

LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES Y EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA, A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DE SU TRIBUNAL DE JUSTICIA

Aída Kemelmajer de Carlucci (*) y Fernando Pérez Hualde

I. RAZONES DE LA ELECCION DEL TEMA

1. Ideas introductorias

Algunos argentinos tenemos la convicción de que la integración americana puede ser una vía para el mejoramiento de nuestra calidad de vida. Esta creencia se funda en lo acontecido en Europa: pese a todos los inconvenientes, creemos que el saldo de la Unión Europea es positivo para los habitantes de los países que la integran.

La libre competencia fue, desde los albores de la hoy Unión Europea, uno de sus principales instrumentos y, consecuentemente, pieza clave para alcanzar los objetivos del Tratado de Roma. No es dable, entonces, pensar la consolidación del Mercosur sin la armonización y cumplimiento de las reglas sobre esa materia ⁽¹⁾. Por eso, como mínimo, hay que conocer los principales aspectos de la problemática.

El tema, es cierto, provoca incomodidad; pocas áreas del Derecho afectan de forma tan directa la estrategia de las empresas que, en general, prefieren no verse involucradas en este tipo de procedimientos ⁽²⁾; la pretensión de las

(*) Catedrática en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Profesora Honoraria de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

(1) Conf. VARTALITIS, Ana María y SOLDANO, Arquímedes, «El Mercosur y la defensa de la competencia», *ED* 156-841. Para la necesidad y el modo de armonizar en materia societaria ver ORCHANSKY, Berta Kaller de, «Cómo lograr, fácilmente, la armonización de las legislaciones sobre sociedades mercantiles en los países del Mercosur», *ED* 151-863; específicamente para los grupos, AGUINIS, Ana María, «Armonización jurídica en el Mercosur: Los grupos de sociedades», *LL* 1992-E-1231 y en Suplemento de Actualidad *La Ley* Nº 93, 14/5/1992.

(2) ORTIZ BLANCO, Luis. *El procedimiento en Derecho de la Competencia Comunitario*, Madrid, Cívitas, 1994, vol. 1, p. 21.

autoridades políticas de evitar roces con los factores económicos del poder puede ser, entonces, una la razones de la poca trascendencia que el tema ha tenido hasta ahora entre nosotros.

Somos conscientes de la dificultad de la tarea y de lo largo del camino, prueba de lo cual son los frecuentes cambios de timón tanto en EE.UU. como en la Europa Comunitaria ⁽³⁾. Un profesor de la universidad de Poitier ha dicho que "el derecho de la concurrencia se presenta como un estuario: es difícil saber si las aguas que lo cubren pertenecen todavía al río de la soberanía o se han unido ya al océano de la integración" ⁽⁴⁾.

Pero no queda más remedio que enfrentar los inconvenientes y, al menos, aproximarse al tema porque, además, el derecho de la competencia contamina otros sectores del ordenamiento jurídico; en tal sentido, pocos contratos modernos escapan a su imperio (es el tema subyacente en el franchising, la distribución, etc.) ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ PISANI MASSAMORMILE. Andrea. «Riflessioni sulle concentrazioni nel progetto di disciplina della concorrenza», *Giurisprudenza Commerciale*. Anno XVII. 1990. pp. 55 ss.

⁽⁴⁾ PÉRINET-MARQUET, Hugues. «Concurrence, souveraineté et intégration», en *Souveraineté et intégration*. Actes du colloque conjoint des Faculté de Droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal, Montréal, Thémis, 1993. p. 106.

⁽⁵⁾ Para esta cuestión ver MALAURIE VIGNAL. Marie. «Droit de la concurrence et droit des contrats», *Recueil Dalloz Sirey*, 23/2/1995. N° 8 p. 51 y ss. A vía de ej., ver resúmenes comentados por el Centre de Droit de la Concurrence de l'Université de Perpignan, bajo la dirección de Yves Serra, en *Recueil Dalloz-Sirey*, 22/6/1995 N° 24, p. 205. Especialmente para el franchising, compulsar GALLEGÓ SÁNCHEZ. Esperanza, *La franquicia*. Madrid. Trivium. 1991. pp. 123 y ss.; RUIZ PERIS. Juan Ignacio. *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*. Madrid. Cívitas. 1991; KLEIDERMACHER. Jaime L.. *Franchising. Aspectos económicos y jurídicos*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 1993, p. 221; BEKERMAN. Jorge y MARTORELL. Ernesto E.. «El franchising: una nueva modalidad contractual», *LL*, 1986-C-950; COOK. Cecilia y otros. «El franchising y el sistema de libre competencia», *Actas del Congreso Argentino de Derecho Comercial*. Buenos Aires, 1990. t. 3. p. 425; MANAGO. José A.. «Franchising y defensa de la competencia», *LL* 1993-C-650; GANDIN. Roberto, «La disciplina CEE del franchising alla luce del regolamento comunitario», en *Giurisprudenza commerciale commentata*, N° 4087/88, 1991, p. 496 ss.; GASTINEL, Eric, «La procédure d'opposition et la franchise commerciale en droit communautaire des ententes», en *Rev. Trim. de Droit Européen. et de la franchise*, Paris, Jupiter, 1989; para la concesión y, en general, los acuerdos verticales de 1976, p. 249; BELLAMY, Ch. y CHILD, Graham, *Derecho de la competencia en el mercado común*. trad. de Enric Picañol, Madrid, Cívitas, 1992, p. 311, N° 6-001 y ss.; para el contrato de licencia de know how, MASSAGUER, José, *El contrato de licencia de know-how*, Barcelona, Bosch, 1989, pp. 110

En opinión de muchos autores, los tres vectores clásicos del derecho de la libre competencia son:

- a) Los acuerdos restrictivos.
- b) Las posiciones dominantes en el mercado.
- c) La concentración de empresas ⁽⁶⁾.

Recuérdese, por otro lado, que el modelo de mercado de nuestros días está basado en un régimen de competencia llamada "imperfecta" o "practicable" cuyos principales rasgos socioeconómicos son, entre otros:

- La presencia de los denominados poderes económicos, que controlan o manipulan directa o indirectamente la oferta, la demanda, los precios y, en general, las condiciones de cambio o contratación de los bienes y servicios

- La tendencia a la concentración de las grandes empresas ⁽⁷⁾.

Está clara, entonces, la gran relación que existe entre los dos temas que unimos en el título y su gran importancia. Por lo demás, las cifras muestran la significación actual de la concentración empresarial en el ámbito del derecho de la competencia: en 1993, la Comisión pronunció 58 decisiones relativas a la aplicación de reglamento n° 4064/89 (ver *infra* II.3.) y sólo siete con relación a las reglas clásicas de la concurrencia ⁽⁸⁾.

y ss.. y respecto del subcontrato, SCHIANO DI PEPE, Giorgio, «Subfornitura e controllo societario: aspetti problematici», en la obra colectiva *Contratti di subfornitura. Qualità e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 92.

⁽⁶⁾ AROZAMENA, María J., *Las concentraciones de Empresas en la Comunidad Europea*, Madrid, Cívitas, 1993, p. 38.

⁽⁷⁾ La trascendencia del tema ha motivado la realización de importantes encuentros en la Europa Comunitaria, como por ej. la Jornada del 14/12/1991 organizada por la Universidad de Lille II con la colaboración de l'École de Hautes Études Commerciales du Nord, en Francia. Las actas se publicaron bajo el título *Restructuration d'entreprises et droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 1993.

⁽⁸⁾ Comentario de D'ORMESSON, Olivier a la obra de ZACHMANN, Jacques, «Le controle communautaire des concentrations», en *Rev. Trim. de Droit européen*, 1995, N° 2, p. 423. Para la situación hasta 1991, ver *infra* nota 51.

2. La libre competencia y el sistema democrático.

Se espera que la política de competencia y la liberalización del comercio internacional produzca:

- Mayor eficiencia;
- Creciente innovación; y
- Precios más bajos ⁽⁹⁾.

Pero además, se atribuye a la competencia la función de adecuar el orden económico al político. Se afirma que de la misma manera que en una democracia todos los ciudadanos tienen derecho a participar en el poder político, deberían también tener derecho a una cuota de poder económico. Esta idea está firmemente anclada en la tradición política americana, que ha transmitido de generación a generación ciertos ideales del *american way of life*; se pondría en peligro el propio gobierno si el que tiene el poder económico manda al Estado mismo; su consecuencia ha sido una política de no crecimiento de las grandes empresas (control de las concentraciones empresariales) y el reconocimiento estatal de las uniones de los económicamente más débiles (pequeños comerciantes, agricultores, trabajadores, consumidores)⁽¹⁰⁾.

Aunque esta concepción ha sido calificada peyorativamente de "populista", debe recordarse que el art. 2 del Tratado de Roma formula entre los objetivos económicos fundamentales de la Comunidad Europea el de "*promover un desarrollo armónico de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la componen*". De esta norma se deriva, con razón, que uno de los objetivos fundamentales de la Comunidad es la realización de una "mayor justicia económica y social, el mejoramiento de las condiciones de vida y empleo, y la progresiva reducción de los

⁽⁹⁾ CASTILLO DE LA TORRE, Fernando, «Derecho de la política comercial y derecho de la competencia. Algunas consideraciones sobre su interacción en el ámbito comunitario», en *Revista de Instituciones Europeas*, vol 20, N° 2, mayo-agosto, Madrid, 1993, p. 605.

⁽¹⁰⁾ CALVO CARAVACA, Alfonso L. y FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luis, «Política y Derecho de la competencia en la C.E.E.: una aproximación», en *Revista General de Derecho*, Año XLIX, N° 583, abril de 1993, p. 3385.

desequilibrios regionales; estos objetivos comunitarios, viene diciendo la Comisión, no quedan asegurados simplemente por el buen funcionamiento de los mecanismos del mercado, sino que sólo pueden ser progresivamente alcanzados por medio de la conjunción y armonización de todas las políticas comunitarias. De allí que se hable del principio de "solidaridad económica comunitaria"⁽¹¹⁾.

A quien no crea en la incompatibilidad relativa entre democracia y grandes concentraciones económicas, nos permitimos sugerirle que verifique los altísimos riesgos para la libertad de información (fundamental para el régimen democrático) creados por la concentración y la formación de grupos de empresas periodísticas⁽¹²⁾.

Como testimonio histórico de esta inadecuación relativa, se recuerda que durante el transcurso de la segunda guerra mundial las grandes empresas alemanas apoyaron a Hitler en su ascenso y permanencia en el poder, a semejanza de los *zaibatsu*, que habían alentado el militarismo japonés; el III Reich impulsó una política de cartelización obligatoria. En consecuencia, los aliados acordaron la disolución de los cárteles alemanes (art. 12 del acuerdo de Postdam del 12/8/1985), para lo cual el gobierno militar de ocupación, formado por americanos, ingleses y franceses, elaboró en 1947 una normativa *antitrust* que estuvo en vigor hasta 1958⁽¹³⁾.

3. Una distinción previa

La expresión "derecho de la competencia" admite varios contenidos. En sentido estricto, está integrado por el llamado derecho *antitrust* y el derecho de la competencia desleal; en sentido amplio, comprende también la problemática de la

⁽¹¹⁾ FONT GALAN, Juan Ignacio, *La libre competencia en la comunidad europea*, Bolonia. Publicación del Real Colegio de España, 1986, p. 24.

⁽¹²⁾ Para esta importantísima cuestión ver FERRI, Giuseppe, «Attività giornalistica e libertà di concorrenza», en *Scritti Giuridici*, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 1990, t. I p. 300.

⁽¹³⁾ CALVO CARAVACA, Alfonso L. y FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luis, «Política y Derecho de la competencia en la C.E.E.: una aproximación», en *Revista General de Derecho*, Año XLIX, N° 583, abril de 1993, p. 3390.

propiedad industrial ⁽¹⁴⁾.

El derecho *antitrust* aparece con rasgos propios con la Sherman Act norteamericana de 1890. Hasta ese momento, todo operador que desarrollaba su actividad en el mercado tenía el *derecho* de competir; estas eran las ideas del liberalismo económico de la Revolución Francesa. A partir de la ley, considerada como uno de los bastiones del neo-liberalismo económico, competir ya no es sólo un derecho, sino también una *obligación*. Se busca que los operadores actúen por su propia cuenta, adquiriendo su propia información y tomando sus propias decisiones. Esta nueva obligación se impone a los empresarios con la finalidad de que el mercado funcione correctamente; el fin no es "la protección del empresario competidor, sino la protección del funcionamiento competitivo del mercado" ⁽¹⁵⁾.

Por su parte, la finalidad perseguida por el Derecho de la Competencia Desleal es distinta: no basta que las empresas compitan sino que deben hacerlo correctamente. Al sistema económico le interesa, entonces, que las empresas atraigan su clientela ofreciendo mejores prestaciones en el medio y no a través del engaño. El derecho de la competencia desleal procura "que la lucha por el mercado se desarrolle de tal forme que gane el mejor"; que no se cometan actos de confusión, imitación, denigración, entre otros ⁽¹⁶⁾.

Estas líneas están dedicadas sólo a un aspecto del derecho antitrust, el de las concentraciones y no ingresan a la problemática de la competencia desleal.

4. La tensión de los intereses en juego

La concentración, en sí misma, no es ni mala, ni buena.

⁽¹⁴⁾ Conf. BERCOVITZ, Alberto. Sus clases en 1º Cursos Extraordinarios de Especialización en Derecho organizados por la Universidad de Salamanca. España. 1985.

⁽¹⁵⁾ BERCOVITZ, Alberto, «Significado de la ley y requisitos Generales de la Acción de Competencia desleal», en *La regulación contra la competencia desleal en la ley del 10/1/1991*, Madrid, Boletín Oficial del Estado y Cámara de Comercio e Industria de Madrid. 1992, pp. 13 y ss.

⁽¹⁶⁾ Para los diferentes supuestos de infracción ver, entre otros, los trabajos de DE LA CUESTA, José María, VERGEZ, Mercedes, LEMA DEBESA, Carlos, ALONSO SOTO, Ricardo, GALÁN CORONA, Eduardo, ILLESCAS ORTIZ, Rafael, BACARACH DE VALERA, Sol, en *La Regulación contra la competencia desleal en la ley del 10/1/1991*, Madrid, Boletín Oficial del Estado y Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992.

a) Aspectos positivos

"Las empresas que forman parte de un gran mercado común, con gran cantidad de consumidores, tienen que asumir nuevas estrategias, pues un gran mercado también requiere grandes empresas, con dimensión suficiente para una mejor rentabilización de los recursos, que cuenten con mayores posibilidades de acceder a financiaciones favorables, que revistan mayor capacidad para realizar inversiones en investigación y ostenten, en definitiva, la envergadura necesaria para enfrentarse en mejores condiciones a la competencia internacional" ⁽¹⁷⁾.

De cualquier modo, recordamos que la Comisión alerta que "la concentración artificial de recursos en una o en pocas empresas para hacer frente a competidores poderosos de terceros países no deja de presentar sus riesgos. Si no se pusiera suficiente atención en garantizar una competencia efectiva en los mercados comunitarios, los consumidores europeos tendrían que pagar precios más elevados debido a la falta de una competencia efectiva en los mercados nacionales. Además, la experiencia ha demostrado que, en la mayoría de los casos, la competitividad en los mercados internacionales es consecuencia de la competencia en los nacionales" ⁽¹⁸⁾.

b) Aspectos negativos

El fenómeno de la concentración conduce a:

* Un aumento del tamaño de las empresas; y

* Una disminución correlativa de su número.

Ambas consecuencias repercuten directamente en la formación de monopolios ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ AROZEMENA, María J., *Las concentraciones de Empresas en la Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 1993, p. 14.

⁽¹⁸⁾ XII Informe sobre Política de Competencia, Bruselas, 1992, p. 47, cit. por CASTILLO DE LA TORRE, Fernando, «Derecho de la política comercial y derecho de la competencia. Algunas consideraciones sobre su interacción en el ámbito comunitario», en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, N° 2, mayo-agosto, Madrid, 1993, p. 618.

⁽¹⁹⁾ WHITE, Eduardo, cit. por FRANCO, Carlos Hernán, «Monopolio y fusión de empresas», en *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado*, 1979, N° 3, p. 32.

- El Comité Económico y Social de la C.E. ha señalado, entre las posibles consecuencias sociales de las fusiones y concentraciones:

* Riegos específicos en materia de empleo: estas operaciones modifican los criterios de inversión, dando lugar al cierre de empresas y a reducciones de producción con la consiguiente pérdida de gran número de empleos.

* Riesgo de potenciar el predominio estratégico de la empresa o del grupo, al poder explotar deliberadamente la competencia entre los trabajadores y los sindicatos ⁽²⁰⁾.

c) *El balance*

De lo expuesto se deduce que, tanto en el régimen comunitario como en el interno, las operaciones de concentración no pueden ser ni promovidas ni frenadas sistemáticamente, en abstracto y en cualquier supuesto; lo fundamental es controlarlas, y es al Estado a quien le corresponde la prevención y represión de los ilícitos en esta materia ⁽²¹⁾.

Con realismo se recuerda que el objetivo de la "integración de mercados" exigió de las autoridades comunitarias una actitud tolerante ante ciertas prácticas anticompetitivas y que el sistema de restricción ha recibido un tratamiento diferente según cuál fuese la necesidad económica contemplada". Así, por ej., las autoridades de la Comunidad ven en el *franchising* el modelo ideal de referencia para la construcción de un sistema de distribución integrado y por eso lo toleran pese a que, en los hechos, en ciertos casos, implica precios concertados y altos ⁽²²⁾.

En esta política de prevención y represión el Estado debe:

- Proteger al mercado contra el monopolio o el oligopolio pero, al mismo

⁽²⁰⁾ AROZEMENA, *Las concentraciones de Empresas*, p. 32.

⁽²¹⁾ DA SILVA OCHOA, Juan Carlos, «Economía de mercado y concentración de empresas en la comunidad europea», en *Revista de Administración Pública*, N° 134, mayo-agosto. Madrid, 1994, p. 493 y en *El sistema económico en la Constitución española*, Madrid, Ministerio de Justicia-Secretaría General Técnica, 1994, vol. 1, p. 161.

⁽²²⁾ GALLEGO SANCHEZ, Esperanza, *La franquicia*, Madrid, Trivium, 1991, pp. 123 y ss.

tiempo, permitir a las empresas alcanzar su dimensión óptima, para mejorar las condiciones en que ofrecen sus bienes o servicios, sobre todo frente a los grandes grupos competidores extracomunitarios.

- Preservar la industria, porque esto implicará que haya más proveedores y por lo tanto más competencia. Las razones de esta defensa son comparables a las que justifican la lucha contra el *dumping*, fenómeno que muestra cómo el beneficio de la baja transitoria de los precios se vuelve luego en contra de los consumidores, por haberse eliminado del mercado a las empresas competidoras.

- Compatibilizar la protección de la libre competencia con otros objetivos previstos en los tratados de constitución de la Comunidad.

En suma, ambicionamos que los países del Mercosur alcancemos el óptimo de Pareto, o dicho en otros términos, la solución eficiente; se denomina "mejora paretiana", en honor al economista italiano Wilfredo Pareto, "al cambio que permite a una persona estar mejor, sin empeorar la condición de otra" ⁽²³⁾.

5. La necesaria armonización de normas

La globalización de la economía ha llevado a que las normas sobre libre competencia tiendan a armonizarse, no sólo en el ámbito de los países que forman una comunidad, sino también hacia afuera. En tal sentido, la Comisión de las Comunidades Europeas suscribió el 23/9/1991 un acuerdo con los EE.UU. relativo a la aplicación de su derecho de la libre competencia. Este convenio, que tendía a promover la cooperación y la coordinación para disminuir los riesgos de diferencias entre las legislaciones, fue anulado por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas el 9/8/1994, a pedido de Francia, por razones formales; se estimó que, conforme a la distribución de competencias entre los órganos de la Unión Europea, debió ser suscrito por el Consejo y no por la Comisión ⁽²⁴⁾. No obstante, su firma

⁽²³⁾ WONNACOTT, cit. por PALMA MARTOS, Luis y CANTERO FERNÁNDEZ, Juan. «Exención de los acuerdos en materia de I + D como quiebra del principio de libre competencia: una reflexión sobre su justificación económica», en *El sistema económico en la constitución española*, Madrid, Ministerio de Justicia-Secretaría General Técnica, 1994, vol. I p. 390.

⁽²⁴⁾ Ver fallo en *Rev. Trim. de Droit Européen*, Année 30^e, 1994, N° 4, p. 681. Según datos de 1990 la Comisión dispone de una administración de 14.000 funcionarios repartidos en 29 direcciones generales. Los problemas de la competencia, los acuerdos, el abuso de la posición dominante, etc., son tratados por la Dirección General IV (DG4) (BOQUET, Dominique Lucie, *La responsabilité du chef d'entreprise en droit communautaire*, Paris, Nathan, 1990, p. 5; para la estructura institucional de la

muestra la preocupación de los grandes bloques económicos por encontrar principios comunes.

6. La especial dificultad de la aplicación de las normas de la competencia al fenómeno de la concentración

La aplicación de las normas relativas a la competencia presenta especiales dificultades en este sector porque:

a) Requiere, muchas veces, complicados análisis económicos en torno a las condiciones existentes en el mercado, la conducta de las empresas, etc.

b) Obliga a las autoridades públicas a tomar decisiones de política económica, basándose en consideraciones de interés público y objetivos de bienestar social que quedan fuera de la esfera tradicional de actuación de las jurisdicciones ordinarias.

c) Trasciende los intereses de un solo Estado y aspira a conseguir objetivos económicos determinados a escala muy superior ⁽²⁵⁾.

7. Notas características de las normas sobre competencia en el Derecho Comunitario Europeo

Enterarnos de las características del sistema europeo puede ser útil; no se trata de trasladarlo en bloque al Mercosur, sino de conocer sus resultados y evaluarlos. Analizaremos, exclusivamente, los principios relativos a la concentración, sin perjuicio de hacer algunas referencias a los otros tipos de situaciones, pero al solo efecto de la mejor presentación del problema.

a) Instrumentalidad

La competencia no es un fin en sí mismo sino un medio para alcanzar los objetivos del Tratado.

comunidad y los órganos vinculados a la competencia, ver BELLAMY, Ch. y CHILD, Graham, *Derecho de la competencia en el Mercado Común*, trad. de Enric Picañol, Madrid, Cívitas, 1992, p. 43 y ss. N° 1-033).

⁽²⁵⁾ ORTIZ BLANCO, Luis, *El procedimiento en Derecho de la Competencia Comunitario*, Madrid, Cívitas, 1994, vol. 1, p. 25.

Por eso, por ej., la prohibición del art. 85.1 ⁽²⁶⁾, tiene importantes excepciones ⁽²⁷⁾. A vía ilustrativa, mencionamos los *acuerdos sobre investigación y desarrollo* (I + D) ⁽²⁸⁾, previstos en el art. 85.3 del Tratado.

⁽²⁶⁾ Art. 85. 1º: "Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociación entre empresas o las prácticas concertadas que sean susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común y, en particular, los que consistan en:

a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

b) Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

c) Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

d) Aplicar a los terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

e) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

⁽²⁷⁾ Los casos de posición dominante previstos en el art. 86, en cambio, no tienen posibilidad de excepciones: o sea, si hay abuso de posición dominante hay conducta anticompetitiva. Compulsar DENOZZA, Francesco, «Concorrenza. La disciplina della concorrenza e del mercato», en *Giurisprudenza Commerciale*, Anno XVIII, 1991, pp. 365 ss.

⁽²⁸⁾ Art. 85.3: "El art. 85.1 puede ser declarado inaplicable a:

- Cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas
- Cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;
- Cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que cumplan las cuatro condiciones siguientes:

(1) que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico;

(2) que reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante;

(3) que no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

(4) que ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Para los acuerdos mencionados en el texto ver BELLAMY, Ch. y CHILD, Graham, *Derecho de la competencia en el Mercado Común*, trad. de Enric Picañol, Madrid, Cívitas, 1992, p. 249. N° 5-001 y ss.; GÓMEZ MENDOZA, María, «Los acuerdos interempresariales sobre investigación y desarrollo y el derecho de la competencia en la CE», en *Revista de Derecho Mercantil*, N° 209, julio-setiembre, Madrid, 1993, p. 839; PALMA MARTOS, Luis y CANTERO FERNÁNDEZ, Juan.

Estos acuerdos están excluidos de la prohibición porque, al decir de Galbraith "la innovación es actualmente muy costosa; finalizó la época de la invención barata" ⁽²⁹⁾.

A) Nadie discute la importancia que revisten la investigación y el desarrollo en la actividad empresarial. Sin embargo, los acuerdos empresariales sobre I + D traen ventajas y desventajas.

- *Ventajas:*

* Evita duplicación de esfuerzos; las alianzas estratégicas disminuyen los problemas generales producidos por la rápida obsolescencia de los productos, etc.

* Difunde la tecnología de modo más eficiente que la concesión de patentes.

* Mejora la competitividad de la empresa comunitaria frente a la extracomunitaria (en Europa, la japonesa y la estadounidense).

* Evita el peligro de la rigidez y el encerramiento de la empresa en sí misma.

- *Inconvenientes:*

* Riesgo de que una parte llegue a un acuerdo con el exclusivo fin de recabar información y convertirse luego en un competidor agresivo.

* División actual o potencial del mercado.

B) Estos acuerdos pueden presentarse bajo *formas* variadas, entre ellas:

«Exención de los acuerdos en materia de I + D como quiebra del principio de libre competencia: una reflexión sobre su justificación económica», en *El sistema económico en la constitución española*. Madrid. Ministerio de Justicia-Secretaría General Técnica, 1994, vol. 1, p. 389 y ss.

⁽²⁹⁾ Cit. por PALMA MARTOS y CANTERO FERNÁNDEZ, «Exención de los acuerdos en materia de I + D...», en *El sistema económico en la Constitución española*, cit., vol. 1, p. 400.

joint venture, formación de otra sociedad, etc. ⁽³⁰⁾.

b) Amplitud

En una fórmula extensa, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha dicho que la prohibición del art. 85.1 del Tratado de Roma se aplica cuando "los acuerdos allí previstos son susceptibles de cuestionar, *ya sea de manera directa o indirecta, actual o potencialmente*, la libertad de comercio entre los Estados miembros en un sentido que podría perjudicar a la realización de los objetivos de un mercado único entre Estados".

Consecuentemente:

- Están comprendidos los acuerdos colusorios que perjudican:

* La competencia interna (acuerdos de especialización en virtud de los cuales las empresas se distribuyen la actividad económica a desarrollar, repartiéndose el mercado en el que operan).

* La competencia externa (por ej., fijación de precios de venta, negativa de venta o suministro a un tercero, etc.).

- La prohibición se extiende a:

* Los acuerdos horizontales o cárteles (convenios de repartos de mercado)⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ Compulsar antecedentes en GÓMEZ MENDOZA, María. «Los acuerdos interempresariales sobre investigación y desarrollo y el derecho de la competencia en la CE», en *Revista de Derecho Mercantil*, N° 209, julio-setiembre, Madrid, 1993, p. 839. Por ej., la Comisión autorizó un acuerdo entre Americana Merck y Pasteur Mérieux Sérums et Vaccins, una filial de la francesa Rhone Poulenc, por el cual estas empresas buscan crear y poner a punto nuevas vacunas polivalentes (combinaciones de diferentes antígenos en una vacuna): una sola inyección permitirá vacunar a los niños contra toda una serie de enfermedades como la difteria, tétanos, tosferina, polio, hepatitis B, la haemophilus influenzae B (una de las causas de la meningitis), etc. (Dato proporcionado por Norma Adelina Pascas, su ponencia en el III Encuentro de Institutos de Derecho Comercial, Mendoza, Agosto de 1995).

⁽³¹⁾ Compulsar VERBRAEKEN, Erik, «Les accords de coopération, vecteur de concurrence: un malentendu», en *Rev. Trim. de Droit Commercial et de Droit Économique*, Année 48, 1995, N° 1, p. 41.

* los acuerdos verticales (acuerdos entre empresas que se hallan en distintos niveles del proceso productivo ⁽³²⁾).

c) *Relevancia*

Al igual que en el aforismo latino *de minimis Pretor non curat*, es necesario que la restricción de la competencia sea sensible, o sea, que tenga una relevancia económica tal que pueda afectar el comercio entre los Estados miembros.

II. LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

1. Concepto de concentración

Es difícil conceptualizar la concentración, aun desde el limitado ámbito del derecho de la competencia comunitaria.

Según un Memorándum del Consejo de 1966, hay concentración cuando se produce:

- la adquisición de propiedad o un cambio de titularidad
- de modo permanente
- que tiene por resultado el surgimiento de una única unidad económica
- bajo una sola dirección en lugar de dos o más empresas independientes que existieran previamente.

2. Los grupos frente al Tratado de Roma. Evolución jurisprudencial

a) *La inexistencia de disposiciones expresas relativas a la concentración en el Tratado de Roma*

La existencia de los grupos de sociedades no fue prevista de manera explícita por el Tratado de Roma. Esta omisión es comprensible pues por entonces, ninguno de los países suscriptores regulaba internamente la cuestión de la concentración y la concurrencia.

⁽³²⁾ Para esta cuestión ver SOLER MASOTA, Paz, «Los sistemas de distribución integrada de ámbito comunitario y sus efectos restrictivos sobre la competencia», en *Revista General de Derecho*, Año LI, N° 604/605, enero-febrero, 1995, p. 573.

Esta omisión presentó varios problemas, entre ellos:

- Si el grupo es una empresa y, consecuentemente, pueden imputársele los actos contrarios a las reglas comunitarias aunque no sea una persona jurídica.

- Si las distintas sociedades que integran el grupo pueden ser consideradas como empresas en sus relaciones internas.

- Si las responsabilidades derivadas de las infracciones cometidas por sociedades filiales pueden ser o no imputadas a la sociedad madre⁽³³⁾.

b) La noción de empresa. La irrelevancia de la existencia de personalidad jurídica

La carencia o existencia de personalidad jurídica no es elemento determinante a los efectos de la calificación de empresa en sentido comunitario. El dato relevante no es la *autonomía jurídico-formal* del sujeto infractor sino su efectiva *autonomía económica y política*; esto es, constituir un centro autónomo de decisión⁽³⁴⁾.

Por lo tanto:

- El grupo, aun careciendo de personalidad jurídica, es considerado como empresa en sus relaciones con sujetos jurídicos extraños al grupo;

- Las sociedades filiales componentes del grupo, aun dotadas de personalidad moral, no son empresas en sus relaciones con las demás sociedades del grupo o con la sociedad madre, pues al depender económicamente de las decisiones del grupo o de la sociedad madre, carecen de verdadera independencia o autonomía económica.

⁽³³⁾ FONT GALAN, Juan Ignacio. *La libre competencia en la Comunidad Europea*. Bolonia. Publicación del Real Colegio de España. 1986. p. 66.

⁽³⁴⁾ Para un estudio completo sobre la noción de empresa en el derecho de la competencia europeo. ver GUIZZI, Giuseppe. «Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile». en *Riv. del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Anno XCI (1993), N° 3/4. pp. 277 y ss.

c) *La distinción entre acuerdos y concentraciones*

Estas ideas llevaron a diferenciar:

- Acuerdos o cárteles y
- Concentraciones

La distinción fue formulada por la Comisión en su Memorándum de 1966: "Mientras que un cártel puede definirse como un acuerdo adoptado entre empresas que continúan independientes, el término concentración de empresas se usa cuando varias empresas se unen bajo una dirección única a costa de su independencia económica, de un modo que indica permanencia".

d) *Justificación de la distinción entre acuerdos y concentraciones a los efectos del art. 85 del Tratado de Roma*

En el citado Memorándum la Comisión explicó las razones por las cuales, en su opinión, el art. 85 no debía aplicarse a las concentraciones:

- A veces, las concentraciones contribuyen a los objetivos de la Comunidad ya que de las mismas resultan cambios deseados en la estructura industrial: consecuentemente, sólo deberían ser prohibidas cuando crean un poder excesivo en el mercado.
- Aplicar las mismas reglas a las concentraciones y a los cárteles es negativo pues el resultado será que se prohibirán demasiadas concentraciones o pocos cárteles.
- Los criterios de exención del art. 85.3 no son apropiados a las concentraciones, desde que mientras la concentración implica permanencia, las excepciones del art. 85.3 están, necesariamente, limitadas en el tiempo.
- La sanción de nulidad, prevista para los acuerdos no es apropiada a las

concentraciones. ⁽³⁵⁾

El memorándum fue criticado por un sector de la doctrina: se dijo que la Comisión no había advertido la relevancia de las concentraciones en el derecho *antitrust* y que, en definitiva las presentaba como un fenómeno de signo positivo para el desarrollo de la economía europea y su integración ⁽³⁶⁾.

e) *El concepto de empresa, la doctrina de la unidad del grupo y sus consecuencias*

Ante la falta de norma expresa para las concentraciones, la Comisión y el TJCE enfocaron la temática a través de la *doctrina de la unidad de grupo*. Las consecuencias de esta teoría fueron:

- *La imputabilidad a la sociedad madre de las infracciones cometidas por las filiales con sujetos extraños al grupo.*

La Comisión imputa a la sociedad madre las consecuencias del acuerdo celebrado entre una empresa filial radicada en la Comunidad y otra empresa, comunitaria o no, extraña al grupo al que pertenece la primera, siempre que la sindicada como responsable detente el poder del control sobre su filial y lo ejerza efectivamente.

Idéntico criterio sigue el Tribunal de Justicia: la personalidad jurídica de la sociedad filial no es suficiente para convertirla en una empresa distinta de la sociedad madre; es necesario examinar, en el plano de los hechos, si la sociedad filial goza de verdadera autonomía o independencia para programar y desarrollar una política empresarial propia ⁽³⁷⁾. O sea, la personalidad jurídica, como expresión

⁽³⁵⁾ Memorándum transcrito en la obra de BELLAMY, Ch. y CHILD, Graham. Derecho de la competencia en el mercado común, trad. de Enric Picañol, Madrid, Cívitas, 1992, pág. 558 y ss n° 9-003 y ss.

⁽³⁶⁾ Relato y análisis de esta posición crítica se encuentra en TOFFOLETTO, Alberto. Le concentrazioni nel diritto comunitario antitrust. *Giurisprudenza Commerciale*, anno XVII, 1990, pág. 460 pp.

⁽³⁷⁾ Ver estos antecedentes en FONT GALAN, Juan Ignacio. La libre competencia en la comunidad europea. Bolonia, Public. del Real Colegio de España, 1986, pág. 69. Compulsar los casos Centrafarm BV del 31/10/1974; Hydrotherm c/Andreoli del 12/7/1984 y otros en MENGOZZI, Paolo. *Casi e materiali di Diritto Comunitario dal Mercato Comune all'Unione Europea*, Padova, Cedam,

de la autonomía jurídica formal de las empresas, no crea por sí misma un efectivo centro de imputación de las responsabilidades derivadas de las infracciones de las normas comunitarias de la competencia por parte de las sociedades filiales pertenecientes a un mismo grupo. "El ordenamiento comunitario, inspirado en un pragmatismo evidente, se decide a penetrar el velo de la personalidad jurídica y a acomodar así los intereses en conflicto a la situación económica real, haciendo imputable el comportamiento ilícito no a la sociedad hija, sino a la sociedad madre que es, en todo caso, la sociedad controlante ⁽³⁸⁾.

- La inaplicabilidad del art. 85.1 a las concentraciones.

Las acciones concertadas entre sociedades filiales dependientes y controladas por una misma sociedad madre, entre sí o con la controlante, no configuran los acuerdos previstos en el art. 85.1 del Tratado, dado que las partes no pueden ser tenidas por empresas ⁽³⁹⁾.

La Comisión se pronunció por primera vez en tal sentido el 18/6/1969, en el caso *Christiani et Nielsen*, y el Tribunal de Justicia sentó el mismo criterio en *Centrafarm* el 31/10/1974: "El art. 85 no contempla acuerdos o prácticas concertadas entre empresas que pertenecen a un mismo grupo en tanto que sociedades madres y filiales, si las empresas forman una unidad económica en el interior de la cual la filial no goza de una autonomía real en la determinación de su línea de acción sobre el mercado y si estos acuerdos o prácticas tienen por fin establecer un reparto interno de las tareas entre las empresas".

Esta jurisprudencia, recientemente ratificada ⁽⁴⁰⁾, considera que las

1994, pág. 494.

⁽³⁸⁾ BOUTARD-LABARDE, Marie Chantal, *Le droit de la concurrence face aux cessions d'entreprises*, en *Restructuration d'entreprises et droit de la concurrence*, Paris, LGDJ, 1993, pág. 35.

⁽³⁹⁾ FONT GALAN, Juan Ignacio, *La libre competencia en la comunidad europea*, Bolonia, Public. del Real Colegio de España, 1986, pág. 66.

⁽⁴⁰⁾ Tribunal de Primera instancia de la Comunidad, 12/1/1995, *Viho Europe BV c/Commissione*. II Foro Italiano, anno CXX, Marzo de 1995 n° 3 pág. 85, parte cuarta. En el caso, la Parker prohibía a sus filiales, sobre las cuales tenía control exclusivo (100% del capital) vender sus productos fuera del área territorial que tenían asignada. O sea, la filial Parker de Bélgica, por ej., no puede vender lapiceras en Francia. Una empresa holandesa sostuvo que esa era una práctica anticompetitiva. El tribunal entendió que frente al control absoluto, no era aplicable el art. 85.1.

sociedades integran una sola empresa y, consecuentemente no es aplicable el art. 85.1 cuando:

- * El acuerdo es un instrumento de división del trabajo que tiene por objeto repartir las tareas entre las sociedades pertenecientes al grupo.

- * La unidad económica está asegurada porque la sociedad madre controla suficiente porcentaje de capital social de su filial, que no es libre para oponerse al convenio.

Sin embargo, puede ocurrir que dos empresas acuerden unir sólo una parte de sus actividades y que continúen sus negocios de forma independiente en otras áreas. Es difícil resolver si estos supuestos encuadran o no en el art. 85.1. La Comisión entendió que para que no se aplicara el art. 85.1. era necesario:

- * Que las matrices llegaran a ser compañías *holding*, transfiriendo sus activos a la empresa común.

- * Que la concentración parcial no debilitara la competencia entre las matrices en otras áreas.

Así, por ej., en el caso SHV /Chevron, no obstante que ambas compañías seguían siendo competidoras en otras áreas, la Comisión consideró inaplicable la prohibición del art. 85.1 con estos argumentos: aunque las empresas permanecían en ciertas áreas como independientes, la transacción comportaba un cambio permanente en la estructura de las matrices; ambas cesaron de vender al por menor sus productos retirándose totalmente del mercado, pues sus sistemas de distribución se habían integrado en otra estructura comercial; la permanencia de la concentración resultaba del hecho de que los activos se habían aportado por cincuenta años; en los hechos, no había peligro de que la competencia que seguían teniendo en otras áreas se debilitara.

- *Aplicación del art. 86 a las concentraciones.*

Las ideas antes expuestas no impidieron aplicar a la concentración el art.

86 del Tratado ⁽⁴¹⁾, cuando existe abuso de la posición dominante. En este supuesto, incluso, el TJCE ha imputado el ilícito concurrencial a la sociedad madre o a ésta y a la filial conjuntamente ⁽⁴²⁾.

A partir del caso Continental Can en 1973 ⁽⁴³⁾, entonces, se admitió que la concentración puede ser anticompetitiva cuando esa modificación estructural

⁽⁴¹⁾ Art 86: Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva por parte de una o más empresas de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir particularmente en:

a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

b) Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;

c) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación por los otros contratantes de prestaciones suplementarias que por su naturaleza o según los usos mercantiles no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Para un estudio sistemático del artículo transcrito, compúlsese CABOZ SANTANA, Carlos A., *O abuso da posicao dominante no direito da concorrência*, Lisboa, ed. Cosmos, 1993.

⁽⁴²⁾ CALVO CARAVACA, Alfonso L., y FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luis, Política y Derecho de la competencia en la C.E.E.: una aproximación, *Rev. General de Derecho*, año XLIX, n° 583, abril de 1993, pág. 3405 y ss.

⁽⁴³⁾ El fallo de la Corte de Justicia del 6/3/1974 puede compulsarse en *Riv. di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni*, Anno LXXII (1974), pág. 306 pp. con nota de SCHIANO DI PEPE, Giorgio, *Recenti orientamenti comunitari in tema di abuso di posizione dominante y en MENGOZZI, Paolo, Casi e materiali di Diritto Comunitario dal Mercato Comune all'Unione Europea*, Padova, Cedam, 1994, pág. 538.. El tribunal dijo que "aprovecha de modo abusivo de la propia posición dominante y viola el art. 86 del Tratado la empresa que resultando ser monopolista en la producción de una cierta materia prima, refuerza esta posición mediante una concentración con otra empresa cuyo resultado es la eliminación del competidor porque la empresa a quien domina, rehusa proveérsela a su propio cliente, que es su competidor en el mercado del producto escaso. La Continental es una empresa que tiene en Alemania una posición dominante en el mercado de embalajes livianos para conserva de pescados y carnes (hojas de acero laminado). A su vez, es la única accionaria de Europemballage y ejerce una dominación sobre las filiales europeas de esta última. La decisión del Consejo que la motivó, del 9/12/1971 fue comentada por GUYÉNOT, Jean, *AB OVO ou la décision "Continental Can" de la Commission CEE et la naissance du droit antitrust européen. Les fondement de l'applicabilité de l'art. 86 du Traité CEE à un groupe de société en position dominante*, en *Riv. del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni*, anno LXX (1972), pág. 155 pp. Según el prestigioso jurista francés, con esta decisión se ha dado nacimiento a un verdadero derecho antitrust europeo.

conduzca a alterar gravemente la competencia en una parte sustancial del mercado común. Se argumentó que el art. 86 entra en el ámbito del capítulo consagrado a las reglas comunes que definen la política de la comunidad en el ámbito de la competencia, política que emana del art. 3 letra f del Tratado de Roma, que prevé que la acción de la comunidad implica el establecimiento de un *régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común*.

- Aplicación excepcional del art. 85.

Excepcionalmente, se consideró que estaban incluidos en el art. 85 los acuerdos celebrados entre empresas competidoras con posición dominante en el mercado para adquirir conjuntamente otras empresas. Pero las decisiones de la Comisión sobre este aspecto eran muy vacilantes ⁽⁴⁴⁾.

Se define la posición dominante como la situación de poder económico en que se encuentra una empresa que le permite prescindir del comportamiento del mercado y planificar su propia estrategia. Esto significa que en su comportamiento, la empresa (o empresas) actúa de forma completamente independiente respecto de competidores, clientes y consumidores, lo cual le permite fijar los precios y demás condiciones contractuales sin tener en cuenta las normas que sobre la competencia fija el propio mercado ⁽⁴⁵⁾.

La posición dominante se caracterizaría, entonces, por los siguientes rasgos, no absolutos, valorables según las circunstancias del caso:

* Posibilidad de determinar unilateralmente el precio

* Supresión de la libertad de elección de los consumidores

* Adopción de una política industrial y de ventas por parte del empresario, independiente de las condiciones del mercado y de la conducta de los demás

⁽⁴⁴⁾ BELLAMY, Ch. y CHILD, Graham. Derecho de la competencia en el mercado común, trad. de Enric Picañol, Madrid, Cívitas, 1992, pág. 570 y ss n° 9-016 y ss.

⁽⁴⁵⁾ GUAL DALMAU, María Asunción. Discriminación y abuso de posición de dominio: jurisprudencia por transición, Rev. Gral. de Derecho, año XLIX n° 583, abril de 1993, pág. 3565; compulsar también. BELLAMY, Ch. y CHILD, Graham. Derecho de la competencia en el mercado común, trad. de Enric Picañol, Madrid, Cívitas, 1992, pág. 507 n° 8-004 y ss..

competidores ⁽⁴⁶⁾. Para ello, probablemente se vale de una red de distribución refinada y eficaz, desarrollo tecnológico, capacidad financiera, posesión de derechos de propiedad industrial o intelectual, etc.

Interesa señalar que muchas decisiones evalúan el abuso de la posición dominante no sólo a través de la conducta de la sociedad madre sino de la de la filial. En tal sentido se ha resuelto que "constituye abuso en el sentido del art. 86 el hecho que la empresa que detenta una posición dominante sobre un determinado mercado se reserve para sí o para una empresa aparentemente del mismo grupo, sin necesidad objetiva, una actividad auxiliar, que podría ser desarrollada por una tercera empresa en un mercado vecino pero distinto". En el caso CBEM c/CLT e IPB, la Corte se enfrentó a los siguientes hechos: La CLT (Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion, forma un grupo con la IPB, a quien ha reservado, en forma exclusiva, la publicidad por la técnica del telemarketing; una sociedad belga, la CBEM interpuso una demanda ante la autoridad nacional; sostuvo que el hecho de que la empresa televisiva no permitiera a ninguna otra compañía hacer publicidad en el canal para que llamaran por teléfono y dar información sobre el producto publicitado configuraba una práctica anticompetitiva, aunque la beneficiada era formalmente la filial y no la entidad madre. La Corte respondió, por vía de la cuestión prejudicial, que la práctica violaba el art. 86 del Tratado ⁽⁴⁷⁾.

f) *El cambio jurisprudencial*

De todo cuanto venimos exponiendo resultaba que en el derecho comunitario de la competencia había un escaso control sobre las concentraciones: sólo operaba en los casos en que una empresa en posición dominante abusaba de su control a través de sus filiales, o si adquiría una empresa competidora acentuando su dominio. Pero una concentración entre empresas no dominantes, inclusive si de ello surgía una empresa en posición dominante, no estaba afectada por el derecho comunitario de la competencia.

Esta situación comenzó a cambiar en 1987, a partir de las causas 142 y 156/84 acumuladas, conocidas como *Philip Morris*, oportunidad en la que el

⁽⁴⁶⁾ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, Tratado de Derecho industrial, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1993, n° 111.

⁽⁴⁷⁾ Sentencia del 3/10/1985 CBEM c/ CLT e IPB, en Riv. del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, anno LXXXV (1987) n° 5/6 78/8 pág. 299 y ss ps., con nota de UBERTAZZI, Luigi Carlo, Televisione e diritto comunitario antitrust.

Tribunal de Justicia de las comunidades sostuvo la aplicación del art. 85 a la adquisición de una participación minoritaria. Toda la doctrina señala la importancia de este cambio jurisprudencial, pese a que las afirmaciones de la Corte fueron expresadas *obiter dicta* ⁽⁴⁸⁾.

Los hechos eran los siguientes: Rembrandt, una compañía sudafricana, controlaba a Rothman International, un importante fabricante de tabaco, a través de una filial llamada RTH. En 1981, Rembrandt vendió a Philip Morris, su competidor, el 50% de las acciones de RTH y determinadas obligaciones convertibles. De ello resultaba que el 50% de RTH pertenecía a Rembrandt y el otro 50% a Philip Morris. Convinieron, además, un acuerdo de accionistas que regulaba su cooperación en la dirección de los asuntos. Otros grupos multinacionales de la industria del tabaco (British American Tobacco y Reynolds), denunciaron los acuerdos a la Comisión; este órgano afirmó que, en este caso, el art. 85.1 era de aplicación a la venta de acciones y obligaciones debido a los contextos específicos en que el acuerdo operaba en el mercado, en particular, porque Philip Morris podía influenciar las políticas estratégicas a través del derecho de veto y de representación. La Comisión entendió que la operación encuadraba en el art. 85 y dijo: "Si el hecho de que una empresa adquiera una participación en el capital de una competidora no constituye de por sí un comportamiento restrictivo de la competencia, semejante adquisición de una participación puede, sin embargo, constituir un medio capaz de influir sobre el comportamiento comercial de las empresas en cuestión de modo que restrinja o falsee el juego de la competencia en el mercado en que ambas despliegan sus actividades comerciales". El órgano comunitario tuvo especialmente en cuenta: la situación del mercado de cigarrillos, estacionario, oligopólico y falto de una verdadera competencia en los precios y en la investigación; constató, además, que

⁽⁴⁸⁾ Comp. BELLAMY, Ch. y CHILD, Graham. Derecho de la competencia en el mercado común, trad. de Enric Picañol. Madrid, Civitas, 1992, pág. 566 y ss n° 9-010 y ss.; RUIZ PERIS, Ignacio. El procedimiento de control de las concentraciones económicas ante los órganos de defensa de la competencia nacionales. Rev. General de Derecho, año XLIX, n° 583, abril de 1993, pág. 3420, en especial, nota n° 4; DA SILVA OCHOA, Juan Carlos. Economía de mercado y concentración de empresas en la comunidad europea, en Rev. de Administración Pública, n° 134, 1994, Mayo-Agosto, pág. 501 y en El sistema económico en la constitución española, Madrid, Sec. Gral. Técnica, 1994, vol. 1 pág. 161 y ss; AROZAMENA, María J.. Las concentraciones de Empresas en la Comunidad Europea, Madrid, ed. Civitas, 1993, pág. 61; PISANI MASSAMORMILE, Andrea. Riflessioni sulle concentrazioni nel progetto di disciplina della concorrenza. Giurisprudenza Commerciale, anno XVII, 1990, pág. 66 pp; TOFFOLETTO, Alberto. Le concentrazioni nel diritto comunitario antitrust, Giurisprudenza Commerciale, anno XVII, 1990, pág. 473 pp; MILANESI, Enzo Moavero, Il nuovo regolamento CEE sul controllo delle concentrazioni tra imprese, en Riv. delle Società, anno 35, 1990, pág. 1157. El fallo completo puede compulsarse en MENGOZZI, Paolo. Casi e materiali di Diritto Comunitario dal Mercato Comune all'Unione Europea, Padova, Cedam, 1994, pág. 519.

la publicidad y la compra de empresas constituyen los principales instrumentos para aumentar la cuota de mercado de un operador, siendo muy difícil que un nuevo competidor se introduzca.

Las partes en el acuerdo, a instancias de la Comisión, decidieron dejar sin efecto los convenios de accionistas y concedieron a Philip Morris una participación directa del 30.8% del capital que le daba el 24.9 % del derecho de voto.

3. El Reglamento del Consejo N° 4064/89 ⁽⁴⁹⁾

a) *Ideas introductorias*

La apertura del derecho comunitario de la competencia hacia el fenómeno de las concentraciones se realizó, como se ha visto, con gran dificultad, en un proceso por demás casuístico. La progresiva conciencia de los problemas planteados dio lugar a la sanción, el 21/12/1989, del Reglamento n° 4064/89 sobre control de concentraciones entre empresas, completado, en sus aspectos procedimentales, por el Reglamento n° 2367/90.

Este reglamento, que tuvo un largo proceso de gestación (dieciséis años), crea un régimen específico para el control del Consejo sobre las concentraciones, diferente del general para los otros tipos de conductas anticompetitivas.

Aún hoy, los autores señalan, con gran realismo, que muchas veces el Tribunal de Defensa de la Competencia no se opone a la concentración, aunque reconoce que ésta importa la adquisición de una cuota significativa del mercado o

(49) Para un estudio detallado del reglamento ver AROZAMENA, María J., Las concentraciones de Empresas en la Comunidad Europea, Madrid, ed. Civitas, 1993; MIRANDA SERRANO, Luis M., El reglamento comunitario europeo de control de las concentraciones de empresas: aspectos sustantivos, en Estudios jurídicos en conmemoración del X Aniversario de la Facultad de Derecho, t. II, Univ. de Córdoba, España, 1991, t. II pág. 115; TOFFOLETTO, Alberto, Le concentrazioni nel diritto comunitario antitrust, *Giurisprudenza Commerciale*, anno XVII, 1990, pág. 449 pp.; SIRACUSA, Mario y SUBIOTTO, Romano, Il controllo delle concentrazioni a livello CEE: una prima analisi pratica delle decisioni della Commissione, *Jurisprudenza Commerciale*, 19.2. 1992 pág. 233 pp.; MILANESI, Enzo Moavero, Il nuovo regolamento CEE sul controllo delle concentrazioni tra imprese, en *Riv. delle Società*, anno 35, 1990, pág. 1153 y ss.; BRONZINI, Mario, Le concentrazioni nel nuovo regolamento del consilio delle comunità europee, en *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, annata LXVI, Marzo-Giugno 1991 n° 2/3 pág. 312 pp y ss. PELLOTTIERI, Massimo, Le operazioni di concentrazione nella prima passi decisionale della Commissione CEE, en *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1993 n° 4, pág. 305.

el fortalecimiento de la posición dominante, haciendo primar consideraciones de índole extracompetitivo, cual es la conservación de las empresas y por tanto, de las unidades de producción y de los puestos de trabajo ⁽⁵⁰⁾.

Los organismos comunitarios informan anualmente al Consejo sobre los controles ejercidos ⁽⁵¹⁾.

b) Concepto de concentración en el Reglamento

El reglamento se refiere a la *operación* de concentración, lo cual implica que la concentración se entiende en un sentido *dinámico*, como un proceso en movimiento ⁽⁵²⁾.

Según los considerandos del Reglamento, las concentraciones son las *operaciones que implican una modificación permanente de la estructura de las empresas participantes*.

La línea que distingue la concentración de otras figuras pasa, entonces, por los conceptos de *independencia y permanencia*.

c) Tipos de pactos que configuran concentración

El Reglamento contempla básicamente dos situaciones: la *fusión* y la *toma de control*.

⁽⁵⁰⁾ RUIZ PERIS, Ignacio. El procedimiento de control de las concentraciones económicas ante los órganos de defensa de la competencia nacionales. Rev. General de Derecho, año XLIX, n.º 583, abril de 1993, pág. 3422.

⁽⁵¹⁾ Según la Relación anual al Presidente del Consejo de Ministros, durante 1991 y los tres primeros meses de 1992, la Dirección emitió, en materia de concentraciones 312 decisiones y 30 dictámenes: sólo dos de ellas abrieron el proceso instructorio y ninguna fue considerada constitutiva de posición dominante (Ver informe en Giurisprudenza Commerciale, vol. 20.2, Marzo-Aprile 1993 pág. 320 pp.) Un comentario crítico a la relación del mismo período de la autoridad italiana fue hecho por GHEZZI, Federico. Nota a margine della Relazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato per il 1991. Riv. delle Società, anno 37, 1992 n.º 3 pág. 657.

⁽⁵²⁾ MIRANDA SERRANO, Luis M., El reglamento comunitario europeo de control de las concentraciones de empresas: aspectos sustantivos, en Estudios jurídicos en conmemoración del X Aniversario de la Facultad de Derecho, t. II, Univ. de Córdoba, España, 1991, t. II pág. 124.

La *fusión* es un negocio típico del Derecho de sociedades y es la operación de concentración por excelencia ⁽⁵³⁾; se distinguen dos tipos de fusiones:

* En sentido *propio*, implica la reunión de los patrimonios y de los socios de varias sociedades en una única sociedad resultante de la fusión. Esta operación puede revestir, a su vez, dos modalidades procedimentales:

La fusión por *absorción* (unificación de dos o más sociedades en una de ellas, sociedad absorbente, previa extinción, sin liquidación de las sociedades participantes, de modo que la absorbente ve aumentado su patrimonio y cuerpo social con los patrimonios y los socios de las sociedades absorbidas).

La fusión por *constitución de una nueva sociedad*, que consiste en la unificación de dos o más sociedades extinguidas sin previa liquidación en una sociedad creada *ad hoc* con los patrimonios y socios de las extinguidas.

* En sentido *amplio o impropio*, se conceptualizan como "las operaciones de concentración de empresas del Derecho de Sociedades en los que falta uno o varios de los presupuestos de la fusión propia. Dentro de esta noción amplia se comprenden la transmisión en bloque del patrimonio de una sociedad a otra; la venta de todas las acciones de una sociedad; la cesión del control, etc.

Las fusiones, propias o impropias, están contempladas en el reglamento de concentración.

- La *toma de control* se describe en el Reglamento como la operación por la cual una o más personas, que ya controlan al menos una empresa o, una o más empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo mediante contrato o por cualquier otro medio, adquieren directa o indirectamente el control sobre la totalidad o parte de una o de otras varias empresas.

(53) AROZAMENA, María J.. Las concentraciones de Empresas en la Comunidad Europea. Madrid, ed. Cívitas. 1993. pág. 10. La fusión ha sido objeto de la directiva comunitaria 78/855 (Una explicación detallada del régimen se encuentra en GÓMEZ PORRÚA, Juan Manuel. La fusión de sociedades anónimas en el derecho español y comunitario, Madrid, ed. La Ley, 1991, en especial, págs. 81 y ss.).

El control requiere, entonces, tres *elementos* ⁽⁵⁴⁾:

* *Elemento subjetivo o personal*: Una o más personas que antes de la operación, controlan, al menos, una empresa. Comprende cualquier tipo de personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas.

* *Elemento material u objetivo*: El legislador comunitario no ha querido tipificar en forma detallada y en una enumeración cerrada los medios, vías o instrumentos mediante los cuales puede producirse el efecto o resultado consistente en la toma de control; por el contrario, ha configurado una cláusula abierta.

Puede consistir en un convenio, o en cualquier otro instrumento que importe, por ej., toma de participaciones en el capital o compra de otros elementos del activo. Los órganos comunitarios han decidido que la adquisición de participaciones minoritarias en el capital social también puede dar lugar a una concentración ⁽⁵⁵⁾.

En la práctica, la vía más frecuente para hacerse con el control de una empresa es la adquisición de acciones o títulos, que puede llevarse a cabo a través de acuerdos o de ofertas públicas.

* *Elemento consecencial*: La operación descrita tiene por efecto la adquisición directa o indirecta de control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas.

⁽⁵⁴⁾ Seguimos en el texto, prácticamente al pie de la letra, a DA SILVA OCHOA, Juan Carlos. Economía de mercado y concentración de empresas en la comunidad europea, en Rev. de Administración Pública, n.º 134, 1994, Mayo-Agosto, pág. 503 y ss y en El sistema económico en la constitución española, Madrid, Sec. Gral. Técnica, 1994, vol. I pág. 161.

⁽⁵⁵⁾ Conf. JENNY, Frédéric. La pratique du Conseil de la concurrence, en Restructuration d'entreprises et droit de la concurrence, Paris, LGDJ, 1993, pág. 17. Un ejemplo se encuentra en la decisión de la Comisión del 10/11/1992 en el caso Warner-Lambert-Gillette. La operación era bastante compleja: se trataba de un conjunto de acuerdos suscritos en 1989 entre una empresa sueca, Stora y el grupo americano Gillette. En virtud de estos acuerdos, Stora cedía una de sus divisiones, afeitadoras mecánicas (Wilkinson Sword) a Eemland, que a su vez revendía una parte a Gillette. Eemland es una sociedad holding holandesa creada en 1988 por los cuadros de Wilkinson y diversos establecimientos financieros para servir de soporte a la transacción entre Stora-Wilkinson y Gillette. Las principales competidoras de Gillette (BIC y Warner Lambert) plantearon la cuestión y tuvieron éxito, pues la Comisión obligó a cambiar varias cláusulas del acuerdo. El órgano comunitario tuvo en cuenta que Gillette es líder indiscutido en lo que hace a las afeitadoras mecánicas porque provee el 59% de los productos y realiza el 70% de las ventas (en valor) y estimó que este predominio estructural, consolidado por numerosas barreras de entrada, constituye la prueba de su posición dominante.

El control es, ante todo, poder, o sea, posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa. No es el control efectivo sino la mera posibilidad de ejercerlo.

La influencia decisiva puede resultar no solo de ser titular de derechos de propiedad o de uso de acciones o activos o de contratos que permitan tal influencia sino también cuando, sin ser titulares de dichos derechos ni beneficiarios de dichos contratos, se puedan ejercer los derechos inherentes a los mismos. La toma de control es, entonces, una situación de hecho.

Existen varios tipos de control

* *monocefálico*: es ejercido por una sola persona. Comprende la adquisición pura y simple del conjunto de las acciones de una empresa; la adquisición de una rama (constituida por una o varias filiales o por un conjunto de actividades) de un grupo, sin que subsista ningún vínculo entre aquella y éste; la adquisición de una rama subsistiendo vínculos con el grupo de origen, etc.

* *pluricefálico*: la influencia determinante se ejerce conjuntamente por dos o más empresas y el control puede ser igualitario o no igualitario.

Las operaciones de concentración pueden ir acompañadas de *pactos accesorios*; entre ellos se ubican:

- * licencias de derechos de propiedad industrial y comercial;
- * contratos de know how;
- * acuerdos de compra y suministro, etc.

Cada uno de estos casos presenta problemas específicos, pero como *ideas conclusivas provisionales* señalamos que:

- No es requisito que la adquisición del control derive de un solo elemento de carácter real o contractual, sino que puede derivar de un elemento o de varios, reales o contractuales.

- Esa valoración no es estrictamente jurídica; los elementos a tener en cuenta pueden ser también fácticos o de hecho.

Lo relevante no es el medio o instrumento (forma jurídica) mediante el cual se produce la adquisición sino el efecto o resultado de control producido

d) Situaciones que no importan concentración. Diferentes tipos de empresas comunes.

De conformidad al art. 3.2 no configura concentración la operación, incluida la creación de una empresa común, que tenga por objeto o efecto la *coordinación* del comportamiento competitivo de las empresas que continúan siendo independientes.

O sea, el Reglamento reconoce dos tipos de empresas comunes:

- Las que tienen por objeto la *coordinación* del comportamiento competitivo de empresas que permanecen independientes; son las empresas comunes de naturaleza cooperativa y no son consideradas concentración.

- Las que ejercitan establemente todas las funciones de una entidad económica autónoma y no tienen por objeto o por efecto la *coordinación* entre ellas o con la empresa común. Estas son las empresas comunes que constituyen concentraciones ⁽⁵⁶⁾.

e) Dimensión comunitaria de la concentración.

Como regla, el Reglamento se aplica sólo a concentraciones de dimensión comunitaria. El criterio para su determinación es fundamentalmente cuantitativo (el volumen de negocios mundial total combinado debe superar los 5000 millones de ecus y el volumen de negocios en la Comunidad los 250.000.000 de Ecus).

f) Aspectos que debe considerar la Comisión cuando ejerce el control. Criterios de evaluación.

En el Derecho Comunitario, el control tiene por objetivo establecer si la operación de concentración es o no compatible con el mercado común. El juicio de incompatibilidad procede cuando las operaciones de concentración suponen un obstáculo significativo para una competencia efectiva; por el contrario, es compatible

⁽⁵⁶⁾ Ver CALBOLI, Irene. La nozione di impresa comune: disciplina comunitaria e nazionale a confronto. Il caso Cementir Sacci. en *Giurisprudenza Commerciale*, 1993 vol. 20.3 pág. 335: MONGIELLO, Aldo, Il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. XVII. Padova. Cedam. 1994.

con el mercado cuando las operaciones no suponen un obstáculo significativo para una competencia efectiva.

Para la determinación de su decisión, la Comisión debe tener en cuenta, entre otros, los siguientes elementos:

- Cuotas del Mercado.

En principio, las concentraciones se presumirán compatibles con el mercado Común cuando la participación de las empresas involucradas no supere el 25 %; se trata de una presunción *iuris tantum* ⁽⁵⁷⁾.

El reglamento no define las nociones involucradas para la determinación de ese porcentaje (*mercado del producto; mercado geográfico relevante* , etc.). Se recurre, entonces, a los conceptos que proporciona el formulario CO (utilizado en el procedimiento de notificación).

- Posición dominante:

Son factores importantes para su determinación: las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de hecho o de derecho de obstáculos al acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores etc.

g) Algunas cuestiones de procedimiento.

- *Obligación de notificar*: El Reglamento dispone la obligatoriedad de notificar a la Comisión las operaciones de concentración de dimensión comunitaria en el plazo de una semana contado desde:

- * La conclusión del acuerdo
- * La publicación de la oferta de compra o de canje
- * La adquisición de una participación de control.

⁽⁵⁷⁾ MIRANDA SERRANO. Luis M.. El reglamento comunitario europeo de control de las concentraciones de empresas: aspectos sustantivos. en *Estudios jurídicos en conmemoración del X Aniversario de la Facultad de Derecho*, t. II, Univ. de Córdoba. España. 1991, t. II pág. 141.

La falta de comunicación hace pasible a la empresa de una multa que puede llegar hasta 50.000 dólares.

- *Forma de la notificación.* La empresa debe llenar el formulario CO, que contiene un extenso cuestionario.

- *Modos de conclusión de la primera etapa.* La Comisión procede al examen y su primera decisión puede consistir en declarar que la operación que se notifica:

* No entra en el ámbito de aplicación del Reglamento.

* Es compatible con el mercado común.

* Entra dentro del ámbito de aplicación del reglamento por lo que incoa el procedimiento. En este caso, debe informar su decisión a las empresas afectadas, a las autoridades miembros y a las autoridades de los Estados Miembros.

- *Plazos para pronunciarse:* El Reglamento es especialmente riguroso, con límites de tiempo muy estrictos para la Comisión ⁽⁵⁸⁾.

- *Confidencialidad.* La información recabada sólo puede ser utilizada para el fin perseguido por la solicitud de información y la Comisión y las autoridades competentes de los Estados tienen la obligación de abstenerse de divulgar la información que hubiesen recogido y que por su naturaleza esté amparada por el secreto profesional.

- *Oposición a la concentración. Legitimación.* Quien se opone a la concentración debe probar cual es su interés

El Tribunal de la comunidad resolvió el 28/10/1993 que si en 1991 la Comisión dio luz verde a un acuerdo de concentración, los accionistas minoritarios de una de las sociedades no pueden reabrir el procedimiento si no acreditaron que ellos estuvieran directa e individualmente implicados por la primera decisión ⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁸⁾ ORTIZ BLANCO, Luis. El procedimiento en Derecho de la Competencia Comunitario. Madrid, ed. Cívitas, 1994, vol I pág. 29.

⁽⁵⁹⁾ Ver sumario comentado en Recueil Dalloz Sirey 9/6/1994 n°22 pág. 176 Sommaires commenté.

- *Superación de los obstáculos antes la propia Comisión.* Muchas veces, conocedoras de que la fusión o la operación societaria viola las reglas de la libre competencia, son las propias empresas las que se comprometen a tomar medidas para salir de la prohibición, y de esta manera, que la concentración sea aprobada⁽⁶⁰⁾.

Otras veces, es la Comisión quien invita a superar estos obstáculos. Esta situación aconteció en el primer caso en que el órgano comunitario aplicó el Reglamento 4064/89 a situaciones de dominio oligopólico del mercado, modificándose, de este modo, el acuerdo originario⁽⁶¹⁾.

Recursos

La decisión de la Comisión es recurrible por ante el tribunal de primera instancia de la Unión Europea. Están legitimados no sólo las empresas implicadas en la concentración sino las que acrediten un interés cierto⁽⁶²⁾.

⁽⁶⁰⁾ Es lo que sucedió, por ej., en el caso KNP/BT/VRG del 4/5/1993, comentado por BOLZE, Christian. Régime communautaire de l'entreprise. Rev. Trim. Droit Commercial et de Droit Économique, année 47, 1994 N° 1, pág. 168 y ss. Para evitar que la Comisión declarase que existía posición dominante las empresas se comprometieron a terminar las relaciones que había entre ellas cediendo los activos, el personal, los contratos y la clientela a un tercero independiente.

⁽⁶¹⁾ Compulsar IANNUZZI, Guido. Una svolta nell'antitrust: la posizione dominante oligopolistica. Giurisprudenza Commerciale t. 21.4, 1994 Luglio-Agosto 1994, pág. 783; AMMASSARI, Francesca. Il concerto nella posizione dominante, en Riv. del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, anno XCI (1993) n° 11/12, pág. 839 pp.

⁽⁶²⁾ Así, por ej., recientemente, mediante sentencia del 19/5/1994, el Trib de 1ª instancia sala 1ª, en autos Société anonyme à participation ouvrière Compagnie National Air France contra Comisión de las Comunidades Europeas confirmó la decisión de la Comisión. Los hechos eran los siguientes: Air France interpuso un recurso de anulación contra la Decisión de la Comisión del 27/11/1992 que aprobó una operación de concentración entre empresas. Esa operación versaba sobre la adquisición por British Airways del 49.9% del capital de la compañía TAT European Airlines, quien se quedaba con el 50.1% restante. También se prevía una opción de compra del 50.1% en favor de British Airways, que podía ser ejercida en cualquier momento hasta el 1/4/1997 y una cláusula por la cual las decisiones más importantes debían ser aprobadas por los administradores designados por cada una de las dos sociedades madres. Entre otras razones, Air France invocó que se había violado el principio de protección de la confianza legítima; dijo que de haberse conocido ese acuerdo, que tacha de anticompetitivo, ella no hubiese convenido con el gobierno francés y la Comisión en dejar de formar parte de los órganos de decisión de TAT, de la que era accionista; tampoco hubiese admitido desprenderse de todas sus inversiones, a más tardar el 30/6/1992; argumentó, además, que la Comisión no había tenido en cuenta que las rutas del acuerdo serían París-Londres y Lyon-Londres. El juez rechazó la oposición. El primer problema a

4. *Interrelación entre el control comunitario y el local*

Las relaciones entre el derecho comunitario de la competencia y las legislaciones internas de los estados miembros han generado grandes conflictos.

Bien se ha dicho que conspira contra la certeza del derecho y las exigencias de la moderna economía del mercado que una operación esté sometida al control de dos o más ordenamientos jurídicos ⁽⁶³⁾.

a) Teorías: se han formulado varias. Mencionaremos sólo algunas:

- *Teoría de la barrera única o de la exclusión recíproca*: considera que la aplicación de la legislación interna de cualquier Estado miembro queda excluida cuando las normas comunitarias sean aplicables a una limitación o abuso de competencia que producida en el ámbito territorial de un país miembro, afecte al comercio intracomunitario.

- *Teoría de la doble barrera o de la aplicación conjunta*.

En el caso *Walt Wilhelm*, resuelto el 13/2/1969 ⁽⁶⁴⁾, el Tribunal de

resolver era la legitimación de Air France para atacar una decisión del consejo. La jurisprudencia constante es que un tercero sólo puede atacar la validez de una decisión de la Comisión si está directa e individualmente implicado. En el caso, se sostuvo que Air France estaba legitimada pues la concentración realizada por la British tenía un impacto directo sobre las líneas aéreas que unen el Reino Unido y Francia y mejoraban la posición del transportador británico en relación a su competidor francés. Por lo demás, el control conjunto de TAT y la British concernía a una empresa de la cual Air France debió retirarse poco tiempo antes en virtud de compromisos contraídos por la compañía y el gobierno francés hacia la comisión. En lo sustancial, dijo que en el acuerdo de Air France participó el gobierno francés, pero la Comisión no asumió ningún compromiso y que para apreciar la compatibilidad de la operación de concentración con el mercado común, hay que basarse en circunstancias de hecho y de Derecho que existan en el momento de la notificación de dicha operación y no en elementos hipotéticos cuyo alcance económico no puede valorarse en la oportunidad de dictar la decisión. Por otro lado, también se tuvo en cuenta que Air France ejerce un importante control sobre los trayectos discutidos por lo que no se producía un verdadero perjuicio para la competencia del transporte aéreo en el sector.

⁽⁶³⁾ ROVERSI, Riccardo y ABBATESCIANNI, Girolamo, Problemi di coordinamento tra normativa nazionale e comunitaria in tema di controllo delle concentrazioni, *Giurisprudenza Commerciale*, 1995, Maggiò-Giugno, 22.3., pág. 482.

⁽⁶⁴⁾ El fallo está transcripto en MENGOZZI, Paolo, *Casi e materiali di Diritto Comunitario dal Mercato Comune all'Unione Europea*, Padova, Cedam, 1994, pág. 508.

Justicia acogió, de alguna manera, la teoría de la doble barrera o de la aplicación conjunta o paralela según la cual cuando un acuerdo o práctica afecta simultáneamente al comercio interno de un país miembro y al comercio intracomunitario, las autoridades nacionales y comunitarias encargadas de vigilar el cumplimiento de las respectivas reglas jurídicas podrán aplicar, en la esfera de sus respectivas jurisdicciones, su ordenamiento propio. La doctrina tiene el grave inconveniente de permitir la coexistencia de dos procedimientos y, consecuentemente, que la empresa acumule dos sanciones por un mismo acto.

El Tribunal de Justicia ha salvado en parte este inconveniente al resolver que "una exigencia general de equidad implica que para la determinación de una eventual sanción se tome en consideración, en su caso, la existencia de decisiones represivas anteriores; o sea, la Comisión, al imponer la cuantía debe considerar las impuestas por el Estado miembro por la misma infracción ⁽⁶⁵⁾.

b) Principios que gobiernan la cuestión en general.

Del caso *Wilhelm*, antes citado, pueden extraerse, según Bellamy y Child ⁽⁶⁶⁾, los siguientes principios:

"- El derecho interno de la competencia debe ser administrado de conformidad con el derecho comunitario.

- La prohibición de un acuerdo según el derecho comunitario prevalecerá sobre cualquier otra autorización obtenida bajo el derecho interno

- Las conductas o situaciones que podrían suponer una infracción del Tratado pueden ser investigadas bajo el derecho interno por las autoridades internas a pesar de que haya abierta una investigación por la Comisión.

- Las autoridades nacionales deben tomar las acciones apropiadas para evitar el riesgo de que investigaciones paralelas lleguen a resultados contradictorios.

⁽⁶⁵⁾ Ver estos antecedentes en FONT GALAN, Juan Ignacio, *La libre competencia en la comunidad europea*. Bolonia, Public. del Real Colegio de España, 1986, pág. 87 y ss.

⁽⁶⁶⁾ BELLAMY, Ch. y CHILD, Graham, *Derecho de la competencia en el mercado común*. trad. de Enric Picañol, Madrid, Cívitas, 1992, pág. 68 n° 1-086; compulsar, igualmente, DENOZZA, Francesco, *Un nuovo modello per i rapporti tra diritto comunitario e diritto antitrust nazionale: la barriera unica omogenea*, en Riv. Quadrimestre 1992 n° 3, pág. 641.

- Si la Comisión se ha decidido a no actuar no hay objeción alguna a que las autoridades internas apliquen el derecho interno.

- Es una cuestión abierta si el derecho interno puede invalidar un acuerdo que haya sido objeto de exención según el art. 85.3".

c) La compatibilización entre derecho comunitario y derecho nacional en el ámbito de la concentración.

La cuestión planteada presenta menores problemas en este ámbito pues el Reglamento dispone que "los Estados miembros se abstendrán de aplicar su legislación nacional en la materia a aquellas concentraciones que tengan dimensión comunitaria". En otros términos, para las concentraciones, rige el principio de la aplicabilidad excluyente, o del llamado "*one stop shop principle*". El propósito declarado de la regulación es someter al control de la Comisión las concentraciones de gran volumen, dejando las de menor entidad en manos de las autoridades nacionales; la Comisión, entonces, actúa cuando las concentraciones superan el umbral comunitario; por el contrario, los Estados miembros lo hacen cuando están por debajo de ese umbral.

En suma: un Estado miembro puede aplicar su legislación sobre competencia en dos casos:

- Cuando la concentración no tenga dimensión comunitaria.
- Cuando la propia Comisión efectúe el reenvío.

El ordenamiento que comentamos también establece un mecanismo de cooperación entre la Comisión y las autoridades nacionales ⁽⁶⁷⁾.

Vinculado al tema en estudio, resulta interesante recordar que algunas leyes nacionales mandan interpretar sus textos en base a los principios del ordenamiento de la Comunidad Europea.

III. CONCLUSIONES

1. Uno de los principios que dominan la Unión Europea es el de tener un régimen "que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior" y que "desarrolle una economía de mercado abierta y de libre competencia". La

⁽⁶⁷⁾ BELLAMY, Ch. y CHILD, Graham. Derecho de la competencia en el mercado común, trad. de Enric Picañol, Madrid, Cívitas, 1992, pág. 70 n° 1-089.

evolución jurisprudencial reseñada muestra que las normas específicas relativas a la materia (artes. 85 y 86 del Tratado de Roma) han sido interpretadas a la luz del principio general y, consecuentemente, admitiendo una interpretación extensiva.

2. Esta jurisprudencia también ha probado que los grupos pueden ser un instrumento de perturbación de la libre competencia llegando en algunos casos, incluso, a aniquilarla.

3. Consecuentemente, es necesario que toda legislación que se dicte sobre grupos tenga en consideración los efectos negativos que ellos pueden ocasionar en el mercado.