



Revista de Fomento Social, 58 (2003), 643-680

Libre competencia y recuperación de empresas en crisis

(Entre la eficiencia económica y el compromiso social)¹

Luis M^a MIRANDA SERRANO²

(PALABRAS CLAVE: *EMPRESAS EN CRISIS, LIBRE COMPETENCIA, DERECHO "ANTITRUST"*)
KEY WORDS: FAILING FIRM DEFENSE, FREE COMPETITION, ANTITRUST LAW)

1. Propósito y plan

Cuando el 25 de marzo de 1957 se firma en Roma el *Tratado Constitutivo de la Comunidad* [TCE] el legislador europeo es consciente de que la «efectividad» de la competencia puede verse mermada o eliminada no sólo a través de coordinaciones de conductas concurrenciales [art. 81 TCE] y de explotaciones abusivas de posiciones dominantes [art. 82 TCE], sino también mediante la celebración de operaciones de concentración de empresas

¹ Trabajo enmarcado dentro del *Proyecto de Investigación BJU2000-0976*, financiado por la Dirección General de Investigación del Ministerio de Ciencia y Tecnología y del que es investigador principal el Profesor Dr. Juan Ignacio Font Galán.

² Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Córdoba.

(OPAs, fusiones, tomas de capital, compra o arrendamiento de activos, creación de empresas comunes, etc.), susceptibles de dar lugar a la formación de auténticos gigantes empresariales, aniquiladores de la competencia en los mercados. Sin embargo, no considera conveniente insertar en el Tratado ninguna norma controladora de los efectos anticoncurrenciales que suelen anudarse a estas últimas operaciones. Probablemente, porque teme que un posible control de las mismas hubiese podido frenar, más allá de lo razonable, las tendencias fusionistas y concentracionistas de las empresas europeas, que, dada la baja tasa de concentración intracomunitaria entonces existente, se veían con buenos ojos para hacer frente a las grandes empresas extracomunitarias.

En realidad, el interés de someter a control *antitrust* las concentraciones empresariales surge algo más tarde, en el momento en que empiezan a hacerse sentir los primeros recelos ante dichas operaciones, como consecuencia de su mayor presencia y relevancia en el mercado comunitario. No será, ciertamente, sino hasta ya entrada la década de los años setenta de la anterior centuria, cuando decidirá acometerse desde Bruselas un cierto control de las posiciones de dominio logradas a través de maniobras concentracionistas. Ahora bien, al no contar ni el Tratado ni el Derecho derivado con normas expresas relativas al control de las concentraciones, se recurrirá primeramente para tal fin al artículo 82 del TCE, que desde 1965 fue considerado por un grupo de cualificados expertos en Derecho *antitrust* una norma útil para controlar aquellas concentraciones empresariales que deriven en situaciones monopolísticas de mercado. Como quiera, sin embargo, que el control de las concentraciones mediante el artículo 82 no tuvo éxito (el rechazo doctrinal a la sentencia *Continental Can* [Rec. 1973, p. 215] fue prácticamente unánime) las autoridades comunitarias, contrariando sus propias opiniones manifestadas en 1965, se vieron obligadas a recurrir en un momento posterior al artículo 81 del TCE, aplicando esta norma a una operación concentracionista en el asunto *Philip Morris* [Rec. 1987, p. 4487]. Y fue precisamente este giro radical en la política comunitaria de control de la concentración, con la elevada dosis de intranquilidad e inseguridad jurídica que introdujo en el ámbito empresarial europeo, el factor desencadenante del alumbramiento, el 21 de diciembre de 1989, del *Reglamento 4064/89 sobre control de las operaciones de concentración de empresas* [en *DOCE*, L-395, de 21 de diciembre de 1989; posteriormente modificado por el *Reglamento 1310/97*, de 30 de junio (en *DOCE*, L-180, de 9 de julio de 1997)] que, poniendo fin a un largo proceso de gestación de la norma iniciado el 20 de julio de 1973,

permitió dotar a las autoridades comunitarias de una normativa *ad hoc* con la que poder declarar incompatibles con el mercado común aquellas concentraciones «externas» de determinadas dimensiones obstaculizadoras de la competencia «efectiva» dentro de dicho mercado³.

Pues bien, desde que se presentó el primer Proyecto de Reglamento de concentraciones en 1973 hasta que finalmente fue aprobado el texto definitivo en 1989, fue objeto esencial de controversia entre los Estados negociadores la concreción de los criterios con los que habían de evaluarse las operaciones de concentración de empresas. Se discutió, en efecto, hasta el último momento si el control había de estar determinado por criterios de orden estrictamente concurrencial o si, por el contrario, debían de considerarse de igual modo otros criterios de política industrial, económica, social y regional, que hicieran del control de la concentración empresarial un instrumento al servicio de los objetivos y fines esenciales perseguidos por la Unión Europea. A la postre, sólo fue posible poner fin a esta fuerte controversia mediante la adopción de una «fórmula de consenso» recogida en el artículo 2 del texto reglamentario que, en su condición de precepto encargado de fijar los criterios con los que ha de juzgarse la compatibilidad o incompatibilidad de las concentraciones empresariales con el mercado común, es la norma que aquí interesa fundamentalmente. No con vistas a desgazarla pieza a pieza, tras someter cada una a examen y valoración, sino con el objetivo más modesto de determinar si su texto, tal como ha quedado finalmente redactado, permite o no a las autoridades comunitarias autorizar

³ Sobre el *Reglamento 4064/89*, véase, *ad ex.*: DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., (1991), *Las concentraciones de empresas a la luz del Ordenamiento comunitario*, Burgo de Osma, Universidad de Santa Catalina; AROZAMENA, M.J., (1993), *Las concentraciones de empresas en la Comunidad Europea*, Madrid; MIRANDA SERRANO, L.M., (1994), *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*, Madrid, Ed. La Ley; BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., (1997), *Concentración de empresas de dimensión comunitaria*, Pamplona, Ed. Aranzadi; IDEM, BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., (1998), «La reforma del Reglamento comunitario sobre el control de operaciones de concentración», *Gaceta Jurídica de la CEE*, serie D, D-29, septiembre, pp. 209 y ss.; GOÑI URRIZA, N. (1997), *Problemas de aplicabilidad del Reglamento (CEE) sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas*, Granada, Ed. Comares; GARCÍA-GALLARDO, R. y otros, (1996), «La propuesta de reforma del Reglamento (CEE) núm. 4064/89: la madurez del control comunitario de las concentraciones», *Derecho de los Negocios*, núm. 75, pp. 1 y ss.; MEROLA, M., (1998), «El nuevo control comunitario de las concentraciones de empresas: el Reglamento núm. 1310/97 que modifica el Reglamento 4064/89», *Derecho de los Negocios*, marzo, p. 1 y ss.; BRIONES, J.-FOLGUERA, J.-FONT, A.-NAVARRO, E., (1999), *El control de concentraciones en la Unión Europea. La práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento CEE 4064/89 por el Reglamento CEE 1310/97*, Barcelona, Ed. Marcial Pons.

aquellas concentraciones empresariales que, aun cuando puedan resultar algo lesivas para la competencia «efectiva», sean aptas para funcionar como medidas «anticrisis», salvadoras de empresas ruinosas que se encuentran al borde de desaparecer del mercado (las llamadas «concentraciones de recuperación de empresas en crisis»). Por consiguiente, de lo que aquí se trata es básicamente de responder a la siguiente pregunta: ¿las operaciones concentracionistas de recuperación de empresas en crisis (que cumplan las dimensiones requeridas para la activación del control *antitrust*) han de merecer un tratamiento especial por parte de las instancias encargadas de velar en Europa por la defensa de la competencia (sobre todo, en consideración a los beneficiosos efectos socioeconómicos que persiguen) o, por el contrario, han de recibir idéntico trato que cualquier otra operación de concentración en la que se ven implicadas empresas económicamente saneadas?⁴

En rigor, ofrecer una respuesta satisfactoria a esta cuestión pasa necesariamente por dilucidar si el artículo 2 del *Reglamento 4064/89* permite o no incorporar al sistema europeo de control de las concentraciones la doctrina jurisprudencial de origen norteamericano de la *failing company defense* [o *failing firm defense*, traducida entre nosotros como «excepción de empresa en crisis» o «excepción de empresa en dificultades»], al ser, precisamente, esta doctrina jurisprudencial la que predica flexibilizar los mecanismos represores y sancionadores del Derecho *antitrust* controlador de las concen-

⁴ Lógicamente, de ser afirmativa la respuesta a esta cuestión, habrá de concluirse que, merced a la aprobación y entrada en vigor del *Reglamento 4064/89*, en el Derecho *antitrust* europeo no sólo los cárteles o acuerdos entre empresas y las ayudas públicas a las empresas pueden funcionar excepcionalmente como instrumentos «anticrisis» (los llamados «cárteles de crisis» o «de saneamiento económico» y las denominadas «ayudas de salvamento» y «de reestructuración»); también podrán desempeñar este cometido las concentraciones empresariales en aquellos supuestos en que se revelen como las vías más idóneas para el aprovechamiento y conservación de empresas con graves dificultades económicas (son éstas las que han dado en llamarse «concentraciones de recuperación o saneamiento económico»). Acerca de la correlación «Derecho de la competencia–crisis empresarial», véase, *ad ex.*: FOCSANEANU, L.–ELSEN, P., (1985), «Le Droit de la concurrence face à la crise. La Commission des Communautés européennes à la recherche d'une solution pour temps difficiles», *Revue du Marché Commun*, pp. 271 y ss.; COURATIER, (1998), «Fusions et acquisitions dans les industries en crise: étude comparé de la législation sur la libre concurrence aux Etats-Unis et dans la CEE», *Revue du Marché Commun*, núm. 319, pp. 396 y ss.; BOTANA AGRA, M., (1984–1985), «Crisis económica y Derecho de la libre competencia», *Actas de Derecho Industrial*, pp. 185 y ss.; CANDELARIO MACÍAS, I., «Conservación de la empresa *versus* libre competencia», *Revista General de Derecho*, núm. 655, 1999, pp. 3535 y ss.; COSTAS COMESAÑA, J., (1997), *Los cárteles de crisis. (Crisis económica y defensa de la competencia)*, Madrid, Ed. Marcial Pons.

traciones empresariales frente a aquellas maniobras concentracionistas en las que participan empresas en crisis; y esto sobre la base de los saludables fines de recuperación o saneamiento económico de empresas perseguidos por estas operaciones y, en suma, de las beneficiosas consecuencias sociales que de ellas se derivan tanto para los trabajadores e inversores de las empresas implicadas como para la colectividad en general. De ahí que, a mi entender, la consecución del propósito que acaba de anunciarse exija partir de concretar (siquiera en lo esencial) tanto el significado como el alcance que la mencionada doctrina tiene en el Derecho *antitrust* estadounidense, por ser en este Derecho donde por vez primera se admitió y formuló [*infra*, II], para pasar a analizar seguidamente su posible encaje en el artículo 2 del *Reglamento 4064/89* [*infra*, III] y, en caso de que éste sea posible, prestar atención a los asuntos enjuiciados por las autoridades comunitarias en los que el enjuiciamiento ha venido motivado por la aplicación de los criterios derivados de esta doctrina jurisprudencial [*infra*, IV].

2. El precedente americano

Es sabido que a comienzos del siglo XIX se hace patente en la realidad socioeconómica estadounidense una fuerte tendencia a la concentración empresarial, que se materializa a medio plazo en un considerable crecimiento de la dimensión de las empresas. Muchas y muy heterogéneas son las causas que explican este movimiento de concentración económica. Baste citar aquí el fuerte espíritu individualista propio de la época, la constante aparición de invenciones y descubrimientos técnicos y tecnológicos, así como la gran riqueza de recursos naturales entonces existente. Sin olvidar que dicho movimiento es impulsado y relanzado por las sucesivas crisis económicas anudadas al ultraliberalismo económico imperante en este momento histórico, que desembocan en muchos casos en situaciones caracterizadas por un abandono por parte de los agentes económicos de la lucha concurrencial en favor de una colaboración empresarial cada vez más estrecha, que propicia situaciones en las que la competencia, lejos de ser libre, está «arreglada» o «amañada».

Entre las numerosas ventajas económicas que tradicionalmente se han venido imputando a las concentraciones empresariales destacan las de carácter técnico, derivadas de la posibilidad de lograr una mayor especialización de la maquinaria y mano de obra y una mejor coordinación de los procesos de producción y distribución de los bienes y servicios en el

mercado. Pero no todo son ventajas. Junto a éstas no se han ocultado nunca serios inconvenientes conectados a los procesos de concentración empresarial. Y esto por cuanto que en la generalidad de los casos resulta ser la gran empresa la principal beneficiaria de tales procesos, en perjuicio de dos grupos de sujetos participantes en el mercado: los pequeños y medianos empresarios, que en bastantes ocasiones se ven abocados no sólo a la pérdida de su independencia económica sino también de su propia empresa, y los consumidores y usuarios, en quienes repercute final y negativamente el fenómeno concentracionista mediante una desproporcionada e injustificada elevación de los precios de los bienes y servicios ofrecidos al mercado. Unos inconvenientes que salen mayormente a flote cuando se relacionan las concentraciones empresariales con la libertad de competencia, al emerger entonces los peligros que aquéllas producen (o son susceptibles de producir) sobre ésta: la posibilidad de que las empresas concentradas puedan alcanzar, a través de la concentración, una posición de dominio en el mercado, germen potencial de futuros comportamientos abusivos; la sensible disminución del número de los operadores económicos del mercado; y la reducción de la eficacia económica del juego del mercado como consecuencia lógica de la disminución operada en la competencia.

El legislador estadounidense es consciente de este balance comparativo de ventajas e inconvenientes asociados al fenómeno de la concentración económica, aunque finalmente parece poner el acento más en sus inconvenientes que en sus ventajas. Así lo atestiguan los diferentes textos jurídicos de Derecho *antitrust* sucesivamente promulgados, orientados a defender la competencia de las conductas u operaciones empresariales susceptibles de restringirla. Primero la *Sherman Act* de 1890, pieza central del Derecho *antitrust* norteamericano, que tiene en la prevención de los grandes núcleos de poder económico uno de sus principales objetivos, y que, pese a no mencionar expresamente a las concentraciones empresariales dentro de las maniobras restrictivas de la competencia que tipifica y sanciona, no llega a excluirlas de su ámbito de aplicación, como así fue confirmado tempranamente por la *Corte Suprema* en la sentencia del caso *Northern Securities* (1904). Después la *Clayton Act* de 1914, promulgada como reacción frente a los grandes cárteles, que representa un importante paso hacia adelante del Derecho *antitrust* norteamericano en el control de las concentraciones empresariales, al instaurar por vez primera en su Sección 7ª un control *ad hoc* de estas operaciones. Más tarde la *Celler Kefauwer Antimerger Act* de 1950, fruto del temor a la producción de un relanzamiento de los procesos de

concentración empresarial tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, a través de la cual se perfecciona el sistema jurídico de control de la concentración empresarial entonces existente, incorporándose a él una nueva técnica de integración económica que fue olvidada y silenciada por la *Clayton Act* en su redacción inicial de 1914: la adquisición de activos de otras empresas. Por último las leyes *Hart, Scott y Rodino Improvements Act* de 1976 y la *FTC Improvements Act* de 1980, que siguen las líneas marcadas por las leyes anteriores, introduciendo en ellas algunas modificaciones de carácter adjetivo o procedimental con el fin de hacer más efectivo el control de la concentración económica [en particular, añaden un nuevo artículo 7 a) al texto de la *Clayton Act*, en el que se establece la obligatoriedad de notificar previamente a su realización aquellas operaciones de concentración que alcancen determinadas dimensiones]⁵.

Bien miradas las cosas, ninguna de las normativas que acaban de mencionarse reconoce un trato favorable a las concentraciones en las que se vean involucradas empresas con graves dificultades económicas y financieras (empresas en crisis). De donde cabría concluir que, concurriendo en una operación de concentración los requisitos exigidos legalmente para la activación del mecanismo de control, tal operación habría de ser prohibida, con independencia de cuál fuera la situación económica y financiera de las empresas en ella participantes. Ahora bien, si en el Derecho de concentraciones no se aprecia ningún síntoma de tolerancia o indulgencia frente a las concentraciones en las que participen empresas con serias dificultades económicas, cosa distinta ocurre con la práctica derivada de la aplicación de este Derecho a los casos concretos. Han sido los órganos encargados de la aplicación de esta normativa quienes, al enjuiciar los casos singulares, han mantenido actitudes flexibles o laxas o, por el contrario, duras y rigurosas en la interpretación del Derecho *antitrust* de concentraciones, dependiendo de cuál fuera la situación social y político-económica existente en cada momento, así como los objetivos sociales y político-económicos en él perseguidos. Lo que, por otra parte, ha tenido lugar en el seno de un denso y acalorado

⁵ Sobre la normativa estadounidense de control de la concentración empresarial: DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., «Control de las concentraciones de empresas en el Derecho antitrust norteamericano. Líneas evolutivas», *Actas de Derecho industrial*, 1985-86, Tomo II, pp. 161 y ss.; HERRERO SUÁREZ, C., «La excepción de eficiencia económica (*efficiency defense*) en el control de la concentración empresarial. Análisis comparado entre el Derecho *antitrust* estadounidense y el Derecho de la Competencia comunitario europeo», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 242, pp. 1943 y ss.

debate (siempre latente en el ámbito de las concentraciones) consistente en dilucidar si el Derecho de control de las fusiones y concentraciones empresariales debe estar inspirado por consideraciones estrictamente concurrenciales o, por el contrario, por consideraciones de política industrial, social y regional. Debate, éste, insertado a su vez dentro de una fuerte controversia relativa al modo de aplicar e interpretar el Derecho *antitrust*, mantenida por juristas y políticos ya desde la misma fecha de promulgación de la *Sherman Act*, conforme a la cual mientras que unos han venido postulando y defendiendo la *per se condemnation theory*, esto es, la aplicación estricta e inflexible de las prohibiciones legales de Derecho *antitrust*, otros, por el contrario, han venido abogando por la *rule of reason*, es decir, por una aplicación e interpretación flexible y *razonable* de tales prohibiciones⁶.

Si cierto es, en efecto, que las autoridades encargadas de la aplicación del Derecho *antitrust* no siempre han mostrado el mismo rigor en la interpretación de las normas de control de las operaciones de concentración de empresas, no menos cierto es también que, a partir de un determinado momento histórico, empiezan a sensibilizarse por las situaciones de crisis económica de las empresas implicadas en un proceso de concentración. Veamos:

La época posterior a la promulgación de la *Sherman Act* (aproximadamente desde 1898 hasta 1911) conforma un primer período histórico de interpretación laxa y flexible de la normativa *antitrust* de control de los procesos de concentración empresarial, caracterizado por una progresiva aplicación de la *rule of reason* a las grandes operaciones de concentración [*ad. ex.*, asuntos *United States c/ Standard Oil of New Jersey* (1911) y *American Tobacco c/ United States* (1911)]. De ahí que sea en esta etapa cuando tiene lugar el primer gran movimiento concentrador de las empresas americanas, siendo las concentraciones más relevantes las realizadas en los sectores de la industria manufacturera y de los transportes ferroviarios. Esta fase inicial presidida por la flexibilidad dará paso a un segundo período que abarca los años inmediatamente siguientes a la promulgación de la *Clayton Act*, en el que se

⁶ Para una aproximación al método de la *rule of reason*: FERNÁNDEZ NOVOA, C., «Un hito en la historia del Derecho de la competencia: Centenario de la Sherman Act», (Crónica), *Actas de Derecho Industrial*, tomo 13, año 1989-90, pp. 675 y ss.; MIRANDA SERRANO, L.M., (2000), «Restricciones accesorias y Prácticas colusorias. (Las *ancillary restraints* y el art. 81 del TCE. A propósito de algunas experiencias jurisprudenciales relativas a cesiones de empresas, franquicias y cooperativas)», *Derecho de los Negocios*, núm. 122, pp. 1 y ss.

producen síntomas evidentes de un endurecimiento en el control de las fusiones y concentraciones. Pero poco habría de durar esta actitud de mayor rigor en la interpretación de la normativa *antitrust* controladora de la concentración económica por parte de las autoridades encargadas de su aplicación. Con la finalización de la Primera Guerra Mundial se abre una nueva fase histórica que llega a prolongarse hasta los años cincuenta en la que, de nuevo, la política de control de las operaciones de concentración empresarial vuelve a verse guiada por criterios de flexibilidad y «razonabilidad». Y es que en esta larga etapa que se inicia al término de la Primera Gran Contienda, continúa con el *crac* económico de 1929 y se cierra unos años después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, concurren una serie de condicionamientos sociales y político-económicos favorables a los enjuiciamientos globales (no sectoriales o no unidimensionales, esto es, no estrictamente concurrenciales) de las concentraciones, que ponen el acento no sólo en los perjuicios que éstas comportan para la competencia sino, de igual modo, en los beneficios que reportan para la política industrial y social. Se persigue en esta nueva fase no tanto el control de las concentraciones sino su fomento, lo que, junto a la concesión de incentivos fiscales, trata de lograrse a través de la *National Industrial Recovery Agency*, creada por la *National Industrial Recovery Act* de 1933 (que fue declarada inconstitucional por la *Corte Suprema* en 1935). El resultado de esta política de tolerancia *antitrust* y fomento de las fusiones y concentraciones no se hace esperar: la formación y consolidación de grandes grupos empresariales a los que se les queda excesivamente pequeño el mercado estadounidense, por lo que no dudan en salir al exterior en busca de nuevos espacios económicos que les permitan colocar su producción. Pues bien, es en este amplio período, en el que por regla general la *Corte Suprema* exonera a importantes operaciones de concentración de la aplicación de los estrictos criterios contenidos en la *Clayton Act*, cuando este Alto Tribunal formula y admite por vez primera la doctrina de la «excepción de empresa en crisis» (*failing company defense*). Así lo hace, en concreto, en la sentencia pronunciada a propósito del asunto *International Shoe Co c/FTD* (1930), en la que la *Corte Suprema* llega a sostener de forma expresa que cuando la operación de concentración analizada consista en la adquisición de una empresa societaria «con un alto grado de probabilidad a la quiebra» y «con la subsiguiente pérdida para los accionistas y daño para las comunidades en las que estaban operando sus instalaciones», debe considerarse que «la adquisición de su capital por parte de un competidor (no existiendo otro potencial adquirente), sin intención de lesionar la competencia, sino con el propósito de facilitar el desarrollo de la actividad empresarial

del adquirente y con el efecto de mitigar graves daños, no es, con arreglo a la ley, perjudicial para el público, al tiempo que no lesiona sustancialmente la competencia ni restringe el comercio en el sentido de la *Sherman Act*.

La relevancia de esta sentencia en el asunto que aquí nos ocupa está fuera de toda duda⁷. En ella mantiene por vez primera el Alto Tribunal que los efectos anticoncurrenciales derivados de un proceso de concentración empresarial en el que toma parte una empresa con serias dificultades económicas (empresa en crisis) pueden ser compensados por los efectos positivos a él asociados: la conservación de la empresa en crisis (aun cuando resulte modificada su estructura patrimonial y funcional), la evitación de los graves y perjudiciales efectos sociales que conllevaría su cierre y, en suma, su recuperación o saneamiento económico. De ahí que, tras esta sentencia, la doctrina de la «excepción de empresa en crisis» se haya venido articulando en la experiencia *antitrust* estadounidense como la posibilidad concedida a una empresa implicada en un proceso de concentración empresarial de alegar y probar ante la autoridad encargada del control de las concentraciones empresariales que la empresa que proyecta adquirir atraviesa graves dificultades económicas, por lo que su adquisición, más que causar un daño a la competencia, beneficia tanto a ésta como al interés general, al constituir el medio de recuperación o salvamento de esta empresa menos perturbador de la competencia.

Las condiciones que han de cumplirse para que la doctrina de la «excepción de empresa en crisis» resulte aplicable a un caso concreto, confirmadas posteriormente por la *Corte Suprema*, entre otras, en las sentencias *Citizen Publishing Co c/ United States* (1969) y *United States c/ Greater Buffalo Press* (1971), son básicamente las siguientes: *A*) En primer lugar, que la concentración sea el medio o instrumento que evite la desaparición de la empresa en crisis, de modo que, de no producirse, dicha empresa se vería obligada a desaparecer del mercado a corto plazo. *B*) En segundo lugar, que las consecuencias derivadas de la desaparición de la empresa en crisis sean

⁷ De ahí que sea especialmente destacada por los autores que analizan la doctrina de la «excepción de empresa en crisis»; entre nosotros: HERRERO SUÁREZ, C., (2001), «La excepción de empresa en crisis (*failing firm defense*) en el control de la concentración empresarial. Análisis comparado entre el Derecho *antitrust* estadounidense y el Derecho de la competencia comunitario europeo», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 84; MIRANDA SERRANO, L.M., (2000), «La doctrina de la *failing company* y el Derecho europeo de concentraciones. (Las concentraciones de recuperación o saneamiento económico)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 185.

perjudiciales tanto para sus trabajadores e inversores como para el funcionamiento competitivo del mercado y la colectividad en general. C) Por último, que la operación de concentración empresarial se revele como el medio menos restrictivo de la competencia susceptible de lograr el saneamiento o recuperación de la empresa en crisis, evitándose así los efectos nocivos asociados a su desaparición del mercado.

En líneas generales, cabe decir que con esta nueva doctrina jurisprudencial se abre para las administraciones estadounidenses encargadas de velar por la observancia del Derecho *antitrust* una nueva línea en la interpretación y aplicación del Derecho de control de la concentración empresarial que, caracterizada por una actitud de flexibilidad frente a las empresas en crisis, llegará más tarde a encontrar plasmación expresa tanto en alguna legislación sectorial [en concreto, en la *Newspaper Preservation Act* de 1970] como en las «Directivas» (*Merger Guidelines*) elaboradas en 1968, 1982, 1984 y 1992 por la *Division Antitrust* del Ministerio de Justicia, en las que se recogen los criterios de valoración que esta instancia va a aplicar en la resolución de las «impugnaciones» de concentraciones presentadas al amparo de lo dispuesto en la *Clayton Act* [que, pese a carecer de valor normativo, son –al igual que ocurre en Europa con las «Comunicaciones» de la Comisión– de gran utilidad para los operadores económicos, que, conociendo los criterios en ellas contenidos, pueden llegar a prever con escaso margen de error cuál va a ser el tratamiento que las autoridades *antitrust* van a dar a una determinada operación].

En efecto: según estas «Directivas» en su versión de mayo de 1968, están exceptuadas de la aplicación de la sección 7^a de la *Clayton Act* las operaciones de concentración de empresas consistentes en la adquisición de una empresa en crisis o en dificultades que cumplan acumulativamente dos requisitos: A) de un lado, que las dificultades por las que atraviesa la empresa en cuestión sean de tal magnitud que no pueda preverse racionalmente su recuperación económica; B) de otro lado, que no resulte posible encontrar otro procedimiento de saneamiento económico de la empresa en dificultades mayormente compatible con la normativa *antitrust*. Por su parte, las «Directivas» de 1982, en una dirección similar a las precedentes, se refieren expresamente a la «excepción de empresa en crisis» en su último apartado, estableciendo que las operaciones de concentración que cristalicen en la adquisición de empresas «al borde de la quiebra» no serán objeto de «impugnación», pese a que obstaculicen o restrinjan la competencia, en aquellos casos en que concurren las siguientes condiciones: A) que exista una inmediata y absoluta incapacidad de pago por parte de la empresa en dificultades; B) que, además, dicha

empresa no esté en condiciones de reorganizarse y sanearse de conformidad con lo dispuesto en la normativa concursal; C) y, por último, que la adquisición de la empresa en crisis se revele como la salida más acorde con las normas *antitrust*, al no existir otras alternativas de solución menos dañinas para la competencia. También las «Directivas» de 1984⁸ insisten en la exigencia de que para que una operación de concentración empresarial pueda beneficiarse de este trato de favor *antitrust*, una de las empresas participantes en el proyecto concentrador (la empresa en crisis) debe encontrarse a punto de ser «liquidada» o «vendida», esto es, a punto de desaparecer del mercado. Por último, las «Directivas» de 1992⁹, revisadas en 1997, admiten de forma expresa, al igual que las que le precedieron, la posibilidad de autorizar la adquisición de una empresa en «estado de insolvencia», siempre y cuando las empresas que formen parte de la operación lleguen a probar, en el marco de una especie de examen de proporcionalidad, las siguientes condiciones: A) que sea altamente probable la «quiebra» inminente de la empresa que es objeto de adquisición, debido a la difícil situación económica y financiera que atraviesa; B) que, además, tal empresa en crisis sea incapaz de reestructurarse con probabilidades de éxito de conformidad con el capítulo 11 de la *Bankruptcy Act* (ya que, de producirse dicha reestructuración, no podrá hablarse de crisis empresarial sino de supervivencia independiente de la empresa); C) que no existan soluciones alternativas a la concentración que comporten menores perjuicios para el mantenimiento de las condiciones de competencia (como sería, por ejemplo, la adquisición de la empresa en crisis por una empresa perteneciente a un mercado distinto de aquél en el que opera, o bien la compra de la empresa en crisis por una empresa dotada de un poder de mercado significativamente inferior al que detenta la empresa que proyecta adquirirla); D) y, finalmente, que de no llevarse a cabo la concentración, la empresa insolvente desaparecería del mercado.

Dos son, en rigor, las justificaciones que se han venido dando en Estados Unidos a esta doctrina jurisprudencial. En un primer momento, los autores

⁸ Véase COURATIER, J., «Fusions et acquisitions dans les industries en crise...», cit., pp. 399 y ss.; DOMÍNGUEZ GARCÍA, M.A., «Control de las concentraciones de empresas en el Derecho *antitrust* norteamericano...», cit., pp. 180 y ss.

⁹ Véase LEDDY, (1993), «The 1992 US Horizontal Merger Guidelines and Some Comparisons with EC Enforcement Policy», *European Competition Law Review*; TESAURO, G., «Conclusiones presentadas como Abogado General el 6 de febrero de 1997 en el asunto C-68/94 Francia y otros c. Comisión», en *Rec. 1998-3*, párrafo (49), p. 1405; HERRERO SUÁREZ, C., «La excepción de empresa en crisis...», cit., pp. 157 y ss.

trataron de buscar el fundamento de la «excepción de empresa en crisis» prioritariamente en razones de naturaleza social; en concreto, en la evitación de los efectos sociales adversos que, tras la quiebra de una empresa y su abandono del mercado, tienen lugar para los trabajadores (que perderán sus puestos de trabajo) y los accionistas (que verán sensiblemente disminuido el valor de sus inversiones) de la empresa en cuestión, así como para la colectividad en general (pues la pérdida de empleo causa irremediamente un perjuicio a la comunidad y una lesión al interés público). De modo que, desde esta óptica, la formulación y aplicación práctica de esta doctrina no supondría ni más ni menos que otorgar «luz verde», en el Derecho de control de las concentraciones empresariales, a criterios valorativos de política social e industrial y, por ende, extraconcurrentiales¹⁰. Más recientemente, sin embargo, estas consideraciones sociales, aunque sin llegar a desaparecer, parecen haber ido poco a poco batiéndose en retirada en favor de otras justificaciones de naturaleza puramente económica. Desde este otro punto de vista, se descarta (por inviable) que detrás de la doctrina de la «excepción de empresa en crisis» existan razones de política social e industrial, subrayándose, con un lenguaje y una argumentación estrictamente concurrencial, que la justificación de esta doctrina reside básicamente en el hecho de que la adquisición de una empresa en crisis que cumpla, además, las exigencias requeridas para la aplicación de la «excepción de empresa en crisis» es una operación que ha de ser considerada «neutral» para el mantenimiento de una competencia «efectiva». Y esto por cuanto que, al ser la empresa en crisis un operador económico irremediamente condenado a la quiebra, en modo alguno puede ser visto como un auténtico competidor, por lo que, en el fondo, la operación a través de la cual se proyecta su adquisición sería, más que una «concentración externa», una operación asimilable a un «crecimiento interno» (y es sabido que los «crecimientos internos» de las empresas no son objeto de control *antitrust*, al considerarse fuente de nuevas capacidades y susceptibles de provocar una acentuación de la competencia¹¹)¹².

¹⁰ Entre nosotros, negando que sean consideraciones sociales las que están detrás de la «excepción de empresa en crisis»: HERRERO SUÁREZ, C., «La excepción de empresa en crisis...», cit., pp. 151 y 152.

¹¹ Véase MÖSCHEL, W., «La déconcentration un instrument de la politique de concurrence?», *Revue Trimestrielle de Droit Commerciale*, 1982, p. 387.

¹² Para una mayor información sobre esta justificación económica [que, como se verá (*infra*, IV), ha sido la acogida tanto por la Comisión como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea], véase HERRERO SUÁREZ, C., «La excepción de empresa en crisis...», cit., pp. 156 y ss.

A mi modo de ver las cosas, esta doctrina no supone sino una concreción particular, en el ámbito del control de las concentraciones empresariales, de la *rule of reason*, método anglosajón de interpretación y aplicación del Derecho *antitrust* dotado de gran trascendencia práctica según el cual las normas prohibitivas se interpretan y aplican de forma flexible. Lo que me lleva a afirmar que ambas doctrinas (la más concreta o particular de la *failing company defense*, de un lado, y la más general de la *rule of reason*, de otro) responden básicamente a una misma *ratio*, que es simplícidamente la que sigue.

No puede discutirse que el Derecho *antitrust* posee un marcado carácter instrumental. A través de él se persigue que la ley de la competencia, motor del sistema económico capitalista, gobierne el mercado, que tiene en los empresarios, titulares de las empresas, sus principales agentes. Razón por la cual se prohíbe a éstos realizar «tongos» falseadores de la competencia empresarial (acuerdos restrictivos de la competencia), aprovecharse de situaciones de prepotencia en el mercado en detrimento de los competidores y de los consumidores (abusos de posiciones de dominio), recibir ayudas por parte de instituciones públicas que los sitúen en situaciones ventajosas en relación con los restantes (ayudas públicas) y, finalmente, concentrar sus estructuras empresariales causando perjuicios permanentes a la competencia (concentraciones empresariales). Ahora bien, sin empresas (y empresarios) no puede existir ni mercado ni competencia empresarial. De modo que no parecerá erróneo concluir que el interés-valor de la «empresa» (organismo productivo de riqueza para el país, de salarios para los trabajadores, de beneficios para los empresarios e inversores y de bienes y servicios para los consumidores y usuarios) está por encima del interés-valor del «funcionamiento competitivo del mercado», al tratarse de un interés-valor superior a éste. Lo que permite explicar y justificar que el Derecho *antitrust* no active (con todo el rigor que le es propio) sus mecanismos jurídicos represores y sancionadores frente a aquellas operaciones de concentración empresarial que, pese a restringir la «efectividad» de la competencia, se revelan como los únicos procedimientos susceptibles de lograr la recuperación de empresas que atraviesan serias dificultades económicas. De no ser así, esto es de aplicarse inflexiblemente el Derecho *antitrust* a estas operaciones (prohibiéndolas, por obstaculizadoras de la competencia en el mercado), las autoridades *antitrust* estarían cerrando el paso a la que se muestra como la solución más deseable y beneficiosa para el propio sistema económico, que encuentra en la «eficiencia socioeconómica» su principal objetivo: la recupe-

ración de empresas en grave situación de crisis. Precisamente, por ser esta recuperación tan esencial para el sistema económico, es por lo que el Derecho *antitrust* tolera las operaciones concentracionistas que persigan dicho fin, aun cuando con ellas se puedan producir ciertas obstaculizaciones a la competencia. Pero siempre –claro está– que tales obstaculizaciones sean las estrictamente necesarias o indispensables para la consecución de los fines de recuperación perseguidos. De modo que no siempre será posible optar por flexibilizar la aplicación del Derecho *antitrust* a estas operaciones. En rigor, tal opción sólo procederá en aquellos casos en que la operación adquisitiva de la empresa en crisis se revele como la vía menos traumática de todas las posibles para mantener una cierta dosis de competencia en el mercado (competencia «efectiva») y, al mismo tiempo, lograr la recuperación de la empresa objeto de adquisición.

Que éste es el fundamento sobre el que se apoya la doctrina de la «excepción de empresa en crisis» parece inferirse de las declaraciones contenidas en la sentencia dictada a propósito del caso *United States c/ General Dynamics Corp.* (1974), donde la *Corte Suprema* no duda en afirmar, de un lado, que dicha doctrina no representa sino «el menor de dos males» posibles, ya que «la eventual amenaza que para la competencia puede suponer la operación es preferible al impacto adverso que para el desarrollo de una competencia eficaz tendría la desaparición de la empresa», y, de otro –y en estrecha conexión con lo anterior–, que esta doctrina no viene sino a presuponer «que el efecto sobre la competencia será menor si una empresa continúa existiendo, aunque sea como parte de una concentración, que si desaparece enteramente del mercado».

3. El caso europeo

Una vez realizada la aproximación a la experiencia *antitrust* americana, se hace necesario entrar en el ámbito del Derecho europeo, con el fin de determinar si las adquisiciones de empresas en crisis pueden recibir o no un trato favorable por las autoridades comunitarias encargadas del control de las concentraciones empresariales; o, si se prefiere, con el propósito de dilucidar si la doctrina de la «excepción de empresa en crisis» tiene o no cabida en el Derecho europeo de control de concentraciones y, en particular, en el artículo 2 del *Reglamento 4064/89*, en el que se abordan dos asuntos claves del sistema de control: el propósito perseguido por la evaluación *antitrust* de las concentraciones y los criterios que la autoridad de control

debe tener presentes al efectuar esta valoración.

Ha de advertirse, en todo caso, que lo que aquí se persigue no es tanto analizar si la mencionada doctrina puede ser importada tal cual por las autoridades comunitarias de la competencia, pues esto, además de no ser siempre conveniente, puede que no fuese ni tan siquiera posible; ya que toda doctrina jurisprudencial nace en un contexto socioeconómico y jurídico muy concreto, por lo que difícilmente puede ser incorporada a otros sistemas jurídicos sin necesidad de efectuar las oportunas adaptaciones correctoras. Se persigue más bien determinar si la filosofía que late tras ella tiene encaje, en lo sustancial, en el sistema europeo de control de concentraciones. Esto es, aclarar si las situaciones de crisis económica de las empresas y los costes sociales anudados a los cierres de empresas pueden (y deben) o no ser elementos a tener en cuenta por las autoridades comunitarias encargadas del control de las concentraciones económicas al enjuiciar la conformidad o disconformidad de estas operaciones con el Derecho de defensa de la competencia. El fondo del asunto reside, por consiguiente, en determinar si la recuperación económica de empresas en crisis debe abandonarse a la función selectiva de la competencia, o si, por el contrario, las concentraciones empresariales pueden funcionar en ciertos casos excepcionales como «mecanismos anticrisis», de forma que en estos supuestos «lo razonable» es que el Derecho *antitrust* las juzgue compatibles con el mercado común, aun cuando a través de ellas se causen ciertas perturbaciones a la competencia dentro de dicho mercado.

El artículo 2 del *Reglamento 4064/89* es muy claro en cuanto al propósito perseguido por la evaluación de las operaciones de concentración empresarial: determinar su compatibilidad o incompatibilidad con el mercado común. Procede el juicio de incompatibilidad, según el *Reglamento*, en todos aquellos casos en que las operaciones de concentración crean o refuerzan posiciones dominantes en el mercado común o en una parte sustancial del mismo de las que derivan obstáculos significativos para la competencia «efectiva» (art. 2.3). Por el contrario, en aquellos otros supuestos en que las operaciones de concentración ni crean ni refuerzan posiciones dominantes de resultados de las cuales la competencia «efectiva» es obstaculizada de forma significativa, el juicio procedente no es el de incompatibilidad sino el bien distinto de compatibilidad (art. 2.2)¹³.

¹³ Para una exégesis del art. 2 del *Reglamento 4064/89*: MIRANDA SERRANO, L.M., (2000), *Las concentraciones económicas...*, cit., pp. 313 y ss.; IDEM, «La entrada definitiva de las posicio-

Para determinar si en una operación de concentración concurren o no los «elementos constitutivos de la incompatibilidad» (la creación o el reforzamiento de una posición dominante, de un lado, y la producción de un obstáculo significativo para la competencia «efectiva», de otro), el artículo 2 del *Reglamento 4064/89* concreta –aunque desordenada y asistemáticamente– en su apartado 1, letras a) y b), los criterios que deben ser tenidos en cuenta por la autoridad de control: «la necesidad de preservar y de desarrollar una competencia efectiva en el mercado común a la vista, en particular, de la estructura de todos los mercados en cuestión y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad; la posición en el mercado de las empresas participantes, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de hecho o de derecho de obstáculos al acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales así como la evolución del progreso técnico o económico, siempre que ésta sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia». Se trata, bien miradas las cosas, de criterios de valoración cuya concreción final no ha sido sino el fruto del amplio consenso político que fue necesario para la aprobación del *Reglamento*. Constituyen, en particular, estos criterios el resultado de la conciliación de dos posturas divergentes que se manifestaron inconciliables a lo largo de todo el proceso negociador: de una parte, la del Reino Unido y Alemania que consideraban como únicos criterios de valoración admisibles los estrictamente concurrenciales; de otra parte, la de los restantes Estados (y muy singularmente Francia) que defendían la necesidad de efectuar un «balance global», según el cual debían ser declaradas compatibles con el mercado común aquellas concentraciones cuyos efectos restrictivos sobre la competencia se vieran compensados por determinadas ventajas socioeconómicas.

El asunto objeto de controversia y debate entre los Estados negociadores consistía, por consiguiente, en dilucidar si el interés–valor del funcionamiento competitivo del mercado debía concretarse en el *Reglamento* como un valor normativo «absoluto» o, por el contrario, «relativo», esto es, eclipsado y superado por otros valores normativos dimanantes de los propios objeti-

nes dominantes colectivas en el sistema comunitario europeo de control de concentraciones», *Derecho de los Negocios*, núm. 113, pp. 19 y ss.

vos y fines inherentes a la Unión Europea. Lógicamente, de mantenerse la primera opción (el funcionamiento competitivo del mercado como valor «absoluto»), toda operación de concentración empresarial obstaculizadora de la competencia dentro del mercado común debería ser declarada incompatible con él, sin posibilidad alguna de autorización o exención en función de otros posibles valores extraconcurrentiales. En este caso, la estructura técnico-jurídica de la norma habría de contener tan sólo el principio de incompatibilidad de las concentraciones con el mercado común, así como los criterios de valoración a tener en cuenta por el órgano de control (que, como es natural, deberían estar orientados en su totalidad a determinar si la operación de concentración en cuestión restringe o no la competencia dentro de este mercado). Por el contrario, de mantenerse la segunda de las opciones (el funcionamiento competitivo del mercado como valor «relativo»), la operación de concentración empresarial restrictiva de la competencia dentro del mercado común debería poder ser declarada compatible con él cuando contribuyera a la realización de otros valores extraconcurrentiales superiores al valor normativo de la libertad de competencia. En este segundo caso, la estructura técnico-jurídica de la norma habría de contener, junto al principio de incompatibilidad de la concentración con el mercado común y a los criterios concurrentiales de evaluación de la operación, una posibilidad de autorización o exención fundada en criterios valorativos diversos de los estrictamente concurrentiales.

Al ser el artículo 2 del *Reglamento 4064/89* una «norma de consenso» (o, en expresión de algún autor, una «fórmula política de compromiso¹⁴»), la cuestión de determinar si en él ha tenido más peso la primera o la segunda de las posturas referidas se presenta como una auténtica cuestión abierta. Existe, sin embargo, un extremo en el que el legislador comunitario se manifiesta claro y tajante en la norma reglamentaria: a diferencia de lo que ocurrió en las diferentes propuestas reglamentarias que se fueron sucediendo a lo largo del período negociador, en las que la posibilidad de autorización o exención a la incompatibilidad (similar a la prevista en el art. 81.3 del TCE) fue siempre una constante, en el *Reglamento* finalmente aprobado ha desaparecido toda posibilidad de autorización o de exención en consideración a criterios de eficiencia económica y social. Dato que puede llevarnos a pensar que ha tenido mayor peso en él la tesis que concibe el funcionamiento competitivo

¹⁴ Así IMMENGA, U., (1997), «Líneas de desarrollo y características del Derecho europeo de la competencia», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 225, 1997, p. 1114.

del mercado como un valor «absoluto», superior a cualesquiera otros valores de índole, económica, social o regional y, por consiguiente, que el *Reglamento 4064/89* cifra todo el juicio de licitud (compatibilidad) o ilicitud (incompatibilidad) de las concentraciones en función exclusivamente de cuál sea el grado de obstaculización de la competencia conseguida o fortalecida por vía concentrativa de empresas. Esta conclusión, sin embargo, se suaviza tan pronto se constata que, no sólo se aducen criterios de evaluación de las concentraciones de carácter estrictamente concurrencial dirigidos a determinar la existencia o inexistencia de posición dominante y la producción o no de un obstáculo significativo para la competencia «efectiva» [«la posición en el mercado de las empresas participantes, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de hecho o de derecho de obstáculos al acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos de que se trate», etc.].

En efecto, además, el legislador también menciona en el *Reglamento* otros extraños a éstos tales como «los intereses de los consumidores intermedios y finales» y «la evolución del progreso técnico o económico» (siempre –eso sí– que sea «en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia») que, además, guardan una marcada semejanza con los recogidos en la norma eximente o indulgente de los comportamientos colusorios: el artículo 81.3 del TCE (que, como es sabido, permite la autorización de aquellas prácticas colusorias de las que deriven ciertas ventajas –fundamentalmente económicas pero también sociales, como veremos más adelante– compensadoras de las limitaciones que introducen en la competencia).

De la falta de claridad de la norma en este tema y de su importancia da cuenta el debate surgido entre la doctrina desde la aprobación del *Reglamento 4064/89*. En efecto, mientras que para un sector doctrinal la norma reglamentaria sólo faculta a la Comisión a insertar en su análisis valorativo de las operaciones de concentración criterios estrictamente concurrenciales¹⁵, para otro sector doctrinal, por el contrario, el *Reglamento*, pese a no

¹⁵ En esta dirección (y entre otros muchos): AROZAMENA, M.J., *Las concentraciones...*, cit., p. 147; BLAISE, J.B., (1990), «Concurrence. Contrôle des opérations de concentration», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 4, p. 763; BRIONES, J.–FOLGUERA, J.–FONT, A.–NAVARRO, E., *El control de concentraciones en la Unión...*, cit., p. 155; DECHERY, J.L., (1990), «Le règlement communautaire sur le contrôle des concentrations», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, p. 320;

contener ninguna norma eximente o indulgente de la incompatibilidad, autoriza al Ejecutivo comunitario a tener en cuenta valores no estrictamente concurrenciales en la evaluación de las concentraciones empresariales¹⁶. Mi opinión coincide, en líneas generales, con la de este último sector doctrinal: el *Reglamento 4064/89* faculta a la autoridad de control a integrar elementos extraconcurrenciales en los juicios valorativos de la compatibilidad o incompatibilidad con el mercado común de las operaciones de concentración. Varios son los argumentos que me llevan a pronunciarme en este sentido¹⁷:

GASCÍA-PITA LASTRES, J.L., (1992), «Defensa de la competencia, concentración empresarial y ofertas públicas de adquisición de acciones», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 48, pp. 1034 y ss.; IMMENGA, U., «Líneas de desarrollo...», cit., p. 1114; MOAVERO-MILANESI, E., (1990), «Il nuovo Regolamento CEE sul controllo delle concentrazioni tra imprese», *Rivista delle Società*, núms. 5-6, p. 1198; POILLOT PERUZZETTO, S., (1992), «Premier bilan sur la pratique décisionnelle de la Commission dans l'application du règlement relatif au contrôle des concentrations», *Revue Trimestrielle de Droit commercial et de Droit économique*, núm. 1, p. 74; VAN DE WALLE DE GHELCKE, B., (1990), «Le règlement CEE sur le contrôle des concentrations», *Journal des Tribunaux*, núm. 5544, p. 253; VOGEL, L., (1990), «Le nouveau droit européen de la concentration», en *La Semaine Juridique*, Edition Entreprise, núm. 47, p. 720.

¹⁶ Así lo entienden, *ad ex*: ÁVILA DE GRADO, P., «El Reglamento comunitario de control de concentraciones de empresas», *Economía Industrial*, núm. 270, 1989, p. 73; BELLAMY-CHILD, *Derecho de la competencia en el Mercado Común*, Madrid, Ed. Civitas, 1992, p. 585; COSTAS COMESAÑA, J., *Los cárteles de crisis...*, cit., p. 175; DE LA LAURENCIE, J.P., «Le nouveau règlement communautaire sur les concentrations: comment un bon compromis politique produit un nid a contentieux», *Recueil Dalloz Sirey*, 1990, núm. 22, p. 145; FOLGUERA CRESPO, (1990), «Algunas notas sobre el Reglamento de control de concentraciones de empresas», *Boletín de la Gaceta Jurídica de la CEE*, núm. 77, pp. 5 y ss.; GYSELEN, L., (1992), «Le règlement du Conseil des Communautés européennes relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises», *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Droit Economique*, núm. 1, pp. 27 y 44; IDOT, L., (1991), «Commentaire du Règlement du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des concentrations», *La Semaine Juridique*, Edition entreprise, núm. 12, supplément 2, p. 41; PEÑA CASTELLOT, M.A., (1990), «Control de concentraciones: valoración y procedimiento específico», *Boletín de Información Comercial Española*, núm. 2223, pp. 995 y ss.; PUEL, F.-MURZEAU, P., (1991), «L'appréciation des opérations de concentration dans le cadre de la Réglementation communautaire», *Les Petites Affiches*, 6 mars, núm. 28, p. 28; RUBIN, CH., (1990), «Le règlement européen n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises», *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, núm. 53, p. 10; SANTA MARÍA, A., (1990), «Il Regolamento comunitario N. 4064/89 sul controllo delle concentrazioni», *Diritto del Commercio Internazionale*, anno 4, núm. 1, p. 132; WINCKLER, A.-GERONDEAU, S., (1990), «Étude critique du Règlement CEE sur le contrôle des concentrations d'entreprises», *Revue du Marché Commun*, núm. 339, 1990, p. 545.

¹⁷ Sin perjuicio de lo que se dice a continuación, *vid.* para una mayor información sobre estos argumentos (que se reproducen -con un mayor apoyo bibliográfico y documental- en MIRANDA SERRANO, L.M., «La doctrina de la *failing company* y el Derecho...», cit.) mi monografía *Las concentraciones económicas*, cit., pp. 360 y ss.

[A] *Argumento 1º*: En primer lugar, la obligación («deberán», dice el *Reglamento*) que el artículo 2 del *Reglamento 4064/89* impone al Ejecutivo comunitario de dar entrada en los enjuiciamientos de las operaciones de concentración empresarial a criterios valorativos fuertemente inspirados en el artículo 81.3 del TCE, como son, de un lado, «los intereses de los consumidores intermedios y finales» y, de otro, «la evolución del progreso técnico-económico».

La semejanza entre estos criterios y los tipificados en el artículo 81.3 del TCE resalta a simple vista, haciéndose mucho más patente tan pronto se repare en una declaración de la Comisión anexa al *Reglamento*, según la cual los conceptos de progreso técnico o económico deberán aplicarse en los mismos términos en que han sido desarrollados por el Tribunal de Justicia al interpretar el artículo 81.3 del TCE. Y si bien es cierto que la contribución al progreso técnico-económico se tiene en cuenta en la norma reglamentaria siempre que sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia, esto último no puede interpretarse en un sentido estricto o literal, entendiéndose que cualquier concentración que obstaculice la competencia debe ser declarada incompatible con el mercado común, aun cuando favorezca sensiblemente el progreso técnico-económico y sea beneficiosa para los consumidores, sino en un sentido amplio, conforme al cual habrían de declararse incompatibles con el mercado común sólo aquellas concentraciones empresariales que, pese a favorecer el progreso técnico económico y beneficiar a los consumidores y usuarios, restringen la competencia más de lo indispensable para la consecución de estos objetivos (análogamente arg. ex art. 81.3 del TCE) o bien la eliminan totalmente (pues en mercados abiertos y competitivos como el europeo no parece posible tolerar maniobras concentracionistas restrictivas de la competencia que permitan situar a un determinado mercado –el mercado relevante en cuestión– extramuros de la libre competencia)¹⁸.

De conformidad con el propio texto del artículo 2 del *Reglamento 4064/89*,

¹⁸ En mi opinión, en efecto, lo que la norma exige no es que la concentración de empresas favorable para el progreso económico y beneficiosa para los consumidores y usuarios no obstaculice en modo alguno la competencia sino que no introduzca en ella «restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos», y, por supuesto, que no la elimine totalmente [conforme con esta interpretación del término «obstaculizar» que figura en el art. 2 del *Reglamento 4064/89* (y que ya mantuve en MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas...*, cit., p. 365, nota 748) se muestra, *ad ex*, COSTAS COMESAÑA, J., *Los cárteles...*, cit., p. 172, nota 34].

pueden, por consiguiente, declararse compatibles con el mercado común operaciones de concentración de empresas que, pese a obstaculizar la competencia «efectiva» en el seno de este mercado, son ventajosas o beneficiosas para la Unión Europea no sólo desde un punto de vista económico (eficiencia económica) sino también social (eficiencia y solidaridad social)¹⁹. Y es que, aunque la existencia de efectos sociales beneficiosos (*ad ex.*, el mantenimiento del nivel de empleo, la creación de nuevos puestos de trabajo o la reclasificación profesional) no aparece mencionada expresamente entre los criterios de exención o indulgencia del artículo 81.3 del TCE, tanto el Tribunal de Justicia como la Comisión han considerado en determinadas ocasiones (especialmente en situaciones de crisis económica) que la conservación o el mantenimiento del empleo y la reclasificación profesional son «ventajas» en el sentido del referido precepto. Las sentencias del Tribunal de Justicia recaídas en los asuntos *Metro*, de 25 de octubre de 1977 [*Rec.* 1977, p. 1875] y *Remia*, de 11 de julio de 1985 [*Rec.* 1985, p. 2545], así como las Decisiones *Fibras sintéticas*, de 4 de julio de 1984 [*JOCE*, L-207 de 1984, p. 15], *Ford/Volkswagen*, de 23 de diciembre de 1992 [*DOCEL*-20 de 1993, p. 14], y *Stichting Baksteen*, de 29 de abril de 1994 [*DOCE*, L-131 de 1994, p. 15], representan una buena muestra de lo que se dice. En ellas la conservación o el mantenimiento del empleo, la creación de nuevos puestos de trabajo (tanto directos como indirectos) o, en su caso, la reclasificación profesional, se contemplan como efectos sociales beneficiosos, susceptibles de compensar las restricciones de la competencia *ex* artículo 81.3 del TCE.

Por otra parte, especial interés ofrecen aquí las sentencias del Tribunal de Primera Instancia, ambas de 27 de abril de 1995, pronunciadas a propósito de los asuntos (T-12/93) *Comité central d'entreprise de la société anonyme Vittel y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas* y (T-96/92) *Comité central d'entreprise de Société générale des grandes sources y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas* [*Rec.*, 1995, p. II-1247], por cuanto que en ellas se aborda la posibilidad de tener en cuenta ventajas de carácter social compensadoras de las restricciones de la competencia no ya en el marco de aplicación del artículo 81.3 del TCE, sino en el del *Reglamento de concentraciones*. Reconoce el Tribunal en estas resoluciones que el *Regla-*

¹⁹ Sobre la distinción entre eficiencia (o progreso) económica y eficiencia (o progreso) social: PIROVANO, A., (1988), "Progrès économique ou progrès social (ou les contradictions du droit de la concurrence)", *Recueil Dalloz Sirey*, (Chronique), pp. 145 y ss.; VOGEL, L., (1988), "Le contrôle direct des opérations de concentration économique depuis l'ordonnance du premier décembre 1986", *Juris-Classeur Périodique*, n° 15115, pp. 100 y ss.

mento 4064/89 se ocupa fundamentalmente de cuestiones de competencia, lo que, sin embargo, no le impide sostener que en modo alguno queda excluida la posibilidad de que la Comisión considere en los enjuiciamientos de las concentraciones las consecuencias sociales que de ellas se derivan; en particular, cuando afecten al nivel o a las condiciones de empleo existentes en la Comunidad o en una parte sustancial de ésta²⁰.

[B] *Argumento 2º*: En segundo lugar, el considerando número 13 de la Exposición de Motivos del *Reglamento 4064/89*, que dispone en su segundo párrafo que la Comisión, al valorar la compatibilidad o incompatibilidad con el mercado común de una determinada operación de concentración empresarial, «debe situar su apreciación en el marco general de la realización de los objetivos fundamentales establecidos en el artículo 2 del Tratado, incluido el de reforzar la cohesión económica y social de la Comunidad establecido en el artículo 130 A».

Se deduce de este considerando que la evaluación *antitrust* de las operaciones de concentración empresarial no puede ser ajena a la misión fundamental de la Unión Europea dirigida a promover el progreso económico y social y un alto nivel de empleo, a conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible, al fortalecimiento de la cohesión económica y social, y a la consecución de mayores cotas de solidaridad entre los Estados miembros y sus regiones (artículos 2 y 158 del TCE). No en vano, como desde hace tiempo vienen declarando tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia, los objetivos de la política de competencia no pueden ser entendidos como un fin en sí. Por el contrario, la política de competencia ha de concebirse como un instrumento de realización de los objetivos esenciales de la Unión Europea. De modo que éstos deberán informar todas las actuaciones realizadas por la Unión en el marco de su política de defensa de la competencia y, en particular –por lo que aquí interesa–, en la aplicación del *Reglamento 4064/89 de control de las operaciones de concentración*²¹.

²⁰ En la misma dirección que el Tribunal de Primera Instancia en las sentencias mencionadas se pronuncia el Abogado General TESAURO en sus «Conclusiones presentadas en el asunto *C-68/94 Francia y otros c. Comisión*» [Rec., 1998-3, p. I-1408].

²¹ Véase, *ad ex.*, COMISIÓN EUROPEA, (1996), *XXV Informe sobre la Política de Competencia (1995)*, Bruselas-Luxemburgo, p. 358; así como las «Conclusiones en el asunto *C-68/94 Francia y otros c. Comisión*» presentadas por el Abogado General TESAURO [Rec. 1998-3, p. I-1046, párrafo (51)]. En nuestra doctrina, sobre el carácter instrumental de la política de la competencia para la consecución de las metas fijadas en el art. 2 del TCE véase, por todos, FONT GALÁN, J.I., (1986), *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Bolonia, Studia Albornotiana, p. 28.

[C] *Argumento 3º*: En tercer lugar, la declaración de la Comisión anexa al *Reglamento 4064/89*, que faculta la entrada de criterios e imperativos de política regional en el razonamiento del Ejecutivo dirigido a determinar la compatibilidad o incompatibilidad de la operación de concentración con el mercado común.

Manifiesta expresamente la Comisión en esta declaración que en los juicios valorativos de las operaciones de concentración empresarial debe tenerse en cuenta, en particular, «la competitividad de las empresas situadas en regiones caracterizadas por una importante necesidad de reestructuración debido, sobre todo, a un retraso de su desarrollo». Fácilmente se aprecia cómo insiste aquí de nuevo la Comisión en la necesidad de orientar la política de control de la concentración empresarial a la realización de una de las misiones fundamentales de la Unión concretada en el artículo 1 del TCE cual es la solidaridad interestatal e interregional, a fin de hacer real y efectivo en la práctica el compromiso político y jurídico de la cohesión económica y social (art. 2 y 158 del TCE)²².

Los tres argumentos que acabo de exponer me llevan a sostener la posibilidad de insertar junto a los criterios de evaluación de las concentraciones orientados exclusivamente a determinar si crean o no una posición dominante productora de efectos anticoncurrenciales significativos en el seno del mercado comunitario, otros distintos a éstos tales como su posible contribución al progreso técnico-económico y social, a los intereses de los consumidores (tanto intermedios como finales), a un mayor nivel de empleo, al fortalecimiento de la cohesión económica y social y a la solidaridad entre las regiones y los Estados miembros. Lo que, además, valoro muy positivamente, por cuanto que soy de la opinión de que sólo de este modo, no volviendo la espalda a las consecuencias socioeconómicas derivadas de los procesos de concentración de empresas mediante la apertura del criterio de enjuiciamiento de la licitud/ilicitud de las concentraciones a valores y referentes normativos de naturaleza no concurrencial, el Derecho europeo de control de concentraciones podrá funcionar en la práctica como un instrumento de utilidad para la consecución de mayores cotas de solidaridad social en una organización supranacional en la que –necesario es recordarlo– la cultura de la solidaridad tiene una larga y honda tradición, y la cohesión

²² En este dato insiste también el Abogado General TESAURO: véanse sus «Conclusiones presentadas al asunto *C-68/94 Francia y otros c. Comisión*» [en *Rec. 1997*, p. I-745].

social constituye un compromiso político y jurídico fundamental²³.

En todo caso, adviértase que, dada la inexistencia en el Reglamento 4064/89 de una norma eximente o indulgente de la incompatibilidad (a modo, por ejemplo, del artículo 81.3 del TCE), los criterios valorativos de las concentraciones de naturaleza no concurrencial habrán de ser tenidos en cuenta por la autoridad de control no *a posteriori*, para autorizar una operación de concentración juzgada previamente incompatible con el mercado común, sino en el momento mismo de enjuiciar la compatibilidad (licitud) o incompatibilidad (ilicitud) de la operación, como una suerte de *rule of reason* por mor de la cual la autoridad de control queda facultada para invocar y ponderar en su caso elementos o valores extraños a la competencia en el propio *iter y modus deliberandi* del juicio de compatibilidad/incompatibilidad de la operación. Es ciertamente entonces (en el instante enjuiciador de la compatibilidad o no de la concentración) cuando deberá constatar si de la concentración objeto de enjuiciamiento derivan ventajas económicas o sociales susceptibles de compensar las obstaculizaciones que produce al funcionamiento competitivo del mercado²⁴.

Vistas las cosas de este modo, no puede sino concluirse que la doctrina de la «excepción de empresa en crisis» tiene encaje en el *Reglamento de concentraciones*²⁵: cuando las concentraciones empresariales en las que participan empresas en grave situación de crisis se revelan como las soluciones más idóneas para lograr su recuperación económica, salvaguardándose así los

²³ En esta dirección: FONT GALÁN, J.I., «Prólogo» a MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas...*, cit., pp. 19 y ss.; IDEM, «Legitimación constitucional del Derecho mercantil y desafío ético del ordenamiento del mercado competitivo», en AA.VV., (1995), *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanc, t. I, pp. 1330 y ss.

²⁴ De hecho, así ocurre en la práctica decisional de la Comisión, por lo menos en lo que respecta a criterios de pura eficiencia económica. En efecto, tales criterios son tenidos en cuenta por la Comisión en el momento mismo en que dilucida si la operación de concentración crea o no una posición de dominio en el mercado. De modo que, constatándose la producción de relevantes efectos de eficiencia económica derivados de la concentración analizada, la Comisión tiende a ser menos rigurosa a la hora de verificar si la operación en cuestión da o no lugar a la creación o el reforzamiento de una posición de dominio en el mercado común [véanse, entre otros, IMMENGA, U., «Líneas de desarrollo...», cit., p. 1114, y HERRERO SUÁREZ, C., «La excepción de eficiencia económica (*efficiency defense*)...», cit., p. 1968].

²⁵ Es más, a mi juicio, su encaje también es predicable respecto del Derecho español y del Derecho comparado (ordenamientos alemán, francés e italiano): véase MIRANDA SERRANO, L.M., «La doctrina de la *failing company* y el Derecho...», cit., nota 55.

intereses tanto de sus accionistas–inversores como de sus trabajadores, parece que lo más razonable y coherente con el Ordenamiento comunitario europeo (*Reglamento 4064/89* y TCE) es que tales operaciones sean juzgadas compatibles con el mercado común, pese a que introduzcan ciertas restricciones u obstaculizaciones en la competencia (siempre –claro está– que éstas sean las estrictamente indispensables para la consecución de los saludables fines perseguidos). La referencia expresa a la «evolución del progreso técnico–económico» y a los «intereses de los consumidores» que se contiene en el artículo 2 del *Reglamento 4064/89*, así como la inserción de objetivos sociales dentro de la lista de objetivos fundamentales de la Unión Europea que figura en el artículo 2 del TCE, justifican este trato de favor para las concentraciones «anticrisis». Tales operaciones no son sino medios de realización de objetivos de reestructuración, de división del trabajo y, en suma, de salvaguarda de intereses y valores tanto económicos como sociales. Razón por la cual no pueden valorarse únicamente a través de juicios de valor apoyados unidimensionalmente en los posibles efectos anticoncurrenciales que de ellas derivan, pues esto entraría en contradicción con los valores normativos de índole social y regional que conforman la «Constitución económica» de la Unión Europea, para cuya concreción jurídica ha sido necesaria una fuerte dosis de consenso político entre todos sus Estados miembros²⁶.

4. La actitud de la Comisión y del Tribunal de Justicia ante las concentraciones

Con anterioridad se ha dicho que en una declaración anexa al *Reglamento 4064/89* la Comisión manifestaba su intención de interpretar los conceptos de «progreso técnico–económico» (ex artículo 2) en el sentido en que éstos vienen siendo interpretados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al aplicar el artículo 81.3 del TCE. De ser esto así, la Comisión debería

²⁶ En esta dirección, entre otros: FRIGNANI, A., (1973), «Le concentrazioni nell'occhio del tifone. Esame critico del progetto di Regolamento sul loro controllo», *Il Diritto Negli Scambi Internazionali*, anno, XII, núms. 2–3, p. 191; BAGLIANO–BERNINO–PRODI, «Problemi, prospettive, responsabilità dell'Europa Comunitaria», en AA.VV., (1973), *La concorrenza nella comunità Europea*, vol. 1, Roma, pp. 12 (versión italiana) y 199 (versión francesa); BERNINI, G., «Las reglas de la competencia», en AA.VV., (1981), *Treinta años de Derecho Comunitario*, Luxemburgo, Comisión de las Comunidades Europeas, p. 377; PIROVANO, A., «Progrès économique ou progrès...», cit., p. 145.

considerar dentro del concepto de ventajas asociadas a una operación de concentración susceptibles de compensar sus efectos negativos sobre la competencia tanto contribuciones a la eficiencia económica como contribuciones a la eficiencia y la solidaridad social, ya que –como hemos visto– aunque es cierto que el Tribunal de Justicia ha venido interpretando prioritaria y fundamentalmente los términos «progreso técnico–económico» en sentido eficientista–económico, no menos cierto es que, en ciertas ocasiones, esta interpretación puramente eficientista en sentido económico se ha completado con una interpretación eficientista de naturaleza social, al entenderse comprendidas dentro del concepto de progreso técnico–económico determinadas ventajas sociales tales como la conservación o nueva creación de puestos de trabajo y la reclasificación profesional.

Sin embargo, la práctica de la Comisión desarrollada en aplicación del *Reglamento 4064/89* pone de manifiesto que la aludida intención de la Comisión no ha dejado de ser una mera intención, pues, de hecho, las cosas han transcurrido de forma diferente. Salvo en algunos casos aislados, las Decisiones de la Comisión confirman, en efecto, que, en relación con aquellas concentraciones que crean o refuerzan posiciones dominantes obstaculizadoras de forma significativa de la competencia «efectiva» dentro del mercado común o en una parte sustancial de éste, la Comisión viene siendo reacia a tener en cuenta posibles ventajas a ellas asociadas que contrarresten en términos de eficiencia económica los perjuicios que causan a la competencia. Los asuntos *Aérospatiale/Alenia/De Havilland* [asunto IV.M53, en *DOCE*, L-334 de 5 de diciembre de 1991], *MSG Media Service* [asunto IV.M490, en *DOCE* L-364, de 31 de diciembre de 1994] y *Nordic Satellite Distribution* [asunto IV.M469, en *DOCE* L-53, de 2 de marzo de 1996] ilustran sobre esta actitud recelosa de la Comisión a autorizar concentraciones creadoras o reforzadoras de posiciones dominantes obstaculizadoras significativamente de la competencia «efectiva» merced a la consideración de las ventajas que conllevan para la eficiencia económica²⁷. Pero estos recelos se acrecientan muchí-

²⁷ Sin embargo, no debe deducirse de lo que digo en el texto que la contribución a la eficiencia económica es un dato absolutamente irrelevante para la Comisión cuando procede a evaluar las operaciones de concentración de empresas, pues tal deducción sería errónea. Ocurre, más bien, que la contribución de una concentración a la eficiencia económica constituye para el Ejecutivo comunitario un «criterio oculto» del que se vale a la hora de determinar si la concentración analizada conduce o no a la creación o el reforzamiento de una posición dominante en el mercado relevante. De modo que, en presencia de evidentes y palpables eficiencias económicas, la Comisión se muestra más reticente a declarar que la operación

simo más cuando las posibles ventajas a tener en cuenta son de carácter social²⁸. Hasta el momento, son excepcionales los asuntos en los que la Comisión ha tenido a bien introducir algunas consideraciones sociales a la hora de enjuiciar la conformidad o no de una operación de concentración con el *Reglamento 4064/89*. Entre ellos se encuentra el caso *Kali+Salz/MDK/Treuhand*, en cuya Decisión la Comisión se vale de la doctrina de la «excepción de empresa en crisis» para fundamentar la licitud de un proyecto de concentración. A continuación paso a analizar este asunto, dada la trascendencia que tiene en relación con el tema objeto de estudio. Primeramente me ocupo del supuesto de hecho [A], para centrar la atención seguidamente en el razonamiento jurídico de la Comisión [B] y en la confirmación de este razonamiento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea [C].

[A] *El supuesto de hecho*. Los hechos más relevantes enjuiciados por la Comisión en el mencionado asunto son, básicamente, los siguientes: la empresa *Kali und Salz* (en adelante, *K+S*), filial del grupo *BASF* dedicada principalmente a la producción de potasa, sal y productos derivados así como a la eliminación de residuos, y la entidad pública *Treuhand*, creada con el cometido fundamental de proceder a la reestructuración de las antiguas empresas estatales de la ya desaparecida República Democrática de Alemania y única accionista de la empresa *MDK (Mitteldesustchen Kali AG)*, dedicada a actividades relativas a la potasa y a la sal gema, decidieron convertir a esta última empresa (*MDK*) en una «empresa en participación» bajo la forma de sociedad de responsabilidad limitada. La empresa *K+S* aportaría a esta «empresa en participación» sus actividades relacionadas con la potasa y la

cumple los elementos constitutivos de la incompatibilidad recogidos en el art. 2 del *Reglamento 4064/89*: la creación o el reforzamiento de una posición dominante y la producción de un obstáculo significativo para la competencia efectiva [así: HERRERO SUÁREZ, C., «La excepción de empresa en crisis...», cit., pp. 1965 y 1966; IMMENGA, U., «Líneas de desarrollo...», cit., p. 1114].

²⁸ En verdad, esta actitud de la Comisión (muy recelosa frente a las posibles ventajas de índole social anudadas a un proceso concentrador) no viene a ser sino una prueba más de la contradicción que está presente en el pensamiento neoliberal, que, pese a confiar firmemente en que el mercado competitivo genera por sí mismo (o sea, sin mediación correctora alguna) tanto la eficiencia económica como la justicia social, se muestra mucho más proclive a sacrificar o amputar la libre competencia en aras de la eficiencia económica (téngase en cuenta lo que se dice *supra*, en la nota precedente) que en aras de la eficiencia y la solidaridad social. En la doctrina mercantilista denuncia esta contradicción: FONT GALÁN, J.I., «Prólogo» a MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas...*, cit., p. 22; IDEM, «Legitimación constitucional del Derecho mercantil...», cit., p. 1333.

sal gema mientras que la *Treuhand* efectuaría una aportación de capital de 1044 millones de marcos alemanes, de los que 196 se considerarían aportación inicial de capital, contabilizándose los 848 millones restantes como reservas. En la nueva «empresa en participación» así constituida las empresas fundadoras *K+S* y *Treuhand* detentarían respectivamente el 51% y el 49% del capital y de los derechos de voto. Ahora bien, pese a que *K+S* dispondría de más de la mitad del capital y de los derechos de voto de la «empresa en participación», ésta quedaría bajo el «control conjunto» de las empresas fundadoras, ya que ambas habían elaborado conjuntamente un plan estratégico para los próximos cinco años y habían acordado que cualquier desviación sustancial de las medidas en él contenidas exigiría la aprobación de una mayoría de 3/4 de la Junta General de socios; lo que, en última instancia, no hacía sino conferir a la *Treuhand* un «derecho de veto» sobre importantes decisiones de mercado relativas a la «empresa en participación».

Como consecuencia de esta operación, se originaría una situación monopolística en el mercado alemán de la potasa destinada a usos agrícolas (mercado relevante), al alcanzar la nueva «empresa en participación» de ella resultante una cuota del 98 por 100 de dicho mercado. Circunstancia que, en principio, debería haber llevado a la Comisión a declarar la incompatibilidad de la operación de concentración con el mercado común, de conformidad con los criterios valorativos de naturaleza concurrencial contenidos en el artículo 2 del *Reglamento 4064/89*. No fue, sin embargo, así: las partes interesadas en la operación alegaron que, de no llevarse a cabo la concentración proyectada, la empresa *MDK* se vería abocada a abandonar el mercado a corto plazo, acreciendo sus cuotas de mercado principalmente a *K+S*. De ahí que considerasen cumplidos en esta operación de concentración los requisitos de la «excepción de empresa en crisis», según la cual las operaciones de concentración pueden ser vías idóneas para el salvamento de empresas en crisis, esto es, para lograr el aprovechamiento patrimonial y funcional de la organización y los recursos de empresas que, de no ser por las operaciones de concentración, estarían condenadas a cerrar y abandonar el mercado.

[B] *La Decisión de la Comisión*. La Comisión parte en su Decisión de considerar que la doctrina de la «excepción de empresa en crisis» tiene cabida dentro del artículo 2 del *Reglamento 4064/89*, sobre la base de la necesaria existencia de una relación de causalidad entre una operación de concentración y la posición dominante de mercado creada o reforzada a través de ella. Según sus palabras, «(p)uede considerarse que una operación de concentración, que en condiciones normales, crearía o reforzaría una

posición dominante de la empresa adquirente en el mercado, no constituye la causa de dicha posición de mercado, cuando, aunque se prohibiera la operación de concentración, dicha empresa adquiriría o reforzaría necesariamente su posición dominante en el mercado. En este sentido –prosigue la Comisión–, se considera que no existe nexo causal entre la operación de concentración y el deterioro de las condiciones de competencia cuando se tiene constancia de que: – de no ser por su adquisición, la empresa adquirida se vería obligada a abandonar el mercado a corto plazo; –la cuota de mercado de la empresa adquirida acrecería a la empresa adquirente en caso de que la primera abandonara el mercado; –no existe otra alternativa de adquisición menos restrictiva de la competencia» [párrafo (71) de la Decisión]. La falta de causalidad entre una operación de concentración y la posición dominante creada o reforzada significa, en opinión de la Comisión, que «el abandono del mercado por parte de la empresa en dificultades crea o refuerza una posición dominante que sería inevitable, aun cuando se prohibiera la operación, y no precisamente a causa de ésta», añadiendo que esta situación sólo se da en «casos excepcionales», ya que «en condiciones normales ha de presumirse que una operación de concentración cuyo resultado es la creación o el reforzamiento de una posición dominante es también la causa del deterioro de las condiciones de competencia» [párrafo (72) de la Decisión].

Sentado lo anterior, entiende la Comisión que en el caso enjuiciado no existe nexo de causalidad entre la operación de concentración y el reforzamiento de una posición dominante en el mercado alemán, siendo éste el argumento principal que le lleva a calificar la operación enjuiciada de «concentración con fines de recuperación» y a declararla compatible con el mercado común (aunque subordinada al cumplimiento de determinadas condiciones y cargas). A este argumento fundamental la Comisión incorpora, no obstante, al final de la Decisión, uno nuevo, coherente con el objetivo fundamental de reforzar la cohesión económica y social de la Comunidad al que hace referencia el considerando 13 del *Reglamento 4064/89*: «la debilidad estructural de las regiones del Este de Alemania que resultarán afectadas por la operación propuesta y las consecuencias negativas que probablemente tendría la desaparición de MDK para estas regiones» [párrafo (95), *in fine*, de la Decisión].

[C] *La Sentencia del Tribunal de Justicia*. El razonamiento jurídico seguido por la Comisión en esta Decisión (en particular, en lo que respecta al encaje de la «excepción de empresa en crisis» en el *Reglamento 4064/89*, sobre la base de la inexistencia de relación de causalidad entre la operación de

concentración y la creación o reforzamiento de posición dominante) fue más tarde confirmado por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Francia y otros c. Comisión*, de 31 de marzo de 1998 [Rec. 1998, I-1426]; en particular, en sus párrafos 90 y ss.

Señala, en efecto, el Tribunal en el párrafo 110 de la referida sentencia que «siempre que una operación de concentración no sea la causa de la creación o del refuerzo de una posición dominante que afecte de manera significativa a la situación competitiva en el mercado relevante, procede declararla compatible con el mercado común»; pasando a declarar en el párrafo 112 que «debe señalarse que el hecho de que las condiciones fijadas por la Comisión para considerar que no existe una relación de causalidad entre la concentración y el deterioro de las condiciones de competencia no coincidan totalmente con las condiciones establecidas en el marco de la teoría americana de la *failing company defense* no es en sí un motivo de invalidez de la Decisión controvertida»; y que «sólo la circunstancia de que las condiciones fijadas por la Comisión no pudieran excluir la posibilidad de que una concentración sea la causa del deterioro de las condiciones de competencia del mercado podría constituir un motivo de invalidez de la Decisión controvertida».

En opinión del Tribunal, el criterio relativo a la comprobación de si la empresa adquirente obtendría en cualquier caso la cuota de mercado de la empresa adquirida en el supuesto de que ésta desapareciera del mercado «pretende garantizar que la existencia de una relación de causalidad entre la concentración y el deterioro de las condiciones de competencia del mercado sólo pueda excluirse en el caso de que el deterioro de las condiciones de competencia que seguiría a la operación de concentración, se produciría también aunque no existiera dicha operación» [párrafo 115]. Razón por la cual entiende que «el criterio de la absorción de las cuotas de mercado, aunque la propia Comisión no lo considere suficiente por sí solo para excluir el carácter restrictivo de la operación de concentración para el juego de la competencia, contribuye a asegurar la neutralidad de dicha operación en lo que respecta al deterioro de las condiciones de competencia, lo que es conforme al concepto de causalidad que figura en el apartado 2 del artículo 2 del Reglamento» [párrafo 116]²⁹.

²⁹ Ciertamente es que el Tribunal anula finalmente la Decisión, pero lo hace no porque, en su opinión, la doctrina de la *failing company defense* no tenga cabida en el Reglamento 4064/89, sino por entender que la Comisión no había probado suficientemente en la Decisión que los vínculos existentes entre las empresas en posición dominante «colectiva» (que la Comisión obligó a

[D] *Valoración de la Decisión y de la Sentencia.* La trascendencia de la Decisión y de la Sentencia que acabamos de abordar es más que evidente. En ellas tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia utilizan como principal argumento para declarar la compatibilidad con el mercado común de una concentración en la que participa una empresa en crisis la necesidad (*ex* artículo 2 del *Reglamento 4064/89*) de que exista una relación de causalidad entre la operación de concentración (causa) y la posición dominante creada o reforzada a través de ella (efecto). En opinión de una y otra instancia, en efecto, la operación de concentración analizada no es restrictiva u obstaculizadora de la competencia *per se*, pues, de haber sido prohibida, también se habría producido (eso sí, no inmediatamente sino a corto plazo) un reforzamiento de posición dominante obstaculizadora de la competencia en una parte sustancial del mercado comunitario, que es el resultado que precisamente trata de evitarse mediante las normas de control de concentraciones. La obstaculización de la competencia «efectiva» mediante la creación o el reforzamiento de posición dominante es, pues, inevitable en el caso enjuiciado. Tendrá lugar tanto si la operación de concentración se declara compatible con el mercado común (pues entonces la empresa resultante de la concentración llegaría a ocupar una posición monopolística en el mercado relevante) como si es declarada incompatible con él (ya que en este caso la empresa en crisis se vería abocada a desaparecer del mercado, acreciendo su cuota de mercado a la empresa que había proyectado su adquisición que, de este modo, vería reforzada su posición de dominio en el mercado relevante). De modo que la operación de concentración no es la causa del efecto anticoncurrencial consistente en la creación o el reforzamiento de una posición dominante obstaculizadora de la competencia «efectiva», al tener

éstas a romper como condición para autorizar la operación de concentración) eran de tal naturaleza que impedirían la existencia de una competencia efectiva entre los miembros del oligopolio y, por consiguiente, que las consecuencias que la Comisión atribuye en su Decisión a tales posibles vínculos eran meramente hipotéticas [*cf.* párrafos 205 y ss. de la Sentencia]. Acerca de la relevante doctrina sobre posiciones dominantes «colectivas» que introduce esta Sentencia [que constituye, en rigor, el primer pronunciamiento judicial que admite incorporar al ámbito de aplicación del *Reglamento 4064/89* la prevención de la creación o el reforzamiento de posiciones dominantes «colectivas» o «conjuntas»] véanse: MIRANDA SERRANO, L.M., «La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas en el sistema comunitario europeo de control de concentraciones», *cit.*, pp. 19 y ss.; RUIZ CALZADO, (1998), «Posición dominante colectiva y control de concentraciones», *Anuario de la Competencia*, pp. 335 y ss.; HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, F., (2000), «La posición dominante conjunta en el Derecho comunitario de la competencia», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo XXI, pp. 91 y ss.

lugar tal efecto independientemente de que la operación llegue o no a celebrarse y ejecutarse. Así es, básicamente, como primero la Comisión y después el Tribunal justifican su juicio de compatibilidad de la operación de concentración con el mercado comunitario.

Esta argumentación, aun cuando pueda aceptarse (no sin algún reparo³⁰) desde una lógica puramente concurrencial, es, a mi juicio, insuficiente. Echo en falta tanto en la Decisión como en la Sentencia referencias a las consecuencias social y económicamente dañinas asociadas a la prohibición de la operación de concentración o, si se prefiere, a las ventajas que para los trabajadores, los accionistas-inversores de la empresa en crisis y la colectividad en general reportará la operación de concentración juzgada compatible con el mercado común. No se pase por alto, en este sentido, que la doctrina jurisprudencial americana de la «excepción de empresa en crisis» insiste, al igual que la Comisión y el Tribunal de Justicia, en el dato de la inevitabilidad del efecto obstaculizador de la competencia, esto es, en el hecho de que si la operación se prohibiera merced a la consideración de sus efectos anticoncurrenciales, y, por tanto, la empresa en crisis desapareciera del mercado, resultaría dañada o perjudicada la competencia. Pero, a diferencia de la Decisión y la Sentencia que comentamos, dicha doctrina, al menos tal como fue inicialmente elaborada por la jurisprudencia e interpretada por los autores, no se olvida de las ventajas que la concentración tolerada por el Derecho *antitrust* conlleva para los trabajadores, los inversores y la colectividad en general. Ciertamente es que el silencio sobre este extremo tan fundamental no es total, ya que, a modo de conclusión, las autoridades comunitarias llegan a reconocer que la declaración de compatibilidad de la operación de concentración con el mercado común se basa, además de en el principal argumento de la falta de relación de causalidad entre la operación de concentración y el reforzamiento de la posición dominante, en «la debilidad

³⁰ Por cuanto que no parece erróneo considerar que la relación de causalidad de la que hablan tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia no figura expresamente en el artículo 2.3 del *Reglamento 4064/89*, que se refiere únicamente a las concentraciones que creen o refuercen una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial de éste, y no a las operaciones de concentración que sean la causa de la creación o el reforzamiento de una posición dominante [así, partidario de la inexistencia en el art. 2 del *Reglamento 4064/89* de una tal relación de causalidad: VAGUE, M., (1994), «De la contribution des ententes et des concentrations à l'assainissement économique», *Revue du Marché Commun*, núm. 383, p. 662; conforme, sin embargo, COSTAS COMESAÑA, J., *Los cárteles...*, cit., p. 174, nota 37, cuya opinión cuestiono en MIRANDA SERRANO, L.M., «La doctrina de la *failing company* y el Derecho...», cit., nota 72].

estructural de las regiones del Este de Alemania que resultarán afectadas por la operación propuesta», así como en «las consecuencias negativas que probablemente tendría la desaparición de la empresa en crisis para estas regiones» y, en suma, en la coherencia del juicio de compatibilidad de la operación con el objetivo fundamental de «reforzar la cohesión económica y social de la Comunidad», aludido por el considerando 13 del *Reglamento 4064/89*. Pero estas consideraciones, aunque muy correctas y oportunas, son, a mi entender, excesivamente parcas.

Pienso, en efecto, que la Comisión y el Tribunal de Justicia debieron ser menos concisos y más explícitos a la hora de declarar sin titubeos que, de conformidad con lo dispuesto en el considerando número 13 y en el artículo 2 del *Reglamento 4064/89*, la operación de concentración se declara compatible con el mercado común en consideración no sólo a su más que previsible «neutralidad» para el mantenimiento de una competencia «efectiva» en el mercado relevante, sino también a sus positivos efectos económicos y sociales: la recuperación de la empresa en crisis y con ello la salvaguarda de los intereses de sus inversores y trabajadores en una región caracterizada por una fuerte debilidad estructural. Sin embargo, no lo hicieron así. Tal vez por la inexistencia en el *Reglamento 4064/89* de una norma de exención de las concentraciones, similar a la contenida en el artículo 81.3 del TCE. Pero esto no constituye una razón suficiente para justificar este proceder. Como expuse más arriba, el artículo 2 del *Reglamento 4064/89*, pese a no contener de forma expresa una norma de exención, supone, en relación tanto con las Propuestas reglamentarias que se fueron sucediendo desde 1973 (que admitían expresamente autorización o exención a la incompatibilidad de las concentraciones), como con el propio artículo 81.3 del TCE, una diferencia metodológica o técnica mas no sustantiva o conceptual. Quiero así decir que la presencia de criterios no competitivos en los enjuiciamientos de las concentraciones es una vía que el *Reglamento* deja abierta, lo que varía es la técnica o modo y el momento en que tales criterios pueden hacerse presentes: no *a posteriori*, para declarar compatible una operación de concentración previamente declarada incompatible, sino en el mismo momento en que se decide acerca de la compatibilidad o incompatibilidad de la operación. Así lo ha admitido expresamente el Tribunal de Primera Instancia en sus dos sentencias de 27 de abril de 1995 [ya cites.], en las que no ha dudado en afirmar que «la letra b) del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento nº 4064/89 exige a la Comisión que efectúe una valoración económica de la operación de concentración de que se trate, en la que pueden tenerse en cuenta, en su caso,

consideraciones de orden social, como lo confirma el decimotercer considerando del mismo Reglamento». Pues bien, la operación de concentración que aquí se analiza es, a mi entender, una de esas operaciones en cuyo enjuiciamiento habrían de convivir hermanadas, al menos en igualdad de condiciones, consideraciones puramente económicas y concurrenciales con otras de distinto signo (fundamentalmente sociales) que dieran contenido material al valor político y jurídico de la cohesión social, reconocido formalmente por el artículo 2 del TCE³¹.

5. Consideraciones finales

Las operaciones de adquisición de empresas en crisis (que cumplan las dimensiones requeridas para la activación del control *antitrust*) sitúan a las autoridades de la competencia que han de evaluarlas ante una encrucijada de intereses diversos y, en cierta medida, contrapuestos. En primer lugar, el interés de la empresa en crisis por lograr su recuperación o saneamiento económico y, en definitiva, por sobrevivir en el mercado como empresa productiva y eficiente, aunque para ello sea inevitable que resulte modificada su estructura patrimonial y funcional. En segundo lugar, los intereses de los trabajadores e inversores de la empresa en crisis por la conservación de sus puestos de trabajo y al mantenimiento del valor de sus inversiones respectivamente. En tercer lugar, los intereses de la empresa o empresas que proyectan concentrarse con la empresa en crisis por adquirirla y hacerla económicamente viable, aun cuando para ello causen alguna que otra obstaculización a la competencia. Por último, los intereses institucionales de la competencia (esto es, del funcionamiento competitivo del mercado), arriesgados por estas maniobras concentracionistas de salvamento de empresas en crisis en los casos en que produzcan efectos anticompetitivos que traspasen los límites de «lo razonable».

La solución que a este conflicto de intereses se ha dado primero en la experiencia estadounidense y más tarde en la europea, ha consistido básicamente en considerar que el «fin» perseguido por estas operaciones, que no es otro que la conservación y el aprovechamiento de empresas ruinosas que se encuentran al borde de desaparecer del mercado, justifica los «medios» empleados: operaciones de concentración causantes de mutaciones estruc-

³¹ No conforme, sin embargo, HERRERO SUÁREZ, C., «La excepción de empresa en crisis...», cit., pp. 141 y ss. (en concreto: p. 168).

turales a las empresas participantes y a los mercados en los que operan. Pero siempre, claro está, que tales «medios» no sobrepasen los límites de lo «razonable», esto es, no obstaculicen la competencia «efectiva» más allá de lo que sea estrictamente indispensable para la consecución de los saludables «fines» perseguidos. La tolerancia *antitrust* de las adicciones de empresas en grave situación de crisis queda así condicionada a la inexistencia de otras vías alternativas (a la operación de concentración) que comporten un menor riesgo para el mantenimiento de la competencia en el mercado. De modo que no siempre cabe optar por flexibilizar la aplicación del Derecho *antitrust* a estas operaciones. En rigor, tal opción sólo procederá en aquellos casos en que la operación adquisitiva en cuestión se revele como la vía menos traumática de todas las posibles para mantener una cierta dosis de competencia en el mercado y, al mismo tiempo, lograr la recuperación o el saneamiento económico de la empresa objeto de adquisición.

La que sintéticamente acaba de exponerse es, a mi juicio, una solución justa y equilibrada, al tratar de conciliar intereses de eficiencia económica con otros de progreso y justicia social³². Se trata, además, de una solución coherente y respetuosa tanto con el Ordenamiento comunitario en su conjunto como con el sistema *antitrust* europeo. Y esto por cuanto que siempre he pensado que las valoraciones *antitrust* de las concentraciones empresariales deben llevarse a cabo a través de criterios no encaminados unidimensionalmente a salvaguardar a toda costa la competencia, sino también dirigidos a perseguir objetivos de eficacia y de solidaridad social, tales como la reestructuración de sectores en crisis, el pleno empleo, el desarrollo de regiones deprimidas y, de una manera general, la mejora de las condiciones económicas y sociales en el seno de la Unión Europea, tal como, por lo demás, lo dispone el artículo 2 del TCE. Pues sólo de este modo, no cerrando los ojos a los efectos socioeconómicos que se derivan de un proceso de concentración empresarial, podrá hablarse de un cierto grado de coherencia axiológica entre la normativa de control de las concentraciones

³² Pues, como he aprendido de mi maestro, el Profesor FONT GALÁN, «el conflicto entre eficiencia económica y distribución social no puede resolverse en favor de uno de los términos con exclusión del otro. Ambos están *constitucionalmente* sujetos a conciliarse en una *sociedad democrática avanzada* y comprometida con un *orden económico y social justo* (...). De ahí el reparo de inconstitucionalidad de todo intento neoliberal de idolatrizar o *fundamentalizar* la eficiencia económica en detrimento o exclusión de la solidaridad social» [FONT GALÁN, J.I., «Prólogo» a MIRANDA SERRANO, *Las concentraciones económicas*, cit., p. 22; ÍDEM, «Legitimación constitucional del Derecho mercantil...», cit., p. 1333].

y el entero sistema *antitrust* vigente en Europa, del que forman parte normas tales como el artículo 81.3 del TCE (que permite un cierto sacrificio de la libre competencia en función del logro de ciertas ventajas socioeconómicas) y el artículo 87.3 del TCE (que, entre otras cosas, posibilita declarar compatibles con el mercado común las ayudas públicas a empresas destinadas a «favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo»).

Es más, dicha solución encuentra, a mi entender, suficiente fundamento y base legal en el *Reglamento 4064/89* donde, como hemos visto, conviven criterios valorativos estrictamente concurrenciales con otros de naturaleza extraconcurrencial (fundamentalmente, económicos pero también sociales, industriales y regionales). En efecto, el artículo 2 del mencionado *Reglamento*, al permitir compensar (en la evaluación de las operaciones de concentración de empresas) posibles obstaculizaciones a la libre competencia con la consecución de determinadas ventajas socioeconómicas, no está sino legitimando que, ante una concentración en la que se ve implicada una empresa en situación de grave crisis económica, pueda flexibilizarse la aplicación del control *antitrust*, autorizando las obstaculizaciones de la competencia que sean estrictamente indispensables o necesarias para lograr la recuperación económica de la empresa en cuestión.

Esta opinión, sin embargo, no es del todo compartida ni por la Comisión ni por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se muestran poco proclives a autorizar adquisiciones de empresas en crisis sobre la base de considerar que las obstaculizaciones que introducen en la competencia pueden ser compensadas por los beneficiosos efectos socioeconómicos que de ellas se derivan. Antes bien, para una y otra instancia, la competencia «efectiva» parece tener en el *Reglamento 4064/89* la consideración de un valor «absoluto» y, como tal, no susceptible de ser eclipsado ni superado por otros valores normativos (sobre todo, cuando son de índole social) dimanantes de los propios objetivos y fines inherentes a la Unión Europea. Así se explica que, en los casos en que tales instancias se han enfrentado a estas operaciones, su argumentación haya girado casi exclusivamente en la única dirección de determinar si la operación analizada era o no «neutral» para el mantenimiento de una competencia «efectiva». Procediendo de este modo, las autoridades comunitarias parecen no reparar suficientemente en el hecho de que el nacimiento del Derecho europeo de control de concentraciones (el *Reglamento 4064/89*) sólo fue posible gracias a una fuerte dosis de consenso y compromiso político entre todos los Estados negociadores (partidarios

unos de una evaluación global de las concentraciones y otros de una evaluación estrictamente concurrencial) que, como es natural, obtuvo reflejo y refrendo expreso en el texto finalmente aprobado. Por otra parte, interpretando así el *Reglamento de control de concentraciones*, tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia parecen adherirse a la que hoy es doctrina oficial entre los defensores del «neoliberalismo», basada en el convencimiento de que la competencia genera por sí misma (esto es, sin necesidad de ninguna intervención pública correctora) la máxima eficiencia tanto económica como social. Cabría, en todo caso, preguntarse si tal convencimiento es actualmente compartido por los muchos trabajadores que son despedidos a causa de los cierres de empresas y por los numerosos inversores que en situaciones de crisis empresarial ven peligrar el valor de sus inversiones. A lo que, casi con total certeza, habría que contestar con una respuesta negativa; pues, ciertamente, ¿cómo convencerles de que el sistema de libre competencia ausente de toda intervención pública correctora de los posibles fallos o abusos del mercado es el mejor y el más «bondadoso» de todos los posibles?