de ello, una actividad auxiliar que podría ser prestada por un tercero en el ámbito de sus actividades en un mercado relacionado al mercado de producto y cuando tal reserva no tiene otro objeto que sacar a aquella empresa del mercado relacionado (Sentencia CBEM/CLT et IPB, de 3 de octubre de 1985);
- Una empresa en posición dominante no puede justificar colocar sus precios por debajo de costos con el objeto de ser competitivo en relación con los precios de un competidor cuando se evidencia que han existido contactos entre ambas empresa con el objeto de fijar los precios del producto de común acuerdo, porque cuando eso sucede y las empresas gozan de posición dominante en el mercado es de concluirse la existencia de un abuso en tal posición. (Sentencia AKZO vs. Comisión del 3 de julio de 1991);

ASPECTOS CONCRETOS DE LA PROTECCION DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL EN LA CE

Por: Lic. Ricardo I. More d.

Como ya mencionamos con anterioridad al analizar el tema inicial del contenido del Acuerdo AAE MEX-UE la protección intelectual forma parte integrante del ámbito de disposiciones de este acuerdo.

En efecto, en el AAE MEX-UE se contempla un artículo marco (el 12) el cual establece los objetivos en esta materia y establece las facultades del Consejo Conjunto para decidir en este rubro el establecimiento de: (i) Un mecanismo de consultas con miras a alcanzar soluciones mutuamente satisfactorias en caso de dificultades en la protección de la propiedad intelectual y, (ii) Las medidas específicas que deberán adoptarse para alcanzar el objetivo establecido en el apartado anterior, tomando en cuenta, en particular, las convenciones multilaterales relevantes sobre propiedad intelectual.

En el artículo 36 de la Primera Decisión se declara por ambas partes, básicamente, el respeto de los firmantes a sus obligaciones derivadas de diversos instrumentos internacionales que regulan esta materia, como serían, entre otros, los Acuerdos sobre ADPIC de 1994 o el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas de 1971. Se establecen también compromisos de ambas partes para adherirse a otros instrumentos internacionales como el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y el Tratado de la OMPI sobre interpretación y ejecución de fonogramas, ambos de 1996.

No es el objeto de esta ponencia analizar estos acuerdos internacionales que proveen las normas genéricas que deben resultar aplicables en la protección de los derechos de propiedad intelectual (DPI's).

Baste decir que las disposiciones de estos Tratados resultan aplicables para ambas partes y que las mismas se encuentran obligadas por sus disposiciones, como cualquier país signatario.

Por lo tanto resulta que la legislación propia de cada parte será la que resulte aplicable en materia de protección de los DPI's y el AAE MEX-UE queda en el mero establecimiento de buenos propósitos para agilizar la cooperación y las consultas mutuas con vistas a que en cada parte se preserven los DPI's originarios de personas de la otra parte.

Los DPI's cubren materias tales como los derechos de autor, las marcas, las denominaciones de origen, los diseños industriales o las patentes, propiedad intelectual que sus titulares han adquirido a través de la creación artística o comercial o quizás a través de la invención o adquisición de tales derechos. La protección de estos derechos es un elemento clave de los regímenes democráticos y de las economías de mercado.

La inversión que resulta necesaria en términos de investigación, desarrollo, tiempo y compromiso comercial y artístico para crear los objetos protegidos por los DPI's provoca que quien dedica un importante esfuerzo a los mismos tenga la certeza de que el tiempo y dinero comprometidos serán recuperado. Las compañías farmacéuticas, cinematográficas o productoras de música seguirán invirtiendo en estos campos únicamente si tienen la certidumbre de que su inversión podrá ser recuperada. La protección de los DPI's es, por lo tanto, de considerable importancia para los consumidores de todo el mundo y debe ser protegida a través de legislaciones eficientes.

Uno de los objetivos primordiales del comercio actual es que los bienes y los servicios puedan ser intercambiados libremente a través de las fronteras. Como consecuencia de lo anterior, la protección de los DPI's en cada uno de los mercados involucrados se convierte en un prerrequisito necesario para un intercambio comercial sano que genere crecimiento futuro. En este respecto los actores involucrados en el comercio internacional requieren que cada país donde efectúen negocios tenga un marco legal que proteja efectivamente sus DPI's.

El Acuerdo para la Protección de los Derechos de Propiedad Intelectual de la OMC (ADPIC), es el primer instrumento internacional que exige que los miembros de la OMC pongan en vigor y apliquen un amplio abanico de leyes destinadas a proteger la propiedad intelectual. El ADPIC cubre una extensa gama de derechos tales como derechos de autor, marcas, denominaciones de origen, diseños industriales o patentes. Prevé, asimismo, el establecimiento de disposiciones nacionales efectivas en materias civiles, administrativas y penales que aseguren la cabal protección de estos derechos.

Vemos pues que el marco internacional rige la protección nacional de estos derechos y la UE no es la excepción pues la misma como tal es parte de la OMC y por lo tanto sus disposiciones le obligan como mencionamos anteriormente. En este orden de ideas la CE ha desarrollado una importante tarea en cuanto a establecer la legislación tendente a proteger efectivamente los derechos de autor, así, por ejemplo, en el Reino Unido los estudiantes que deseen fotocopias un libro deben, en ocasiones, rellenar un formulario por septuplicado antes de poder efectuar la fotocopia y los derechos de reproducción reprográfica son celosamente protegidos a muy pocas personas se les ocurriría en Europa llegar a la papelería con un libro y pedir copias del mismo, pues saben muy bien que lo anterior podría ser un delito.

Ante la amplitud de la materia y la escasez de tiempo nos centraremos en dos aspectos relevantes de la protección europea de los DPI's, la marca comunitaria y la elaboración del concepto de agotamiento del derecho (de propiedad intelectual) en el tránsito comercial por la UE de bienes o servicios.

Desde el punto de vista comunitario una de las aportaciones más importantes en la marca comunitaria y la teoría del agotamiento del derecho, expondremos brevemente las dos como objeto de esta plática, apoyadas en decisiones del Tribunal de Justicia de las CCEE (TJCE) sobre la materia.

La materia de la marca comunitaria se rige por el Reglamento del Consejo 40/94, del 20 de diciembre de 1993 (en lo sucesivo el Reglamento).

Cuando una marca se registra en el territorio de una de las partes de acuerdo con las disposiciones que sobre la materia exige el Reglamento la misma se considera como marca comunitaria y, en consecuencia, se encuentra protegida en el territorio de cada uno de los EEMM.

Pueden constituir marcas comunitarias todos los signos que pueden ser objeto de una representación gráfica, en particular las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, la forma del producto o de su presentación, con la condición de que tales signos sean apropiados para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas.

Pueden ser titulares de marcas comunitarias las personas físicas o jurídicas, incluidas las entidades públicas, que sean:

- a) nacionales de los Estados miembros; o
- b) nacionales de otros Estados que sean parte en el Convenio de París para la Protección de la propiedad industrial, (en lo sucesivo denominado el Convenio de París); o

c) nacionales de Estados que no sean parte en el Convenio de París, que estén domiciliados o que tengan su sede o un establecimiento industrial o comercial efectivo y serio en el territorio de la Comunidad o en el de un Estado que sea parte en el Convenio de París;

Como previene la legislación internacional en la materia la marca comunitaria se adquiere por medio de registro. El Reglamento a estos efectos distingue entre motivos de denegación absolutos y motivos de denegación relativos. Mientras en los primeros el registro no se concede en ningún caso en el segundo existen posibilidades de otorgamiento del registro en caso de que se cumplan las disposiciones del propio Reglamento consistentes, básicamente, en desvirtuar los motivos alegados por el titular de una marca que ya se encuentre registrada (marca anterior) o cuya solicitud de registro haya sido presentada con anterioridad a la de quien pretende obtener el registro de marca comunitaria.

Algunos de los motivos de denegación absolutos son:

- las marcas que carezcan de carácter distintivo;
- las marcas que se compongan exclusivamente de signos o indicaciones que se hayan convertido en habituales en el lenguaje común o en las costumbres leales y constantes del comercio;
- las marcas que sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres;
- las marcas que puedan inducir al público a error, por ejemplo sobre la naturaleza, la calidad o la procedencia geográfica del producto o servicio o,
- las marcas que estén compuestas exclusivamente por signos o por indicaciones que puedan servir, en el comercio, para designar la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, la procedencia geográfica o la época de producción del producto o de la prestación del servicio, u otras características del producto o del servicio¹⁴;

Por su parte algunos de los motivos de denegación relativos son:

- cuando sea idéntica a la marca anterior y que los productos o los servicios para los que se solicita la marca sean idénticos a los productos o servicios para los cuales esté protegida la marca anterior;
- cuando, por ser idéntica o similar a la marca anterior y por ser idénticos o similares los productos o servicios que ambas marcas designan, existe riesgo de confusión por parte del público en el territorio en que esté protegida la marca anterior;
- cuando el representante del titular de dicha marca la solicita en su propio nombre y sin el consentimiento del titular, a no ser que este representante justifique su actuación o,
- cuando se hubieren adquirido derechos a utilizar un signo comercial con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud de la marca comunitaria, o, en su caso, con anterioridad a la fecha de la prioridad invocada en apoyo de la solicitud de la marca comunitaria y cuando dicho signo confiriere a su titular el derecho a prohibir la utilización de una marca posterior.

La marca comunitaria confiere a su titular diversos derechos, reflejo de los derechos establecidos en la materia por la legislación internacional.

El titular se encuentra facultado para prohibir a cualquier tercero, sin su consentimiento, el uso en el tráfico económico: (i) de cualquier signo idéntico a la marca comunitaria, para productos o servicios idénticos a aquéllos para los que la marca esté registrada; (ii) de cualquier signo que, por ser idéntico o similar a la marca comunitaria y por ser los productos o servicios protegidos por la marca comunitaria y por el signo idénticos o similares, implique un riesgo de confusión por parte del público; (iii) de cualquier signo idéntico o similar a la

¹⁴ A este respecto en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia del 8 de Julio de 1999 se confirmó la resolución del tribunal nacional que negó el registro como marca comunitaria de las toallas para bebé BABY-DRY, basado en el hecho de que la misma no puede ser una marca comunitaria ya que se componía de términos que tenían por objeto identificar el destino del producto. (Asunto T-163/98, Procter & Gamble vs. OHMI [BABY DRY])

marca comunitaria, para productos o servicios que no sean similares a los cuales esté registrada la marca comunitaria, si ésta fuera notoriamente conocida en la Comunidad.

El artículo 12 del Reglamento establece que el derecho conferido por la marca comunitaria no incluye que su titular pueda prohibir el uso de la misma para productos comercializados en la CE bajo esa marca por el titular o con su consentimiento.

Este es un primer acercamiento a la teoría del agotamiento del derecho, pero en esta ocasión el enfoque que le daremos es diverso. En efecto, los DPI's se utilizan frecuentemente para establecer restricciones a la comercialización de un producto de forma tal que el acuerdo de esta naturaleza se puede considerar restrictivo de la competencia y, en consecuencia quedar encuadrado en el ámbito de aplicación de las normas del derecho de la competencia comunitario, la vigilancia y sanciones a ser aplicadas por la Comisión y, particularmente, la aplicabilidad de los artículos 81 y 82 del Tratado CE.

Los acuerdos de franquicia contienen licencias de DPI relativos, en particular, a marcas o signos registrados y conocimientos técnicos para el uso y la distribución de bienes o servicios. Además de la licencia de DPI, el franquiciador generalmente facilita asistencia comercial o técnica al franquiciado durante la vigencia del contrato. La licencia y la asistencia son partes integrantes del método comercial objeto de franquicia. Por lo general, el otorgante de la franquicia recibe del franquiciatario un canon por el uso de un método concreto. La franquicia puede permitir al franquiciante establecer, con inversiones limitadas, una red uniforme para la distribución de sus productos. Además de facilitar un método comercial, habitualmente los acuerdos de franquicia contienen una combinación de diferentes restricciones verticales relativas a los productos que se distribuyen, en especial mediante distribución selectiva.

Las obligaciones de no competencia en los bienes o servicios adquiridos por el franquiciatario quedan fuera de la aplicación del apartado 1 del artículo 81 cuando son necesarias a fin de mantener la identidad y reputación comunes de la red franquiciada.

En estos casos tampoco se considera pertinente la duración de la obligación de no competencia con arreglo al apartado 1 del artículo 81, siempre y cuando no exceda de la duración del propio acuerdo de franquicia.

La marca comunitaria debe ser objeto de uso dentro de los cinco años siguientes a su otorgamiento y no debe dejar de usarse por un periodo consecutivo igual o superior a los cinco años pues de lo contrario se sujeta al titular a las sanciones del Reglamento.

Al ser la marca objeto de un derecho real de propiedad por parte de su titular puede ser materia de los derechos de esta naturaleza, o sea, puede usarse, explotarse o bien enajenarse o cederse a un tercero así como servir de garantía para el cumplimiento de diversas obligaciones. Por lo mismo la marca comunitaria puede ser designada como bien a ser embargado en caso de un procedimiento de ejecución forzosa.

La marca comunitaria puede ser objeto de licencias para la totalidad o para una parte de los productos o de los servicios para los cuales esté registrada y para la totalidad o parte de la Comunidad. Las licencias a su vez pueden ser exclusivas o no exclusivas.

En cuanto al procedimiento de registro la solicitud de marca comunitaria se presenta, a elección del solicitante:

- a) ante la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, modelos y diseños) establecida al efecto, o
- b) ante la autoridad pública encargada de regular la propiedad industrial de un Estado miembro. La solicitud que se presenta ante la autoridad nacional surte los mismos efectos que si se hubiera presentado en la misma fecha ante la Oficina Comunitaria. Cuando la solicitud se presente ante un Estado miembro dichas autoridades nacionales deben transmitir la solicitud a la Oficina Comunitaria en un plazo de dos semanas a partir de la presentación de la solicitud.

El titular de una marca anterior registrada en un Estado miembro puede presentar una solicitud de marca

idéntica para registrarla como marca comunitaria para productos o servicios idénticos a aquéllos para los que está registrada la marca anterior o que estén incluidos en estos productos o servicios.

Para estos efectos el solicitante puede prevalecerse, para la marca comunitaria, de la antigüedad de la marca anterior en lo que respecta al Estado miembro en el cual esta registrada.

En la tramitación de las solicitudes de registro de marca la Oficina Comunitaria examina si la solicitud de marca comunitaria cumple los requisitos para que se le otorgue una fecha de presentación. Una vez que la Oficina ha concedido una fecha de presentación a una solicitud de marca comunitaria y ha comprobado que el solicitante cumple las condiciones establecidas en el Reglamento para solicitar el registro, redacta un informe de búsqueda comunitaria en el que se señalan las marcas comunitarias o solicitudes de marca comunitaria anteriores cuya existencia se haya descubierto y que pudieran oponerse al registro de la marca comunitaria solicitada.

Cada una de las autoridades regulatorias de propiedad intelectual de los EEMM en el plazo de tres meses a partir de la fecha en que hubiere recibido una solicitud de marca comunitaria, debe remitir a la Oficina Comunitaria un informe de búsqueda, que debe o bien mencionar las marcas nacionales anteriores o las solicitudes de marca nacional anteriores cuya existencia se haya descubierto y que pudieran oponerse al registro de la marca comunitaria solicitada, o bien hacen constar que la búsqueda no ha revelado ningún indicio de tales derechos.

Cualquier persona física o jurídica, así como las agrupaciones que representen a fabricantes, productores, prestadores de servicios, comerciantes o consumidores, pueden dirigir a la Oficina Comunitaria observaciones escritas, tras la publicación de la solicitud de marca comunitaria y precisando los motivos según los cuales procedería denegar de oficio el registro de la marca.

Cuando la solicitud se ajusta a lo dispuesto en el Reglamento y cuando no se haya presentado ninguna oposición o, habiéndose presentado oposición, ésta se ha desestimado mediante resolución definitiva, se registra la marca como marca comunitaria.

La vigencia del registro de la marca comunitaria es de diez años a partir de la fecha de la presentación de la solicitud.

El registro también puede renovarse por períodos de diez años.

Las controversias en materia de marcas se deben ventilar ante los tribunales nacionales de primera y de segunda instancia que los EEMM hayan designado como tribunales de marcas comunitarias. Los tribunales de marcas comunitarias tienen competencia exclusiva:

- a) para cualquier acción por violación y -si la legislación nacional la admite- por intento de violación de una marca comunitaria;
- b) para las acciones de comprobación de inexistencia de violación si la legislación nacional las admite;
- c) para las demandas de reconVENCIÓN por caducidad o por nulidad de la marca comunitaria contempladas en el artículo 96 del Reglamento.

Conviene señalar que al ser regulada la materia específicamente por un Reglamento (el cual tiene aplicación directa en cada uno de los EEMM) los tribunales de marcas comunitarias tienen la obligación de aplicar el Reglamento y las demás disposiciones que resulten aplicables de derecho comunitario por encima de disposiciones conflictivas o contradictorias previstas en sus propios ordenamientos.

Existen naturalmente otras normas comunitarias que tratan sobre la protección de los DPI's, algunas de ellas son:

- ❑ Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual;
- ❑ Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información o,
- ❑ Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines.

Conviene ahora analizar la elaboración del principio del agotamiento del derecho para los titulares de las marcas en el ámbito de la UE y del Espacio Económico Europeo.

El origen doctrinario de la teoría del agotamiento del derecho deriva de la interpretación del TJCE a las disposiciones contenidas en los artículos 28 y 30 del Tratado de la Comunidad Europea, este establece:

“Artículo 28.- Quedarán prohibidas entre los Estados Miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente.”

Por su parte el artículo 30 establece:

“Artículo 30.- Las disposiciones de los artículos 28 y 29 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial o comercial. No obstante tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados Miembros.”

¿Qué quiere decir lo anterior? Que los EEMM de la UE no pueden imponer a través de su legislación local restricciones encubiertas a la comercialización de bienes y servicios entre ellos pues lo anterior tendería a impedir la consecución del mercado único europeo y por lo mismo no puede ser aceptado. Tampoco se permiten las medidas de efecto equivalente, esto es, aquellas que sin tener la apariencia de restringir el mercado interior o que en un primer análisis no tienden a ello, en la práctica se traducen en una restricción efectiva a la integración comercial comunitaria¹⁵.

Pero además quiere decir que sí se pueden imponer restricciones al comercio entre EEMM cuando tengan por objeto, por ejemplo, proteger el orden o la moral públicas o los derechos de propiedad intelectual, siempre que bajo este pretexto no se dé una discriminación arbitraria o una medida encubierta que tenga por finalidad real restringir el comercio de uno o más EEMM.

¿Cuál es pues el problema? El problema se genera en lo que se conoce como “importaciones paralelas”. Por las importaciones paralelas un comerciante ubicado digamos en Holanda compra un cargamento de yoghurt de la marca “Y” (producida en Holanda por “B”) en España y lo importa a Holanda sabedor de que el productor de la marca de yoghurt “Y” tiene limitados sus canales de distribución exclusiva en el país y él no forma parte de ellos. O bien el producto puede tener condiciones de adquisición por volumen o compra a crédito en España más favorables que en Holanda y se puede poner en el mercado holandés a un precio inferior al que lo comercializa su mismo productor.

¹⁵ Abundante es la jurisprudencia del TJCE en esta materia y un ejemplo típico sería la sentencia Cassis de Dijon, en la cual el Congreso alemán expidió una ley conforme a la cual en Alemania no se podrían comercializar bebidas alcohólicas de más de “x” grados de concentración etílica si estas no estaban manufacturadas siguiendo determinados mecanismos que en la práctica eran privativos de la cerveza alemana. Con esto se impedía efectivamente la comercialización en Alemania de cervezas que no fueran alemanas. Llevado el asunto al TJCE éste decidió que la ley alemana en este asunto implicaba una medida de efecto equivalente a la restricción al comercio entre EEMM y la anuló.

El efecto es que el importador holandés del yoghurt “Y” utiliza un mecanismo propio del mercado interior comunitario con el efecto de mejorar sus ganancias en un nicho de mercado que le presenta esta oportunidad.

La situación se actualiza cuando el productor del yoghurt “Y” en Holanda acude a los tribunales y alega que esa importación violenta sus DPI’s pues está utilizando su marca en un territorio protegido sin autorización de él que es el titular de la marca y el único facultado para autorizar su explotación en el territorio holandés.

Pues bien, es aquí en donde el TJCE ha establecido el principio del agotamiento del derecho conforme al cual el titular de un DPI no puede alegar que se violentan sus derechos de propiedad intelectual o industrial cuando se comercializa un bien suyo que ostenta dicho DPI cuando él mismo ha puesto ese bien en circulación en el territorio de otro Estado miembro de la UE. Permitir lo contrario equivaldría en la práctica a dar una amplitud injustificada a los DPI y a facultar a que los titulares de los mismos abusaran de sus derechos en perjuicio de la debida integración comercial de la UE.

Por esto la teoría del agotamiento del derecho comunitario señala que la protección del derecho de propiedad intelectual o industrial que la ley comunitaria confiere a su titular se agota con el primer acto de comercialización del producto de que se trate en el territorio de un Estado miembro de la UE y, por lo tanto, el titular no esta facultado a impedir, con base en el argumento del respeto a sus DPI’s, la comercialización que de dichos productos se haga en otro Estado de la propia UE cuando él mismo ha puesto voluntariamente en circulación sus productos en el territorio de donde proviene la importación.

Sin embargo, por ejemplo, el agotamiento del derecho no entraría en acción cuando el exportador hubiera reacondicionado o alterado el producto en cualquier forma y posteriormente le reinsertara la marca que le es propia. En un caso así el reclamo que por materia de DPI efectuara el productor original del producto encontraría la protección del Tratado y su demanda prosperaría¹⁶, como resulta lógico, toda vez que la manipulación del producto por el exportador convierte al bien en otro distinto de aquel que esta protegido por la marca y, probablemente de menor calidad, con lo cual la fama pública de la marca podría verse perjudicada.

La teoría del agotamiento del derecho, reafirmada por las sentencias que acabamos de mencionar pero en verdad elaborado jurisprudencialmente desde tiempo atrás, ya es recogido en el artículo 7 de la Directiva 89/104 del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los EEMM en materia de marcas. En efecto el artículo 7 de esta Directiva señala:

“Artículo 7.- El derecho conferido por la marca no permitirá a su titular prohibir el uso de la misma para productos comercializados en la Comunidad con dicha marca por el titular o con su consentimiento. El apartado anterior no se aplicará cuando existan motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos, en especial cuando el estado de los productos se haya modificado o alterado tras su comercialización.”

Finalmente mencionaremos que la teoría del agotamiento del derecho rige tratándose de importaciones paralelas desde un Estado miembro de la UE pero no cuando las importaciones se dan desde un tercer país. Esto es, la protección del derecho de propiedad intelectual no se agota para su propietario o titular por el hecho de comercializar o explotar la marca de que se trate con su consentimiento en un tercer país. En este caso, de darse una importación paralela del producto desde el tercer país, el titular podrá oponer su DPI en contra del exportador e impedir la comercialización en el territorio europeo.

¹⁶ Sentencia del TJCE del 11 de julio de 1996, Eurim-Pharm Arzneimittel / Beiersdorf e.a. (asunto C-71/94), principio reafirmado por la Sentencia de misma fecha en el asunto C-232/94, MPA Pharma / Rhône-Poulenc Pharma. Un principio similar fue sostenido por el TJCE recientemente en su sentencia del 11 de noviembre de 1997, en el asunto C-349/95, George Ballantine & Sons Ltd. vs. F. Loendersloot Internationale Expeditie,

En efecto en la sentencia *Silhouette*¹⁷ el Tribunal de Justicia dicta una sentencia de una considerable importancia económica para los titulares de marcas protegidas en la Comunidad. En efecto, da una interpretación de la Directiva 89/104/CEE sobre la marca comunitaria que protege al propietario de una marca contra las importaciones en la Comunidad hechas sin su consentimiento de productos que llevan su marca comercializados en un tercer país. De esta manera, el Tribunal de Justicia refuerza considerablemente los medios de lucha de los propietarios de las marcas comunitarias contra las importaciones paralelas procedentes de terceros países.

El caso trata de la importación paralela de monturas de gafas de la marca *Silhouette*, protegida en Austria y en la mayor parte de los países del mundo. El fabricante había vendido un lote de monturas pasadas de moda en Bulgaria. No obstante, una empresa austríaca pudo comprar el lote entregado en Bulgaria y lo puso a la venta en Austria. El fabricante, titular de la marca, estimó que la comercialización en tales condiciones perjudicaba a la imagen de su producto en el mercado austríaco y se dirigió a un órgano jurisdiccional nacional para obtener un auto prohibiéndolo.

El órgano jurisdiccional austríaco planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia para saber si la directiva sobre la marca comunitaria permite a los EEMM aplicar el principio del agotamiento de la protección concedida a una marca en caso de comercialización en un tercer país.

El Tribunal de Justicia consideró que la Directiva 89/104/CEE no permite a los EEMM aplicar el principio del agotamiento de los derechos conferidos por la marca a los productos comercializados en terceros países. Señaló que esta interpretación es la única que pueda cumplir plenamente la finalidad de la directiva, que es salvaguardar el mercado interior. En efecto, si algunos EEMM pudieran prever el agotamiento en caso de puesta a la venta en un tercer país, se crearían obstáculos ineludibles a la libre circulación de las mercancías.

De esta manera, los dueños de marcas protegidas en la UE pueden dirigirse a los órganos jurisdiccionales nacionales para que prohíban la importación en la Comunidad sin su consentimiento de productos que llevan su marca comercializados en un tercer país.

El Tribunal de Justicia distingue así claramente entre comercialización en un tercer país, que no implica agotamiento de los derechos conferidos por la marca, y comercialización en la Comunidad y el Espacio Económico Europeo, para la cual el artículo 30 del Tratado CE exige el agotamiento de los derechos conferidos por la marca.

¹⁷ Sentencia del TJCE del 16 de junio de 1998, Asunto C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG/Hartlauer Handelsgesellschaft mbH.*

PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES EN LA UNION EUROPEA

Por: Lic. Ricardo I. More d.

Cerraremos nuestras conferencias hablando de un aspecto importante para ser tomado en consideración cuando el producto ya se encuentra en la etapa final de distribución, al acceso de los consumidores.

Existen normas en derecho comunitario que tienen por finalidad proteger a los consumidores en cuanto a la calidad de los productos o servicios que les son ofrecidos, así como, por ejemplo, la información a la que se les debe dar acceso.

Entre las Directivas más importantes emitidas por las instituciones comunitarias en esta materia destacan las de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios (Directiva 2000/13/CE, de 20 de marzo del 2000 del Parlamento Europeo y el Consejo)(en lo sucesivo la Directiva 2000/13), la de indicación de los precios de los productos ofrecidos (Directiva 98/6/CE, de 16 de febrero de 1998, del Parlamento Europeo y el Consejo)(en lo sucesivo la Directiva 98/6), la de publicidad engañosa (Directiva 84/450/CEE, del Consejo del 10 de septiembre de 1984)(la Directiva 84/450), de responsabilidad generada a partir de la utilización por los consumidores de productos defectuosos (Directiva 85/374/CEE, del Consejo del 25 de julio de 1985)(Directiva 85/374) y, finalmente la de la seguridad general de los productos (Directiva 92/59/CEE, del Consejo del 29 de junio de 1992)(Directiva 92/59).

A estas normas nos referimos brevemente en el desarrollo de la presente ponencia con el objeto de brindar una imagen general de algunos requisitos que deben ser cumplidos por los productos que deseen ser ofrecidos en el territorio de la UE.

Una mayor posibilidad de elección y una reducción del precio de numerosos productos y servicios constituyen ventajas que le proporciona directa o indirectamente el mercado único al consumidor europeo.

Ahora bien, para que el mercado único responda a las esperanzas es necesario que los consumidores puedan confiar en él y sepan que los productos negociados a través de las fronteras son de la calidad esperada. Los derechos del consumidor son, por lo tanto, una de las bases del mercado único.

Los EEMM han ido elaborando poco a poco políticas de los consumidores que contienen normativas de mayor o menor alcance. Esto no quiere decir que las políticas comunitarias hayan suplantado a las normas nacionales; lo que hacen es completarlas a medida que los mercados revisten una dimensión cada vez más europea. Normas comunes mínimas de seguridad de los productos y normativas comunes sobre la venta a distancia, el etiquetado y la prospección son algunas de las medidas introducidas para garantizar a los consumidores que van a recibir un producto de buena calidad, con independencia de su procedencia, y que las mercancías pueden circular libremente y sin trabas en el mercado único.

En lo que se refiere a la protección de los derechos de los consumidores europeos, la Comunidad se ha centrado en los siguientes campos:

-En primer lugar, la protección de la salud y la seguridad de los consumidores. Se ha aprobado una legislación sobre "seguridad general de los productos", que introduce una exigencia general de seguridad destinada a impedir la comercialización de productos peligrosos. Esta legislación completa los requisitos de seguridad

existentes, sirve como marco general para la fijación de normas de seguridad aplicadas a tipos específicos de productos y pretende que se exhiba una información completa sobre los posibles riesgos.

De ahí la existencia de reglamentos comunitarios para establecer normas sobre la inflamabilidad de los materiales utilizados en el mobiliario o minimizar los riesgos para la salud de los niños de todos los juguetes fabricados a partir de 1990. También se han aprobado normativas sobre experimentación, registro y exhibición de productos farmacéuticos, médicos y cosméticos. Por otra parte, próximamente, la Comisión Europea pretende prohibir todos los productos de belleza experimentados en animales en cuanto se encuentren métodos alternativos. Existen asimismo disposiciones comunitarias que regulan los electrodomésticos de gas y, dentro del mismo espíritu, controles sanitarios obligatorios y requisitos de etiquetado para los productos alimentarios y agrícolas.

-En segundo lugar, la Comunidad intenta proteger los intereses económicos de los consumidores, lo que ha dado lugar a: la prohibición, en el conjunto de la Comunidad, de la publicidad engañosa (ahora el anunciante publicitario deberá demostrar que la información facilitada es exacta); una directiva que prohíbe las condiciones abusivas en los contratos realizados con los consumidores; otra directiva que protege al consumidor ante las ventas a distancia, en los casos de telecompra y de venta por teléfono o por correspondencia y, por último, una directiva que garantiza una mayor transparencia y eficacia en las transferencias transfronterizas.

-En tercer lugar, el derecho de los consumidores a disponer de información comparativa, y de ahí la importancia que se da al embalaje y al etiquetado, incluyendo, según los casos, información sobre los precios, la seguridad, los ingredientes, los colorantes, los edulcorantes, los aditivos y las indicaciones "consumir antes de", entre otras cosas. Además, la Comisión Europea ayuda a las organizaciones de consumidores a realizar encuestas periódicas sobre los precios y tests comparativos de productos, que gozan de una amplia cobertura informativa tanto en las revistas del consumidor como en la prensa nacional.

La marca "conforme con las normas CE" garantiza que un producto está conforme con las normas europeas. No obstante, los gobiernos nacionales pueden prohibir cualquier producto considerado peligroso, aunque lleve esa marca. En tal caso, deben comunicar sus motivos a la Comisión Europea. Si, tras consultar a las partes afectadas, la Comisión considera que la acción adoptada está justificada, informará a todos los demás países comunitarios. Si, por el contrario, decide que se trata de una infracción a la normativa comunitaria relativa al libre comercio, puede llevarse el asunto ante el Tribunal de Justicia europeo.

Por consiguiente, es posible que las normas nacionales y comunitarias no coincidan, o que un Estado miembro considere que sus propias normas son superiores a las de la Comunidad y que sus consumidores están amenazados por productos de calidad inferior. Esto sucede generalmente cuando no existe todavía una norma europea adecuada. En ese caso, las normas nacionales suelen hacer las veces de disposición transitoria a la espera de la aprobación de la norma europea.

El derecho a la devolución del importe o a la compensación es un elemento indispensable de la protección del consumidor en derecho europeo. La primera posibilidad consiste en reclamar, según los casos, al concesionario, al fabricante o a quien ha prestado el servicio. En caso de que ello no funcione, el consumidor puede dirigirse a la organización de consumidores, a las instancias encargadas de arbitrar los conflictos en el sector en cuestión, al organismo de vigilancia de las empresas o al departamento de represión del fraude que se encuentre en su región. Si el asunto tiene implicaciones transfronterizas, el consumidor puede recurrir a algún centro de información del consumidor europeo.

Analizaremos pues brevemente los puntos más relevantes de las Directivas citadas al inicio de este tema.

En relación con la Directiva relativa a el etiquetado y presentación de los productos alimenticios (Directiva 2000/13) debe señalarse que éstos no deberán:

- 1) ser de tal naturaleza que induzcan a error al comprador, especialmente:
 - i) sobre las características del producto alimenticio y, en particular, sobre la naturaleza, identidad, cualidades, composición, cantidad, duración, origen o procedencia, y modo de fabricación o de obtención,
 - ii) atribuyendo al producto alimenticio efectos o propiedades que no posea,
 - iii) sugiriéndole que el producto alimenticio posee características particulares, cuando todos los productos, similares posean estas mismas características;
- 2) atribuir a un producto alimenticio propiedades de prevención, tratamiento y curación de una enfermedad humana, ni mencionar que el producto goza de tales propiedades.

Por regla general los productos comercializados en la UE deben contar en su etiquetado con las menciones siguientes:

- 1) la denominación de venta del producto;
- 2) la lista de ingredientes;
- 3) la cantidad de determinados ingredientes o categorías de ingredientes;
- 4) para los productos alimenticios preempacados, la cantidad neta;
- 5) *la fecha de duración mínima o, en el caso de productos alimenticios muy perecederos por razones microbiológicas, la fecha de caducidad;*
- 6) las condiciones especiales de conservación y de utilización;
- 7) el nombre o la razón social y la dirección del fabricante o del embalador o de un vendedor establecido dentro de la Comunidad;
- 8) el lugar de origen o de procedencia en los casos en que su omisión pudiera inducir a error al consumidor sobre el origen o la procedencia real del producto alimenticio y,
- 9) un modo de empleo en el caso de que, de no haberlo, no se pueda hacer un uso adecuado del producto alimenticio y,

Si la UE regula algún producto alimenticio en particular, por ejemplo tratándose de las organizaciones comunes de mercado, pueden exentarse algunos de estos requisitos o bien imponer otros adicionales por lo cual la Directiva 2000/13 es una norma de mínimos que deben ser observados y que solo podrán ser exentados por una disposición específica en contrario relativa al producto de que se trate.

En cuanto a la denominación conforme a la cual se debe comercializar un producto (denominación de venta), se admite la utilización en el Estado Miembro donde se vaya a comercializar el producto de la denominación de venta utilizada en el Estado de origen del producto. A menos que la denominación de venta del Estado de origen y destino fueran tan similares que no permitieran al consumidor saber ciertamente que el producto tiene un origen diverso.

Existe algunos casos en los cuales la Directiva prevé que no se requiere indicar cuales son los ingredientes utilizados en el producto. Los casos más relevantes son: hortalizas y verduras frescas, mantequilla, leche, nata, quesos o cualquier producto que en términos generales contenga tan sólo un ingrediente.

La cantidad utilizada por ingrediente también es necesario reseñarla en el etiquetado del producto, al igual que el contenido neto del mismo expresado en unidades de volumen o de peso. El contenido neto no debe expresarse cuando el producto esta sujeto a pérdidas considerables de volumen o cuando la cantidad neta sea inferior a 5 gramos.

Una característica importante de hacer notar es que el producto debe contener en su etiquetado todas las menciones de la Directiva 2000/13 expresadas en todos los lenguajes que se utilicen en los EEMM en donde el producto vaya a ser comercializado, esto es, por ejemplo si un producto va a ser utilizado en Alemania, Francia y España, el etiquetado del producto deberá mencionar todos los requisitos de la Directiva en alemán, francés y español. No se puede comercializar un producto en la UE cuyo etiquetado, si bien utilice un idioma oficial comunitario (existen 11 como debemos recordar), no utiliza el del lugar en donde el producto se comercializa.

Todas las indicaciones deben ser claramente legibles y no deben encontrarse cubiertas o tapadas de modo alguno de forma tal que se impida o dificulte su lectura o comprensión.

Finalmente cabe señalar en cuanto a esta Directiva que los EEMM no pueden adoptar disposiciones que vayan más allá de lo señalado en la Directiva comunitaria para esta materia y que sin embargo el Estado Miembro si puede adoptar medidas de etiquetado adicionales cuando se trate de casos de protección a la salud pública, represión del fraude y protección a los derechos de propiedad intelectual o industrial.

Podemos citar una sentencia del TJCE en materia de etiquetado de reciente cuño y es la sentencia Dega del 17 de septiembre de 1997, con base en la anterior Directiva 79/112, básicamente igual a la Directiva 2000/13 en esta materia.

La cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre la Provincia autonoma di Trento y el Ufficio del medico provinciale di Trento (Autoridad sanitaria de la Provincia de Trento) y la sociedad colectiva Dega di Depretto Gino (en lo sucesivo, «Dega») por haber infringido esta última la legislación italiana en materia de etiquetado.

Dega comercializa en Italia piñas envasadas en cuyas etiquetas sólo figuran el nombre y el domicilio del fabricante-embalador que está establecido fuera de la Comunidad.

El 13 de junio de 1988, se impuso a Dega una multa administrativa debido a que dichas etiquetas no contenían los datos de un operador económico establecido en la Comunidad.

En apoyo de dicha decisión, las autoridades administrativas de la Provincia de Trento se basaron en la letra h) del artículo 3 del Decreto del Presidente de la República n. 322, de 18 de mayo de 1982, según la cual, el etiquetado de los productos alimenticios deberá indicar, en particular, “el nombre o la razón social o la marca registrada y el domicilio del fabricante o del embalador o de un vendedor establecido dentro de la Comunidad Económica Europea”.

Dicha disposición adapta el Derecho italiano al punto 6 del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva cuyo texto francés establece:

“1.L'étiquetage des denrées alimentaires comporte, dans les conditions et sous réserve des dérogations prévues aux articles 4 à 14, les seules mentions obligatoires suivantes:

[...]

6)le nom ou la raison sociale et l'adresse du fabricant ou du conditionneur, ou d'un vendeur établi à l'intérieur de la Communauté.

[...]”

A diferencia del texto francés, la versión italiana de la Directiva no contiene una coma entre los términos

«conditionneur» [embalador] y «ou d'un vendeur établi à l'intérieur de la Communauté» [o de un vendedor establecido dentro de la Comunidad].

El Pretor de Rovereto estimó el recurso interpuesto por Dega contra la decisión de las autoridades administrativas de la Provincia de Trento y anuló la multa administrativa. Consideró que la expresión «establecido dentro de la Comunidad Económica Europea», utilizada por la letra h) del artículo 3 del Decreto n. 322, se refiere únicamente a la categoría de los vendedores, de modo que bastaba la única indicación, como en el caso de autos, del nombre y dirección del fabricante-embalador establecido en un país tercero.

En esta Sentencia el TJCE estimó que la Directiva tiene como objetivo principal permitir que el consumidor establezca contacto con uno de los responsables de la fabricación o la comercialización del producto para hacerle llegar, si procede, sus críticas positivas o negativas sobre el producto adquirido. Dicho objetivo sólo puede ser alcanzado si el responsable del producto es fácilmente identificable por el consumidor final. A este respecto, el fabricante y el embalador se distinguen de los vendedores. Los primeros son, en principio, los operadores económicos estables y fácilmente identificables, de modo que su posible localización fuera de la Comunidad no presenta dificultades. Por el contrario, los vendedores son generalmente operadores de envergadura económica más reducida y, por lo tanto, más difíciles de identificar, sobre todo, cuando están establecidos fuera de la Comunidad.

El TJCE consideró que esta es la razón por la cual el legislador comunitario estableció, por lo que respecta al etiquetado de los productos alimenticios, normas diferentes para los operadores económicos, según sean, por una parte, fabricantes o embaladores o, por otra, vendedores. Por lo que se refiere a los primeros, el etiquetado del envase puede indicar indistintamente los datos de un fabricante o de un embalador establecido o no en la Comunidad, mientras que para los segundos, el etiquetado sólo puede indicar los datos de un vendedor si está establecido en la Comunidad.

Otra Directiva importante es la 98/6 relativa a la protección de los consumidores en cuanto a la mención de los precios en los productos a comercializarse en territorio europeo. Esta Directiva tiene por objeto proteger a los consumidores y dotarlos de herramientas para que puedan comparar efectivamente precios entre productos similares por sus características.

El precio debe expresarse como precio de venta o precio por unidad de medida, claramente, de manera legible y de forma tal que, como mencionamos, permita a los consumidores comparar claramente diferentes precios entre productos similares. En cuanto a esta Directiva concluiremos mencionando que los EEMM tienen, además de las vías previstas en el propio derecho comunitario, la facultad de retirar de la circulación y multar a los comerciantes que incumplan con las disposiciones contenidas en estas dos Directivas.

A continuación analizaremos la Directiva 84/450 relativa a publicidad engañosa.

Se considera publicidad engañosa toda aquella publicidad que o bien induce o bien puede inducir al error a sus destinatarios y que por razón de su carácter engañoso puede alterar el comportamiento consumista de los consumidores.

Para determinar si una publicidad es engañosa se debe atender a diversos factores conforme a la Directiva 84/450, estos son:

- (1) Las características propias de los bienes o servicios tales como su disponibilidad, naturaleza, composición, fecha de elaboración, cantidad, forma de utilización, especificaciones, o las características esenciales de los controles de calidad que sobre el bien se hayan efectuado;
- (2) El precio y los modos de fijación del precio y,
- (3) La naturaleza y calidad del anunciante, tales como su identidad, patrimonio, derechos de propiedad intelectual a los cuales está facultado etc.

La Directiva establece la necesidad de que los EEMM creen vías de acceso legal a los consumidores para que puedan impugnar la publicidad engañosa, o bien, que se constituyan organismos administrativos que tengan por efecto vigilar la publicidad y evitar que la misma se distribuya conteniendo elementos engañosos que puedan alterar las elecciones que naturalmente efectuaría el consumidor.

La consecuencia de la publicidad engañosa, además de las sanciones administrativas a que pueda haber lugar, será que los tribunales o instancias administrativas instauradas a tal efecto ordenen cesar la misma y prohibir su exhibición futura, pudiendo tener tales medidas bien efecto provisional o definitivo.

La Directiva 84/450 también estimula la creación de órganos privados de autorregulación que vigilen que la publicidad que se emita en todas las ocasiones no sea viciada, engañosa, interesada o falsa.

Instaura también un procedimiento administrativo que deben contemplar las legislaciones de los EEMM conforme al cual se aporten pruebas por el anunciante en el sentido de determinar que su publicidad no es engañosa y en el caso de que ni lo pueda hacer se establece la presunción iuris tantum de que la publicidad tiende a resultar engañosa en perjuicio de los consumidores y, en consecuencia, debe retirarse.

La Directiva 85/374 establece los requisitos de seguridad que deben tener los productos o servicios que se comercialicen en el territorio de la UE.

El principio general es que el productor será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos.

La Directiva entiende por productor a la persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto, o bien, sin perjuicio de la responsabilidad del productor, toda persona que importe un producto en la Comunidad con vistas a su venta, alquiler, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución en el marco de su actividad comercial.

El perjudicado deberá probar el daño, el defecto y la relación causal entre el defecto y el daño. Si dos o más personas fueran responsables del mismo daño, su responsabilidad es solidaria.

En aplicación de la Directiva, el productor no será responsable si prueba que:

- a) no puso el producto en circulación;
- b) teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde;
- c) él no fabricó el producto para venderlo o distribuirlo de alguna forma con fines económicos, y que no lo fabricó ni distribuyó en el ámbito de su actividad profesional;
- d) el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los poderes públicos;
- e) en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto o,
- f) en el caso del fabricante de una parte integrante, el defecto sea imputable al diseño del producto a que se ha incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto .

La responsabilidad del productor no disminuye cuando el daño se causa conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero.

El término de prescripción de la acción para demandar el resarcimiento de los daños causados es de diez años contados desde el momento en que el productor puso el producto en circulación. Esta responsabilidad no se

excluye por virtud de cláusulas exoneratorias contenidas en los contratos por los cuales el consumidor adquiera el producto.

Concluiremos analizando la Directiva 92/59 relativa a la seguridad general de los productos comercializados en el territorio de la UE. Esta Directiva es supletoria en cuanto que la misma rige cuando no existan disposiciones específicas que determinen la seguridad a la que estarán sujetos productos o servicios determinados.

Para la Directiva un producto es seguro cuando bajo condiciones de utilización normales y previsibles el mismo no presenta ningún riesgo o solamente puede presentar riesgos de bajo nivel compatibles con la utilización normal del producto y teniendo en cuenta, particularmente las características del producto, su composición, embalaje y condiciones de ensamblaje.

Los productores tienen la obligación de proporcionar a los consumidores toda la información que resulte necesaria para la adecuada utilización del producto y mencionarles los casos de riesgo que pueden existir con la utilización del producto. Cuando un comerciante sospeche que su producto podría no ser seguro tiene la obligación de retirar el mismo del mercado a sus solas expensas.

Los EEMM tienen facultades de prohibir temporal o definitivamente la comercialización de productos que no sean seguros o cuando existan dudas con respecto a la seguridad que los mismos pueden ofrecer. También pueden impedir la distribución de un producto o lote de productos cuando tengan sospecha fundada de que los mismos podrían no cumplir con las normas de seguridad que les son aplicables.

DIRECTORIO
“ICC México Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio”.

Consejo Editorial.

Directora. Lic. Laura Altamirano López
Creación en formato electrónico. Pti. Alejandro Bosch Sánchez
Presidente ICC México. Ing. Guillermo Cadena Acevedo
Director Ejecutivo ICC México. Ing. Carlos Espinosa Castillo

ICC México Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio.- Es una publicación de análisis educativo, social, comercial, financiero, económico e internacional, exclusivo para socios del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Las ideas expuestas por nuestros colaboradores no corresponden necesariamente al pensamiento de ICC México. Su distribución es exclusivamente para socios activos de ICC México.

Copyright 2001 Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este documento puede ser reproducida o traducida en ninguna forma o por cualquier medio – gráfico, electrónico o mecánico, incluidas las fotocopias, grabaciones en disco o cinta, u otro sistema de reproducción – sin el permiso escrito de ICC México.

Título de la publicación: “ICC México Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.”

ICC México Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.

Revista Trimestral de diciembre 2001.

Editor Responsable. Lic. Laura Altamirano López

Número de certificado de reserva otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor: 04-2001-021211090100-106.

Número de Certificado de Licitud de Título: 11518

Número de Certificado de Licitud de Contenido: 8105

Domicilio de la publicación y del distribuidor: Av. De las naciones número 1 Col. Nápoles 03810, Oficina 20 Nivel 14, Edificio World Trade Center, México D.F.

Imprenta. SIGN asociados S.C. Pibres 74, Col. Del Valle, México D.F. 03100