



Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Derecho

**MODIFICACIÓN DEL AÑO 2005 A LA LEY
ALEMANA CONTRA RESTRICCIONES A LA
COMPETENCIA Y SU ADECUACIÓN AL DERECHO
DE LA COMUNIDAD EUROPEA**

Memoria para optar al grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor:

Héctor Vidal Häntsch

Profesor Guía:

Enrique Aimone Gibson

Valparaíso, 2008

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto exponer y presentar los aspectos más relevantes de una de las principales modificaciones de la Ley Alemana contra Restricciones a la Competencia, conocida internacionalmente por su sigla *GWB.*; que viene de su nombre en idioma alemán: *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.*

Esta última modificación, que tuvo lugar en el año 2005, fue motivada por una nueva regulación dictada en el ámbito europeo, el Reglamento del Consejo de la Comunidad Europea n. 1/2003. Este Reglamento del Consejo instauró el Sistema de exención legal y, a partir de él, consagró una serie de derechos y obligaciones necesarios para su implementación. A causa de esta modificación el legislador alemán se vio en la necesidad de adecuar su legislación y adaptarla al nuevo reglamento.

En el texto de la Memoria no abordé la modificación a cabalidad, sino que centré el estudio principalmente en las modificaciones que fueron necesarias para introducir en el derecho alemán el sistema de exención legal y asegurar su correcto funcionamiento sin que con ello se favorezca o facilite restringir la competencia. Dejé fuera de este trabajo las modificaciones meramente procesales, las que se referían a cuestiones administrativas y aquéllas que no guardaban relación directa con la inclusión del sistema de exención legal.

En cuanto a la estructura que he dado a la Memoria, ella consta de tres capítulos. En el primero, se expone el desarrollo histórico que ha tenido en Alemania la legislación que resguarda la competencia en los mercados. En el segundo, analicé las modificaciones al derecho material contra restricciones a la competencia. Y, en el tercero, se estudian las nuevas atribuciones que fueron entregadas a las autoridades anticartel para velar por el respeto a la ley y las sanciones civiles para el caso de contravención. En los capítulos segundo y tercero, además de tratar las nuevas normas se explica como eran éstas antes de ser modificadas, los motivos que llevaron a su modificación y de qué manera y en qué medida las nuevas normas se adaptaron a la regulación europea.

CAPÍTULO I

RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA EN EL DERECHO ALEMÁN

1. Actividades restrictivas de la competencia y actividades constitutivas de competencia desleal en el derecho alemán.

Tradicionalmente, la legislación alemana ha distinguido entre restricciones a la competencia y competencia desleal¹. Las actividades restrictivas de la competencia se encuentran reguladas y sancionadas por la Ley contra restricciones a la competencia², promulgada el 27 de julio de 1957, en rigor desde el 1 de enero de 1958. En tanto que, las actividades constitutivas de competencia desleal están reguladas y sancionadas por la Ley contra la competencia desleal³, promulgada el 7 de junio de 1909.

Ambas leyes contienen normas que regulan la competencia y ambas son indispensables en una significativa, detallada y sistemática regulación del proceso competitivo⁴. La *GWB*.

¹ Cfr. HEIDENHAIN, Martin; SATZKY, Horst; STADLER, Christoph, *German antitrust law*⁵ (Frankfurt am Main, 1999), p. 13.

² *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*, 27 de Julio de 1957, en *BGBl.* 1 (1957), pp. 1081 y ss.

³ *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, 3 de Julio de 2004, en *BGBl.* 1 (2004), pp. 1414 y ss.

⁴ BEIER, Friedrich-Karl, *The development and presents status of unfair competition law in Germany – An outline*, en *IRIPC.* (1973), p 83.

tiene como objetivo proteger el libre proceso de la competencia⁵, por ello se encarga de regular actividades o conductas que impidan, distorsionen o restrinjan la competencia en los mercados. Entre las restricciones horizontales a la competencia la *GWB.* regula: la formación de carteles, fijación de precios u otros términos o condiciones de negociación, intercambio de datos, acuerdos de estandarización, división de los mercados, negociaciones conjuntas y joint ventures, entre otros; en cuanto a restricciones verticales regula: la fijación de precios de reventa, contratos de licencia, el abuso de los acuerdos de comercio exclusivo, las restricciones en el uso o distribución de las mercancías suministradas y las ventas atadas, entre otros; también regula el abuso de posición dominante y establece una serie de reglas para determinar cuando existe una posición de dominio de mercado, contiene además presunciones al respecto; regula también los boicots; las prácticas discriminatorias, entre otras. La *UWG.*, en tanto, tiene como objeto la prevención de prácticas comerciales antiéticas o desleales⁶ y la sanción de este tipo de prácticas⁷. Entre las conductas reguladas por la *UWG.* se encuentran: actos de comparación, publicidad engañosa, violación de secretos, acoso a consumidores (*Ej:* oferta por vía telefónica, fax o correo electrónico) y, en general, prohíbe todo acto de competencia desleal que perjudique la competencia y cause un perjuicio grave a los competidores, consumidores u otros participantes del mercado, art. 3⁸.

⁵ MÖSCHEL, Wernhard, *The goals of antitrust revisited*, en *JITE*. 147 (1991) 1, p. 9.

⁶ HEIDENHAIN, Martin; SATZKY, Horst; STADLER, Christoph, cit. (n. 1), p.13 y BEIER, Friedrich-Karl, cit. (n. 4), p 82 - 83.

⁷ Al respecto, la *UWG* contiene una serie de sanciones para el caso de contravención a sus normas las cuales van desde penas de multa a penas prisión de hasta tres años arts. 16 – 19.

⁸ Art. 3 “*Verbot unlauteren Wettbewerbs. Unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen, sind unzulässig*”.

Se debe tener presente que algunas prácticas comerciales pueden encontrarse prohibidas por ambos cuerpos legales (*Ej*: ciertos tipos de abuso de posición dominante) en ese evento, y según el caso, serán sancionadas por cualquiera de las dos leyes o bien por ambas⁹, empero, lo prohibido por una no puede ser permitido por la otra¹⁰.

Tanto la libre competencia como la lealtad al competir, fueron protegidas, por primera vez, mucho antes de que se dictaran en Alemania la *GWB*. y la *UWG.*, actualmente vigentes. La primera legislación que se encargó de regular materias atinentes a la competencia fue la Ley de lucha contra la competencia desleal¹¹, promulgada el 27 de mayo de 1896. Esta ley sólo reguló algunas conductas constitutivas de competencia desleal, tales como: publicidad engañosa, actos de comparación, uso fraudulento de la razón social y revelación de secretos comerciales¹². Todas ellas se mantuvieron en la *UWG*. Una fuerte crítica que se hizo a la ley de 1896 fue el carecer de una norma general que castigara todo acto de competencia desleal; para algunos ese tipo de norma era considerada indispensable para proveer una solución adecuada en este tipo de materias¹³. Con anterioridad a 1896 las conductas constitutivas de competencia desleal no tenían regulación. Ello condujo a que, en ese período, sólo hubiera una escasa protección fundada en la Ley de marcas comerciales de 1874. Esta ley sólo brindaba un grado menor de protección a las marcas registradas, grado que se acentuó con el pronunciamiento de la Corte Suprema en una sentencia dictada el 30 de diciembre de 1880 en la cual dijo que esta ley no consagraba una acción por daños

⁹ HEIDENHAIN, Martin; SATZKY, Horst; STADLER, Christoph, cit. (n. 1), p. 13.

¹⁰ Vid. BAUMBACH, Adolf; HEFERMEHL, Wolfgang, *Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht*⁸ (Munich, 1960), pp. 34 – 38.

¹¹ *Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs*, 27 de Marzo de 1896, en *RGBl.* (1896) p. 145.

¹² BEIER, Friedrich-Karl cit. (n. 4), pp. 78 - 79.

¹³ Vid. KOHLER, Joseph, *Der unlautere Wettbewerb* (Berlín, 1914), pp. 62 – 63.

basados en actos de competencia desleal¹⁴. La cuestión experimentó una notable mejoría con la promulgación del Código Civil¹⁵, el primero de enero de 1901; sus Arts. 823 y ss. junto a la Ley de lucha contra la competencia desleal, la Ley de marcas comerciales y a la sentencia dictada el 11 de abril de 1901 por la Corte Suprema en la cual dictaminó que el art. 826 del *BGB.*, que establece la obligación de indemnizar los perjuicios causados por contravenir intencionalmente las buenas costumbres, se extendía a todos los actos en los que hubiera un daño intencional, incluso actos de competencia desleal¹⁶. De esta forma se llegó a un criterio genérico¹⁷ para sancionar las conductas constitutivas de competencia desleal. Posteriormente, en 1909, se promulga la actual UWG.

2. Desarrollo histórico de la legislación sobre restricciones a la competencia.

Antes de que se promulgara en Alemania la primera ley sobre restricciones a la competencia hubo sólo un grado menor de tutela legal frente a conductas que la restringieran o impidieran. En sus inicios la legislación alemana giró en torno a la regulación y control de los carteles. El art. 1 del Código de Comercio (*GO*)¹⁸, promulgado en 1869, tuvo la potencialidad de asegurar la libre competencia al establecer la garantía de libre comercio; empero, ello no tuvo lugar y él no fue usado en contra de la proliferación de

¹⁴ BEIER, Friedrich-Karl, cit. (n. 4) p 78 y KOHLER, Joseph, cit. (n. 13), p. 63.

¹⁵ *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, 1900.

¹⁶ BEIER, Friedrich-Karl, cit. (n. 4), p. 79.

¹⁷ El concepto jurídico indeterminado “buenas costumbres” (*guten Sitten*) paso a ser y se mantuvo como cláusula general en el art. 1 de la *UWG* hasta la modificación de 3 de Julio de 2004 en la cual se eliminó y sustituyó por el concepto “actos de competencia desleal” (*unlautere Wettbewerbshandlungen*), art. 3.

¹⁸ *Gewerbeordnung (GO)*, 1869.

carteles producida durante los años siguientes a su promulgación¹⁹. El aumento de ellos se justificó, aún más, con el famoso pronunciamiento de la Corte Suprema del Imperio Alemán²⁰ en el caso “*Asociación de productores Saxon Woodpulp*” en la cual dijo que la garantía de libre comercio consagrada en el art. 1 del *GO*. daba derecho a los competidores para realizar acuerdos en los cuales se regulara la producción y distribución de bienes, e incluso que tales acuerdos pueden resultar beneficiosos para el interés general. Ello ocasionó una disminución de la competencia y un incentivo para la formación de carteles. La promulgación del *BGB.*, art. 823 y ss., en especial art. 826, sirvió sólo en menor medida para controlar las prácticas que envolvieran restricciones a la competencia²¹, limitado a aquellos casos en que hubiera un perjuicio causado por transgredir las buenas costumbres.

a) Primera legislación sobre restricciones a la competencia, República de Weimar (1913 – 1933).

Durante este período se pueden diferenciar dos fases. La primera de ellas (1918 – 1923) está marcada por un fuerte incentivo hacia la formación de carteles. La revolución socialista de 1918 trajo consigo, entre otros, una forma de organización basada en la existencia de

¹⁹ A fines del S. XIX existían aprox. 500 carteles y en la década del 20 se habla ya de la existencia de más de 2500. Datos tomados de: AUDRETSCH, David, *Legalized cartels in West Germany*, en *TAB*. 34 (1989) p. 578 y MANOW, Philip, *Wage Coordination and the Welfare State: Germany and Japan Compared*, MPIfG (ed.), Working Paper 00/7 (Colonia, 2000), pp. 16 – 17.

²⁰ Sentencia del *Reichsgericht* de 4 de Febrero de 1897 cit. por, entre otros, MÖSCHEL, Wernhard, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen* (Köln, 1983) p. 20; NÖRR, Knut Wolfgang, *Law and market organization: The historical experience in Germany from 1900 to the law against restrains of competition (1957)*, en *JITE*. 151 (1995) 1, p. 7 y HEIDENHAIN, Martin; SATZKY, Horst; STADLER, Christoph, cit. (n. 1), p. 13.

²¹ Cfr. HEIDENHAIN, Martin; SCHNEIDER, Hannes, *German antitrust law*⁴ (Frankfurt am Main, 1991), p. 18.

entidades autogobernadas pero políticamente controladas. En lo que respecta a la formación y proliferación de los carteles, ella se vio favorecida por aquella forma de organización y por ser estos considerados, según dice Knut Wolfgang Nörr²², como el camino a la economía transnacional. Se llegó incluso al extremo que si las compañías no se fusionaban el gobierno podía forzarles a ello²³; se estima que existían en 1922 alrededor de 1000 carteles²⁴.

La segunda fase (1923 – 1933) se caracteriza por el intento de controlar el alto poder económico que alcanzaron los carteles y facilitar el éxito de la reforma monetaria de 1923. Este período comienza con la promulgación de la normativa que marcará el nacimiento de la regulación contra restricciones a la competencia en Alemania, el Decreto contra el abuso de poder económico²⁵, en Noviembre de 1923. El Decreto fue una consecuencia de la crisis hiperinflacionaria en que cayó Alemania en 1923. El gobierno buscó por medio de esta ley evitar que los carteles abusaran de su poder económico y, en especial, controlar los precios que fijaban con el objeto de evitar que el riesgo derivado de la hiperinflación fuera traspasado a los consumidores²⁶, práctica que se había hecho habitual entre los carteles de la época. El decreto contenía una norma general que prohibía poner en peligro la economía nacional o el bienestar público; si ello tenía lugar, el ministro de economía podía solicitar la nulidad del cartel, asociación o la conducta ejecutada; el art. 4 contenía ejemplos de puesta

²² NÖRR, Knut Wolfgang, *Law and market organization: The historical experience in Germany from 1900 to the law against restrains of competition (1957)*, en *JITE*. 151 (1995) 1, p. 9.

²³ *Ibid.*

²⁴ AUDRETSCH, David, *Legalized cartels in West Germany*, en *TAB*. 34 (1989), p. 8.

²⁵ *Die Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellung*, 2 de Noviembre de 1923, en *RGBl*. 1 (1923), pp.1067 y ss.

²⁶ KÜHN, Kai-Uwe, *Germany*, en RICHARDSON, David – GRAHAM, Edward (ed.), *Global Competition Policy* (Londres, 1997), p. 116.

en peligro de la economía. Una de las formas en que lo antedicho podía tener lugar era por medio de acuerdos de precios cuyo objeto fuere aumentarlos para precaver ciertos riesgos²⁷; también se creó un Tribunal de carteles²⁸ ante el cual se debían sustanciar todos los asuntos relacionados con los carteles y con la aplicación del decreto. La normativa no tuvo por objeto terminar o disminuir el número de carteles existentes; es más, ellos eran legales y tenían valor jurídico en la medida que fueren celebrados por escrito y no pusieran en peligro la economía nacional o el bienestar público, sino que fue, más bien, una medida de emergencia para ayudar a controlar la crisis inflacionaria que tenía lugar.

A comienzos de la década del 30, se promulgaron otras tres leyes que también tuvieron por objeto regular materias relacionadas con las restricciones a la competencia, ellas fueron: el Decreto para la eliminación del estado de emergencia financiero, económico y social, en especial, Párrafo quinto: Prevención de fijación de precios de reventa no rentables²⁹, Decreto de implementación sobre cancelación y prohibición de fijación de precios de reventa³⁰ y el Decreto sobre fijación de precios de reventa de bienes de marca³¹.

b) Situación durante el gobierno Nacional-Socialista (1933-1945).

En lo que a política económica respecta, el gobierno nacional socialista se caracterizó por imponer una economía centralmente planificada. Durante esta época la libre competencia

²⁷ Art. 4 inc. 2.

²⁸ *Das Kartellgericht*.

²⁹ *Die Verordnung zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände*. Esp. Párrafo quinto: *Verhütung unwirtschaftlicher Preisbindungen*, 26 de Julio de 1930, en *RGBl*. 1 (1930), p. 311.

³⁰ *Die Ausführungsverordnung über Aufhebung und Untersagung von Preisbindungen*, 30 de Agosto de 1930, en *DR-PS* n. 205.

³¹ *Die Verordnung über Preisbindungen für Markenwaren*, 16 de Enero de 1931, en *RGBl*. 1 (1931), p. 12.

fue inimaginable, de hecho, los carteles fueron considerados un medio para llevar a cabo la planificación económica y soportar la industria de armamentos, por estos motivos casi todas las compañías fueron forzadas a cartelizar³². Para facilitar su formación y desarrollo, se dictaron algunas leyes cuyo objeto era la cartelización y la regulación de los carteles. Entre las normas que fueron promulgadas en este período destacan: la Ley sobre el establecimiento de carteles obligatorios³³, el Decreto complementario del Decreto sobre fijación de precios de reventa y contra el encarecimiento de las provisiones³⁴ y el Decreto sobre fijación de precios de reventa³⁵. Por otro lado, mercados de materias primas estratégicas, controlados por empresas extranjeras con inversiones en Alemania, tales como: Dunlop Rubber Company, Anglo – Persian Oil Company, Lancashire Cotton Corporation (mercados de caucho, combustibles y textiles, respectivamente), fueron intervenidos por constituir sectores de importancia en la organización de los preparativos para la guerra³⁶. En otros mercados, como el de alimentos, el gobierno simplemente discriminó en favor de empresas nacionales, en perjuicio de las extranjeras instaladas en el país³⁷.

c) Cambios después de la II Guerra Mundial (1945-1957).

³² SCHWALBACH, Joachim; SCHWERK, Anja, *Stability of German cartels* (Berlín, 1998), p. 4.

³³ *Das Gesetz über die Errichtung von Zwangskartellen*, 15 de Julio de 1933, en *RGBl.* 1 (1933), pp. 488 y ss.

³⁴ *Die Verordnung zur Ergänzung der Verordnung über Preisbindungen und gegen Verteuerung der Bedarfsdeckung*, 29 de Marzo de 1935, en *RGBl.* 1 (1935), p. 488.

³⁵ *Die Verordnung über Preisbindungen*, 23 de Noviembre de 1940, en *RGBl.* 1 (1940), p. 1573.

³⁶ Vid. FORBES, Neil, *Doing business with the Nazis: Britain's economic and financial relations with Germany* (Londres, 2000), pp. 141 – 161.

³⁷ *Ibid.* p. 139.

Al término de la Segunda Guerra Mundial, el 8 de Mayo de 1945, el control de la economía alemana fue tomado por los aliados y, para objeto de su administración, el territorio alemán fue dividido en tres áreas de control, las cuales permanecieron a cargo de los gobiernos de Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña. En el plano económico, “La intención de los Aliados fue la descentralización de la economía alemana y restauración de la competencia”³⁸, una de las formas para alcanzarlo fue prohibiendo estrictamente todos los monopolios y acuerdos de cooperación. Para tal efecto, se dictó en cada uno de los sectores una Ley de descartelización³⁹, basada principalmente en la normativa estadounidense sobre la materia, se habló incluso de una recepción de derecho americano⁴⁰. El objeto de estas leyes iba mucho más allá de eliminar los carteles; buscaban, también, eliminar todo tipo de acuerdos monopolísticos o restrictivos de la competencia, puesto que todos ellos eran considerados como potencial instrumento de agresión política o económica⁴¹.

Con el levantamiento de la prohibición de elaborar una ley propia contra restricciones a la competencia, que había sido impuesto en 1948 por parte de los aliados, se da inicio, en 1949, a una ardua tarea, encabeza por Ludwig Erhard, ministro de economía durante el gobierno de Konrad Adenauer, cuyo objeto era la elaboración de una ley alemana contra restricciones a la competencia. La intención de Erhard era la consolidación de una ley que contemplara una estricta prohibición de todas las manifestaciones de poder económico (en especial, los carteles) y la creación de una oficina anticartel que prohibiera la fijación de precios de reventa. Así las cosas, se elaboró el primer proyecto de ley, conocido como

³⁸ SCHWALBACH, Joachim – SCHWERK, Anja, cit. (n. 32), p. 4.

³⁹ *Dekartellisierungsgesetz*. En el sector estadounidense, Das Gesetz n. 56, 28 de Enero de 1947, en AMD-AK. n. C, pp. 2 y ss.; sector británico, *die Verordnung* n. 78, de 1947, en AMD-BK., pp. 412 y ss.; sector francés, *die Verordnung* n. 96, 9 de Junio de 1947, en AFOD., pp. 784 y ss.

⁴⁰ BAUMBACH, Adolf – HEFERMEHL, Wolfgang, cit. (n. 10), pp. 28, 1210 – 1211.

⁴¹ Cfr. *Das Gesetz* n. 56, mensaje y art. 1.

Proyecto Joesten⁴², en el cual se establecían cada uno de los requerimientos de Erhard. En él trabajaron, entre otros, Paul Joesten y Franz Böhm, los cuales elaboraron un proyecto de ley en el que se estableció una prohibición expresa de todo tipo de carteles, de la cual sólo estaban excluidos: el Banco Central, los bancos de los *Länder* y el Instituto de Crédito para la Reconstrucción⁴³; prohibía la fijación de precios de reventa y creaba una oficina anticartel que operaría independientemente del Ministerio de Economía y además investigaría, juzgaría y sancionaría las transgresiones a la ley⁴⁴. Este proyecto fue objeto de mucha controversia y tuvo gran rechazo por parte de algunos sectores, el más fuerte fue el impulsado por la Asociación Nacional de la Industria Alemana⁴⁵ y por el presidente del *Bundestag* y del Comité de Política Económica de la *CDU*⁴⁶, Franz Etzel. En definitiva el proyecto no prosperó y Erhard se vio obligado a comenzar a trabajar en uno nuevo. Pero él no estaba dispuesto a sacrificar todas sus ideas en torno a qué debía contener una ley contra restricciones a la competencia; por ello en junio de 1950 encarga a Eberhard Günther y Roland Risse elaborar un nuevo proyecto, pero conservando una prohibición general de formación de todo tipo de carteles. Günther, por su parte, consideraba que algunos acuerdos o restricciones a la competencia podían ser beneficiosos para el consumidor, por tal motivo,

⁴² Lit. VAN HOOK, James, cit. *Rebuilding Germany: The creation of the social market economy* (Cambridge, 2004), pp. 236 – 250.

⁴³ *Kreditanstalt für Wiederaufbau*.

⁴⁴ Joesten y Böhm justificaron la creación de este organismo argumentando que el Ministerio de Economía no había sido capaz de aplicar debidamente el Decreto de 1923 debido a que no pudo soportar las presiones políticas de que fue objeto.

⁴⁵ *Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)*. Esta organización fue fundada en 1949 para representar a la industria alemana en materias globales de política económica y jugó un importante rol en el debate en torno a la ley sobre restricciones a la competencia, principalmente por medio del *Institut der Deutschen Industrie*, fundado por ellos mismos.

⁴⁶ *Christisch - Demokratische Union*.

creía que el proyecto debía incluir la posibilidad de que ellos fueran permitidos por las autoridades. Él consideraba que una prohibición absoluta de cada cartel o monopolio era algo temerario, puesto que no todo acuerdo que restringiera la competencia sería necesariamente dañino⁴⁷. Así las cosas, se elaboró un proyecto en el cual había una prohibición general a la formación de carteles, pero establecía un importante número de excepciones, tales como: carteles de racionalización, acuerdos respecto de las condiciones de venta al por mayor, fijación de precios de reventa y acuerdos de precios en casos de fuerte caída de la demanda; también creaba una Oficina de Carteles⁴⁸. Este fue el proyecto oficial que en definitiva sería presentado al gabinete el 25 de febrero de 1952. Nuevamente hubo fuerte oposición a él, esta vez por parte de los ministros de finanzas, Fritz Schäffer, y el de transporte Hans-Cristoph, quienes querían que se incluyeran más excepciones en áreas específicas como la banca, seguros y empresas públicas; todas las peticiones fueron aceptadas.

La oposición más fuerte fue la ejercida por el *BDI*. Ellos no querían que se estableciera una prohibición general de formación de carteles, sino que deseaban que se estableciera una cláusula similar a la del Decreto de 1923, en la cual se permitiera la formación de carteles y se sancionara sólo el uso abusivo del poder económico alcanzado. Los carteles serían legales, a menos que se demostrara tal abuso. Tampoco les agradaba la idea de crear una Oficina de Carteles, la calificaban como una forma de aumentar la burocracia y de socavar la libre competencia. Nuevamente, el proyecto fracasó, al sucumbir a las presiones ejercidas por la *BDI*.

⁴⁷GÜNTHER, Eberhard, *Unterschiede des Gesetzentwurfs zur Sicherung des Leitungswettbewerbs und des Gesetzentwurfes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, en *BA*, B 102/17075, cit. por VAN HOOK, James, cit. (n. 44), p. 248

⁴⁸ *Kartellamt*.

Aprovechando la situación económica de 1956⁴⁹, Erhard vuela a enviar el proyecto elaborado por Günther y Risse al *Bundestag*. Esta vez, el proyecto contenía muchas de las exigencias planteadas por el *BDI*, ellos renunciaron a insistir en sacar la prohibición general de los carteles, pero lograron que se agregara, que ella tenía lugar sólo en la medida que los carteles tuvieran un impacto negativo en el orden competitivo; también lograron que se estableciera un alto número de excepciones, las cuales convirtieron en ilusoria la prohibición; además pudieron sacar del proyecto el proceso de control de fusiones y reemplazarlo por una débil regulación, consistente sólo en derechos de información, se ha dicho que éste fue el mayor logro obtenido por el *BDI*. y, a su vez, el déficit más notable de la ley⁵⁰.

Finalmente, el proyecto fue aprobado por el *Bundestag* y por el *Bundesrat*, en Julio de 1957.

d) Regulación en la república Federal Alemana (1958-1998). Ley contra restricciones a la Competencia y sus modificaciones hasta 1998.

El 1° de Enero de 1958 se inicia una nueva etapa en el Derecho de la competencia alemán: entró en vigencia la Ley contra Restricciones a la Competencia.

Como hemos visto, diez años de discusión, debate y negociación antecedieron la promulgación de esta normativa. Resultado: se llegó a una ley sin precedentes, en lo que a política de competencia alemana respecta, basada en parte en la tradición jurídica estadounidense, principalmente contenida en la *Sherman Act*, pero respetando, en algunos aspectos, la tradición alemana, lo que queda de manifiesto en la serie de excepciones

⁴⁹ En el oeste de Alemania se había alcanzado pleno empleo. Ello hizo temer que los trabajadores se unieran en busca de alzas de sueldo más allá de los incrementos en la productividad. Esto fue considerado como un potencial riesgo inflacionario.

⁵⁰ NÖRR, Knut Wolfgang, cit. (24), p. 19, MÖSCHEL, Wernhard, *Law and market organization: The historical experience in Germany from 1900 to the law against restrains of competition (1957)*, en *JITE*. 151 (1995) 1, p. 23.

instituidas para específicos tipos de carteles y en el mantenimiento de instituciones como la fijación de precios de reventa. Es tal la importancia que se le ha atribuido a esta ley, que más allá de considerársele tan sólo como una ley que regula la competencia, se ha llegado a considerar que ella, en palabras de Van Hook⁵¹, “*representa el fundamento ideológico de la economía social de mercado*”.

La *GWB.* de 1958, a pesar de constituir un gran avance en regulación contra restricciones a la competencia, tenía notables fallas. Con el pasar de los años y en las siete modificaciones que hasta la fecha han tenido lugar, muchas de sus normas han sido modificadas y adaptadas a los requerimientos del mercado o bien a las normas de la *CE.*

En cuanto a acuerdos horizontales, contenía una norma general en la que los declaraba ineficaces si ellos eran aptos para eliminar o restringir la competencia⁵², pero al mismo tiempo contenía una serie de normas en las cuales hacía excepción a esa regla general y permitía específicos tipos de carteles, a su vez, se exceptuaban también algunos importantes sectores de la economía tales como bancos, seguros, industria del transporte y empresas de servicios domiciliarios (agua, luz, gas) a los cuales se les aplicaba un régimen especial contemplado en la misma ley o en normas especiales de cada sector.

En lo que a precios respecta, la ley permitía la fijación de precios de reventa de bienes de marca; cualquier otro acuerdo en relación a ellos, estaba prohibido.

Se creó también la Oficina Federal de Carteles⁵³, ubicado originalmente en Berlín (desde 1989 en Colonia), y se lo dotó de facultades para investigar las conductas que atentaran contra a libre competencia, empero, las facultades para investigar prácticas abusivas de empresas con posición dominante, fueron menores⁵⁴.

⁵¹ VAN HOOK, James, cit. (n. 44), p. 291.

⁵² En 1998 ese tipo de acuerdos se prohíben expresamente.

⁵³ *Bundeskartellamt, (BundKA).*

⁵⁴ HEIDENHAIN, Martin; SATZKY, Horst; STADLER, Christoph, cit. (n. 1), p. 15.

La *GWB.* de 1958 no se mantuvo invariable, sino que ha sido modificada en siete ocasiones, en los años 1965, 1973, 1976, 1980, 1989, 1998 y 2005. En términos generales, estas modificaciones tuvieron como objeto dar a las autoridades más medios de control, disminuir la evasión del control de fusiones, aumentar el control sobre empresas con dominio de mercado a objeto de evitar abusos de posición dominante, aumentar los poderes del *BundKA.* y adaptar a la normativa de la *CE.* Entre todas ellas destacan las modificaciones de 1973, 1980, 1998 y 2005.

La modificación de 1965⁵⁵, amplió la excepción de carteles de estandarización y creó la de carteles de especialización.

La modificación de 1973⁵⁶ es particularmente importante debido a que, entre otros, instituyó el control de fusiones (16 años antes de que se contemplara en la normativa comunitaria⁵⁷) y término con la facultad de fijar los precios de reventa de los bienes de marca.

Como decíamos, el cambio más importante de la ley fue la introducción de un procedimiento de control de fusiones⁵⁸. Dos procedimientos de control fueron instituidos: Uno, exigía notificación previa de la intención de dos o más empresas de fusionarse y el otro, una notificación posterior, según cual fuera el monto de las ventas consolidadas en el último año de ejercicio. La obligación de notificar dependía del incremento de la cuota de mercado que se alcanzaría producto de la fusión, del número de trabajadores o bien del monto de las ventas en el último año. El *BundKA.* debía prohibirla, si como resultado de la fusión se creaba o aumentaba una posición dominante, a menos que se tratara de una fusión

⁵⁵ 15 de Septiembre de 1965, en *BGBI.* 1 (1965) pp. 1363 y ss.

⁵⁶ 3 de Agosto de 1973, en *BGBI.* 1 (1973) pp. 917 y ss.

⁵⁷ Por primera vez en: Reglamento del Consejo nº 4064/89, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas.

⁵⁸ Cfr. MARKERT, Kurt, *The new german antitrust reform law*, en *TAB.* 19 (1974) 1, p. 136.

de poca importancia económica o que las empresas que se fusionaban probaran que ello traería consigo una mejoría de la competitividad, reduciéndose así las ventajas de la posición de dominio alcanzada. La ley estableció presunciones de casos en los cuales se creaba o ampliaba una posición dominante, basadas en la cuota de mercado y tamaño de la empresa (en consideración a sus ventas).

Esta modificación, además, puso fin a la posibilidad de fijar precios de reventa de los bienes de marca, dejando sólo la posibilidad de una recomendación de carácter no vinculante. La única excepción que permaneció es la facultad de fijar los precios de reventa de publicaciones tales como libros, revistas, periódicos, etc.⁵⁹.

La reforma también introdujo la prohibición de prácticas concertadas, poniendo término a un vacío legal que había sido ratificado por la Corte Suprema⁶⁰, en 1970, al decir que las restricciones horizontales a la competencia estaban sujetas a la regla del art. 1 de la *GWB*. sólo si las partes habían celebrado un acuerdo vinculante que constituyera un contrato en los términos del *BGB*., art. 146 y ss., es decir, por escrito. Todos los demás estaban fuera del ámbito de la *GWB*., independientemente de sus efectos en la competencia. Primó ahora el comportamiento de los involucrados, por sobre el contenido de sus contratos. Por último, se ampliaron las presunciones de dominio de mercado, incluyéndose el concepto de posición superior de mercado y la presunción calificada de oligopolio; se ampliaron las facultades de las autoridades anticartel y se le dieron al *BundKA*. facultades para prohibir ciertos tipos de conductas restrictivas *Ej.*: Se le entregó la facultad de prohibir la fijación de precios de reventa, presentes o futuros, de publicaciones si el precio fijado constituía un abuso por parte de la empresa fijadora; la ley estableció ejemplos de casos en los cuales existía abuso.

⁵⁹ Lit. MACLAREN, Malcolm, *Is the Price Right: The European Competition Law Dispute over National Systems of Fixed Book Prices*, en *GLJ*. 2 (2001) 13.

⁶⁰ *Bundesgerichtshof*, 17 de Diciembre de 1970, en *WuW*. (1970), pp. 1147 – 1159.

La modificación de 1976⁶¹, al igual que la de 1965, fue menor. De ella, destaca solamente el endurecimiento del control de fusiones respecto de empresas de publicación, producción o distribución de periódicos.

Otra de las modificaciones importantes es la que tuvo lugar en 1980⁶². Con ella se intentó, principalmente, endurecer el control de fusiones⁶³ y ampliar los poderes del *BundKA*. En lo que respecta al control de fusiones, se amplió el requerimiento de notificación previa de la fusión, modificándose la forma en que se calculaba qué empresas quedaban sujetas a él; se modificó también la llamada cláusula de los efectos menores⁶⁴ agregándose una medida máxima de la empresa adquirente para poder exceptuarse del control; antes la calificación era sólo en consideración de la empresa adquirida⁶⁵. En la misma materia, se ampliaron las facultades del *BundKA*. para prohibir ciertas fusiones, al incorporarse a la ley tres nuevas presunciones de creación o ampliación de posición dominante, en tales casos, y por ese sólo motivo, el organismo podía prohibirlas.

El *BundKA*. tenía la facultad de prohibir prácticas abusivas de empresas con dominio de mercado, con la modificación se agregaron a la ley definiciones de específicas formas de prácticas abusivas, y se incorporó además el principio según el cual existe una práctica abusiva si una empresa se comporta de forma distinta a la que tendría bajo efectiva competencia⁶⁶.

⁶¹ 28 de Junio de 1976, en *BGBI.* 1 (1976), pp. 1697 y ss.

⁶² 26 de Abril de 1980, en *BGBI.* 1 (1980), pp. 458 y ss.

⁶³ Cfr. RIESENKAMPPFF, Alexander, *The 1980 amendment and other recent developments in german antitrust law*, en *TIL.* 15 (1981), p. 616.

⁶⁴ *Bagatellklausel.*

⁶⁵ Vid. RIESENKAMPPFF, Alexander cit. (n. 65) pp. 616 – 617 y RIESENKAMPPFF, Alexander – GRES, Joachim, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Colonia, 1977), p. 104.

⁶⁶ RIESENKAMPPFF, Alexander cit. (n. 65), pp. 619 – 620.

Se establecieron también controles más rigurosos a empresas con fuerte poder de demanda. En orden a facilitar la determinación de un fuerte poder de demanda por parte del *BundKA.*, se introdujo una presunción según la cual existía dependencia de un oferente a un comprador, o bien, relativo poder de mercado de un comprador sobre un oferente si aquél, además de los descuentos acostumbrados u otras remuneraciones por intercambio obtiene regularmente beneficios que no son garantizados a otros compradores de la misma clase de bienes. A su vez, se introdujo una prohibición expresa de prácticas discriminatorias a oferente por parte de empresas con posición dominante de mercado y empresas con fuerte poder de mercado.

Por último, se dio al *BundKA.* la facultad de controlar abusos y, eventualmente, prohibir el uso de recomendaciones no vinculantes de precios⁶⁷; se modificaron algunas normas relativas a sectores específicos (banca, seguros y compañías de utilidad pública) que tendieron a disminuir el grado de excepción a la aplicación de la *GWB.* Por último, se incrementó el monto de las multas administrativas por violaciones a la ley, pasándose de un máximo de 100.000 DM a 1.000.000 DM; la suma podía aumentar hasta un monto equivalente a tres veces la ganancia obtenida como resultado de la trasgresión.

En 1989⁶⁸ tuvo lugar una nueva modificación de la *GWB.*, entre otros, se creó una nueva excepción a la prohibición de carteles al incorporarse la posibilidad de formar carteles de compra por parte de pequeñas y medianas empresas, de ésta forma se puso fin a la amplia interpretación dada al art. 1 que, hasta esa fecha, había afectado adversamente los intereses de ese tipo de empresas⁶⁹. Se estrechó la prohibición de discriminar contra empresas dependientes estableciéndose que oferentes y compradores están protegidos contra prácticas discriminatorias sólo si ellos son pequeñas o medianas empresas. Se modificó el

⁶⁷ En la reforma de 1973 ésta posibilidad quedó limitada sólo a los bienes de marca.

⁶⁸ 22 de Diciembre de 1989, en *BGBl.* 1 (1989) pp. 2486 y ss.

⁶⁹ HEIDENHAIN, Martin; SCHNEIDER, Hannes, *German antitrust law*⁴ (Frankfurt am Main, 1991), p. 39.

alcance del control de fusiones, requiriéndose notificación de ellas sólo en consideración al monto de las ventas de las empresas participantes en la fusión; se introdujeron nuevas normas de procedimiento y se instauró la protección de secretos comerciales en los procesos judiciales. Por último, se vuelven a modificar reglas de sectores específicos, tales como: transporte, banca, seguros y empresas de servicios de utilidad pública.

Una de las más profundas reformas de la *GWB.*, fue publicada el 26 de Agosto de 1998⁷⁰ y entró en vigencia el 1 de Enero de 1999. La modificación tuvo tres grandes objetivos: fortalecer el principio de competencia, armonizar el derecho alemán con el derecho europeo y reordenar la ley⁷¹. El fortalecimiento del principio de competencia se tradujo en la adopción de reglas más estrictas provenientes del derecho europeo, en particular: la introducción de una verdadera prohibición de carteles⁷², prohibición de recomendación de precios de reventa y fortalecimiento de la prohibición de prácticas abusivas. Para concretar la prohibición de carteles, se cambió la redacción del art. 1 *GWB.* configurándose una prohibición en los mismos términos que el art. 81 inc. 1 *TCE.*; sólo en lo que respecta a las restricciones horizontales⁷³. Las excepciones a la prohibición se redujeron a seis; puesto que se derogaron las excepciones de carteles de exportación e importación y los carteles de rebajas. En esta misma materia, se agregó una excepción general similar, pero no idéntica, a la del art. 81 inc. 3. En cuanto a la fijación de precios de reventa y a acuerdos que restrinjan

⁷⁰ 26 de Agosto 1998 en, *BGBI.* 1 (1998), pp. 2546 y ss.

⁷¹ Por todos; GESETZENTWURF DER BUNDESREGIERUNG, *BT. DI 13/9720, 7. GWB Novelle Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, en *WuW.* Edición especial (1998), p. 120.

⁷² *Ibid.* p. 120. En contra: SCHMIDT, Karsten, “Altes” und “neues” Kartellverbot, en *AG.* 43 (1998) 12, pp. 552 – 555, quien es de la opinión que lo único que se hizo fue confirmar lo que la jurisprudencia hace años venía aplicando y considerando; no considera que hubo realmente un cambio.

⁷³ En el derecho alemán, la distinción entre restricciones horizontales y verticales a la competencia se mantuvo invariable hasta la modificación del año 2005.

la libertad de las partes, la ley dispuso expresamente que ellos estaban prohibidos, quedando, por tanto, sometidos al régimen general contenido en el *BGB*. art. 134, según el cual, los negocios jurídicos que contravengan una prohibición legal son nulos. También fueron adaptadas a la normativa comunitaria las normas relativas a los contratos de licencia. En lo que respecta al fortalecimiento de la prohibición de prácticas abusivas, se modificó y adaptó la legislación al art. 82 *TCE.*, quedando a partir de esta modificación expresamente prohibido todo abuso de posición dominante⁷⁴. También se incorporó a la normativa la teoría de la facilidad esencial⁷⁵, pero limitada sólo a facilidades de tipo infraestructural.

Otra sección de la ley que experimentó profundos cambios fueron las normas del proceso de control de fusiones. En palabras de Christoph Stadler, “*el control de fusiones de la ley fue completamente reestructurado y reformulado*”⁷⁶ y, a su vez, adaptado a la normativa comunitaria, particularmente al *RC*. 4064/89 sobre el control de las operaciones de

⁷⁴ Con anterioridad, las autoridades anticartel tenían facultades para imponer medidas tendientes a remediar la situación de abuso de posición dominante en caso que una investigación determinara que se daban los requisitos contemplados en la ley para considerar que una empresa ostenta una posición de dominio en el mercado y que abusa de ella.

⁷⁵ En el derecho alemán la aplicación de esta teoría se limita expresamente a una “instalación esencial” art. 19 inc. 4. El proyecto de ley hablaba de “facilidad esencial” pero durante el proceso legislativo se redujo a “instalación esencial” con el objeto de excluir de él derechos de propiedad intelectual. Cfr. STADLER, Christoph, *The 1999 changes to german merger control and competition law*, en *ECLR*. 20 (1998) 8, p. 545. En el derecho europeo, normalmente, se ha limitado la aplicación de la misma a facilidades infraestructurales, pero no del todo. Vid. BERGMAN, Mats, *The role of the essential facilities doctrine*, en *TAB*. 46 (2001) 2, pp. 406 – 407.

⁷⁶ STADLER, Christoph, *The 1999 changes to german merger control and competition law*, en *ECLR*. 20 (1998) 8, p. 542.

concentración de empresas⁷⁷. Los principales cambios en esta materia podemos agruparlos en dos categorías. Primero, endurecimiento del control preventivo de las fusiones y, segundo, cambio de las normas de procedimiento.

En cuanto al endurecimiento del control preventivo de las fusiones, se estableció una notificación previa obligatoria de toda fusión sujeta a la *GWB*⁷⁸ y se disminuyó el umbral del resultado financiero mínimo para quedar obligado a notificar un proceso de fusión⁷⁹, pasándose de uno de 50 mill. DM a 20 mill. DM. Tampoco quedaron obligados a notificar aquellas empresas que hayan ofrecido bienes o servicios por lo menos en los últimos cinco años y que hayan tenido un volumen de ventas inferior a DM 30 mill. La definición de “concentración” fue extendida al introducirse el concepto más amplio de “adquisición de control” de conformidad y en los términos del art. 3 inc. 1 *RC. 4064/89*⁸⁰. Se introdujeron también normas de vinculación de empresas para el cálculo del resultado financiero.

En cuanto a las normas de procedimiento, en términos generales, el procedimiento se dividió en dos etapas, la preliminar y la principal. La primera tiene como objetivo detectar los casos inocuos y los más complejos o potencialmente peligrosos. En caso que una investigación más profunda fuere necesaria se pasa a la otra etapa; la principal. Una fusión puede ser prohibida sólo como resultado de la etapa principal. También se buscó

⁷⁷ *RC. 4064/89*, sobre el control de las operaciones de concentración de empresas, en *DOCE*. n. L 395 de 30 de Diciembre de 1989, pp. 1 – 12.

⁷⁸ Con anterioridad a esta modificación la notificación podía ser previa o posterior a la fusión, y ello dependía del resultado financiero de las empresas que se fusionaban

⁷⁹ Vid. VAN DEN BERGH, Roger; CAMESASCA, Meter, *Die 6. GWB-Novelle unter dem Gesichtspunkt des Subsidiaritätsprinzips: Teilkonvergenz mit dem europäischen Recht*, en *WuW*. 48 (1998) 12, p. 1159.

⁸⁰ Desde una perspectiva global, el derecho alemán, continuó siendo más estricto que el derecho europeo; en lo que respecta al control de fusiones. Ello se debe principalmente a la rigurosa regulación casuística existente en la ley. Cfr. *Ibid.*, p. 543.

transparentar el procedimiento y ampliar el control público; para ello se estableció como obligatoria la publicación de resoluciones que antes no lo eran y se clarificó que terceros estén facultados para impugnar las resoluciones que dicte el *BundKA*. en la etapa principal.

Con la modificación se derogaron las normas de excepción de ciertos sectores, como es el caso del eléctrico y del gas.

CAPÍTULO II

MODIFICACIONES SUSTANTIVAS A LA LEY CONTRA RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA (GESETZ GEGEN WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN), EN EL AÑO 2005

El 12 de julio de 2005⁸¹ fue publicada la ley que contenía la séptima reforma a la *GWB.*, cuyo texto entró en rigor, con efecto retroactivo, el 01 de julio del mismo año. Muy largo fue el camino recorrido hasta obtener que la ley actualmente vigente llegara a convertirse en ley de la República Federal Alemana; además, dicho camino no estuvo exento de controversias entre los distintos actores del proceso legislativo alemán, las cuales ocasionaron que el tiempo originalmente planeado por el Gobierno, para la promulgación de la ley, se viera enormemente superado⁸². La principal discusión que hizo retrasar la promulgación del proyecto de ley fue de carácter político y giró en torno a la mejora de las reglas relativas a las empresas de prensa⁸³.

⁸¹ En *BGBl.* 1 (2005), pp. 1954 y *ss.*

⁸² KAHLBERG, Harald – HAELLMIGK, Christian, *Neues Deutsches Kartellgesetz*, en *BB.* 60 (2005) 28/29, p. 1509 y MONOPOLKOMMISSION, *Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle*, (Bonn, 2004), p. 1.

⁸³ CLEMENT, Wolfgang, *Geleitwort zur 7 GWB Novelle*, en *WuW.* Edición especial (2005), p. 4.

El proceso tras el cual se dio vida a la actual normativa contra las restricciones a la competencia se inició con el “Proyecto de consideración de una séptima modificación a la *GWB*.”⁸⁴ presentado por el Gobierno Alemán el 4 de marzo de 2003. En ese proyecto, el Gobierno mostró su disposición a ajustar la normativa alemana a la nueva concepción imperante en el ámbito europeo luego de la promulgación del *RC. 1/2003*⁸⁵, el 16 de diciembre de 2002; dicho Reglamento comenzaría a tener rigor a partir del 20 de mayo de 2004. En diciembre de 2003, el Ministerio de Economía y Trabajo elaboró y presentó un “Proyecto de jefes de negociaciones para la 7 Modificación de la *GWB*.”⁸⁶. Finalizado el debate en torno a dicho proyecto, el 26 de mayo de 2004, el Gobierno concluyó el proyecto de ley definitivo titulado: “Proyecto de una séptima ley de modificación de la ley contra restricciones a la competencia”⁸⁷ el cual fue presentado en el *Bundestag* el 10 de septiembre de 2004. Así las cosas, el 20 de septiembre del mismo año, tuvo lugar la audiencia pública de especialistas⁸⁸ frente al Comité de Economía y Trabajo. En ella se discutió acerca del fondo de las modificaciones propuestas y la idoneidad de ellas para adecuar la normativa al *RC. 1/2003*. A causa del cambio de posición del *Bundesrat* en orden a aprobar las

⁸⁴ “*Entwurfs von Eckwerten einer 7. GWB Novelle*”, en *WuW.* 53 (2003) 4, pp. 379 – 383. MONOPOLKOMMISSION, *Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle*, (Bonn, 2004), p. 1.

⁸⁵ *RC. 1/2003*, de 16 de diciembre de 2002; relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. En, *DOCE*. de 04 de mayo de 2004, pp. 1 – 25. El *RC. 1/2003* entró en rigor el 20 de marzo de 2004, vid. art. 45.

⁸⁶ *Referentenentwurf der 7. GWB-Novelle: Tief greifende Änderungen des Deutschen Kartellrechts*, en *BB.* 47 (2004) 6, pp. 389 - 404.

⁸⁷ “*Entwurfs eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*”, en *BT-DI.* 15/3640.

⁸⁸ Vid. Registros escritos en: *DI-CET.* 15(9)1333, 15(9)1359 y 15(9)1360.

modificaciones planteadas⁸⁹, el Comité de Economía y Trabajo pudo presentar su Acta de recomendación e informe⁹⁰ el 9 de marzo de 2005. El *Bundesrat*, a su vez, planteó numerosas críticas al proyecto presentado por el Gobierno⁹¹, las cuales, a final de cuentas, vinieron a modificar muchos aspectos del proyecto originalmente propuesto. Con las modificaciones introducidas y luego de haber sido presentada el Acta de recomendación e informe del Comité de Economía y Trabajo, el proyecto pasó al *Bundestag*; donde fue debatido el 11 de marzo 2005⁹². Luego de ello, el 29 de abril, el proyecto volvió al *Bundesrat* el que, al no llegar a un acuerdo, solicitó la formación de una Comisión Mixta para el 29 de abril. La Comisión Mixta formuló una propuesta de acuerdo el 15 de junio, la cual fue finalmente aprobada por el *Bundestag* el 16 de junio de 2005, y por el *Bundesrat* el 17 de junio del mismo año.

La modificación de la *GWB*. estuvo principalmente motivada por la realización de un ajuste de la normativa alemana al Derecho europeo anticarteles, y en menor medida, la clarificación de ciertas normas procesales en el ámbito del control de fusiones. Con esta modificación, tuvo el legislador como objetivo principal adaptar la ley al *RC. 1/2003*. Con la promulgación de este reglamento fue claro que la *GWB*. debía ser modificada y adaptada a él, especialmente en el ámbito de los arts. 1 - 18⁹³, que regulaban las restricciones horizontales y verticales a la competencia. Empero, la modificación fue mucho más allá y alcanzó también otras partes de la ley, tales como las reglas relativas a los abusos de

⁸⁹ KAHLBERG, Harald – HAELLMIGK, Christian, cit. (n. 2), p.1509.

⁹⁰ Vid. *Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit*, en *BT-DI. 15/5049*.

⁹¹ Vid. *Stellungnahme des Bundesrats* de 9 de julio de 2004, en *WuW*. Edición especial (2005), pp. 208 – 230.

⁹² Vid. *Lesung des Bundesrates*, 11 marzo de 2005, en *BR-DI. 210/05*.

⁹³ BECHTOLD, Rainer; BUNTSHECK, Martin, *Die 7. GWB- Novelle und die Entwicklung des deutschen Kartellrechts 2003 bis 2005*, en *NJW*. (2005) 41, p. 2966.

posición dominante, a las competencias de las autoridades anticartel y a las sanciones para el caso de contravención a la ley, entre otras.

En una primera aproximación, podemos clasificar las modificaciones que tuvieron lugar en siete grupos, y dentro de ellos, podemos sub-clasificar, las cuestiones que específicamente fueron modificadas:

1. Prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia y exenciones a esa prohibición.
 - a. Extensión de la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia del art. 1 a los acuerdos verticales.
 - b. Introducción de una cláusula general de exención.
 - c. Derogación de la mayoría de las normas de exención al art. 1 *va*. Carteles cooperación de pequeñas y medianas empresas art. 3 inc. 1.
 - d. Introducción del sistema de exención legal.
2. Abusos de posición dominante y otras conductas restrictivas de la competencia.
 - e. Aclaración de la delimitación del mercado geográfico relevante.
 - f. Ampliación del art. 20 inc. 3.
 - g. Derogación de las normas sobre recomendación de precios.
3. Uso del derecho europeo contra restricciones a la competencia. Relación del derecho alemán y los arts. 81 y 82 *TCE*.
4. Reglamentación especial de ciertos sectores económicos.
5. Poderes de las autoridades anticartel.
 - h. Ampliación de la facultad para prohibir la realización de ciertas conductas.
 - i. Nueva regulación de las medidas cautelares.

j. Establecimiento de compromisos obligatorios.

k. Introducción de la facultad de que las autoridades anticartel decidan no intervenir.

l. Introducción de la facultad de no aplicar un reglamento de exención por categorías en casos particulares.

m. Facultades de investigación para el *BundKA*. y las autoridades supremas de los Estados Federales.

6. Consecuencias y sanciones civiles por transgresiones al derecho anticartel.

n. Endurecimiento de la pretensión de abstención y del derecho a indemnización por daños y perjuicios.

o. Ampliación de las posibilidades de las autoridades anticartel para ordenar el retiro de la ventaja económica alcanzada injustamente por una empresa.

p. Introducción de la figura de retiro de una ventaja económica a solicitud de organizaciones privadas.

1. Prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia y exenciones a esa prohibición.

a) Regulación anterior a la reforma.

Con anterioridad a la última reforma de la *GWB.*, la ley distinguía entre restricciones horizontales y restricciones verticales a la competencia. Cada uno de estos tipos de restricciones tenía su propia regulación, con excepciones y consecuencias diversas para el caso de contravención.

Las restricciones horizontales a la competencia estaban reguladas por el principio de prohibición, según el cual, todo acuerdo entre empresas competidoras, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas, que causaran o tuvieran por objeto

impedir, restringir o falsear la competencia estaban prohibidos. Dicho principio se veía doblemente fortalecido con el sistema de excepciones a la prohibición, el cual consistía en un sistema de notificación y exención administrativa.

La prohibición general a las restricciones horizontales a la competencia la encontrábamos en el art. 1 *va.* de la ley. A pesar de que el título dentro del cual estaba ubicado el art. no hacía alusión a un tipo específico de conducta, entendiéndose restricción horizontal o vertical, quedaba fuera de toda duda que se refería a las restricciones horizontales, pues la disposición exigía que el acuerdo fuera entre empresas competidoras⁹⁴.

La ley contenía una regulación casuística de las excepciones a la prohibición general del art.1. Ellas se encontraban reguladas en los arts. 2 – 8 *va.* Podemos distinguir, entre tales excepciones, según la intensidad del control ejercido por las autoridades anticartel, tres grandes grupos, a saber: aquellas que requerían de una notificación al *BundKA.*, la que una vez efectuada otorgaba validez al acuerdo en cuestión; aquellas que también precisaban de una notificación, pero tenían valor si el *BundKA.* no se oponía al acuerdo dentro de un plazo de tres meses contados desde la fecha de la notificación; y, por último, aquellas que precisaban de una autorización expresa por parte del *BundKA.*

Dentro del primer grupo encontramos los acuerdos o carteles de adquisición o utilización, regulados en el art. 4 inc. 2 *va.* Los acuerdos debían tener por objeto la compra común de bienes o la utilización común de servicios comerciales, y debían, además cumplir con ciertos requisitos. Ellos eran:

⁹⁴ Este requisito fue introducido en la ley luego de la reforma de 1998, con anterioridad, la Jurisprudencia se había encargado de limitar el ámbito de aplicación del art. 1 a acuerdos horizontales, al interpretar la frase: “propósito común” (*gemeinsamer Zweck*) como requisito de que las empresas a que se refería la ley debían encontrarse en un mismo nivel de la cadena de producción o distribución. Las principales resoluciones al respecto fueron: “*Drukgußteile*”, “*Solelieferung*” y “*Bedside- Testkarten*”. Vid. SCHMIDT, Karsten, “*Altes*” und “*neues*” *Kartellverbot*, en *AG.* 43 (1998) 12, pp. 551 – 555 y RITTNER, Fritz, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*⁶ (Heidelberg, 1999), pp. 193 – 194.

1. Que las empresas participantes no fueran compelidas a comprar de esa manera.
2. Que la competencia en el mercado no se viera esencialmente restringida a causa de ese acuerdo.
3. Que el acuerdo mejorara la competitividad de pequeñas y/o medianas empresas.

En el segundo grupo, se ubicaban los carteles para la aplicación de standards y tipos⁹⁵, carteles sobre condiciones de las transacciones, carteles de especialización y carteles de cooperación.

Los carteles para la aplicación de Standard y tipos art. 2 inc. 1 *va.* estaban referidos a reglas de carácter técnico, pero diferenciados según el alcance de éstas. Por Standard se entendían reglas técnicas referidas a componentes (*Ej:* tipo de cable o formato de papel); y, por Tipos, se comprendía reglas técnicas para la elaboración de un producto complejo⁹⁶ (*Ej:* teléfono o una casa rodante). Lo que se permitía era la creación de carteles en los cuales se establecieran las reglas técnicas que se seguirían para la elaboración de determinado producto o bien los componentes que se utilizarían.

Los carteles sobre condiciones de las transacciones art. 2 inc. 2 *va.* eran aquellos en los cuales se podía acordar sobre la uniforme aplicación de las condiciones generales de transacción, de suministro o entrega y de pago. También se podía acordar sobre las condiciones para la realización de descuentos, pero en ningún caso sobre el precio o los componentes del precio.

Carteles de especialización art. 3 *va.* eran aquellos que tenían como objetivo la racionalización de los procesos económicos por medio de la especialización. Estos estaban

⁹⁵ *Normen- und Typenkartelle.*

⁹⁶ RITTNER, Fritz, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*⁶ (Heidelberg, 1999), p. 234.

exceptuados en la medida que no ocasionaran la creación o fortalecimiento de una posición dominante⁹⁷.

Una figura bastante emblemática han sido, y siguen siendo, los carteles de cooperación art. 4 inc. 1 *va.*, este tipo de carteles podía tener lugar sólo entre pequeñas y medianas empresas y debía tener por objeto la racionalización de los procesos económicos, de cualquier forma, excepto por medio de la especialización⁹⁸. Se debía cumplir, además con los siguientes requisitos:

1. Que el acuerdo no restringiera sustancialmente la competencia en el mercado.
2. Que el acuerdo mejorara la competitividad de esas empresas.

En el tercer grupo, debemos situar los carteles de racionalización, los de crisis estructurales y, por último, otros carteles. Los Carteles de racionalización art. 5 *va.* estaban exceptuados de la prohibición del art. 1 si ellos servían para la racionalización del proceso económico; se precisaba que:

1. Fueran aptos para mejorar esencialmente la productividad o eficiencia de las empresas partes, en aspectos técnicos, comerciales u organizatorios.
2. Con ellos se mejorara la satisfacción de la demanda.
3. Con ellos no se creara o ampliara una posición de dominio de mercado⁹⁹.

Carteles de crisis estructurales art 6 *va.* Estos carteles podían ser acordados por las partes en aquellos casos en que existiera una fuerte caída de las ventas producida por un cambio

⁹⁷ Vid. Art. 19.

⁹⁸ STADLER, Christoph, *German antitrust law*⁵ (Frankfurt am Main, 1999), p. 25.

⁹⁹ El art. 19 inc. 2 y 3 establece bajo qué criterios se considera que una o más empresas tienen dominio de mercado.

permanente de la demanda. Dichos acuerdos se exceptuaban del art. 1 si conducían a un ajuste sistemático de la capacidad de satisfacción de la demanda.

Por último, existía una disposición bastante genérica, el art. 7 *va.*, redactado en términos más o menos similares a los contenidos en el art. 85 inc. 3 (actual art. 81 inc. 3) del *TCE*¹⁰⁰. Dicho art. autorizaba al *BundKA*. a permitir la formación de carteles si ellos contribuían a una mejora del desarrollo, producción, distribución, suministro, adquisición o eliminación de bienes o servicios. Además se precisaba del cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Los consumidores debían verse favorecidos con la constitución del cartel. *Ej.*: mejores precios o mejor calidad de los bienes o servicios.
2. Que la mejora perseguida por las empresas participes del cartel no pudiera ser alcanzada otra forma
3. Que la mejora perseguida fuera proporcional al conjunto de restricciones a la competencia que acarrearía la formación del cartel.
4. Que con la constitución del cartel no se formara o ampliara una posición de domino de mercado.

Las restricciones verticales a la competencia estaban reguladas de forma independiente, y basados en principios distintos de los que gobernaban la regulación de las restricciones horizontales a la competencia. Estas normas las encontrábamos entre los arts. 14 – 18 *va.* En este tipo de restricciones la regla general era que estaban permitidas¹⁰¹. Podemos distinguir tres formas de regulación, según el tipo específico de conducta normada. Así las cosas, acuerdos de precios de reventa y acuerdos sobre condiciones comerciales estaban per se prohibidos. Por otro lado, los acuerdos de negociación exclusiva, estaban permitidos pero podían ser prohibidos por las autoridades anticartel si ellos provocaban efectos

¹⁰⁰ Cfr. RITTNER, Fritz, cit. (n. 16), p. 242.

¹⁰¹ HARTOG, Johanna; NOACK, Britta, *Die 7. GWB-Novelle*, en *WRP*. 51 (2005) 11, pp. 1397.

adversos a la competencia. Y por su parte, los acuerdos de licencia, eran nulos si contenían restricciones que excedieran el alcance de los derechos licenciados.

b. Motivos de la reforma

Como sabemos, la razón genérica que motivó la modificación de la *GWB*. fue la promulgación y entrada en rigor del *RC*. 1/2003. Una de las notas características de este Reglamento del Consejo fue la introducción, a nivel europeo, del Sistema de exención legal, cambiándose así el antiguo sistema de notificación y autorización imperante bajo la vigencia del *RC*. 4064/89¹⁰², actualmente el *RC*. 139/2004¹⁰³. Bajo el sistema de exención legal las empresas no tienen la obligación de notificar la intención de celebrar un acuerdo, ya horizontal o vertical, sino que ellos rigen automáticamente mientras cumplan con los requisitos establecidos en la ley, en particular arts. 2 y 3 *GWB*. y art. 81 inc. 3 *TCE.*, en relación con el art. 1 inc. 1 y 2 *RC*. 1/2003.

Otro motivo que, en mi opinión, facilitó que la *GWB*. fuera modificada sin reparos y adaptada casi en su totalidad al derecho comunitario, en lo que respecta a las exenciones de la prohibición de acuerdos horizontales, es el desuso en el que cayeron muchas de las normas que regulaban este tema (art. 2 – 7). Al revisar los informes bi- anuales, presentados en los cuatro años anteriores a la reforma, podemos apreciar que casi la totalidad de los acuerdos ingresados para revisión por parte del *BundKA*. y, en definitiva, aprobados por éste, eran aquellos regulados por el art. 4 inc. 1 y 2 va. (actualmente art. 3 inc. 1). Dicha exención es la que se mantuvo sin ser modificada en la nueva *GWB*. Todas las demás disposiciones tuvieron muy poca aplicación o simplemente nunca fueron aplicadas durante el cuatrienio 2001 - 2004, como es el caso de los carteles de crisis estructurales. La única

¹⁰² Reglamento del Consejo (CE) n. 4064/89, modificado por el Reglamento del Consejo n° 1310/1997, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, en *DOCE*. n. L 395 de 30 de Diciembre de 1989, pp. 1 – 12.

¹⁰³ Reglamento del Consejo n° 139/2004, sobre el control de las concentración entre empresas, en *DOCE*. n. L 24 de 29 de Enero de 2004, pp. 1 – 22

excepción destacable es la exención del art. 2 inc. 2, la cual tuvo cierto grado de aplicación, principalmente en el año 2001, pero durante los años siguientes muestra una fuerte tendencia a la baja.

Ver tabla siguiente:

104

TIPO DE CARTEL		Total ingresados	Total aprobados	Total aprobados en el cuatrienio
Carteles para la aplicación de Standard y tipos art. 2 inc. 1	2001	0	1	7
	2002	4	3	
	2003	4	1	
	2004	0	2	
Carteles sobre condiciones de las transacciones art. 2 inc. 2	2001	19	18	34
	2002	7	5	
	2003	11	6	
	2004	6	5	
Carteles de especialización art. 3	2001	0	0	1
	2002	1	1	

¹⁰⁴ Elaboración propia, a partir de datos tomados de: BUNDESKARTELLAMT, *Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts 2001 – 2002*, en *BT.DI.* 15/1226 (2003), p. 276 y BUNDESKARTELLAMT, *Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts 2003 – 2004*, en *BT.DI.* 15/5790 (2005), p.232.

	2003	0	0	
	2004	0	0	
Carteles de cooperación art. 4 inc. 1	2001	17	15	31
	2002	13	6	
	2003	27	10	
	2004	8	2	
Carteles de adquisición o utilización art. 4 inc. 2	2001	96	77	122
	2002	32	27	
	2003	14	9	
	2004	4	9	
Carteles de racionalización art. 5	2001	8	8	14
	2002	7	4	
	2003	2	1	
	2004	2	1	
Carteles de crisis estructurales art. 6	2001	0	0	0
	2002	0	0	
	2003	0	0	
	2004	0	0	
Otros carteles art. 7	2001	1	0	

	2002	2	1	1
	2003	0	0	
	2004	2	0	

c) Regulación después de la reforma.

i. Extensión de la prohibición de acuerdos horizontales restrictivos de la competencia a los acuerdos verticales.

El nuevo art. 1 de la *GWB*. regula de igual forma tanto las restricciones horizontales a la competencia como las verticales, quedando ahora ambas *per se* prohibidas, en cuanto tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia. Como sabemos, hasta antes de la modificación, las restricciones verticales estaban, en principio, permitidas, salvo los acuerdos de precios de reventa y los acuerdos sobre condiciones comerciales, los cuales estaban prohibidos.

La inclusión de un trato igualitario a ambos tipos de restricciones generó vasta controversia, crítica y rechazo por parte de los especialistas¹⁰⁵. Ello se debe a que se estimó como un fuerte retroceso el igualar el trato dado a ambas formas de restricción a la competencia, siendo que hasta antes de la modificación los actores de los mercados habían actuado de buena fe en el uso de la normativa. También se consideró contradictorio que a pesar que el derecho europeo poco a poco ha dejado de aplicar el principio de prohibición a las

¹⁰⁵ Vid. FUCHS, Andreas, *Die 7. GWB-Novelle – Grundkonzeption und praktische Konsequenzen*, en *WRP*. (2005) 11, pp. 1387; MÖSCHEL, Wernhard, *Die 7. GWB-Novelle ante portas*, en *WuW*. 53m (2003) 6, p. 571; RITTNER, Fritz, *Vertikalvereinbarungen und Kartellverbote in der 7. GWB-Novelle*, en *WuW*. 53 (2003) 5, p. 451.

restricciones verticales sustituyéndolo, en determinados casos, por el principio del abuso¹⁰⁶, el derecho alemán volviera a la utilización de una norma tan restrictiva. También se esgrimió que objetivos como el de la función de integración del art. 81 sólo tienen cabida dentro del ámbito europeo, pero para un Estado miembro carecen de sentido. Al decir de Möschel¹⁰⁷ “*En cuanto a política de competencia, esto representa un retroceso al siglo XIX*”¹⁰⁸. Consecuencia de esta modificación fue la reformulación del art. 1, al cual se le suprimió la frase “entre empresas competidoras” y la derogación de los arts. 14 – 18.

ii. Introducción de una cláusula general de exención.

Hasta antes de la modificación, el derecho alemán había regulado casuísticamente las exenciones a la prohibición contenida en el art. 1 de la *GWB*. La nueva disposición, actual art. 2 inc. 1, en cambio, establece una cláusula que contiene una exención general al art. 1. No es del caso profundizar, en las ventajas o desventajas que uno u otro sistema trae aparejadas, pero vale decir que un sistema casuístico es idóneo si rige un sistema de notificación y exención administrativa. Mientras que un sistema que establece una norma de exención general es más idóneo en un sistema de exención legal. Ambas combinaciones tienen ventajas y desventajas. En lo que respecta a la seguridad jurídica ella es mayor en un sistema de notificación y exención administrativa, pero para poder reaccionar frente a las distintas formas de conductas que pueden tener lugar en una economía compleja y cambiante resulta más efectivo el establecimiento de una norma de exención general dentro de un sistema de exención legal.

La nueva norma de exención ha adoptado los mismos requisitos que establece el art. 81 inc. 3 *TCE*., y, de hecho, el texto de la ley fue redactado prácticamente en los mismos

¹⁰⁶ Vid. Reglamento del Consejo (*CE*) n. 2790/1999, relativo a la aplicación del art. 81 inc. 3 del *TCE*. a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, en *DOCE*. n. L 336/21 de 22 de Diciembre de 1999, pp. 21 – 25.

¹⁰⁷ MÖSCHEL, Wernhard, *Die 7. GWB-Novelle ante portas*, en *WuW*. 53 (2003) 6, p. 571.

¹⁰⁸ En contra, HARTOG, Johanna; NOACK, Britta, cit. (n. 22), p. 1397.

términos. Así las cosas, los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas están exentas de la prohibición del art. 1, si ellos contribuyen a mejorar la producción o distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reservan a los usuarios, al mismo tiempo, una participación equitativa en el beneficio resultante, sin que:

a) Impongan a las empresas interesadas 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.

Según Hartog y Noack¹⁰⁹, en la práctica, esta nueva disposición no acarrea realmente un gran cambio, puesto que los acuerdos que caían en los arts. 2 y ss., por regla general, también debían estar cubiertos por el art. 81 inc. 3 *TCE*.

El art. 2 inc. 2, establece otra interesante regla. Con el ajuste de esta disposición al derecho europeo, el legislador estimó necesario ir un poco mas allá, es por ello que la norma dispone expresamente que para la aplicación del inc. 1 del art. 2 valen todos los *RC*. sobre la aplicación del art. 81 inc. 3. Los *RC*. sobre esta materia, que a la fecha se encuentran vigentes son:

1. Relativos a acuerdos horizontales:

a. *RC*. n. 2658/2000 de 29 de Diciembre del 2000, sobre la aplicación del art. 81 inc. 3 a determinadas categorías de acuerdos de especialización, en *DOCE*. L 304 de 5 de Diciembre del 2000, pp. 3 – 6.

b. *RC*. 2659/2000 de 29 de Diciembre del 2000, sobre la aplicación del art. 81 inc. 3 a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo, en *DOCE*. L 304 de 5 de Diciembre del 2000, pp. 7 – 12.

¹⁰⁹ HARTOG, Johanna; NOACK, Britta, cit. (n. 22), p. 1398.

2. Relativo a acuerdos verticales

a. RC. 2790/1999 de 22 de Diciembre de 1999, sobre la aplicación del art. 81 inc. 3 a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, en *DOCE*. L 336 de 29 de Diciembre de 1999, pp. 21 – 25.

3. Para sectores específicos de la economía

a. RC. 358/2003 de 27 de Febrero de 2003, sobre la aplicación del art. 81 inc. 3 a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros, en *DOCE*. L 53 de 28 de Febrero de 2003, pp. 8 - 16.

b. RC. 1400/2002 de 31 de Julio de 2002, sobre la aplicación del art. 81 inc. 3 a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los vehículos a motor, en *DOCE*. L 203 de 1 de Agosto de 2002, pp. 30 – 41.

Todos estos reglamentos ya tenían aplicación en Alemania, pero se limitaban a aquellos acuerdos que tuvieran un carácter interestatal. Ahora se aplican no sólo a esa clase de acuerdos, sino que también a aquellos que no revisten tal carácter. Con la nueva remisión dinámica, estos reglamentos se aplican como derecho nacional¹¹⁰. El *BundKA.*, en casos particulares, puede dejar de aplicar un reglamento de exención por categorías en el mercado interno (art. 32d). A pesar que la ley no lo disponga expresamente, deberán tenerse también en consideración, para cuestiones interpretativas, las decisiones que en base a esos reglamentos hayan pronunciado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y las Directivas que sobre el tema haya dictado la Comisión.

iii. Derogación de la mayoría de las normas de exención al art. 1 va. Carteles cooperación de pequeñas y medianas empresas art. 3 inc. 1.

¹¹⁰ Al respecto se ha planteado una discusión de índole jurídico-constitucional. Vid. EHRICKE, Ulrich; BLASK, Holger, *Dynamischer Verweis auf Gruppenfreistellungsverordnungen im neuen GWB?*, en *JZ*. 58 (2003) 14, pp. 722 – 730.

La introducción de una cláusula general de exención en la nueva *GWB*. trajo consigo la derogación de prácticamente todas las normas que casuísticamente reglaban las excepciones al art. 1 *va*. Sólo permaneció en la ley la norma que regula los carteles de cooperación de pequeñas y medianas empresas.

Los carteles de cooperación de pequeñas y medianas empresas art. 3 inc. 1 constituyen una excepción sustancial al principio de recepción del derecho europeo que inspiró la nueva norma¹¹¹. El art. 3 inc. 1 (antes art. 4 inc. 1) dispone que acuerdos entre pequeñas y/o medianas empresas quedan exentos de la prohibición que establece el art. 1 si se cumple con los siguientes requisitos:

1. El acuerdo no debe tener repercusión en otros estados miembros¹¹².
2. Las empresas que celebran el acuerdo deben ser competidoras.
3. Que el acuerdo tenga como objeto la racionalización de los procesos productivos por medio de la cooperación entre empresas.
4. Que el acuerdo no perjudique sustancialmente la competencia en el mercado.
5. Que el acuerdo sirva para mejorar la competitividad de pequeñas y medianas empresas.

Para el derecho alemán de la competencia, el concepto de pequeña y mediana empresa depende del mercado en que dicha empresa se desempeña. Para poder determinar qué empresas caben dentro de esta categoría, y por tanto son capaces de celebrar los acuerdos regulados en el art. 3 inc. 1, deben analizarse distintos factores, por ejemplo: volumen de las ventas, número de trabajadores, tamaño del mercado en el cual la empresa actúa, etc.¹¹³.

¹¹¹ LUTZ, Martin, *Schwerpunkte der 7 GWB-Novelle*, en *WuW*. 55(2005) 7/8, p. 720.

¹¹² Entiéndase por “*Estado miembro*” a todos aquellos que forman parte de la Comunidad Europea.

¹¹³ BUNDESKARTELLAMT, *Merkblatt des Bundeskartellamtes über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen*, (2007), p. 6.

Además de ello, deben tenerse en consideración, según dispone el art. 36 inc. 2, los art. 17 y 18 de la Ley de sociedades anónimas que establecen los criterios para determinar qué se entiende por empresas controladas y empresas dominantes, y por consorcio, respectivamente. Ello a fin de determinar la verdadera posición de mercado de una determinada empresa. La empresa filial de una gran empresa no puede considerarse pequeña o mediana¹¹⁴. En conclusión, se debe determinar caso a caso qué empresas caben dentro de la categoría de pequeña y/o mediana.

La ley no establece expresamente como requisito que el acuerdo no tenga repercusión en otros estados miembros, pero ello se colige del principio de primacía del derecho europeo¹¹⁵. Entonces para la celebración de un acuerdo en los términos del art. 3 inc. 1 se debe descartar que él sea apto para perjudicar de modo apreciable el comercio de alguno de los estados miembro¹¹⁶, o de lo contrario dicho acuerdo estaría regulado no por las normas del derecho alemán, sino por las del derecho europeo de la competencia. Ahora bien, lo que la ley sí dispone expresamente es que las empresas parte del acuerdo sean competidoras, con lo que este tipo de actos queda limitado sólo a acuerdos horizontales.

El *BundKA*. ha estimado que por racionalización de los procesos productivos por medio de cooperación interempresarial se debe entender toda conducta por la cual las empresas logren una mejora en la relación esfuerzo en proceso productivo y ganancia, calculado en unidades de producción. En especial, se consideran aptas para ello medidas en el ámbito de la producción, investigación y desarrollo, administración, publicidad, compras, distribución

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Cfr. RIBMANN, Karin, *Kartellverbot und Kooperation zwischen kleinen und mittleren Unternehmen nach der 7. GWB-Novelle*, en *WuW.* 9 (2006), p. 887 y BUNDESKARTELLAMT, cit. (n. 35) pp. 7 – 13.

¹¹⁶ Vid. *Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del TCE.*, en *DOCE*. C 101 del 27 de Abril de 2004, pp. 81 – 96.

y transporte, no así acuerdos sobre precios o cuotas de producción, pues ellos no llevan a una mejora de la relación esfuerzo – ganancia¹¹⁷.

Según dispone el art. 3 inc. 1 n. 1, al acuerdo no debe perjudicar sustancialmente la competencia en el mercado. Para establecer cuándo determinado acuerdo perjudica la competencia se deben tener en cuenta diferentes factores, especialmente cuál es el mercado relevante, la cuota de mercado que las partes tienen en dicho mercado, el tipo de cooperación interempresarial que se acuerda y si en el mercado relevante existen ya otros acuerdos de cooperación. En la práctica, el *BundKA*. ha estimado que la barrera que determina cuando no se afecta la competencia en un mercado determinado está, por lo general, en una cuota de mercado cartelizada de entre un 10 – 15 %¹¹⁸.

Por último, el art. 3 inc. 1 n. 2 establece que el acuerdo debe mejorar la competitividad de las pequeñas y medianas empresas. De la simple lectura de la norma podríamos entender que sólo pueden ser parte de esta clase de acuerdo pequeñas y medianas empresas. Ello no es del todo claro y, de hecho, el Tribunal Supremo Federal¹¹⁹ ha entendido que, en ciertos casos, grandes empresas también pueden ser parte de esta clase de acuerdos si el objetivo de cooperación entre las pequeñas y/o medianas empresas no puede ser alcanzado o no tendría la misma eficacia de faltar la participación de una gran empresa¹²⁰. El *BundKA*. ha dicho que la cooperación empresarial es apta para aumentar la competitividad de las empresas en aquellos casos en los que, por ejemplo: se logra un aumento de la producción, se aumenta la calidad de lo producido, se amplía la oferta de productos, se reducen los

¹¹⁷ BUNDESKARTELLAMT, cit. (n. 35) pp. 14 – 15.

¹¹⁸ Ibid. p.15

¹¹⁹ “*Bundesgerichtshof*”

¹²⁰ Sentencia del 30 de Septiembre de 1986 “*Mischguthersteller*”, en *WuW*. (1989), pp. 2321 – 2325.

plazos o rutas de despacho, se produce publicidad en conjunto, reduciéndose así los costos de ésta, etc¹²¹.

iv. Introducción del sistema de exención legal.

Un sistema de exención legal es aquél en el cual las propias empresas deben determinar si cierta actuación o acuerdo es o no apto para afectar la competencia en los términos del art. 1 y si se encuentra o no en alguno de los supuestos de los arts. 2 y 3, sin que medie necesariamente un pronunciamiento o comunicación a las autoridades encargadas de velar por la libre competencia.

Desde la introducción de este sistema en el ámbito europeo¹²² carecía de sentido que en Alemania rigiera uno totalmente opuesto. Es decir, un sistema en el cual existe obligación de notificar una serie de actos que el legislador estima como potencialmente lesivos de la competencia y esperar un pronunciamiento por parte de las autoridades. Más aún, resulta poco comprensible si en virtud del principio de aplicación directa del derecho europeo aquella obligación se limitaría sólo a aquellos casos que no tuvieran un efecto interestatal. Por todo ello el legislador se vio en la necesidad de derogar y cambiar este sistema¹²³. Fueron derogadas las normas que regulaban aquel procedimiento art. 9 y ss *GWB*. y se introdujo el actual art. 2 según el cual acuerdos que restrinjan la competencia valen automáticamente, siempre que cumplan con los requisitos que el mismo art. establece; sin que sea necesario ningún tipo de pronunciamiento por parte de las autoridades anticartel.

La implementación de este sistema trae aparejado una serie de consecuencias. En primer lugar, las empresas se ven liberadas de todas las cuestiones burocráticas, dando ello mayor

¹²¹ BUNDESKARTELLAMT, cit. (n. 35) p. 16.

¹²² Con la promulgación del Reglamento del Consejo (CE) n. 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, en *DOCE*. n. L 1 de 4 de Enero de 2003

¹²³ HARTOG, Johanna; NOACK, Britta, cit. (n. 22), p. 1399.

fluidez y eficiencia a las decisiones empresariales, y libera a las autoridades de pronunciarse sobre muchos acuerdos o prácticas concertadas que no afectan la libre competencia, sino que son más bien inocuas. Por otro lado, son ahora las empresas las que deben determinar si procede o no la actuación planeada; en casos cuya legalidad es difícil de determinar serán ellas quienes deberán hacerse asesorar debidamente antes de adoptar una decisión, lo cual ocasiona, por un lado un aumento en los costos y, por otro, cierto grado de inseguridad jurídica. Ahora bien, la ley da la posibilidad para que las empresas puedan solicitar al *BundKA*. un pronunciamiento respecto a la aptitud para lesionar la competencia del acto que se pretende realizar art. 32c.

2. Abuso de posición dominante y otras conductas restrictivas de la competencia

a) Regulación anterior a la reforma.

En esta materia fueron pocas las modificaciones que se hicieron, principalmente debido a que la normativa europea, entiéndase *RC. 1/2003* art. 3 inc. 2, permite a los estados miembro adoptar y aplicar, en sus respectivos territorios, legislaciones más estrictas respecto de comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral. Y como la ley alemana es más estricta no fue imperiosa una modificación profunda en esta parte de la ley. Las normas que regulan esta materia tratan conductas como el abuso de posición dominante art. 19; discriminaciones y obstaculizaciones art. 20; boicots art. 21; prohibición de recomendaciones art. 22 *va.* y recomendaciones no vinculantes de precios de bienes de marca art. 23 *va.*

A pesar de que una modificación no era precisa (a la sazón del principio de recepción del derecho europeo) ella se estimó necesaria puesto que la ley requería de algunas precisiones, particularmente en las normas que regulan el abuso de posición dominante (art. 19) y las discriminaciones y obstaculizaciones (art. 20); y de algunos ajustes para generar coherencia con las otras modificaciones hechas a la ley, a saber, se derogaron los arts. 22 *va.* y 23 *va.*

El art. 19 prohíbe el uso abusivo de posición dominante de mercado por parte de una o más empresas. También establece los criterios a considerar para poder determinar cuando una o

más empresas ostentan dicha posición, da presunciones de posiciones de dominio de mercado y ejemplos de abuso. La ley contiene varios criterios para poder determinar si existe o no posición de dominio de mercado. Según dispone el art. 19 inc. 2 n° 1 una empresa, ya oferente o demandante de cierto tipo de bienes o servicios, es dominante en un mercado relevante si participa en él sin competidores (sería el caso de un monopolio) o bien sin competencia de relevancia (monopolio parcial). Una empresa tiene también posición de dominio si en comparación con sus competidores detenta una extraordinaria posición de mercado. Para determinarlo se debe tener especialmente en consideración, según dispone la norma, su cuota de mercado, capacidad financiera, su acceso al mercado de suministro y consumo, vinculación con otras empresas, barreras jurídicas o de hecho para el ingreso al mercado por parte de otras empresas, los competidores potenciales o de hecho que la empresa tiene tanto dentro como fuera de Alemania y la capacidad de cambiar su oferta o demanda a otros bienes o servicios (art. 19 inc. 2). Dispone también que un grupo de empresas posee posición de dominio si respecto de un determinado tipo de bienes o servicios no tiene competencia de relevancia (oligopolio).

La *GWB*. contiene presunciones de derecho de existencia de dominio de mercado tomando como base la cuota que en él tenga la empresa (art. 19 inc. 3). Según dispone la ley, se presume de derecho que una empresa tiene dominio de mercado si su cuota de participación es superior a un 33%. También se presume que un grupo de empresas es dominante en el mercado si entre tres o menos tienen, en conjunto, una cuota de mercado de, a lo menos, un 50% o de tratarse de cinco empresas o menos ellas poseen una cuota de mercado de, a lo menos, un 66%. La presunción cede si las empresas demuestran que, a pesar de las condiciones del mercado, sí existe entre ellas competencia sustancial o que la totalidad de las empresas, en comparación con los otros competidores, no tienen una extraordinaria posición de mercado (art. 19 inc. 3 n. 1 – 2).

A modo de ejemplo¹²⁴ el art. 19 inc. 4 explicita casos que el legislador considera como abuso por parte de una empresa con dominio de mercado, tiene especial relevancia que

¹²⁴ En contra, RITTNER, Fritz, *Wettbewerbs und Kartellrecht*⁶ (Heidelberg, 1999) p. 301, quien opina que no se trata de ejemplos sino de una ampliación al concepto de abuso.

dentro de estos casos se contempla, desde 1998¹²⁵, la doctrina de la facilidad esencial¹²⁶, pero limitándola sólo a “*redes u otras instalaciones de infraestructura*”¹²⁷ (art. 19 inc. 4 n 4).

El art. 20 inc. 1 prohíbe que empresas con dominio de mercado y/o con fuerte poder de mercado traten de manera diferenciada a empresas con menor poder de mercado (mismo tipo de empresas, en el mercado en el que ellos tienen poder). El inc. 2 de este art. complementa la disposición del inc. 1, al prohibir que empresas, en general, realicen prácticas discriminatorias en contra de pequeñas y medianas empresas que sean sus consumidores o proveedores si ellas no tienen suficientes y razonables alternativas donde acudir para vender o adquirir, es decir, sean dependientes de aquellas. Desde mi punto de vista, esta norma, junto a otras disposiciones como la del inc. 4, que prohíbe que empresas con poder de mercado en relación a pequeñas y medianas empresas que sean sus competidores usen ese poder directa o indirectamente para obstaculizarles¹²⁸, y el art. 3 son una protección extra para permitir que ese tipo de empresas puedan actuar de mejor modo y con ciertos privilegios en los mercados.

En la antigua versión del art. 20 inc. 3 se prohibía que empresas o asociaciones de empresas con dominio de mercado utilizaran dicho poder para obtener condiciones preferenciales sin que existiera una razón objetiva que lo justifique.

¹²⁵ Desde la sexta modificación a la *GWB.*, 26 de Agosto 1998 en, *BGBl.* 1 (1998).

¹²⁶ Lit. BERGMAN, Mats, *The role of the essential facilities doctrine*, en *TAB.* 46 (2001) 2, pp. 403 – 434.

¹²⁷ Art 19 inc. 4 n 1 “*Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen*”

¹²⁸ El mismo inc. da como ejemplo de obstaculización las ventas bajo el precio de costo que no se realicen de manera ocasional. Esta parte del inciso fue agregado en la sexta modificación de la *GWB.*

Otra conducta que la ley prohíbe son los boicots y el inducir u obligar a empresas a la realización de ciertos actos. El art. 21 inc. 1 prohíbe que empresas o asociaciones de empresa soliciten a otras empresas o asociaciones de empresas rechazar una compra o venta con la intención de perjudicar injustamente a otras empresas. Lo que se prohíbe es el simple requerimiento, sin importar que éste se concrete o no. El inc. 2 prohíbe que empresas induzcan a otras a realizar conductas ilegales que restrinjan la competencia, causándoles o amenazándolas de sufrir algún perjuicio o prometiéndoles o concediéndoles alguna ventaja. Por su parte, el inc. 2 prohíbe que empresas fuercen a otras a celebrar acuerdos exentos del art. 1, a fusionarse o a que actúen uniformemente en el mercado con el fin de restringir la competencia.

Las recomendaciones estaban reguladas en los art. 22 y 23 *va*. Estos arts. se refieren a dos cuestiones distintas. Una norma aquellas recomendaciones que pueden tener el mismo efecto que una restricción horizontal y/o vertical de las prohibidas en la ley, y la otra se refiere a un tipo de conducta específico, las recomendaciones no vinculantes de precios de bienes de marca. El art. 22 inc. 1, primera parte, prohíbe aquellas recomendaciones que tengan por objeto la evasión de otras prohibiciones contenidas en la *GWB*. u órdenes emanadas de las autoridades anti-cartel. La segunda parte, prohíbe a las empresas recomendar verticalmente el precio de venta o compra de bienes, el uso de ciertos métodos para la determinación del precio y la observación de precios mínimos y/o máximos. Excepciones a esta disposición encontramos en el mismo art. 22 inc. 2 y 3 y en el art. 23. En total son cuatro las excepciones a la regla. Primero, se permiten recomendaciones por parte de asociaciones de pequeñas y medianas empresas art. 22 inc. 2¹²⁹ siempre que ellas mejoren la competitividad frente a grandes empresas, que sean presentadas con el carácter de no vinculantes y que para su aplicación no se ejerza ningún tipo de presión (art. 22 inc. 2 n 1 y 2). Segundo, las recomendaciones para la aplicación uniforme de standards y tipos 22 inc. 3 n 1, siempre que se hagan con el carácter de no vinculante. Tercero, recomendaciones de asociaciones industriales y profesionales cuyo objeto sea la aplicación uniforme de

¹²⁹ Antes de la modificación, esta norma venía a complementar las disposición del art. 4 inc. 2 *va*. que regulaba los carteles de cooperación entre pequeñas y medianas empresas.

condiciones comerciales, suministro y pago, inclusive descuentos por pago al contado (art. 22 inc. 3 n 4). Cuarto, recomendaciones no vinculantes de precio de reventa de bienes de marca que una empresa produce, siempre que ellos, en comparación con bienes de otros productores, sean competitivos y que la recomendación sea claramente presentada como no vinculante. La recomendación debía dirigirse al comerciante detallista o al consumidor final (art. 23).

b) Motivos que llevaron a la modificación de esta regulación

Las modificaciones que esta parte de la ley sufrió tuvieron como causa, principalmente, la realización de aclaraciones que el legislador estimó necesario hacer para evitar ciertas interpretaciones de los jueces, contrarrestar la liberalización del derecho anti-carteles¹³⁰ y armonizar con otras modificaciones de la ley.

Dos son las razones principales para la modificación del art. 19, por un lado, el legislador consideró necesario corregir la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal, que en sentencia del 24 de Octubre de 1995¹³¹, dictaminó que en el análisis del mercado relevante, el mercado geográfico sólo puede extenderse al territorio nacional. Y por otro, se debió enmendar la infructuosa modificación introducida con la reforma de 1998 en la cual se buscaba el mismo resultado, es decir, corregir la jurisprudencia, pero que no produjo los efectos deseados. Tanto el *BundKA*. como el Tribunal Superior de Justicia de Düsseldorf continuaron utilizando la misma interpretación (hasta el 2004) que el Tribunal Supremo Federal usó en 1995. En esa modificación el legislador incluyó en el art. 19 inc. 2 n 2 (que contiene los criterios a considerar para determinar si una empresa tiene o no fuerte poder de mercado), en términos muy similares a los que contiene la norma del art. 2 inc. 1 letra a del

¹³⁰ HARTOG, Johanna; NOACK, Britta, cit. (n. 22), p. 1400.

¹³¹ Vid. Sentencia del 25 de octubre de 1995, Backofenmarkt, en *WuW*. (1995), pp. 3029 – 3031.

RC. n. 4064/89, la frase “la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera del ámbito de aplicación de la ley”¹³².

El art. 20 inc. 3, por su parte, se modificó con el objeto de intensificar el control del abuso y con ello contrarrestar la liberalización del derecho material anticarteles¹³³. Los art. 22 y 23 fueron derogadas dentro del ajuste que el legislador debió hacer para adaptarse el nuevo derecho europeo. Este tipo de recomendaciones se rigen ahora por las normas de los art. 1 – 3 de la ley y por los respectivos acuerdos de exención por categorías.

c) Regulación después de la reforma.

i. *Aclaración de la delimitación del mercado geográfico relevante.*

El legislador agregó al art. 19 inc. 2 n 2, en términos muy claros, que el mercado geográfico relevante, a efectos de la ley, puede ser más amplio que su ámbito de aplicación¹³⁴. Este criterio ya estaba siendo usado por la jurisprudencia desde una sentencia dictada el 2004¹³⁵. En esa resolución el Tribunal Supremo Alemán cambio claramente su jurisprudencia anterior, según la cual el mercado geográfico relevante, para la aplicación de la ley, sólo podía ser tan grande como el territorio nacional. El alcance de la modificación no se limita tan sólo al tema de la determinación del poder de mercado, sino que sus alcances llegan también a otras materias de la ley, como es el caso del control de fusiones, afectando especialmente la norma del art. 35 inc. 2 n 2 (que establece uno los criterios para

¹³² “*der tatsächlich oder potentielle Wettbewerb durch innerhalb oder außerhalb des Geltungsbereich dieses Gesetzes ansässige Unternehmen*”.

¹³³ HARTOG, Johanna; NOACK, Britta, cit. (n. 22), p. 1400.

¹³⁴ “*Der räumlich relevante Markt im Sinne dieses Gesetzes kann weiter sein als der Geltungsbereich dieses Gesetzes*”.

¹³⁵ Sentencia del 5 de Octubre de 2004, *Staubsaugerbeutelmarkt*, en *WuW* 12 (2004), pp. 1295 – 1300.

exceptuarse del control de fusiones) pero también a todas aquellas en las que se precise determinar el mercado geográfico relevante¹³⁶.

ii. Endurecimiento del art. 20 inc. 3.

Con la nueva redacción del art. 20 inc. 3 ya no se sanciona la obtención de condiciones preferenciales por parte de empresas con poder de mercado sin que exista una razón objetiva que la justifique, sino que la obtención e incluso la solicitud de cualquier ventaja sin que exista una razón objetiva que lo justifique. Es decir, el legislador ha estimado que el sólo requerimiento por parte de una empresa con poder de mercado en orden a que se le conceda algún tipo de ventaja sin que exista un motivo objetivo justificante debe ser prohibido. De ahora en adelante se prohíbe incluso la infructuosa solicitud.

iii. Derogación de las normas sobre recomendación de precios.

El derecho europeo no conoce una norma especial sobre prohibición de recomendaciones, consecuentemente, tampoco normas que regulen las excepciones a esa prohibición. Para armonizar con él, el legislador alemán decidió derogar las normas que trataban sobre ambos asuntos, arts. 22 y 23. Tal como en el derecho europeo, ahora, en el derecho alemán, ese tipo de recomendaciones se regulan por la norma que prohíbe todo tipo acuerdos que restrinjan la competencia, es decir, los arts. 81 *TCE*. y 1 *GWB.*, respectivamente. En lo que respecta a las recomendaciones ellas estarán exentas del art. 1 *GWB.* si cumplen con las normas de los art. 2 y/o 3. En cuanto a las recomendaciones de precios de venta, en el ámbito de restricciones verticales, se rigen, en virtud de la remisión del art. 2 inc. 2, por los arts. 3 y 4 letra a del *RC. 2790/1999*¹³⁷, según los cuales, ellas son permitidas en aquellos mercados en que el proveedor tiene una cuota de mercado inferior al 30%.

¹³⁶ Cfr. KAHLENBERG, Harald – HAELLMIGK, Christian, cit. (n. 2), p.1511 y HARTOG, Johanna; NOACK, Britta, cit. (n. 22), p. 1400.

¹³⁷ Reglamento del Consejo (*CE*) n. 2790/1999, relativo a la aplicación del art. 81 inc. 3 del *TCE*. a determinadas categorías de acuerdos verticales y practicas concertadas, en *DOCE*. n. L 336/21 de 22 de Diciembre de 1999, pp. 21 – 25.

3. Uso del derecho europeo contra restricciones a la competencia. Relación del derecho alemán y los arts. 81 y 82 TCE.

El legislador alemán estimó necesario explicitar en el texto de la ley que las normas del derecho alemán pueden ser utilizadas simultáneamente con las del derecho europeo anticarteles. Se materializa así el principio del uso conjunto. Se estableció en el art. 22 una repetición de lo dispuesto en el art. 3 del RC. 1/2003, dejando en claro que la aplicación de la *GWB*. debe estar unida a la aplicación del derecho europeo, en particular a los arts. 81 y 82 del TCE.¹³⁸ . En cuestiones en las que se afecte directa y claramente la competencia entre estados miembro basta por sí sola la aplicación de las normas del derecho europeo que regulan esta materia; por ello la ley dispone para estos casos que la utilización del derecho alemán es meramente facultativa¹³⁹, art. 22 inc. 1 y 3. Ahora bien, el uso paralelo de ambas regulaciones toma gran importancia en todos aquellos casos en los cuales nos encontremos en la llamada “zona gris”¹⁴⁰, pues será en ellos que la aplicación conjunta de ambos cuerpos normativos evitará que la legalidad de un proceso frente a las autoridades anticartel, o que una decisión judicial, pueda ponerse en duda debido al derecho aplicado¹⁴¹.

En lo que respecta a conductas unilaterales restrictivas de la competencia, también se repite la disposición del art. 3 inc. 2 del RC. 1/2003, en orden a que si ellas son regladas por el

¹³⁸ Cfr. LUTZ, Martin, cit. (n. 22), p. 724.

¹³⁹ BEGRÜNDUNG ZUM REGIERUNGSENTWURF VOM 26 MAI 2004, *BT. DI 15/3640*, 7. *GWB Novelle Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, en *WuW*. Edición especial (2005), p.125.

¹⁴⁰ Es decir, aquellos casos en los cuales es difícil determinar con antelación y certeza si la conducta afecta o no el comercio de dos o más estados miembro.

¹⁴¹ LUTZ, Martin, cit. (n. 22), p. 725.

legislador nacional de un modo mas estricto que el europeo, el derecho aplicable es únicamente el nacional, es decir la legislación más estricta.

4. Reglamentación especial de ciertos sectores económicos.

Desde sus inicios la *GWB*. ha contenido disposiciones para sectores específicos de la economía que hacen excepción a las normas generales. Hasta antes de la modificación, los sectores y/o mercados que tenían una regulación especial eran: agricultura, crédito y seguros, sociedades de derechos de autor, derechos televisivos de espectáculos deportivos arts 28 y *ss. va.*, y diarios y revistas art. 15 *va.*. De todas las excepciones que existían la ley sólo ha mantenido las que se refieren a agricultura y fijación de precios de reventa de diarios y revistas; todas las demás fueron derogadas. La principal razón por la cual aquellas disposiciones se eliminaron de la ley es que el derecho europeo no las contempla y que debido su primacía y obligatoriedad de uso, el legislador estimó necesario un ajuste y procedió a la eliminación de este régimen especial¹⁴². Lo relativo al sector agrícola se mantuvo principalmente debido a que el derecho europeo también ha previsto excepciones específicas en esta materia *RC. 26/62*¹⁴³. En lo que respecta a la posibilidad de fijar los precios de reventa de diarios y revistas, desde mi punto de vista, no tiene más asidero que razones de política cultural¹⁴⁴.

¹⁴² BEGRÜNDUNG ZUM REGIERUNGSENTWURF VOM 26 MAI 2004, cit. (n. 62), p. 128.

¹⁴³ Reglamento del Consejo (*CE*) n. 26/62, de 4 de abril de 1962, sobre la aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas, en *DOCE*. L 30 de 20 de Mayo de 1962. Este fue el reglamento que regía al momento en que la ley fue diseñada y promulgada. El reglamento que actualmente rige es el Reglamento del Consejo (*CE*) n. 1184/2006 del Consejo, de 24 de julio de 2006, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas, en *DOCE*. L 214 de 4 de Agosto de 2006, pp. 7 – 9.

¹⁴⁴ Cfr. RITTNER, Fritz, cit. (n. 16), p. 257

El trato especial que el legislador en su momento dio a los mercados antes mencionados consistió en quitarle aplicación a ciertas normas para determinados actos. Así por ejemplo el art. 1 y 14 *va.* no tenía aplicación, en materia de créditos y seguros, respecto de la asunción colectiva de riesgos individuales acordados para un caso particular por empresas de coaseguro o consorcios de instituciones de crédito art. 29 inc. 2 *va.*; en el ámbito de sociedades de derechos de autor, dichos arts. no se aplicaban a la formación de sociedades de autores regidas por la ley de administración de derechos de autor y derechos protegidos relacionados¹⁴⁵ como tampoco a acuerdos o decisiones de tales sociedades en cuanto fueren necesarios para la efectiva administración de los derechos a su cargo art. 30 inc. 1 *va.* Tras la derogación de los arts 29 – 31 *va.* todas estas conductas se rigen por las normas generales de los art. 1 – 3. Las únicas excepciones que se mantuvieron, como decíamos, son las relativas a la agricultura art. 28, en virtud de las cuales el art. 1 no se aplica a acuerdos entre productores agrícolas o acuerdos y decisiones de asociaciones de productores agrícolas y federaciones de tales asociaciones en cuanto se refieran a la producción o venta de productos agrícolas o al uso de instalaciones comunes para el almacenamiento, tratamiento o proceso de aquellos productos (art. 28 inc. 1). Tampoco se aplica a acuerdos verticales concernientes a la clasificación, etiquetado y empaçado de productos agrícolas (art. 28 inc. 2). En lo que respecta a la fijación de precios de diarios y revistas, antes regulado en el art. 15, se establece que el art. 1 no se aplica a la fijación vertical de precios de reventa por parte de los productores de periódicos, revistas, productos que los reproduzcan o substituyan o productos combinados en los cuales el diario o revista se encuentre en primer plano (art. 30). Lo que se autoriza es que estas empresas puedan determinar el precio que pagará el consumidor final.

¹⁴⁵ *Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten*, 9 de Septiembre de 1965, en *BGBI.* (1965), pp. 1294 y *ss.*

CAPÍTULO III

MODIFICACIONES REALATIVAS A COMPETENCIAS DE LAS AUTORIDADES ANTI- CARTELES Y SANCIONES POR TRANSGRESIONES A LA LEY

1. Poderes de las autoridades anticartel.

En el derecho alemán contra las restricciones a la competencia se entiende por autoridades anticartel todos aquellos órganos administrativos a los cuales la ley ha entregado competencias para velar por el cumplimiento de la *GWB*. La ley dispone expresamente que son autoridades anticartel el *BundKA.*, el Ministerio de Economía y Trabajo y la autoridad suprema de cada Estado Federal¹⁴⁶ art. 48. En todos aquellos casos en que la ley no designa expresamente cuál es el órgano competente para atender un determinado asunto la competencia se distribuye según el alcance territorial de los efectos de la conducta restrictiva o discriminatoria, siendo competente el *BundKA.* en todos aquellos casos en que los efectos vayan más allá de los límites de un Estado Federal. En todos los otros casos la competencia corresponde al órgano federal art. 48 inc. 2. Se deben tener también presente que ambas instituciones pueden solicitar, el uno a la otra, que se entreguen a su competencia asuntos que según las reglas generales corresponderían al otro órgano art. 49 inc. 3 y 4.

¹⁴⁶ *Land.*

En la última modificación a la *GWB.*, junto al ajuste del derecho material a las nuevas concepciones del derecho europeo contra restricciones a la competencia¹⁴⁷, el legislador consideró necesario reformar y ampliar latamente las facultades de las autoridades anticartel, dotándolas así de las herramientas necesarias para jugar un rol más activo en su tarea de velar por el cumplimiento de las disposiciones de la *GWB.* Para concretarlo introdujo seis nuevos artículos (arts 32 – 32e) que, esencialmente, reproducen las disposiciones contenidas en los arts. 7 – 10, 17 y 29 del *RC.* 1/2003.

Dos fueron los grandes motivos por los cuales el legislador estimó que debían establecerse nuevos poderes para las autoridades anticartel. En primer término, posibilitar una efectiva persecución de las infracciones a la ley dentro del sistema de exención legal y, en segundo, el principio inspirador de toda la reforma, adecuación de la *GWB.* al derecho europeo contra restricciones a la competencia. En un sistema basado en la regla de exención legal se hace necesario que las autoridades cuenten con más y mejores facultades tanto correctivas como de investigación de posibles transgresiones a la ley, con el objeto de sopesar la gran libertad que este sistema entrega y velar por el cumplimiento de la normativa vigente. En cuanto a las normas o facultades aptas para alcanzar tales objetivos, que los estados miembro deben contemplar en su legislación, nada dice el derecho europeo, sino que sólo dispone en el art. 5 *RC.* 1/2003 que las autoridades encargadas de velar por la libre competencia en los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 81 y 82, y, de oficio o a petición de parte, pueden ordenar la cesación de la infracción, adoptar medidas cautelares, aceptar compromisos o imponer multas u otras sanciones previstas en el derecho nacional. Ahora bien, el legislador estimó conveniente ir más allá y regular esta materia con mayor profundidad basándose, como lo ha hecho en muchos otros puntos de la reforma, de lleno en las normas del derecho europeo que regulan esta materia.

La antigua *GWB.* disponía que las autoridades anticartel podían prohibir a empresas o asociaciones de empresas la realización de una conducta contraria a la ley art. 32. Era ésta la única posibilidad de acción: prohibir, sin tener siquiera cabida la posibilidad de ordenar

¹⁴⁷ FUCHS, Andreas, *Die 7. GWB-Novelle – Grundkonzeption und praktische Konsequenzen*, en *WRP.* (2005) 11, p. 1389.

una conducta sustitutoria. En la práctica se demostró que dicho actuar no era el más idóneo¹⁴⁸.

La nueva *GWB*. entrega nuevas facultades a las autoridades anticartel, las cuales pasaremos a exponer detalladamente y por separado.

a) Ampliación de la facultad para prohibir la realización de conductas contrarias a la ley.

El art. 32, que como decíamos, sólo entregaba la facultad de prohibir una conducta contraria a la ley, fue ampliado y ahora otorga a las autoridades anticartel prácticamente las mismas facultades que el art. 7 *RC*. 1/2003 contempla para el caso que la Comisión constate una infracción a los arts. 81 y 82 del *TCE*. A la sazón del art. 32, las autoridades alemanas anticarteles pueden obligar a empresas o asociaciones de empresas a que subsanen una infracción a la *GWB*. o a los arts. 81 y 82 del *TCE*. ordenando la realización de cualquier medida que sea necesaria para el cese efectivo de la infracción cometida, siempre que ellas sean proporcionales a dicha infracción (art. 32 inc. 1 y 2). A diferencia de lo que establece el art. 7 *RC*. 1/2003, la *GWB*. no se pronuncia expresamente respecto a la procedencia de ordenar medidas de tipo estructural con el fin de subsanar la infracción. Al respecto se ha planteado que a pesar que la ley nada dispone, ellas procederían pues la redacción amplia del art. las incluiría¹⁴⁹. La no inclusión expresa de esta facultad, según se

¹⁴⁸ KAHLBERG, Harald – HAELLMIGK, Christian, *Neues Deutsches Kartellgesetz*, en *BB*. 60 (2005) 28/29, p. 1512.

¹⁴⁹ BEGRÜNDUNG ZUM REGIERUNGSENTWURF VOM 26 MAI 2004, *BT. DI* 15/3640, 7. *GWB Novelle Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, en *WuW*. Edición especial (2005), p.130 y HARTOG, Johanna; NOACK, Britta, *Die 7. GWB-Novelle*, en *WRP*. 51 (2005) 11, p.1401.

explica en el proyecto de ley¹⁵⁰, se debió a que tal concepto no es en el derecho alemán un concepto jurídico preciso. En aquellos casos en que las autoridades decidan adoptar medidas de carácter estructural, es decir, aquellas que afecten la sustancia de la empresa, las autoridades pueden recurrir al art. 7 RC. 1/2003, tercera parte, para orientar su actuar¹⁵¹.

Alejándose de lo que dispone el derecho europeo, el legislador alemán incluyó en el inc. 3 del art. 32, una norma que dispone que habiendo un interés fundado las autoridades anticartel pueden también constatar una infracción que tuvo lugar en el pasado. El objeto de ello sería disminuir el peligro de una repetición de la infracción¹⁵².

b) Nueva regulación de las medidas cautelares.

El derecho alemán contra restricciones a la competencia ha regulado el tema de las medidas cautelares. Antes de la modificación ellas procedían sólo en el marco de determinados procesos sustanciados frente a las autoridades anticartel¹⁵³ y podían dictarse hasta que se emitiera un pronunciamiento definitivo (art. 60 *va.*) Esta facultad permanece en el nuevo texto de la ley (art. 60), pero se agregó otra norma que autoriza la procedencia de este tipo de medidas fuera de aquellos procesos.

El nuevo art. 32a reproduce en términos prácticamente idénticos la formulación del art. 8 inc. 1 del RC. 1/2003 disponiendo que las autoridades anticartel pueden ordenar de oficio medidas cautelares, en casos de urgencia justificada por el riesgo de que se produzca un

¹⁵⁰ BEGRÜNDUNG ZUM REGIERUNGSENTWURF VOM 26 MAI 2004, *BT. DI 15/3640*, 7. *GWB Novelle Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, en *WuW*. Edición especial (2005), p.130.

¹⁵¹ HARTOG, Johanna; NOACK, Britta, *Die 7. GWB-Novelle*, en *WRP*. 51 (2005) 11, p.1401

¹⁵² BEGRÜNDUNG ZUM REGIERUNGSENTWURF VOM 26 MAI 2004, *BT. DI 15/3640*, cit.(n. 6), p. 167.

¹⁵³ Por ejemplo: dentro de proceso de control de fusiones art. 40 y de autorización ministerial art. 42, entre otros.

perjuicio grave e irreparable a la competencia. Esta facultad fue creada por el legislador con el objeto de permitir su procedencia especialmente dentro del ámbito de los capítulos uno a cinco de la primera parte de la *GWB.*, sin perjuicio de lo que dispone el art. 60 n.3.¹⁵⁴. Al igual que el art. 8 inc. 2 del *RC. 1/2003* se establece que las medidas cautelares que se dicten deben tener un plazo determinado, el que a su vez puede prolongarse. Ahora bien, a diferencia del art. 8 inc. 2 del *RC. 1/2003* el art. 32 inc. 2 *GWB.* dispone expresamente que las medidas cautelares que se ordenen deben contener un plazo, prorrogable, que no puede extenderse más allá de un año, a mi entender, incluida también la eventual prolongación¹⁵⁵.

c) Establecimiento de compromisos obligatorios

El art. 32b es una norma nueva para el derecho alemán contra restricciones a la competencia. El contenido del art. es el mismo que el del art. 9 del *RC. 1/2003*, es decir, establece que las autoridades anticartel pueden disponer que compromisos propuestos por empresas adquieran carácter obligatorio para tales empresas. Para que este tipo de acuerdos adquieran tal carácter se requiere el cumplimiento de varios requisitos. Primero que todo, deben ser las empresas quienes los hayan propuesto de manera formal, la formalidad consistiría en la presentación por escrito de una conducta. Esto último no se encuentra expresamente en la ley pero en el proyecto se afirma categóricamente¹⁵⁶ y los autores están contestes¹⁵⁷. Es también necesario que los compromisos hayan sido propuestos dentro del procedimiento del art. 32 y respondan a las inquietudes que las autoridades hayan planteado en el análisis preliminar (art. 32b), primera parte. Según el legislador, el art. 32b no tiene

¹⁵⁴ Cfr. LUTZ, Martin, *Schwerpunkte der 7 GWB-Novelle*, en *WuW.* 55(2005) 7/8, p. 725.

¹⁵⁵ Cfr. HARTOG, Johanna; NOACK, Britta, cit. (n. 7), p. 1401.

¹⁵⁶ BEGRÜNDUNG ZUM REGIERUNGSENTWURF VOM 26 MAI 2004, *BT. DI 15/3640*, cit.(n. 6), p. 130.

¹⁵⁷ Vid. KARL, Mathias, *Die Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch die 7. GWB-Novelle*, en *DB.* 58 (2005) 26, p. 1441.

aplicación en aquellos casos en que las autoridades proyecten la imposición de una multa¹⁵⁸.

Para que el compromiso adquiriera carácter obligatorio para las empresas se requiere de un pronunciamiento formal por parte de la autoridad en el cual se precise cuál es el acuerdo que adquiere tal carácter y que, sin perjuicio de art. 32b inc. 2, las autoridades no harán uso de las facultades que le conceden los arts 32 y 32a, art. 32b inc. 1, parte final. De lo dicho anteriormente aparecen dos cuestiones de suma importancia. Primero, las autoridades no precisan pronunciarse si existe o existió efectivamente una transgresión a la normativa y a pesar de ello se renuncia a la facultad de continuar o realmente verificar si la hay o no. Segundo, dicha renuncia no afecta los derechos de terceros para accionar contra las empresas que concurrieron al compromiso y tampoco vincula a los tribunales civiles, los cuales siguen siendo competentes para pronunciarse respecto de una eventual transgresión. A diferencia de lo que ocurre en el derecho europeo, art. 27 inc. 4 *RC. 1/2003*, la *GWB*. no contempla ninguna norma en la cual se ordene la publicación del contenido esencial del compromiso, sino que sólo el de la decisión definitiva (art. 62). La publicación del contenido esencial del compromiso sería un mecanismo idóneo para poner al tanto a terceros interesados que, en cierta medida, perdieron la protección que les brinda el órgano fiscalizador.

Las autoridades sólo pueden reabrir un procedimiento que terminó por la adopción de un compromiso en aquellos casos en que el legislador lo autoriza art. 32b, es decir, si se produce la modificación de la situación de hecho respecto de un elemento esencial de la decisión, si las empresas afectadas no cumplen sus compromisos o si la decisión se basó en informaciones incompletas, inexactas o engañosas facilitadas por las partes. Esta regla es ley especial frente a los arts. 48 y ss. *VwVfG*.¹⁵⁹ que son las normas generales respecto de la

¹⁵⁸ BEGRÜNDUNG ZUM REGIERUNGSENTWURF VOM 26 MAI 2004, *BT. DI 15/3640*, cit.(n. 6), p. 131

¹⁵⁹ *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 23 de Enero de 2003 en *BGBl. 1*, pp. 102 y ss.

revocación de los actos administrativos, los cuales también deben tenerse en consideración al analizar la validez del acto que declara obligatorio tal o cual compromiso.

d) Introducción de la facultad para que las autoridades anticartel decidan no intervenir.

Tras la sustitución del antiguo sistema de notificación administrativa por el de exención legal, tanto en el derecho europeo como en el alemán, se incrementó la necesidad de seguridad jurídica de las empresas en materias concernientes a la admisibilidad de cooperación entre ellas, sin que se afecte el derecho contra restricciones a la competencia. Ante este escenario el legislador ha entregado a las autoridades anticartel una nueva facultad, que guarda estrecha relación con lo que dispone el art. 5 inc. 3 *RC*. 1/2003. La nueva facultad consiste en poder emitir una decisión pronunciándose en cuanto a que de acuerdo a las informaciones que le han sido proporcionadas no se reúnen las condiciones para que exista una transgresión a los arts. 1, 19 – 21 *GWB*. ni tampoco de los art. 81 y 82 *TCE*. y, por tanto, no existe razón alguna para su intervención (art. 32c). La decisión tiene como contenido que ellas no harán uso de las facultades concedidas por los arts. 32 y 32a, a menos de que surjan nuevos antecedentes. Las empresas, a excepción de las pequeñas y medianas (art. 3 inc. 2), no tienen derecho a exigir a las autoridades un pronunciamiento a este respecto. Lo que si tienen es la posibilidad de solicitar una aclaración, de carácter informal, respecto a si los criterios aplicados por las autoridades son coincidentes a los propios, en lo que respecta a las admisibilidad jurídica en el plano del derecho anticarteles de tal o cual actuación¹⁶⁰.

En cuanto a la seguridad jurídica que se alcanza con las decisiones emanadas del art. 32c vale hacer algunas precisiones. Si bien un pronunciamiento de las autoridades conforme al art. 32c entrega seguridad jurídica a las empresas concernientes, ésta es tan sólo parcial, por cuanto los derechos de terceros para accionar en contra de las empresas a las cuales haya alcanzado tal pronunciamiento no se ven dañados, pues dicha decisión no les es vinculante, y ellos pueden en cualquier momento recurrir a la justicia para que se pronuncie respecto a

¹⁶⁰ KAHLBERG, Harald – HAELLMIGK, cit. (n. 4), p.12.

la licitud de tal o cual conducta. Los tribunales pueden, en todo caso, tener en cuenta la decisión emitida por las autoridades anticartel¹⁶¹.

Es facultativo para las autoridades anticartel hacer públicas las decisiones que dicten de conformidad al art. 32c, art. 62, parte final.

e) Introducción de la facultad no aplicar a un reglamento de exención por categorías en casos particulares.

El derecho alemán ha tomado la regla contenida en el art. 29 inc. 2 *RC*. 1/2003 y en términos muy similares le ha dado aplicación para casos que acaezcan en el territorio alemán o en una parte de él. El art. 32d dispone que las autoridades anticartel pueden no aplicar un reglamento de exención por categorías cuando en un caso determinado haya acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas que sean incompatibles con el art. 2 inc. 1 *GWB*. o con el art. 81 inc. 3 y que tengan lugar dentro del territorio alemán o en parte de dicho territorio que presente todas las características de un mercado geográfico distinto. En el caso que las autoridades adopten tal decisión, como medida de publicidad, existe obligación de publicar (art. 62).

f) Facultades de investigación para el *BundKA*. y las autoridades supremas de los Estados Federales.

El mismo encabezado y, en resumidas cuentas, casi idéntico contenido tienen los arts. 17 *RC*. 1/2003 y el nuevo art. 32e *GWB*. Ambos arts tratan sobre las investigaciones por sectores económicos y por tipo de acuerdos que pueden llevar a cabo la Comisión y el *BundKA*. y/o las autoridades federales, respectivamente. El gran punto de discusión en torno a la ampliación de las facultades de las autoridades anticarteles se presentó en la elaboración de este artículo. La gran controversia estuvo dada por entregar esta facultad también a las autoridades superiores de los estados federales, en todo momento se aceptó que ella debía estar en manos del *BundKA*. pero no fue compartido el criterio de

¹⁶¹ BEGRÜNDUNG ZUM REGIERUNGSENTWURF VOM 26 MAI 2004, *BT. DI* 15/3640, cit.(n. 6), p. 166.

entregársela también a las antedichas autoridades. Un importante rol opositor jugó el *BDI*.¹⁶², quien consideró en todo momento que entregar estas facultades a las autoridades superiores de los Estados Federales no era más que una excesiva reglamentación que vendría a perjudicar la fluidez de los mercados¹⁶³.

El objetivo directo del art. 32e es dotar a las autoridades anticartel de una facultad que compense el déficit de información que acarrea el sistema de exención legal, en comparación al de notificación y exención administrativa¹⁶⁴.

El art. 32e inc. 1 entrega tanto al *BundKA*, como a las autoridades federales la facultad de llevar a cabo una investigación respecto de un sector determinado de la economía o de un tipo concreto de acuerdos en aquellos casos en que la rigidez de los precios u otras circunstancias hagan presumir que la competencia en el mercado interno está siendo restringida o falseada. Para dar inicio a este tipo de investigación no se precisa de una sospecha concreta de transgresión al derecho anticarteles¹⁶⁵. En el marco de la investigación dichos órganos pueden recabar de las empresas o asociaciones de empresas involucradas toda la información que consideren necesaria para la aplicación de la *GWB*, y de los arts. 81 y 82 *TCE* (art. 32e inc. 2). A estas facultades debemos añadir las contempladas en los arts 57 y 59 a 62 a los cuales se remite el art. 32e inc. final. La ley, además, da la facultad para que las autoridades puedan emitir un informe con los resultados de la investigación realizada a la luz del art. 32e y de solicitar a las partes interesadas que presenten sus observaciones.

¹⁶² FUCHS, Andreas, cit. (n.2), p. 1390.

¹⁶³ AUSSCHUSSDRUCKSACHE 15 (9) 1333, pp. 25 y 29 – 30.

¹⁶⁴ FUCHS, Andreas, cit. (n.2), p. 1390.

¹⁶⁵ Por todos, LUTZ, Martin, cit. (n. 10), p. 726.

2. Consecuencias y sanciones civiles por transgresiones al derecho anticartel.

a) Regulación anterior a la reforma.

El texto de la *GWB.* vigente con anterioridad a su séptima reforma contemplaba entre las consecuencias y sanciones por transgresiones la nulidad (arts 1, 14, 17, 19 y 22) en relación con el art. 134 *BGB.*, derecho a solicitar abstenerse de realizar una conducta (art. 33), la indemnización de perjuicios (art. 33) y el retiro del incremento de producción¹⁶⁶ (art. 34).

Los arts. 1, 14, 17, 19 y 22 tenían en común el prohibir la celebración o realización de uno o más conductas o acuerdos. A la luz del art. 134 *BGB.* si un negocio jurídico contraviene una prohibición establecida en la ley es nulo, a menos que la misma ley contemple una sanción diversa. Como la *GWB.* no contenía ningún tipo de sanción específica para esos casos, los actos celebrados en contravención eran anulables.

La facultad de solicitar abstenerse de realizar una conducta (art. 33 inc. 1) podía ser ejercida en aquellos casos en que se violara una disposición contenida en la ley o una decisión de las autoridades anticartel, si ellas tenían por objeto la protección de un tercero. La facultad de solicitar el cese de la conducta podía ser ejercida tanto por la persona afectada por dicha transgresión (art. 33 primera parte) como por asociaciones para la promoción de intereses comerciales (art. 33 parte final). El plazo de prescripción de este derecho, según la norma general del art. 197 *BGB.*, es de 30 años.

En lo que respecta a la indemnización de los perjuicios ocasionados por la transgresión dolosa o culposa de la ley o de una decisión de las autoridades anticartel se debía estar a lo dispuesto en el art. 33. El antiguo art. 33 regulaba muy vagamente este tema y trajo como consecuencia el tener que recurrir a las normas generales contenidas en el *BGB.* para llenar los vacíos dejados. Ello, unido a una interpretación restrictiva de las normas por parte de

¹⁶⁶ “*Mehrerlösabschöpfung*”.

los Tribunales de Justicia, llevó a que su aplicación práctica fuere casi nula¹⁶⁷. Indiscutida fue la procedencia de la indemnización de los perjuicios causados con ocasión de la contravención al derecho anticarteles: la base jurídica la encontrábamos en los arts. 823 *BGB.*, art. 81 *TCE.* y art. 33 *GWB.* Por el contrario, fue muy controvertido el determinar qué individuos estaban dentro del ámbito de protección de las normas y podían por tanto solicitar tal indemnización. Los tribunales aplicaron dos criterios. Por un lado, para que alguien pudiera demandar indemnización de perjuicios debía probar que la contravención, es decir, determinado acuerdo o práctica concertada, estuvo dirigida en su contra. Por otro, quien podía solicitar la indemnización de los perjuicios eran solamente los afectados directos que fueren proveedores o compradores¹⁶⁸. La aplicación de ambos criterios llevó al absurdo que cuanto más amplio fuere el cartel menor era el riesgo de sus miembros de tener que pagar una indemnización¹⁶⁹.

Por último, el art. 34 regulaba el retiro del incremento de producción obtenido tras la realización de alguna conducta prohibida por las autoridades anticarteles¹⁷⁰ en virtud de lo dispuesto por el art. 32 *va.* Determinado que la empresa había transgredido dolosa o culposamente dicha prohibición las autoridades podían ordenar que esta les pagara una suma equivalente al monto de las ganancias obtenidas tras la transgresión. El plazo para ordenar dicho pago era de tres años contados desde que se determinó la transgresión. El

¹⁶⁷ HARTOG, Johanna; NOACK, Britta, cit. (n. 7), p. 1403.

¹⁶⁸ Entre otras, sentencia de *Landgericht Dortmund* de 1 de abril de 2004, en *WuW.* 12 (2004), pp.1182.

¹⁶⁹ BERRISCH, Georg, *Kartellrechtliche Schadenersatzansprüche nach der 7. GWB. Novelle – Eine Einschätzung der Zukunft privater Kartellrechtsdurchsetzung mittels Schadenersatzklagen in Deutschland*, en *WuW.* 55 (2005) 9, p. 881.

¹⁷⁰ No estamos frente a una consecuencia o sanción civil, pero por sistematización la trataremos en este punto. Al referirnos a la regulación posterior a la reforma lo haremos de la misma manera.

retiro de la ganancia obtenida no procedía si la empresa era obligada a pagar una indemnización de perjuicios por la misma conducta (art. 34 inc. 4), incluso esta tenía derecho a solicitar la restitución de lo pagado si con posterioridad era condenada al pago de tal indemnización.

b) Motivos y objetivo de la reforma.

Uno de los principales objetivos de la séptima reforma de la *GWB*. fue el fortalecimiento del derecho de los privados para obtener el cese de una conducta atentatoria del derecho anticarteles y/o la indemnización de los perjuicios sufridos a causa de transgresiones a esas normas. La búsqueda de tal objetivo encuentra dos fundamentos principales, por un lado, la sustitución del sistema de notificación y autorización por el de exención legal motivó al legislador para idear mecanismos idóneos para su control y supervisión. Unido a la ampliación de las facultades de las autoridades anticartel se consideró como primordial no perder ninguna forma de protección a la competencia y se estimó que los particulares podían también jugar un rol importante a este efecto¹⁷¹. Por otro, lograr con la instauración de un efectivo sistema civil de sanciones un importante efecto intimidatorio¹⁷².

Con anterioridad a la reforma, la ejecución del derecho anticarteles alemán casi no tuvo aplicación práctica, como comentábamos en los apartados anteriores, debido principalmente a la estrecha interpretación que se dio a las normas que regulaban esta materia y a los altos riesgos de costos asociados al ejercicio de las acciones concedidas por el legislador.

El objeto de la reforma fue principalmente la ampliación del retiro de la ventaja económica alcanzada injustamente por una empresa, en comparación a la anterior figura del art. 34, y la facilitación de las demandas privadas, dentro de las cuales se dio gran importancia al derecho a solicitar indemnización de perjuicios. Respecto a esta última institución es

¹⁷¹ BEGRÜNDUNG ZUM REGIERUNGSENTWURF VOM 26 MAI 2004, *BT. DI* 15/3640, cit.(n. 6), p. 133.

¹⁷² HARTOG, Johanna; NOACK, Britta, cit. (n. 7), p. 1403.

preciso hacer algunos comentarios referentes a su concreción en el derecho europeo y a la legislación que influyó el legislador alemán. En el derecho europeo la indemnización de los perjuicios causados por la transgresión del derecho anticarteles no está regulada. Ello no quiere decir que ese derecho desconozca aquella figura. Ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de establecer los principios según los cuales particulares pueden solicitar las indemnizaciones correspondientes. La jurisprudencia ha sostenido lo siguiente: Primero, los art. 81 y 82 tienen efecto directo en las relaciones entre privados y dan derecho a defenderse ante los tribunales de los estados miembros. Segundo, la total eficacia del art. 81 y especialmente la eficacia práctica del art. 81 inc. 1 estaría restringida si todos y cada uno no pudieran exigir ante los tribunales de justicia la indemnización de perjuicios ocasionados por un contrato que restrinja o falsee la competencia o bien por prácticas concertadas. Tercero, la carencia de una regulación comunitaria al respecto obliga a regirse por las normas procesales de los estados miembros. Cuarto, los estados miembros están obligados a tener en cuenta los principios de equivalencia y efectividad¹⁷³. El principio de equivalencia ordena que la ejecución del derecho comunitario no puede ser más difícil que la del derecho nacional. El principio de efectividad establece que no se puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario¹⁷⁴.

Siguiendo en el ámbito de la regulación de la indemnización de perjuicios, el legislador alemán tomó, en parte, como referente el derecho de los Estados Unidos de América. Eso sí, siempre teniendo presente la lejanía existente entre los fundamentos jurídicos de uno y otro derecho, especialmente respecto al monto de las indemnizaciones procedentes por los perjuicios causados¹⁷⁵.

¹⁷³ BERRISCH, Georg, cit. (n. 25), p. 880.

¹⁷⁴ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 2001 *Courage/Crehan*, en *WuW*. 51 (2001) 9, p. 1121.

¹⁷⁵ En el derecho alemán se indemniza el daño efectivamente causado.

c) Regulación después de la reforma.

La actual regulación de la *GWB*. en cuanto a las consecuencias y sanciones civiles por transgresiones a su normativa se articula de la siguiente manera: nulidad art. 1, en relación con el 134 *BGB*. y art. 81 inc. 2 *TCE.*, derecho a solicitar la eliminación de la perturbación: art. 33 inc. 1, derecho a solicitar abstenerse de realizar una conducta: art. 31 inc. 1, derecho a solicitar indemnización de perjuicios: art. 33 inc. 3 y el retiro de la ventaja económica alcanzada a solicitud de organizaciones privadas: art. 34a. También analizaremos al final de este capítulo, por su estrecha relación con el último derecho enunciado, la facultad de las autoridades anticartel para ordenar el retiro de la ventaja económica alcanzada (art. 34), teniendo presente que no estamos dentro del ámbito de las consecuencias civiles, sino más bien de las facultades de las autoridades anticartel.

i. Nulidad.

Las decisiones y acuerdos restrictivos de la competencia son nulos, siempre que ellos no estén exentos de la prohibición de carteles en virtud de alguna de las excepciones legales de los arts 2, 3, 28, 30 *GWB*. y 81 inc. 3 *TCE*. El derecho europeo anticarteles dispone la nulidad absoluta de todos los acuerdos y decisiones prohibidos por el art. 81 en su art. 81 inc. 2. En el ámbito del derecho alemán anticarteles la nulidad está consagrada por los arts. 134 *BGB*. y 1 *GWB*. El primero dispone que los negocios jurídicos que contravengan una prohibición legal son nulos, y el segundo prohíbe la realización de ciertos actos. La nulidad declarada judicialmente se limita, en principio, a aquellas partes del contrato que hayan vulnerado los arts. 1 *GWB*. u 81 *TCE*. Para determinar si todo el contrato se ve afectado por la nulidad se debe estar a las normas generales que regulan esta materia, es decir, a los arts. 139 y 140 *BGB*. El resto de las consecuencias de la nulidad en materia de derecho anticarteles son discutidas¹⁷⁶.

ii. Derecho a solicitar la eliminación de la perturbación y derecho a solicitar abstenerse de realizar una conducta.

¹⁷⁶ Vid. KLING, Michael; THOMAS, Stefan, *Kartellrecht*, (München, 2007), p. 219.

Ambos derechos se encuentran regulados en el art. 31 inc. 1, no obstante ser su objeto distinto. Los dos derechos pueden ser ejercidos por los interesados contra todo aquel que haya transgredido alguna norma de la *GWB.*, los arts. 81 u 82 *TCE.* o una orden o decisión de las autoridades anticartel. No se precisa del elemento subjetivo dolo o culpa en la transgresión. Reviste particular importancia el que se ha explicitado que el ejercicio de estos derechos también procede en aquellos casos en los cuales se haya vulnerado lo dispuesto por los arts 81 y 82 *TCE.* Anteriormente fue discutido por la jurisprudencia y doctrina si procedían o no acciones en aquellos casos, base de la discusión fue lo dispuesto por el art. 823 inc. 2 *BGB.*, la respuesta fue controvertida¹⁷⁷.

El derecho a solicitar la eliminación de una perturbación se materializa en la posibilidad de los interesados para pedir a los tribunales de justicia que el infractor cese en el mantenimiento o en la creación de un estado de transgresión¹⁷⁸. El derecho a solicitar abstenerse de realizar una conducta tiene como objeto evitar que se inicie una conducta prohibida por la ley (*Ej:* accionar contra actos preparatorios) y también evitar el peligro de repetición de una conducta transgresora¹⁷⁹.

En lo que respecta a la legitimación activa, son titulares del derecho a ejercer las acciones del art. 33 inc. 1 los afectados (33 inc 1 parte final) y las asociaciones con capacidad jurídica a que se refiere el art. 33 inc. 2 que se hayan visto perjudicados por el acto atentatorio a la competencia. Es la misma ley la que se encarga de establecer qué se entiende por afectados definiéndolos como todos aquellos que, como competidor o interviniente en el mercado, se hayan visto perjudicados por la transgresión a la ley art. 33 inc. parte final. Competidores son aquellas empresas que se encuentran en una concreta

¹⁷⁷ Cfr. BEGRÜNDUNG ZUM REGIERUNGSENTWURF VOM 26 MAI 2004, *BT. DI* 15/3640, cit.(n. 6), p. 167.

¹⁷⁸ HEINICHEN, Christian, *Deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht – Kartellrecht*, (Vorlesung, Sommersemester 2007), p. 57.

¹⁷⁹ *Ibid.*, pp. 57 y 58.

relación de competencia con el infractor; es el caso de relaciones horizontales. Intervinientes en el mercado son aquellas empresas que se encuentran en un escalafón del mercado distinto al del infractor, pero participan de él, y los consumidores finales, estamos acá frente a relaciones de carácter vertical¹⁸⁰.

El art. 33 inc. 2 entrega también a ciertas asociaciones con capacidad jurídica la posibilidad de ejercer las acciones del art. 33 inc. 1. Sólo pueden hacerlo aquellas asociaciones para la promoción de intereses comerciales o profesionales. Estas asociaciones están autorizadas para ejercer estas acciones si representan un número considerable de empresas que comercializan productos idénticos o similares en el mismo mercado, si con su dotación de medios personales, materiales y financieros son capaces de asumir, de acuerdo a las labores encomendadas en sus estatutos, la prosecución de los intereses comerciales y/o profesionales que representan y si la infracción legal afecta los intereses de sus miembros. Es válido hacer presente que, a diferencia de lo que ocurre en el art. 8 inc. 2 n. 3 de la *UWG.*, la *GWB.* no otorga legitimación activa a asociaciones de consumidores.

iii. Derecho a solicitar indemnización de perjuicios.

La indemnización de perjuicios, según lo dispuesto en el art. 33 inc. 3, procede en aquellos casos en los cuales se haya transgredido dolosa o culposamente alguna de las normas contenidas en la *GWB.*, los arts 81 u 82 *TCE.* o una orden o decisión de las autoridades anticartel.

Tienen derecho a exigir la indemnización de los perjuicios causados los afectados, entendiéndose por tales aquellos que indica el art. 33 inc. 1 parte final. Sobre este punto se ha discutido si también son legitimados activos los afectados indirectos y con ello los consumidores finales privados si el perjuicio les fue traspasado (*passing-on* activo) y las partes del cartel. Respecto a los afectados indirectos, quienes dicen que sí son legitimados activos lo hacen fundándose en el principio de efectividad, contenido en la Sentencia del

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 59.

TJCE. en la causa *Courage/Crehan*¹⁸¹, el cual se afectaría si todos y cada uno no pudieran exigir las indemnización de perjuicios que correspondan. Quienes están en contra de la legitimación activa de los afectados indirectos dicen que ella no debe proceder pues si procediera serían muy pocos los afectados directos que querrían hacer valer sus derechos, pues el perjuicio lo traspasaron a sus consumidores y, a fin de cuentas, nunca lo soportaron¹⁸². Esta interpretación beneficia a los miembros del cartel, pues el riesgo a ser demandados se reduce. Si se afirma la procedencia del *passing-on defense*, consecuentemente, se debería afirmar que los afectados indirectos son legitimados activos. Y por el contrario si se interpreta en el sentido que el legislador lo excluyó, no pueden ser considerados legitimados activos. Según Kahlenberg y Haellmigk¹⁸³, se puede deducir de la formulación del art. 33 inc. 2, segunda parte, que el *passing-on defense* fue indirectamente excluido de la ley y por tanto no se quiso dar legitimación activa a los afectados indirectos. Toda esta discusión surge a partir de lo dispuesto en la segunda parte del inc. 3 del art. 33, según el cual, los bienes o servicios que fueron adquiridos a un precio encarecido, no excluyen el perjuicio aunque hayan sido vendidos a terceros.

Aquellos que sostienen que los miembros del cartel también son titulares de la acción de indemnización de perjuicios lo hacen utilizando el mismo argumento a favor de los afectados indirectos, los que están en contra afirman que su aceptación sería una alteración de lo dispuesto por el art. 82 inc. 2 *TCE*. y del 134 *BGB*. que ordenan la nulidad de los actos celebrados en contravención a una prohibición legal. Otro argumento es que los arts. 81 *TCE*. y 1 *GWB*. no protegen a las partes de un cartel de las consecuencias que acarreen sus hechos propios¹⁸⁴.

¹⁸¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 2001 *Courage/Crehan* cit (n. 29)., p.1122.

¹⁸² HARTOG, Johanna; NOACK, Britta, cit. (n. 7), p. 1404.

¹⁸³ KAHLENBERG, Harald – HAELLMIGK, Christian, cit. (n. 4), p. 1514.

¹⁸⁴ HEINICHEN, Christian, cit. (n. 34), p. 62.

Antes de solicitar indemnización de perjuicios se debe haber probado que hubo una transgresión al derecho anticarteles. Con la modificación el legislador se encargó sólo en parte de este tema, revistiendo importancia el inc. 4 del art. 33. El art. 33 incorpora en el derecho alemán la figura del derecho de los Estados Unidos de América conocida como “*follow-on*”-demandas-: reciben esta denominación aquellas demandas que son la continuación de un proceso ante las autoridades administrativas anticartel¹⁸⁵. Según dispone el art. 33 inc. 4 vinculan a los tribunales de justicia aquellas decisiones firmes o irrevocables que hayan pronunciado las autoridades anticartel de los estados miembro, la Comisión de la *CE*. o un tribunal de justicia de alguno de los estados miembro. Esta vinculatoriedad se limita sólo a la determinación de la transgresión. El resto de los elementos (especialmente, causalidad y extensión del daño¹⁸⁶) para ordenar indemnización de perjuicios deben ser apreciados por los tribunales alemanes. En aquellos casos en que no se haya determinado la existencia de una transgresión por parte de alguna de las autoridades antedichas, y se quiera pedir indemnización de perjuicios el actor deberá probar ante los tribunales la existencia de la transgresión. La ley no contempla facilidades para probar la existencia de transgresiones en estos casos; por tanto es poco lo que pueden hacer los particulares que no cuentan con un pronunciamiento previo¹⁸⁷.

Para determinar la extensión del daño se debía estar a lo que dispone el art. 287 *ZPO*. el cual ordena que para la determinación del daño el juez debe decidir según el libre convencimiento considerando todas las circunstancias. El 33 inc. 3, tercera parte, ha complementado esta norma y facilitado la labor de los jueces, especialmente en aquellos

¹⁸⁵ KAHLENBERG, Harald – HAELLMIGK, Christian, cit. (n. 4), p. 1514

¹⁸⁶ BEGRÜNDUNG ZUM REGIERUNGSENTWURF VOM 26 MAI 2004, *BT. DI* 15/3640, cit.(n. 6), p. 170.

¹⁸⁷ Vid. BERRISCH, Georg, cit. (n. 25), pp. 883 y 888 y HARTOG, Johanna; NOACK, Britta, cit. (n. 7), p. 1405..

casos en que la determinación del precio hipotético de mercado¹⁸⁸ es muy difícil, disponiendo que para establecer la extensión del daño puede tenerse en cuenta la ganancia proporcional obtenida. La forma de calcular esta ganancia es restando al volumen de ventas la suma de los costos de producción y los gastos operativos acumulados¹⁸⁹. También se agregaron a la ley normas específicas respecto a los intereses y a la prescripción. Los intereses se devengan desde que se haya dado inicio al daño art. 33 inc. 3 parte final. Según Fuchs¹⁹⁰, esto eleva el estímulo para entablar demandas. En cuanto a la prescripción, ella se suspende mientras dure el proceso iniciado por alguna de las autoridades anticartel que indica el mismo (art. 33 inc. 5). Con esto se asegura a las partes que ellas pueden esperar hasta que las autoridades administrativas se pronuncien respecto de una transgresión y si tal pronunciamiento es afirmativo, en base a él y gracias a su efecto vinculante para los tribunales de justicia, ejercer la acción de indemnización de perjuicios que corresponda.

iv. Facultad de las autoridades anticartel para ordenar el retiro de la ventaja económica alcanzada art. 34.

Paralelo a la mejora del derecho a ejercer acciones de indemnización de los perjuicios causados por transgresiones al derecho anticarteles el legislador estimó necesario introducir la figura del retiro de la ventaja económica obtenida por medio de una transgresión dolosa o culposa al derecho anticarteles vigente (art. 34 inc. 1). Para determinar qué se entiende por ventaja económica se debe recurrir a lo que dispone el art. 17 de la *OWiG*¹⁹¹. y a los

¹⁸⁸ El precio hipotético de mercado es uno de los elementos que se usa para determinar el precio cartelizado. El precio cartelizado, junto a la ganancia perdida son los elementos que se utilizaban en Alemania para determinar le extensión del perjuicio.

¹⁸⁹ BEGRÜNDUNG ZUM REGIERUNGSENTWURF VOM 26 MAI 2004, *BT. DI* 15/3640, cit.(n. 6), p. 170.

¹⁹⁰ FUCHS, Andreas, cit. (n.2), p. 1390.

¹⁹¹ *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 19 de Febrero de 1987, en *BGBI.* (1987), pp. 602 y ss.

principios jurídicos que de él emanan, es decir, por ventaja económica no se entiende sólo la ganancia que se obtuvo, sino que también otras ventajas económicas, como por ejemplo la mejora de la posición de mercado alcanzada¹⁹². La nueva formulación del art. 34 amplía la antigua facultad del retiro del incremento de producción y posibilita ahora que las autoridades anticartel puedan ordenar el retiro de toda la ventaja económica alcanzada por medio de la transgresión a alguna de las normas tanto del derecho alemán contra restricciones a la competencia, entiéndase *GWB.*, como a las del derecho europeo (arts 81 y 82 *TCE*).

Ahora bien, el retiro de la ventaja económica es, en todo caso, subsidiaria a la interposición de demandas de indemnización de perjuicios arts. 34 inc. 2 y 34a inc. 2. La protección de los derechos individuales tiene con ello primacía¹⁹³. Tampoco procede el retiro de la ventaja económica regulado por el art. 34 en aquellos casos en que ella ha sido retirada por medio de la imposición de una multa o una orden de confiscación (art. 34 inc. 2). El retiro de la ventaja económica sólo puede ordenarse dentro de un plazo de cinco años, contados desde el cese de la infracción art. 34 inc. final.

v. Retiro de la ventaja económica alcanzada a solicitud de organizaciones privadas art. 34a.

El art. 34a entrega a aquellas asociaciones e instituciones que indica el art. 33 inc. 2, es decir, asociaciones para la promoción de intereses comerciales o profesionales, la facultad de exigir el retiro de la ventaja económica alcanzada en aquellos casos en que haya habido una transgresión dolosa de alguna de las normas de la *GWB.* o de los arts. 81 u 82 *TCE.* y que haya afectado a gran número de compradores u oferentes. Ha sido muy criticada la exclusión durante proceso legislativo de la posibilidad que asociaciones de consumidores

¹⁹² BEGRÜNDUNG ZUM REGIERUNGSENTWURF VOM 26 MAI 2004, *BT. DI* 15/3640, cit.(n. 6), p. 172.

¹⁹³ LUTZ, Martin, cit. (n. 10), p. 729.

puedan ejercer este derecho¹⁹⁴. Quienes eventualmente se verían más beneficiados por esta norma son aquéllos que hayan sufrido perjuicios por una transgresión¹⁹⁵ y que de ejercer individualmente acciones de indemnización de perjuicios no los verían realmente resarcidos por ser ellos de poca monta y por los riesgos asociados a los gastos del litigio. La ganancia que haya sido retirada debe enterarse al erario fiscal (art. 34a inc. 1).

El ejercicio de este derecho depende del no ejercicio de acciones de indemnización de perjuicios por parte de privados y de que las autoridades anticartel no hayan hecho uso de la facultad que les confiere el art. 34 o dicha ventaja ya haya sido retirada por medio de la imposición de una multa o una orden de confiscación 34a inc. 1 parte final.

Los autores están contestes en que esta norma tendrá una aplicación práctica casi nula¹⁹⁶; incluso algunos hablan de que esta norma no es más que derecho muerto¹⁹⁷. Ello se debe a que el interés en ejercerla se verá muy mermado debido a que lo retirado debe enterarse al erario fiscal y, más, aún, la organización debe soportar los riesgos económicos asociados a no obtener en juicio y probar el dolo del infractor. Por otro lado, la posibilidad de ejercer este derecho depende de muchos factores, como decíamos, de que las autoridades anticartel no ordenen el retiro de la ventaja económica haciendo uso de la facultad del art. 34 y de que no se ejerzan acciones de indemnización de perjuicios individuales, entre otros.

¹⁹⁴ Ibid., p. 730.

¹⁹⁵ Cfr. HARTOG, Johanna; NOACK, Britta, cit. (n. 7), p. 1405.

¹⁹⁶ Por todos, FUCHS, Andreas, cit. (n.2), p. 1391.

¹⁹⁷ HEINICHEN, Christian, cit. (n. 34), p. 62, nota al pie, n. 116.

CONCLUSIÓN

En términos generales, el legislador alemán logró su principal objetivo, adaptar la *GWB*. a las normas europeas sobre la materia. A su vez, el fortalecimiento de las facultades de las autoridades anticartel, la creación de nuevas acciones para que los privados puedan velar por el cumplimiento de la ley y la mejora de las normas que regulan el ejercicio de las acciones de indemnización de perjuicios, representan un gran avance. También son un gran aporte para asegurar que, a pesar de la inclusión de nuevos principios y del sistema de exención legal, la libre competencia permanecerá suficientemente protegida. Si bien la modificación representó un gran avance en diversas materias, para muchos parecen todavía necesarias ciertas modificaciones. Así por ejemplo, a pesar de que la nueva regulación sobre indemnización de perjuicios es ya un logro importante no ha quedado exenta de críticas. Se va a extrañar una regulación que facilite la prueba en aquellos casos en que un privado, que no cuenta con un pronunciamiento previo de alguno de los órganos que indica el art. 33, intente acreditar en juicio una transgresión al derecho anticarteles para poder así exigir las indemnizaciones de perjuicios que correspondan. También se continuará criticando el no haber consagrado acciones colectivas que puedan ejercer los consumidores finales.

Por otro lado, la sustitución del antiguo régimen de notificación y exención administrativa por el de exención legal hará que los actores de los distintos mercados cambien su forma de actuar en materias de competencia y asuman -esperamos del modo correcto- la gran responsabilidad que la ley les ha dado: apreciar por sí mismos si los actos o acuerdos que celebran perjudican la competencia en los términos de los art. 1 *GWB*. y 81 y 82 *TCE*.

BIBLIOGRAFÍA

Alcaraz Varó, Enrique; Hughes, Brian, *Diccionario de términos jurídicos inglés-español*⁷ (Barcelona, 2003).

Audretsch, David, *Legalized cartels in West Germany*, en *TAB*. 34 (1989), pp. 579 – 600.

Ausschussdrucksache 15 (9) 1333, pp. 1 - 183.

Baumbach, Adolf; Hefermehl, Wolfgang, *Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht*⁸ (Munich, 1960).

Baron, Michael, *Das neue Kartellgesetz* (Colonia, 1999).

Becher, Herber, *Diccionario jurídico – económico alemán-español*⁵ (Munich, 1999).

Bechtold, Rainer; Buntscheck, Martin, *Die 7. GWB- Novelle und die Entwicklung des deutschen Kartellrechts 2003 bis 2005*, en *NJW*. (2005) 41, pp. 2966 – 2973.

Begründung zum Regierungsentwurf vom 26 mai 2004, *BT. DI 15/3640*, *7. GWB Novelle Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, en *WuW*. Edición especial (2005), pp. 106 – 207.

Beier, Friedrich-Karl, *The development and presents status of unfair competition law in Germany – An outline*, en *IRIPC*. (1973) 1, pp. 77 - 89.

Bergman, Mats, *The role of the essential facilities doctrine*, en *TAB*. 46 (2001) 2, pp. 403 – 434.

Berrisch, Georg, *Kartellrechtliche Schadenersatzansprüche nach der 7. GWB. Novelle – Eine Einschätzung der Zukunft privater Kartellrechtsdurchsetzung mittels Schadenersatzklagen in Deutschland*, en *WuW*. 55 (2005) 9, pp. 878 – 888.

Böge, Ulf, *Antitrust enforcement in Europe: The new challenges. With a particular focus on the examination of minority interests under the german merger control regime*. Discurso pronunciado en la celebración del día italiano de la competencia (Roma, 2003).

Böge, Ulf, *Recent regulations for the abusive conduct of market dominating enterprises*, en *WULR*. 3 (2004), pp. 429 – 435.

Braun, Ellen; Bader, Christine, *German competition law: overview and recent developments*, en *TEAR*. (2004), pp. 95 – 100.

Bundeskartellamt, *Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts 2001 – 2002*, en *BT.DI*. 15/1226 (2003).

Bundeskartellamt, *Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts 2003 – 2004*, en *BT.DI*. 15/5790 (2005).

Bundeskartellamt, *Merkblatt des Bundeskartellamtes über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen*, (2007).

Clement, Wolfgang, *Geleitwort zur 7. GWB Novelle*, en *WuW*. Edición especial (2005), pp. 3 – 4.

Ehricke, Ulrich; Blask, Holger, *Dynamischer Verweis auf Gruppenfreistellungsverordnungen im neuen GWB?*, en *JZ*. 58 (2003) 14, pp. 722 – 730.

Entwurfs von Eckwerten einer 7. GWB Novelle, en *WuW*. 53 (2003) 4, pp. 379 – 383.

Finger, Manuela; Schmieder, Sandra, “*The new law against unfair competition: An assessment*”, en *GLJ*. 6 (2005) 1, pp. 201 - 215.

Forbes, Neil, *Doing business with the Nazis: Britain's economic and financial relations with Germany* (Londres, 2000).

Fuchs, Andreas, *Die 7. GWB-Novelle – Grundkonzeption und praktische Konsequenzen*, en *WRP*. (2005) 11, pp. 1384 – 1396.

Gesetzentwurf der Bundesregierung, *BT. DI 13/9720, 7. GWB Novelle Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, en *WuW*. Edición especial (1998), pp. 120 – 169.

Hartog, Johanna; Noack, Britta, *Die 7. GWB-Novelle*, en *WRP*. 51 (2005) 11, pp. 1396 – 1407.

Heidenhain, Martin; Satzky, Horst; Stadler, Christoph, *German antitrust law*⁵ (Frankfurt am Main, 1999).

Heidenhain, Martin; Schneider, Hannes, *German antitrust law*⁴ (Frankfurt am Main, 1991).

Heinichen, Christian, *Deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht – Kartellrecht*, (Vorlesung, Sommersemester 2007).

Immenga, Ulrich, *7. GWB Novelle – auf rechtem Weg?*, en *BB*. 60 (2005) 33, pp. 1 – 2.

Kaestner, Jan, *Developments in German law on competition, 1 January 1998 – 31 December 1999*, en *RIC*. 196 (2001) 3, pp. 12 – 18.

Kahlenberg, Harald – Haellmigk, Christian, *Neues Deutsches Kartellgesetz*, en *BB*. 60 (2005) 28/29, pp. 1509 – 1516.

Karl, Mathias, *Die Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch die 7. GWB-Novelle*, en *DB*. 58 (2005) 26, pp. 1436 – 1444.

Kling, Michael; Thomas, Stefan, *Kartellrecht*, (München, 2007).

Kohler, Joseph, *Der unlautere Wettbewerb* (Berlin, 1914).

Köhler, Helmuth, *Das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb*, en Beck-Texte (editor), *Wettbewerbsrecht und Kartellrecht*²⁵ (Munich, 2004).

Kühn, Kai-Uwe, *Germany*, en Richardson, David – Graham, Edward (editor), *Global Competition Policy* (Londres, 1997).

Langenscheidt, *Taschenwörterbuch español-inglés* (Berlín, 2002).

Lesung des Bundesrats, *BR-DI*. 210/05.

Lutz, Martin, *Schwerpunkte der 7. GWB-Novelle*, en *WuW*. 55(2005) 7/8, pp. 718 – 732.

MacLaren, Malcolm, *Is the Price Right: The European competition law dispute over national systems of fixed book prices*, en *GLJ*. 2 (2001) 13, pp. 58 - 76.

Markert, Kurt, *The new German antitrust reform law*, en *TAB*. 19 (1974) 1, pp. 135 – 157.

Manow, Philip, *Wage Coordination and the Welfare State: Germany and Japan Compared*, en *MPIfG*. Working Paper 00/7 (Colonia, 2000).

Monopolkommission, *Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle* (Bonn, 2004).

Möschel, Wernhard, *Die 7. GWB-Novelle ante portas*, en *WuW*. 53 (2003) 6, p. 571.

Möschel, Wernhard, *Law and market organization: The historical experience in Germany from 1900 to the law against restraints of competition (1957)*, en *JITE*. 151 (1995) 1 pp. 21 – 25.

Möschel, Wernhard, *The goals of antitrust revisited*, en *JITE*. 147 (1991) 1, pp. 7 – 27.

Möschel, Wernhard, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen* (Köln, 1983).

Müller, Rudolf; Stiefel, Ernst; Brücher, Horst, *Doing business in Germany*⁸ (Frankfurt am Main, 1978).

Müller, Rudolf; Heidenhain, Martin; Schneider, Hannes, *German antitrust law*² (Frankfurt am Main, 1981).

Nörr, Knut Wolfgang, *Law and market organization: The historical experience in Germany from 1900 to the law against restraints of competition (1957)*, en *JITE*. 151 (1995) 1, pp. 5 – 20.

Picot, Gerhard, *Merger and acquisitions in Germany*² (New York, 2000).

Pons, *Wörterbuch für Schule und Studium Deutsch-Spanisch* (Stuttgart, 1999).

Referentenentwurf der 7. GWB-Novelle: Tief greifende Änderungen des Deutschen Kartellrechts, en *BB*. 47 (2004) 6, pp. 389 – 404.

Regierungsentwurf vom 26. mai 2004, *BT. DI* 15/3640, *7. GWB Novelle Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, en *WuW*. Edición especial (2005), pp. 72 - 105.

Reyes, Cristian; Castillo, María Victoria, *Consideraciones sobre la explotación abusiva de una situación de dependencia económica*, Documento de la Fiscalía Nacional Económica (Santiago, 2004).

Riesenkampff, Alexander; Gres, Joachim, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Colonia, 1977).

Riesenkampff, Alexander, *The 1980 amendment and other recent developments german antitrust law*, en *TIL*. 15 (1981) pp. 615 – 628.

Rißmann, Karin, *Kartellverbot und Kooperation zwischen kleinen und mittleren Unternehmen nach der 7. GWB-Novelle*, en *WuW*. 9 (2006), pp. 881 – 882.

Rittner, Fritz, *Vertikalvereinbarungen und Kartellverbote in der 7. GWB-Novelle*, en *WuW*. 53 (2003) 5, p. 451.

Rittner, Fritz, *Wettbewerbs und Kartellrecht*⁶ (Heidelberg, 1999).

Rudo, Joachim, *The 1999 amendments to the german act against restrains of competition* (Berlín, 1999).

Salinas, Carlos, *Metodología de la investigación, apuntes de clases* (Valparaíso, 2004).

Schmidt, Karsten, “Altes” und “neues” Kartellverbot, en *AG*. 43 (1998) 12, pp. 551 – 561.

Schulte, Josef, *Änderungen der Fusionskontrolle durch die 6. GWB-Novelle*, en *AG*. 43 (1998) 7, pp. 297 – 308.

Schwalbach, Joachim; Schwerk, Anja, *Stability of German cartels* (Berlín, 1998).

Sentencia del 30 de Septiembre de 1986 “Mischguthersteller”, en *WuW*. (1989), pp. 2321 – 2325.

Sentencia del 5 de Octubre de 2004, *Staubsaugerbeutelmarkt*, en *WuW* 12 (2004), pp. 1295 – 1300.

Sentencia del Landgericht Dortmund de 1 de abril de 2004, en *WuW*. 12 (2004), pp.1182 – 1185.

Sentencia del 25 de octubre de 1995, *Backofenmarkt*, en *WuW*. (1995), pp. 3029 – 3031.

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 2001 *Courage/Crehan*, en *WuW*. 51 (2001) 9, pp. 1121 – 1126.

Stadler, Christoph, *The 1999 changes to german merger control and competition law*, en *ECLR*. 20 (1998) 8, pp. 542 – 546.

Van den Bergh, Roger; Camesasca, Meter, *Die 6. GWB-Novelle unter dem Gesichtspunkt des Subsidiaritätsprinzips: Teilkonvergenz mit dem europäischen Recht*, en *WuW.* 48 (1998) 12, pp. 1145 – 1163.

Van Hook, James, *Rebuilding Germany: The creation of the social market economy* (Cambridge, 2004).

NORMATIVA CONSULTADA

Aktiengesetz.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Gesetz n. 56, 28 de Enero de 1947, en *AMD-AK.* n. C, p. 2.

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Textos de: 7 de Junio de 1909, en *RGBl.* p. 499; 3 de julio de 2004, en *BGBl.* 1 (2004) p. 1414.

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Textos de: 27 de Julio de 1957, en *BGBl.* 1 (1957), pp. 1081 y ss.; 15 de Septiembre de 1965, en *BGBl.* 1 (1965), pp. 1363 y ss.; 3 de Agosto de 1973, en *BGBl.* 1 (1973), pp. 917 y ss.; 28 de Junio de 1976, en *BGBl.* 1 (1976), pp. 1697 ss.; 26 de Abril de 1980, en *BGBl.* 1 (1980), pp. 458 y ss.; 22 de Diciembre de 1989, en *BGBl.* 1 (1989), pp. 2486 y ss.; 26 de Agosto 1998 en, *BGBl.* 1 (1998), pp. 2546 y ss; 1 de Julio de 2005, en *BGBl.* 1 (2005), pp. 1954 y ss.

Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, 27 de Marzo de 1896, en *RGBl.* (1896) p. 145.

Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, 9 de Septiembre de 1965, en *BGBl.* (1965), pp. 1294 y ss.

Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 19 de Febrero de 1987, en *BGBl.* (1987), pp. 602 y ss
Verwaltungsverfahrensgesetz, 23 de Enero de 2003, en *BGBl.* 1, pp. 102 y ss.

Handelsgesetzbuch.

Reglamento del Consejo (CE) n. 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, en *DOCE.* n. L 1 de 4 de Enero de 2003, pp. 1 – 25.

Reglamento del Consejo (CE) n. 2790/1999, relativo a la aplicación del art. 81 inc. 3 del TCE. a determinadas categorías de acuerdos verticales y practicas concertadas, en *DOCE.* n. L 336/21 de 22 de Diciembre de 1999, pp. 21 – 25.

Reglamento del Consejo (CE) n. 240/96, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del TCE. a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología, en DOCE. n. L 31 de 9 de Febrero de 1996, pp. 2 – 13.

Reglamento del Consejo (CE) n. 4064/89, modificado por el Reglamento del Consejo n° 139/2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, en DOCE. n. L 24 de 29 de Enero de 2004, pp. 1 – 22.

Reglamento del Consejo (CE) n. 2658/2000 de 29 de Diciembre del 2000, sobre la aplicación del art. 81 inc. 3 a determinadas categorías de acuerdos de especialización, en DOCE. L 304 de 5 de Diciembre del 2000, pp. 3 – 6.

Reglamento del Consejo (CE) n. 2659/2000 de 29 de Diciembre del 2000, sobre la aplicación del art. 81 inc. 3 a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo, en DOCE. L 304 de 5 de Diciembre del 2000, pp. 7 – 12

Reglamento del Consejo (CE) n. 358/2003 de 27 de Febrero de 2003, sobre la aplicación del art. 81 inc. 3 a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros, en DOCE. L 53 de 28 de Febrero de 2003, pp. 8 – 16

Reglamento del Consejo (CE) n. 1400/2002 de 31 de Julio de 2002, sobre la aplicación del art. 81 inc. 3 a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los vehículos a motor, en DOCE. L 203 de 1 de Agosto de 2002, pp. 30 – 41.

Reglamento del Consejo (CE) n. 26/62, de 4 de abril de 1962, sobre la aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas, en DOCE. L 30 de 20 de Mayo de 1962.

Reglamento del Consejo (CE) n. 1184/2006, de 24 de julio de 2006, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas, en DOCE. L 214 de 4 de Agosto de 2006, pp. 7 – 9.

Strafgesetzbuch.

Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

Verordnung n. 96, 9 de Junio de 1947, en AFOD., p. 784.

Verordnung n. 78, de 1947, en AMD-BK., p. 412.

Verordnung gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen, 2 de Noviembre de 1923, en RGBl. 1 (1923) pp.1067.

Verordnung zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände. En especial, Capítulo quinto: Verhütung unwirtschaftlicher Preisbindungen, 26 de Julio de 1930, en *RGBl.* 1 (1930) p. 311.

Ausführungsverordnung über Aufhebung und Untersagung von Preisbindungen, 30 de Agosto de 1930, en *DR-PS* n. 205.

Verordnung über Preisbindungen für Markenwaren, 16 de Enero de 1931, en *RGBl.* 1 (1931) p. 12.

Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del *TCE.*, en *DOCE.* C 101 del 27 de Abril de 2004, pp. 81 – 96.

ABREVIATURAS

AMD-AK. Amtsblatt der Militärregierung Deutschland – Amerikanisches Kontrollgebiet

AMD-BK. Amtsblatt der Militärregierung Deutschland – Britisches Kontrollgebiet

AFOD. Amtsblatt des Französischen Oberkommandos in Deutschland

AG. Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen, für deutsches, europäisches und internationales Unternehmens- und Kapitalmarktrecht (Die Aktien Gesellschaft).

BA. Bundesarchiv

BB. Betriebs - Berater

BDI. Bundesverband der Deutschen Industrie

BGB. Bürgerliches Gesetzbuch

BGBl. Bundesgesetzblatt

<i>BR.</i>	Bundesrat
<i>BT.</i>	Bundestag
<i>BR-DI.</i>	Bundesrat, documento impreso
<i>BT-DI.</i>	Bundestag, documento impreso
<i>BundKA.</i>	Bundeskartellamt
<i>CDU.</i>	Christisch - Demokratische Union
<i>CE.</i>	Comunidad Europea
<i>DB.</i>	Der Betrieb
<i>DI-CET.</i>	Documento impreso del Comité de Economía y Trabajo
<i>DM.</i>	Deutsche Mark (Marco Alemán)
<i>DOCE.</i>	Diario Oficial de la Comunidad Europea
<i>DR-PS.</i>	Deutscher Reichsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger
<i>ECLR.</i>	European competition law review
<i>GWB.</i>	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Ley contra restricciones a la competencia)
<i>GLJ.</i>	German law journal
<i>GO.</i>	Gewerbeordnung
<i>IRIPC.</i>	International review of industrial property and copyright law
<i>JITE.</i>	Journal of institutional and theoretical economics. Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

<i>JZ.</i>	Juristen Zeitung
<i>N.</i>	Número
<i>NJW.</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>MPIfG.</i>	Max-Plank-Institut für Gesellschaftsforschung
<i>RGBl.</i>	Reichsgesetzblatt
<i>RC.</i>	Reglamento del Consejo
<i>RIC.</i>	Revue internationale de la concurrence
<i>StGB.</i>	Strafgesetzbuch
<i>P.</i>	Parte
<i>TAB.</i>	The antitrust bulletin
<i>TEAR.</i>	The European antitrust review
<i>TIL.</i>	The international lawyer
<i>TCE.</i>	Tratado de la Comunidad Europea
<i>TJCE.</i>	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
<i>UWG.</i>	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
<i>va.</i>	Versión de la GWB anterior a Julio de 2005
<i>WRP.</i>	Wettbewerb in Recht und Praxis
<i>WuW.</i>	Wirtschaft und Wettbewerb
<i>WULR.</i>	Washington University Global Studies Law Review