

Los grupos de sociedades en el derecho de la competencia de la Unión Europea y México

XAVIER GINEBRA

SUMARIO: I. Introducción. II. Los grupos de sociedades en la doctrina. III. Contenido fundamental de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma. IV. Concepto de empresa en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma. V. Presupuestos para la aplicación de los artículos 85 y 86 TCEE con relación al mercado afectado, y al ámbito territorial de aplicación de los mismos. VI. Los acuerdos dentro del artículo 85 TCEE. VII. Las decisiones de asociaciones de empresarios. VIII. El concepto de práctica concertada. IX. Posible aplicación del artículo 85 TCEE a los grupos de sociedades. X. Presupuestos para la aplicación del artículo 86 TCEE. El mercado considerado. XI. En qué puede consistir una posición dominante colectiva. XII. En qué consiste el abuso de posición dominante. XIII. Relación entre los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma. XIV. Criterios de aplicación para la imposición de multas por parte de la Comisión por infracción de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma. XV. Los grupos de sociedades en el derecho de la competencia mexicano. XVI. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Los grupos de sociedades van cada vez cobrando más fuerza dentro de nuestra realidad jurídica. Pese a no estar reglamentados, su existencia e influencia no pueden dejar de ser reconocidos por nuestro derecho.

Si la afirmación anterior es un hecho notorio, lo es todavía más dentro del ámbito del derecho de la competencia, rama de desarrollo reciente en nuestro país. En efecto, en el derecho antitrust, los sujetos activos de las conductas monopólicas o anticompetitivas suelen ser las grandes empresas, cuya estructura normalmente asume la forma de grupos de sociedades.

Debido a que el derecho de la competencia en el ámbito de la Unión Europea, reflejado fundamentalmente en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma de 1957 (en adelante TCEE), ha sido objeto de un amplio desarrollo por la doctrina y la jurisprudencia europeas, a continuación mencionaremos los conceptos más importantes en relación con dichos artículos, tras una breve incursión en el concepto de los grupos de sociedades, para terminar analizando el tratamiento que reciben los grupos de sociedades en el derecho de la competencia mexicano, recogido en la Ley Federal de Competencia Económica.

II. LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN LA DOCTRINA

La expresión grupos de sociedades puede tener dos sentidos, uno amplio y otro estricto. El primero se refiere a una concentración de sociedades que se encuentran unidas en función de un objetivo común a todas ellas, y entre las cuales existen relaciones de capital (inversiones cruzadas o bien verticales), que permiten obtener el control de las mismas y orientarlas hacia la consecución del fin del grupo. En sentido estricto, el grupo de sociedades es un conjunto de empresas en el cual una sociedad ejerce sobre otra u otras el control de ellas, e impone las directrices a las que se va a someter la gestión social de las sociedades dominadas.

Cabe aclarar que la expresión grupo de sociedades en sentido lato o amplio, comprende al concepto sociedad de sociedades, que también es un conjunto de ellas, que a través de relaciones de inversiones cruzadas de capital forman una unidad y logran una coordinación en el desarrollo de sus actividades, determinando conjuntamente los lineamientos conforme a los cuales se dirige la gestión social.¹

Los grupos de sociedades han sido el resultado del fenómeno económico de la producción en serie de bienes, lo cual provoca la especialización de las sociedades, las que se unen para asegurarse el abastecimiento de los bienes y servicios necesarios para su operación.²

Debe señalarse que en el grupo de sociedades, cada una de ellas, jurídicamente mantiene su autonomía e independencia frente a las otras; es decir, conserva individualmente su propia personalidad jurídica y sus órganos son autónomos y deben integrarse de acuerdo con sus propios estatutos.³

Así pues, dentro de los grupos de sociedades en sentido amplio, encontramos como elementos los siguientes:

1) Una pluralidad de personas morales (sociedades), las cuales se encuentran sujetas a un mismo centro de decisiones, bien sea que este centro decisorio se dé

¹ LEDESMA URIBE, Bernardo. Voz: "Grupos de sociedades", *Diccionario Jurídico Mexicano* 2a. Un ejemplo de práctica concertada, muy usual en la práctica, es la publicación de tarifas de escalas de descuentos (México Porrúa 1987) 1550.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

en una sociedad denominada madre o controladora, y entonces se estará en presencia de sociedades controladas o filiales, o bien, que resida en un grupo de inversionistas, y que las sociedades se mantengan en un mismo plano.

2) Poder único de dirección, que se da en el centro que adopta las decisiones para todas las sociedades que forman el grupo. Las características que debe tener este elemento, o sea, el poder de dirección, son los siguientes:

a) Que sea auténtico, esto es, que el poder que se tenga derive del carácter de socio o accionista de las sociedades y no únicamente de relaciones contractuales o a través de las cuales se vincule la actividad de ellas.

b) Que este poder sea estable, es decir, permanente y no meramente transitorio, lo cual se determinará en función del fin de grupo.

3) Fin del grupo, que es el elemento para el cual se constituye el grupo de sociedades, de donde se puede sostener que es la causa final de las mismas, ya que, como se dijo, la gestión social se orienta a cumplir con los fines del grupo.⁴

Con estos tres elementos (varias personas morales, poder único de dirección y fin común) podemos caracterizar a los grupos de sociedades.

III. CONTENIDO FUNDAMENTAL DE LOS ARTÍCULOS 85 Y 86 DEL TRATADO DE ROMA

El artículo 85.1 TCEE prohíbe, en forma general, las ententes o cárteles, entendiendo por estos los contratos, acuerdos, o la conducta armonizada entre empresarios, o las resoluciones que se tomen por asociaciones de empresarios, sobre circunstancias de producción, de venta o de competencia en cuanto a través de éstas pueda afectar, impedir o restringir la libre competencia en el Mercado Común. Tales actos serán nulos de acuerdo con las normas del TCEE.

Para la definición de la esencia de los actos mencionados no se requiere que exista cierta intención, por parte de los contratantes, que afecte a la libre competencia. Es suficiente, por tanto, que el acto tenga la cualidad de causar tal afectación sin necesidad de que ésta se realice efectivamente en un caso concreto.⁵

Por su parte, el artículo 86 prohíbe los abusos de posición dominante que afecten a la libre competencia.

El abuso de posición dominante se da, en términos generales, cuando una empresa (monopolio) o varias (oligopolio), dominen el mercado común respecto de cierta mercancía o prestación de servicios, en un grado que, a través de estos fenómenos, se impida la libre competencia en tal mercado, sin que la falta de competencia se fundamente en un acuerdo entre las empresas respectivas.⁶

⁴ *Ibidem*.

⁵ FRISCH PHILIPP y MANCEBO MURIEL *La competencia desleal* (México Trillas 1975) 228.

⁶ *Ibidem*.

IV. CONCEPTO DE EMPRESA EN LOS ARTÍCULOS 85 Y 86 DEL TRATADO DE ROMA

Las empresas son los sujetos activos y destinatarios de las conductas prohibidas por los artículos 85 y 86 TCEE, por lo que su conceptualización es un paso importante, para saber quiénes pueden ser los sujetos sancionables por dichos artículos.

Tomando en cuenta que el fin de las leyes de la competencia es impedir el falseamiento de la misma en el Mercado Común (artículo 3.f TCE), y que un concepto excesivamente estrecho del concepto de empresa, sujeto activo del artículo 85 TCEE, podría facilitar los fraudes de ley, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) ha definido el concepto de la empresa, para efectos comunitarios, a la organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales unidos a un sujeto jurídicamente autónomo, y que persiguen, perdurablemente, una meta económica determinada,⁷ comprendiendo todo sujeto, persona física o jurídica, pública o privada, titular de relaciones jurídicas de contenido económico, que opera en el mercado, mediante la producción, distribución de bienes o la prestación de servicios.⁸

No es indiferente que el destinatario de una norma de competencia sea una Empresa o un Estado: Los sujetos destinatarios de estas normas son las empresas, por lo que hace a los artículos 85 y 86 TCEE. Los estados tienen sus propias normas dentro del TCEE, que son los artículos 92 a 94 del mismo tratado.

Con relación a la posible aplicación de los citados artículos a las empresas de carácter público, aunque lo más frecuente es que se trate de sociedades de derecho privado, puede tratarse de una empresa con un estatus jurídico público.⁹ Pueden ser sancionadas empresas pertenecientes a una holding de carácter público o estatal, como fue el caso de una sentencia, en que se reconocía la posibilidad de sancionar a una empresa, sociedad perteneciente al holding estatal EFIM, a pesar de tratarse de un socio público no industrial que no tiene los mismos objetivos, ni los mismos intereses, ni los mismos medios de actuación que los grupos privados.¹⁰

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) de 13 de julio de 1962, *Manesmann/Hauté Autorité* 19/61 y Sentencia de doce de agosto de 1984, As. 170/83, *Hydroterm*.

⁸ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y CALVO CARAVACA, Luis Alfonso *Derecho Mercantil Internacional* (Madrid Tecnos 1993) 148.

⁹ Decisión de la Comisión de 21 de septiembre de 1978, *Boletín de las Comunidades Europeas* (en lo sucesivo JOCE, L 286 —12 de octubre de 1978—, donde se discutió los derechos de propiedad industrial de un establecimiento público-nacional francés de carácter administrativo).

¹⁰ Sentencia del TJCE de 10 de marzo de 1992, caso *Società Italiana Vetro SpA/Comisión*, considerando 139.

V. PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 85 Y 86 TCEE CON RELACIÓN AL MERCADO AFECTADO, Y AL ÁMBITO TERRITORIAL DE APLICACIÓN DE LOS MISMOS

Los artículos 85 y 86 TCEE entran en juego si el comportamiento de las empresas afecta al comercio entre los estados miembros. Teniendo en cuenta que dicha afectación debe ser sensible (entendido por la Comisión que se da dicha circunstancia cuando los productos o servicios afectados no supongan más del 5% del mercado del conjunto de esos productos o servicios y cuando el volumen de negocios total realizado por las empresas participantes durante un ejercicio no rebase un poco más de los 200 millones de Ecus.¹¹

Por otra parte, se ha interpretado que se da dicha afectación cuando el acto que tenga por objeto o efecto, impedir, falsear o restringir la competencia, se proponga o consiga alterar las condiciones, volumen y ritmo normales o naturales de los intercambios económicos intracomunitarios, lo cual es de orden cualitativo¹² aunque el efecto de los acuerdos se den sólo en un Estado miembro, porque un acuerdo que se extiende a todo un Estado miembro tiene, por su naturaleza, el efecto de consolidar tabicaciones de carácter nacional, obstaculizando así la integración económica querida por el tratado y asegurando ilícitamente una protección a la producción nacional.¹³

En la decisión de un caso, la Comisión había interpretado que se daba dicha afectación al suponer las operaciones de las tres compañías el 79% de la demanda italiana de vidrio no destinado al automóvil, si bien el TJCE interpretó que las cuotas de dicho mercado en poder de los tres productores eran mucho menos elevadas, siendo el dato esencial de la cuota de mercado desconocido.¹⁴

VI. LOS ACUERDOS DENTRO DEL ARTÍCULO 85 TCEE

Por acuerdo el TCEE no entiende un sinónimo de contrato, sino en el convenio respecto de cuyo incumplimiento las partes hayan previsto como medios de sanción la aplicación de presiones de cualquier índole, jurídica o extrajurídica, tales como las sociales o económicas.¹⁵

11 Decisión de la Comisión de 3 de septiembre de 1986.

12 FONT GALÁN, Juan Ignacio *La libre competencia en la Comunidad Europea* (Zaragoza Publicaciones del Real Consejo de España 1986) 152.

13 Sentencia VCH/Comisión de 17 de octubre de 1972, en igual sentido, sentencias Bilger/Jelhe, de 18 de marzo de 1970 y Sentencia Papiers de Belgiche, de 26 de noviembre de 1974.

14 Sentencia del Caso Holding Efim, epígrafes 162 a 171.

15 FRISCH PHILIPP, Walter y MANCEBO MURIEL, Gerardo *op. cit.*, 229.

Para que una restricción constituya un acuerdo en los términos del apartado 1 del artículo 85, no es necesario que este acuerdo sea jurídicamente vinculante y no es preciso que se haya fijado por escrito.

Las autoridades comunitarias han adoptado una decidida posición en favor de la no necesidad del carácter jurídicamente vinculante de los acuerdos, siendo suficiente que de éstos derive un mero compromiso moral o social,¹⁶ como es el caso de los *gentlemen's agreements*.

La noción de acuerdos, por la experiencia comunitaria no viene delimitada ni por la forma, que puede ser escrita, verbal, ni por la naturaleza externa, naturaleza jurídica o finalidad de los mismos.¹⁷

No es preciso, para apreciar la existencia de un acuerdo colusorio, que haya sido íntegramente respetado.

Tomando en cuenta que las instituciones comunitarias no ponen límite alguno a la naturaleza del acuerdo,¹⁸ y que, por otra parte, en la calificación del acuerdo prevalece el objetivo del acto colusorio sobre el efecto, en la medida que reiteradamente mantiene la Corte de Justicia que, si se observa que un acuerdo o decisión están dirigidos a producir una limitación de la competencia, resulta superfluo o innecesario si esta limitación ha llegado a producirse efectivamente,¹⁹ sin que se deduzca de esa prioridad del objeto que el TCEE ha querido establecer casos de ilicitud *per se*, cualquiera que sea el contexto real o las condiciones del mercado en las que se traban los acuerdos restrictivos de la competencia. Por otra parte, el objeto es totalmente irrelevante cuando los efectos restrictivos han sido, no obstante, constatados. Es necesario, de todos modos, la existencia de una relación de causalidad previsible, partiendo de una interpretación objetiva del contenido del acuerdo, sin tener en cuenta las intenciones o motivaciones subjetivas o psicológicas de las partes.²⁰

VII. LAS DECISIONES DE ASOCIACIONES DE EMPRESARIOS

Las resoluciones o simples recomendaciones que se tomen por asociaciones de empresarios, aunque no tengan el carácter de empresarios dichas asociaciones, sobre circunstancias de venta, de producción o de competencia que afecten a la libre concurrencia también están prohibidas por el artículo 85.1 TCEE.

¹⁶ Decisión del acuerdo internacional de la quinina, JOCE, número L 192 (5 de agosto de 1969) y sentencia del TJCE de 15 de julio de 1970, Caso Boehringer.

¹⁷ FONT GALÁN, Juan Ignacio *op. cit.*, 118 y 119.

¹⁸ PELLICER ZAMORA, Rafael *Derecho Comunitario de la Competencia* (Madrid Trivium Editorial 1986) 90.

¹⁹ Sentencia Grunding-Consten de 13 de julio de 1966 del TJCE.

²⁰ FONT GALÁN, Juan Ignacio *op. cit.*, 140-143.

VIII. EL CONCEPTO DE PRÁCTICA CONCERTADA

La finalidad perseguida por el Tratado de Roma con la creación del concepto de práctica concertada, se explica a continuación.

Al prever el artículo 85.1 las prácticas concertadas, la *ratio legis* que inspira dicha previsión legislativa es la de prohibir todos aquellos actos o medidas restrictivas de la competencia, cuya existencia no pueda ser constatada como “acuerdos” o “decisiones”, puedan caer bajo la prohibición del artículo 85.1 en calidad de prácticas concertadas.

En este sentido, cabe decir que configuran una fuente de medidas colusorias restrictivas de la competencia que permite impulsar el mecanismo sancionador del artículo 85 de manera residual. Las prácticas concertadas forman la última de la red de seguridad para impedir la realización de actos o prácticas contrarias a la libre competencia, que por sus características o dificultad de prueba, no pueden llegar a ser prohibidas como acuerdos o decisiones.²¹

Un ejemplo de práctica concertada, muy usual en la práctica, es la publicación de tarifas de escalas de descuentos idénticos y de listas y categorías idénticas de clientes beneficiarios de estas condiciones como resultado de acuerdos y prácticas concertadas entre los productos en cuestión.

Tomando en cuenta que para que se den los presupuestos integradores de las prácticas concertadas se requiere un elemento objetivo, referente a la existencia de un efectivo paralelismo o uniformidad en las conductas de las “empresas concertadas”, y otro subjetivo, concerniente al entendimiento consciente entre éstas, por mínimo que sea.²² La dificultad de probar dicho entendimiento ha dado lugar a una serie de indicios, entre los que está la identidad de porcentajes de descuento sobre el precio normal y la coincidencia temporal de las medidas paralelas.²³ En un caso, el Tribunal determinó que la existencia de un paralelismo de conductas que no tiene sentido a la luz de las condiciones objetivas del mercado, puede constituir un indicio de la existencia de prácticas concertadas.²⁴ En otro caso similar, el TJCE declaró que pese a que dicha coincidencia entre descuentos y categorías de clientes beneficiarios idénticos sería una manifestación de una práctica concertada, a lo largo de la sentencia determinó que los extremos de las mismas no habían sido suficientemente probadas, porque la clasificación de los clientes no eran las mismas y porque, de otra parte, una coincidencia entre los descuentos otorgados a algunos mayoristas por los tres productores no bastaba, por sí sola, para probar una concertación sistemática entre los tres productores en lo que respecta a los descuentos aplicados de manera general, sin que se diese dicha coincidencia en forma persistente.²⁵

²¹ *Ibid.*, 135.

²² *Ibid.*, 138.

²³ Decisión Pittsburg Corning de la Comisión, JOCE, núm. L 272 (5 de diciembre de 1972).

²⁴ Sentencia del TJCE, de 16 de diciembre de 1975.

²⁵ Ver sentencia Caso Efim, considerandos 198 y ss.

IX. POSIBLE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 85 TCEE A LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Es aplicable, la prohibición general del artículo 85 mencionado a los acuerdos o prácticas colusorias de sociedades pertenecientes a un mismo grupo: Para la aplicación del artículo 85 TCEE, la jurisprudencia ha exigido que se trate de empresas que posea el grado suficiente de autonomía para determinar su propia estrategia comercial.²⁶ Lo anterior es así porque, de una parte la función del principio de libre competencia no es la de exigir el establecimiento de situaciones fácticas de competencia, sino, en todo caso, sólo la de promoverlas y tutelar las que a su amparo se produzcan²⁷ y por la otra, los acuerdos entre empresas del mismo grupo no serían propiamente acuerdos entre empresas por la posible discusión sobre la voluntad propia o ajena representada por las empresas.²⁸ La Comisión de Competencia se ha pronunciado en tres sentidos sobre el particular: primero, en un contrato de licencia entre sociedad madre y filial,²⁹ el cual determinó que sí les resultaba aplicable a los grupos de sociedades el artículo 85 TCEE (Caso *Scot Paper Company*); segundo, adoptando la postura de que lo determinante es saber si resulta posible, en el plano económico, una acción autónoma de la filial respecto a la sociedad madre (Caso *Christiani et Nielsen*);³⁰ y tercero, exigiendo, además del requisito anterior, un contenido de los acuerdos, para que se pueda aplicar el artículo 85 TCEE: que su objeto no sea exclusivamente un reparto de tareas internas dentro del grupo (Caso *Kodak*).³¹ Esta última posición ha sido adoptada por el TJCE.³²

Las normas de competencia comunitarias son aplicables a conductas empresariales colusorias, aunque la decisión haya sido adoptada por la sociedad-madre del grupo, cuya sede se encuentra fuera del territorio comunitario: con relación a dicha responsabilidad de las sociedades madres por los actos de sus filiales la misma opera cuando la sociedad madre detenta y ejerza el control sobre su filial (Decisión *Kodak* citada y Decisión *Moët and Chandon*³³ y Decisión *John Deere*),³⁴ aunque esté domiciliada fuera de la Unión Europea y sea de nacionalidad distinta a la de los Estados miembros.³⁵

Dado que la afectación de la libertad de competencia se efectúa en estos casos a través de matrices que dominan el mercado a través de sociedades filiales, la determinación del carácter monopolista de las primeras, necesarias como supuesto

²⁶ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y CALVO CARAVACA, Luis Alfonso *op. cit.*, 149.

²⁷ FONT GALÁN, Juan Ignacio *op. cit.*, 124.

²⁸ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y CALVO CARAVACA, Luis Alfonso *op. cit.*

²⁹ JOCE, número C 110 (24 de octubre de 1968) 2.

³⁰ JOCE, núm. L 165 (5 de julio de 1969) 12.

³¹ JOCE, núm. L 147 (7 de julio de 1970) 24.

³² Sentencias *Centrafarm Sterling Drug Inc. y Centrafarm/Windrop*, de 31 de octubre de 1984.

³³ Decisión *London, Ltd.*, de 27 de noviembre de 1981, JOCE (81), 219, de 1/X/81.

³⁴ Decisión de 7 de diciembre de 1984, JOCE, núm. L 35 (7 de febrero de 1985).

³⁵ Decisiones de la Comisión de 17 de diciembre de 1985, JOCE, número L 51 de 26 de febrero de 1975, p. 7 y sentencia del TJCE *Bananes Chiquita*, de 14 de febrero de 1978.

para que sean tomadas medidas por parte de los órganos de la Comunidad con motivo de tal carácter monopolista, requiere la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas. La Corte Europea hizo uso de tal concepto en el caso de la Continental Can, dado que esta compañía adquirió en 1969 participación mayoritaria en la sociedad alemana Smalbach-Lubeca Werke AG y creó en el año 1970 una sociedad de tipo *holding*, llamada Europemballage Corp., para la dirección de sus sociedades filiales europeas, entre ellas la mencionada alemana, y adquirió, por último, a través de esta *holding*, una participación del 91 % del capital social de la compañía holandesa Thomassen en Drijver Verblifa, N.V., de modo que la sociedad americana en su calidad de matriz, dominaba el mercado común relativo a embalajes ligeros de conservas de carne y pescado, así como el de tapas de metal, usadas en la industria de conservas, pues los objetos de las compañías europeas mencionadas coincidieron con tal amplitud.³⁶

X. PRESUPUESTOS PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 86 TCEE. EL MERCADO CONSIDERADO

El criterio geográfico determina el ámbito espacial mínimo dominado por la empresa en posición dominante. De acuerdo con este criterio, forjado por la praxis de la Comisión y el TJCE, no es en absoluto necesario para la existencia de una posición de dominio que la empresa en cuestión ostente y explote ese poder dominante en todos y cada uno de los Estados miembros. En este sentido, la Comisión y el TJCE han interpretado que el mercado nacional o inclusive, regional de un Estado miembro constituye "una parte sustancial a los efectos del mercado común" a los efectos de la existencia de una posición dominante, como requisito previo a la aplicación del artículo 86 TCEE.

En última instancia, la determinación del mercado relevante no se realiza por criterios meramente cuantitativos, conforme a los cuales hay que tomar en consideración no ya los kilómetros cuadrados o las fronteras políticas dentro de las cuales se ejerce el poder económico, sino, más bien, el desarrollo demográfico, industrial y comercial y el nivel de vida existente en la concreta zona cuyo mercado domina la empresa en cuestión.

El segundo criterio se refiere a la naturaleza económica de los bienes o servicios producidos u ofrecidos por la empresa en cuestión. Este predominio sólo se requiere con relación al sector económico o mercado relevante formado por el tipo de bienes o servicios producidos u ofrecidos por tal empresa, u otros de naturaleza análoga en razón a su sustituibilidad por aquéllos (elasticidad cruzada de la demanda).³⁷

Algunos indicios para determinar si existe posición dominante en el mercado son:

³⁶ FRISCH PHILIPP, Walter y MANCEBO MURIEL, Gerardo *op. cit.*, 227.

³⁷ FONT GALÁN, Juan Ignacio *op. cit.*, 269-270.

a) Estructura y situación competitiva en el mercado: Tales criterios se refieren a la estructura del mercado y son fundamentalmente: la cuota de mercado detentada por la empresa o empresas en posible situación dominante; el número de empresas competidoras, la proporción de sus cuotas de participación, y muy especialmente, la comparación entre las cuotas de las empresas mayores del sector.

b) El comportamiento y resultados de las empresas. En este aspecto, debe analizarse el estudio y valoración del comportamiento concurrencial y de los resultados derivados del ejercicio de tal actividad, al implicar la competencia una rivalidad activa y efectiva a través, principalmente del precio y de la mejora e innovaciones en los productos y servicios, que puede ser anulada o sustituida por conductas consideradas y calificación de abusivas.

c) La organización económica, financiera y comercial de la empresa en sus aspectos de interés: Lo anterior ha sido analizado por el TJCE en diversas sentencias: los conocimientos técnicos del grupo y la disponibilidad de capitales y de materias primas (Sentencia Continental Can); la integración vertical del grupo, su progreso técnico, la marca prestigiada (United Brands); la cifra de ventas, la organización de la distribución, los conocimientos técnicos (Sentencia Hoffman La Roche).³⁸

El Tribunal anuló una decisión de la Comisión, en relación al mercado geográfico, por no considerar las posibilidades de importación;³⁹ con relación al mercado del producto, echa en cara a la comisión haber silenciado información acerca de las diferencias estructurales entre el mercado automovilístico y el mercado no automovilístico, entre los tipos de vidrio plano y diferencias entre los productos entregados en el mercado por sus productores.⁴⁰

XI. EN QUÉ PUEDE CONSISTIR UNA POSICIÓN DOMINANTE COLECTIVA

Lo es, de acuerdo a la sentencia multicitada, el hecho de que, aparte de que poseen globalmente una cuota muy importante del mercado, se presentan en el mismo como una entidad única y no en su individualidad. Ello se desprende no ya de la estructura del oligopolio, sino de los acuerdos y de las prácticas concertadas que condujeron a los tres productores a crear vínculos estructurales entre ellos: mantener una estrategia global en el mercado, comportándose de hecho, como empresas pertenecientes a un mismo grupo.⁴¹

³⁸ MATILLA ALEGRE, Rafael "Sobre las nociones de posición dominante en el artículo 86 del Tratado de Roma", en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea*, estudios en homenaje a José Girón Tena (Madrid Civitas 1991) 690-694.

³⁹ Sentencia del Caso Efim, Considerando 349.

⁴⁰ *Ibid.*, Considerando 363.

⁴¹ Sentencia del Caso Efim, Considerandos 350-351.

XII. EN QUÉ CONSISTE EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

Dos tesis fundamentales hay sobre dicho concepto:

a) Un concepto estrecho, adoptado en la Decisión Efim,⁴² centrado en la relación de causalidad que califica como prácticas abusivas la de las empresas en posición dominante (esto ocurre cuando se dispone de un margen de comportamiento muy superior al de los competidores, sustrayéndose de ese modo, a una competencia eficaz)⁴³ que lesionen los intereses de clientes, proveedores o competidores que no hubiesen sido posibles en una situación de competencia efectiva.

b) Otra, en consonancia con los fines del Tratado (artículos 2, 3, 85 a 92 TCEE) centrada en las consecuencias que la conducta de las empresas dominantes pueda tener en la estructura del mercado, y en la situación competitiva del sector, a cuyo tenor son asimismo prácticas abusivas las que suponen una monopolización (y aun una restricción o falseamiento de la competencia) y una situación contraria a los intereses públicos y un perjuicio potencial para los consumidores, proveedores y competidores.⁴⁴

Este segundo concepto ha sido criticado por la doctrina de ampliar el concepto de abuso dominante para cubrir la necesidad de controlar el tamaño de las empresas en relación al mercado, con lo que el ilícito se constituiría con mimbres económicos de naturaleza político-económica con el fin de valorar, con tales índices económicos, el desvalor del resultado producido.⁴⁵ Según el referido autor, antijuridicidad del abuso de posición dominante vendría dada cuando las conductas empresariales violasen los valores normativos de la Constitución Económica de la Comunidad, el sistema económico y el modelo de competencia establecido en el Tratado de la CEE, valores asumidos y cristalizados en el artículo 85.3 TCEE.⁴⁶

En apoyo de esta interpretación se une la circunstancia de que, en ocasiones la Comisión emite decisiones que examinan si los comportamientos unilaterales de las empresas, que son formalmente contrarias al artículo 86, obtengan, no obstante, certificación negativa, con lo que se asemejaría al derecho norteamericano en lo relativo a la regla de razón que considera lícitas ciertas conductas empresariales a pesar de estar dentro de una prohibición, si no se constituye una “irracional restricción a las reglas de la competencia”.⁴⁷

La situación del segundo concepto ha variado con la expedición del Reglamento de Control de Concentraciones de Empresas de la Comunidad Económica Europea 4064/89.

⁴² Considerando 347.

⁴³ Ver Sentencias United Brands de 14/II/1978 y Hoffmann La Roche, de 13/II/1979.

⁴⁴ MATILLA ALFREGRE, Rafael *op. cit.*, 698 y 699.

⁴⁵ FONT GALÁN, Juan Ignacio *op. cit.*, 698 y 699.

⁴⁶ *Ibid.*, 289-291.

⁴⁷ PELLIOTER ZAMORA, Rafael *op. cit.*, 50 y 51.

XIII. RELACIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 85 Y 86 DEL TRATADO DE ROMA

La violación simultánea por los mismos comportamientos de dos disposiciones del Tratado (concurso formal de infracciones) permite la acumulación de las multas para las dos infracciones.

Esta cuestión puede presentarse, puesto que el artículo 86 prohíbe el abuso de posición dominante por parte de una o más empresas, que podría haberse logrado a través de acuerdos entre ellas. Para contestarla, habría que plantearse si tales empresas gozaban de autonomía suficiente para determinar su política industrial o comercial. En caso negativo, la única vía legal, sería la del artículo 86 TCEE.

Pero si las empresas gozan de autonomía o no están integradas dentro del mismo grupo de sociedades, subsistirá la pregunta. Se trata de una pregunta teórica, pero con consecuencias prácticas. El problema está en que el artículo 85.1 admite derogación (artículo 85.3) y el artículo 86 no la admite. Es altamente improbable la autorización de tales ententes vía artículo 85.3, al faltar el reparto equitativo de beneficios entre las empresas y los competidores y el mantenimiento de la competencia. La opción entre uno y otro puede interesar a las autoridades comunitarias no para justificar su competencia, sino para seguir, en el transcurso del procedimiento, la vía probatoria que le resulte más fácil para combatir el comportamiento colusorio. Por otra parte, puede resultar interesante —desde el punto de vista procedimental— alegar ambos preceptos, y para el caso de que uno de ellos sea descartado, disponer de otro, visto que no hay jerarquía entre ambos. En este sentido, el TJCE declaró que “(...) la circunstancia de que tales acuerdos podrían caer bajo el artículo 85, no obsta, sin embargo, para eliminar la aplicación del artículo 86, dado que esta disposición contempla en efecto de manera expresa situaciones que encuentran manifiestamente su origen en vínculos contractuales”.⁴⁸

Quedaba la duda de si el tribunal estaba apuntando una alternativa procedimental de la comisión, interpretación acorde con el tenor literal de la sentencia —para la que correspondía a la Comisión valorar, según las circunstancias concretas, proseguir el procedimiento con base en los artículos 85 y 86— o si, como ha afirmado posteriormente el TJCE, cabe el seguimiento de ambas vías en un mismo procedimiento: la aplicación simultánea de los artículos 85 y 86 TCEE no debería ser descartada, al menos, como en el caso, cuando el acuerdo de tarifas no representaba más que el acto formal que consagraba una realidad económica caracterizada por el hecho de que una sola empresa en posición dominante había conseguido también que se aplicasen tales tarifas por tales empresas.⁴⁹

⁴⁸ Sentencia del TJCE, de 13 de febrero de 1979, Caso Hoffman-La Roche/Comission, 85/76.

⁴⁹ Sentencia TJCE de 11 de abril de 1989 Ahmed Saeed Flugriesen et Silver Lane Reisebüro.

XIV. CRITERIOS DE APLICACIÓN PARA LA IMPOSICIÓN DE MULTAS POR PARTE DE LA COMISIÓN POR INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 85 Y 86 DEL TRATADO DE ROMA

Cuáles son los elementos que la Comisión podría tener en cuenta para determinar la cuantía de las multas? Los más importantes son los siguientes:

a) Gravedad de la infracción y duración de la misma (artículo 15.2, Reglamento 17 de aplicación de los artículos 85 y 86 TCEE).

b) Satisfacción de la obligación para cuya ejecución se hubiese impuesto una multa coercitiva (artículo 16.2 Reglamento 17).

c) Si hay acumulación de sanciones de autoridades nacionales y comunitarias, la Corte de Justicia ha mantenido en la sentencia *Boehringer*, de 14 de diciembre de 1972, que una exigencia general de equidad implica determinación de una eventual sanción, se tome en consideración en su caso, la existencia de “decisiones represivas anteriores”. En esta sentencia, el TJCE obligó a la comisión a reconsiderar la cuantía de la sanción a una empresa que, había soportado anteriormente, varias sanciones impuestas por un Estado miembro, por la misma infracción. De este modo, la cuestión de la doble sanción ordena, el Tribunal europeo, que la equidad se haga norma jurídica.

En la decisión del caso *Efim*, los aspectos que se tomaron en cuenta para determinar la cuantía de las multas fueron el papel desempeñado por cada una de las empresas en los acuerdos y prácticas concertadas, el periodo del tiempo durante el cual participaron en la infracción, sus respectivas entregas de vidrio y el volumen total de negocios de cada una de ellas,⁵⁰ y que sólo deben imponerse multas por la infracción más grave.⁵¹

XV. LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA MEXICANO

Haremos referencia a los aspectos de la Ley Federal de Competencia Económica que tienen más que ver directamente con los grupos de empresas. Nos estamos refiriendo a las concentraciones, tema incluido en la ley, y que resulta novedoso, que se definen en el artículo 16 de la Ley Federal de Competencia Económica (en adelante LFCE) como: “La fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se encuentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomiso o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos”.

⁵⁰ Considerando 373.

⁵¹ Decisión de la Comisión, considerando 33 de la Sentencia del caso *Efim*.

El tema de las concentraciones no fue considerado por el legislador de la Ley Orgánica del artículo 28, en virtud de que estrictamente se trata de un tema que no está incluido directamente en el texto del artículo 28 constitucional. Sin embargo, nos parece evidente que una correcta interpretación del espíritu del precepto constitucional en cuestión no podía pasar por alto la existencia de un fenómeno tan importante y que eventualmente puede influir enormemente en la economía nacional, como es el de las concentraciones. Indudablemente en este aspecto, el legislador dio un paso importante ya que resultaba impostergable.

Para que las concentraciones puedan ser objeto de impugnación y sanción por parte de la autoridad administrativa (la Comisión), se requiere que su objeto o efecto sea "disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o substancialmente relacionados".

No toda concentración, por lo tanto, puede considerarse como violatoria de la ley y acreedora de las sanciones que la misma le previene. Algunos indicios, sin embargo, deben guiar el criterio de las autoridades para justificar que se lleve a cabo una investigación sobre la existencia de las concentraciones y, eventualmente, violaciones a la ley. Estos son los criterios establecidos por el artículo 17 de la ley, que establece:

I. Que el acto o tentativa de concentración confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o agente económico resultante de la concentración, el poder de poder fijar los precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.

II. Que el acto o tentativa de concentración tenga o pueda tener por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos o impedirles el acceso al mercado relevante.

III. Que el acto o tentativa de concentración tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el ejercicio de las prácticas monopólicas a que se refiere el capítulo segundo de la ley.

En materia de concentraciones, la autoridad administrativa (la Comisión) queda facultada para sujetar la realización del acto de concentración al cumplimiento de las condiciones que la propia Comisión establezca y ordenar la desconcentración total o parcial, así como la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda.⁵²

Si analizamos dichas disposiciones, observamos que, pese a no hacer referencia directa a los grupos de sociedades, cosa que tampoco hace el Tratado de Roma, dichos grupos pueden ser objeto de aplicación de los artículos 17 y 17 de la LFCE cuando se dan los presupuestos de aplicación de los mismos.

Al no indicar dichas disposiciones cuándo se pueden aplicar las mismas a los grupos de sociedades considerados unitariamente, me parece que pueden servir de

⁵² PATIÑO MANFER, Ruperto "Breves comentarios de la Ley Federal de Competencia Económica" en *Revista Ars Iuris* 10 (México 1993) 300 y 301.

referencia los criterios derivados de las sentencias del TJCE con relación a los grupos de sociedades.

Por otra parte, aunque la LFCE tampoco se refiere expresamente al abuso de poder dominante, me parece poder deducir que dicho concepto está implícito en las fracciones II y III del artículo 17 de la Ley: al hablar ésta de “que el acto o tentativa de concentración tenga o pueda tener por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos o impedirles el acceso al mercado relevante” (frac. I), los conceptos vertidos sobre el mercado a considerar en el abuso de posición dominante podrían aplicarse a este artículo, y por otra parte, cuando dice “que el acto o tentativa de concentración tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el ejercicio de las prácticas monopólicas”, las prácticas monopólicas solamente son dables cuando la empresa en cuestión goza de un poder dominante en el mercado, por lo que pueden servir también dichas referencias con relación a nuestra legislación.

XVI. CONCLUSIÓN

Los grupos de sociedades se dan cuando existen pluralidad de sociedades, con unidad de dirección económica y un fin común a todas las sociedades. No se hallan regulados en cuanto tales en la legislación mexicana, ni tampoco su incidencia con relación al derecho mexicano de la competencia.

El derecho comunitario de la competencia, debido a su amplio desarrollo a nivel legislativo, jurisprudencial y doctrinal, ofrece figuras y criterios que pueden servir de referencia orientativa a nuestro incipiente derecho de la competencia, como las relaciones entre sociedad madre y sociedad filial en el derecho antitrust y el abuso de posición dominante.