

LAS RELACIONES ENTRE LAS AUTORIDADES NACIONALES Y LAS AUTORIDADES COMUNITARIAS EN MATERIA DE COMPETENCIA: EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES

Santiago MARTÍNEZ LAGE
Helmut BROKELMANN¹
Abogados

I. INTRODUCCIÓN

El tema que nos fue propuesto por el editor de este anuario para nuestra contribución al mismo tenía como enunciado la primera frase del título de este trabajo: *Las relaciones entre las autoridades nacionales y las autoridades comunitarias en materia de competencia*.

Con esta formulación, el tema nos pareció excesivamente amplio, incluso para una aportación que, por su incorporación a una obra como ésta, debiera tener una dimensión temporal, limitándose a repasar los problemas que en el curso de los últimos doce meses han podido presentarse en las relaciones entre las autoridades nacionales (las autoridades españolas, en particular) y las autoridades comunitarias.

En efecto, el análisis de los problemas que plantean las relaciones entre ambas autoridades debiera, en nuestra opinión, extenderse, al menos, a los siguientes campos: los respectivos ámbitos de aplicación del Derecho comunitario y del Derecho nacional de la competencia; la posible coincidencia o divergencia entre los fines perseguidos por cada uno de estos ordenamientos; la aplicación del Derecho comunitario de la competencia por los jueces nacionales; la posible descentralización en la aplicación del Derecho comunitario de la competencia por las autoridades nacionales; los problemas de la toma de decisiones en esta materia a nivel comunitario, etc. Todos estos problemas configurarían lo que

¹ Abogados, Martínez Lage & Asociados, Madrid.

el Instituto Universitario Europeo de Florencia agrupó bajo la expresiva rúbrica de *Implementation of Anti-trust rules in a Federal Context*, en una jornada organizada en abril de 1996, cuyas ponencias acaban de ver la luz².

Demasiados problemas para ser analizados en un estudio de las características del presente, incluso si los redujéramos a la dimensión temporal citada, dado que, por tratarse de la primera edición de este anuario, sería preciso llevar a cabo un análisis global de todos los problemas para, finalmente, situar la evolución de cada uno de ellos en el curso del último año.

Hemos optado, por ello, por ceñirnos a uno solo de los problemas enunciados —el ámbito de aplicación del Derecho comunitario y de los derechos nacionales— y en un punto preciso: el control de las concentraciones. Y hemos optado por abordar este problema con una cierta profundidad y detalle.

II. LA AFECTACIÓN DEL COMERCIO ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS COMO CRITERIO DELIMITADOR DEL ÁMBITO DE LOS ARTÍCULOS 85 Y 86 TRATADO CE

Como es bien sabido, el Derecho comunitario de la competencia, tal y como figura en los artículos 85 y 86 del Tratado CE (TCE), sólo se aplica a las conductas que afecten o «puedan afectar al comercio entre los Estados miembros». O, lo que es lo mismo, no se aplica a las conductas que no puedan afectar a dicho comercio, de modo que las mismas quedarán, en su caso, sometidas al respectivo ordenamiento nacional.

La Comisión Europea, con el respaldo del Tribunal de Justicia (TJCE), ha extendido en el pasado su competencia para la aplicación de los artículos 85 y 86 TCE a conductas que, en principio, parecerían puramente nacionales, mediante una interpretación, en nuestra opinión, excesivamente amplia de la condición de afectación al comercio inter-estatal. Esta tendencia de la Comisión de extender su competencia para pronunciarse sobre conductas que se agotan en un único Estado miembro, se funda en el razonamiento de que tales conductas tienen, o pueden tener, el efecto de compartimentar los mercados nacionales impidiendo de esta forma la creación de un auténtico mercado único³.

² Robert Schuman, Centre Annual on European Competition Law 1996 (Ehlermann, C.D./Landati, L. eds., Kluwer 1997).

³ *Vid.*, por ejemplo, as. 322/81, *Michelin*, Rec. 1983, p. 3461 (conducta abusiva limitada a un Estado miembro); as. 8/72, *Cementhandelaren*, Rec. 1972, p. 977 (cártel de fijación de precios); as. 246/86, *Belasco*, Rec. 1989, p. 2117 (acuerdo de fijación de precios); as. 161/84, *Pronuptia*, Rec. 1986, p. 353 (acuerdo de franquicia). La sentencia del asunto *Hugin* (conducta abusiva limitada al área de Londres) parece ser el único caso en el que el TJCE anuló una decisión de la Comisión por falta de afectación al comercio entre los Estados miembros (as. 22/78, Rec. 1979, p. 1869).

Este desbordamiento del ámbito originario de los artículos 85 y 86 —y, consecuentemente de la competencia de la Comisión, derivada del artículo 89 del Tratado y del Reglamento 17/62, para perseguir y autorizar las conductas en cuestión— plantea delicados problemas en las relaciones Comisión/Autoridades nacionales y para la seguridad jurídica de los particulares, los cuales pueden, razonablemente, albergar dudas con respecto a la licitud de sus conductas, a la autoridad a la que deban dirigirse para obtener una posible exención, y a las condiciones para la concesión de dicha exención⁴.

A esto hay que añadir la jurisprudencia *Walt Wilhelm*⁵ del TJCE —reiterada en la sentencia *Giry y Guerlin*⁶—, según la cual un acuerdo restrictivo de la competencia puede, en principio, ser objeto de dos procedimientos paralelos, uno ante las autoridades comunitarias en aplicación del artículo 85 del Tratado, y otro ante las autoridades nacionales en aplicación de sus respectivos derechos nacionales de defensa de la competencia⁷. El TJCE justificó esta denominada «teoría de la doble barrera» con los distintos objetivos que persiguen el Derecho de la competencia comunitario, por un lado, y el nacional, por el otro⁸. En efecto, mientras que el artículo 85 TCE contempla las restricciones de la competencia también desde la perspectiva de los obstáculos que éstas pueden crear al comercio entre los Estados miembros —objetivo que también queda reflejado en el artículo 3.g) TCE que hace referencia a un régimen de competencia no falseada «en el mercado interior»—, los Derechos nacionales contemplan las prácticas restrictivas desde las consideraciones propias a cada uno de ellos.

De acuerdo con el principio de primacía del Derecho comunitario, esta aplicación paralela de las normas de defensa de la competencia comunitarias y nacionales está, sin embargo, supeditada a que la aplicación del Derecho nacional no perjudique la aplicación uniforme de las

⁴ Vid. a este respecto el «Anteproyecto de Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros para la tramitación de los asuntos relacionados con los artículos 85 y 96 del Tratado CE», DOCE C 262/5, de 10 de septiembre de 1996.

⁵ As. 14/68, *Wilhelm/Bundeskartellamt*, Rec. 1969, p. 1.

⁶ As. 258/78 y 1-3/79, *Procureur de la République/Giry y Guerlin*, Rec. 1980, p. 2327.

⁷ El art. 9.3 del Reglamento 17/62/CEE impide, sin embargo, la aplicación paralela de los arts. 85 y 86 TCE por parte de las autoridades comunitarias y nacionales al conferir a la Comisión el derecho exclusivo de aplicar dichas disposiciones una vez haya iniciado un procedimiento, ya sea sancionador (art. 3 del Reg. 17), de declaración negativa o de exención (arts. 2 y 6 del Reg. 17). El art. 44.1 de nuestra Ley de Defensa de la Competencia (LDC) faculta al TDC a aplazar su resolución cuando se acredite que se está siguiendo un procedimiento por los mismos hechos ante los Órganos comunitarios. Esta norma debe interpretarse a la luz del art. 9.3 del Reg. 17/62: cuando unos mismos hechos sean simultáneamente objeto de un procedimiento ante las autoridades comunitarias y nacionales, el TDC puede optar entre, suspender el procedimiento conforme al art. 44.1 LDC, o continuar su tramitación, pero únicamente para aplicar la normativa nacional (art. 9.3 Reg. 17/62) y respetando los principios de la jurisprudencia *Walt Wilhelm*.

⁸ Sentencia *Walt Wilhelm*, *ibid.*, aptdo. 3; sentencia *Giry y Guerlin*, *ibid.*, aptdo. 15.

disposiciones comunitarias en todo el mercado común y el pleno efecto de los actos adoptados en aplicación de dichas disposiciones. Aunque no existan otros precedentes en los que el Tribunal haya tenido ocasión de matizar esta importante limitación de la posibilidad de aplicar las normas nacionales de defensa de la competencia cuando ya ha habido un pronunciamiento por parte de las autoridades comunitarias, parece evidente que las autoridades nacionales no puedan aplicar su propio Derecho a un determinado acuerdo cuando la Comisión, en una decisión formal, haya declarado su compatibilidad con la normativa comunitaria, bien concediendo una exención individual al amparo del artículo 85.3 TCE, bien en aplicación de un Reglamento de exención por categoría⁹.

No puede decirse lo mismo, sin embargo, de una decisión de declaración negativa (art. 2 del Reg. 17/62), por la cual la Comisión constata que un acuerdo no entra en el ámbito de la prohibición del artículo 85.1 TCE, ya sea porque no afecta al comercio intracomunitario (en cuyo caso parece justificada la aplicación del Derecho nacional), ya sea porque una posible restricción no se considera contraria al artículo 85.1, porque su análisis, en el contexto económico y legal en el que la restricción se inscribe, lleva a la conclusión de que ésta no es realmente anticompetitiva (sería el caso, por ejemplo, de sistemas de distribución selectivos o de licencias exclusivas concedidas en el contexto de nuevas tecnologías que conllevan la necesidad de elevadas y arriesgadas inversiones). Tampoco puede decirse de todos aquellos asuntos que la Comisión despacha mediante carta administrativa (*comfort letter*), un instrumento no previsto en el Reglamento 17/62, con el que la Comisión resuelve la gran mayoría de los casos archivando el asunto y comunicando a la parte afectada que el asunto no presenta, a primera vista, problemas respecto a las normas comunitarias de defensa de la competencia. La Comisión hace uso de estas cartas administrativas tanto cuando el acuerdo en cuestión carece de «interés comunitario» (es decir, interés político, económico o jurídico particular para la Comunidad) o no afecta al comercio intracomunitario, como en los casos en los que un acuerdo no es contrario al artículo 85.1, es *de minimis* o puede acogerse a un Reglamento de exención por categoría. Si bien es cierto que el TJCE consideró en la citada sentencia *Giry y Guerlin* que el Derecho nacional era plenamente aplicable en estos casos —es decir, tras la declaración informal de la Comisión, en una carta administrativa, que un acuerdo no es contrario al Derecho de la competencia comunitario—, en el caso concreto remitido al TJCE, el acuerdo no entraba en el ámbito de aplicación del artículo 85.1 TCE por no afectar el comercio intracomunitario, es decir por razones meramente jurisdiccionales. Mientras que en estos casos, la aplicabilidad del Derecho nacional parece incuestionable, no lo es, en

⁹ En unas recientes conclusiones en los asuntos *BMW/ALD Auto-Leasing* (as. C-70/93, Rec. 1995, p. I-3439) y *Bundeskartellamt/VW* (as. C-266/93, Rec. 1995, p. I-3477), el Abogado General Tesouro interpretó la jurisprudencia del TJCE en este mismo sentido.

cambio, en aquellos en los que la Comisión declara la compatibilidad de un acuerdo con el artículo 85.1 por razones de fondo, máxime cuando las disposiciones nacionales son, como en el caso español, básicamente idénticas a las comunitarias.

En estos casos, la aplicabilidad paralela del Derecho nacional es una cuestión abierta, y no cabe duda de que esta situación trae consigo un cierto grado de inseguridad jurídica para las empresas, aunque los problemas derivados de la distinta norma prohibitiva que sea de aplicación no parecen, en principio, demasiado preocupantes en la medida en que las prohibiciones contenidas en el ordenamiento comunitario y en los respectivos Derechos nacionales son, sustancialmente, idénticas¹⁰.

Más preocupantes, en cambio, son —a nuestro entender— los problemas derivados de la autoridad a la que deban dirigirse los particulares para solicitar una exención y las condiciones para ser acreedor a la misma. En primer lugar, porque, como queda dicho, la dificultad de la elección incide muy directamente en la seguridad jurídica; en segundo lugar, porque los requisitos que la respectiva autoridad nacional debe tener en cuenta para conceder la exención pueden ser muy distintos. Así, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 3 de nuestra Ley de Defensa de la Competencia (LDC) contempla tres supuestos de autorización que son absolutamente desconocidos para el Derecho comunitario.

Nos atreveríamos a concluir este apartado afirmando que la vaguedad con la que los artículos 85 y 86 enuncian su ámbito de aplicación ha propiciado estos posibles conflictos entre la Comisión y las autoridades nacionales y ha engendrado la inseguridad jurídica a la que nos hemos referido.

III. LA DELIMITACIÓN DE LA JURISDICCIÓN COMUNITARIA Y NACIONAL EN EL ÁMBITO DEL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES

A diferencia de la inseguridad jurídica que sigue caracterizando la delimitación de los respectivos ámbitos de aplicación del Derecho de la competencia comunitario y nacional en el contexto de los artículos 85 y 86 del Tratado, la delimitación de competencias es mucho más clara en el ámbito del control de las concentraciones económicas. Precisamente en aras de evitar que las respectivas jurisdicciones de la Comisión y de las autoridades nacionales se solapen en materia de concentraciones, el

¹⁰ Con algunas salvedades, siendo el caso más relevante el distinto tratamiento que algunos ordenamientos nacionales, ya sea por el distinto enunciado de la norma (Alemania), ya sea por la distinta aplicación práctica, conceden a las restricciones verticales. *Vid.* sobre este punto el «Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria» presentado por la Comisión Europea el 22 de enero de 1997, Cap. VI (COM (96) 721 final).

Reglamento del Consejo nº 4064/89/CEE, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, de 21 de diciembre de 1989, establece un claro sistema de delimitación de competencias en su artículo 21.

En efecto, el artículo 21 del citado Reglamento establece el principio de jurisdicción exclusiva de la Comisión para «concentraciones» de «dimensión comunitaria» y obliga, al mismo tiempo, a los Estados miembros a abstenerse de aplicar su legislación nacional a estas operaciones de concentración. La contrapartida de la jurisdicción exclusiva de la Comisión en estos casos (también conocido como principio *one-stop shopping*), es el artículo 22.1, que dispone que el Reglamento será el único aplicable a las operaciones de concentración. Esto significa, y la lectura del segundo apartado del artículo 22 confirma esta interpretación, que los demás reglamentos de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, y en particular el Reglamento 17/62, no son de aplicación a las operaciones de concentración. Es más, la inaplicabilidad de estos reglamentos no se refiere sólo a las concentraciones de dimensión comunitaria —para los que, como queda dicho, el Reglamento 4064/89 es el único instrumento aplicable—, sino a todas las «concentraciones», con independencia de que éstas sean o no de dimensión comunitaria¹¹. Aunque los artículos 85 y 86 TCE sean en principio —y de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE¹²— aplicables a determinadas operaciones de concentración¹³, la Comisión no puede, por tanto, aplicar el Reglamento 17/62 (que le faculta para adoptar decisiones prohibitorias y sanciones) a las operaciones de concentración, incluso cuando éstas carecen de dimensión comunitaria, en cuyo caso la competencia será exclusiva de los Estados miembros¹⁴.

La única excepción a la competencia exclusiva de los Estados miembros a conocer de las operaciones de concentración que carecen de dimensión comunitaria, es —aparte de la posibilidad de remitir dichas operaciones a la Comisión conforme al procedimiento previsto en los apartados 3-5 del artículo 22 del propio Reglamento¹⁵— la posibilidad

¹¹ Cf. el séptimo considerando del Reglamento: «todas».

¹² En la sentencia *Continental Can* (as. 6/72, Rec. 1973, p. 215), el TJCE confirmó la aplicabilidad del art. 86 TCE a la adquisición de un competidor por parte de una empresa dominante; la aplicabilidad del art. 85 a operaciones de concentración —aunque el sexto considerando del Reglamento 4964/89 no parece albergar dudas al respecto— es más dudosa, ya que el TJCE se limitó a aplicar esta disposición a la adquisición de una participación *minoritaria* en un competidor, que precisamente no constituye una «concentración», ya que la participación minoritaria no le confiere el control a la empresa adquirente (as. *BAT y Reynolds/Comisión*, Rec. 1987, p. 4487). Asimismo, la práctica anterior de la Comisión indica más bien que el art. 85.1 TCE no es aplicable a verdaderas «concentraciones»; *vid.* as. *SHV/Chevron*, Decisión 75/95/CEE, DOCE L38/14, de 12 de febrero de 1975 y también la Decisión 85/78, *Mecaniver PPG*, DOCE L35/54, de 7 de febrero de 1985, punto 13.

¹³ Cf. el sexto considerando del Reglamento.

¹⁴ Cf. el 29 considerando del Reglamento.

¹⁵ A la vista de los elevados umbrales que el art. 1.2 del Reglamento establece para que una concentración sea de dimensión comunitaria, este procedimiento de remisión a la Comisión fue

de aplicar los artículos 85 y 86 TCE en virtud del artículo 89 del Tratado que, sin embargo, no faculta para la adopción de una decisión prohibitoria o la imposición de sanciones. En las declaraciones de la Comisión y del Consejo relativas al Reglamento 4064/89 (que forman el anexo del mismo), la Comisión ha manifestado que «se reserva la posibilidad de intervenir, con arreglo a los procedimientos establecidos en el artículo 89 del Tratado, en supuestos no previstos en el artículo 22 con respecto a las operaciones de concentración que se definen en el artículo 3 pero que no tienen dimensión comunitaria con arreglo al artículo 1», aunque en la práctica aún no haya hecho uso de esta posibilidad ¹⁶.

La única excepción al principio de jurisdicción exclusiva de la Comisión para conocer de las concentraciones que tienen dimensión comunitaria, está prevista en el artículo 9 del propio Reglamento, la denominada «cláusula alemana», que prevé la posibilidad de remitir una operación de concentración de dimensión comunitaria notificada a la Comisión a las autoridades competentes de un Estado miembro, para que éstas apliquen su respectiva legislación nacional. La Comisión puede hacer uso de esta facultad cuando una operación de concentración afecta particularmente al mantenimiento de una competencia efectiva en el territorio de un Estado miembro ¹⁷. Tras una cierta reticencia inicial por parte de la Comisión de atender las solicitudes de remisión de distintas autoridades nacionales, últimamente la Comisión parece haber adoptado una actitud más generosa al respecto. Así, de las seis remisiones —sobre un total de 14 solicitudes— a autoridades nacionales efectuadas desde la entrada en vigor del Reglamento, tres datan del año 1996 ¹⁸.

introducido en el texto del Reglamento para asegurar un control de aquellas operaciones que afectan al comercio intracomunitario (art. 22.3) sin entrar en el ámbito de aplicación del Reglamento. Los Estados miembros que no disponen de un régimen de control de concentraciones desarrollado, tienen pues la posibilidad de remitir la operación a la Comisión para que ésta adopte las medidas necesarias para preservar o restablecer una competencia efectiva en el territorio del respectivo Estado miembro (art. 22.5). De las cuatro operaciones remitidas hasta la fecha a la Comisión por distintas autoridades nacionales, la Comisión se ha opuesto a dos (Decisión de 20 de septiembre de 1995, *RTL/Veronica/Endemol* (as. IV/M.553) y Decisión de 20 de noviembre de 1996 *Kesko/Tuko* (as. IV/M.784). En el asunto *British Airways/Dan Air* (Decisión de 17 de febrero de 1993, as. IV/M.278) la Comisión no se opuso a la operación (vid. XXIII Informe sobre Política de la Competencia (1993), aptdo. 322-323) y en la Decisión de 22 de agosto de 1996, *Blokker/Toys 'R' Us* (as. IV/M.801), rechazó la instancia de las autoridades neerlandesas.

¹⁶ En relación con el asunto *British Airways/Dan Air*, el entonces Comisario de Política de la Competencia, Sir Leon Brittan, declaró que «[...] whilst the Commission has a residual power to apply Article 86 in such circumstances, by using a procedure set out in Article 89 of the EEC Treaty, it will only do so where a very clear case of dominance is established that is not able to be dealt with by national competition authorities. This policy enables the one-stop shop principle to function effectively, and ensures that all concentrations are subject to effective regulatory control in the Community», IP (92) 1048, de 15 de diciembre de 1992.

¹⁷ Vid. decisión IV/M.180, *Steetley/Tarmac*, de 13.2.1992, aptdo. 2.

¹⁸ Vid. Decisiones *Steetley/Tarmac*, de 13 de febrero de 1992 (as. IV/M.180); *McCormick/CPC/Rabobank/Ostmann*, de 3 de noviembre de 1993 (as. IV/M.330); *Holdercim/Cedest*, de 6 de julio de 1994 (as. IV/M.460); *Gehe/Lloyds*, de 22 de marzo de 1996 (as. IV/M.716); *RWE/Thyssengas*, de 26 de noviembre de 1996 (as. IV/M.713); *Bayernwerk/Isarwerke*, de 26.11.96 (as. IV/M-808).

Tras esta sucinta descripción del sistema de delimitación de competencias previsto en el Reglamento 4064/89, sobre control de concentraciones, pasaremos a analizar los criterios que el Reglamento prevé para establecer que una concentración es de «dimensión comunitaria» y, por consiguiente, cae bajo su ámbito de aplicación y bajo la competencia de la Comisión.

Como es bien sabido, el ámbito de aplicación del Reglamento 4064/89 viene definido en su artículo 1 por dos elementos: que la operación sea una concentración, y que sea de dimensión comunitaria. El concepto de concentración figura definido en el artículo 3 del mismo Reglamento, siendo el concepto de control un elemento fundamental de esta definición. La dimensión comunitaria viene determinada por los parámetros de cifras de negocios (absolutas y relativas) fijados en el artículo 1, cuya forma de cálculo se establece en el artículo 5.

Conforme al artículo 1.2 del Reglamento, una operación de concentración es de «dimensión comunitaria» cuando el volumen de negocios global del conjunto de las empresas afectadas¹⁹ es superior a 5.000 millones de ECUs, el volumen de negocios realizado en la Comunidad por, al menos, dos de estas empresas supera los 250 millones de ECUs, y cuando, además, no se da el caso de que todas las empresas afectadas realizan más de las dos terceras partes de su volumen de negocios en la Comunidad en un mismo Estado miembro. Las cifras de volumen de negocios a los que hace referencia el citado artículo 1.2, no se limitan al volumen de ventas correspondiente a cada una de las empresas afectadas en la operación, sino que pretenden abarcar también las cifras de venta de todas las empresas vinculadas a la empresa afectada. Por ello, a efectos de determinar el volumen de negocios agregado de una empresa afectada, el apartado cuatro del artículo 5 del Reglamento dispone que en el cálculo deberán incluirse los volúmenes de negocios de las filiales, sociedades matrices y hermanas de la empresa afectada, así como de cualquier otra empresa controlada conjuntamente por dos o más de las empresas que integran el grupo (art. 5.4.e). El artículo 5.4²⁰, para determinar la cifra de negocios que deba ser sumada a la de una empresa afectada dispone:

«Artículo 5. Cálculo del volumen de negocios.

[...]

¹⁹ El concepto de «empresa afectada» es interpretado por la Comisión en la Comunicación 94/C 385/03, de 31 de diciembre de 1994 sobre el concepto de empresas afectadas.

²⁰ Los criterios contenidos en las letras a) - d) del art. se corresponden con aquellos empleados en numerosos Reglamentos de exención por categoría para definir los términos de «empresas vinculadas» (art. 4.2 de los Reg. 1984/83 (compra exclusiva) y 1983/84 (distribución exclusiva); art. 9.2 Reg. 418/85 (I+D); art. 10.8 Reg. 1475/95 (distribución de vehículos); art. 10.14 Reg. 240/96 (transferencia de tecnología); así como «empresas participantes» (art. 7.1 Reg. 417/85, sobre acuerdos de especialización).

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, para el cálculo del volumen de negocios de la empresa afectada con arreglo al apartado 2 del artículo 1, se sumarán los volúmenes de negocios de las empresas siguientes:

a) la empresa afectada²¹;

b) las empresas en las que la empresa afectada²² disponga, directa o indirectamente,

— de más de la mitad del capital o del capital circulante,

— del poder de ejercer más de la mitad de los derechos de voto,

— del poder de designar más de la mitad de los miembros del Consejo de vigilancia o de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, o

— del derecho a dirigir las actividades de la empresa;

c) las empresas que dispongan de los derechos o facultades enumerados en la letra b) con respecto a una empresa afectada;

d) aquellas empresas en las que una empresa de las contempladas en la letra c) disponga de los derechos o facultades enumerados en la letra b);

e) las empresas²³ en las que varias empresas de las contempladas en las letras a) a d) dispongan conjuntamente de los derechos o facultades enumerados en la letra b).»

Como veremos a continuación, a la hora de determinar qué empresas relacionadas con la empresa afectada deben incluirse en el cálculo del volumen de negocios, la Comisión ha ido interpretando el artículo 5.4 del Reglamento en un sentido cada vez más amplio, logrando así sumar la cifra de negocios de empresas que no debieran resultar incluidas en la suma, si se hiciera una aplicación estricta de los preceptos del artículo 5.4. El resultado de esta práctica de la Comisión ha sido —en nuestra opinión— la extensión del ámbito de aplicación del Reglamento y, por tanto, del ámbito de su jurisdicción exclusiva, a operaciones de concentración que, en los términos estrictos del artículo 5.4, carecerían de «dimensión comunitaria» y pertenecerían a la competencia exclusiva de los Estados miembros.

En efecto, los criterios que enumera el artículo 5.4 en sus distintos apartados se basan en los conceptos de «grupo» y «control» y el

²¹ La versión española emplea la expresión «en cuestión», con lo que parece referirse a una empresa diferente de la empresa afectada. Sin embargo la lectura de las otras versiones lingüísticas confirma que la referencia es a «la empresa afectada» («concernée», en francés; «concerned» en inglés).

²² Ver nota anterior.

²³ La versión española dice por error «las empresas en cuestión...»; ver texto francés: «les entreprises dans lesquelles...» e inglés: «those undertakings in which...».

artículo 5.4 no hace otra cosa que explicitar en qué casos el control ejercido por o sobre la empresa afectada es suficiente como para tener que incluir, bien a una empresa controlada, bien a una matriz, en el grupo al que pertenece la empresa afectada. Para ello, el artículo 5.4, al disponer qué cifras de negocios deben sumarse a la cifra de negocios de las empresas afectadas, no utiliza —como podría obviamente hacer— el mismo criterio amplio de «control» utilizado en el artículo 3.3 del mismo Reglamento para definir la noción de «concentración», sino otro distinto, caracterizado —frente a la amplia noción de «control» del artículo 3.3²⁴— por ser una enumeración precisa y taxativa.

De acuerdo con la Comunicación de la Comisión relativa al cálculo del volumen de negocios, la utilización de unos umbrales «puramente cuantitativos, basados exclusivamente en el volumen de negocios, sin tomar en consideración cuotas de mercado u otros parámetros, obedece al propósito de fijar un mecanismo sencillo y objetivo, que las empresas que intervengan en operaciones de concentración puedan utilizar fácilmente para determinar si dichas operaciones son de dimensión comunitaria y están, por tanto, sujetas a notificación»²⁵.

La claridad y precisión de los criterios cuantitativos empleados en el artículo 5.4. —y su diferencia con los criterios cualitativos del artículo 3.3— no son, pues, el resultado de una defectuosa técnica legislativa, sino que responden al inequívoco deseo del legislador comunitario —en este caso el Consejo de Ministros— de delimitar perfectamente el ámbito de competencia de las Autoridades nacionales y de la Comisión²⁶, y —lo que es aún más importante— a la necesidad de garantizar la seguridad jurídica del administrado.

Dos decisiones de la Comisión con respecto a la operación de concentración *Swissair/Sabena* son un claro ejemplo de la vaguedad y laxitud de la noción de control contenida en el artículo 3.3 del Reglamento. En la decisión de 19 de julio de 1995²⁷, en aplicación del Reglamento

²⁴ El art. 3.1 define una operación de concentración como aquella en la que se produce una toma de «control», y el art. 3.3 define el «control», a estos efectos, como «la posibilidad de ejercer una influencia decisiva», en los siguientes términos:

«A los efectos del presente Reglamento, el control resulta de los derechos, contratos, u *otros medios* que, por sí mismos o *en su conjunto*, y teniendo en cuenta las *circunstancias de hecho* y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa, y en particular:

a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de la empresa;

b) derechos y contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.» (Cursivas nuestras).

²⁵ Comunicación 94/C 385/04, apartado 5.

²⁶ Ver la STPI en el asunto T-3/93, *Air France/Comisión* (Dan Air), Rec. 1994, II-121, apdos. 45 y 102.

²⁷ Decisión 95/404/CE, DOCE L239/19 de 7 de octubre de 1995.

2407/92 (sobre licencias a las compañías aéreas), la Comisión consideró que Sabena, tras la operación, continuaba sometida al control de los accionistas belgas —y que los accionistas de terceros países no tienen «ninguna influencia decisiva en la compañía»²⁸, de manera que Sabena seguiría estando controlada por accionistas nacionales de un Estado miembro, requisito esencial para poder acogerse al régimen de licencias de ese Reglamento y tener así libre acceso a todas las rutas comunitarias. Sin embargo, otra decisión del día siguiente²⁹ adoptada en aplicación del Reglamento 4064/89, establece exactamente lo contrario: «que cada una de las sociedades matrices [y, por tanto, también Swissair, el accionista de un tercer país no comunitario] tendrá la posibilidad de ejercer una influencia decisiva en la política comercial de Sabena en el sentido del artículo 3.1.b) del Reglamento de concentraciones» (traducción propia)³⁰, de modo que Sabena estaría bajo el control conjunto del Estado belga y Swissair. El ejemplo pone, pues, de manifiesto la laxitud del artículo 3.3³¹ y de sus equivalentes en otros Reglamentos, y la variedad de interpretaciones que admite, en perjuicio de la seguridad jurídica, frente a la precisión del artículo 5.4.

En efecto, como ha señalado la doctrina³², por afectar a materias tan delicadas como son la seguridad jurídica del administrado y el reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros, el Consejo ha utilizado un criterio distinto en cada caso, a saber, un test jurídico-formal, cuantitativo y de menor alcance, en el artículo 5.4 y un test, basado en criterios materiales y cualitativos —de mayor alcance— en el artículo 3.3. Los antecedentes legislativos que llevaron a la adopción del Reglamento 4064/89 corroboran la importancia de la distinción entre el concepto de control del artículo 3.3, por un lado, y los criterios del artículo 5.4, por el otro.

²⁸ Apartado XI, párrafo tercero de la decisión.

²⁹ Caso nº IV/M.616, decisión de 23 de junio de 1995.

³⁰ El art. del Reglamento sobre licencias a las compañías aéreas que se aplicó al caso, el art. 2.g), en relación con el artículo 4, tiene una redacción idéntica al art. 3.3 del Reglamento de concentraciones.

³¹ Otro ejemplo de la amplitud del concepto de «control» en el art. 3.3 del Reglamento es la decisión *Société Generale de Belgique/Générale de Banque* (as. IV/M.343, decisión de 3 de agosto de 1993), en la que la Comisión concluyó que el incremento de la participación de Société Générale de Belgique en Générale de Banque de un 20,94 por ciento a un 25,96 por ciento le confería el control sobre esta última puesto que su participación previsiblemente le daría un 56,62 por ciento de los derechos de voto en la próxima junta de accionistas; cf. ZACHMANN, J., *Le contrôle communautaire des concentrations* (1994), puntos 1.334-35.

³² Así lo confirman varios autores de la doctrina: BELLAMY & CHILD, *Common Market Law of Competition*, (4ª ed., 1993), puntos 6-053 y 6-008, nota 16; BOS, P.V.F., STUYCK, J., WYTINCK, P., *Concentration Control in the European Economic Community* (1992), punto 4-020 (p. 133); GONZÁLEZ-DÍAZ, E. & JONES, C., *The EEC Merger Regulation* (1992), punto 2.4.1. (p. 26); BAEL, I. VAN/BELLIS, J.F., *EC Competition Law Reporter*, CCH Europe, aptdo. 55-360 y COOK, J. & KERSE, C., *EEC Merger Control- Regulation 4064/89* (1. ed. 1991), punto 3.4.6. (pp. 50-51); ZACHMANN, J., *Le contrôle communautaire des concentrations* (1994), puntos 1.329 y ss.; HAWK, B./HUSER, H., *EC Merger Control: A Practitioner's Guide* (1996), capítulo III.6.

La doctrina ha puesto de manifiesto que la Comisión en su día ya intentó introducir en el artículo 5.4 la noción y el término de «control» contenido en el artículo 3.3, y que este intento fue expresamente rechazado por el Consejo durante el largo proceso legislativo que llevó a la adopción del Reglamento 4064/89³³. En efecto, la Propuesta inicial de Reglamento presentada por la Comisión al Consejo en 1973³⁴, se remitía, para el cálculo del volumen de negocios de la empresa afectada (artículo 5), a la noción de control contenida en el artículo 2 de la Propuesta (equivalente al actual artículo 3 del Reglamento 4064/89). Así, el artículo 5.1.a) de la Propuesta de la Comisión decía:

«1.a) La cifra de negocios total contemplada en el artículo 1º párrafo 2 y en el artículo 4 párrafo 1º resulta de la suma de las cifras de negocio realizadas en el transcurso del último ejercicio por el conjunto de los productos y servicios por:

- 1º) las empresas que participen en la operación de concentración,
- 2º) las empresas o *grupos* de empresas que *controlan* las empresas participantes en la operación de concentración *en el sentido del artículo 2*,
- 3º) las empresas o *grupos* de empresas controladas *en el sentido del artículo 2* del presente reglamento por las empresas participantes en la operación de concentración.» (traducción propia; cursivas nuestras)

En las deliberaciones del Consejo que precedieron a la adopción del Reglamento, el ámbito de aplicación del mismo fue una de las cuestiones más debatidas³⁵. En la cuarta propuesta modificada del Reglamento, del año 1988³⁶, la Comisión tuvo que omitir cualquier referencia a la noción de «grupo» y al concepto de «control en el sentido del artículo 2 [hoy art. 3]» que habían figurado en sus propuestas anteriores, y propuso una versión del artículo 5.4 que, en lo fundamental, se corresponde con la finalmente aprobada. La propuesta inicial de la Comisión de utilizar las mismas nociones y criterios para determinar la *existencia* de una concentración y para determinar su *dimensión*, fue expresamente rechazada por el Consejo, que estableció para este segundo caso unos parámetros más precisos y taxativos, en aras de la seguridad jurídica³⁷.

³³ Vid. BOS, P.V.F., STUYCK, J., WYTINCK, P., antes citado, p. 132, nota 27.

³⁴ DOCE C92/1 de 31 de octubre de 1973.

³⁵ Así lo señaló la Comisión en la Propuesta modificada de Reglamento: «Les discussions qui se sont déroulées au niveau du Conseil ont fait apparaître des divergences importantes principalement en ce qui concerne le champ d'application du règlement» (DOCE C36/3 de 12 de febrero de 1982).

³⁶ DOCE C130/4 de 19 de mayo de 1988.

³⁷ En el mismo sentido se pronunció el Comité Económico y Social en su Dictamen sobre la propuesta modificada de este Reglamento (DOCE 218/14 de 8 de agosto de 1988, punto 6.1.2): «Sin embargo, dada la importancia de saber si una operación de concentración pertenece o no al ámbito de aplicación del Reglamento, es indispensable, en aras de la seguridad jurídica, elaborar la más clara definición posible».

Todo ello es suficientemente ilustrativo de la inequívoca voluntad del Consejo de establecer, en contra de lo propuesto por la Comisión, parámetros diferentes para determinar, por una parte cuándo existe una concentración (artículo 3) y por otra qué Autoridad es competente para su evaluación (artículo 5.4). La utilización de criterios distintos en los artículos 3.3 y 5.4 responde pues claramente a la distinta finalidad y trascendencia de cada uno de ellos. En el artículo 3.3 el hecho de que una operación sea, o no, concentración afecta al procedimiento a seguir, pero no a la competencia para resolver, que será en ambos casos de la Comisión (si se dan los requisitos cuantitativos). En el artículo 5.4, por el contrario, el cálculo del volumen de negocios determina a qué autoridad debe dirigirse el administrado y qué autoridad es competente para resolver sobre la concentración —la Comisión o las autoridades de los Estados miembros—. De esta cuestión también depende si la operación debe notificarse obligadamente en el plazo de sólo una semana (art. 4.1) o —en el caso de España— dentro del plazo voluntario de tres meses a partir de la conclusión del acuerdo, y si debe o no suspenderse conforme al artículo 7.1 del Reglamento 4064/89 (obligación que no tiene equivalente en nuestra LDC).

Analicemos pues la interpretación que la Comisión ha hecho en su práctica decisoria de los criterios precisos y taxativos del artículo 5.4 del Reglamento.

1. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 5.4 A SUPUESTOS DE CONTROL FÁCTICO

La primera ampliación de los criterios del artículo 5.4 se produce cuando la Comisión aplica los supuestos que enumera la letra b) del artículo 5.4 a constelaciones en las que una empresa disponga *de facto* de las mayorías y derechos enunciados en dicho artículo, sin disponer desde un punto de vista estrictamente legal de «más de la mitad» del capital, de los votos en el Consejo, etc. En la práctica, la Comisión incluye tanto las filiales controladas *de facto* por la empresa afectada en cuestión (art. 5.4.b) como las matrices que a su vez la controlan *de facto* (art. 5.4.b) en combinación con la letra c) utilizando los amplios criterios del artículo 3.3 y no aquellos del art. 5.4 para determinar si existe o no «control».

La diferencia existente entre los conceptos de control de los artículos 3.3 y 5.4 del Reglamento aun podía apreciarse en la práctica de la Comisión en el primer año tras la entrada en vigor del Reglamento. En el asunto *Arjomari-Prioux/WTA*³⁸ la Comisión consideró, por un lado, que el 39 por ciento del accionariado de WTA, del que era titular Arjomari-Prioux, le confería a ésta una «influencia decisiva» sobre

³⁸ Caso IV/M.025 de 10 de diciembre de 1990.

WTA y, por tanto, el «control» en el sentido del artículo 3.3 del Reglamento. En cambio, se negó a considerar el volumen de negocios de la matriz de Arjomari-Prioux, Groupe Saint Louis, por considerar que ésta no cumplía los requisitos del tercer guión del artículo 5.4.b), al disponer sólo de un 45,12 por ciento del accionariado. Sin embargo, en un *obiter dictum* en esta misma decisión, la Comisión ya apuntó su pretensión de incluir el volumen de negocios de empresas relacionadas con la empresa afectada aunque éstas no tuvieran la mayoría absoluta («más de la mitad», art. 5.4.b) de los derechos de voto en la empresa afectada³⁹ (es decir, aplicando los criterios de «control» del artículo 3.3).

Posteriormente, la Comisión pasó ya a aplicar esta interpretación que había hecho del artículo 5.4 en su práctica. Así, la Comisión incluyó la cifra de negocios del grupo Havas en el cálculo del volumen de negocios de Eurocom en el asunto *EUROCOM/RSCG*⁴⁰, a pesar de que Havas sólo poseía una participación de un 44,25 por ciento en Eurocom. Aun así, la existencia de «control» se justificaba —según la Comisión— por el hecho de que esta participación le había permitido ejercer *de facto* el 69,5 por ciento, 68 por ciento y el 77,5 por ciento de los derechos de voto presentes y representados en las últimas tres juntas generales. Sin citar el artículo 3.3, la Comisión utilizó, pues, los parámetros de esta disposición para establecer que Havas disponía, gracias a la dispersión del voto del resto de los accionistas, del poder de ejercer más de la mitad de los derechos de voto, por lo cual la Comisión estimó que controlaba a Eurocom en el sentido del artículo 5.4.c) del Reglamento.

En el asunto *Eridania/ISI*⁴¹, el mismo razonamiento sirvió a la Comisión para sumar la cifra de negocios del grupo Ferruzzi a la de Montedison, que a su vez controlaba la empresa afectada Eridania, aunque Ferruzzi sólo tuviera un 43,69 por ciento del capital de Montedison. En la decisión *IFINT/EXOR*, la Comisión llegó incluso a considerar —siguiendo una vez más los criterios fácticos del artículo 3.3—, que la propia IFINT afirmaba en sus documentos oficiales que «formaba parte del grupo Agnelli», para sumar la cifra de negocios de este grupo, a

³⁹ En el apartado 6 de la citada decisión, la Comisión afirma que: «[El poder de nombrar a más de la mitad de los miembros del consejo o de otro órgano de representación legal de una empresa] no existe únicamente cuando una empresa dispone del derecho contractual de efectuar estos nombramientos, sino también cuando una empresa, aun no disponiendo de una mayoría absoluta de los derechos de voto en una sociedad, posee la proporción más grande de estos derechos y los demás derechos de voto están a su vez dispersos. Si puede demostrarse que la empresa que posee semejante participación de hecho ha sido capaz de hacer estos nombramientos por controlar más de un 50 por ciento de los derechos de voto en la junta general debido a la ausencia de otros derechos de voto, se puede razonablemente asumir que tiene el poder al que hace referencia el tercer guión del artículo 5.4.b).» (traducción propia).

⁴⁰ Asunto IV/M.147, decisión de 15 de noviembre de 1991.

⁴¹ Asunto IV/M.062, decisión de 30 de julio de 1991.

pesar de que IFI, filial del grupo Agnelli, «no poseía la mayoría del capital de la sociedad IFI»⁴².

Esta práctica de la Comisión —que ni siquiera ha quedado reflejada en la nueva Comunicación sobre el cálculo del volumen de negocios de 1994— en nuestra opinión constituye una injustificada ampliación de la competencia de la Comisión, que —además de crear inseguridad jurídica entre las empresas, que en muchos casos ya no saben con seguridad a qué autoridad deben dirigirse— es claramente contraria a la voluntad del Consejo de establecer un mecanismo sencillo y claro en favor de la seguridad jurídica de los administrados y, por ello, un criterio distinto al empleado en el artículo 3.3 del Reglamento⁴³.

2. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 5.4 A SUPUESTOS DE CONTROL CONJUNTO

La segunda extensión del ámbito del artículo 5.4, se deriva de la práctica de la Comisión de incluir a sociedades matrices que controlan *conjuntamente* a una empresa afectada —y que, por tanto, necesariamente no pueden poseer «más de la mitad» del capital, de los derechos de voto, etc. en la empresa afectada—, en el cálculo del volumen de negocios de esta última. Esta práctica también queda reflejada en la Comunicación relativa al cálculo del volumen de negocios⁴⁴, donde la Comisión afirma que «en el caso de que la empresa afectada esté bajo el control conjunto de dos o más sociedades, esto es, cuando la gestión de la actividad de la misma requiera el acuerdo de todas y cada una de las empresas, habrá de incluirse el volumen de negocios de todas ellas»(apartado 38.3).

De esta manera, en el asunto *AHOLD/Jerónimo Martins/Inovação*⁴⁵, en que JMR había adquirido la empresa Inovação Holding, la Comisión incluyó el volumen de negocios de Ahold en el cálculo de la cifra de negocios de la empresa afectada JMR, que Ahold y JM Holding controlaban conjuntamente. Aunque la decisión no facilite detalles sobre los respectivos volúmenes de negocios de las empresas afectadas, parece ser que sin el volumen de negocios de Ahold (9.078 millones de ECU) la operación no hubiera alcanzado el umbral de los 5.000 millones de ECUS (art. 1.2.a) del Reglamento). Asimismo, la Comisión, sin dar más explicaciones, incluyó el volumen de negocios de Rhône-Poulenc en el cálculo del volumen de negocios de TERIS, filial común de la primera y SITA, en la decisión *SITA-RPC/SCORI*⁴⁶. La decisión *CWB/Goldman Sachs/Tar-*

⁴² Asunto IV/M.187, decisión de 30 de enero de 1992, aptdo. 8.

⁴³ *Vid.*, en este mismo sentido, HAWK, B./HUSER, H., antes citado, capítulo III.6.

⁴⁴ Comunicación 94/C 385/04, DOCE de 31 de diciembre de 1994.

⁴⁵ Asunto IV/M.320, decisión de 12 de marzo de 1993.

⁴⁶ Asunto IV/M.295, decisión de 19 de marzo de 1993, aptdos. 3 y 16.

*kett*⁴⁷ es la única en la que la Comisión hace constar expresamente que incluye la cifra de negocios de las matrices que controlan conjuntamente la empresa afectada CWB en el cálculo del volumen total de negocios de esta última.

La misma, a nuestro entender errónea, interpretación del artículo 5.4.b) del Reglamento también la hallamos en la actitud de la Comisión en cuanto a su competencia para conocer del asunto *Cablevisión*⁴⁸ y la subsiguiente —por razones de admisibilidad infructuosa— solicitud de medidas cautelares ante el TPI en el asunto *Sogecable/Comisión*⁴⁹. En este caso, en el que Telefónica y Sogecable habían creado la empresa en participación Cablevisión, las partes habían efectuado el cálculo del volumen de negocios de Sogecable incluyendo únicamente la cifra de negocios de la matriz que gestionaba a esta empresa conforme al cuarto guión del artículo 5.4.b) en combinación con el artículo 5.4.c), llegando así a la conclusión de que la operación no era de dimensión comunitaria. Consecuentemente, las partes notificaron la operación a las autoridades nacionales y obtuvieron una autorización de la concentración por parte del Gobierno español. La Comisión, a su vez, inició un expediente *ex officio* contra las partes de la operación, al entender que no sólo el volumen de negocios de PRISA (que posee un 25 por ciento del capital), sino también aquel de Canal+ Francia (que posee otro 25 por ciento) debía incluirse en el cálculo de la cifra de negocios de Sogecable, puesto que ambas controlaban conjuntamente a esta empresa afectada, con la consecuencia de que la operación de concentración Cablevisión tenía dimensión comunitaria y entraba en el ámbito de aplicación del Reglamento.

La Comisión basa la aplicación de la letra c) del artículo 5.4 a dos o más matrices de la empresa afectada, en el razonamiento⁵⁰ de que la letra c) emplea el plural «empresas» al remitir a la letra b). De esta manera, la Comisión aplica los cuatro guiones de la letra b) también en el caso en que dos o más empresas dispongan *conjuntamente* de aquellos derechos o facultades con respecto a una empresa afectada⁵¹. Esta interpretación del artículo 5.4 va aun más lejos que la práctica antes citada, puesto que combina la aplicación de las letras b) y c) del artículo 5.4 a los supuestos de control conjunto, con la aplicación de estas disposi-

⁴⁷ Asunto IV/M.395, decisión de 20 de enero de 1994, aptdo. 9.

⁴⁸ Asunto IV/M.709, Doce C 167/5, de 11 de junio de 1996; el procedimiento no finalizó con una decisión formal de la Comisión, puesto que las partes retiraron la notificación tras haber disuelto la empresa en participación.

⁴⁹ Asunto T-52/96R. Rec. 1996, p. II-797.

⁵⁰ Comunicación 94/C 385/04, relativa al cálculo del volumen de negocios, apartado 38. 3.

⁵¹ Vid. GONZÁLEZ-DÍAZ/JONES, antes citado, punto 2.4.2.1. (p. 30); BAEL, I. VAN/BELLIS, J.F., antes citado, apartado 55-390; COOK /KERSE, antes citado (1. ed. 1991), punto 3.4.7. (pp. 52-53) —la segunda edición de 1996 ya no hace referencia a esta problemática—; BECHTOLD, R., «Zwischenbilanz zum EG-Fusionskontrollrecht», *EuZW* 21/1994, p. 654; HAWK/HUSER, antes citado, capítulo III.6.3.

ciones a situaciones de control *de facto*, que hemos tratado en el apartado anterior. En efecto, en el citado asunto, en ningún caso —es decir aun asumiendo que el artículo 5.4 permitiera la inclusión de los volúmenes de negocios de matrices que controlan conjuntamente a una empresa afectada— las matrices podían tener «más de la mitad» de los derechos enumerados en el artículo 5.4.b), ya que cada una sólo tenía un 25 por ciento del capital de la empresa afectada.

En nuestra opinión, no tiene fundamento el argumento utilizado por la Comisión para justificar su práctica de incluir a matrices que controlan conjuntamente a una empresa afectada en el cálculo del volumen de negocios de esta última, según el cual la utilización del plural *empresas* en el apartado c) le autoriza a sumar en todos los casos las cifras de negocios de las empresas que ejercen los derechos o facultades de modo conjunto. Por una parte, porque todas las letras del artículo 5.4 emplean el plural y, por otra parte, porque —como ha señalado la doctrina⁵²— el empleo de tal plural en la letra c), de tener alguna significación particular, sólo tendría la de permitir englobar a las empresas en línea ascendente: la que ejerce esos derechos, la que los ejerce sobre ésta, y así sucesivamente. Otros autores⁵³ han interpretado la utilización del plural en la letra c) en el sentido de que varias empresas matrices pueden cumplir distintos guiones de la letra b) del artículo 5.4. (una empresa puede, por ejemplo, tener la mayoría de los derechos de voto y otra el derecho a nombrar la mayoría del consejo).

El único caso en el que el artículo 5.4 se refiere a una situación de ejercicio *conjunto* de derechos es en la letra e), para sumar la cifra de las empresas en las que dos o más empresas de las contempladas en las letras a) a d) dispongan conjuntamente de los derechos o facultades enunciados en la letra b). A este respecto cabe señalar, en primer lugar, que en la Propuesta modificada de Reglamento de la Comisión de 1988⁵⁴ (es decir, la primera propuesta que en principio se corresponde con el texto del artículo 5.4 finalmente adoptado), lo que en la versión final vino a ser la letra e), constituía un subpárrafo separado de las letras a) a d), que comenzaba con las palabras «[s]e considerarán *también* empresas interesadas aquéllas...». Esto demuestra que el supuesto de la letra e), constituye un caso totalmente distinto de los

⁵² *Vid.*, por ejemplo, DRAUZ, G./SCHROEDER, D, *Praxis der europäischen Fusionskontrolle* (3.ª ed., 1995), p. 21; COOK/KERSE, antes citado, punto 3.4.7 (pp. 52-53); BECHTOLD, «Zwischenbilanz zum EG-Fusionskontrollrecht», *EuZW* 1994, p. 654; SIRAGUSA, M./SUBIOTTO, R., «The EEC Merger Control Regulation: The Commission's evolving case law», *CMLRev.* 1991, p. 877 (p. 900), = *RTDE* 1992, p. 51 (p. 64); BAEL/BELLIS, antes citado, punto 55-390; LANGEN/BUNTE, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht* (7.ª ed.), Art. 5 Reg. 4064/89, apartados 10 y 14; IMMENGA, U./MESTMÄCKER, E.J., *Kommentar zum GWB* (1992), vor § 23, apartado 121.

⁵³ HAWK/HUSER, antes citado, aptdo. 6.2.2.; COOK/KERSE, antes citado, 2ª edición, p. 75.

⁵⁴ DOCE C130/7, de 19 de mayo de 1988.

supuestos tratados en las letras a) a d), y que la falta de referencia a empresas que disponen conjuntamente de derechos y facultades en las letras a) a d) no es un olvido del legislador, sino una exclusión consiente. Por ello, cuando el artículo 5.4 en su letra e) incluye la cifra de negocios de las empresas en las que se disponga conjuntamente de los derechos, lo hace exclusivamente para el caso de que tal disposición conjunta sea por parte de varias⁵⁵ de las empresas contempladas en las letras a) a d), pero no en el caso de que la disposición conjunta sea entre una de las empresas contempladas en las letras a) a d), y una tercera empresa. La propia Comisión acepta esta interpretación en su Comunicación relativa al volumen de negocios⁵⁶, aunque, al mismo tiempo —en el apartado 40 de la citada Comunicación— vuelve a incluir filiales comunes entre una empresa afectada y una tercera empresa. Si bien la Comisión en este supuesto sólo quiera imputar la mitad del volumen de negocios de la filial común a la empresa afectada (por analogía con la letra b) del apartado 5 del artículo 5), en nuestra opinión, la inclusión de una filial común con una tercera empresa es directamente contraria a la letra e) del artículo 5.4, que precisamente limita tal inclusión a filiales comunes controladas íntegramente por empresas pertenecientes al mismo grupo de la empresa afectada.

Constatamos, pues, que cuando el legislador ha querido referirse a la situación de disposición conjunta de derechos sobre una empresa, lo ha hecho de un modo limitado (sólo para las empresas que se encuentren «debajo» de una empresa afectada) y en un supuesto muy preciso (que excluye incluso aquellas empresas en las que una de las «matrices conjuntas» no sea una empresa de las contempladas en las letras a) a d)). También el apartado 5 del artículo 5 —que sólo permite la inclusión del volumen de negocios de una empresa controlada conjuntamente cuando al menos dos de sus matrices son empresas afectadas—, confirma que el legislador no contemplaba, en ningún caso, la inclusión de empresas en participación controladas por una empresa afectada y una tercera empresa⁵⁷.

En la citada Comunicación, la Comisión utiliza, para defender su interpretación extensiva, el argumento, según el cual «la lógica del Reglamento reposa ante todo en la determinación de los recursos eco-

⁵⁵ La versión inglesa dice «two or more».

⁵⁶ En su Comunicación 94/C/385/04, el diagrama contenido en el apartado 38, en el que la empresa *e* es un supuesto en el que los derechos sobre ella son ejercidos por dos empresas que tienen la calificación de *b* con respecto a la empresa afectada, es decir ambas matrices pertenecen al grupo de la empresa afectada.

⁵⁷ La nota orientativa III. B del antiguo formulario CO (anexo del Reg. 2367/90, de 25 de julio de 1990, DOCE L219/5, de 14 de agosto de 1990) relativa al art. 5.5 afirma sin lugar a dudas que «no se tendrán en cuenta las empresas conjuntas existentes entre cualquiera de las empresas afectadas y algún tercero»; cf. GONZÁLEZ-DÍAZ/JONES, antes citado, punto 2.4.2.4. y HAWK/HUSER, antes citado, capítulo III.6.2.2.

nómicos y financieros globales que se combinan mediante la concentración.» Tal argumento llevaría a la Comisión a prescindir por completo de todos los criterios taxativos enumerados en el art. 5.4. y a tomar en consideración la cifra de negocios de todos los accionistas, con independencia de que se encuentren en alguna de las situaciones descritas en aquel artículo, pues es obvio que sus recursos económicos y financieros también se combinan en la operación. Ocurre, sin embargo, que el legislador comunitario ha querido delimitar muy claramente cuáles de esos accionistas deben ser tenidos en cuenta y cuáles no.

Finalmente, tampoco hay que olvidar que un precepto que establece el reparto de competencias entre la Comisión y los Estados miembros y que tiene también por objeto garantizar la seguridad jurídica de los administrados no puede ser interpretado extensivamente, sino de manera restrictiva. Esto es tanto más así cuando el precepto que nos preocupa se halla incluido en un Reglamento cuyo fundamento es también el artículo 235 del Tratado, ya que introduce la nueva obligación —que no se deriva de los artículos 85 y 86 y, por tanto, tampoco del artículo 87 como base jurídica— de someter las operaciones de concentración a un régimen de control previo (arts. 4 y 7 del Reglamento).

IV. CONCLUSIÓN

La pretensión de este trabajo ha sido poner de manifiesto cómo la imprecisa redacción de los artículos 85 y 86 del Tratado —y la inexistencia de Derechos nacionales de la competencia en algunos Estados miembros durante largos años— ha propiciado una interpretación extensiva de la competencia de la Comisión para aplicar estos artículos a conductas que, en principio, no parecerían llamadas a ser reguladas por aquéllos.

En contraste con esta situación, creemos haber demostrado que el legislador comunitario en el Reglamento sobre el control de las operaciones de concentración ha querido establecer —y ha establecido— unos criterios mucho más claros y taxativos para delimitar las respectivas competencias de la Comisión y de las autoridades nacionales.

La práctica de la Comisión en aplicación de este Reglamento se ha orientado a aplicar los claros y taxativos criterios del artículo 5.4 como si fueran equivalentes a los más vagos criterios del artículo 3.3, que el legislador comunitario había excluido expresamente. La consecuencia ha sido —en nuestra opinión— no sólo la invasión por parte de la Comisión de competencias reservadas a las autoridades nacionales sino también la introducción de elementos de inseguridad jurídica para las empresas que, si quieren evitarla, habrán de recurrir a una —no obliga-

da por el reglamento— necesaria consulta previa con la Comisión en cuanto a la dimensión de la operación.

Sería de desear que la acordada ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento a determinadas operaciones que actualmente aún requieren una pluralidad de notificaciones nacionales, vuelva a llevar a la Comisión a aplicar los criterios del artículo 5.4 del Reglamento de manera más estricta⁵⁸.

⁵⁸ Tras haber rechazado la reducción de los umbrales del artículo 1.2 del Reglamento propuesta por la Comisión (COM (96) 313 final, DOCE C350/8, de 21.11.1996), el Consejo acordó informalmente el pasado 24.04.1997 ampliar el ámbito de aplicación del Reglamento para incluir también aquellas operaciones que, sin alcanzar los umbrales del artículo 1.2, cumplen los requisitos para ser examinadas en al menos en tres Estados miembros. A estos efectos, el Reglamento (CE), n.º 1310/97, de 30 de junio de 1997, por el que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 4064/89 (DOCE L 180/1, de 9.07.1997), sustituye el apartado 3 del artículo 1 por el siguiente texto:

«3. A efectos de la aplicación del presente Reglamento, una concentración que no alcance los umbrales establecidos en el apartado 2 tendrá dimensión comunitaria cuando

a) el volumen de negocios total, a nivel mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere los 2.500 millones de ecus;

b) el volumen de negocios total del conjunto de las empresas afectadas en cada uno de al menos tres Estados miembros supere los 100 millones de ecus;

c) al menos en los tres Estados miembros incluidos a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 25 millones de ecus; y

d) el volumen de negocios total realizado individualmente, en la Comunidad, por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 100 millones de ecus, salvo que cada una de las empresas afectadas por la concentración realice en un mismo Estado miembro más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Comunidad.»

La nueva versión del Reglamento entrará en vigor el 1 de marzo de 1998 (artículo 3 del Reg. n.º 1310/97).