

MECANISMOS DE REMISIÓN ENTRE LA COMISIÓN EUROPEA Y LAS AUTORIDADES NACIONALES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Isabel LÓPEZ GÁLVEZ

Subdirección General de Concentraciones
Dirección General de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

El sistema comunitario de control de concentraciones se encuentra en la actualidad inmerso en un proceso de profunda revisión que, entre otros aspectos materiales y formales, puede incidir en el mecanismo para el reenvío de asuntos entre la Comisión y las Autoridades Nacionales de Competencia de los Estados miembros.

En efecto, la propuesta de reforma del Reglamento de control de las operaciones de concentración entre empresas hasta ahora vigente¹, presentada recientemente por la Comisión Europea, se encuentra actualmente en discusión en el ámbito del Consejo de Ministros de Competitividad de la Unión Europea.

¹ Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* (DOCE), L-395, de 30 de diciembre de 1989 (rectificación publicada en el DOCE L-257, de 21 de septiembre de 1990), entrando en vigor en septiembre de 1990. Posteriormente fue modificado por el Reglamento (CE) 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997, publicado en el *Diario Oficial* L 180, de 9 de julio de 1997, entrando en vigor esta reforma en 1998.

Además del Reglamento de concentraciones, que constituye la base para el control de las concentraciones de dimensión comunitaria en la Unión Europea, la normativa comunitaria en materia de control de concentraciones se completa con el Reglamento (CE) 447/98 de la Comisión, de 1 de marzo de 1998, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el mismo (DOCE, núm. L-61, de 2 de marzo de 1998), así como por las Comunicaciones de la Comisión relativas a la definición de mercado de referencia (97/C 372/03), al concepto de empresa en participación con plenas funciones (98/C 66/01), al concepto de concentración (98/C 66/02), al concepto de empresas afectadas (98/C 66/03), cálculo del volumen de negocios (98/C 66/04), sobre soluciones aceptables (2001/C 68/3) y restricciones directamente relacionadas y necesarias para las operaciones de concentración (2001/C 188/03). Todo ello sin olvidar las decisiones adoptadas por la Comisión Europea conforme al Reglamento de Concentraciones publicadas en la página *web* de la Dirección General de Competencia: <http://europa.eu.int/comm/competition/index.es.html>.

Esta propuesta se incardina dentro de una revisión global del sistema comunitario de control de concentraciones cuyo objeto es dar respuesta a los retos planteados por los importantes cambios que se están produciendo, tanto desde la perspectiva de la evolución de los mercados y de las estrategias empresariales como de la propia reorganización institucional, en un contexto económico y político en intensa transformación en el ámbito internacional. En concreto, partiendo del éxito de la aplicación del Reglamento comunitario durante los últimos diez años, las propuestas pretenden resolver los desafíos que plantean las concentraciones globales, la unión monetaria, la integración de los mercados, la ampliación y la necesidad de cooperar con otros órganos jurisdiccionales, sin olvidar la controversia suscitada por recientes decisiones adoptadas por la Comisión Europea en el ámbito de control de las operaciones de concentración ².

Al margen de importantes cambios en la estructura organizativa de la Dirección General de Competencia comunitaria y de la publicación de Comunicaciones interpretativas sobre el análisis económico subyacente al control de concentraciones, la reforma se concreta en el proyecto de Reglamento ya citado que, entre otros elementos, revisa los mecanismos de remisión de expedientes de concentración entre la Comisión Europea y las Autoridades Nacionales de Defensa de la Competencia de los Estados miembros. Se trata de uno de los principales elementos en discusión y, por tanto, de un tema de candente actualidad que merece un análisis pormenorizado.

En cuanto a la aplicación de estos mecanismos, si bien en la práctica se ha solicitado la remisión de operaciones de dimensión comunitaria a las Autoridades Nacionales, no se puede afirmar lo mismo en cuanto a la remisión a la Comisión de operaciones de dimensión nacional. La aplicación de las remisiones conjuntas ha resultado ciertamente novedosa y se ha debido, en gran parte, al impulso de las propias Autoridades Nacionales.

La problemática derivada de las operaciones de concentración que deben ser notificadas a más de una Autoridad Nacional es objeto de análisis no sólo en el ámbito de la Unión Europea, sino también en diversos foros internacionales ³.

² Asuntos M. 1524 Airtours/First Choice (Sentencia de 6 de junio de 2002), M. 2283 Schneider/Legrand (Sentencia de 22 de octubre de 2002), M. 2416 Tetra Laval/Sidel (Sentencia de 25 de octubre de 2002) y, recientemente, Asunto M. 2621 SEB/Moulinex (Sentencias de 3 de abril de 2003), en el que se analiza específicamente un supuesto de remisión.

³ En el ámbito de la Unión Europea, tanto en el seno de las instituciones comunitarias como en el marco de las Autoridades Europeas de Competencia (*European Competition Authorities*, en adelante, ECA), constituyéndose en la ECA un grupo de trabajo centrado en el estudio de posibles formas de cooperación en los casos de concentraciones notificadas en varios países. En el ámbito internacional, el programa del Grupo de Trabajo relativo a concentraciones de la *International Competition Network* (en adelante, ICN), también ha analizado esta cuestión, pudiendo consultarse en <http://www.InternationalCompetitionNetwork.org/wg1.html>.

En este contexto, resulta particularmente oportuno revisar brevemente los principales elementos de estos mecanismos de remisión, tanto a nivel teórico como en la práctica.

2. NORMATIVA COMUNITARIA

A. DELIMITACIÓN DE LAS OPERACIONES DE DIMENSIÓN COMUNITARIA: LOS UMBRALES

Uno de los principios fundamentales del Reglamento de concentraciones es que las operaciones de concentración que presumiblemente afectan a más de un mercado nacional deben ser competencia exclusiva de la Comisión Europea. Por ello, si se superan determinados umbrales relativos a volúmenes de negocios la operación tendrá dimensión comunitaria y será de aplicación el Reglamento comunitario. En ese caso, la Comisión tiene competencias exclusivas y excluyentes en cuanto a su conocimiento y valoración.

Hasta ahora, las operaciones que superasen los umbrales de volumen de negocios fijados en el Reglamento comunitario⁴ y, por tanto, de dimensión comunitaria, han de notificarse en el plazo de una semana a partir de la fecha de celebración del acuerdo de concentración, de la publicación de la oferta o del canje o de la adquisición de una participación de control.

En todo caso, la operación de concentración no podrá llevarse a cabo hasta que haya sido declarada compatible con el mercado común, aunque, a instancia de parte, la Comisión Europea podrá conceder una dispensa de la obligación de suspensión de ejecución de la operación de concentración.

En caso contrario, si en función de los umbrales determinados en el Reglamento comunitario la jurisdicción comunitaria queda, en principio, descartada, habría que determinar si se superan los umbrales nacionales o, en caso contrario, la operación no está sujeta a control.

Es indudable, pues, la importancia de determinar correctamente dichos umbrales. Aunque su revisión estaba prevista para 1993, llegado el momento se consideró que todavía no se había adquirido suficiente

⁴ En el art. 1 del Reglamento comunitario, en concordancia con la Comunicación relativa al cálculo del volumen de negocios, se establece que las operaciones de concentración se considerarán de dimensión comunitaria cuando:

a) el volumen de negocios total, a nivel mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere los 5.000 millones de euros; y

b) el volumen de negocios total realizado individualmente, en la Comunidad por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas por la concentración realice más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Comunidad, en un mismo Estado miembro (la denominada regla de los dos tercios).

experiencia y habría que esperar a 1997 para que se modificara el Reglamento de concentraciones por medio del Reglamento 1310/97.

Una de las novedades más destacables de la reforma fue la introducción de un nuevo conjunto de umbrales de volumen de negocios más bajos⁵, complementarios de los ya existentes, que consideran la facturación de las partes en al menos tres Estados miembros.

Con este nuevo apartado, se pretendía dar solución a un problema que se había detectado al reexaminar la cuestión de los umbrales: un número significativo de asuntos que no cumplían los requisitos de volumen de negocios del Reglamento comunitario, se había notificado en varios Estados miembros (notificaciones múltiples), y ello podría afectar a los principios que constituyen la base del sistema comunitario de control de concentraciones, es decir, la necesidad de asegurar el control efectivo, eficiente, justo y transparente de las operaciones de concentración al nivel más apropiado, de conformidad con el principio de subsidiariedad.

Por tanto, los criterios utilizados en este nuevo apartado para definir operaciones de concentración que van a tener también dimensión comunitaria tienen como objetivo, principalmente, operaciones de concentración con volúmenes de negocios inferiores a los umbrales hasta entonces fijados en al menos tres Estados miembros. En principio, esto significa que este artículo aplica un criterio reforzado de efectos transfronterizos.

En las discusiones que precedieron a la adopción de esta modificación se llegó a la conclusión de que el interés comunitario sería más patente en los casos que afectasen a tres o más Estados miembros y que, cuando sólo se viesen implicados dos Estados miembros, los conflictos podrían solucionarse mediante contactos bilaterales.

Sin embargo, existe una opinión generalizada de que esta disposición no ha cumplido las expectativas.

Las estadísticas disponibles indican que la aplicación del apartado 3 del art. 1 no ha dado los resultados que se esperaban en cuanto a la eliminación de las notificaciones múltiples. De hecho, la Comisión realizó un estudio comparativo del número de operaciones nacionales, las notificadas en dos o más Estados miembros y las notificadas a la Comisión,

⁵ El apartado 3 del art. 1 del Reglamento comunitario establece que una concentración que no alcance los umbrales anteriormente indicados tendrá dimensión comunitaria cuando:

a) el volumen de negocios total, en el ámbito mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere los 2.500 millones de euros;

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

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

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

que mostraba cómo en los últimos años se había prácticamente doblado el número de multinotificaciones ⁶.

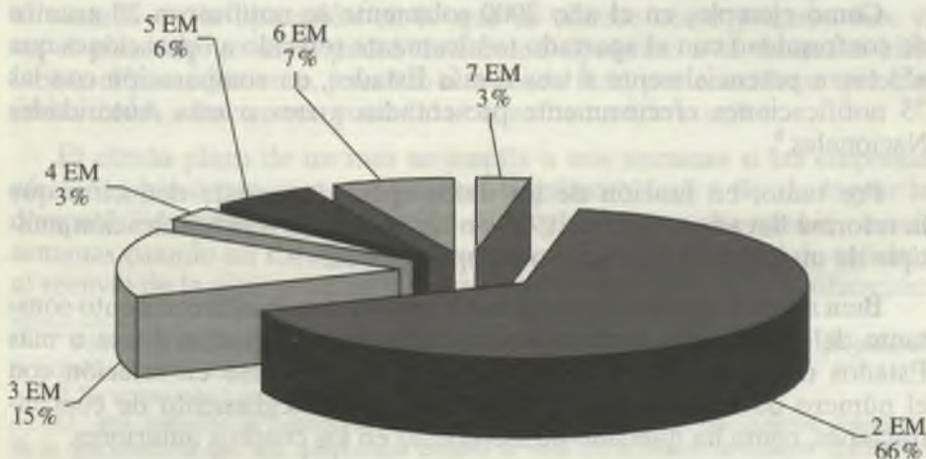
CUADRO 1
OPERACIONES MULTINOTIFICADAS

	<i>Notificaciones nacionales</i>	<i>Notificaciones en 2 o más Estados</i>	<i>Porcentaje</i>	<i>Notificaciones comunitarias</i>
1998	225	106	2,41	235
1999	569	238	2,39	292
Total	824	344	—	527

Fuente: Estadísticas de la Comisión.

No obstante, esos datos también mostraban que en la mayoría de los supuestos de multinotificaciones, las operaciones se habían notificado a dos Autoridades Nacionales. En los gráficos adjuntos se aprecia la evolución seguida en los años 1998 y 1999 en cuanto al número de Estados en los que se había presentado una multinotificación.

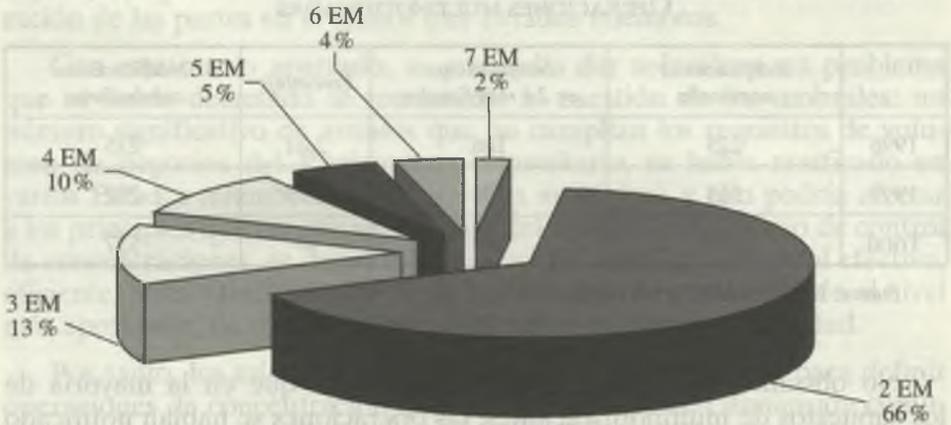
GRÁFICO 1
PORCENTAJE DE MULTINOTIFICACIONES PRESENTADAS
EN ESTADOS MIEMBROS (EM) EN 1998



⁶ Este estudio puede consultarse en la página web de la Comisión, en la siguiente dirección <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/>. El estudio abarca el período de abril 1998/diciembre de 1999.

GRÁFICO 2

PORCENTAJE DE MULTINOTIFICACIONES PRESENTADAS
EN ESTADOS MIEMBROS (EM) EN 1999



Posteriormente, las estadísticas disponibles en el Informe de la Comisión, de 28 de junio de 2000⁷, sobre la aplicación de los umbrales fijados en el Reglamento de concentraciones, indican que en el período 1998-1999 cerca de un 9 por 100 del total de las notificaciones de dimensión comunitaria se basaron en dicho apartado 3 del art. 1 del Reglamento comunitario de concentraciones, mientras que en el año 2000 esta cifra cayó hasta el 3 por 100.

Como ejemplo, en el año 2000 solamente se notificaron 20 asuntos de conformidad con el apartado teóricamente referido a operaciones que afectasen potencialmente a tres o más Estados, en comparación con las 75 notificaciones efectivamente presentadas a tres o más Autoridades Nacionales⁸.

Por tanto, en función de los datos aportados puede deducirse que la reforma llevada a cabo en 1997 no ha puesto fin a la notificación múltiple de un número significativo de operaciones.

Bien al contrario, puede observarse una tendencia al crecimiento constante del número de notificaciones múltiples que afectan a tres o más Estados miembros, tanto en términos absolutos como en relación con el número de asuntos notificados conforme al Reglamento de concentraciones, como ha quedado de manifiesto en los cuadros anteriores.

⁷ COM (2000) 399 final - 28 de junio de 2000.

⁸ En 2000, de las 345 operaciones notificadas a la Comisión Europea, solamente 20 se hicieron de conformidad con el apartado 3 del art. 1 del Reglamento comunitario de concentraciones. En 1999, fueron 34 de un total de 292 notificaciones, o, en términos porcentuales, el 12 por 100.

De ahí la atención específica prestada a este tema de las “multinotificaciones” en el actual proceso de revisión en el ámbito comunitario, al tener en cuenta los perjuicios derivados de la dispersión de Autoridades competentes (dilación en los plazos, costes excesivos para las empresas, varias Autoridades conociendo una misma operación en perjuicio del principio de autoridad única y de la eficacia del control de concentraciones, inaplicación del Derecho comunitario de competencia en asuntos con efectos transfronterizos, etc.).

B. LOS MECANISMOS DE REMISIÓN EN EL REGLAMENTO COMUNITARIO: ARTS. 9 Y 22

a) *Art. 9*

El primer mecanismo de remisión es el establecido en el art. 9 del Reglamento de concentraciones, o “cláusula alemana”⁹, por el que se permite que sea la autoridad mejor situada la que tramite el asunto, y se responde al principio de subsidiariedad, remitiendo la Comisión total o parcialmente un caso de dimensión comunitaria a las autoridades de un Estado miembro que así lo soliciten cuando se cumplan determinados supuestos¹⁰, con el fin de que dichas autoridades apliquen la legislación nacional de dicho Estado miembro en materia de competencia.

Un primer aspecto importante de la aplicación de este mecanismo es el relativo a los plazos. A partir del día hábil siguiente a la fecha de recepción de una notificación completa empiezan a computarse los plazos fijados en el Reglamento comunitario.

Una vez declarada completa la notificación, la Comisión procederá al examen de la operación en lo que se conoce como primera fase y, en el plazo de un mes, podrá decidir no oponerse a la misma o bien incoar el procedimiento, pasando a segunda fase, por considerar que hay serias dudas sobre su compatibilidad con el mercado común.

El citado plazo de un mes se amplía a seis semanas si las empresas afectadas presentan compromisos en la primera fase a fin de lograr la compatibilidad de la concentración. Este plazo se amplía también a seis semanas cuando un Estado miembro se acoge a la posibilidad de solicitar el reenvío de la operación en las tres semanas siguientes a la notificación.

⁹ Recibe tal denominación debido a que fueron las autoridades alemanas las que propusieron la inclusión de dicha cláusula en el Reglamento.

¹⁰ En el apartado 2 del art. 9 se contemplan dos supuestos:

a) una operación de concentración amenaza con crear o reforzar una posición dominante, de la que resultaría que una competencia efectiva se vería obstaculizada de manera significativa en un mercado en el interior de ese Estado miembro, que presenta todas las características de un mercado definido; o

b) una operación de concentración afecta a la competencia en un mercado de dicho Estado miembro, que presenta todas las características de un mercado definido y no constituye una parte sustancial del mercado común.

El plazo empezará a computarse a partir del día hábil siguiente a la fecha de recepción por el Estado miembro de la copia de la notificación, hecho que se produce en el plazo de tres días desde la notificación a la Comisión. Este plazo finalizará al expirar el día de la tercera semana siguiente a aquella en que comenzó el plazo que corresponda al mismo día de la semana que el día en que comenzó dicho plazo. Una vez determinado el fin del plazo, si éste comprendiera días festivos legales u otros días festivos de la Comisión, se añadirá a dicho plazo el número de días hábiles correspondientes. A estos efectos, según el Reglamento de aplicación de la Comisión 447/98, se considerarán días hábiles todos los días, excepto los sábados, domingos, días festivos legales y otros días festivos que fije la Comisión.

La Comisión Europea podrá remitir el caso, mediante decisión motivada, dentro del plazo de seis semanas, a partir del día siguiente a la fecha de recepción de la notificación completa de la operación de concentración, si no se ha incoado el procedimiento de la segunda fase —que se incoará si la operación de concentración plantea serias dudas sobre su compatibilidad con el mercado común—, o dentro del plazo de tres meses a partir de la notificación de la operación cuando se haya incoado una segunda fase. Si en el citado plazo de tres meses, la Comisión, pese a haber sido requerida de nuevo para ello por el Estado miembro, no ha adoptado ninguna decisión, se considerará concedida la remisión de la operación al Estado miembro en cuestión.

No obstante la posibilidad prevista en el Reglamento comunitario de una remisión a una Autoridad Nacional de Defensa de la Competencia por silencio administrativo positivo, anteriormente citada, la normativa comunitaria señala que dicha remisión debe realizarse mediante decisión expresa, la cual debe ser notificada a las empresas afectadas, estando obligada la Comisión Europea, igualmente, a informar al resto de autoridades nacionales ¹¹.

Una vez recibido el expediente, la publicación de los informes o el anuncio de las conclusiones del examen de la operación por parte de las Autoridades Nacionales del Estado en cuestión tendrá lugar a más tardar cuatro meses después de la remisión por la Comisión del caso ¹².

¹¹ En este punto hay que indicar la falta de transparencia en cuanto a las decisiones adoptadas, tanto por las Autoridades Nacionales, como por la Comisión, en aplicación de este artículo. En el supuesto de las Autoridades Nacionales, sus decisiones solicitando la remisión no son públicas. En cuanto a las decisiones de la Comisión, se publican aquellas en las que se decide remitir; en aquellos supuestos en los que la decisión es negativa, no admitiendo la Comisión la solicitud de remisión, únicamente es comunicado el resultado de dicha decisión a aquella Autoridad o Autoridades Nacionales que hayan instado la aplicación del art. 9.

¹² Art. 9.6 del Reglamento 4064/89, en el que se establece que la publicación de los informes o el anuncio de las conclusiones del examen de la operación en cuestión por las autoridades competentes del Estado miembro en cuestión tendrá lugar a más tardar cuatro meses después de la remisión por la Comisión. Este plazo se ajusta a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 10 del Reglamento comunitario, en cuya virtud se establece un plazo máximo de cuatro meses para la adopción

En el cuadro adjunto se aprecia la evolución creciente del número de operaciones de concentración de dimensión comunitaria remitidas por la Comisión a las Autoridades Nacionales en aplicación del art. 9 del Reglamento comunitario, desde 1992, año en el que se produce la primera remisión en aplicación del citado artículo ¹³.

CUADRO 2

DECISIONES DE LA COMISIÓN ARTÍCULO 9 REGLAMENTO (CEE) 4064/89 (1990/2001)

	92	93	94	95	96	97	98	99	2000	2001	2002	Totales
Fase I: Remisión parcial	1		1			6	3	2	4	2	7	26
Fase II: Remisión parcial										4		4
Remisión total		1			3	1	1	3	2	1	4	16
Total remisiones	1	1	1		3	7	4	5	6	7	11	46

Fuente: Estadísticas de la Comisión.

Un segundo aspecto destacable para la aplicación de este mecanismo de remisión se refiere a los requisitos sustantivos que debe cumplir la solicitud que realice la autoridad nacional. El Reglamento comunitario prevé dos supuestos, primero, que la operación de concentración amenace con crear o reforzar una posición dominante de la que resultaría que la competencia efectiva se vería obstaculizada de manera significativa en un mercado en el interior de ese Estado miembro y, segundo, que la operación de concentración afecte a la competencia en un mercado de dicho Estado miembro, que presente todas las características de un mercado definido y no constituya una parte sustancial del mercado común.

Por tanto, la definición del mercado de producto y su dimensión geográfica resultan determinantes a la hora de plantear una solicitud de remisión, como se ha podido comprobar en supuestos recientes ¹⁴.

En este sentido, el apartado 7 del art. 9 aclara que el mercado en cuestión debe reunir todas las características de un mercado definido, entendiéndose por tal aquel en el que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y pueda distinguirse de los territorios

de decisiones sobre concentración en aquellos supuestos en que la Comisión haya retenido los expedientes para su análisis.

¹³ En el año 1991 se produce ya una primera petición de remisión en aplicación de este art. 9, pero dicha solicitud fue rechazada por las autoridades comunitarias.

¹⁴ Sentencia del TPI de 3 de abril de 2003, en el Asunto M. 2621 SEB/Moulinex, T-119/02, en la que se valora la decisión de la Comisión de remitir parcialmente este caso a Francia, que había solicitado la remisión basándose en el art. 9.2.a) del Reglamento comunitario.

vecinos, particularmente porque sus condiciones de competencia sean notablemente diferentes de las de dichos territorios. Para llegar a la conclusión de que se trata de un mercado definido, la Comisión considera que la autoridad nacional que invoque la cláusula ha de tener en cuenta principalmente circunstancias tales como: la naturaleza y características de los productos y servicios de que se trate, la existencia de barreras de entrada al mercado, las preferencias de los consumidores, así como la existencia, entre el territorio considerado y los territorios vecinos, de diferencias considerables de cuotas de mercado de las empresas o de diferencias de precios sustanciales.

Además, en relación con los dos supuestos contemplados en el Reglamento comunitario hay que indicar que en el primer caso, existe discrecionalidad por parte de la Comisión a la hora de remitir la operación, aunque ésta se encuentra limitada a lo dispuesto en el art. 9.3 (no remitiendo aun cuando se den los requisitos sustantivos a fin de preservar o restablecer una competencia efectiva en el mercado en cuestión), mientras que en el segundo supuesto existe cierto automatismo en la remisión si la operación afecta a la competencia en un mercado definido de dicho Estado miembro, que no constituye una parte sustancial del mercado común.

Por otra parte, indicar que una vez que la operación es remitida a una Autoridad Nacional, la normativa aplicable a dicha operación es la legislación nacional de dicho Estado miembro en materia de competencia, excluyéndose la aplicación del Reglamento comunitario, que únicamente señala una serie de obligaciones en cuanto al plazo (como ya se ha indicado anteriormente, la adopción de la decisión en el plazo de cuatro meses desde la remisión) y al establecimiento de las medidas estrictamente necesarias para preservar o restablecer una competencia efectiva en el mercado en cuestión. Por tanto, la operación queda sujeta al procedimiento nacional, así como la posible revisión jurisdiccional de la decisión adoptada por la Autoridad Nacional.

Finalmente, también está prevista la posibilidad de remisión a una Autoridad Nacional para el caso de que el Estado miembro adopte algún tipo de medida pertinente para proteger intereses legítimos tales como la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales¹⁵, intereses que han de ser compatibles con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario.

b) *Art. 22*

En sentido contrario a lo anteriormente expuesto, también es posible que un asunto de dimensión nacional sea remitido a la Comisión, lo que está previsto en el art. 22 del Reglamento de Concentraciones.

¹⁵ El art. 21.3 del Reglamento comunitario admite cualquier otro interés público, el cual deberá ser comunicado por la Autoridad Nacional a la Comisión a fin de obtener su reconocimiento. La Comisión notificará su decisión a dicha Autoridad en el plazo de un mes a partir de la mencionada comunicación.

Aunque dicho artículo puede parecer el oportuno contrapunto al art. 9, la redacción actual del art. 22 está claramente vinculada a la modificación que en el tema de los umbrales introdujo el Reglamento 1310/97.

En un principio, el art. 22 se había concebido en beneficio de los Estados miembros que carecían de instrumentos adecuados para investigar las operaciones en el ámbito nacional¹⁶, ya que de no haber existido este precepto, dichas operaciones no hubieran sido objeto de control alguno.

Las modificaciones que entraron en vigor en 1998 pretendieron dar a este mecanismo una nueva función como medio para permitir que dos o más Estados hicieran remisiones conjuntas a la Comisión cuando consideraran que ésta es la mejor situada para intervenir. Complementando así los nuevos umbrales, se quería consolidar la aplicación del Derecho comunitario de competencia en asuntos con efectos transfronterizos, reforzar el principio de autoridad única y aliviar el problema de las multinationales.

Sin embargo, se podría afirmar que esta nueva redacción se ha mostrado incluso menos eficaz que la del apartado 3 del art. 1¹⁷. A diferencia de lo previsto en relación con el art. 9, en el supuesto del art. 22 el procedimiento establecido no es tan detallado, existiendo cierto grado de incertidumbre en relación con elementos determinantes de éste, como el momento en que debe solicitarse dicha remisión, la posible suspensión del procedimiento mientras que la Comisión está valorando la posibilidad de aceptar la remisión, etc., que en la práctica han desanimado a las Autoridades Nacionales a instar la aplicación de dicho artículo.

Según lo previsto en el Reglamento comunitario¹⁸, este mecanismo de remisión se inicia también a instancia del Estado o Estados interesados, debiendo producirse la solicitud de remisión a más tardar en el plazo de un mes a partir de la fecha en la que la operación de concentración se haya comunicado a las Autoridades Nacionales pertinentes, especi-

¹⁶ De hecho, recibe también la denominación de "cláusula holandesa" debido a que los Países Bajos, en aquel momento, carecían de una normativa propia en materia de control de concentraciones. Actualmente, todos los Estados miembros, salvo Luxemburgo, han promulgado normas de control de las operaciones de concentración. En la práctica, esto significa que el posible margen de aplicación del apartado 3 del art. 22 en su redacción original era muy limitado.

¹⁷ De hecho, con anterioridad al impulso que ha supuesto la ECA en la aplicación de este artículo, la última remisión con arreglo al apartado 3 del art. 22 fue hecha en 1997 por las autoridades holandesas en el asunto IV/M.890 Blokker/Toys'R Us. En total, sólo se habían remitido cuatro asuntos a la Comisión mediante este procedimiento, dos desde los Países Bajos y uno desde Finlandia y Bélgica, respectivamente.

¹⁸ El art. 22.3 del Reglamento comunitario establece: «Si la Comisión comprueba, a instancia de un Estado miembro o previa solicitud conjunta de dos o más Estados miembros, que una operación de concentración de las definidas en el art. 3, pero sin dimensión comunitaria con arreglo al art. 1, crea o refuerza una posición dominante cuya consecuencia sería una obstaculización significativa de la competencia efectiva en el territorio del Estado miembro en cuestión o de los Estados miembros autores de la solicitud conjunta, podrá adoptar las decisiones previstas en el párrafo segundo del apartado 2 y en los apartados 3 y 4 del art. 8, en la medida en que dicha concentración afecte al comercio entre Estados miembros».

ficándose que dicho plazo empezará a contarse a partir de que se produzca el primero de estos actos.

Por tanto, a la hora de instar la aplicación del art. 22 y solicitar una remisión de una operación de concentración de ámbito nacional notificada a varias Autoridades Nacionales, éstas deberán coordinarse para conocer la fecha de entrada de cada una de las operaciones, así como la posible solicitud de remisión que se hubiera realizado por cualquier Autoridad.

Obviamente, la difícil aplicación práctica de estos plazos y la posible estrategia empresarial de sucesivas notificaciones ante diferentes Autoridades Nacionales explican la relativa inoperancia de este mecanismo de remisión.

Por otro lado, para admitir la Comisión el caso, la operación de concentración proyectada debe crear o reforzar una posición dominante, consecuencia de la cual pudiera obstaculizarse significativamente la competencia efectiva en el territorio del Estado en cuestión o de los Estados autores de la solicitud conjunta de remisión. Ello se traduce en que no basta que la operación se haya notificado en varios Estados miembros y que se quieran evitar los perjuicios ya señalados en relación con las multinotificaciones, sino que las Autoridades Nacionales deben, en su solicitud, ir más allá, lo que implica realizar un análisis de dicha operación en un plazo muy reducido, pudiendo ir en detrimento de una correcta valoración de la operación.

Por ello, en la práctica, la aplicación de este artículo se ha visto dificultada, entre otras, por las siguientes cuestiones:

— Inexistencia de un mecanismo para el intercambio de información entre todos los interesados (las partes, las Autoridades Nacionales de Defensa de la Competencia y la Comisión Europea).

— Heterogeneidad de procedimientos de notificación en los Estados miembros, especialmente en relación con el hecho que da lugar a la notificación, lo que dificulta la determinación del momento de la notificación o de la obligatoriedad de ésta y, derivado de lo anterior, dificulta determinar cuándo vence el plazo de un mes para solicitar el reenvío.

— Ausencia de un sistema de suspensión generalizado del procedimiento nacional en caso de reenvío.

— Tratamiento de Estados sin notificación obligatoria, como es el caso actualmente del Reino Unido.

— Dificultad de prever cuántos Estados miembros participarán en la remisión conjunta, debido entre otros motivos, posiblemente, a que las partes no presentan la notificación en una misma fecha.

— Posible prolongación del proceso hasta que todos los Estados miembros en los que se ha notificado la operación soliciten el reenvío a la Comisión.

En este contexto, la presentación del Libro Verde de la Comisión supuso un claro posicionamiento sobre las multinotificaciones, optando

por un sistema de jurisdicción comunitaria automática, para operaciones susceptibles de notificación en al menos tres Estados miembros (el denominado “sistema de notificación obligatoria 3 +”).

Coincidiendo con la presentación del Libro Verde, se pusieron en marcha reuniones en el ámbito de la ECA, cuyo primer objetivo concreto fue el establecimiento de un grupo de trabajo sobre multinotificaciones.

Gracias al avance logrado en este contexto, desde la presentación del Libro Verde, las Autoridades Nacionales han solicitado la aplicación del art. 22 del Reglamento comunitario en dos ocasiones, con resultados francamente positivos¹⁹.

Se trataba de operaciones notificadas a más de cinco Estados y con mercado geográfico superior al nacional. La cooperación informal entre autoridades ha funcionado de forma satisfactoria y todos los Estados implicados se han sumado a la solicitud inicial de remisión, instada al principio por algunas de ellas, incluso en el contexto de heterogeneidad de normas y procedimientos que venía señalando la Comisión.

El éxito de estos supuestos refuerza la opinión expresada por la mayoría de los Estados miembros en cuanto a que no hay que descartar las posibilidades que brinda el art. 22. Por el contrario, sería conveniente facilitarlos, profundizando, por una parte, en la cooperación entre las Autoridades Nacionales y, por otra, introduciendo las necesarias mejoras legales en el propio Reglamento comunitario, que faciliten su aplicación. Entre las posibles mejoras, las Autoridades españolas han propuesto:

— Eliminar el requisito de que la operación cree o refuerce una posición de dominio en el Estado solicitante.

— En relación con los plazos, aclarar el momento a partir del cual empieza a computarse el plazo de un mes para la solicitud, previendo la posible suspensión de los procedimientos nacionales al solicitar el reenvío, mientras que la Comisión está valorando la solicitud de remisión.

— Establecer que la Comisión comunicará formalmente a los Estados miembros solicitantes su aceptación del caso y quizá tasando los criterios que puedan fundamentar una decisión negativa para hacer más automática su aplicación.

¹⁹ En ambos supuestos, el SDC fue una de las Autoridades participantes. Se trataba de los Expedientes N-198 PROMATECH/SULZER (Asunto M. 2698 Promatech/Sulzer) y N-218 GENERAL ELECTRIC ENGINE/UNISON (Asunto M. 2738 GEES/Unison). En el primer supuesto, la operación de notificó en Italia, España, Alemania, Francia, Portugal, Reino Unido, Austria e Irlanda —aunque en el caso irlandés se decidió finalmente que no existía obligación de notificar—; en el segundo caso, se notificó a las Autoridades de España, Alemania, Austria, Francia, Italia y Grecia. En cuanto al resultado final de ambas operaciones, en el primer caso se aprobó con condiciones tras haberse incoado la segunda fase; en el segundo, se aprobó en primera fase. Recientemente, y también por el SDC, se ha solicitado una nueva aplicación del art. 22 en relación con el Expediente N-03016 GENERAL ELECTRIC/AGFA, aceptando la Comisión el citado caso, que actualmente se encuentra en la fase de prenotificación.

3. LOS MECANISMOS DE REMISIÓN EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

Hasta 1990, año en el que coincidieron la entrada en vigor del Reglamento comunitario sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas y la vigente Ley de Defensa de la Competencia²⁰, el control de concentraciones era una figura jurídica desconocida en España.

No obstante, su continuo desarrollo por la Comisión Europea y las Autoridades españolas de Defensa de la Competencia, y las significativas aportaciones jurisprudenciales al efecto han propiciado que en la actualidad dicha figura sea una institución plenamente consolidada dentro del cuerpo más amplio que conforma la Política de Defensa de la Competencia, configurándose como un sistema dotado de un marco legal e institucional cada vez más perfeccionado y mejor adaptado a un entorno económico interno interdependiente de la evolución internacional.

El sistema de control de concentraciones instaurado en la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, se ha desarrollado y modificado progresivamente en el tiempo reforzando su eficacia²¹.

Los últimos hitos en este proceso han sido el nuevo Reglamento²² que ha adaptado el procedimiento a los cambios normativos de los últimos años y ha reforzado sustancialmente la transparencia del sistema, al concretar y definir algunos conceptos esenciales, así como al disponer la publicación de los informes del Servicio de Defensa de la Competencia expresando su criterio sobre la operación de que se trate²³, y el Real

²⁰ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE, núm. 170, de 18 de agosto de 1989), modificada en última instancia por el Real Decreto-ley 2/2003, de 25 de abril, de Medidas de Reforma Económica (BOE, núm. 100, de 26 de abril de 2003).

²¹ En el sistema nacional de control de concentraciones pueden diferenciarse tres fases: un primer período, caracterizado por el carácter voluntario y confidencial de la notificación a las Autoridades de Competencia de aquellas operaciones que superasen determinados umbrales.

El segundo período, tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia (BOE, núm. 92, de 17 de abril de 1999), se caracteriza por el paso a un modelo de notificación obligatoria de las operaciones de concentración que superaran los umbrales mínimos establecidos, eliminándose el carácter confidencial del hecho de la notificación. Posteriormente el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios (BOE, núm. 151, de 24 de junio de 2000) estableció la suspensión de la ejecución de la operación de concentración hasta su autorización, reduciendo sensiblemente los plazos de tramitación. Esta fase de transición culminaría con la entrada en vigor del Real Decreto 1443/2001, que culmina la tercera fase actual, de consolidación del sistema.

En la página Web del Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, SDC), www.mineco.es/dgdc/sdc, se ofrece un texto consolidado, de carácter no oficial, de la Ley 16/1989.

²² Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en los referente al control de concentraciones económicas (BOE, núm. 16, de 18 de enero de 2002).

²³ Tanto el listado de las operaciones notificadas como el informe realizado por el SDC en relación con cada una de las operaciones notificadas se puede consultar en la página web del Servicio, en la siguiente dirección: http://www.mineco.es/dgdc/sdc/control_concentra.html.

Decreto-Ley 2/2003, que dispone la publicidad del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia inmediatamente tras su remisión al Ministro de Economía.

La normativa nacional y comunitaria vigentes establecen que entran en el ámbito de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia aquellas operaciones que, sin tener dimensión comunitaria, superen determinados umbrales mínimos ²⁴.

El criterio de atribución de competencia establecido en la normativa española es doble, cuantitativo (volumen de ventas) y cualitativo (cuota de mercado), mientras que el criterio establecido en la normativa comunitaria es tan sólo cuantitativo, como ya se analizó, basado en volúmenes de negocio de las empresas afectadas en tres niveles (mundial, comunitario y nacional).

Los umbrales indicados en la Ley 16/1989 tienen por objeto centrar el control en aquellas operaciones que, por su dimensión absoluta o relativa, pudieran alterar la estructura del mercado nacional en forma contraria al interés público. En particular, de conformidad con lo previsto en el art. 14 de la mencionada Ley, la Administración se reserva la facultad de controlar todo proyecto u operación de concentración de empresas cuando el volumen de ventas global en España del conjunto de los partícipes en la misma supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240,40 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de ventas superior a 60,10 millones ²⁵.

Éste sería un primer umbral de carácter cuantitativo, que se completa con un segundo umbral alternativo de carácter más cualitativo referente a cuota de mercado, por el que también son objeto de notificación aquellos proyectos u operaciones de concentración que supongan la adquisición o incremento de una cuota igual o superior al 25 por 100 del mercado nacional, o de un mercado geográfico definido dentro del mismo, de un determinado producto o servicio ²⁶.

Por otra parte, se considera que existe proyecto o acuerdo de concentración desde el momento en que los partícipes consientan en realizar la fusión, la creación de empresa común u operación que origine la toma de control, y determinen el modo, plazo y condiciones en que vaya a ejecutarse. En el caso de que los partícipes sean sociedades, se entiende que existe acuerdo cuando éste haya sido tomado, por sí o por delegación,

²⁴ Específicamente se establece en el apartado 1 del art. 14 de la Ley 16/1989 que la obligación de notificación señalada en dicho precepto no afecta a aquellas operaciones de concentración que caigan dentro del ámbito de aplicación del Reglamento comunitario.

²⁵ Umbral previsto en el art. 14.1.a) de la Ley 16/1989, en su redacción actual, cuyo método específico de cálculo se prevé en el art. 3 del Real Decreto 1443/2001.

²⁶ Art. 14.1.b) de la Ley 16/1989.

por el órgano de administración²⁷ aun cuando, por aplicación de normas legales o estatutarias, fuera necesaria su adopción o ratificación posterior por otro órgano societario.

Si una operación de concentración entra en el ámbito de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia en materia de control de concentraciones, debe ser notificada con carácter previo a su realización, no siendo posible su ejecución antes de que la Administración manifieste, de forma expresa o tácita, su no oposición a la misma, o el Gobierno, en su caso, condicione su autorización a la observancia de determinadas condiciones.

Como contrapartida, el sistema establecido para el control de las concentraciones permite ofrecer una alta seguridad jurídica a las empresas afectadas en un breve período de tiempo. Así, las decisiones se adoptan en un plazo máximo de cuatro meses desde la fecha de recepción por el Servicio de la notificación de la operación, si bien un alto porcentaje de casos se resuelve en una primera fase, dentro del límite temporal de un mes. De hecho, la práctica de las autoridades españolas, desde la puesta en marcha del sistema en 1989, muestra que la gran mayoría de las operaciones no pasan a la segunda fase y son autorizadas en un mes²⁸. En todo caso, la operación quedaría autorizada tácitamente si, transcurrido dicho mes desde su notificación, no se hubiera remitido el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia.

A. APLICACIÓN DEL ART. 9 DEL REGLAMENTO COMUNITARIO

En relación con la regulación de los mecanismos de remisión en la normativa española, el Servicio es el órgano encargado de comunicar la solicitud de aplicación del art. 9 y de recibir en su caso el expediente; el Tribunal de Defensa de la Competencia es la autoridad competente para dictaminar sobre los casos que sean remitidos y el Consejo de Ministros tiene la competencia para autorizar, condicionar, o prohibir los mismos²⁹.

De acuerdo con la normativa nacional y comunitaria³⁰, una vez remitido un caso de dimensión comunitaria por la Comisión, el Servicio formará expediente y procederá a su tramitación de acuerdo con lo previsto en la normativa nacional.

²⁷ De acuerdo con el art. 4.3 del Real Decreto 1443/2001, en el caso de fusiones de sociedades, se entenderá que existe proyecto o acuerdo cuando se cumpla lo dispuesto en el art. 234.1 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (BOE, núm. 310, de 27 de diciembre de 1989).

²⁸ Cerrado el ejercicio 2002, tan sólo un 16 por 100 de las 478 operaciones analizadas hasta entonces por el Servicio han sido remitidas al Tribunal de Defensa de la Competencia.

²⁹ Arts. 1 y 3 del Real Decreto 295/1998, de 27 de febrero, relativo a la aplicación en España de las reglas europeas de competencia (BOE, núm. 57, de 7 de marzo de 1998).

³⁰ Art. 9 del Reglamento comunitario de concentraciones y art. 9 del Real Decreto 1443/2001.

Como ya se ha indicado, la solicitud de remisión del expediente debe producirse en el plazo de tres semanas a partir de la recepción de la copia de la notificación por parte de las autoridades nacionales, en el caso español, el Servicio. Una vez enviado el asunto por la Comisión en los plazos fijados en el Reglamento comunitario para ello, el procedimiento en España se iniciará a partir de la fecha de entrada en el Servicio de la decisión de la Comisión (fecha de notificación a estos efectos).

A partir de esta fecha, las Autoridades españolas deben adoptar una decisión en relación con la operación de concentración proyectada en un plazo máximo de cuatro meses, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento comunitario.

Tras las modificaciones de la Ley 16/1989, específicamente las introducidas por el Real Decreto-Ley 6/2000, por las que se redujeron sensiblemente los plazos de tramitación, las decisiones se adoptan en un plazo máximo de cuatro meses desde la fecha de recepción por el Servicio de la operación. Por tanto, hoy día se ajustan plenamente a lo dispuesto en el Reglamento comunitario.

Con anterioridad a dicha reforma, los plazos de tramitación del procedimiento nacional eran sensiblemente superiores (un máximo de seis meses), lo que no se ajustaba a lo indicado en el Reglamento comunitario y dado que la normativa interna de los Estados miembros, tanto de índole sustantiva como procedimental, será de aplicación a los expedientes de concentración que le hubiesen sido remitidos por la Comisión, siempre y cuando no resulten contrarias al propio Reglamento comunitario, eran perceptibles las dificultades internas en cuanto a la aplicación del citado art. 9 del Reglamento comunitario. Ello puede explicar que hasta 1999 no se haya solicitado por primera vez la aplicación de dicho artículo por las autoridades españolas. Desde entonces, se han analizado cuatro asuntos remitidos por la Comisión ³¹.

B. APLICACIÓN DEL ART. 22 DEL REGLAMENTO COMUNITARIO

En cuanto a la aplicación del art. 22 del Reglamento comunitario y su traslación a la normativa española, corresponde al Director del Servicio de Defensa de la Competencia decidir sobre la conveniencia de instar en reenvío de expedientes de dimensión nacional a la Comisión Europea, individual o conjuntamente con otras Autoridades Nacionales de Defensa de la Competencia ³².

³¹ Se trata de los expedientes N-015 HEINEKEN/CRUZCAMPO del sdc (Asunto M. 1555, remisión total); N-046 CARREFOUR/PROMODES (Asunto M. 1684, remisión parcial); N-280 SOGECABLE/VÍA DIGITAL (Asunto M. 2845, remisión total) y N-306 LEROY MERLIN/BRICO (Asunto M. 2898, remisión parcial).

³² Art. 31 bis.1, letra f), de la Ley 16/1989.

Hasta la entrada en vigor del Real Decreto 1443/2001 no existía desarrollo reglamentario de este mecanismo de remisión, lo que, unido a la ya mencionada parquedad en cuanto a su regulación en el propio Reglamento comunitario, había llevado a que no se instara la aplicación de este artículo por las autoridades españolas, como, por otra parte, era práctica común por parte del resto de las Autoridades Nacionales. No obstante, y como ya se ha mencionado, desde principios del año 2001 y en el ámbito de la ECA, las Autoridades Nacionales venían manifestando su interés en la aplicación de dicho artículo en supuestos concretos de notificaciones presentadas en varios Estados miembros y cuyo mercado geográfico relevante sea superior al nacional.

Cuando finalmente se instó la aplicación de este artículo por las autoridades españolas por primera vez, en el asunto N-198 Promatech/Sulzer, dos fueron las cuestiones esenciales que se plantearon: la posibilidad de suspender los plazos del procedimiento nacional y el mantenimiento del beneficio de la autorización tácita prevista en el apartado 2 del art. 15 bis de la Ley 16/1989.

Tras un análisis detallado de estas cuestiones, dado que debía prevalecer en todo caso el procedimiento instruido por la Comisión Europea, como se infiere del propio art. 22 del Reglamento comunitario de concentraciones, el procedimiento nacional debía quedar en suspenso hasta que hubiera un pronunciamiento expreso por parte de la Comisión Europea en el sentido de aceptar o declinar la competencia sobre el citado asunto.

No puede ser otra la interpretación que debe darse al art. 42.5.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común³³, supletoria de la Ley 16/1989, pues el concepto de pronunciamiento “previo” exige que el órgano nacional no se pronuncie en tanto haya tenido ocasión de hacerlo el órgano comunitario, ya que por el juego de los distintos plazos de sendos procedimientos pudiera llegar a producirse una resolución previa (expresa o tácita) de la Administración nacional, desvirtuándose así la finalidad perseguida por el art. 22 del Reglamento comunitario. En este supuesto, la solicitud dirigida a la Comisión en aplicación del citado art. 22 debe suspender la tramitación del procedimiento que se instruye con arreglo a la Ley 16/1989.

En cuanto a la cuestión de la posible autorización tácita en el caso de que la Comisión declinara la competencia y hubiera que continuar el procedimiento con arreglo a las normas nacionales, esta cuestión ha quedado resuelta tras la entrada en vigor del Real Decreto 1443/2001,

³³ El art. 42.5.b) de la Ley 30/1992 prevé que el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución podrá suspenderse cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de las Comunidades Europeas, por el tiempo que medie entre la petición, que habrá de comunicarse a los interesados y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también deberá serles comunicada.

que establece en su art. 9.2 que cuando el Director del Servicio decida instar la aplicación de lo previsto en el apartado 3 del art. 22 del Reglamento comunitario, se notificará dicha decisión a las empresas partícipes en la operación, con el apercibimiento de que la competencia para adoptar una decisión sobre el asunto corresponde a la Comisión, no pudiéndose beneficiar la operación de la autorización tácita prevista en el apartado 2 del art. 15 bis de la Ley 16/1989.

4. PROPUESTAS DE REFORMA DE LOS MECANISMOS DE REMISIÓN COMUNITARIOS

A. PROPUESTA DEL LIBRO VERDE

Con fecha 11 de diciembre de 2001, la Comisión Europea presentó el Libro Verde sobre la revisión del, repetidamente mencionado, Reglamento de concentraciones³⁴. Se trataba de una propuesta de reforma global del sistema comunitario de control de concentraciones que contemplaba actuaciones en ámbitos específicos, entre ellos, el jurisdiccional, presentando propuestas concretas para reducir el número de casos en que se requiere que las empresas notifiquen una concentración para su autorización a una pluralidad de Autoridades Nacionales de la Unión Europea (multinotificaciones).

Para la Comisión, era evidente que existía un número importante de operaciones con efectos transfronterizos significativos y, por tanto, de interés comunitario, que no quedaban sujetas a las normas comunitarias de control de las operaciones de concentración.

Otro problema añadido era que el resultado de las notificaciones múltiples podía dar lugar a decisiones contradictorias entre las Autoridades Nacionales, dadas las diferentes normativas nacionales aplicables, además de la incertidumbre en cuanto a la fecha de ejecución de la operación derivada de los distintos plazos de tramitación de los expedientes. Finalmente, el hecho de que se vean implicadas varias Autoridades Nacionales complica la tarea de buscar soluciones aceptables a los problemas de competencia.

En el Libro Verde la Comisión Europea examinó, en concreto, el funcionamiento de los umbrales señalados en el Reglamento de concentraciones, concluyendo que si bien los niveles de los umbrales originales y la regla de los dos tercios funcionaban satisfactoriamente, los introducidos en 1997 no habían solucionado el problema de la pluralidad de notificaciones que pretendía resolver.

Por ello, la propuesta de la Comisión se centraba en denominado "sistema de notificación obligatoria 3+", por el que se señala la com-

³⁴ Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo [COM (2001) 745/6, de 11 de diciembre de 2001].

petencia comunitaria automática en los asuntos susceptibles de ser notificados en tres o más Estados miembros, dando por sentado que dicha multinotificación constituía una indicación fiable del carácter claramente transfronterizo de la concentración.

La práctica mayoría de las Autoridades Nacionales, entre ellas la española, no se mostró favorable a la determinación de la jurisdicción automática de la Comisión para aquellas operaciones que sean notificables en tres Estados ³⁵, sino que defendió claramente un refuerzo de los mecanismos de remisión, indicando que se podría avanzar en la aplicación del art. 22 para los asuntos susceptibles de notificación en varios Estados miembros, potenciando así el principio de subsidiariedad y la economía administrativa.

B. PROPUESTA DE REFORMA DEL REGLAMENTO COMUNITARIO DE CONCENTRACIONES

El 11 de diciembre de 2002, el Colegio de Comisarios aprobó la propuesta de Reglamento de control de concentraciones entre empresas ³⁶ que, en relación con las cuestiones jurisdiccionales, supuso la incorporación, en gran parte, de las observaciones presentadas al Libro Verde. Específicamente, la nueva propuesta establece que la obligación de notificación en tres o más Estados miembros no es indicio suficiente de la presencia de un interés comunitario, dado que dicha situación puede deberse a los reducidos umbrales de notificación en algunos Estados miembros o incluso a la falta de un nexo suficiente con una jurisdicción nacional específica.

Además, se indica en la propuesta de reforma que la introducción de dicho sistema supondría un grado inaceptable de inseguridad jurídica, al igual que el también examinado “sistema 3+ opcional”, que combina el anterior con la concesión de un derecho de veto a los Estados miembros afectados.

Por ello, la Comisión ha concluido que el modo más efectivo de solucionar el problema de las multinotificaciones, al tiempo que se produce un reparto óptimo de las competencias entre la Comisión Europea y las Autoridades Nacionales, sería establecer un sistema de remisiones más ágil y racional («*streamlined referrals*»). En esencia, se trataría de:

a) Mejorar y simplificar los mecanismos de remisión previstos en los arts. 9 y 22 del Reglamento comunitario, posibilitando que la Comisión

³⁵ Dichas observaciones se han publicado en la página Web del Servicio de Defensa de la Competencia, <http://www.mineco.es/dgdc/sdc/decisiones.htm>, y también en la página de la Comisión Europea, <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments.html>.

³⁶ Propuesta del Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas [COM (2002) 711 final, publicado en el DOCE de 28 de enero de 2003]. Se puede consultar en <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/>. Esta propuesta será presentada ante el Consejo para su aprobación a lo largo de 2003, con objeto de que entre en vigor el 1 de mayo de 2004.

inste a los Estados miembros para que remitan un asunto o soliciten a la Comisión su remisión (actualmente, la Comisión no dispone de un derecho de iniciativa) y permitiendo la aplicación de dichos mecanismos en la fase previa a la notificación, a solicitud de las partes.

b) Atribuir competencias exclusivas a la Comisión si como mínimo tres de los Estados miembros afectados coinciden en la pertinencia de remitir el caso o no se pronuncian al respecto.

Algunas de estas propuestas ya se incluían en el Libro Verde, como la simplificación de los criterios sustantivos para la aplicación de ambas disposiciones, que desde un principio se consideró que beneficiaría la aplicación de dichos mecanismos.

Otras nuevas, como la clarificación y racionalización de las normas procedimentales relativas a las remisiones conjuntas con arreglo al art. 22 —haciendo referencia expresa la Comisión a la experiencia adquirida en los asuntos Promatech/Sulzer y GEES/Unison— han sido recibidas con satisfacción por las Autoridades Nacionales, como la española.

No obstante, el procedimiento de no oposición por el que se atribuye dimensión comunitaria a una operación, en fase de prenotificación o tras la notificación a los Estados miembros, en el caso de que las Autoridades Nacionales no contestaran en un determinado plazo (silencio administrativo positivo), no parece la más adecuada. Aunque esta propuesta puede resultar atractiva por el aparente ahorro de tiempo, puede dar lugar a inseguridad jurídica si finalmente no era obligatoria la notificación de dicha operación en un Estado miembro y, por tanto, no se cumplía la regla de atribución establecida en el Reglamento.

5. LÍNEAS DE ACTUACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA ECA EN RELACIÓN CON EL ART. 22 DEL REGLAMENTO COMUNITARIO

La Asociación de las Autoridades Europeas de Competencia (ECA) es una red de trabajo compuesta por las Autoridades Nacionales de Competencia de los Estados miembros de la Unión Europea, la Comisión Europea y la Autoridad competente de la EFTA, con el objetivo de establecer canales de comunicación e intercambio de información, además de asegurar una estrecha cooperación entre las distintas autoridades en el ámbito de operaciones multinotificadas ante diferentes Autoridades competentes.

En el ámbito de la ECA se creó un grupo de trabajo específico para el estudio de posibles formas de cooperación en los casos de multinotificaciones. El objetivo de este grupo de trabajo era acordar medidas que facilitarían la cooperación entre las autoridades nacionales de control de concentraciones en las operaciones notificadas en varios Estados miembros.

En este sentido, un primer paso fue aprobar la puesta en marcha de mecanismos de cooperación horizontal básicos, estableciendo una red de contactos. Así, todas las Autoridades de Competencia de los Estados Miembros del Espacio Económico Europeo se comprometieron a preguntar a los notificantes de una concentración si ésta había sido o debería ser notificada a alguna otra Autoridad Nacional. En ese supuesto, en cuanto dicha Autoridad Nacional tuviera conocimiento de que la operación de concentración era notificable a otra Autoridad Nacional, se comunicaría con la mayor brevedad posible a la red de contactos establecida, indicando el nombre de las empresas matrices participantes, el sector y mercado de producto afectados por la operación, con el fin de facilitar su identificación.

Tras la puesta en práctica de este sistema de cooperación y con los datos aportados por los estudios realizados en el seno de la ECA, la labor llevada a cabo por el grupo se ha plasmado en determinados acuerdos sobre el procedimiento a seguir en las operaciones multinotificadas con el fin de aumentar la eficacia del control y minimizar los costes para las empresas derivados de la existencia de sistemas distintos en el seno de la Unión Europea.

Por un lado, existe un documento base de trabajo en el que se recoge fielmente el procedimiento seguido hasta ahora en los supuestos de multinotificación en aplicación del art. 22 del Reglamento comunitario. Por otro, y de cara a reforzar la transparencia en el procedimiento de aplicación del citado art. 22, se ha adoptado un segundo documento estableciendo las líneas directrices o principios de cooperación en el ámbito ECA en relación con los supuestos en los que una operación podría ser objeto de una remisión conjunta. Estos principios, que deben ser aplicados en cada caso de forma flexible y no son vinculantes legalmente, podrán ser revisados por las Autoridades Nacionales en función de futuras modificaciones legales, tanto nacionales como comunitarias, o cuando en función de la práctica así se considere necesario. A grandes rasgos, los citados principios se centran en los siguientes aspectos³⁷:

1) Estos principios serán aplicables tan pronto como las partes notificantes de una operación de concentración informen a una Autoridad Nacional de que dicha operación también ha sido notificada o será próximamente notificada a otras autoridades en el ámbito de la ECA.

2) Las Autoridades Nacionales ante las que se haya presentado una multinotificación evaluarán si es posible que dicha operación sea objeto de una remisión conjunta a la Comisión, de acuerdo con lo establecido en el art. 22, en función de los siguientes requisitos:

a) la operación debe ser definida como una concentración siguiendo lo dispuesto en el art. 3 del Reglamento comunitario;

b) la concentración ha sido notificada o debe ser notificada en varios Estados miembros de la Unión Europea;

³⁷ Estos principios se han publicado en la página web del Servicio de Defensa de la Competencia.

- c) el mercado geográfico relevante de la operación es mayor que nacional;
- d) la concentración amenaza con crear o refuerza una posición de dominio cuya consecuencia sería una obstaculización significativa de la competencia efectiva en el territorio del Estado miembro en cuestión o de los Estados miembros autores de una remisión;
- e) la concentración afecta al comercio entre Estados miembros.

3) Si una Autoridad Nacional a la que se le ha informado de una operación de concentración considera que puede ser objeto de una remisión conjunta, informará al resto de las Autoridades Nacionales a través de la red de la ECA. La Comisión Europea y/o las partes notificantes de la operación pueden también informar a las Autoridades Nacionales de su predisposición para que éstas consideren la posibilidad de solicitar una remisión conjunta.

4) Se establece una rápida ronda de consultas entre las Autoridades Nacionales y entre éstas y la Comisión, así como con las partes notificantes de la operación de concentración (se valora la actitud positiva de las empresas, aunque su aceptación no es vinculante a la hora de decidir una posible remisión³⁸). Estas consultas pueden hacerse directamente, bilateral o multilateralmente, o bien a través del coordinador que, en principio, será aquella Autoridad Nacional que haya instado desde un principio la aplicación de la remisión conjunta. La existencia del coordinador no impedirá cualquier tipo de actuación o consulta que pudiera realizar cada Autoridad Nacional.

5) Una vez que por parte de una Autoridad Nacional se haya decidido instar la aplicación del art. 22, lo pondrá en conocimiento del resto de las Autoridades Nacionales, a efectos de una futura coordinación en cuanto a la remisión conjunta (plazos, elementos determinantes de la remisión, etc.) que, en todo caso, realizará individualmente cada Autoridad, aunque reflejando en la citada comunicación a la Comisión que se trata de una remisión conjunta, indicando el resto de Autoridades Nacionales que también solicitan la remisión.

En suma, si bien la normativa actual claramente no exige de la obligación de realizar la notificación de todas y cada una de las Autoridades Nacionales competentes, atendiendo a las respectivas normativas nacionales, se ha instituido un sistema más ágil y eficaz para potenciar que, en la medida de lo posible, las operaciones multinotificadas sean analizadas por la Comisión Europea si ella es la autoridad mejor situada para analizar la operación.

En todo caso, el debate actual en torno a estos mecanismos de remisión está abierto, analizándose hoy día diferentes alternativas en función del punto de partida de los diferentes interlocutores, ya sea la Comisión

³⁸ De hecho, en los supuestos de remisión realizados hasta la fecha la actitud de las empresas notificantes no ha sido coincidente.

Europea, las Autoridades Nacionales de Defensa de la Competencia o las empresas, con diferentes propuestas, como una mayor armonización de los procedimientos nacionales para reducir los costes, una mayor certidumbre en cuanto al procedimiento aplicable en dichos supuestos de notificaciones múltiples, una mejor aplicación del principio de *one-stop-shopping* o ventanilla única, junto con el principio de subsidiariedad.

Y todo ello, no debe olvidarse, en un contexto como el actual, con la inminente adhesión de nuevos Estados miembros, lo que implicará el juego de posiblemente 25 sistemas nacionales de control de concentraciones conviviendo con el comunitario. Parece fácilmente predecible un aumento de los supuestos en los que podría aplicarse estos mecanismos de remisión; esperemos que el nuevo Reglamento comunitario dé respuesta, al menos, a algunas de las cuestiones aquí planteadas.