

LA PROBLEMÁTICA DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA. A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DE SU TRIBUNAL

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI y FERNANDO PÉREZ HUALDE

PONENCIA

1) La evolución de la jurisprudencia ha demostrado cómo, siendo el principio general que persigue la Unión Europea en esta materia, el de tener un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior y que se desarrolle en una economía de mercado abierta y de libre competencia, las normas específicas relativas a la materia (arts. 85 y 86) deben ser interpretadas a la luz de ese principio. Se admite, por lo tanto, una interpretación extensiva de estas normas.

2) La jurisprudencia también ha probado cómo los grupos pueden ser un instrumento de perturbación de la libre competencia llegando inclusive a aniquilarla en ciertos supuestos.

3) Es necesario que toda legislación que se dicte sobre grupos atienda al efecto negativo que los mismos pueden tener en el mercado.

FUNDAMENTOS

1. Introducción

1.1. Razones de la elección del tema

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

Muy cuidadosos debemos ser a la hora de llevar a cabo esta armonización porque 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.).²

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.³

1.2. Encuadre jurídico e histórico

Comenzamos el análisis del tema realizando una distinción previa: cuando hablamos de derecho de la competencia debemos distinguir el derecho de la competencia en sentido *estricto* (formado por el derecho *antitrust* y el derecho de la competencia desleal), del derecho de la competencia en sentido *amplio*, integrado por el Derecho de la Propiedad Industrial.⁴

La aparición de la Sherman Act en 1890 cambia un principio fundamental en esta materia; hasta ese momento, como fruto del liberalismo económico vivido a partir de la Revolución Francesa, todo operador que desarrollara su actividad en el mercado tenía el *derecho* de competir. Con el dictado de esta ley, considerada como uno de los bastiones del neoliberalismo económico, el competir ya no es sólo un derecho, sino que además es una *obligación*. Aparece, de este modo, el "derecho antitrust" como una rama del derecho de la competencia que busca la actuación independiente de cada empresa en el mercado y la consecuente prohibición de los acuerdos entre las mismas. 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, porque el criterio fundamental "no es ya la protección del empresario competidor, sino la protección del funcionamiento competitivo del mercado".⁵

¹ Conf. VARTALITIS, Ana María y SOLDANO, Arquímedes: "El Mercosur y la defensa de la competencia", ED 156-841.

² Para esta cuestión ver MALAURIE VIGNAL, Marie: *Droit de la concurrence et droit des contrats*, Recueil Dalloz Sirey, 23/2/1995 n° 8 pp. 51 y ss.

³ AROZAMENA, María J.: *Las concentraciones de Empresas en la Comunidad Europea*, Cívitas, Madrid, 1993, p. 38.

⁴ Conf. de BERCOVITZ, Alberto: en los Iros. Cursos Extraordinarios de Especialización en Derecho organizados por Universidad de Salamanca, España, enero de 1995.

Esta concepción del derecho antitrust americano trae como necesaria consecuencia, entre otras, la prohibición del abuso de posición dominante y la reglamentación o limitación de las ayudas públicas.

Como reacción a la cartelización sufrida por Alemania durante la II Guerra Mundial, el 27 de julio de 1957 se dictó una ley de Restricción a la Competencia que contiene principios similares a los arts. 85 y 86 del Tratado de Roma. Esta ley, fruto de la influencia americana sobre la Alemania de posguerra, simboliza el desembarco del derecho antitrust en el continente europeo. No obstante, el derecho antitrust europeo, ha logrado su configuración actual después de sufrir una importante evolución.

Distinta es la finalidad que persigue el Derecho de la Competencia Desleal: no basta con que las empresas compitan, sino que además se busca que lo hagan 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 forma que gane el mejor".⁶ Que no se cometan actos de confusión, imitación, denigración, entre otros.⁷

1.3. 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.

⁵ 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 de Enero de 1991*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992, pp. 13 y ss.

⁶ VERGEZ, Mercedes: "Competencia desleal por actos de engaño, obsequios, primas y otros supuestos análogos", en *La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley del 10 de enero de 1991*, Boletín Oficial del Estado, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pp. 51 y ss.

⁷ Para analizar los diferentes supuestos de infracción ver los trabajos de DE LA CUESTA, José María; VERGEZ, Mercedes; LEMA DEBESA, Carlos; ALONSO SOTO, Ricardo; GALAN CORONA, Eduardo; ILLESCAS ORTÍZ, Rafael; BACARACH DE VALERA, Sol, en *La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992.

a. INSTRUMENTALIDAD

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

Por eso, por ej., la prohibición del art. 85.1,⁸ tiene importantes excepciones.⁹ A vía ilustrativa, mencionamos los *acuerdos sobre investigación y desarrollo (I + D)*,¹⁰ previstos en el art. 85.3 del Tratado.

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".¹¹ Por esta razón se dictó en el año 1985 el Reglamento 418/85 que los exime por categoría.

⁸ 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".

⁹ 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 anti-competitiva. Compulsar DENOZZA, Francesco, *Concorrenza. "La disciplina della concorrenza e del mercato"*, *Giurisprudenza Commerciale*, anno XVIII, 1991, pp. 365.

¹⁰ 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.

¹¹ 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, El sistema económico en la constitución española". Madrid, Sec. Gral. Técnica, 1994, vol. 1 p. 400.

b. AMPLITUD

En una fórmula extensa, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha dicho que la prohibición del art. 85. I 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:

- 1) 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).
- 2) La competencia externa (por ej., fijación de precios de venta, negativa de venta o suministro a un tercero, etc.).

La prohibición se extiende a:

- 1) Los acuerdos horizontales o carteles (convenios de repartos de mercado).¹²
- 2) Los acuerdos verticales (acuerdos entre empresas que se hallan en distintos niveles del proceso productivo).¹³

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.

2. La concentración económica

**2.1. Concepto de concentración. Su diferencia con los acuerdos.
Dimensiones que afectan**

Es difícil, pero necesario a los fines de nuestro estudio, conceptualizar la concentración y establecer su diferencia con los acuerdos o carteles.

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

¹² Compulsar VERBRAEKEN, Erik: "Les accords de coopération, vecteur de concurrence: un malentendu", Rev. Trim. de Droit Commercial et de Droit Économique, année 48, 1995 n° 1, p. 41.

¹³ Para esta cuestión ver SOLER MASOTA, Paz: "Los sistemas de distribución integrada de ámbito comunitario y sus efectos restrictivos sobre la competencia", Rev. Gral. de Derecho, año LI n° 604/605 ene-feb. 1995, p. 573.

dirección, en lugar de dos o más empresas independientes que existieran previamente”.

La Comisión, por su parte, en el Memorándum de 1966, diferenciaba Acuerdos o carteles de Concentraciones, al decir que: “Mientras que un cartel 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”.

No debemos olvidar al respecto que la competencia supone la existencia de una pluralidad de empresas que libremente diagraman sus conductas. Así observamos que en el mercado existe una dimensión estructural: la pluralidad de empresas; y otra dimensión de conducta: el libre comportamiento de las mismas.

Los acuerdos o carteles afectan la primera de ellas, en tanto que las concentraciones afectan a la restante.

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

a. LA INEXISTENCIA DE DISPOSICIONES EXPRESAS RELATIVAS A LA CONCENTRACIÓN EN EL TRATADO DE ROMA Y LA TERMINOLOGÍA UTILIZADA

La existencia de los grupos de sociedades no fue prevista de manera explícita por el Tratado de Roma. El Tratado en su art. 85.1 sanciona solamente los acuerdos o carteles celebrados entre empresas.

Esta omisión y la expresión utilizada presentó varios problemas, entre ellos:

- 1) Si el grupo es una empresa y, consecuentemente, pueden imputársele los actos contrarios a las reglas comunitarias aunque no sea una persona jurídica.
- 2) Si las sociedades que integran un grupo pueden ser consideradas como empresas en sus relaciones internas.
- 3) Si la responsabilidad por las infracciones cometidas por sociedades filiales pueden ser o no imputadas a la sociedad madre.¹⁴

b. 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:

- 1) A veces, las concentraciones contribuyen a los objetivos de la Comunidad ya que de las mismas resultan cambios deseados en la estructura industrial; con-

¹⁴ FONT GALAN, JUAN IGNACIO: “La libre competencia en la comunidad europea”, *Bolonia, Public. del Real Colegio de España*, 1986, p. 66.

secuentemente, sólo deberían ser prohibidas cuando crean un poder excesivo en el mercado.

- 2) Aplicar las mismas reglas a las concentraciones y a los carteles es negativo pues el resultado será que se prohibirán demasiadas concentraciones o pocos carteles.
- 3) La sanción de nulidad, prevista para los acuerdos no es apropiada a las concentraciones.¹⁵

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.¹⁶

c. 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.¹⁷

Son efectos de esta idea:

- 1) El grupo, aún careciendo de personalidad jurídica, debe ser considerado como empresa en sus relaciones con sujetos jurídicos extraños a él.
- 2) Las sociedades filiales componentes del grupo, aún dotadas de personalidad moral, no son empresas en sus relaciones con las demás sociedades del grupo o con la sociedad madre.

d. 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:

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

¹⁵ Memorándum transcripto en la obra de BELLAMY, Ch. y CHILD, Graham: *Derecho de la competencia en el mercado común*, trad. de Enric Picañol, Madrid, Cívitas, 1992, pp. 558 y ss., n° 9-003 y ss.

¹⁶ Relato y análisis de esta posición crítica se encuentra en TOFFOLETTO, Alberto: "Le concentrazioni nel diritto comunitario antitrust", *Giurisprudenza Commerciale*, ano XVII, 1990, pp. 460.

¹⁷ Para un estudio completo sobre la noción de empresa en el derecho de la competencia europeo ver GUZZI, Giuseppe: "Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile", en *Riv. del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, ano XCI (1993) n° 3/4, pp. 277 y ss.

Esto será así 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.¹⁸

No obstante, cuando una subsidiaria desobedeció instrucciones y la matriz no cometió ningún daño, el Tribunal confirmó que era la filial la que debía ser multada.¹⁹

2) 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.²⁰

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.

Esta jurisprudencia considera que las sociedades así agrupadas integran una sola empresa y, consecuentemente no es aplicable el art. 85.1 cuando:

- 3) El acuerdo es un instrumento de división del trabajo que tiene por objeto repartir las tareas entre las sociedades pertenecientes al grupo.
- 4) 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 la norma citada era necesario:

- 5) Que las matrices llegaran a ser compañías *holding*, transfiriendo sus activos a la empresa común.
- 6) Que la concentración parcial no debilitara la competencia entre las matrices en otras áreas.

¹⁸ Ver estos antecedentes en FONT GALAN, Juan Ignacio: "La libre competencia en la comunidad europea", Bolonia, Public. del Real Colegio de España, 1986, p. 69. Compulsar los casos *Centrafarm BV* del 31/10/1974; *Hydrotherm c/Andreoli* del 12/7/1984 y otros en MINGOZZI, Paolo: *Casi e materiali di Diritto Comunitario dal Mercato Comune all'Unione Europea*, Padua, Cedam, 1994, p. 494.

¹⁹ *BMW Belgium v. Comisión* (1979), citado por Valentine KORAH, en *Introducción al Derecho y Práctica de la Competencia en la C.E.E.*, Ed. Ariel, Barcelona, 1988.

²⁰ FONT GALAN, Juan Ignacio: "La libre competencia en la comunidad europea", Bolonia, Public. del Real Colegio de España, 1986, p. 66.

7) Aplicación del art. 86 a las concentraciones.

Las ideas antes expuestas no impidieron aplicar a la concentración el art. 86 del Tratado,²¹ 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.²²

A partir del caso *Continental Can* en 1973,²³ entonces, se admitió que la concentración es anticompetitiva cuando esa modificación estructural 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 T.R. 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.

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.²⁴

8) Aplicación excepcional del art. 85.

²¹ 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 posição dominante no direito da concorrência*, Lisboa, ed. Cosmos, 1993.

²² CALVO CARAVACA, ALFONSO L., y FERNÁNDEZ 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, pp. 3405 y ss.

²³ El fallo de la Corte de Justicia del 6/3/1974 puede compulsarse en *Riv. di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni*, año LXXII (1974), p. 306.

²⁴ 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, p. 3565; compulsar también, BELLAMY, Ch. y CHILD, Grahams: *Derecho de la competencia en el mercado común*, trad. de Enric Picañol, Madrid, Cívitas, 1992, pg. 507, n° 8-004 y ss.

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.²⁵

e. *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 Tribunal de Justicia de la Comunidad sostuvo la aplicación del art. 85 a la adquisición de una participación minoritaria de acciones y obligaciones negociables, acompañada por el derecho de veto y acuerdos de representación. Toda la doctrina señala la importancia de este cambio jurisprudencial, pese a que las afirmaciones de la Corte fueron expresadas *obiter dicta*.²⁶

El Tribunal concluyó que "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".

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, acordando no rebasar dicha cifra.

²⁵ BELLAMY, Ch. y CHILD, Graham: *Derecho de la competencia en el mercado común*, trad. de Enric Picañol, Madrid, Cívitas, 1992, pp. 570 y ss., n° 9-016 y ss.

²⁶ Comp. BELLAMY, Ch. y CHILD, Graham: *Derecho de la competencia en el mercado común*, trad. de Enric Picañol, Madrid, Cívitas, 1992, pp. 566 y ss., n° 9-010 y ss.

2.3. El Reglamento del Consejo n° 4064/89²⁷

a. IDEAS INTRODUCTORIAS

La progresiva conciencia de los problemas planteados por las concentraciones 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 el fortalecimiento de la posición dominante, haciendo primar consideraciones de índole extracompetitiva, cual es la conservación de las empresas y por tanto, de las unidades de producción y de los puestos de trabajo.

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

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.

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*.

- 1) La *fusión* es un negocio típico del Derecho de sociedades y es la operación de concentración por excelencia;²⁸ comprende tanto la fusión en sentido propio, sea ésta por absorción o por la constitución de una nueva sociedad, como la fusión en sentido amplio o impropio (cuando falta alguno de los ele-

²⁷ Para un estudio detallado del reglamento ver AROZAMENA, María J.: *Las concentraciones de Empresas en la Comunidad Europea*, Madrid, ed. Cívitas, 1993. Este ordenamiento fue modificado por el reglamento 3384/94 del 21/12/1994.

²⁸ La fusión ha sido objeto de la directiva comunitaria 78/855.

mentos de la fusión propia), como es el caso de la transmisión en bloque del patrimonio.

- 2) 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, adquieran, directa o indirectamente, el control sobre la totalidad o parte de una o de otras varias empresas.

El control requiere, entonces, *tres elementos*:

- 1) *Elemento subjetivo o personal*: Una o más personas, sean estas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que antes de la operación, controlan, al menos, una empresa.
- 2) *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.²⁹

- 3) *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.

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 puedo ejercer esos derechos sin ser titular de los mismos. O sea que la toma de control es entonces una situación de hecho.

Las operaciones de concentración pueden ir acompañadas de *pactos accesorios*, como es el caso de las 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* señalamos que no es requisito que la adquisición del control derive de un solo

²⁹ Conf. JENNY, Frédéric: "La pratique du Conseil de la concurrence", en *Restructuration d'entreprises et droit de la concurrence*. Paris, LGDJ, 1993, p. 17. Un ejemplo se encuentra en la decisión de la Comisión del 10/11/1992 en el caso Warner-Lambert-Gillette.

elemento de carácter real o contractual, sino que puede derivar de un elemento o de varios, reales o contractuales; y que 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 del control producido.

d. SITUACIONES QUE NO IMPORTAN CONCENTRACIÓN

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:

- 1) 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. No obstante alertamos que no por ello estarán exentas de la sanción del art. 85.1 T.R.
- 2) 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.

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 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*.

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.