

ECONOMIA DE MERCADO Y CONCENTRACION DE EMPRESAS EN LA COMUNIDAD EUROPEA

Por

JUAN CARLOS DA SILVA OCHOA
Profesor de Derecho Constitucional
de la Universidad del País Vasco

SUMARIO: I. PODER PÚBLICO, MERCADO Y DERECHO DE LA COMPETENCIA.—II. DERECHO COMUNITARIO DE LAS CONCENTRACIONES: A) *El camino hacia el Reglamento de control de las concentraciones*. B) *Pactos de concentración y ámbito del Reglamento*. C) *Excepciones a la regla general delimitadora del ámbito de competencia*.—III. CONCLUSIÓN.

I. PODER PÚBLICO, MERCADO Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

1. El contexto en el que se produce hoy en día la actividad económica es el sistema de mercado. La economía de mercado, pese a sus múltiples manifestaciones, puede reconducirse a una idea común que no es otra que la del mercado como encargado del desenvolvimiento del proceso económico y productivo (1). Por utilizar una descripción bien gráfica, «el sistema de mercado tiende simplemente a establecer un estado de cosas en virtud del cual ninguna necesidad se satisface empleándose un volumen de recursos superior al que realmente se precisa» (2).

Los agentes del proceso son, evidentemente, las empresas, y en un régimen de libertad de empresa, es decir, en el que hay libertad para destinar bienes para la realización de actividades económicas con vista a obtener un beneficio (3).

Este sistema de persecución de la riqueza tiene, como cualquier otro, sus disfunciones. Si el mercado es el instrumento privilegiado para el desarrollo de la actividad económica, los mecanismos para encauzar sus disfunciones se convierten en un problema social de primer orden. Por eso no ha de extrañar que a su activación estén naturalmente llamados los poderes públicos, de modo que la intervención pública, en cualquiera de sus formas, es en nuestros días uno de los rasgos característicos del sistema de economía de mercado.

(1) M. BASSOLS: *Constitución y sistema económico*, Madrid, 1985, pág. 140.

(2) F. A. HAYEK: *Derecho, legislación y libertad*, Madrid, 1978, vol. 2, pág. 192 (cit. por M. BASSOLS, *op. cit.*, *loc. cit.*)

(3) M. BASSOLS: *op. cit.*, pág. 137.

2. Esta intervención pública puede venir impuesta por razones coyunturales, es decir, tendentes a paliar o subvenir las deficiencias accidentales del mercado. Más trascendente resulta, por el contrario, la intervención que trae causa de razones estructurales, ya que éstas tienden a la conservación del propio mercado como ámbito acordado para tal tráfico económico, y para su mantenimiento con la definición que institucionalmente le viene atribuida (4).

No hay, por tanto, oposición real sino aparente entre sistema de mercado e intervención de los poderes públicos, ya que esta última a lo que debe servir es, precisamente, a la garantía de la subsistencia de aquél.

3. De este modo, en nuestros días, la disciplina jurídica del mercado, el Derecho del tráfico económico, va abandonando los caracteres privatistas que lo singularizaron en la forma de Estado liberal. El varias veces centenario Derecho Mercantil va transmutándose en un nuevo Derecho Económico que aspira a dar razón sistemática de todas las normas que proyectan su sombra sobre el mercado, reservando lugar privilegiado a las que consagran sus principios ordenadores. Estamos ante el «Derecho de una sociedad en transformación», ante «nuevos hechos que reclaman nuevo Derecho».

No es éste el lugar para describir en detalle esta evolución (5), ni para hacer recuento de sus hitos siquiera. Aun así, no conviene olvidar datos tan capitales como la desburocratización de la Administración Pública con la huida hacia formas empresariales de gestión de las prestaciones públicas (6), el control cada vez mayor sobre los protagonistas de la actividad

(4) S. MARTÍN-RETORTILLO: *Derecho Administrativo Económico*, tomo I, Madrid, 1988, págs. 42 a 50, en las que se aplica el principio al Derecho constitucional español.

(5) La exposición, brillante y sugerente, de lo que aquí deslucidamente se resume la hace A. MENÉNDEZ en *El Derecho Mercantil en el siglo XXI*, en «La Ley» del 26 de diciembre de 1990, págs. 1 a 4.

(6) Este fenómeno se impone, sorprendentemente, incluso en los servicios públicos más emblemáticos del estado prestacional. Quizá el ejemplo más llamativo en nuestros días está constituido por las nuevas ideas sobre la gestión de la sanidad pública, ámbito éste en el que hasta hace muy poco era difícil imaginarse qué papel podían jugar conceptos tales como los de «mercado» o «gestión empresarial». Sin embargo, la crisis de financiación del sistema sanitario llevó, en los años 1987 y 1988, a una profunda reflexión en un país tan significativo desde el punto de vista de la prestación de estos servicios como es el Reino Unido. La conclusión de la misma fue un plan de reforma reflejado en un «libro blanco» titulado *Working for Patients*, aprobado por el Parlamento en el verano de 1990. Tan grande ha sido el convencimiento en relación con las virtudes del sistema de mercado que la nueva política lo ha instaurado allí donde no existía, dividiendo las estructuras sanitarias entre proveedores y adquirentes de servicios sanitarios, todos ellos públicos, pero competidores entre sí. El incremento del número y calidad de las prestaciones se ha buscado a través de la diversificación de ofertas y demandas, y su posterior colocación en posición de mercado.

Este cambio de perspectiva no ha pasado desapercibido entre nosotros, y así el sistema catalán de salud parece encaminarse hacia lo que su máximo responsable ha llamado «la gestión empresarial en la sanidad» (pública): «En nuestro entorno económico la competitividad, de la que tanto se habla, es una condición de progreso y éste es un reto, no sólo de la Administración, sino de todas las empresas productoras de servicios sanitarios (...)» (X. TRIAS: *La Gestión Empresarial en la Sanidad*, Departamento de Sanidad y Seguridad

económica —y sobre todo sobre el empresario—, el surgimiento de un nuevo actor en el escenario —el consumidor—, ni el fin de la persecución del mayor beneficio como único objetivo de la actividad económica, papel que en el Derecho contemporáneo debe compartir con la protección del patrimonio histórico y artístico y del medio ambiente (7).

Esta interconexión entre poderes públicos y mercado, tan característica de los ordenamientos jurídicos actuales, permite entrever una nueva configuración del viejo Estado de prestaciones que describiera FORSTHOFF (8) en Estado social de mercado. Este Estado actúa de dos formas: bien desarrollando directamente actividades económicas, bien regulando las condiciones en que deben desarrollarse esas actividades por los empresarios —privados o públicos—. El objeto de este estudio es parte de esta segunda función —reguladora— del Estado social de mercado.

4. El modelo de mercado en nuestros días está basado en un régimen de competencia que la doctrina denomina imperfecta o practicable, y cuyos principales rasgos socioeconómicos son:

- a) la libertad de acceso al mercado y la multiplicidad de los empresarios;
- b) la falta de homogeneidad de los productos o servicios y el carácter sustituible de los mismos;
- c) la presencia en cada mercado de los denominados poderes económicos o de mercado, 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;
- d) la tendencia a la concentración de las grandes empresas (9).

Las funciones que el principio de competencia desarrolla en el mercado pueden resumirse de la siguiente manera:

- mejora cuantitativa y cualitativa de la oferta de bienes y servicios;
- racionalización y decremento de los costes de producción y ahorro de recursos económicos en general;
- incremento de la adaptabilidad de los factores productivos a los requerimientos del resto de los agentes económicos;
- incremento de la productividad.

Social, Generalidad de Cataluña, Barcelona, 1992, pág. 37). Estos son los principios que inspiran el «Plan de Salud de Cataluña 1993», aprobado a finales del pasado año.

(7) A. RUIZ ROBLEDO: «Un componente especial de la Constitución económica: el respeto al medio ambiente», en Dirección General del Servicio Jurídico del Estado: *XV Jornadas de Estudio sobre «El sistema económico en la Constitución española»*, en prensa. La doctrina alemana ha dedicado notorios esfuerzos a destacar esta idea. Véase una síntesis en D. GROSSER (editor): *Der Staat in der Wirtschaft der Bundesrepublik*, Opladen, 1985, págs. 520 y 527 a 531.

(8) Un resumen de la doctrina del Estado prestacional puede verse en S. MARTÍN-RE-TORTILLO, *op. cit.*, págs. 36 y ss.

(9) J. I. FONT GALÁN: *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, Madrid, 1987, págs. 37 a 44.

Por contra, una competencia insuficiente trae consigo la paralización del impulso innovador, desventajas para el usuario en forma de precios más altos o peores calidades y desventajas para distribuidores y comerciantes que no pueden oponerse a las condiciones impuestas por los productores (10).

Este concepto de mercado competitivo permite hacerse con una cabal descripción de lo que es la actividad empresarial, tanto en cuanto pugna por atraer la demanda como en cuanto potencial «conflicto institucional que afecta a la estructura y funcionamiento del mercado a consecuencia de los efectos disfuncionales, perturbadores o “falseadores” de la política de la competencia que rige el mercado» (11).

En esta tarea, a los poderes públicos toca, por tanto, garantizar el pluralismo de los agentes económicos, el libre acceso al mercado y las condiciones que aseguren una base objetiva para las transacciones. En una palabra, la competencia debe ser tanto libre (no restringida con prácticas abusivas o colusorias) como leal (llevada a cabo con ausencia de conductas incorrectas). Al Estado corresponde, en consecuencia, la prevención y represión tanto del ilícito antitrust como del ilícito concurrencial.

A pesar de que disciplinan conductas en principio distintas, ambos ilícitos pueden ser reconducidos a un régimen común, lo que refuerza la idea de la competencia como columna vertebral del Derecho del mercado. Puede, por tanto, hablarse de una sola noción de competencia de acuerdo con la cual la lucha competitiva sólo es legítima en la medida en que se desarrolla sobre la base del principio de rendimiento o eficiencia; también pueden reconocerse unos mismos intereses sujetos a tutela: la protección de los participantes en el mercado —competidores y consumidores—, y la propia conservación del mercado, como interés general del Estado (12).

El principio de competencia libre y leal sirve, por tanto, para comprender la transformación del Derecho regulador del mercado y su configuración actual, en especial el papel de los poderes públicos, a la vez que obliga al jurista a no desviar su atención de la realidad económica del propio mercado en el que se apoya el tráfico jurídico.

5. Lo anterior se confirma a la luz del actual modelo de competencia. En efecto, se han podido distinguir tres estadios distintos de Derecho de la competencia leal. El primero, paleoliberal, propio del siglo XIX, caracterizado por ofrecer una disciplina represiva notablemente fragmentaria y sustancialmente limitada a las violaciones de la propiedad industrial. El segundo, un modelo profesional, resultado de la evolución del anterior y propio de los primeros años de este siglo, en el que privan los patrones de valoración profesional o corporativa de la clase empresarial, instrumentalizado a través de normas de Derecho privado. Finalmente, un modelo social, que aparece con el fin de la Segunda Guerra Mundial y que cambia el

(10) D. GROSSER (editor): *op. cit.*, págs. 64 a 66.

(11) J. I. FONT GALÁN: *op. cit.*, pág. 34.

(12) A. MENÉNDEZ: *La competencia desleal*, Madrid, 1988, págs. 22 y 23.

rumbo de los precedentes: «La normativa represora de la competencia desleal deja de ser un ordenamiento primariamente concebido para la protección de la empresa en sus relaciones con los competidores, para convertirse progresivamente en un Derecho ordenador de las relaciones de mercado que extiende su dominio a la tutela del interés de los consumidores y del propio interés público en el mantenimiento de un orden concurrencial no falseado» (13). De ser instrumento de protección de la lealtad pasa a ser herramienta de la dirección y ordenación pública de la economía.

Por lo que se refiere al Derecho antitrust o regulación de la competencia libre, éste ya desde su origen en pleno siglo XIX aparecía dotado de esos valores de naturaleza más constitucional que mercantil (14). La fusión de ambas ramas del tronco común de la protección de la competencia competitiva tiene lugar así en el momento que son reclamadas como principio ordenador del Derecho económico del Estado social de mercado (15).

SAINZ MORENO ha destacado cómo el principio de libertad de competencia se traduce en términos jurídicos en manifestación del orden público económico, con las importantes consecuencias que de ello se derivan: límite para la aplicación en España de normas extranjeras, límite de la libertad contractual, límite para la renuncia de derechos, límite para el ejercicio de los derechos, tipo que califica determinadas conductas, etc. «(...) Es un concepto que cumple una función protectora de ciertas reglas y principios —razón por la que típicamente opera como fundamento de prohibiciones, limitaciones, declaraciones de nulidad, sanciones—; reglas y principios que son los esenciales para la convivencia armónica de la comunidad (...)» (16).

6. Estas nociones en torno a las cuales se vertebra la relación entre poderes públicos y agentes económicos en el seno del Derecho interno de la Economía también están presentes en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea.

Desde la firma, en 1951, del Tratado de la Comunidad del Carbón y del

(13) *Id.*: págs. 28 y 29.

(14) *Id.*: pág. 98.

(15) «Per sintetizzare ulteriormente, penso si possa dire che, salvaguardando la competitività fra le aziende si scongiura la stagnazione del sistema economico, garantendo una continua introduzione di elementi di variabile incertezza. Questi, essendo connaturati al rischio proprio di ogni attività dell'imprenditore, ne suscitano quelle essenziali reazioni emulative che assicurano una dinamicità perfezionista alla sua presenza ed azione sul mercato: nonchè al mercato stesso e, dunque, all'intero assetto di una data società» (E. MOAVERO MILANESI, *Antitrust e concentrazioni fra imprese nel Diritto Comunitario*, Milano, 1992, pág. 16).

No es de extrañar, por tanto, que el principio de promoción de la competencia se extienda por el ordenamiento: así, por ejemplo, no cumplir el objetivo de «*aumento de la competencia*» entre las diferentes Entidades de depósito en beneficio de la clientela» es causa bastante para denegar la autorización de creación de un Banco privado por el Ministro de Economía y Hacienda, según el artículo 4.1 del Real Decreto 1144/86, de 30 de septiembre.

(16) F. SAINZ MORENO: *El principio de libre competencia como manifestación del orden público económico*, «REDA», núm. 24, 1980, pág. 134. Véase también el trabajo del mismo autor *Orden público económico y restricciones de la competencia*, en esta REVISTA, núm. 84, 1977, págs. 597 a 643.

Acero la historia europea está marcada por el proceso de la unificación, cuyo instrumento fundamental ha sido, sin ninguna duda, el Tratado que creó en 1957 la Comunidad Económica Europea. El desarrollo y puesta en práctica de este tratado-marco se ha producido en varias fases: libre cambio, unión aduanera, mercado único. Para hacer posibles los objetivos previstos en el Preámbulo del Tratado la parte normativa del mismo previó un sistema de libertad de circulación de personas, bienes y capitales, un derecho de establecimiento, un mecanismo para la unificación jurídica —a través de los Reglamentos—, otro para la armonización de lo no reducible a la unidad —a través de las Directivas—, una actividad administrativa común —a cargo de la Comisión— y un poder judicial que ha unificado la interpretación del sistema jurídico dimanante del Tratado —el Tribunal de Justicia, recientemente reforzado con un Tribunal de Primera Instancia—.

Esta panoplia de recursos aparece presidida por un conjunto de principios, entre los que destaca el de libertad económica. El mercado sólo será uno cuando todos los interesados puedan acceder al mismo en condiciones de igualdad. Por tanto, en el sistema comunitario, la competencia, además de las funciones que desempeña en los sistemas nacionales, sirve al objetivo de la unificación europea, y por ello recibe un tratamiento privilegiado tanto en el Derecho originario como en el derivado.

Como consecuencia de lo anterior, cada vez se hace más presente la configuración de un poder europeo de intervención en el mercado común. Conviene en este punto advertir que ese mercado europeo no es una mera yuxtaposición a los mercados nacionales. La casuística derivada de las decisiones de la Comisión y de las sentencias del Tribunal de Justicia enseña que ese mercado relevante a efectos comunitarios, aunque integrado principalmente por el conjunto de las operaciones transfronterizas, no se agota, sin embargo, en ellas. Por el contrario, hay operaciones interiores relevantes para el mercado comunitario en cuanto afectan directa o indirectamente a otros mercados nacionales. Aún más: según avanza el proceso de integración y más interdependientes se hacen las economías, mayor será el volumen de operaciones a las que afecte la disciplina europea de la competencia, y mayor será el protagonismo de las autoridades comunitarias en el tráfico económico.

El Derecho que regula este mercado con relevancia europea ya no es privado, sino público. Así, en la primera gran obra dedicada a sistematizar el Derecho Administrativo europeo, el *Europäisches Verwaltungsrecht* de Jürgen SCHWARZE, al analizar su objeto, junto a materias tales como el Derecho de la función pública o la regulación del mercado común del carbón y del acero, se dedica un capítulo al Derecho de la competencia (17). Entre

(17) J. SCHWARZE: *Europäisches Verwaltungsrecht*, tomo I, Baden-Baden, 1988, págs. 344 a 374 (hay traducción al inglés: J. SCHWARZE: *European Administrative Law*, Londres-Luxemburgo, 1992).

La conveniencia de superar una dicotomía estrecha y rigurosa es un lugar común en la doctrina de buena parte de este siglo. La bibliografía es muy extensa. Véase una muestra en M. BULLINGER: *Derecho público y Derecho privado*, Madrid, 1976. Entre nosotros destaca el amplio estudio de F. DE CASTRO en su tratado sobre el *Derecho Civil de España* (parte general, tomo I), Madrid, 1955, págs. 74 y ss.

nosotros se ha señalado, con acierto, cómo los órganos jurisdiccionales llamados a aplicar a título principal los artículos 85 y 86 CEE son precisamente los contencioso-administrativos, mientras para la jurisdicción civil no queda sino su aplicación a título incidental (18).

7. Reduciendo un ordenamiento complejo a sus líneas maestras podría hablarse de un Derecho Comunitario de la competencia en sentido amplio que incluyera todas las normas relativas al mercado: las tres libertades, el Derecho de la unión aduanera, la política fiscal... Un enfoque semejante, por ser excesivamente general, no permite apreciar la unidad esencial de la disciplina. Es por tanto preferible un concepto estricto compuesto por las siguientes ramas: *a)* Derecho aplicable a las empresas —convenios colusorios, abuso de posición dominante, *dumping*, concentraciones—; *b)* Derecho aplicable a los poderes públicos de los Estados miembros —monopolios y oligopolios públicos, transparencia—, y *c)* normas de procedimiento.

El objeto de este estudio es el Derecho de las concentraciones de empresas, que es, entre todas las materias precitadas, el de más reciente regulación. Se trata de una disciplina de gran complejidad técnica y de gran significación para el Derecho de la Economía (19).

En primer lugar, a través de la nueva legislación en materia de control de las concentraciones, las autoridades comunitarias pueden intervenir poderosamente en las economías de los Estados miembros, «decidiendo, en parte, sobre las estructuras empresariales y los ajustes del mercado» (20). En la práctica, queda en manos de la Comisión la autorización de algunas de las decisiones económicas más importantes del mercado.

En segundo lugar, la Comisión se encuentra en la posición de optar por una utilización del poder de controlar las concentraciones más allá de la mera regulación del mercado. Claramente, los nuevos poderes de la Comisión pueden ser usados como un instrumento de política industrial. Esta eventualidad explica buena parte de los recelos que han retrasado durante

(18) R. ALONSO GARCÍA: *La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE por órganos administrativos y judiciales españoles*, «RIE», vol. 17, núm. 2, año 1990, págs. 437 a 475.

(19) La trascendencia de este Derecho comunitario antitrust en la regulación contemporánea del mercado no puede infravalorarse:

«E probabile che i precetti antitrust risultino quelli di più diretta incidenza sull'attività degli imprenditori, grazie tra l'altro ai formidabili poteri conferiti alla Commissione, quale autorità di vigilanza. Ogni azienda non può più prescindere dal tenerne conto quotidianamente. I consulenti, in particolare quelli legali, devono porsi in grado di affrontarne le complesse problematiche. Consumatori ed organizzazioni di tutela degli interessi diffusi, vi faranno sempre più ricorso. Aumenterà il contenzioso, in sede comunitaria e nazionale. Si apriranno più procedure amministrative e giurisdizionali: su denuncia, su notifica di parte e d'ufficio» (E. MOAVERO: *op. cit.*, pág. 22).

(20) M. ALONSO SOTO: «El control de las concentraciones en España», en el tomo III de los *Rapports pour le XIV Congrès de la FIDE*, Madrid, 1990, pág. 149.

más de una década la aprobación de la legislación sobre control de concentraciones (21).

En tercer lugar, existe una idea muy extendida sobre el objeto y finalidad de las concentraciones, que incluso se encuentra en los documentos de los trabajos preparatorios de la Comisión (22). De acuerdo con esta concepción, la causa de los movimientos de concentración está en la obtención de economías de escala, como consecuencia de la ampliación física del mercado. Sin embargo, estudios recientes (23) demuestran que el principal motivo de las fusiones y tomas de control está en la penetración de los mercados geográficos vecinos. Es decir, las concentraciones son resultado de la fragilidad que los empresarios perciben en la unidad del mercado europeo. Son estas trabas psicológicas, que tienen una fundamentación objetiva —diferencias jurídicas, fiscales, burocráticas, de hábitos, de relaciones laborales, de cultura empresarial—, las que intentan superarse a través del fenómeno concentrador. A la vez, esta praxis concentrativa tiene que traer como consecuencia una mayor heteronomía de los mercados o, lo que es lo mismo, una mayor unidad del mercado europeo. De este modo las concentraciones, y su control, adquieren una función extraordinariamente significativa para la consecución del mercado interior único y, en definitiva, para la unificación global.

II. DERECHO COMUNITARIO DE LAS CONCENTRACIONES

A) *El camino hacia el Reglamento de control de concentraciones*

8. Precisamente por la importancia que reviste el control de las concentraciones, su regulación es fruto de un compromiso entre varias tensiones (24).

Para empezar, y por su propia esencia, cualquier normativa sobre la materia debe garantizar dos intereses que frecuentemente aparecen enfrentados: hay que proteger el mercado contra el monopolio o el cuasimonopolio, pero a la vez hay que 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.

Por otro lado, la protección de la competencia libre ha de armonizarse con la atención a otros intereses generales y a otros objetivos del Tratado,

(21) Cfr., p. e., F. Ch. JEANTET: voz «Concentrations», en *Repertoire Dalloz de Droit Communautaire*, tomo I, págs. 4 y 5.

(22) Por ejemplo, en el Memorándum «El problema de la concentración en el Mercado Común» (Colección *Etudes*, serie *Concurrence*, núm. 3, Bruselas, 1966). La idea se mantiene en el XV Informe sobre la Competencia (Suplemento 2/90 al Boletín de las Comunidades Europeas).

(23) Cfr. el editorial que bajo el título *Global M & A: Apocalypse Now?* publica el número especial de la «International Financial Law Review» sobre concentraciones, enero 1991.

(24) D. G. GOYDER: *EC Competition Law* (2.^a ed.), Oxford, 1993, págs. 386 a 394.

sin que pueda resultar extraño que en determinadas circunstancias éstos puedan primar sobre aquélla (como, por ejemplo, en los supuestos del artículo B, apartado primero, del Tratado de la Unión Europea).

Finalmente, no cabe olvidar la ya mencionada posibilidad de que el control de las concentraciones se convierta en un instrumento de política industrial en manos de la Comisión, contra el interés de la mayoría del Consejo por limitar este poder a la salvaguarda de la competencia en el mercado (25).

9. De estas circunstancias es tributaria la tantas veces pospuesta (26) y finalmente vigente legislación sobre las concentraciones, compuesta por una norma fundamental, el Reglamento (CEE) núm. 4064/89, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, «sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas» (27), y otra complementaria, el Reglamento (CEE) núm. 2367/90, de la Comisión, de 25 de julio de 1990, «relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas» (28). Este último Reglamento contiene un Anexo en el que se describe el formulario «CO», relativo a la notificación de la operación de concentración y, dentro del mismo Anexo, cuatro «notas orientativas» sobre el cálculo del volumen de negocios de las empresas afectadas, extremos ambos de gran importancia, como veremos más adelante.

Junto a estas normas la Comisión ha hecho público su criterio en relación a tres cuestiones capitales. Se trata de la «Comunicación de la Comisión sobre las restricciones accesorias a las operaciones de concentración» (90/C 203/05) (29), la «Comunicación de la Comisión sobre las operaciones de concentración y de cooperación con arreglo al Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989» (90/C 203/06) (30) y la «Comunicación de la Comisión sobre el tratamiento de las empresas en participación de carácter cooperativo en virtud del artículo 85 del Tratado CEE» (93/C 43/02) (31).

(25) La discusión en el seno del Consejo enfrentó al Reino Unido y la República Federal con Francia. Para los primeros, países dotados de una bien experimentada legislación antitrust, la Comunidad debía limitar su actuación al campo de la pura competencia. La posición francesa, más intervencionista, obtuvo como compensación la inclusión, en el considerando 13.º y en el artículo 2.1.b), de criterios de naturaleza no estrictamente competitiva en la apreciación de las concentraciones (cfr. J. S. VENIT: *The «Merger» Control Regulation: Europe comes of age... or Caliban's dinner*, «CMLR», núm. 27, 1990, págs. 8 y 9; J. FOLGUERA: *Algunas notas sobre el Reglamento de Control de concentraciones*, «Gaceta Jurídica de la CEE», B-51, marzo 1990, pág. 6).

(26) La redacción de las sucesivas propuestas de la Comisión pueden encontrarse en los siguientes números del Diario Oficial: C 92/1 de 1973, C 36/3 de 1982, C 51/8 de 1984, C 324/5 de 1986, C130/4 de 1988 y C 22/14 de 1989.

(27) «DOCE», núm. L 395, de 30-12-89. Texto rectificado en núm. L 257, de 21-9-90.

(28) «DOCE», núm. L 219, de 14-8-90.

(29) «DOCE», núm. C 203, de 14-8-90.

(30) En el mismo «DOCE», núm. C 203, de 14-8-90.

(31) «DOCE», núm. C 43, de 16-2-93.

10. Esta normativa es la culminación de la evolución de las ideas sobre la relación entre Derecho de la competencia y concentración empresarial (32).

El primero de los tratados constitutivos previó ya estas situaciones. En efecto, el artículo 66 CECA sometió a la autorización de la Alta Autoridad todo proyecto de fusión total o parcial de las empresas de los sectores hullaero y siderúrgico. Por el contrario, el Tratado CEE omitió toda referencia expresa a este tipo de operaciones. Es por ello que durante varias décadas se ha debatido la aplicación de las cláusulas generales de disciplina de la competencia contenidas en sus artículos 85 y 86.

La cuestión no resulta fácil, dada la propia definición de estas cláusulas: prohibición de los convenios colusorios, la primera, y prohibición del abuso de la posición dominante en el mercado, la segunda. Ninguna de las dos categorías, como ha señalado la doctrina, es plena y cabalmente aplicable a los actos de concentración que, por su propia función, son lógicamente antecedentes de los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas obstaculizadoras de la libre competencia —artículo 85 CEE— y del abuso de la posición dominante —artículo 86 CEE— que sólo puede ser consecuencia de la adquisición de la misma, adquisición que en la letra del precepto es, cuanto menos, un acto no tipificado (33).

Ello no obstante, la Comisión encargó a un grupo de expertos el estudio del problema con el resultado de la publicación de un importante documento. En efecto, en 1966 vio la luz el Memorándum sobre «El problema de la concentración en el Mercado Común» (34), cuyo objeto principal era el examen de la aplicación de los artículos 85 y 86 a las concentraciones. En cuanto al primero, la Comisión reconoce la dificultad de extender su régimen a los «acuerdos que tengan por objeto la adquisición de la propiedad de empresas o de partes de empresas o la reorganización de la propiedad de las empresas (fusión, participación, adquisición de elementos de activo)» (35). A pesar de esta afirmación de principio, la Comisión considera que deben vigilarse cuidadosamente aquellas concentraciones en que

(32) Ch. BELLAMY: *Derecho de la competencia en el Mercado Común*, Madrid, 1992, págs. 558 a 570.

(33) Entre las posturas más críticas, véase, por ejemplo, la de M. DARANAS: *La jurisprudencia de la Comunidad Europea ante las concentraciones de empresas*, en «La Ley», 28-2-89, págs. 1 a 15: «Faltan, concretamente, la habitualidad en cualquier caso y la intención o el efecto directo e íntimamente restrictivo en la mayoría de los casos. No hay, en efecto, habitualidad —y no hay, por ende, práctica comercial *stricto sensu*— por cuanto se trata de un acto único, si la iniciativa es sólo de una de las firmas en presencia (caso, por ejemplo, de una "OPA" hostil o de adquisición por sorpresa de todo o parte del capital de una firma por otra en Bolsa), o a lo sumo de unos cuantos actos simultáneos y concertados, pero con un objeto en realidad único, cuando la iniciativa emana de todas las firmas interesadas. No hay tampoco necesariamente intención o efecto restrictivo de la competencia, por cuanto la decisión (y, en su caso, la pluralidad de decisiones concertadas o concurrentes) no tiene por objeto directo la política comercial de las firmas, sino únicamente su estructura, es decir la propiedad de su capital o de sus activos o la dirección efectiva del negocio» (págs. 2 y 3).

(34) Citado en la nota 22 anterior.

(35) Apartado 14 del Memorándum.

subsistan «empresas económicamente autónomas» (por ejemplo, en el caso de creación de empresas comunes, ya que existe la posibilidad de que al pacto concentrativo, puramente modificativo de la propiedad, sigan acuerdos o prácticas concertadas). El riesgo en estos supuestos es, por tanto, que «el acuerdo no provoque una modificación irreversible de la propiedad, sino solamente una coordinación del comportamiento en el mercado de empresas que continúan siendo económicamente independientes» (36). Por todo ello, y aun admitiendo que «es difícil decir en abstracto dónde está la línea divisoria entre un cártel y una concentración» (37), la Comisión apreció la dificultad de una aplicación *prima facie* del artículo 85 CEE a los contratos de concentración.

En relación con la segunda de las cláusulas generales de defensa de la competencia, la Comisión estimó que la mera concentración —esto es, sin necesidad de ulterior pacto o conducta colusoria— podía constituir un abuso de posición dominante. El criterio para apreciar la concurrencia del ilícito concurrencial del artículo 86 es aparentemente sencillo: en cuanto, gracias a la concentración, más se aproxime el mercado a una estructura monopolística, más evidente será la explotación abusiva de la posición obtenida (38).

11. Por su parte, el Tribunal de Justicia confirmó el criterio de la Comisión con respecto al artículo 86 en una conocida sentencia de 1973, el asunto *Continental Can* (39). En efecto, el Tribunal declaró que «es susceptible de constituir abuso el hecho de que una empresa en posición de dominio refuerce esta posición hasta el punto de que el grado de dominio así alcanzado coarte sustancialmente la competencia, es decir, no deje subsistir más que empresas dependientes». Como ha señalado la doctrina, lo más sobresaliente de *Continental Can* es la apertura por parte de la jurisprudencia de la vía para que la Comisión pudiera aplicar a los contratos de concentración las normas sobre Derecho de la competencia. Por decirlo de forma aún más simple, *Continental Can* constituyó un apoderamiento en favor de la Administración de la Comunidad para fiscalizar los contratos de concentración interempresarial, potestad cuya existencia en la letra y el espíritu de los Tratados parecía más que dudosa.

Una confirmación de lo anterior se encuentra en otra sentencia que constituye, como la reseñada, un hito en la evolución del Derecho Comunitario. Se trata del asunto *Philips Morris*, de 1987 (40). En esta sentencia, el Tribunal de Justicia afirma que un pacto concentrativo —en el supuesto de

(36) Apartado 18 del Memorándum.

(37) Apartado 51 del Memorándum.

(38) Apartados 26 y 27 del Memorándum. En contra de la aplicación del artículo 86 se manifiesta M. DARANAS, *op. cit.*: «Un acto singular de transferencia de capital o de poder de gestión no puede equipararse conceptualmente a una práctica mercantil, es decir, a una serie de actos de comercio entre el productor o distribuidor y sus clientes» (pág. 3).

(39) Asunto 6/72, *Europemballage y Continental Can c. Comisión* [1973], Rep. 215, 246.

(40) Asuntos acumulados 142 y 156/84, *British American Tobacco Company Ltd. y R. J. Reynolds Industries, Inc. c. Comisión de las Comunidades Europeas* (1987), Rep. 4487.

hecho, una adquisición de acciones de una empresa competidora— puede constituir un medio idóneo para influir en el comportamiento de los competidores en el mercado. Ello será especialmente cierto cuando la empresa adquirente se hace con el control, de hecho o de derecho, de dicho comportamiento, o cuando ambas empresas acuerden cooperar comercialmente, o cuando ese acuerdo cree unas estructuras capaces de promover esa cooperación. En otras palabras, también el artículo 85 TCEE puede ser una vía para que la Comunidad prohíba contratos de concentración interempresarial.

12. Esta apertura del Derecho Comunitario de la competencia hacia el fenómeno de las concentraciones se realizó, por tanto, no sin dificultades, habida cuenta de lo casuístico y experimental del proceso. Es más, resulta evidente que la aplicación de los artículos 85 y 86 ha sido resultado más de la necesidad de controlar un tipo de operaciones para las que no había previsto un mecanismo específico en el Tratado que de una prudente interpretación del mismo. Las múltiples decisiones de la Comisión —antes y después de *Continental Can* y *Philips Morris*— no han sido capaces de hacer emerger un pacto anticompetitivo sino como consecuencia, objetivo o resultado de contratos concentrativos en principio inocuos desde la perspectiva de la libre competencia. Sólo forzando el concepto de «actitud colusoria» o el de «abuso de una posición dominante» han podido considerarse subsumidos en ellos actos aislados de toma de participación o de adquisición de un negocio completo. Aun así, hay pactos concentrativos, como por ejemplo en los casos de fusión o absorción, que sistemáticamente han escapado al esfuerzo por someterlos a la disciplina del artículo 85.

Por todo ello no es de extrañar que finalmente se haya encauzado este poder de intervenir en el mercado por parte de la Comisión a través de un instrumento específico, el ya referido Reglamento 4064/89.

El acuerdo sobre un texto en la materia tuvo que salvar el obstáculo del distinto grado de desarrollo industrial entre los Estados miembros, y de la consecuente disparidad en el grado de concentración de sus empresas. Además, no cabe olvidar que mientras los países que ya contaban con su propio sistema de control desconfiaban de la futura gestión comunitaria en este campo, otros países, sin sistema de control de concentraciones, acogieron la propuesta con la esperanza de conseguir economías en sus burocracias nacionales, y de evitarse problemas con sus propios agentes económicos, sobre todo allí donde la presencia de empresas dominantes es más evidente (41).

El objetivo del texto fue, por tanto, el de proporcionar una regulación

(41) Piénsese en los problemas que Italia se ahorraba frente a Fiat, Ferruzzi o Berlusconi, o los Países Bajos frente a Philips o Unilever. Los países con un sistema de control antitrust consolidado eran la República Federal, con su *Bundeskartellamt*; el Reino Unido, con la *Mergers and Monopolies Commission*, y Francia, a través del *Conseil de la Concurrence*. Sobre estas cuestiones, véase A. WINCKLER y S. GERONDEAU, *Étude critique du Règlement CEE sur le contrôle des concentrations d'entreprises*, en «Revue du Marché Commun», núm. 339, agosto-septiembre 1990, págs. 541 y 542.

que permitiera superar la fase de la aplicación de los artículos 85 y 86 (42), en un marco que proporcionara la previsibilidad y seguridad jurídica que los operadores económicos reclamaban a la vista del desarrollo de la potestad de la Administración comunitaria para influir sobre estos contratos, tras de los cuales se encuentran algunas de las maniobras estratégicas más trascendentes de ubicación en el mercado único.

B) Pactos de concentración y ámbito del Reglamento

13. Una consideración general sobre los fenómenos de concentración debe partir de una visión de conjunto que tenga en cuenta, al menos, los siguientes extremos:

- a) su naturaleza jurídica —pactos de concentración en sentido estricto y pactos accesorios al pacto concentrativo; dentro de los primeros, el Reglamento (43) distingue entre fusiones y tomas de control; por lo que respecta a los segundos, la Comunicación (90/C 203/05) enumera con carácter no exhaustivo las cláusulas inhibitorias de la competencia, las licencias de derechos de propiedad industrial y comercial y de *know-how* y los acuerdos de compra y suministro—;
- b) su consecuencia (intencionada o no) sobre la estructura o el comportamiento de las empresas en el mercado (pactos concentrativos en sentido propio y pactos de mera coordinación del comportamiento competitivo);
- c) su magnitud: concentraciones de dimensión comunitaria y de dimensión infracomunitaria (según los umbrales de cifra de volumen de negocios establecidos en el RCC).

14. Por lo que se refiere a la primera categoría, el artículo 3.1 RCC considera concentración tanto la fusión de dos o más empresas anteriormente independientes —3.1.a)— como la toma de control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas por una o más personas que ya controlen al menos una empresa o por una o más empresas —3.1.b)—.

La noción de control aparece especificada en el apartado 3 del mismo artículo 3 RCC como «posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa», con independencia del volumen de la toma de participación.

El control puede ser monocefálico cuando es detentado por una sola empresa o una sola persona. Este género comprende las siguientes espe-

(42) La Comisión no ha negado la insatisfacción que le producía el recurso a estos preceptos. Así, por ejemplo, en el XIX Informe sobre la Política de la Competencia (Bruselas, 1990), al presentar el nuevo Reglamento de Concentraciones, el Ejecutivo comunitario reconoce «la inadecuación de las reglas de competencia existentes para tratar a nivel comunitario el fenómeno de la concentración en su conjunto», y cómo «la necesidad de este Reglamento está reconocida desde 1973 tras la Sentencia *Continental Can*».

(43) En adelante, RCC.

cies: *a)* adquisición pura y simple del conjunto de las acciones de una empresa; *b)* 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 aquélla y éste, y *c)* adquisición de una rama subsistiendo vínculos con el grupo de origen, bien a través del mantenimiento de una participación minoritaria, bien a través de nexos contractuales de duración limitada (por ejemplo, de prestación de servicios semejantes a los que la antigua filial recibía de su matriz originaria).

El control puede ser pluricéfalo cuando la influencia determinante se ejerce conjuntamente por dos o más empresas. En este supuesto cabe aún distinguir entre: *a)* control igualitario, como en la hipótesis clásica de participaciones idénticas de las empresas matrices en la empresa filial común, o en los casos de «participaciones cruzadas», y *b)* control no igualitario, como cuando una empresa obtiene un poder preponderante que no llega a ser único, bien porque ostenta una participación mayoritaria, bien porque goza de primacía en los órganos de decisión de la empresa controlada (44).

Cada una de estas modalidades presenta problemas específicos para el Derecho de la competencia. La figura más compleja a este respecto, la que más dudas suscita a la hora de aplicar las normas antitrust, es la de la empresa en participación, empresa común o *joint-venture*, a la que nos referiremos en detalle más adelante, en el apartado 18.

En todos los casos, el control puede obtenerse por cualquier medio de hecho o de derecho, limitándose el RCC a citar, sin carácter exhaustivo, los siguientes procedimientos: adquisición de derechos de propiedad o de uso, o de cualquier derecho que permita influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa (art. 3.3).

El RCC prevé tres excepciones al régimen general, es decir, tres modalidades de control que no se consideran operaciones de concentración: *a)* el control de un intermediario financiero motivado por su actividad propia; *b)* el control por una persona que tiene un mandato conferido por una autoridad pública para velar por una empresa en crisis (liquidador, comisario de una quiebra, etc.), y *c)* el control por parte de determinadas sociedades de participación financiera. En todos los casos se trata de una toma de control episódica, sin trascendencia para el comportamiento competitivo de la empresa sujeta al control, lo que el RCC asegura añadiendo las oportunas cautelas en el artículo 3.4.

15. En cuanto a los pactos accesorios al principal de concentración con efectos restrictivos de la competencia, el RCC en el considerando vigésimo-quinto de su exposición de motivos y en el artículo 8.2 admite la sujeción de aquéllos al régimen del control de las concentraciones cuando reú-

(44) Cfr., con abundancia de ejemplos para cada categoría, F. C. JANTET: *Concentrations*, op. cit., págs. 7 y 8. Igualmente M. MIRAGUSA y R. SUBIOTTO: *Le contrôle des opérations de concentration entre entreprises au niveau européen: une première analyse pratique*, «RTD» eur. 82 (1) janr.-mars 1992, págs. 55 a 59.

nen determinados requisitos: vinculación directa con la estipulación principal y ser condición necesaria para el buen fin de aquélla.

La Comisión ha dado a conocer el criterio que va a aplicar en la apreciación de estas circunstancias a través de una «Comunicación», a la que ya hemos hecho mención con anterioridad (45). De acuerdo con la interpretación del RCC que en este punto efectúa la Comisión, estas restricciones deben ser: 1.º accesorias, es decir, subordinadas, no totalmente diferentes en su sustancia de las de la misma concentración, pero tampoco identificables con ella; 2.º directamente vinculadas, excluyéndose, por tanto, las que acordándose simultáneamente a la concentración no guarden un vínculo directo con ella, y 3.º necesarias, de modo que de no existir, la operación o no podría realizarse o tendría que llevarse a cabo en unas circunstancias que comprometerían gravemente su resultado. La Comisión está, por tanto, dispuesta a examinar en un mismo procedimiento, y aplicando un mismo marco jurídico, las restricciones que cumplan estas condiciones. Las que no las reúnan serán separadas del procedimiento de control del pacto principal de concentración, y examinadas conforme a las normas generales en materia de competencia (46).

16. El objeto o efecto de las operaciones de concentración permite dividir a éstas entre concentraciones en sentido propio y concentraciones de coordinación. La distinción es de gran importancia, ya que el artículo 3.2 RCC excluye a las últimas de su ámbito de aplicación. La distinción es, además, extraordinariamente difícil, por lo que no debe extrañar que haya sido objeto de una extensa reflexión doctrinal que ha terminado por convertir al binomio «empresas en participación concentrativas-empresas en participación cooperativas» en el tema estrella de los comentarios al RCC.

Ya con anterioridad al RCC la Comisión había desarrollado una práctica en relación con la calificación de estas operaciones, exigiendo los siguientes requisitos para apreciar la presencia de una concentración: 1.º transferencia por parte de las empresas matrices de una rama de actividad completa en favor de la empresa en participación; 2.º retirada completa e irreversible de todas las empresas matrices del mercado de la empresa participada, de modo que dejen de ser competidoras de esta última; 3.º autonomía comercial de la filial, y 4.º ausencia de coordinación entre las matrices, y de cualquiera de éstas con la filial (47).

(45) *Comunicación de la Comisión sobre las restricciones accesorias en operaciones de concentración* (90/C 203/05), en el «DOCE», núm. C 203, de 14-8-90.

(46) La Comunicación detalla el criterio de la Comisión en relación con las restricciones accesorias más comunes, y las condiciones en que su control es acumulable al del pacto principal con un detalle al que no podemos descender en este trabajo (véanse los apartados III, IV y V de la «Comunicación»).

(47) RITTER y OVERBURY, *An attempt at a practical approach to joint ventures under the EEC rules for competition*, «Common Market Law Rev.», núm. 14, 1977, págs. 607 y 608; J. MAILLO: *La noción de filial común en el Derecho comunitario de la competencia a la luz del Reglamento sobre control de las operaciones de concentración*, «RIE», vol. 19, núm. 2, 1992, págs. 565 a 594; I. VAN BAEL y J.-F. BELLIS: *Droit de la concurrence de la Communauté Économique Européenne*, Bruxelles, 1991, págs. 389 a 392.

El artículo 3.2, 2.º párrafo, RCC es trasunto de esta práctica, ya que exige que la «empresa común desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no implique coordinación del comportamiento competitivo de las empresas fundadoras entre sí ni entre éstas y la empresa común», para que su constitución pueda ser considerada una operación de concentración.

En la «Comunicación de la Comisión sobre las operaciones de concentración y de cooperación (...)» se aclaran los conceptos de «empresa en común» —«empresa controlada en común por otras empresas» (48)— y de «control en común» —«existe cuando es necesario el acuerdo de las empresas matrices en las decisiones relativas a las actividades de la empresa en común, bien en virtud de los derechos adquiridos en la empresa en participación o porque así se establece en contratos o en otros documentos constitutivos del control común» (49)—.

17. Pero lo que de verdad importa en esta «Comunicación» es la interpretación que la Comisión hace de los requisitos para que una empresa común suponga una concentración. El primero es un requisito positivo: la empresa en participación ha de desempeñar de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma. Pues bien, según la Comisión, para cumplir este requisito la filial ha de actuar en el mercado como proveedor o comprador independiente, sin actuar como mera auxiliar de su matriz (50). En segundo lugar, la filial debe nacer dotada de los recursos humanos y materiales que permitan garantizar, por su naturaleza y cantidad, la existencia e independencia de la empresa a largo plazo (51). En tercer lugar, la filial debe ser capaz de determinar su actuación competitiva de forma autónoma; si depende de medios que permanecen en la organización de las matrices, será difícil argumentar su autonomía (52). En último lugar, la independencia económica de la filial no se contradice con el derecho de las empresas matrices a la adopción de ciertas decisiones importantes para el desarrollo de aquélla (modificación del objeto social, ampliación o reducción del capital social, aplicación de beneficios...). Lo esencial es que no puedan decidir sobre su política comercial (53).

El segundo es un requisito negativo: falta de coordinación de la actuación competitiva. Para apreciar el cumplimiento de este requisito, la Comisión retorna al criterio de la retirada total y definitiva del mercado de la empresa participada por parte de todas las empresas matrices, que además se abstienen de operar en mercados relacionados con aquel del que se retiran (54). Algunos autores (55) han criticado la aparente contradicción en-

(48) Apartado 7.

(49) Apartado 11.

(50) Apartado 16.

(51) Apartado 17.

(52) Apartado 18.

(53) Apartado 19.

(54) Apartados 20 a 30 y 33.

(55) Por ejemplo, W. SIBREE: *EEC Merger Control and Joint Ventures*, «European Law Review», vol 17, núm. 12, abril 1992, págs. 100 a 102.

tre esta afirmación de principio y una práctica aplicativa que ha obviado la exigencia de este requisito: en algunas decisiones la Comisión ha considerado concentraciones operaciones en que la *joint-venture* actúa en un mercado en el que permanece alguna de las empresas matrices, o en un mercado próximo a aquel en el que operan las empresas matrices, o en un mercado del que ninguna de la empresas matrices se ha retirado —si bien la competencia entre todas ellas, a pesar de tratarse de un mismo mercado geográfico, es insignificante—. Conviene, por tanto, retener que el criterio de la retirada del mercado no es sino una presunción *iuris tantum* de no coordinación, y que los ejemplos citados no son, en el fondo, sino pruebas en contrario resultantes de casos particulares que no desvirtúan la generalidad del principio.

No parece ajustado, en consecuencia, acusar al RCC de arrojar incertidumbre sobre esta cuestión al sustituir el criterio de la retirada del mercado por el de la ausencia de coordinación, introduciendo de este modo la duda sobre la eventual ampliación del campo de las *joint-ventures* concentrativas (56), por cuanto ausencia de coordinación sigue interpretándose por la Comisión, según la «Comunicación», como retirada del mercado por parte de las matrices, si bien con el carácter y matizaciones que se han señalado.

18. El problema es, por tanto, de grado, de apreciación de la calidad del acuerdo de creación de empresa común. Como señala EHLERMANN, entre la filial común exclusivamente dedicada a la distribución de la producción de las matrices y la fusión completa de hecho se produce una variada fenomenología que da origen a una colección de decisiones verdaderamente casuística. Teniendo en cuenta esas decisiones, y la propia «Comunicación» de la Comisión, este autor propone los siguientes criterios orientativos. En primer lugar, las empresas en participación que sólo desarrollan funciones auxiliares de las matrices son claramente cooperativas —lo que se deduce fácilmente tanto del tenor literal del artículo 3.2, como del propio concepto de concentración en cuanto *alteración de la estructura del mercado*—. En segundo lugar, y por cuanto respecta al resto de empresas comunes, cabe distinguir entre: *a)* el caso en que las empresas matrices permanecen en el mercado sin competir entre sí o con la filial, o bien se retiran del mercado como consecuencia de la constitución de la nueva entidad: debe presumirse la naturaleza concentrativa de la operación; *b)* el caso en que las empresas matrices permanecen en el mercado de la filial y continúan en situación de competencia: debe presumirse la cooperación, y *c)* una empresa matriz se retira del mercado de la filial, en el que competía: debe presumirse la existencia de la concentración (57).

(56) Como hacen, p. e., W. WINCKLER y S. GERONDEAU: *op. cit.*, pág. 546.

Téngase en cuenta que una buena parte de la complicación descrita hasta ahora tiene su origen en la variadísima morfología que presentan las *joint-ventures*; véase un catálogo en J. O. VON KALINOWSKI (General Editor), B. VAN DE WALLE DE GHELCKE y G. VAN GERVEN: *Competition Law of the European Community*, Nueva York, 1992, capítulo 7.

(57) C.-D. EHLERMANN: *Neuere Entwicklungen im europäischen Wettbewerbsrecht*, «Europarecht», 1991, Heft 4, Oktober-Dezember, págs. 310 a 312.

La cuestión, como adelantábamos, dista mucho de ser diáfana, ya que, en definitiva, es muy difícil trazar la frontera entre la «filial que tiene por objeto coordinar comportamientos» —sujeta a las normas generales, y al artículo 85 CEE en particular— y la «adquisición de una influencia determinante común sobre una empresa autónoma» —sujeta a la legislación especial de concentraciones— (58).

19. El último de los criterios para determinar la aplicación del RCC es el de la importancia económica de la operación de concentración.

Sólo las operaciones de dimensión comunitaria están sujetas a la legislación comunitaria (artículo 1.1 RCC). Esa dimensión procede de la concurrencia de dos requisitos: *a)* un volumen de negocios total, a nivel mundial, del conjunto de las empresas afectadas, superior a 5.000 millones de ecus —aproximadamente, 700.000 millones de pesetas—, y *b)* un volumen de negocios total realizado individualmente, en la Comunidad, por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración superior a 250 millones de ecus —aproximadamente, 3.500 millones de pesetas—. Sin embargo, una operación entre empresas que reúnan estos requisitos de facturación puede tener naturaleza infracomunitaria si éstas tienen su negocio concentrado en un solo Estado miembro, lo que se considera que ocurre cuando cada una de ellas realiza más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Comunidad, en un mismo Estado miembro (artículo 1.2 RCC).

Estos umbrales hacen que, en una primera fase de aplicación del RCC, sólo las grandes operaciones, las «megaconcentraciones», estén sujetas al Derecho Comunitario, lo que por otra parte fue una de las imposiciones del Consejo para dar luz verde al RCC. El apartado 3 de ese artículo 1 prevé la revisión de las cuantías antes de que finalice el cuarto año a partir de la adopción del RCC, es decir, antes del 21 de diciembre de este año. La Comisión manifestó inmediatamente después de su aprobación su intención de proponer una rebaja sustancial de las cuantías: «(L)a intención declarada de la Comisión es que los umbrales se revisen a la baja: el objetivo es rebajar el umbral global a 2.000 millones de ecus y reducir el umbral comunitario en una proporción similar» (59).

Si se cumpliera la previsión legal en el sentido propiciado, en un primer momento, el de la aprobación del RCC, por la Comisión, sin duda se produciría un sustancial incremento de los poderes de la Comunidad en el control de operaciones tan importantes para la vida económica europea. De momento, la oposición de Alemania, Francia y Reino Unido ha aconsejado que la Comisión renuncie, según ha hecho público en el verano de 1993, a la modificación de los umbrales, lo cual no deja de tener relación con los aires descentralizadores que ha desatado el proceso de ratificación del Tratado de la Unión.

(58) W. WINCKLER y S. GERONDEAU: *op. cit.*, pág. 546.

(59) XIX Informe sobre la Política de la Competencia, Bruselas, 1990.

C) *Excepciones a la regla general delimitadora del ámbito de competencia*

20. Según lo hasta ahora expuesto, el propósito declarado de la nueva regulación consiste en someter al control de la Comisión las concentraciones de gran volumen, dejando las de menor entidad en manos de las autoridades nacionales. Por expresarlo con mayor precisión, la regla general prescribe que la Comisión no interviene este tipo de contratos sino sobre la base del RCC, y únicamente por encima del umbral comunitario. Por el contrario, los Estados miembros no actúan sino en aplicación de su legislación antitrust nacional, y únicamente por debajo del umbral referido.

Esta regla general delimitadora del ámbito competencial tiene importantes excepciones, ya que es posible que:

- a) la Comisión actúe al margen del RCC;
- b) la Comisión actúe por debajo del umbral comunitario;
- c) los Estados actúen sobre la base de normas comunitarias, y que
- d) los Estados actúen por encima del umbral comunitario.

Examinemos cada hipótesis por separado.

21. Por lo que se refiere, en primer lugar, a la aplicación a las concentraciones de los artículos 85 y 86 CEE por parte de la Comisión, conviene recordar que éstas son normas del derecho originario y que, en consecuencia, su vigencia no puede quedar afectada por una norma de rango inferior, como es el RCC. Por tanto, si los artículos 85 y 86 CEE eran aplicables a los fenómenos concentrativos, en las condiciones descritas en el apartado 12, su aplicación no se ve entorpecida por el legislador comunitario, por mucho que la intención de éste sea la de crear una nueva planta para las concentraciones.

El problema, además de la discutida adecuación de las normas al supuesto de hecho, que se ha referido más arriba, radica en los medios de los que dispone la autoridad comunitaria para aplicar esos preceptos, toda vez que el artículo 22.2 RCC expresamente excluye la vigencia de las normas de desarrollo de los artículos 85 y 86 CEE para los supuestos de control de concentraciones: «los Reglamentos núms. 17, 1017/86, 4056/86 y 3975/87 no serán de aplicación a las concentraciones».

El Tratado CEE contiene una disposición para hacer efectivos los artículos 85 y 86 en tanto no se produzca el desarrollo de dichos preceptos previstos en el artículo 87. Se trata del artículo 89, que vendría ahora a recobrar efectividad en virtud de la derogación singular del 22.2 RCC. Sobre esta base, algunos autores consideran que, aunque los artículos 85 y 86 CEE no son el medio ideal para resolver la cuestión del control de las concentraciones, nada obsta a su utilización, toda vez que cabe el recurso al procedimiento del artículo 89 CEE (60).

(60) E. MOAVERO: *op. cit.*, págs. 405 a 407.

Para otros, la total inadecuación de esta vía procesal al control de las concentraciones hace que la Comisión sea impotente para efectuar tal control, por lo que excluyen la aplicación futura de los artículos 85 y 86 a las concentraciones (61).

Realmente resulta difícil imaginarse una situación en la que una administración que ha desarrollado medios de indagación tan sofisticados como los que se aplican en el contexto de los artículos 85 y 86 CEE, pueda renunciar a ellos y recurrir a las cuatro reglas del artículo 89, sobre todo cuando la alternativa son el artículo 13 RCC y las normas de desarrollo del RCC, citadas en el apartado 10. En otras palabras, aunque el artículo 89 no es formalmente una norma de derecho transitorio, sí lo es materialmente, porque es impensable un retorno a la situación anterior a los primeros estadios de desarrollo de una rama tan compleja del Derecho Comunitario como es la disciplina de la competencia.

Este es el estado actual de la cuestión en cuanto se refiere a la aplicabilidad de los artículos 85 y 86 del Tratado a las concentraciones de empresas. Su naturaleza de preceptos del Derecho originario proyecta efectos sobre el Derecho derivado, provocando consecuencias no siempre deseables. La doctrina ha insistido sobre los riesgos de una utilización extensiva de los preceptos del Tratado en este campo, habiendo sido éste uno de los argumentos con los que la Comisión presionó al Consejo para conseguir la aprobación de una norma *ad hoc*.

Entre estos riesgos se cuenta, en primer lugar, la imprevisibilidad de sus efectos, en especial por lo que se refiere al artículo 86, que conduce a un «todo o nada» que en poco beneficia al tráfico económico. Por otra parte, los procedimientos existentes en el Derecho general de la competencia producen dilaciones que una decisión concentrativa no puede tolerar. Además, a esto hay que sumar la inconveniencia de que el control sea *a posteriori* y la superposición, sin coordinación, de un segundo nivel de control a los controles nacionales (62).

Por todas estas razones se promulga una normativa específica, que comienza reconociendo, en su considerando sexto, que los artículos 85 y 86 no son suficientes para controlar todas la operaciones de concentración. Es por ello, también, que a pesar de ser aplicables los preceptos del Tratado deben ser utilizados con extraordinaria prudencia, es decir, con extraordinaria parquedad. Por contra, someter una operación al RCC trae ventajas indiscutibles: una decisión rápida, una prueba de compatibilidad con el mercado común más fácil de obtener, y, con las excepciones que se dirán inmediatamente, un procedimiento en única instancia, una vez aclarada la cuestión de la jurisdicción competente (63). Todo ello, precisamente, porque el RCC proporciona las normas más adecuadas al supuesto de hecho.

(61) C. JONES y F. E. GONZÁLEZ-DÍAZ: *The EEC Merger Regulation*, London, 1992, pág. 85.

(62) A. WINCKLER y S. GERONDEAU: *op. cit.*, pág. 543.

(63) W. SIBREE: *op. cit.*, pág. 92.

En consecuencia, no parece previsible una aplicación por la autoridad comunitaria de los artículos 85 y 86 a las concentraciones en sentido estricto. Más probable es su aplicación a los pactos concentrativos espúreos: pactos accesorios al de concentración que no sean necesarios o estén directamente vinculados; pactos no accesorios contenidos en el contrato de concentración; concentraciones cooperativas (64).

22. El segundo supuesto a examinar es el de la intervención por parte de la Comisión de los contratos relativos a concentraciones por debajo del umbral comunitario, aplicando en todo lo demás el RCC.

Esta posibilidad está expresamente contemplada en el considerando vigésimo-noveno y en el artículo 22.3, ambos del RCC, y recibe el nombre de «cláusula neerlandesa», por la representación que propuso su inclusión.

La intervención se realiza a petición de un Estado miembro en el que se produce una operación que, sin llegar al umbral comunitario, afecta al comercio entre Estados miembros como consecuencia de la obstaculización significativa de la competencia en el territorio del Estado miembro en cuestión.

Este mecanismo permite que concentraciones que tienen efectos comunitarios —pero no dimensión comunitaria— puedan ser objeto de control por parte de la Comisión. El umbral que limita la dimensión comunitaria es el resultado de un acuerdo político de limitación de los poderes de la Comunidad, pero los efectos son independientes de la voluntad del legislador. Ambos conceptos no tienen por qué coincidir en todos los casos. Además, permite —y ésta fue la razón de su inclusión— que operaciones sujetas al ordenamiento jurídico de países sin legislación de control de concentración puedan ser sometidas a fiscalización.

El artículo 22.3 RCC amplía, por tanto, el ámbito del control comunitario de las concentraciones, cuando menos hasta que la modificación a la baja de los umbrales termine por hacerlo innecesario, como prevé el apartado 6 del mismo precepto.

Quizá el problema más significativo de cuantos plantea sea el de la posible concurrencia de dos decisiones, una nacional y otra comunitaria, en relación con el mismo pacto concentrativo, sobre todo si ambas son discordantes. Esta posibilidad está abierta toda vez que el sistema de normas de conflicto de los ordenamientos de los Estados miembros permite que una misma operación esté sujeta al control de dos o más autoridades nacionales, pudiendo darse el caso de que una de esas autoridades disponga de legislación anti-trust y otra no, siendo esta última la que enerve la aplicación de la «cláusula holandesa». Esta situación podría haberse evitado atribuyendo una competencia exclusiva en favor de la Comisión una vez iniciado el procedimiento del artículo 22.3 RCC, pero una solución semejante ni hubiera sido aceptable para los países que disponen de un sistema de defensa frente a las concentraciones anticompetitivas, ni en todo caso

(64) En los tres casos, sin que tenga efecto la derogación singular del 22.2 RCC; es decir, con aplicación del Reglamento 17 y complementarios.

aportaría salida a los procedimientos nacionales concluidos con anterioridad. En realidad, el problema no existe sino en teoría, ya que la concurrencia de decisiones, de producirse, es sólo aparente, puesto que una y otra pretenden resolver las obstrucciones a la competencia en mercados nacionales distintos (65).

23. Mayor complejidad reviste el siguiente supuesto: el de la autoridad nacional que actúa aplicando normas comunitarias a las concentraciones. En orden a la claridad conviene separar los supuestos de aplicación del RCC (apartado 24), de los artículos 85 y 86 CEE por las autoridades administrativas (apartado 25), y de estos mismos preceptos del Tratado por los jueces nacionales (apartado 26).

La primera de las hipótesis es la más remota y puede parecer sorprendente a la vista de la rotundidad con que el artículo 21.1 atribuye la competencia en favor de la Comisión (66). En efecto, la Comisión, como guardiana de los tratados (67) y responsable de la aplicación de la política de la competencia (68), es la autoridad a la que corresponde decidir si una concentración es, conforme al RCC, compatible o no con el mercado común. Pero esto no significa que el monopolio de aplicación del artículo 8 se extienda a todo el RCC.

Así, aunque a los órganos nacionales no les está permitido pronunciarse directamente frente a una concentración sobre la base del RCC, algunos autores entienden posible un recurso, de manera indirecta, a las normas comunitarias por los tribunales de los Estados miembros, como, por ejemplo, en las acciones de resarcimiento de daños consecuencia de la declaración de incompatibilidad de una concentración, o en las excepciones de cumplimiento imposible del contrato declarado incompatible, o en la petición de recurso prejudicial para aclarar la delimitación del ámbito de normas nacionales concurrentes con el RCC (69).

24. Más importante es la discutible aplicación de los artículos 85 y 86 CEE por parte de las autoridades nacionales antitrust.

En general, la legitimación de las autoridades nacionales para aplicar las normas del derecho comunitario de la competencia proviene del artículo 88 CEE, que les permite actuar «hasta la entrada en vigor de las disposi-

(65) C. JONES y E. GONZÁLEZ-DÍAZ: *op. cit.*, pág. 47.

(66) Atribución que tiene sus excepciones, como prevé el artículo 21.3 RCC (vid. *infra*, apartado 28).

(67) Artículo 155 CEE y correspondientes CECA y CEEA.

(68) Artículos 89, 90.3, 91, 93, etc. CEE. Artículo 9.1 del Reglamento 17 por remisión del artículo 87.2.d) CEE, etc. La propia Comisión ha defendido siempre con vehemencia esta atribución. Véase, por ejemplo, la rotundidad con que se pronuncia el párrafo 4 de la «Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE» (93/C 39/05): «La Comisión es la autoridad administrativa responsable de la aplicación y orientación de la política de la competencia de la Comunidad y para ello debe actuar conforme al interés público. Los órganos jurisdiccionales nacionales, por el contrario, tienen por misión proteger los derechos subjetivos de los particulares en sus relaciones mutuas.»

(69) E. MOAVERO: *op. cit.*, pág. 399.

ciones adoptadas en aplicación del artículo 87». Con discutible corrección técnica, aunque con evidente sentido común, el artículo 9.3 del Reglamento 17 efectúa una especie de prórroga de la competencia, ya que consiente la actuación de la administración nacional: «mientras la Comisión no inicie procedimiento alguno (...) las autoridades de los Estados miembros seguirán siendo competentes para aplicar las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86 conforme al artículo 88 del Tratado (...)». Como quiera que para las concentraciones no rige este artículo 9.3 del Reglamento 17, puede cuestionarse la existencia de la potestad de aplicar los artículos 85 y 86 por las autoridades administrativas —ya que la eficacia o aplicabilidad directa de ambas normas sólo tiene relevancia para las potestades de los órganos jurisdiccionales nacionales, y no para los administrativos, como tiene establecido el TJCE—. Lo anterior se refuerza por el hecho de que el RCC no sólo no contiene una norma semejante al 9.3 del Reglamento 17, sino que, como ya se ha explicado, proclama una competencia exclusiva de la Comisión en la materia. Si el RCC juega para las concentraciones el mismo papel que el Reglamento 17 para el resto del Derecho de la competencia, entonces el legislador comunitario ha aplicado estrictamente la previsión del artículo 88 CEE, y con la promulgación de la norma de desarrollo del artículo 87 ha cerrado el temporal apoderamiento a los Estados para actuar sobre la base de los artículos 85 y 86 en cuanto se refiere específicamente a las concentraciones de empresas.

Obsérvese, no obstante, que lo que el artículo 22.3 RCC impide es la aplicación del Reglamento 17 a las operaciones sujetas al RCC, y no, en sentido contrario, a las exentas, como son las de dimensión infracomunitaria.

En consecuencia, puede afirmarse que la posibilidad de examinar las operaciones de concentración por parte de las autoridades administrativas nacionales a la luz de los artículos 85 y 86 del Tratado queda limitada, tras la entrada en vigor de la nueva legislación, a los supuestos en que aquéllas no alcancen el umbral comunitario (70). Con la previsible disminución de este umbral, esta potestad administrativa está tendencialmente abocada a desaparecer, ya que cuando menor sea el montante de la operación, más difícil será que afecte al comercio entre Estados miembros, y en consecuencia, menos probable será su sujeción al Derecho Comunitario.

25. En el caso de los jueces y tribunales nacionales, la aplicación de los artículos 85 y 86 viene impuesta por el principio de eficacia directa de las normas europeas sobre la competencia (71).

El Tribunal de Justicia ha aclarado que es imposible aplicar el artículo 85 por un órgano jurisdiccional interno en ausencia de normas de desarrollo, ya que «los artículos 88 y 89 no garantizan una aplicación completa e integral del artículo 85 de tal índole que su mera existencia permita con-

(70) E. MOAVERO: *op. cit.*, págs. 402 a 404.

(71) A pesar de que los jueces y Tribunales internos no son las «autoridades de los Estados miembros» a que se refiere el artículo 88 CEE.

cluir que el artículo 85 ha producido todos sus efectos desde la entrada en vigor del Tratado» (72). El motivo radica en que el 88 no prevé sino decisiones estatales «de conformidad con su propio Derecho» interno, y el 89 no permite que la Comisión exima, vía 85.3, de la prohibición del 85.1 (73).

MOAVERO estima que el juez nacional colocado en el trance de decidir sobre la aplicación del artículo 85 a una concentración puede hacer una de las siguientes cuatro cosas: *a)* suspender el procedimiento y plantear la cuestión prejudicial; *b)* suspender y esperar la decisión de la Comisión; *c)* emitir un «pronóstico negativo» sobre la posibilidad de una exención y declarar nulo el acuerdo, y *d)* considerar que no se reúnen los supuestos del 85.1 y dar ejecución al acuerdo (74).

Por su parte, la «Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE» (75) detalla la conducta que debe observar, en opinión de la Comisión, el juez nacional cuando se encuentra ante una operación que siendo relevante a los efectos del 85.1 no ha sido objeto de la exención prevista en el 85.3. En primer lugar, la Comisión estima que el juez debe examinar si se cumplen los requisitos de procedimiento necesarios para la obtención de una exención, en especial, si ha existido notificación. «Si no ha habido tal notificación (...) la exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 queda excluida», y se produce la nulidad del 85.2 (76). Si se ha notificado, el órgano jurisdiccional nacional «evaluará la probabilidad de que pueda concederse una exención en ese caso concreto, teniendo en cuenta los criterios elaborados al respecto por la jurisprudencia (...) y por la práctica de la Comisión (...)» (77). Si considera que no es viable la exención, proclama la nulidad de pleno derecho. Si ve posibilidad de exención, «suspende el procedimiento, en espera de que se pronuncie la Comisión» (78). La diferencia con la solución anterior estriba en que la Comisión no admite la posibilidad de que el juez dé ejecución a una concentración notificada antes de que se produzca la exención.

Lo cierto es que esa tarea de evaluación supone una extraordinaria complicación práctica: con el grado de complejidad y tecnificación del procedimiento de investigación en asuntos de competencia parece difícil que un órgano jurisdiccional interno pueda formarse, por sí solo, una opinión bien fundada sobre la propia naturaleza y las circunstancias de la operación concentrativa. Por otro lado, el recurso prejudicial, visto lo asentado de la jurisprudencia en este asunto, no puede llevar sino a la última de las alternativas, que parece la más razonable: esperar la resolución de la

(72) Asunto *Bosch*, 13/61, Rec. 1962, pág. 91; argumento reproducido literalmente en *Asuntos Asjes y otros*, 209 a 213/84, Rec. 1986-4, pág. 1469.

(73) *Idem, loc. cit.*

(74) E. MOAVERO: *op. cit.*, pág. 400.

(75) «DOCE», núm. C 39, págs. 6 a 12, de 13-2-93.

(76) *Id.*, apartado 28.

(77) *Id.*, apartado 29.

(78) *Id.*, apartado 30.

Comisión. De este modo se retorna a la conclusión inicial: el órgano judicial interno no aplicará el artículo 85 a las concentraciones, sino el acto de la autoridad administrativa competente para interpretar y aplicar el artículo 85.

Diferente es la situación cuando lo que se alega en un proceso interno es la aplicación del artículo 86 a una operación de concentración. En este supuesto no hay que depender de una autoridad que examina la posibilidad de exención, porque esta norma contiene una prohibición no eximible. La interdicción del reforzamiento de una posición dominante es algo que, por tanto, las autoridades judiciales pueden declarar sin necesidad de que existan normas de desarrollo del artículo 86. El riesgo que esta conclusión deja abierto es el de la posibilidad de un doble control sobre una misma operación (79).

Ahora bien, junto a este evidente inconveniente no es menos cierto que el recurso a los órganos jurisdiccionales nacionales tiene grandes ventajas derivadas de la inmediación y del mejor conocimiento del procedimiento en sede nacional. La Comunicación antes citada enumera, en su apartado 16, algunas de estas ventajas: *a)* la Comisión no puede otorgar indemnizaciones por las pérdidas debidas a una infracción de los mencionados preceptos, y los tribunales internos sí; *b)* los jueces nacionales pueden adoptar medidas provisionales; *c)* también pueden admitir la acumulación de pretensiones fundadas unas en Derecho interno y otras en Derecho comunitario, cosa que tampoco puede hacer la Comisión, y *d)* la Comisión tampoco puede obligar a una parte a pagar las costas y gastos ocasionados a la otra.

De todos modos, no debe perderse la perspectiva del problema estudiado; una cosa es que éstas sean las posibilidades deducibles del estado actual del Derecho comunitario y otra bien distinta que estas posibilidades vayan a ser efectivamente puestas en práctica. Con todo, aunque cuesta imaginar a la Comisión pronunciándose sobre la base de los artículos 85 u 86 en relación con una concentración, la alegación de estos preceptos ante los jueces nacionales, por vía de acción o de excepción, puede llegar a tener una indudable trascendencia.

26. La última de las excepciones a la regla general se produce cuando los Estados miembros controlan las concentraciones que rebasan el umbral comunitario. Aparece prevista en el considerando 27.º del RCC, que exige la concurrencia simultánea de cuatro requisitos: *a)* que el RCC contemple expresamente el supuesto; *b)* que no intervenga simultáneamente la Comisión; *c)* que como consecuencia de lo anterior exista la mera posibilidad de que la competencia efectiva se vea obstaculizada de forma significativa en el seno de un Estado miembro, y *d)* que el RCC no proporcione los medios para proteger suficientemente tal competencia.

(79) Riesgo que debe matizarse en función de diversos datos objetivos: por ejemplo, la reducción del umbral comunitario sin duda hará que a los jueces nacionales les resulte más difícil considerar relevantes para el Derecho comunitario —y, en consecuencia, candidatas a la aplicación del artículo 86— a las concentraciones por debajo de los nuevos umbrales (C. JONES y GONZÁLEZ-DÍAZ: *op. cit.*, págs. 86 y 87).

Esta previsión se concreta en el artículo 9 RCC, que recoge la llamada «cláusula alemana», por haber sido este país el promotor del procedimiento. Notificada a la Comisión una operación de concentración de las que según el RCC son competencia exclusiva de la Comunidad, un Estado miembro comparece y alega la concurrencia de los requisitos enumerados con anterioridad. La Comisión puede adoptar tres posturas: *a)* reenviar el examen de la compatibilidad con el mercado común al Estado miembro, que lo realizará de acuerdo a las normas internas del Derecho antitrust; *b)* mantener su intención de resolver el asunto, ante lo cual el Estado puede recurrir al Tribunal de Justicia, y *c)* no producir acto expreso, en cuyo caso «se considera adoptada la decisión de remitir al Estado miembro».

La verdadera trascendencia de este artículo 9 RCC radica en que la aplicación de la legislación nacional supone que los parámetros para el control de las concentraciones cambian radicalmente. Lo que conforme al Derecho comunitario es una concentración autorizable, puede que no lo sea según el Derecho del Estado miembro, y viceversa. Por ejemplo, la adquisición del 20 por 100 de una empresa puede no ser «adquisición de una influencia decisiva» —RCC—, pero sí «capacidad material para influenciar la estrategia» —legislación británica— o «influencia significativa desde el punto de vista de la competencia» —legislación alemana— (80).

Guarda alguna semejanza con la cláusula alemana, al menos por el hecho de que supone la intervención de los Estados miembros en el control de las concentraciones de dimensión comunitaria, lo previsto en el considerando 28.º RCC, según el cual éstos pueden adoptar medidas para «garantizar la protección de intereses legítimos distintos de los que se toman en consideración en el presente Reglamento». Se trata de lo previsto en el artículo 223 CEE, de acuerdo con el cual se garantiza la protección de los intereses esenciales de la seguridad de los Estados miembros. Esta cláusula general es objeto de especificación en el artículo 21.3 RCC, que considera intereses legítimos: *a)* la seguridad pública; *b)* la pluralidad de los medios de comunicación, y *c)* las «normas prudenciales» (esto es, determinadas normas destinadas a garantizar la solvencia de los servicios de banca y seguros). Esta es una enumeración abierta, ya que el propio precepto reglamentario permite a los Estados proponer la condición de interés legítimo para cualquier otro interés público. De acuerdo con esta norma los Estados pueden, por razón de la defensa de un interés legítimo, prohibir una concentración, incluso si ha sido autorizada por la Co-

(80) S. POLTRO: *M & A in the European Community*, «International Financial Law Review», suplemento extraordinario monográfico sobre concentraciones, enero 1991, pág. 39. En este mismo número pueden encontrarse estudios sobre el control de las concentraciones en distintos países —incluso extracomunitarios—. Véase, además, VV.AA.: *Mergers and Acquisitions in the EEC*, Brussels offices of the law firms at 1 Avenue de la Joyeuse Entrée, Bruselas, s. f. (1990); especial interés reviste el tomo III de los *Rapports pour le XIV Congrès de la FIDE* (dedicado al control de las concentraciones en el Derecho comparado), Madrid, 1990.

misión. Sin embargo, lo que no pueden hacer es autorizar una concentración que no ha superado la prueba de la conformidad con el principio de libre competencia, como se comprende fácilmente. Es, por tanto, no sólo una excepción al principio de control único, sino también una potestad *in peius*.

III. CONCLUSIÓN

28. Tanto de lo expuesto hasta ahora como de la manera en que la Comisión ha ido aplicando el RCC (81) pueden deducirse ya varias conclusiones o, sin tanta ambición, dibujar los rasgos que caracterizan el nuevo Derecho de las concentraciones y, por extensión, el Derecho de la competencia.

En primer lugar, resulta evidente la impregnación de la práctica y de la teoría jurídicas por el análisis económico. La determinación de la verdadera naturaleza de las relaciones entre los agentes económicos se impone sobre las consideraciones formales, obligando a analizar dimensiones tales como el mercado geográfico, el mercado de producto e incluso a evaluar prospectivamente el estado de la competencia tras operaciones que aún no se han producido. Esta tarea requiere el concurso de técnicas extrajurídicas que sin duda incidirá en la manera en la que los juristas ejerzan su profesión —y reciban su formación—.

En segundo lugar, hay que destacar la apreciable discrecionalidad de que goza la autoridad pública en este orden de cuestiones, impuesta, quizá, por la propia naturaleza, impredecible, del objeto de la potestad (82). Se quiera o no, la Comisión dispone de un considerable margen de maniobra para orientar los movimientos concentrativos (83) —y competitivos en general—. Estas posibilidades que se abren para la Comisión pueden conducir a la formulación de una política industrial propia: todo dependerá del uso que desde Bruselas se haga de aquéllas, para lo que habrán de tenerse en cuenta no sólo la situación económica, sino también

(81) En España estas decisiones pueden seguirse a través de la revista «Comunidad Europea», de la editorial Aranzadi: la Comisión ha difundido una nota informativa por la que remite todas las solicitudes que recibe referentes a esta materia a esa publicación.

(82) «Die Komplexität des Regelungsgegenstandes "Wettbewerb" schlägt sich bereits in der Diktion der einschlägigen Bestimmungen nieder. Sie enthalten eine Vielzahl unbestimmter rechtsbegriffe, die von der zum Vollzug berufenen Kommission im Einzelfall anzuwenden sind» (J. SCHWARZE: *op. cit.*, pág. 345).

La generalidad de la doctrina ha destacado la gran discrecionalidad que destila el RCC: p. e., I. VAN BAEL y J.-F. BELLIS: *op. cit.*, págs. 412 y 413; A. WINCKLER y S. GERONDEAU: *op. cit.*, págs. 545 a 549, etc.

(83) «Di fronte ad una concentrazione che presenti una marcata valenza industriale, la Commissione è chiamata ad esaltare la propria capacità di indirizzo. La consapevolezza di questa funzione, risulta fra l'altro, dalla segnalata comunicazione del novembre 1990: che espone gli orientamenti di politica industriale, proprio nella prospettiva di un mercato aperto e concorrenziale» (E. MOAVERO: *op. cit.*, pág. 583).

el clima político general y el estado de desarrollo del proceso de unidad europea (84).

Al margen de estas derivaciones de política económica, la discrecionalidad apuntada también influye directamente en los sujetos de la vida económica, a través de la incertidumbre y relatividad que trae consigo. En esto también se separa la nueva regulación del hábito de exigir requisitos de más objetiva comprobación para fundamentar el estatuto jurídico de los ciudadanos. En la tensión entre seguridad jurídica y efectividad, el Derecho está llamado, en la mejor tradición europea, a proponer mecanismos cohonestables con su vocación de luchar contra las inmunidades del poder. A los juristas les queda mucho trecho por recorrer en esta materia, y las dudas que suscitan la distinción entre las formas de colaboración sujetas al RCC y las no sujetas, por ejemplo, son buena prueba de ello (85).

Se aprecia también en las decisiones de la Comisión y en los comentarios doctrinales, la influencia de los modos de razonamientos propios del Derecho anglosajón. La demostración más evidente está en la importancia de lo casuístico (tradición de los sistemas que reciben de esta característica su apellido: sistemas de *case-law*) frente a lo legislado (tradición continental). Lo anterior es sin duda parte de la aportación de los juristas británicos a los modos de hacer y pensar el Derecho comunitario, pero también tributo que se paga a la influencia del Derecho norteamericano en la regulación del tráfico internacional.

Precisamente por la complejidad que está adquiriendo, la aplicación del nuevo Derecho del mercado requiere un profundo conocimiento de las reglas y principios de la teoría general del Derecho, y del Derecho constitucional. Por lo que se refiere a este último, tanto del de los Estados miembros, que en parte está siendo objeto de trasvase al acervo comunitario, como de los propios principios rectores del Derecho originario de la Comunidad.

(84) Por el momento, la Comisión se ha limitado a presentar en 1990 una Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo bajo el título «La política industrial en un entorno abierto y competitivo: orientaciones para un enfoque comunitario» —documento COM (90) 556—, en el que propone las directrices para la futura política industrial de los doce. La Comunicación reconoce la importancia del establecimiento del mercado interior, pero advierte sobre la necesidad de reforzar la capacidad de la industria europea para una competencia aún mayor. A estos efectos propugna como primera medida el «mantenimiento de un clima de competencia», y para que esto se consiga es preciso «en primer lugar, ejercer el mayor control sobre las grandes concentraciones», buscando el equilibrio entre las exigencias de la competencia internacional e interna.

Estas directrices se han concretado para dos sectores en las subsiguientes Comunicaciones, «La industria europea de la electrónica y la informática: situación, perspectivas y propuestas de actuación» —documento SEC (91) 565— y «Mejorar el entorno competitivo de las actividades industriales derivadas de la biotecnología en la Comunidad» —documento SEC (91) 629—.

El texto de los tres documentos aparece reproducido en: *Política industrial europea para los años 1990*, «Boletín de las Comunidades Europeas», suplemento 3/91.

(85) El propio Comisario responsable de la competencia, al comentar el RCC, ha destacado como objetivo a perseguir por la Comisión el hacer «our decision-making process as transparent and predictable as possible» (L. BRITTON: *European Competition Policy*, London, 1992, pág. 26).

En definitiva, el RCC es un magnífico ejemplo de dos fenómenos de gran interés: por una parte, ilustra la tensión entre estatalidad y unificación en la legislación, interpretación y aplicación del Derecho comunitario; por otra, ayuda a comprender los desafíos que plantea el Derecho del Estado social de mercado.

