

EL LIBRO VERDE SOBRE LA REFORMA DEL REGLAMENTO DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

Carles ESTEVA MOSSO

Miembro del Gabinete del Comisario Europeo
de la Política de Competencia, Mario Monti *

Uno de los desarrollos más relevantes del año 2001 en el ámbito de la política de la competencia es, sin duda, la adopción por la Comisión Europea del Libro Verde sobre la Reforma del Reglamento de Control de Concentraciones¹. Por medio de este Libro Verde la Comisión pretende fomentar y estructurar un amplio debate sobre el régimen comunitario de control de concentraciones. Este proceso debería culminar con la adopción por la Comisión, y posterior debate en el Consejo, de una propuesta de reforma del Reglamento.

Este artículo presenta de forma sumaria el contexto del debate, así como los principales temas y propuestas desarrollados en el Libro Verde. Su objetivo no es avanzar anticipadamente propuestas de reforma sino simplemente facilitar al lector algunas claves con las que seguir el proceso de reforma del sistema comunitario de control de concentraciones que tendrá lugar a lo largo del presente año.

1. EL CONTEXTO DEL DEBATE

El objetivo principal del Reglamento de control de concentraciones², desde su entrada en vigor en el mes de septiembre de 1990, ha sido evitar que las fusiones y adquisiciones de empresas en Europa creen

* Responsable, en particular, de las políticas de control de concentraciones, anticárteles y del proceso de reforma de la política *antitrust*. Las opiniones del autor vertidas en este artículo no vinculan a la Comisión Europea.

El autor agradece la contribución de Stefan RYAN, funcionario en la *Merger Task Force*, en la preparación de este artículo.

¹ El texto íntegro del Libro Verde está disponible en la página web de la DG Competencia: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/>.

² Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. *DOCE*, núm. L 395, de 30 de diciembre de 1989, p. 1.

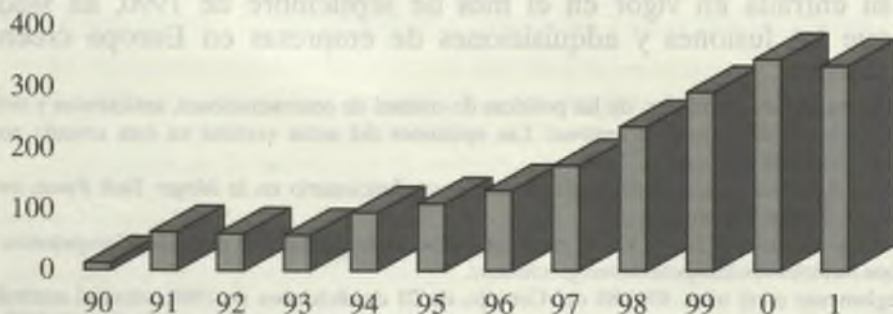
estructuras anticompetitivas que perjudiquen al consumidor. La adopción del Reglamento llenó un hueco fundamental en la política de competencia comunitaria, que hasta la fecha podía ocuparse únicamente del comportamiento anticompetitivo de las empresas sobre la base de los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

El sistema creado tuvo muy en cuenta desde sus inicios la necesidad de facilitar el proceso de reestructuración empresarial en Europa. Los considerandos del Reglamento indican claramente que se esperaba que el proceso de creación del Mercado Interior conduciría «a importantes reestructuraciones de empresas en la Comunidad» y que «semejante evolución debe valorarse de forma positiva porque responde a las exigencias de una competencia dinámica y puede aumentar la competitividad de la industria europea». Adicionalmente a los beneficios inherentes al proceso de reestructuración puede defenderse que, al contribuir a mantener un entorno competitivo en los mercados europeos, el control efectivo de las concentraciones contribuye también a aumentar la competitividad de las empresas europeas a escala mundial.

Las previsiones de los redactores del Reglamento se han demostrado acertadas. En esta última década, en particular en su segunda mitad, el proceso de reorganización empresarial en Europa ha experimentado un fuerte impulso. La globalización económica, el desmantelamiento de los obstáculos internos al comercio y la integración monetaria son, entre otros, algunos de los factores que han contribuido a fomentar dicho proceso.

Un análisis cuantitativo demuestra que el número de concentraciones notificadas a la Comisión ha aumentado de forma muy significativa durante la década de los noventa, hasta el punto que la cifra anual de asuntos examinados por la Comisión se ha multiplicado por más de cinco respecto de los años iniciales. En efecto, mientras que en el año 1991 la Comisión recibió 63 notificaciones, en el año 2000 la cifra se elevó a 345.

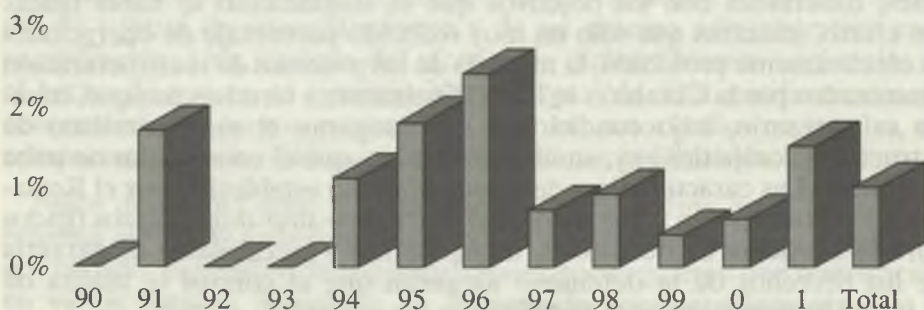
NOTIFICACIONES ANUALES



Durante todos estos años se experimentó un crecimiento de operaciones notificadas. Este proceso de crecimiento empezó a moderarse, sin embargo, en los últimos meses del ejercicio 2001, que concluyó con 335 operaciones notificadas. En total, hasta diciembre de 2001 la Comisión ha examinado 1908 operaciones.

La gran mayoría de las operaciones examinadas por la Comisión son autorizadas en el plazo de un mes. El número de prohibiciones es muy pequeño: únicamente 18 operaciones han sido formalmente prohibidas desde 1990. Dichas prohibiciones representan menos del 1 por ciento de todas las decisiones adoptadas. Si bien ha habido alguna variación a lo largo de los años, la «tasa anual de prohibiciones» se ha mantenido relativamente estable, alcanzando un máximo del 2,4 por ciento en 1996. Las cinco decisiones de prohibición adoptadas en 2001, aunque constituyen el número absoluto más elevado de prohibiciones en un solo ejercicio, representan únicamente el 1,5 por ciento de las decisiones adoptadas a lo largo del año.

TASA ANUAL DE PROHIBICIÓN

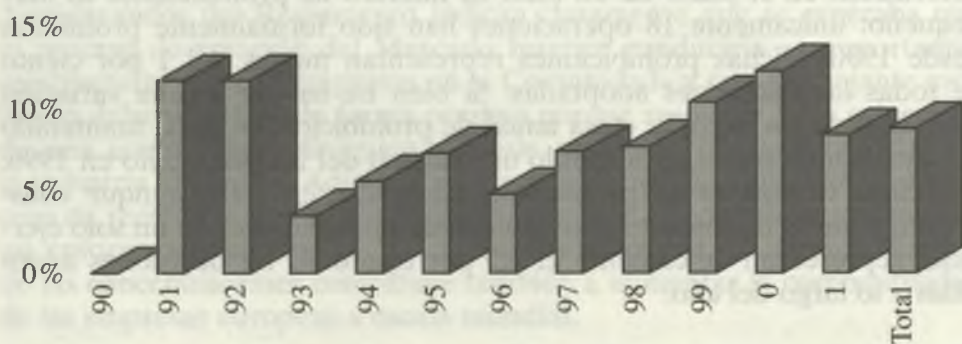


El número de casos en los que la Comisión autoriza la operación con medidas correctivas es también relativamente modesto. En los once años en los que el Reglamento ha estado en vigor se han adoptado 86 decisiones con condiciones en primera fase y 57 en la segunda. El número absoluto más elevado corresponde al ejercicio 2000, con 28 decisiones con condiciones en primera fase y 12 en segunda fase.

Estas cifras sitúan la «tasa de intervención», que refleja la proporción de prohibiciones más autorizaciones condicionales sobre el total de decisiones adoptadas, en un valor del 8,8 por ciento desde la entrada en vigor del Reglamento de control de concentraciones. Al examinar las cifras año por año, se comprueba que la tasa de intervención se mantiene alrededor de esa cifra total, con un máximo en el ejercicio 2000 (cuando

se situó en el 12,3 por ciento). En 2001, la tasa total de intervención ascendió al 8,4 por ciento³.

TASA ANUAL DE INTERVENCIÓN



De este análisis cuantitativo se desprende que los resultados de la aplicación del sistema de control de concentraciones son, en líneas generales, coherentes con los objetivos que el Reglamento se había fijado. En efecto, mientras que sólo un muy reducido porcentaje de operaciones es efectivamente prohibido, la mayoría de los procesos de reestructuración examinados por la Comisión se llevan finalmente a término, aunque, cuando es necesario, bajo condiciones que aseguran el mantenimiento de estructuras competitivas y, en último término, que el consumidor no sufre perjuicios. Las características del procedimiento establecido por el Reglamento —notificación a una autoridad única (*one-stop-shop*), plazos fijados para la adopción de decisiones, transparencia y mecanismos de garantía de los derechos de la defensa— aseguran que el control se realiza de la forma lo menos onerosa posible para las empresas.

Desde un punto de vista cualitativo, en once años de aplicación del Reglamento, la Comisión ha desarrollado un sustancial cuerpo interpretativo del Reglamento, tanto es sus aspectos jurisdiccionales, de procedimiento o sustantivos, y ha sofisticado sus instrumentos de análisis del impacto competitivo de las operaciones de concentración. La jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de Justicia ha contribuido también a desarrollar la interpretación del Reglamento⁴.

³ Ninguna de estas «tasas de intervención» abarca las notificaciones de concentraciones retiradas, puesto que muy a menudo estas retiradas no pueden atribuirse a la determinación de problemas de competencia por parte de la Comisión. Con todo, en aras de la exhaustividad, cabe señalar que la tasa total de retiradas desde 1990 (expresada como porcentaje sobre el total de notificaciones) se sitúa en torno al 3,6 por ciento, del cual el 2,9 por ciento se produjo en la fase 1 de las investigaciones y el 0,7 por ciento en la fase 2.

⁴ Véase G. MARENCO, «Judicial review of the First Ten Years of the Merger Regulation», IBA (2000) para un análisis general de dicha jurisprudencia.

Diversas comunicaciones interpretativas de la Comisión recogen dichos desarrollos⁵.

La valoración global del sistema por los observadores y partes interesadas ha sido, en general, de carácter positivo, sobre todo en sus primeros años de funcionamiento. Problemas puntuales, sin embargo, han ido apareciendo a medida que el sistema maduraba y las opiniones críticas han ido en aumento a medida que se incrementaba el número y complejidad de los casos tratados⁶.

En la actualidad, puede afirmarse que, a pesar de que los resultados globales del sistema son positivos, hay margen para aumentar la eficacia del Reglamento y corregir algunos de los problemas que la aplicación del sistema ha puesto de manifiesto. Al mismo tiempo, once años de experiencia permiten replantear algunas cuestiones básicas del sistema, como el criterio utilizado para juzgar si una operación es compatible con el Mercado Común. El Libro Verde, como veremos, trata de sentar las bases para dar respuesta a estas cuestiones.

Algunos desarrollos externos al proceso comunitario deben también tenerse en cuenta para comprender el contexto del presente debate. En primer lugar, los Estados miembros han establecido sus propios sistemas de control de concentraciones. En la actualidad todos los Estados miembros, con la excepción de Luxemburgo, disponen de una legislación nacional de control de concentraciones y de un sistema administrativo para su aplicación. Una muestra del alcance de dichos sistemas nacionales es el hecho de que en el ejercicio 2000 un total de 3021 notificaciones de concentraciones fueron presentadas ante las autoridades nacionales, en comparación con los 345 casos notificados ante la Comisión.

Este desarrollo debe tenerse claramente en cuenta en el proceso de reforma del sistema comunitario de control de concentraciones. En efecto, por un lado, el número de concentraciones que requieren una notificación en varios Estados miembros ha aumentado considerablemente —y lo seguirá haciendo en el futuro, en particular en vistas de la ampliación de la Unión Europea—, lo que pone en cuestión la noción de «autoridad única» del Reglamento comunitario. Por otro lado, la proliferación y madurez de los sistemas nacionales de control de concentraciones obliga a replantear el sistema de reenvío de casos entre las autoridades nacionales de competencia y la Comisión. El Libro Verde dedica una amplia atención a estas dos cuestiones.

⁵ Desde un punto de vista sustancial, deben mencionarse la Comunicación sobre la definición del mercado relevante (DOCE, núm. C 372, de 9 de diciembre de 1997) y la Comunicación sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento 4064/89 (DOCE, núm. C 68, de 2 de marzo de 2001, p. 3).

⁶ Un momento de inflexión en el debate puede fijarse en la Conferencia organizada por la Comisión y la IBA para celebrar el décimo aniversario de la entrada en vigor del Reglamento. Las contribuciones presentadas a dicha conferencia se recogen en *EC Merger Control: Ten years on*; IBA; London, 2000.

En el frente internacional, la creciente globalización de los mercados ha llevado a un aumento notable de las concentraciones transnacionales y de su alcance. Asimismo, los sistemas de control de concentración se han multiplicado. Como consecuencia, las operaciones de alcance internacional a menudo han de ser examinadas por numerosos organismos responsables en materia de competencia de todo el mundo.

La Comisión es obviamente consciente de esta tendencia y a lo largo de los últimos años ha dedicado amplios esfuerzos a estrechar vínculos con autoridades de competencia extranjeras. En efecto, se han establecido acuerdos de cooperación bilateral con las agencias de EEUU y Canadá (un acuerdo con Japón está en vías de finalización) y se ha progresado enormemente en el tratamiento conjunto de operaciones de concentración con estas agencias. Además, la Comisión ha liderado los esfuerzos de cooperación internacional de carácter multilateral en temas de política de competencia. En particular, ha contribuido a sentar las bases para la introducción de normas básicas de competencia en los acuerdos comerciales negociados en el marco de la OMC, así como a la creación de una red internacional de autoridades de competencia⁷. En este contexto, el proceso de revisión del sistema comunitario de control de concentraciones debe tener en cuenta la importancia de garantizar una convergencia internacional en el análisis competitivo de los efectos de estas operaciones, ajustándose en la medida de lo posible al marco jurídico de las jurisdicciones respectivas. A este respecto, el Libro Verde analiza también algunas posibilidades para facilitar tal cooperación y convergencia.

2. EL ORIGEN Y LOS OBJETIVOS DEL LIBRO VERDE DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

El Reglamento de control de concentraciones establece la necesidad de una evaluación periódica de algunas de sus disposiciones, en particular las relativas a los umbrales que determinan la competencia de la Comisión en materia de control de las operaciones de concentración.

Los umbrales fueron objeto de una primera reforma en 1997⁸, con la finalidad de ampliar la competencia de la Comisión y reducir el número de operaciones que debían ser notificadas en dos o más Estados miembros. Los nuevos umbrales figuran en el art. 1.3 del Reglamento. Al mismo tiempo de su adopción se acordó introducir en el art. 1.4 la obligación para la Comisión de presentar al Consejo antes de julio del año 2000 un informe sobre el funcionamiento de dichos umbrales.

⁷ Un desarrollo detallado de los aspectos de cooperación internacional de la política de competencia de la Comisión Europea puede encontrarse en el discurso del Comisario Mario MONTI, *International co-operation and technical assistance: a view from the EU*, pronunciado en Ginebra, en julio 2001 (<http://europa.eu.int/comm/competition/speeches>).

⁸ Reglamento (CE) núm. 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DOCE, núm. L 180, de 9 de julio de 1997), p. 1.

En su informe al Consejo sobre la aplicación de los umbrales fijados en el Reglamento de concentraciones⁹, de 28 de junio de 2000, la Comisión concluyó que la información disponible indicaba claramente que los umbrales existentes debían ser revisados con objeto de permitir una mejor cobertura de todas las concentraciones de interés comunitario. Asimismo, expuso una serie de cuestiones jurisdiccionales, sustantivas y de procedimiento del Reglamento que podrían requerir también una revisión.

La Comisión emprendió a partir de ese momento un análisis en profundidad de dichas cuestiones. Se asoció a dicha reflexión la mayoría de las partes afectadas de una forma u otra por el control de las operaciones de concentración, a las que se solicitó que participaran en el proceso y formularan sus observaciones. En particular, se formularon encuestas y enviaron cuestionarios a empresas y asociaciones empresariales y se consultó a los Estados miembros por medio de una serie de grupos de trabajo informales en los que participaron las autoridades nacionales de competencia.

Tras este análisis, la Comisión adoptó el Libro Verde el 11 de diciembre de 2001. En el Libro Verde se abordan cuestiones jurisdiccionales, sustantivas y de procedimiento. En determinadas áreas, la Comisión presenta una serie de propuestas concretas de revisión, mientras que en otras se limita a exponer las cuestiones y solicitar contribuciones al respecto.

Las propuestas de revisión se basan en la experiencia acumulada por la Comisión en la aplicación del Reglamento a lo largo de más de once años. En este sentido, la revisión persigue el doble objetivo de consolidar, por una parte, los aspectos positivos del sistema europeo de control de las operaciones de concentración —sobre todo sus estrictos plazos y su transparencia— y de asegurar, por otra, el mantenimiento de la eficacia del Reglamento en tanto que instrumento de control de las concentraciones en una UE ampliada y con un creciente grado de integración.

El Libro Verde pretende fomentar e intensificar el debate, con el mismo espíritu de apertura y transparencia en que se realizó su preparación, haciendo extensiva la invitación a presentar observaciones a todos los posibles interesados. Por esta razón, la Comisión lanzó una amplia consulta pública sobre los temas abordados en el Libro Verde, solicitando contribuciones hasta el 31 de marzo del 2002.

⁹ Véase Documento COM (2000) 399 final, de 28 de junio de 2000.

3. CUESTIONES ABORDADAS Y PROPUESTAS PRESENTADAS EN EL LIBRO VERDE

A. CUESTIONES JURISDICCIONALES

a) *Un sistema simple y flexible de distribución de casos entre la Comisión y los Estados miembros*

El sistema de distribución de competencias entre la Comisión y las autoridades nacionales es un elemento central del ejercicio de revisión del Libro Verde.

En la actualidad, el Reglamento de concentraciones establece la competencia exclusiva de la Comisión sobre las concentraciones de «dimensión comunitaria» (art. 1). Sienta el principio de autoridad única en la Unión Europea para el examen y control de este tipo de concentraciones, que gracias a este sistema ya no tienen que ser examinadas en el ámbito nacional. El Reglamento, en su art. 1, fija los umbrales, basados en la cifra de negocio, que determinan qué operaciones pueden considerarse de dimensión comunitaria.

El Reglamento prevé, asimismo, un mecanismo correctivo —inspirado en el principio de subsidiariedad— que permite remitir los asuntos de la Comisión a los Estados miembros, a instancias de éstos, o bien de los Estados miembros a la Comisión (arts. 9 y 22 del Reglamento). Estos procedimientos de remisión permiten una reatribución de la competencia en aquellos casos en que la atribución inicial, basada en los umbrales, no resulta la más adecuada (por ejemplo, por que se considera de dimensión comunitaria una operación que únicamente produce efectos nocivos para la competencia en un mercado local en el interior de un Estado miembro).

Garantizar que las concentraciones de interés comunitario sean examinadas por la Comisión

En relación con el primer aspecto mencionado, los estudios realizados por la Comisión¹⁰ han puesto de manifiesto que la modificación de los umbrales realizada en 1997 no ha dado los resultados esperados. En efecto, en torno al 10 por ciento de los asuntos tratados en la UE a nivel nacional son objeto de notificación en dos o más jurisdicciones nacionales. Estas notificaciones múltiples conllevan generalmente un coste adicional y unos plazos más largos para las empresas implicadas en la concentración y dan lugar a una utilización ineficiente de recursos, tanto por parte de las empresas como de las autoridades competentes.

¹⁰ Véase, en particular, el anexo 1 del Libro Verde.

El hecho de que diversas autoridades europeas deban tratar en paralelo un mismo caso es un indicio de que ciertas concentraciones de interés comunitario se escapan a la competencia exclusiva de la Comisión. Para remediar a esta situación el Libro Verde propone que el modelo de «autoridad única» se amplíe a un mayor número de casos. Con esta finalidad, prevé una simplificación considerable de las disposiciones relativas a los umbrales que determinan la jurisdicción, salvaguardando al mismo tiempo un control en igualdad de condiciones de las operaciones de concentración en Europa.

De entre los umbrales jurisdiccionales existentes, la Comisión propone mantener la disposición básica contenida en el ap. 2 del art. 1 del Reglamento de concentraciones. En los demás casos se propone sustituir el complejo sistema del ap. 3 del art. 1 por una disposición que establezca la competencia automática de la Comisión en todos aquellos asuntos en que quede demostrado que la operación de concentración entraría en la jurisdicción de al menos tres Estados miembros.

El procedimiento de aplicación de dicha disposición requeriría determinar que la operación de concentración en cuestión satisface los criterios de notificación en al menos tres Estados miembros. Para ello, los Estados miembros deberían confirmar a la Comisión la interpretación de sus criterios de notificación hecha por las partes. Un procedimiento de no oposición podría plantearse a tal efecto.

A más largo plazo, el Libro Verde plantea la posibilidad de eliminar todos los umbrales existentes en el actual Reglamento de control de concentraciones y de sustituirlos por una regla única que divida las competencias entre la Comisión y los Estados miembros en función del número de Estados donde la operación debería ser notificada. Para llegar a dicho situación, sin embargo, el Libro Verde considera necesaria una armonización de los criterios de notificación en los distintos Estados miembros, por lo que, evidentemente, dicha solución no puede considerarse como realista a corto plazo.

La próxima ampliación de la UE no sólo confiere actualidad al debate de estas cuestiones, sino que además le imprime urgencia. Es imprescindible que la reforma del Reglamento de concentraciones dé lugar a una reponderación del sistema de distribución de casos en la UE con objeto de garantizar, con miras también a la Unión ampliada, una aplicación adecuada y eficiente del principio de subsidiariedad.

Simplificar el reparto de trabajo con las autoridades nacionales

El Libro Verde propone, asimismo, la simplificación de los requisitos que deben cumplirse a fin de que la Comisión pueda remitir un asunto a una jurisdicción nacional. El objetivo es poder remitir con mayor celeridad a los Estados miembros los asuntos que, *de facto*, no surten efectos

más allá de las fronteras nacionales, pero que a pesar de ello son competencia de la Comisión.

En particular, el Libro Verde propone modificar el art. 9 del Reglamento para permitir que un Estado miembro solicite el reenvío de una operación de concentración si ésta produce un efecto en la competencia en un mercado separado en el interior de dicho Estado. Se eliminaría, pues, el requisito actual que exige a los Estados miembros demostrar que la operación podría dar lugar a la creación o al refuerzo de una posición dominante en dicho mercado.

Se espera que esta simplificación aligere además los procedimientos. En efecto, al no tener que probar la creación o el refuerzo de posición dominante, se podría reducir el plazo de que disponen actualmente los Estados miembros para solicitar el reenvío. El Libro Verde propone, en particular, una reducción del plazo de tres a dos semanas.

A fin de garantizar cierta flexibilidad, también se plantea la posibilidad de que la Comisión pueda remitir asuntos a las jurisdicciones nacionales por iniciativa propia, sin la correspondiente solicitud específica de los Estados miembros.

El Libro Verde sugiere también ciertas modificaciones para facilitar la remisión de asuntos en sentido inverso, de una o varias jurisdicciones nacionales a la Comisión. El art. 22 del Reglamento preveía ya un mecanismo de reenvío inverso, pero que en el momento de adopción del Libro Verde había sido utilizado exclusivamente por aquellos Estados miembros que no disponían todavía de un sistema de control de concentraciones. Después de la adopción del Libro Verde, sin embargo, ha sido utilizado en dos ocasiones conjuntamente por diversos Estados miembros para remitir a la Comisión casos de notificaciones múltiples¹¹. En cualquier caso, dicho artículo presenta algunas dificultades de procedimiento. El Libro Verde solicita comentarios sobre las diferentes posibilidades de modificarlo para establecer un sistema más operativo que el actual.

b) *Posibles modificaciones al concepto de «concentración»*

En el Libro Verde también se exploran una serie de posibles ajustes del concepto de concentración tal y como se define en el Reglamento de concentraciones. Se plantea, en particular, la cuestión de la aplicabilidad del Reglamento de concentraciones a ciertas operaciones que pueden tener efectos estructurales como las adquisiciones de participaciones minoritarias, las alianzas estratégicas o las empresas comunes de producción con funciones parciales y que en actualmente no pueden considerarse incluidas dentro del concepto de concentración.

En la actualidad, el Reglamento no se aplica a las adquisiciones de participaciones minoritarias, a menos que, debido a otros factores, se

¹¹ Casos M. 2738, GE/Unison, y M. 2698, Promatech/Sulzer.

establezca que dicha adquisición da lugar a una situación de control. Puede suceder, sin embargo, que la adquisición de una participación minoritaria, al cambiar los incentivos de las empresas, tenga un efecto sobre la competencia. Estas participaciones pueden también facilitar situaciones de dominio colectivo.

Por estas razones, el Libro Verde se plantea si sería conveniente incluir dichas operaciones en el régimen de control de concentraciones. De hecho, éste ya es el caso en algunos regímenes nacionales, que exigen una notificación de la adquisición de cualquier participación superior al 25 por ciento del capital¹². El Libro Verde, sin embargo, indica que a primera vista parece innecesario someter este tipo de operaciones a un control previo, cuando es posible que sólo una muy pequeña proporción de ellas dé lugar a problemas de competencia. Esta pequeña proporción puede ser sometida a un control *a posteriori* por medio de los arts. 81 y 82 del Tratado.

El Libro Verde llega a una conclusión similar en relación con las alianzas estratégicas. Este término define a una amplia tipología de acuerdos de cooperación entre empresas. Son particularmente comunes en el sector aéreo, donde los acuerdos internacionales vigentes dificultan las fusiones y obligan a las empresas a cooperar bajo otras modalidades. Debido a que pueden presentar un impacto estructural, el Libro Verde se plantea si convendría analizarlas de forma generalizada bajo el Reglamento de control de concentraciones. La Comisión, de hecho, analizó una de estas alianzas estratégicas, KLM/Alitalia¹³, bajo dicho régimen.

El Libro Verde, sin embargo, concluye de forma preliminar que, por lo general, las alianzas estratégicas no implican una modificación permanente de la estructura de las empresas participantes ni pretenden dar lugar a una modificación estructural en el mercado similar a la de una operación de concentración. Estas razones, así como la dificultad de definir con precisión el concepto de alianza estratégica, conducen a la Comisión a considerar que el art. 81 continúa siendo un instrumento apropiado para analizar los efectos en la competencia de dichas alianzas.

Otro tipo de operaciones con posibles efectos estructurales pero que no están cubiertas actualmente por el Reglamento de control de concentraciones son las empresas comunes (*joint ventures*) con funciones parciales, por ejemplo las empresas comunes de producción.

La reforma del Reglamento de control de concentraciones efectuada en 1997 incluyó en su ámbito de aplicación a las empresas comunes de plenas funciones, terminando así la compleja distinción que el Reglamento original había creado entre empresas comunes concentrativas y cooperativas. El nuevo régimen analiza ambas bajo un doble test, el de la creación o refuerzo de una posición dominante (art. 2.3), así como

¹² Dicha provisión está incluida en los sistemas de control de concentraciones alemán, austriaco e irlandés.

¹³ Asunto JV-19.

el de la coordinación del comportamiento competitivo que pueda dar lugar a una restricción de competencia (art. 2.4)¹⁴.

El Libro Verde se plantea si dicho régimen debe ampliarse también a las empresas comunes con funciones parciales, que en la actualidad son examinadas bajo el art. 81 del Tratado. Dicha cuestión se había planteado también en el marco de la reforma de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado¹⁵, en cuyo contexto la Comisión consideró que las empresas comunes de producción podrían comportar una inversión sustancial y un cambio estructural importante, lo que justificaría que se les aplicara un control previo del tipo del previsto en el Reglamento de control de concentraciones.

Sin embargo, parece difícil encontrar una definición jurídica inequívoca del concepto de empresa común de producción, particularmente en el sector de los servicios. Parece también difícil justificar un régimen distinto para estas que para otras empresas comunes (por ejemplo de I+D o de venta en común) que pueden tener un impacto similar. A la vista de estas consideraciones, así como de la experiencia positiva hasta la fecha de tratar a dichas operaciones bajo el régimen del art. 81, incluyendo algunos Reglamentos de exención por categorías, la Comisión ha reconsiderado su planteamiento inicial y concluye en el Libro Verde que este tipo de operaciones no requieren una inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento de control de concentraciones.

El Libro Verde plantea, asimismo, la necesidad de realizar otros ajustes de tipo técnico al concepto de concentración, en particular con relación a distintos tipos de transacciones múltiples y a las tomas de participación por parte de los fondos de capital de riesgo. Se analiza también la conveniencia de armonizar el concepto de grupo contemplado en el ap. 4 del art. 5 del Reglamento con el concepto de control recogido en el ap. 3 del art. 3.

B. CUESTIONES SUSTANCIALES

a) *El criterio utilizado en la evaluación de las operaciones de concentración*

De acuerdo con el art. 2 del Reglamento de control de concentraciones, la compatibilidad de las operaciones de concentración con el mercado común se evalúa en función de si éstas suponen «un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al *crear o reforzar una posición dominante* en el mercado común o en una parte sustancial del mismo».

¹⁴ Desde la entrada en vigor del nuevo régimen y hasta finales del año 2000 fueron notificadas 47 empresas comunes de plenas funciones. Siete de dichos casos plantearon problemas bajo el test del art. 2.3 y dos bajo el test del art. 2.4.

¹⁵ Véase el Libro Blanco de la Comisión sobre la Modernización de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado, de 28 de abril de 1999.

El Libro Verde invita a un debate sobre la posibilidad de comparar la eficacia de este criterio con el utilizado por otras jurisdicciones (como las de EEUU, Canadá o Australia), que consiste en examinar si las concentraciones dan lugar a una *disminución considerable de la competencia*. Es importante señalar, para comprender plenamente el contexto del debate, que algunos Estados miembros, el Reino Unido e Irlanda en particular, están estudiando la posibilidad de introducir este criterio en sus legislaciones nacionales.

Para comparar el significado de ambos criterios no es posible realizar un análisis puramente semántico, si no que debemos examinar cómo el alcance de cada criterio ha sido interpretado y desarrollado por la jurisprudencia. La conclusión de dicho análisis, como el Libro Verde recuerda, es que las diferencias entre los dos criterios son muy limitadas. Es cierto que la interpretación inicial de la noción de posición dominante, que se encuentra también en el art. 82 del Tratado CE, puso un excesivo énfasis en factores estáticos, como la cuota de mercado de las empresas fusionadas. Sin embargo, la evolución de dicha interpretación, en particular desde la entrada en vigor del Reglamento de control de concentraciones, ha permitido adaptar el concepto jurídico a la evolución de la teoría económica. Un ejemplo particularmente relevante de dicha evolución es la aceptación por la jurisprudencia comunitaria de la aplicación del concepto a situaciones de posición dominante colectiva.

El concepto actual de posición dominante es, por lo tanto, suficientemente flexible para abarcar aquellas operaciones de concentración que pueden crear entidades con un poder de mercado suficiente para subir precios, reducir la producción e innovación y, en definitiva, perjudicar al consumidor. Esta evolución de la noción de posición dominante se ha acercado mucho a la interpretación desarrollada en otras jurisdicciones sobre el criterio de *disminución considerable de la competencia*¹⁶. El alto nivel de convergencia en el análisis de operaciones concretas de concentración por las jurisdicciones europeas y americanas no podría explicarse si los dos criterios no fueran profundamente similares.

Sin embargo, sí pueden identificarse ciertas situaciones hipotéticas ante las cuales los dos criterios podrían dar lugar a resultados distintos. El Libro Verde menciona, en particular, el análisis de los efectos unilaterales de ciertas operaciones de concentración. El ejemplo citado es el de una fusión entre el segundo y el tercer operador de un mercado relevante, cuando sus respectivos productos son sustitutos muy cercanos. Dichas operaciones pueden dar lugar a un aumento de precios, aunque la entidad resultante de la fusión tenga una posición menor a la del primer operador en el mercado. El test de reducción de competencia permitiría intervenir a las autoridades de competencia en dicho caso, mientras que la aplicación del test de creación de posición dominante sería más difícil.

¹⁶ Véase, en particular, la interpretación del criterio de *disminución sustancial de la competencia* en las *us Merger Guidelines*.

Otra posible diferencia sustancial entre ambos criterios podría darse con relación a la toma en consideración de las eficiencias que se derivan de una operación de concentración. Parte de la doctrina opina que el criterio de creación de una posición dominante no permitiría tomar dichas eficiencias en cuenta para compensar los efectos anticompetitivos de una operación, mientras que el de reducción sustancial de la competencia sí lo permite. Aunque es cierto que en ciertas jurisdicciones donde se aplica el criterio de reducción sustancial de la competencia éste se interpreta de forma en que las eficiencias pueden tenerse en cuenta, según el Libro Verde no existe una razón sólida para considerar que dicho análisis no sería posible bajo el criterio de la creación de posición dominante.

Además del análisis del ámbito sustancial respectivo de cada criterio, el Libro Verde menciona otros argumentos a tener en cuenta en el debate. En primer lugar, considera que un cambio de criterio podría tener un impacto positivo habida cuenta de la conveniencia de garantizar que las principales jurisdicciones que deben intervenir en el examen de un número creciente de grandes operaciones transfronterizas adopten un enfoque lo más convergente posible. Al mismo tiempo, sin embargo, constata que en la actualidad dicho criterio no se aplica en las jurisdicciones de los Estados miembros, con lo que un cambio de criterio, si no fuera replicado por todos ellos, aunque aumentaría la convergencia con jurisdicciones externas a la Unión Europea, podría dar lugar a divergencias en el interior de ésta.

Finalmente, el Libro Verde considera el impacto de un cambio de criterio en la seguridad jurídica. Dicho impacto aparece como claramente negativo, en primer lugar por el carácter aparentemente más abierto a diferentes interpretaciones del criterio de reducción sustancial de la competencia. En segundo lugar, porque un cambio de criterio no permitiría utilizar la interpretación acumulada en once años de decisiones de la Comisión y sentencias del Tribunal de Primera Instancia como guía sobre la interpretación futura del Reglamento.

Con relación a esta cuestión debe mencionarse la voluntad de la Comisión Europea, anunciada ya públicamente, de elaborar una comunicación sobre el concepto de posición dominante, en particular en relación con fusiones de tipo horizontal. Dicha comunicación cubriría el concepto de posición dominante simple, así como el de posición dominante colectiva, y contribuiría a aumentar la transparencia y seguridad jurídica en este ámbito.

La voluntad de adoptar esta comunicación es independiente del debate sobre la oportunidad de cambiar de test y supondría una contribución positiva bajo ambas hipótesis. En efecto, en el caso en que el criterio no fuera finalmente modificado, la comunicación sería un instrumento adecuado para aumentar todavía más la convergencia entre jurisdicciones por medio del desarrollo interpretativo del criterio de posición dominante

colectiva. En caso de que el criterio fuera modificado, la comunicación eliminaría el impacto negativo de dicho cambio en la seguridad jurídica.

b) *Toma en consideración de las eficiencias derivadas de las concentraciones*

Otra importante cuestión sustancial debatida en el Libro Verde es el tratamiento de las eficiencias en el análisis de operaciones de concentración. Desde un punto de vista económico parece lógico sostener que, si el objetivo final del análisis de concentraciones es examinar si éstas perjudican al consumidor, por ejemplo facilitando que la entidad fusionada aumente los precios, dicho análisis debería tener también en cuenta a aquellas eficiencias derivadas de la fusión que tuvieran un impacto opuesto, por ejemplo permitiendo una reducción de costes que sí repercutiera en precios más bajos.

Ciertas autoridades de competencia, como las de Estados Unidos, contemplan de forma explícita una *efficiency defense*. En otras palabras, aceptan que el impacto anticompetitivo de una operación pueda compensarse con el impacto de las eficiencias resultantes de la fusión. Las condiciones para la toma en consideración de las eficiencias son, sin embargo, estrictas. Éstas, por ejemplo, deben derivar directamente de la operación de fusión (no pueden obtenerse por otros medios) y deben repercutirse en el consumidor. En cualquier caso, la carga de la prueba cae sobre las partes que se fusionan ¹⁷.

El sistema comunitario de control de concentraciones no dispone de una defensa explícita de este tipo. El Libro Verde, sin embargo, no niega que dicho tipo de consideraciones puedan tenerse en cuenta en Europa. Simplemente indica que la cuestión de las eficiencias se ha discutido en un número muy limitado de casos y que, por lo tanto, las posibilidades de tenerlas en cuenta en el análisis de concentraciones no se han desarrollado todavía completamente.

Sobre esta base el Libro Verde sugiere comentarios sobre la cuestión, de forma separada del debate sobre el criterio más apropiado para evaluar las concentraciones. Dichas contribuciones deberán versar, por lo tanto, sobre la conveniencia de tener en cuenta las eficiencias en los análisis de operaciones de concentración (una demanda repetida de las asociaciones empresariales), sobre la necesidad de modificar el Reglamento para conseguir dicho objetivo y, finalmente, sobre las condiciones en que éstas deberán ser tenidas en cuenta.

¹⁷ Para un análisis de la aplicación de la *efficiency defence* en los EEUU véase, por ejemplo, R. PROFSKY, «Efficiencies in Defense of Mergers», *George Mason Law Review*, Washington DC, 1998.

C. CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO

a) *Salvaguarda de un procedimiento eficaz y con garantías*

Ciertos casos recientes de control comunitario de concentraciones han dado lugar a un relativamente amplio debate en los medios de comunicación sobre el procedimiento comunitario, las garantías para las partes de una aplicación correcta del Derecho y la protección de los derechos de la defensa. La Comisión, aunque no comparte las críticas hacia el sistema actual vertidas en el curso de dicho debate, ha considerado oportuno no dejar de lado dicha cuestión en el proceso de revisión de sus normas de control de concentraciones y le ha dedicado un amplio espacio en el Libro Verde.

El Libro Verde describe en detalle el sistema de control y equilibrio inherente al actual proceso de examen de las concentraciones y, en particular, los derechos de defensa otorgados a las empresas que se fusionan. La Comisión parte del punto de vista de que existen distintos sistemas posibles de control de concentraciones, cada uno con sus ventajas e inconvenientes, pero no identifica ninguna razón para considerar que el sistema elegido en Europa no garantice suficientemente la protección de los derechos de la defensa. En ciertos aspectos, como la transparencia durante el procedimiento o la seguridad para las partes de obtener una decisión final en un plazo estricto, el sistema europeo parece claramente superior a otras alternativas.

Sin embargo, la Comisión se muestra abierta a considerar ideas y sugerencias para mejorar el procedimiento actual. La Comisión indica, sin embargo, que dichas contribuciones deben plantearse dentro del actual marco institucional y de las disposiciones de los Tratados. Es lógico que así sea, puesto que la revisión emprendida en el Libro Verde tiene como objetivo único la reforma del Reglamento de control de concentraciones y no de normas de nivel jerárquico superior.

Con relación a esta cuestión, el debate sobre el control jurisdiccional de las decisiones de la Comisión Europea en materia de concentraciones merece una atención particular. Numerosas voces críticas consideran que la larga duración (entre dos y tres años) de los procedimientos ante el Tribunal de Primera Instancia no es acorde con los cortos plazos en los que deben tomarse decisiones comerciales en materia de concentraciones y, por lo tanto, desincentiva la interposición de recursos contra las decisiones de la Comisión. Como consecuencia, las voces críticas concluyen que la Comisión no está sujeta a un control jurisdiccional efectivo en materia de control de concentraciones. Estas voces presentan generalmente como modelo a seguir el sistema existente en los EEUU, donde las autoridades de competencia (la división *antitrust* del Departamento de Justicia y la *Federal Trade Commission*) no disponen de un poder de decisión en materia de concentraciones, sino únicamente del poder de

iniciar procedimientos ante los tribunales, que son las instituciones facultadas para prohibir una concentración.

Aunque es cierto que el número de recursos interpuestos contra decisiones de prohibición de concentraciones de la Comisión no es muy elevado en términos absolutos, sí lo es en términos relativos. En efecto, de las 18 decisiones de prohibición adoptadas por la Comisión desde la entrada en vigor del Reglamento, nueve de ellas han sido objeto de un recurso ante el Tribunal de Primera Instancia. Si examinamos el último ejercicio, el porcentaje es todavía mayor: en el 2001, de cinco decisiones de prohibición, tres fueron objeto de un recurso.

Estas cifras demuestran que, independientemente de la duración de los procedimientos ante el Tribunal, un porcentaje muy elevado de las decisiones de prohibición, el 50 por ciento desde la entrada en vigor del Reglamento, son efectivamente objeto de recurso. Sabiendo que una de cada dos decisiones de prohibición es normalmente objeto de recurso, los riesgos para la Comisión de actuar de forma no conforme a Derecho son elevados. Es difícil sostener, por lo tanto, que el control jurisdiccional no ejerce influencia en la actitud de la Comisión en materia de concentraciones.

A estos efectos, el sistema vigente en los EEUU, que se presenta generalmente como un sistema de control jurisdiccional efectivo en materia de concentraciones, no da lugar a unas estadísticas sustancialmente diferentes de las europeas. Por ejemplo, en el período 1992-2001¹⁸, el Departamento de Justicia anunció su intención de iniciar un procedimiento judicial en materia de concentraciones en 297 casos. De éstos, las partes decidieron abandonar o modificar la operación en 181 casos. Por lo tanto, en un 61 por ciento de los casos, el procedimiento se resolvió *de facto* por la Administración, sin ninguna intervención de la autoridad judicial. El control jurisdiccional tuvo lugar únicamente en 116 casos, un 39 por ciento del total.

Por lo que respecta a la duración de los procedimientos, ciertos desarrollos recientes demuestran que la situación puede mejorar sustancialmente en el futuro. El 1 de febrero de 2001 entró en vigor una enmienda de las normas de procedimiento del Tribunal de Primera Instancia adoptadas con la finalidad de acelerar los procedimientos en ciertas materias, incluyendo el control de concentraciones. El Tribunal ha aceptado ya aplicar dicho procedimiento acelerado a un caso de control de concentraciones¹⁹, que podría ser resuelto en un plazo mucho más corto de lo habitual.

Podemos concluir, por consiguiente, que un examen concreto de la situación demuestra que una parte sustancial de las críticas al control jurisdiccional en Europa en materia de concentraciones no está sólida-

¹⁸ ANTITRUST DIVISION, *Workload Statistics*, 2001.

¹⁹ Asunto M. 2416, Tetra Laval/Sidel.

mente fundada. Además, los desarrollos más recientes sobre esta cuestión apuntan a la posibilidad de mejorar sustancialmente el sistema dentro del marco legal actual. La Comisión, probablemente por estas razones, entre otras, no propone ninguna medida concreta de modificación del sistema en el Libro Verde. Se muestra abierta, sin embargo, a considerar sugerencias de mejora que pudieran presentarse.

b) *Modificación del procedimiento de propuesta y evaluación de medidas correctivas*

La modificación de procedimiento más significativa del Libro Verde concierne a los plazos de que disponen las empresas para presentar medidas destinadas a corregir los problemas de competencia identificados. En la actualidad, las partes disponen de tres semanas desde el inicio de la primera fase y de tres meses desde el inicio de la segunda para presentar dichas modificaciones. Sin embargo, la práctica demuestra que, en ciertos casos, el tiempo restante no es suficiente para permitir un examen completo de dichas medidas por parte de la Comisión, los Estados miembros y los operadores del mercado interesados.

En concreto, el Libro Verde sugiere que el Reglamento incluya una disposición de suspensión del cómputo de los plazos durante un período determinado (entre veinte y treinta días en segunda fase) que se aplicaría a solicitud de las partes, y permitiría un análisis en profundidad de las medidas presentadas. Esta solución presenta la ventaja de permitir a las partes decidir si prefieren mantener los plazos estrictos que caracterizan el procedimiento de evaluación de las concentraciones de la UE o si prefieren alargar dichos plazos, pero a cambio de disfrutar de más tiempo para elaborar y discutir con la Comisión sus propuestas de modificación de la operación.

c) *Otras mejoras administrativas y de procedimiento*

El Libro Verde sugiere que algunas de las disposiciones de procedimiento del Reglamento se ajusten a los cambios propuestos por la Comisión en lo relativo a la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado²⁰. Dichos cambios afectarían, principalmente, a los poderes de la Comisión para obtener informaciones en el curso de sus investigaciones.

Así, se facultaría a la Comisión para utilizar grabaciones de declaraciones orales como elementos de prueba en sus procedimientos. Una mayor oralidad del procedimiento contribuiría, sin duda, a aumentar la eficacia de la investigación de la Comisión. Se propone también la posi-

²⁰ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado [Documento COM (2000) 582, de 27 de septiembre de 2000].

bilidad de que la Comisión pueda realizar investigaciones sectoriales, destinadas a analizar un sector determinado y no tan sólo una operación de concentración. Dichas investigaciones podrían resultar útiles para analizar un sector a tiempo después de su examen en el marco de un procedimiento de control de concentraciones y permitir así a la Comisión evaluar el impacto de sus decisiones. La propuesta de Reglamento de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado también contempla un incremento de las multas y multas coercitivas por infracción de las obligaciones de proporcionar información a la Comisión, que podría incluirse también en el Reglamento de control de concentraciones.

Finalmente, el Libro Verde formula, entre otras, una serie de ideas destinadas a mejorar la eficacia administrativa, a simplificar la tramitación de las concentraciones que no planteen problemas competitivos y a racionalizar el calendario de la investigación.

4. CONCLUSIÓN

El actual proceso de reforma del sistema comunitario de control de concentraciones es el más ambicioso, tanto por la cantidad de aspectos tratados como por la importancia de las cuestiones planteadas, que la Comisión ha lanzado desde la entrada en vigor del Reglamento en 1990. La adopción del Libro Verde es un hito clave en este proceso, puesto que establece el marco en el que deberá discurrir el debate sobre la reforma. Es fundamental que dicho debate sea lo más amplio posible y permita la expresión de sus opiniones, no sólo a instituciones y Estados miembros, sino a todos aquellos operadores económicos que tengan experiencia en la aplicación del sistema. El plazo de tres meses fijado por la Comisión para recibir reacciones al Libro Verde es lo suficientemente amplio para permitir que así sea. Una amplia respuesta permitiría a la Comisión integrar en sus reflexiones otros puntos de vista y proponer, finalmente, una propuesta de reforma del Reglamento que mejore el sistema actual y satisfaga las expectativas de sus principales usuarios y beneficiarios.

El debate sobre las cuestiones planteadas por el Libro Verde sobre la reforma del Reglamento no agota, sin embargo, las posibilidades de mejora y adaptación a nuevas circunstancias del sistema actual de control de concentraciones. Tras once años de aplicación y desarrollo del Reglamento, no hay duda de que la Comisión dispone de la experiencia suficiente para desarrollar una comunicación interpretativa sobre los criterios de evaluación de concentraciones. La Comisión ha anunciado ya públicamente que está trabajando en una comunicación sobre las nociones de posición dominante simple y colectiva, resultando principalmente de operaciones de carácter horizontal. Dicha comunicación cubrirá el hueco existente actualmente entre la comunicación sobre la definición del mercado relevante y la comunicación sobre las medidas correctivas y contribuirá a mejorar la predictabilidad y la coherencia de las decisiones de la Comisión en este ámbito.

Al mismo tiempo, la Comisión participa activamente en diversos foros para coordinar la aplicación de los regímenes de control de concentraciones existentes a nivel internacional. Desde un punto de vista de cooperación bilateral, la Comisión y las agencias de competencia de los Estados Unidos han relanzado su grupo de trabajo en cuestiones de concentración para examinar cómo incrementar la convergencia entre sus respectivos sistemas, tanto en relación con el procedimiento como a la sustancia. En el ámbito multilateral, la Comisión participa en los trabajos del ICN, que se ha fijado como uno de sus primeros objetivos la coordinación del tratamiento de las notificaciones múltiples de operaciones de concentración por las autoridades de competencia²¹.

Finalmente, la organización interna de los servicios de la Comisión en materia de control de concentraciones puede todavía mejorar, a pesar de su ya elevado nivel de eficacia. En efecto, sus recursos han experimentado un incremento sustancial reciente, pero no han aumentado de manera proporcional a la cantidad y a la complejidad de las notificaciones a examinar. Debería profundizarse también en la línea ya iniciada de aumentar la especialización en el ámbito del análisis económico y económico.

Es de esperar que avances sustanciales se produzcan en todos estos ámbitos en el curso de los próximos meses. Se aseguraría así que la segunda década de control de concentraciones comunitario se afronta con un sistema tan efectivo para consumidores y empresas, si no más, como el que ha estado vigente durante la primera.

²¹ Véase, por ejemplo, M. MONTI, «Antitrust in the us and Europe: a History of convergence», General Counsel Roundtable, *American Bar Association*, Washington DC, 14 de noviembre de 2001.