

LA APLICACION DEL ARTICULO 85 DEL TRATADO CEE A LAS CONCENTRACIONES DE EMPRESAS

(Comentario a la Sentencia «Philip Morris», de 17 de noviembre de 1987)

Por RICARDO ALONSO SOTO (*)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: 1. *La necesidad de un control de las concentraciones económicas desde la óptica del Derecho de la competencia.* 2. *La situación en el Derecho Comparado y en el Derecho español.* 3. *El control de las concentraciones de empresas en la Comunidad Económica Europea.*—
II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA CEE DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1987 (British American Tobacco y R. J. Reynolds versus Comisión Europea): 4. *Los hechos.* 5. *La posición de la Comisión Europea.* 6. *La doctrina de la Sentencia.* 7. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Entre las notas características que permiten definir desde un punto de vista general la estructura económica actual, ocupa un lugar relevante la concentración empresarial. En efecto, el fenómeno de la concentración de empresas ha alcanzado un enorme desarrollo, tanto en el plano nacional como en el internacional, de modo que se ha podido llegar a afirmar fundamentalmente que, en la evolución de la empresa capitalista se destacan cuatro etapas claramente diferenciadas: el desarrollo de la empresa bajo formas

(*) Catedrático de Derecho Mercantil, Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia.

jurídicas societarias, la modificación de la dimensión de las empresas, su diversificación y, finalmente, la tendencia al agrupamiento (1).

Son múltiples y muy variadas las razones que han impulsado la concentración económica o el agrupamiento de las empresas, pero, sin duda, destacan entre ellas: la racionalización de la producción, la ampliación de los mercados, la competitividad frente al exterior y la necesidad de sustituir una política de competencia entre las empresas por una política de colaboración empresarial.

En los sistemas de economía de mercado, los fenómenos de concentración empresarial admiten una valoración de diverso signo. Así, desde el punto de vista de las ventajas, hay que destacar que las agrupaciones de empresas han constituido un importante factor de racionalización de la economía; pero no debemos olvidar que los procesos de concentración económica presentan también graves inconvenientes, puesto que dotan a las empresas, tanto por la cuantía de los capitales así acumulados como por los intereses sociales afectados o por el apoyo que les prestan los grupos financieros, de un elevado poder que las sitúa en una posición de privilegio frente al mercado y frente al resto de los agentes económicos que intervienen en el proceso productivo, e incluso con respecto al propio Estado. Por otra parte, la concentración económica comporta generalmente importantes restricciones de competencia que tienden a desvirtuar el sistema de libertad económica.

No debe extrañarnos, por tanto, que en los momentos actuales una de las preocupaciones centrales de los Estados en materia económica sea el control del crecimiento de las empresas o grupos de empresas y del poder económico que actúa sobre el mercado, ni tampoco que por esta causa se potencie el Derecho de la competencia como una de las vías más adecuadas para llevar a cabo este control.

Así pues, dentro del marco del Derecho de la competencia va cobrando especial relevancia la normativa sobre el control de las concentraciones económicas, como más adelante veremos. En efecto, la función de los poderes públicos en el terreno económico, en el marco de lo que se ha venido denominando un Estado social, ha de ser la de intervenir en aras del interés general para asegurar, de un lado, el mantenimiento dentro del mercado de unas estructuras competitivas que permitan realizar el modelo de competencia perfecta (control de estructuras) y para evitar, de otro, los posibles abusos, en el caso

(1) BARRÉ: *Economía política*, Barcelona, 1966; VICENT CHULIÁ: *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, 1971.

de que se llegue a situaciones de poder económico a través de las cuales una empresa pueda ejercer algún tipo de control sobre el mercado (control de comportamientos) (2).

El objetivo prioritario de las normas sobre control de las concentraciones es, pues, lograr un cierto control de las estructuras competitivas existentes en el mercado que impida la aparición de situaciones de competencia imperfecta, esto es, de aquellas situaciones en las que un producto o servicio es controlado por un pequeño número de empresas de gran capacidad económica, de manera que determinan los comportamientos del mercado. Se destaca así la función preventiva de esta normativa, que lejos de prohibir las concentraciones de empresas trata de evitar, en cambio, que produzcan efectos lesivos para la competencia y por tanto para los intereses económicos generales.

2. En el Derecho Comparado, el control de las concentraciones de empresas constituye una de las materias propias de la legislación sobre defensa de la competencia (3). Aunque en los últimos tiempos esta materia está sometida a una profunda revisión, conviene, sin embargo, hacer una breve referencia a la situación legal de los países de nuestro entorno económico más próximo, así como al Derecho español vigente y proyectado, para una mejor comprensión posterior de los problemas planteados por la sentencia que comentamos y de la trascendencia de la doctrina sentada por ella.

a) En los *Estados Unidos de América*, aunque ya la «Clayton Act» de 1914 introducía un amplio control de los fenómenos de concentración económica o fusión de empresas, va a ser la reforma de las normas interpretativas para su aplicación publicadas simultáneamente por la «Antitrust Division» y la «Federal Trade Commission» el 14 de junio de 1982 (modificadas posteriormente) la que introduce definitivamente la idea de la necesidad de control del poder que actúa sobre el mercado en evitación de atentados contra la libre competencia (4).

(2) Vid. FONT GALÁN: *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Madrid, 1987, pág. 41; REICH: *Mercado y Derecho*, Barcelona, 1985, pág. 211.

(3) Vid. OCDE: *Fusions et politique de concurrence*, París, 1974; OCDE: *Concentration et politique de concurrence*, París, 1979; OCDE: *Politiques a l'égard des fusions et tendances recentes des fusions*, París, 1984.

(4) Vid., en general, VON KALINOWSKI: *Antitrust Laws and Trade Regulation*, 4, New York, 1987, pág. 19; DOMÍNGUEZ GARCÍA: *Control de las concentraciones de empresas en el Derecho antitrust americano. Líneas evolutivas*, Actas de Derecho Industrial, núm. 11, 1985-86, pág. 161.

b) En la *República Federal de Alemania* el control de las fusiones se introduce en la Ley contra las restricciones de competencia (GWB) por la Ley de reforma de 1973. El sistema se basa, fundamentalmente, en el sometimiento a la previa autorización administrativa del organismo especializado en materia de defensa de la competencia (Bundeskartellamt) de todas las operaciones de concentración, fusión o toma de control que superen determinados umbrales de cifra de resultados (mil millones de marcos) o cuya cuota de mercado exceda del 20 por 100. Por otra parte, la realización de la concentración en los casos de denegación de la autorización o de falta de comunicación previa de la misma a la autoridad administrativa, comporta la nulidad de la operación y la imposición de elevadas sanciones económicas. Hay que resaltar, sin embargo, que aun cuando la decisión del órgano administrativo especializado sea contraria a la concentración, el Ministro de Economía podrá autorizarla por motivos de interés general y siempre que no se ponga en peligro el sistema de economía de mercado (5).

c) En el *Reino Unido de la Gran Bretaña*, el control de las concentraciones económicas, que se estableció en el año 1973, consiste en la posibilidad de someter por razones de interés público a dictamen de la «Merger and Monopoly Commission» las fusiones o concentraciones de empresas que, en conjunto, alcancen una cifra de negocios superior a cinco millones de libras o supongan el control de una cuota de mercado del 25 por 100 de los productos en oferta. La decisión final sobre la autorización o prohibición de la operación de concentración queda en manos del Secretario de Estado de Comercio, que resolverá a la vista del dictamen de la Comisión (6).

d) En *Francia*, la reciente Ordenanza de 1 de diciembre de 1986 ha establecido un sistema similar al anteriormente descrito. Todo proyecto de concentración o fusión de empresas susceptible de falsear la libre competencia puede ser sometido por el Ministro de Economía a dictamen del Consejo de la Competencia, que es el órgano administrativo especializado en esta materia. Están excluidas de la aplicación de la normativa anterior las concentraciones de empresas que en su conjunto no alcancen una cifra de negocios superior a dos mil millones de francos o una cuota de mercado de al menos el 25 por 100. Cuando el dictamen del Consejo de la Competencia sea contrario a la concentración, el Ministro de Economía y el Ministro del

(5) Vid. RITTNER: *Wirtschaftsrecht*, Heidelberg, 1987, pág. 409.

(6) Vid. KORAH: *Competition Law of Britain and the Common Market*, London, 1982, pág. 52; MERKIN-WILLIAMS: *Competition Law: Antitrust Policy in the U. K. and the EEC*, London, 1984, pág. 238.

sector económico interesado podrán impedir la concentración u ordenar la desconcentración o la adopción de medidas para restablecer la situación de competencia (7).

e) En *España*, la Ley 110/1963, de prácticas restrictivas de la competencia, actualmente en vigor, establece un cierto control de las concentraciones al obligar a inscribir en el Registro de prácticas restrictivas, los acuerdos de concentración de empresas siempre que, como consecuencia de los mismos, las empresas partícipes pasen a controlar el 30 por 100 o más del mercado nacional o cuando una de dichas empresas controlara desde antes el citado porcentaje (artículo 21.7). El control se reduce, por tanto, a los efectos meramente informativos o de conocimiento por parte de la Administración de la estructura del mercado, de modo que, a través del mismo se facilitará la apreciación de las situaciones de dominio existentes y se podrán reprimir de una manera más clara y eficaz las conductas abusivas en relación con esa situación (8).

La necesidad de adaptar la legislación española a la nueva situación que deriva, de un lado, de la existencia de un nuevo marco constitucional que consagra, como es sabido, el sistema de economía de mercado, y de otro, de la incorporación de nuestro país al Mercado Común Europeo, ha llevado a la Secretaría de Estado de Comercio a elaborar un *Proyecto de Ley de defensa de la competencia* a finales de 1987, que tras haber sido sometido a dictamen del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado, se encuentra en estos momentos pendiente de su aprobación definitiva por el Consejo de Ministros.

En materia de control de concentraciones económicas, la legislación proyectada se sitúa en la línea de las modernas legislaciones de defensa de la competencia a las que anteriormente nos hemos referido. Sin embargo, a la hora de decidirse entre los dos sistemas imperantes en el Derecho comparado, de un lado, el representado por las legislaciones que se basan en la necesidad de obtención de previa autorización administrativa de las autoridades especializadas en materia de competencia para poder llevar a cabo la fusión o concentración de empresas, y de otro, el consistente en la posibilidad de

(7) Vid. MOUSSERON-SELINSKY: *Le droit français nouveau de la concurrence*, París, 1987, pág. 27.

(8) Vid. A. BERCOVITZ y otros: *Asociaciones y uniones de empresas y prácticas restrictivas de la competencia*, Madrid, 1969; DARANAS: *Concentración de empresas y defensa de la competencia*, Madrid, 1972; DUQUE: *Agrupación de empresas y prácticas restrictivas*, en Congreso Internacional de Derecho Industrial, Tarragona, 1965.

someter algunas operaciones de concentración a dictamen de los órganos administrativos de defensa de la competencia para verificar si atentan contra la libertad económica, reservando en todo caso la decisión sobre su procedencia o improcedencia al Ministro encargado del Comercio o de la Economía, se ha optado por este último sistema, conscientes sin duda los autores del Proyecto de que el control de las concentraciones empresariales es un importante instrumento de la política económica, cuya utilización debe quedar en manos del Gobierno.

El sistema español, que huye en todo momento de considerar a las concentraciones como algo que resulte «a priori» prohibido, persigue, sin embargo, que la Administración alcance un conocimiento de las estructuras económicas y pueda controlar el poder económico que actúa sobre el mercado, y se articula en torno a las siguientes bases fundamentales:

— La obligación de notificar toda operación de concentración o toma de control que pueda afectar sensiblemente a la competencia en el mercado nacional. En este sentido hay que señalar que se ha establecido un umbral bastante elevado para que entre en juego la obligación de notificar. En efecto, la innovación que representa este sistema con respecto al actualmente vigente, de un lado, y la consideración de que nos encontramos en un país que aún no ha alcanzado su estructura de mercado definitiva, de otro, lo que supone, por tanto, que debe seguirse todavía, y al menos durante algunos años, una política activa de fomento y apoyo a las concentraciones, singularmente de las pequeñas y medianas empresas, ha motivado que sólo se sometan a verificación, y, por consiguiente, sólo haya que notificar las operaciones de concentración o toma de control, cuando como consecuencia de las mismas se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 25 por 100 del mercado nacional de un determinado producto o servicio, o cuando la cifra de negocios global en nuestro país de las empresas partícipes en la concentración supere los veintemil millones de pesetas. La notificación deberá realizarse con una antelación suficiente a su puesta en ejecución.

— La posibilidad de verificación de las citadas operaciones para determinar si obstaculizan el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado. El procedimiento para llevar a cabo la verificación consiste en atribuir a la Dirección General de Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía y Hacienda la facultad de remitir el caso al Tribunal de Defensa de la Competencia para que, en su condición de órgano técnico, independiente y especializado, emita un dictamen sobre si la operación de concentración en cuestión atenta gravemente contra la libertad de competencia.

— La reserva al Gobierno de la decisión definitiva de oponerse o autorizar la concentración.

El sistema se completa con las siguientes normas accesorias:

— El establecimiento de una serie de garantías para los administrados tendentes a proporcionarles seguridad jurídica y a no entorpecer o retrasar excesivamente la marcha normal de las operaciones sometidas a verificación. A este respecto destacan: la fijación de plazos breves para la tramitación y resolución de los expedientes administrativos; la implantación de la figura del silencio administrativo positivo, y la determinación legal de los criterios sobre los que habrá de basarse la apreciación de si la operación de concentración obstaculiza el mantenimiento de la competencia efectiva sobre el mercado.

— La posibilidad de imponer sanciones en caso de incumplimiento. La norma, sin embargo, ha sido redactada de modo que estimule las notificaciones y el acatamiento de la nueva normativa y desincentive la ocultación y el fraude. Así, por ejemplo, la infracción de la obligación de notificación, además de ser sancionada con una multa, podrá acarrear la desconcentración o la cesación del control, de modo que la sanción administrativa no podrá llegar a considerarse en ningún caso como un coste económico más de la operación.

Finalmente, hay que resaltar que los efectos de la verificación administrativa podrán consistir tanto en la decisión de no oponerse a la operación de concentración, como en la paralización de la misma o su sometimiento a determinadas condiciones para que no se altere la situación de competencia efectiva (9).

Del análisis realizado del Derecho comparado se pueden extraer las siguientes conclusiones: En primer lugar, que en los países en los que existe un control de las concentraciones económicas, éste adopta una forma específica en el marco de la regulación sobre la libre competencia. Y en segundo lugar, que la normativa sobre esta materia presenta unas características propias que la separan, en alguna medida, de la normativa general del Derecho antitrust en lo que se refiere a la prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia, que pueden sintetizarse del siguiente modo: La generalización del sistema de notificación previa de las operaciones de concentración,

(9) DARANAS: «Examen crítico de la necesidad de un Reglamento Comunitario para el control de las concentraciones de empresas y la introducción de este control en la próxima Ley española de defensa de la competencia», en *Gac. Jur. CEE*, 1988, D-9, pág. 71.

fusión o toma de control. La intervención con carácter técnico, y por tanto no decisorio, de los órganos o autoridades encargadas de la defensa de la competencia. La reserva de la decisión final sobre la autorización o prohibición de la operación a la autoridad política. Y, finalmente, la consideración del interés público como criterio decisivo a la hora de valorar las concentraciones económicas.

3. En el ámbito de las Comunidades Europeas se da una disparidad de situaciones en cuanto a la regulación del control de las concentraciones económicas. Así, mientras en el Tratado constitutivo de la Comunidad económica del Carbón y del Acero (CECA) aparece una amplia regulación del fenómeno de las concentraciones o fusiones de empresas, el Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea, no contiene ninguna referencia expresa al tema. Entre las razones que se aducen para explicar este hecho destacan, de un lado, la baja tasa de integración económica que se daba en el Mercado Común a diferencia de lo que sucedía en el sector del carbón y del acero, que se hallaba fuertemente concentrado, y, de otro, el dato de que los países que integraron originariamente dicho mercado carecían en esos momentos de una normativa sobre el control de concentraciones (10).

a) El *Tratado CECA* establece, en efecto, un sistema similar a los imperantes con carácter general en el Derecho comparado, que han sido descritos en el apartado anterior, que se caracteriza fundamentalmente por el establecimiento de un control preventivo de las operaciones de concentración de empresas relacionadas con los sectores del carbón y del acero, consistente en la verificación por la Autoridad administrativa de que dichas operaciones no dan a las empresas partícipes el poder de determinar los precios, controlar o restringir la producción o distribución u obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado, ni de eludir las reglas de competencia del Tratado, estableciendo de modo artificial una posición de privilegio que implique una ventaja sustancial en el acceso a los abastecimientos o a los mercados. Las infracciones serán sancionadas con una multa y, en su caso, con la separación o desconcentración (artículo 66).

b) Por su parte, el *Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea*, como hemos visto, no alude al control de las concentraciones, quizá

(10) Vid. JACQUEMIN: «Politique de concurrence ou politique industrielle au sein de la CEE», *Etudes Internationales*, II-2, 1971, pág. 303; DOMÍNGUEZ GARCÍA: «La eventual aplicación de los arts. 85 y 86 TCEE a las concentraciones de empresas como cuestión abierta», en *Rev. Inst. Europeas*, 14.2, 1987, pág. 369.

porque en ese momento no se tenía conciencia de la dimensión del problema. Con posterioridad, el cambio de las circunstancias y el giro de la política de competencia hacia un control de las estructuras, en lugar de limitarse a un control de los comportamientos, en buena medida para evitar que aquéllas se utilicen para eludir la prohibición de los carteles, han venido a poner de manifiesto la necesidad de que la Comunidad pueda proceder al control de las concentraciones empresariales, y es entonces cuando se descubre que los mecanismos que ofrece el Tratado CEE no son los adecuados (11).

En efecto, el artículo 85 del TCEE prohíbe los acuerdos entre empresas que sean restrictivos de la competencia, pero no indica de modo expreso si entre ellos han de considerarse también los que llevan a la fusión o a la integración de las empresas. Por su parte, el artículo 86 del TCEE no declara prohibidos ni la situación de monopolio o de dominio del mercado, ni el intento de alcanzar dicha situación, tan sólo sanciona el abuso de una posición de dominio. Cabe, pues, preguntarse en qué medida pueden aplicarse esos preceptos a una operación de concentración de empresas o de qué modo pueden utilizarse para hacer efectivo un control de las concentraciones.

La Comisión Europea había expuesto su punto de vista a este respecto en un Informe titulado *Le problème des concentrations dans le Marché Commun*, publicado a principios del año 1965.

En dicho documento la Comisión se mostraba contraria a la aplicación del artículo 85 por las siguientes razones. En primer lugar, porque la norma va dirigida contra aquellas empresas que tratan de ordenar sus comportamientos a través de acuerdos o prácticas concertadas, es decir, contra empresas que en todo momento mantienen su autonomía y personalidad, mientras que en el caso que nos ocupa, la concentración supone una integración de varias empresas, lo que implica un importante cambio en su estructura, con pérdida generalmente de su autonomía o de su propia personalidad. En segundo lugar, por cuanto que las concentraciones, a diferencia de lo que sucede con las prácticas colusorias, sólo se prohíben en casos excepcionales. En tercer lugar, porque el sistema de exenciones o autorizaciones que se contempla en el citado artículo no es el apropiado, puesto que ni es po-

(11) La Comisión desde el año 1960 ha estudiado el desarrollo de las concentraciones y ha llegado a las siguientes conclusiones: 1) Ni la eficacia ni la competitividad aumentan necesariamente al aumentar el tamaño de las empresas. 2) La concentración no disminuye por sí misma la intensidad de la competencia. 3) El control es esencial para mantener unas estructuras competitivas. Así DE COCKBORNE: «El control de las concentraciones de empresas en la CEE», en *Gac. Jur. CEE*, 1988, D-9, pág. 9.

sible apreciar «a priori» las consecuencias de un proceso de concentración, ni cabe autorizarlo tan sólo con carácter temporal o sometido a una posterior revocación. En cuarto lugar, porque la sanción de la nulidad del acuerdo no es la adecuada al caso. Y, finalmente, porque el precepto no comprende los acuerdos que tengan por objeto la adquisición de una participación en el capital de la empresa (lo cual puede realizarse incluso a través de una adquisición de acciones en bolsa, de modo que no puede hablarse con propiedad de acuerdo o práctica concertada) o la simple toma de control (12).

Por lo que respecta al artículo 86, la Comisión se decantaba por su aplicación a las concentraciones de empresas, cuando se producía la integración de una empresa en situación de posición dominante en el mercado con otra empresa o cuando, como resultado de la fusión de dos o más empresas, se lograba un dominio del mercado. En definitiva, se llegaba a afirmar que una concentración de empresas que produjera como efecto una importante monopolización del mercado, debería ser tratada como una conducta integrante de un abuso de posición dominante (13).

c) El asunto «*Continental Can*» constituyó el primer supuesto de aplicación práctica de las tesis recogidas en el Informe de la Comisión.

El planteamiento del caso era el siguiente: La sociedad americana «Continental Can» adquirió en 1969 el control de la sociedad alemana Schmalbach. Un año después creaba la sociedad holding «Europemballage», a la que transmitía sus participaciones en las sociedades «Metalbox» (Gran Bretaña), «Sobemi» (Bélgica) y «Superbox» (Italia), y adquiría por mediación de aquélla la casi totalidad del capital de la sociedad holandesa «Thomassen et Drijver-Verblifa».

(12) Vid. a favor de esta interpretación: A. BERCOVITZ: «Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE», en GARCÍA DE ENTERRÍA-GONZÁLEZ CAMPOS-MUÑOZ MACHADO: *Tratado de Derecho comunitario europeo*, II, Madrid, 1986, pág. 327; MESTMACKER: *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München, 1974, pág. 435. En contra, FICKENTSCHE: «Systemfragen in Europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen», *Estudios homenaje a Bohm*, Karlsruhe, 1965, pág. 275; VAN GERVEN, *Principes de Droit des ententes*, Bruxelles, 1966, pág. 89.

(13) Se muestran a favor de la tesis DUBOIS: *La position dominante et son abus*, París, 1968, pág. 231; FICKENTSCHE: «Systemfragen in Europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen», *Estudios homenaje a Bohm*, Karlsruhe, 1965, pág. 276; VAN OMMESLAGHE: «La aplicación des articles 85 et 86 du Traité de Rome aux fusions, aux groupes de sociétés et aux entreprises communes», en *RTDE*, 1967, pág. 457. En contra, en cambio, CEREXHE: «L'interprétation de l'article 86 du Traité de Rome et les premiers décisions de la Commission», en *Cah. Droit Europ.*, 1972; pág. 272; GOLDMANN-LYON CAEN, *Derecho comercial europeo*, Madrid, 1984, pág. 443.

A la vista de esta adquisición, la Comisión inició un procedimiento por infracción de las normas sobre competencia que concluyó con la Decisión de 9 de diciembre de 1971, por la que se consideraba como incompatible con el mercado común el reforzamiento por parte de una empresa, que gozaba de una situación de dominio del mercado, de su posición dominante al adquirir el capital de una empresa competidora. La Comisión decidió que la adquisición por una empresa en posición dominante de una participación mayoritaria en una empresa competidora, que a su vez ostentaba una posición fuerte en el mercado, constituía una operación que modificaba irreversiblemente la estructura de la oferta en una parte sustancial del mercado común, y que, por tanto, podía ser considerada como susceptible de constituir una explotación abusiva de aquella posición.

El Tribunal de Justicia de la CEE, al fallar el recurso interpuesto por «Continental Can» contra la Decisión de la Comisión, estableció que el artículo 86 del TCEE debe ser interpretado a tenor del sistema establecido por el Tratado de la CEE y de conformidad con los fines perseguidos por el mismo. Partiendo de estas premisas, el Tribunal ha estimado que el artículo 3, f, del TCEE, al prever el establecimiento de un sistema para que la competencia no sea falseada en el mercado común, exige a mayor abundamiento el que la competencia no sea eliminada ni total ni parcialmente. De este modo, las restricciones de la competencia que el propio Tratado admite en determinadas circunstancias encuentran en las prescripciones de los artículos 2 y 3 un límite, más allá del cual el debilitamiento del juego de la libre competencia atentaría contra las finalidades perseguidas por el mercado común.

De conformidad con este planteamiento, el Tribunal entiende que los artículos 85 y 86 son instrumentos complementarios tendentes a la misma finalidad, cual es el mantenimiento de la competencia, aunque operan en planos diferentes. Desde esta óptica, hay que reconocer que no tendría sentido que determinadas empresas que han alcanzado por la vía de la concentración una unidad orgánica de tipo económico, amparándose en que el artículo 85 no sanciona este tipo de restricciones de competencia, pudieran lograr por este medio lo que está prohibido por la vía de pactos o acuerdos entre empresas, alcanzando de este modo una posición en el mercado que elimina toda competencia, y que a esta situación tampoco pudiera aplicarse el artículo 86. Por ello, el Tribunal refrenda la Decisión de la Comisión al afirmar que el hecho de que una empresa en posición de dominio refuerce esta posición mediante el control de otras empresas competidoras,

de modo que al poder configurar el comportamiento de éstas, se destruya la competencia en el mercado, constituye un abuso de posición dominante. Finalmente, el Tribunal ha precisado que el artículo 86 podría aplicarse también aun cuando la concentración de empresas no llegara a eliminar totalmente la competencia.

Sin embargo, al descender al terreno de los hechos, el Tribunal ha establecido que no ha resultado suficientemente probado que la competencia quedara afectada, por lo que, considerando que la Comisión no ha precisado satisfactoriamente cuál era el mercado relevante en este caso, ni tampoco el grado de sustituibilidad de los productos en cuestión, ha anulado la Decisión de la Comisión.

Esta sentencia ha merecido comentarios doctrinales diversos (14). A nuestro juicio, la posición adoptada tanto por la Comisión como por el Tribunal es criticable, por cuanto que ni el espíritu ni la letra del artículo 86 permiten considerar que las concentraciones de empresas o el reforzamiento de una posición de dominio del mercado constituyen por sí mismas un comportamiento abusivo o un grave atentado a la competencia (15).

d) La discusión planteada en torno al caso «Continental Can» motivó que en la Cumbre de París de 1972, los Jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros reconocieran la necesidad de elaborar una política sobre fusiones que permitiera el mantenimiento de una estructura competitiva en la industria europea e instaron a la Comisión para que presentara una propuesta de Reglamento sobre control de las concentraciones de empresas.

La Comisión presentó al Consejo un *Proyecto de Reglamento* el 20 de julio de 1973. Sin embargo, la falta de un criterio coincidente sobre la materia por parte de los Estados miembros ha motivado que el Proyecto, pese a haber sido modificado en los años 1982, 1984, 1986 y 1987, se encuentre todavía pendiente de aprobación.

(14) Vid. A. BERCOVITZ: *ob. y loc. cit.*; DOMÍNGUEZ GARCÍA: *ob. cit.*, pág. 376; VILA COSTA: *El abuso de posición dominante en la CEE*, Madrid, 1979, pág. 293.

(15) La Comisión ha tenido ocasión de pronunciarse en otros casos similares sobre la aplicación del art. 86 TCEE. Así, en los casos Pilkington/BSN-Gervais-Danone y British Airways/British Caledonian, las empresas aceptaron las condiciones impuestas por la Comisión. En los casos Amicon Co./Fortia AB-W. S. Ltd., Boussois/Saint Gobain y Suiker Unie/CSM, las empresas renunciaron a concentrarse.

En el caso Michelin/Kleber-Colombes, la Comisión ha mantenido que, dado que la primera tenía una participación mayoritaria en la competidora, su adquisición no suponía abuso de posición dominante, pues no tenía ninguna incidencia sobre el mercado.

Las líneas básicas del Proyecto de Reglamento sobre el control de las concentraciones son las siguientes:

— Se prohíben aquellas operaciones de las que se derive la constitución o el reforzamiento de un poder de obstaculizar efectivamente la competencia.

— Se definen las concentraciones como aquellas operaciones en las que una empresa o un grupo de empresas adquieren el control de otras empresas.

— Las operaciones de concentración en las que participen empresas cuya cifra de negocios conjunta supere los mil millones de ECUS habrán de ser notificadas previamente a la Comisión.

— Se autoriza a la Comisión para que exceptúe de la aplicación del reglamento a aquellas operaciones de concentración de empresas que sean indispensables para alcanzar alguno de los objetivos prioritarios de la Comunidad.

— La Comisión tendrá poderes para investigar y verificar las operaciones de concentración de empresas y para imponer sanciones económicas a los infractores (16).

— Los Estados miembros participarán en las decisiones de la Comisión a través de un Comité Consultivo, similar al existente en materia de prácticas restrictivas de la competencia.

El Proyecto ha recibido importantes críticas, tanto desde un punto de vista político, pues sobrepasa los objetivos del Tratado, trata de manera desigual a los países según su grado de desarrollo empresarial y pone en cuestión la soberanía de los Estados miembros para configurar las estructuras de sus sectores económicos, como desde un punto de vista técnico, puesto que no define con precisión cuál es el mercado relevante a este respecto, no resuelve satisfactoriamente el tema de los umbrales mínimos para que una empresa quede dispensada de la obligación de notificación, establece unos plazos excesivamente amplios que dificultarán las operaciones de concentración, y no contempla de modo específico la adquisición de títulos o participaciones de capital en bolsa (17).

Recientemente la Comisión ha desarrollado una campaña tendente a lograr una rápida aprobación del Proyecto de Reglamentos. Las razones que se invocan en defensa de la implantación urgente de un control de las concentraciones de empresas son la insuficiencia de los arts. 85 y 86 del Tratado, el relanzamiento de la estrategia del mercado único, la necesidad del mante-

(16) Vid. FOLGUERA: «El control comunitario de las concentraciones de empresas: Interrogantes de un Proyecto», *Gac. Jur. CEE*, 1988, núm. 47, pág. 3.

(17) Vid. DE COCKBORNE: *ob. y loc. cit.*; FOLGUERA: *ob. cit.*, pág. 2.

nimiento en Europa de una estructura industrial competitiva, la conveniencia de desarrollar una activa política industrial especialmente en el campo del desarrollo tecnológico, y, finalmente, la búsqueda de una uniformidad en la aplicación del control (18).

Entre los resultados de esta campaña cabe destacar la actitud favorable de los países miembros hacia el establecimiento de un control comunitario de las concentraciones de empresas que debería basarse en los siguientes principios: Exclusiva aplicación a las operaciones de concentración de empresas que tengan una auténtica dimensión comunitaria. Creación de un procedimiento rápido que ofrezca suficientes garantías jurídicas. Establecimiento de regímenes de exención. Y, por último, que se arbitre una participación adecuada de los Estados miembros en la adopción de las decisiones sobre el control de las concentraciones.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA CEE DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1977 (British American Tobacco y R. J. Reynolds versus Comisión Europea y coadyuvantes Philip Morris y Rembrandt G. L.)

4. Los hechos que dieron origen al litigio suscitado ante el Tribunal fueron los siguientes: En el año 1981 la empresa tabaquera Philip Morris llegó a un acuerdo con la empresa Rembrandt G. L. por el que aquélla compraba a ésta una participación del 50 por 100 del capital de la sociedad Rothmans Tobacco Ltd.

Esta última era una sociedad de cartera, filial de Rembrandt y controlada totalmente por ésta, puesto que detentaba el 100 por 100 de su capital. A su vez, la sociedad Rothmans Tobacco Ltd. ostentaba una participación importante en el capital de la sociedad Rothmans Internacional p. l. c., que se dedicaba a la fabricación y venta de tabaco en el Mercado Común y especialmente en el Benelux, que le otorgaba el total control de ésta.

Por estos acuerdos de compra Philip Morris obtenía una participación indirecta del 21,9 por 100 en el capital y en los beneficios de su competidora en el mercado.

Además, el acuerdo suscrito entre Rembrandt y Philip Morris contenía otros pactos relativos al desarrollo de las futuras relaciones entre los dos grupos de empresas:

(18) O'TOOLE: «La política europea de competencia: los argumentos para el control de fusiones a nivel comunitario», en *Noticias CEE*, 1988, núm. 45, pág. 123.

— Se establecía un derecho de adquisición preferente en caso de transmisión de las acciones en favor de los firmantes del pacto.

— Se estipulaba que cada parte nombraría el mismo número de administradores en el Consejo de administración de Rothmans Tobacco Ltd.

— Se reservaba la gestión comercial de Rothmans International a Rothmans Tobacco, sin participación de Philip Morris.

— Se prohibía la comunicación a Philip Morris de informaciones y datos que interesaran a la competencia de Rothmans.

— Se establecía una cooperación entre ambas empresas en materia de fabricación, distribución, investigación y conocimientos industriales.

5. Al enterarse de la existencia de estos acuerdos las empresas competidoras British American Tobacco y R. J. Reynolds los denunciaron a la Comisión Europea, por entender que podían ser contrarios a las normas de competencia contenidas en el Tratado de Roma.

La Comisión, tras realizar diversas investigaciones, comunicó a las empresas Philip Morris y Rembrandt que los acuerdos que habían suscrito en el año 1981 eran contrarios a lo dispuesto en los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, lo que dio lugar a la apertura de negociaciones entre los interesados y la propia Comisión, las cuales concluyeron en el año 1984, con la firma de nuevos acuerdos.

Estos nuevos acuerdos aparecían divididos en dos grupos:

a) Acuerdos entre Philip Morris y Rembrandt.

En virtud del nuevo acuerdo la empresa Philip Morris abandona su participación en Rothmans Tobacco y adquiere, en cambio, una participación directa en el capital de la sociedad Rothmans International que alcanza un porcentaje del 30,8 por 100, aunque se limitan sus derechos de voto al 24,9 por 100 del total. (Recordemos a este respecto que Rothmans International es una sociedad que compite directamente con Philip Morris en el mercado del tabaco.) Por su parte, Rembrandt pasa a detentar el 30,8 por 100 del capital de Rothmans International (un porcentaje igual al de Philip Morris), pero reteniendo el 43,6 por 100 de los derechos de voto.

Finalmente, se mantienen los pactos sobre la exclusión de Philip Morris de la gestión comercial y sobre el derecho de preferencia en el caso de cesión de las participaciones de cada una de las partes. Además se establece que sólo podrá venderse la totalidad de la participación a terceros y únicamente a un solo comprador independiente o al menos a diez compradores independientes. En el caso de venta de las participaciones no se mantendrán los acuerdos relativos al derecho de voto.

b) Compromisos asumidos frente a la Comisión.

Las empresas firmantes de los acuerdos se comprometen además a mantener la ausencia de Philip Morris de los órganos de dirección de Rothmans International y a no comunicar a Philip Morris información concerniente al grupo Rothmans susceptible de influenciar el comportamiento de aquélla en las relaciones concurrenciales de ambos grupos en el seno de la Comunidad Europea.

Por su parte, Philip Morris se compromete a informar a la Comisión de toda modificación del acuerdo, aumento de su participación en la empresa Rothmans o de cualquier eventualidad que la pueda llevar a superar el 25 por 100 de los derechos de voto en la misma.

Por último, la Comisión se reserva el derecho de intervenir si se presenta alguna de las situaciones descritas en el párrafo anterior, y exigir la separación de los intereses de Philip Morris y Rothmans International por espacio de tres meses, a fin de asegurar el *statu quo* mientras adopta las medidas adecuadas a la nueva situación.

Finalmente, la Comisión Europea comunicó a los demandantes, por medio de una carta, el día 22 de marzo de 1984 su decisión de poner término al procedimiento iniciado contra las empresas Philip Morris y Rembrandt por infracción de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, al considerar que el nuevo acuerdo logrado era compatible con el Tratado.

6. La decisión de la Comisión dio lugar a la interposición por los denunciantes, British American Tobacco y R. J. Reynolds, de un recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia de la CEE.

La *Sentencia del Tribunal de 17 de noviembre de 1987* plantea varias cuestiones:

a) En primer lugar, la admisibilidad de un recurso contra una carta de la Comisión que no reviste las características formales de una Decisión en el sentido del art. 173.2 del TCEE.

Con respecto a esta cuestión, sin entrar a decidir sobre si un coadyuvante —que era quien la había formulado— está facultado para alegar una excepción de inadmisibilidad del recurso, el Tribunal establece que las cartas enviadas por la Comisión a los recurrentes deben ser consideradas, tanto en la forma como en el fondo, como auténticas decisiones que ponen fin a un procedimiento administrativo.

b) En segundo lugar, la falta de motivación suficiente de la decisión.

En este punto, el Tribunal reitera la doctrina de que en la desestimación de una demanda la motivación no tiene que ser necesariamente exhaustiva,

sino que es suficiente que la Comisión exponga los motivos por los cuales considera que no existe una infracción de las reglas de la competencia. En definitiva, para cumplir con lo dispuesto en el art. 190 del TCEE basta con que la Comisión exponga en su decisión las circunstancias de hecho y las consideraciones jurídicas en base a las cuales ha llegado a una conclusión.

Además, realiza una importante puntualización con respecto a la alegación de que la Comisión debería haber realizado una exposición más amplia de sus fundamentos jurídicos cuando la decisión va más allá de lo que han ido las anteriores, consistente en afirmar que la doctrina sentada en la sentencia de 26 de noviembre de 1976 (asunto *Papier Peints*) no es aplicable al caso, puesto que no se trata de la aplicación de nuevos principios en relación con una práctica ya valorada por la Comisión, sino de valorar los aspectos particulares de unos acuerdos o prácticas que pertenecen a un tipo sobre el que la Comisión no había decidido.

c) En tercer lugar, la existencia de indefensión de los demandantes por la insuficiente información recibida a lo largo del procedimiento seguido ante la Comisión.

En relación con este tema, el Tribunal establece que los derechos de los denunciantes no son tan extensos como los que asisten a los demandados, esto es, a las empresas contra las que se dirige la investigación. Por otra parte, no resulta probado que la Comisión no les haya dado cuenta de todos aquellos datos y documentos que se les podían transmitir sin transgredir la obligación de secreto (19).

d) Finalmente se plantea también la cuestión de la aplicación errónea de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE, al estimar que los acuerdos de compra de una participación minoritaria y los acuerdos de colaboración no atentan contra la libre competencia.

Es este último punto el que centra, sin duda, la argumentación fundamental del Tribunal. La sentencia comienza por cuestionar si la adquisición de una participación minoritaria del capital de una sociedad competidora puede constituir una violación de los arts. 85 y 86 del TCEE.

— *La aplicación del artículo 85 TCEE.*

En respuesta a esta cuestión, el Tribunal, considerando que los acuerdos recurridos son acuerdos entre empresas independientes que no han perdido su independencia tras la firma de los mismos, analiza si dichos acuerdos infringen la prohibición del art. 85 del TCEE.

(19) DUCQUE: «La sentencia de Philip Morris y la concentración de empresas», en *Castilla y León en Europa*, 1988, núm. 11, pág. 35.

Frente a los argumentos de los recurrentes que afirman que en un mercado oligopolístico, como es el del tabaco, las posibilidades que tienen las empresas de ampliar su cuota de mercado son muy escasas y sólo pueden proceder generalmente de la publicidad o de la adquisición de alguna de las empresas competidoras, por lo que cualquier cambio en la estructura del mercado puede comportar una importante restricción de competencia; que los pactos sobre la preferencia en la adquisición de las acciones de la otra parte, buscan el reforzamiento posterior de la empresa en el mercado; y que el resto de los compromisos suscritos no ofrecen garantías suficientes de que no se va a condicionar el comportamiento comercial de la empresa competidora, por lo que claramente están infringiendo las normas sobre competencia, el Tribunal ha sentado la siguiente doctrina:

1) Que el hecho de tomar una participación en el capital de otra empresa competidora no supone «per se» una restricción de competencia.

2) Que, pese a lo anterior, si dicho acuerdo se presenta como un medio de influir sobre el comportamiento comercial de la empresa participada, constituiría una infracción de las normas sobre la competencia.

Lo mismo sucedería si la empresa adquirente se reservara la posibilidad de reforzar posteriormente su posición en el mercado tomando el control efectivo de la empresa competidora.

3) Que para poder pronunciarse sobre los efectos restrictivos de competencia derivados de unos acuerdos entre empresas, hay que realizar una valoración conjunta y no separada de los diferentes acuerdos.

Esta valoración supone el tener que realizar una apreciación económica compleja, que va más allá de la pura subsanación de los hechos en las normas jurídicas y que comporta inexcusablemente la utilización de técnicas económicas.

4) Que para determinar si los acuerdos denunciados infringen el artículo 85 TCEE, es preciso examinar la situación del mercado afectado por dichos acuerdos.

A este respecto es preciso tener en cuenta no sólo los efectos actuales del acuerdo, sino también los potenciales, es decir, aquellos que se puedan producir a largo plazo. En este sentido, y centrándose en los aspectos concretos del caso, el Tribunal entiende que no parece que pueda darse el hecho de que Philip Morris ejerza una influencia sobre el comportamiento comercial de la empresa competidora, pues no la controla ni desde un punto de vista jurídico ni desde un punto de vista fáctico, y además ha renunciado a los acuerdos de cooperación comercial; que los partícipes en los acuerdos están

interesados en el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado, el uno —Rembrandt— para revalorizar su inversión en Rothmans, y el otro —Philip Morris— para mantener sus expectativas de acceder a una nueva parte del mercado; por último, el pacto sobre el derecho de adquisición preferente de las acciones de Rothmans ha de ser interpretado como un simple medio para proteger una inversión.

5) Que cuando se trata de controlar una apreciación económica compleja realizada por la Comisión, las facultades del Tribunal se encuentran limitadas a verificar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, o lo que es lo mismo, a la comprobación de la veracidad de los hechos, la ausencia de errores en su apreciación y la inexistencia de desviación de poder.

— *La aplicación del artículo 86.*

Por lo que concierne a la aplicación del art. 86, el Tribunal considera que no es necesario examinar en qué medida Rothmans International ocupa una posición dominante en una parte sustancial del Mercado Común a la vista de los estudios de mercado realizados, y concluye que no es posible hablar de abuso de posición dominante cuando la adquisición de una participación en el capital de la empresa competidora no le atribuye el control efectivo de la misma ni le otorga una influencia sobre la política comercial de ésta.

En conclusión, la Sentencia rechaza los recursos planteados y confirma la decisión de la Comisión Europea.

7. La importancia que se ha atribuido a esta Sentencia radica principalmente en la confirmación de las tesis sustentadas por la Comisión sobre la aplicación del artículo 85 del Tratado CEE a las concentraciones de empresas.

Como hemos visto anteriormente, esta postura de la Comisión supone un giro radical en sus planteamientos en materia de control de las concentraciones económicas, pues, tras rechazar, en un primer momento, la aplicación a las mismas del art. 85, especialmente cuando la concentración se producía mediante la adquisición de participaciones sociales, y proceder posteriormente a canalizar dicho control por la vía del art. 86 y a sancionar como prácticas abusivas los supuestos de concentración en los que se refuerza de modo significativo el dominio del mercado (posición que fue también refrendada por el Tribunal de Justicia en el asunto Continental Can), vuelve

ahora sobre sus pasos y defiende, sin aportar nuevos argumentos, la utilización del art. 85 como instrumento idóneo de control de las concentraciones económicas.

La explicación de este extraño cambio puede encontrarse quizá en un planteamiento estratégico de la Comisión que trata por todos los medios de que se apruebe el Reglamento de control de las concentraciones de empresas.

Ahora bien, hay que destacar que para que entre en juego la norma del art. 85 en su aplicación a las concentraciones de empresas, se exige que concurren los siguientes requisitos: La existencia de un acuerdo entre dos o más empresas. Que dichas empresas mantengan su independencia tras la realización del acuerdo, lo que significa que el citado precepto no podrá ser aplicado a las fusiones de sociedades ni a las adquisiciones de capital realizadas a través de la bolsa. Y que la competencia resulte afectada, lo que no se derivará automáticamente del cambio en la propiedad de los títulos representativos del capital de una sociedad.

Por último, hay que añadir que el refrendo por el Tribunal de Justicia de las tesis de la Comisión introduce un nuevo factor de inseguridad jurídica en el mundo empresarial al tratar de imponer un control sobre la estructura del mercado a través de unas normas pensadas para controlar los comportamientos anticompetitivos de las empresas.