

EL REGLAMENTO 139/2004: NOVEDADES SUSTANTIVAS EN EL SISTEMA COMUNITARIO DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

Nadia CALVIÑO

Directora General de Defensa de la Competencia
Ministerio de Economía

1. INTRODUCCIÓN

Para el conjunto de ciudadanos de la Unión Europea, el 1 de mayo de 2004 pasará a la historia como la fecha en que se produjo la ampliación al este. Con ella, se produce un cambio sustancial en el proyecto europeo; lo que hasta ahora era un bloque económico bastante consolidado se transforma en una ambiciosa apuesta verdaderamente paneuropea con veinticinco socios.

En comparación con la UE actual, cuyos Estados miembros comparten en esencia un mismo modelo económico, uno de los retos principales de esta ampliación es precisamente la asimilación de países con estructuras económicas y políticas desarrolladas sobre bases muy diferentes durante buena parte del siglo xx.

En este contexto, no resulta extraño que la política de competencia sea precisamente uno de los aspectos más ilustrativos de esta diferencia: Mientras que el logro de un marco homogéneo para la competencia entre las empresas (el famoso *level playing field*) es una piedra angular del proyecto europeo desde sus inicios, los nuevos Estados miembros no disponían en el momento de iniciarse su incorporación a la Unión de un marco normativo e institucional de defensa de la competencia; ni siquiera de una cultura favorable al libre juego del mercado.

Así, no es casual que los distintos Tratados de adhesión hayan dedicado un capítulo importante a estos asuntos; de hecho, la incorporación de cada Estado a la UE se ha subordinado a la existencia de un marco normativo e institucional para la defensa de la competencia e incluso a la demostración de que se ha hecho una aplicación adecuada de los principios comunitarios, tanto en el ámbito de la lucha contra las conductas anticompetitivas como en el control de ayudas públicas. En suma,

se ha tratado de lograr que, en el momento de la ampliación, los agentes económicos y políticos de dichos Estados estén acostumbrados a la disciplina derivada de la competencia.

De la misma manera, no es casual que este proceso de ampliación coincida con la entrada en vigor de dos nuevos Reglamentos y de un conjunto de Comunicaciones que, en su conjunto, conforman la denominada “modernización” del Derecho comunitario de competencia.

En efecto, en paralelo con la negociación con los nuevos Estados miembros, en los dos últimos años se ha desarrollado en el seno de la UE un intenso proceso normativo centrado en la revisión en profundidad de los dos grandes pilares de la política de defensa de la competencia: la lucha contra las prácticas restrictivas (lo que se conoce como *antitrust*) y el control de concentraciones.

No cabe duda de que se trata de un proyecto extremadamente oportuno y hasta imprescindible. Por una parte, los Reglamentos principales habían tenido una larga o intensa vida —casi cuarenta años en el caso de conductas— y era conveniente poner al día tanto el procedimiento como algunos elementos sustantivos. Por otra, era preciso adaptar la política de competencia a una Unión con veinticinco Estados miembros, sin que se deba minimizar la importancia de acometer las reformas con un Consejo relativamente manejable de quince miembros con amplia experiencia en temas comunitarios.

En este contexto, la Comisión lanzó en 1999 dos procesos paralelos de reforma que han culminado en el pasado año con las nuevas normas básicas, el Reglamento 1/2003, que ha reformado sustancialmente el marco para luchar contra las conductas anticompetitivas vigente desde 1962¹, y el Reglamento 139/2004, que ha introducido importantes modificaciones en el sistema de control de las concentraciones de dimensión comunitaria.

Para ilustrar la complejidad de la “modernización” basta considerar el largo plazo que ha consumido la elaboración y discusión de los dos Reglamentos básicos². Es más, tras su aprobación, se ha continuado con el intenso proceso de negociación en el seno del Consejo y de la Comisión para la aprobación de un paquete de normas de desarrollo, entre las que destacan las Comunicaciones de aplicación o interpretación del nuevo régimen.

A pesar de que las reformas de conductas y concentraciones han seguido procesos paralelos, no son comparables en cuanto a su dimensión e implicaciones; en el primer caso cabe hablar de una verdadera «re-

¹ El instrumento normativo esencial en este ámbito era el Reglamento 17/1962, completado por un conjunto de Reglamentos de exención por categorías y Comunicaciones interpretativas.

² En 1999 se publicó el Libro Blanco para la modernización de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado, la Comisión elevó la propuesta de Reglamento al Consejo para aprobación en septiembre de 2000 y el texto definitivo fue aprobado por el Consejo de Industria el 26 de noviembre de 2002, tras dos años de discusión.

volución», mientras que en el segundo, las novedades han sido más limitadas y no han alterado la esencia del procedimiento.

En efecto, en materia de conductas restrictivas, se han abordado dos cambios sustantivos: la descentralización de las normas del Tratado para reforzar las competencias tanto de las autoridades administrativas como de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y el paso a un sistema de autoevaluación por parte de las empresas sobre los posibles efectos anticompetitivos de sus acuerdos. En contraste, la modernización del control de concentraciones no rompe los principios que han guiado el sistema en sus trece años de existencia. No obstante, sí se han realizado cambios destacables tanto en el ámbito sustantivo como en el jurisdiccional y de procedimiento que merecen cierta atención.

Aunque muchas veces se tiende a ignorar o minusvalorar nuestro propio peso en el ámbito comunitario, es importante señalar que España ha tenido un papel protagonista en este proceso. En el ámbito de conductas, es innegable que durante la presidencia española se trabajó mucho y bien para lograr la revisión completa del proyecto de nuevo Reglamento y se logró la aprobación de una Declaración conjunta Consejo-Comisión que determinase los principios de funcionamiento del nuevo sistema, por ejemplo, en el ámbito de los criterios de asignación de casos entre autoridades. Este documento fue sin duda fundamental para permitir la aprobación definitiva del Reglamento 1/2003 por unanimidad durante la presidencia siguiente, en noviembre de 2002, como ha sido reiteradamente señalado por la propia Comisión.

En el ámbito de concentraciones, España ha participado activamente en los trabajos que han desembocado en el Reglamento 139/2004, especialmente a lo largo de las arduas discusiones en el seno del Consejo.

Por todas estas razones, es interesante revisar cuál ha sido el punto de partida y el proceso de elaboración del nuevo Reglamento, cuáles sus principales novedades e implicaciones más previsibles y cuál ha sido la posición de España a lo largo de las discusiones. Ése es el objeto de este artículo.

2. LOS ANTECEDENTES: HISTORIA DE UN ÉXITO

A. EL REGLAMENTO 4064/1989

Existe un acuerdo general sobre el buen funcionamiento del control de concentraciones en el ámbito comunitario durante sus trece años de existencia. También es unánime el reconocimiento de que este éxito se debe en parte al dinamismo y la especialización de la respetada *merger task force*; una especie de microcosmos en medio de la pesada maquinaria comunitaria caracterizado por la agilidad, la flexibilidad y, al mismo tiempo, la firmeza en el análisis de las operaciones.

Pero sin duda nada de ello hubiese sido posible sin contar con un marco normativo como el construido en torno al Reglamento 4064/1989, piedra angular de todo el sistema, cuya principal virtud es probablemente su flexibilidad para responder a las exigencias del análisis caso por caso de las concentraciones.

Aunque pueda resultar extraño desde la perspectiva actual, es importante recordar que el control de concentraciones es un instrumento relativamente joven. De hecho, el Tratado sólo previó desde el principio la lucha contra los acuerdos restrictivos de la competencia y los abusos de posición de dominio (arts. 81 y 82)³, sin que se entendiese necesario contar con una norma específica para analizar las concentraciones empresariales.

Hasta 1989, este análisis se encauzó, excepcionalmente, a través del art. 82 del Tratado, entendiendo que la toma de control de una empresa podía suponer un abuso de posición de dominio. Aunque esta interpretación se vio confirmada por el Tribunal de Justicia, resultaba en cierta medida forzada y, sobre todo, insuficiente para realizar una valoración adecuada de las concentraciones de ámbito supranacional que serían cada vez más relevantes en el contexto de creciente integración europea.

Por tanto, resultaba clara la necesidad de contar con un marco jurídico específico orientado al control preventivo de los cambios en la estructura competitiva de los mercados y no basado en la posible sanción *ex post* de concentraciones ya ejecutadas.

En este contexto, en 1989 se diseñó un esquema basado en la competencia exclusiva de la Comisión para analizar operaciones de cierta dimensión, dejando para las autoridades nacionales las que no superasen los umbrales comunitarios, con un procedimiento en dos fases relativamente ágil y transparente.

Prácticamente inalterado desde su aprobación y desarrollado por distintas Comunicaciones interpretativas, el Reglamento 4064/1989 ha dado buena respuesta al entorno necesariamente cambiante del control de las operaciones de concentración, permitiendo el análisis de más de 2.000 casos, tremendamente heterogéneos y de complejidad creciente. Es decir, que ha sido un instrumento lo suficientemente flexible como para sobrevivir en la marea que se ha producido en este tiempo, tanto en el paradigma de teoría económica dominante en cada momento —o la ausencia del mismo— como en la estructura de las empresas y sus procesos de toma de decisiones estratégicas.

B. LA REFORMA DE 1997

Para ilustrar esta flexibilidad, baste señalar que la única reforma del marco regulatorio, abordada mediante el Reglamento 1310/1997, no

³ Antiguos arts. 85 y 86 del Tratado CE.

resultó en ningún cambio material del análisis. Tratando sin duda de dar respuesta a la creciente consolidación de los sistemas de control de concentraciones de ámbito nacional y, paralelamente, al creciente número de operaciones de dimensión trasnacional, los cambios se centraron en la cuestión de la jurisdicción comunitaria.

En un primer momento, para tratar de reducir el número de operaciones que deberían ser notificadas en más de tres Estados miembros (“multinotificaciones”), se planteó la conveniencia de reducir los umbrales de volumen de ventas de las partes que determinan la dimensión comunitaria de las concentraciones. Naturalmente, con ello se ampliaba el ámbito de competencia exclusiva de la Comisión, lo que llevó al rechazo de algunos Estados miembros, que temieron ver con ello reducido su margen para ejercer el control sobre concentraciones de cierta envergadura.

También entonces se planteó cambiar el criterio para determinar la dimensión comunitaria de una operación, de forma que ésta fuese automática en aquellas concentraciones que debiesen ser notificadas en al menos tres Estados miembros. Esta posibilidad ha sido planteada de nuevo en 2002, y de nuevo rechazada por numerosas razones que se comentarán más adelante.

Ante la dificultad de lograr un acuerdo, el Reglamento de 1997 finalmente sólo resultó en la introducción de los nuevos umbrales del apartado 3 del art. 1, en la equiparación del tratamiento de todas las empresas en participación de plenas funciones, y en la reforma del sistema de reenvíos entre la Comisión y los Estados miembros.

En esencia, los nuevos umbrales cumulativos del apartado 3 trataron de completar los más generales del apartado 2 y, con ello, atribuir dimensión comunitaria a operaciones que superasen determinados volúmenes de ventas en más de tres Estados miembros. A la luz de los estudios realizados por la Comisión para valorar el funcionamiento de estos umbrales, no parece aventurado concluir que esta reforma introdujo una mayor complejidad en el cálculo de los umbrales, pero no resultó en un aumento sustancial de las operaciones de dimensión comunitaria ni tuvo gran éxito en la reducción de las multinotificaciones⁴.

En relación con las empresas en participación, la reforma suprimió la diferencia de tratamiento derivada de su carácter concentrativo o cooperativo, incluyéndose en el ámbito del control de concentraciones cualquier *joint venture* de plenas funciones⁵.

En cuanto a los reenvíos, la reforma de 1997 trató de facilitar la aplicación de los procedimientos para que las operaciones fuesen analizadas

⁴ Anexo 1, «*Threshold related issues*», del Libro Verde de la Comisión sobre la revisión del Reglamento 4064/1989, de 11 de diciembre de 2001.

⁵ Éste es uno de los pocos aspectos en los que el régimen español no sigue exactamente el modelo comunitario.

por la autoridad mejor situada para ello independientemente del sistema de umbrales nacionales y comunitarios. Así, se modificó el art. 9, relativo a la remisión de operaciones de dimensión comunitaria a los Estados miembros, para dejar claro que la Comisión puede realizar reenvíos parciales (es decir, manteniendo ella la competencia sobre el análisis de algunos de los mercados afectados, o bien remitiendo el expediente a varias autoridades nacionales para que cada una decida con respecto a sus mercados nacionales) y que no dispone de discrecionalidad si los mercados relevantes tienen dimensión inferior a la nacional⁶, caso en el que está obligada a remitir un expediente a solicitud de un Estado miembro.

Igualmente, se modificó el art. 22, inicialmente pensado para que el control de concentraciones comunitario pudiese aplicarse a operaciones realizadas en países que no contasen con un marco normativo o institucional nacional para ello. En concreto, la reforma de 1997 trató de extender este mecanismo para que fuese posible el reenvío conjunto a la Comisión de concentraciones notificadas en varios Estados miembros bajo determinadas circunstancias.

El objetivo de este cambio fue también reducir las multinotificaciones y potenciar el principio de “ventanilla única” (*one stop shop*), garantizando que las operaciones fuesen analizadas por la autoridad mejor situada para ello.

Sin embargo, tampoco esta parte de la reforma tuvo grandes efectos sobre el control de concentraciones comunitario. De hecho, no se produjo ningún reenvío conjunto de expedientes a la Comisión hasta 2002; desde entonces, se han reenviado tres expedientes de dimensión nacional por parte de un conjunto de Estados miembros, entre ellos España⁷.

A nadie se le escapa que este impulso a la aplicación del art. 22 coincidió con la publicación del Libro Verde —precisamente muy escéptico con respecto a la posibilidad de potenciar este instrumento— y con la creación de la red de Autoridades de Competencia Europeas (ECA)⁸. En este marco se constituyó desde el primer momento un grupo de trabajo específico para la cooperación en el ámbito de las multinotificaciones, en el que participa el Servicio de Defensa de la Competencia español, que ha elaborado directrices y, sobre todo, fomentado la coordinación informal entre las autoridades nacionales.

En suma, los pilares del Reglamento se han mantenido invariables desde 1989 y han dado buena cobertura a tres procesos importantes en el ámbito comunitario. En primer lugar, la intensa labor de análisis de un gran número de operaciones de concentración por parte de la Comisión, de las que una inmensa mayoría han resultado autorizadas, con

⁶ Art. 9.1.b).

⁷ Son los casos M.3136, GE-Agfa NDT; M.2698, Promatech-Sulzer, y M.2738, GEES-Unison, remitidos por varios Estados miembros, entre ellos España, a la Comisión Europea.

⁸ La ECA es un foro informal de reunión de los Directores Generales de las autoridades nacionales de competencia de la UE constituido en abril de 2001 en una reunión celebrada en Amsterdam.

o sin compromisos. En segundo lugar, el desarrollo de las competencias de las autoridades nacionales y, con ello, del número de operaciones notificadas en varios Estados. Finalmente, en los últimos años, la intensa negociación con los países candidatos de la ampliación, en la que los temas de competencia fueron un capítulo fundamental.

C. EL LIBRO VERDE PARA LA REVISIÓN DEL SISTEMA COMUNITARIO DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

En este contexto, la Comisión planteó la conveniencia de abordar una revisión en profundidad del Reglamento, en paralelo al proceso de “modernización” del sistema de prohibición y sanción de conductas restrictivas de la competencia.

Con este fin se realizaron distintos estudios sobre aspectos concretos, como la aplicación de los umbrales que determinan la dimensión comunitaria de las concentraciones, y se publicó el 23 de octubre de 2001 el Libro Verde sobre la reforma del Reglamento, abriéndose un período de información pública sobre el mismo que terminó en marzo de 2002.

El objetivo declarado del ejercicio era dar respuesta a los retos planteados por las concentraciones globales, la unión monetaria, la integración de los mercados, la ampliación y la necesidad de cooperar con otras jurisdicciones. Para ello, el Libro Verde, en esencia, proponía cambios en el ámbito jurisdiccional, sustantivo y procedimental.

Desde la perspectiva jurisdiccional, la Comisión proponía terminar con las multinotificaciones mediante la atribución de dimensión comunitaria a todas las operaciones susceptibles de notificación en al menos tres Estados miembros. Adicionalmente, se planteaba una cierta flexibilización del sistema de reenvíos —por ejemplo, dando a la Comisión capacidad para actuar de oficio, y no a instancia de los Estados miembros— y la redefinición del concepto de concentración, excluyendo determinadas tomas de control sin incidencia desde la perspectiva de competencia e incluyendo, por el contrario, otras operaciones o tomas de participación.

En cuanto a cuestiones sustantivas, se lanzó el debate sobre la posible reforma del test de dominio hasta entonces vigente en el Reglamento 4064/1989. También se planteó la posibilidad de aprobar Reglamentos de exención por categorías para determinadas concentraciones, en esencia coincidentes con las cubiertas por el procedimiento simplificado.

Finalmente, en relación con el procedimiento, se propusieron varios cambios entre los que destaca la posibilidad de suspender el cómputo de plazos (*stop the clock*) para la negociación de compromisos. También se lanzó el debate sobre la revisión jurisdiccional de las decisiones de la Comisión y sobre el propio proceso interno de instrucción de los expedientes y, en particular, los controles y garantías en la toma de decisiones (*checks and balances*).

La revisión de los antecedentes del nuevo Reglamento sería incompleta si no se mencionase que este proceso coincidió con una importante controversia sobre el funcionamiento del sistema comunitario de control de concentraciones. Puestos a buscar un elemento detonante de la misma, no resulta arriesgado apuntar hacia la coincidencia en un corto plazo de cuatro operaciones de concentración significativas prohibidas por la Comisión y de sentencias del Tribunal de Primera Instancia (TPI) anulando tres de dichas decisiones en un tiempo récord.

El primer hecho relevante fue la decisión de la Comisión, de 3 de julio de 2001, de declarar no compatible la adquisición por parte del grupo General Electric del operador de productos y servicios aeroespaciales Honeywell⁹. Esta decisión fue recurrida¹⁰ y generó una fuerte reacción tanto en el ámbito académico como en los medios de comunicación. La controversia se vio sobre todo impulsada por la diferente valoración de la operación a los dos lados del Atlántico; siendo las partes empresas no comunitarias, la concentración fue prohibida en Europa y aprobada por las autoridades de los Estados Unidos.

Cuando todavía resonaban los ecos de este debate, el 6 de junio de 2002, el TPI anuló la decisión de la Comisión por la que se prohibió la concentración de los dos touroperadores británicos Airtours y Firstchoice¹¹. Dicha sentencia se basó en el “error manifiesto” de la Comisión por haber prohibido la operación notificada sin haber demostrado suficientemente que la misma crearía una posición dominante colectiva de los tres grandes operadores turísticos británicos que podría suponer un obstáculo significativo para la competencia efectiva en el mercado de referencia. En esencia, no se habían cumplido los requisitos para considerar que habría coordinación estratégica entre los tres operadores principales en un mercado con estructura oligopolística y sin poder compensatorio de la demanda.

El 22 de octubre de 2002, el TPI anuló también la decisión de la Comisión de prohibir la concentración de los dos operadores franceses de equipamiento eléctrico Schneider y Legrand¹². En este caso, la sentencia se basó en la incoherencia del análisis y el error de apreciación de la Comisión sobre la incidencia de la operación en determinados mercados, así como sobre la validez de los compromisos ofrecidos por Schneider. Además, el TPI consideró que en el caso del mercado francés se produjo una violación de los derechos de defensa por no haberse expuesto suficientemente en el momento adecuado los problemas de competencia detectados.

⁹ M.2220, General Electric/Honeywell.

¹⁰ En el momento de escribir este artículo está todavía pendiente la sentencia del TPI.

¹¹ T-342/99, *Airtours vs. Comisión*. La decisión de la Comisión fue de 22 de septiembre de 1999.

¹² T-310/01, *Schneider*, apoyada por *República Francesa vs. Comisión*. La decisión de la Comisión es de 30 de enero de 2002. La operación —una OPA— ya había sido ejecutada, habiéndose producido la desconcentración para cuando recayó la sentencia del TPI.

Finalmente, en la misma semana, el 25 de octubre de 2002, el TPI anuló la decisión de la Comisión declarando la concentración de los operadores de sistemas de envase Tetra Laval y Sidel incompatible con el mercado común¹³. En esencia, la sentencia se basa de nuevo en el supuesto “error manifiesto” de apreciación de la Comisión con respecto a los efectos de la concentración, al haber sobreestimado los efectos tanto horizontales como verticales, de conglomerado y de “apalancamiento” (*leveraging*) de la posición de dominio de Tetra en el mercado del cartón sobre el mercado del PET. Asimismo, en opinión del TPI, la Comisión habría infravalorado el poder disuasorio de las normas que persiguen las conductas anticompetitivas y, por tanto, se habría basado en presunciones falsas con respecto a la conducta previsible de Tetra en el futuro.

Naturalmente, estas sentencias no pueden ocultar la positiva experiencia del control de concentraciones comunitario en su ya amplio recorrido, pero sí fueron hechos de suficiente relevancia como para ignorarlos al revisar el proceso de reforma del Reglamento 4064/1989.

En este marco, tras la consulta pública y varias reuniones con los representantes de los Estados miembros en el seno de la Comisión, el 11 de diciembre de 2002 el Colegio de Comisarios aprobó la propuesta de Reglamento y se inició el proceso de discusión en el Consejo.

El reto era importante: conseguir poner de acuerdo a los quince Estados miembros, que partían de posiciones muy diferentes con respecto a la práctica totalidad de cambios propuestos, para lograr antes de un año la aprobación por unanimidad de un nuevo texto refundido que pudiese entrar en vigor el 1 de mayo de 2004.

3. CAMBIOS JURISDICCIONALES: HACIA UN SISTEMA EUROPEO DE CONTROL DE CONCENTRACIONES MÁS INTEGRADO

Como ya se ha indicado, la anterior reforma normativa abordada en 1997 se centró precisamente en la ampliación de la jurisdicción comunitaria, es decir, del número de operaciones de concentración que deberían ser analizadas por la Comisión y no por las autoridades nacionales de competencia. Sin embargo, la situación no había mejorado en 2000, sino todo lo contrario y, al plantearse la revisión del Reglamento, los costes derivados de las multinotificaciones continuaban siendo uno de los retos pendientes principales, especialmente ante la perspectiva de la ampliación.

Dos son las principales novedades finalmente aprobadas en este ámbito: la simplificación de los procedimientos de reenvío de expedientes entre

¹³ T-5/02, *Tetra Laval BV vs. Comisión*. La sentencia ha sido recurrida por la Comisión ante el TJCE. La decisión de la Comisión se adoptó el 30 de octubre de 2001.

los Estados miembros y la Comisión, y la posibilidad de reenvíos en fase de prenotificación.

El Reglamento 4064/1989 contempla dos mecanismos relativamente simétricos para el reenvío de expedientes entre autoridades que ya se han mencionado: el art. 9 o “cláusula alemana”, para la remisión de expedientes comunitarios a los Estados miembros¹⁴ y, en sentido inverso, el art. 22, conocido como “cláusula holandesa”, que permite la remisión de expedientes de dimensión inferior a la comunitaria a la Comisión Europea.

Con el fin de facilitar el uso de estos dos mecanismos, el nuevo Reglamento flexibiliza los criterios para permitir que un Estado solicite el reenvío de un expediente de o hacia la Comisión Europea en lo que se ha denominado «*a streamlined referral system*».

España se ha mostrado desde el primer momento favorable a esta propuesta. Dado que se dispone de experiencia en el reenvío de expedientes en ambos sentidos con resultados muy positivos, la posición española se ha centrado en tratar de dotar al sistema de la máxima flexibilidad garantizando al mismo tiempo la seguridad jurídica.

A. SIMPLIFICACIÓN DE LOS REENVÍOS ENTRE LA COMISIÓN Y LOS ESTADOS MIEMBROS

En primer lugar, el nuevo Reglamento ha modificado el criterio sustantivo para que un Estado miembro pueda solicitar el reenvío de un expediente tanto desde como a la Comisión. Así, ya no será preciso que haya amenaza de creación o refuerzo de posición de dominio en un mercado definido cuya consecuencia sería una obstaculización significativa de la competencia efectiva, sino que bastará para fundamentar la solicitud con que la autoridad nacional considere que la operación amenace con afectar de manera significativa a la competencia efectiva en el mercado. El objetivo es, naturalmente, facilitar el reenvío de expedientes entre las autoridades y garantizar que cada caso sea analizado por la jurisdicción mejor situada para hacerlo.

En el art. 9, se mantiene en todo caso la distinción entre las operaciones en que la amenaza se refiera a un mercado de dimensión nacional —la Comisión tiene capacidad para decidir si remite o no el asunto— y aquellas en que el mercado relevante tenga dimensión geográfica inferior —la Comisión necesariamente ha de remitir el asunto solicitado—¹⁵. También se mantiene la posibilidad de reenvíos parciales.

¹⁴ Éste ha sido el caso, por ejemplo, de los cuatro expedientes que han sido remitidos a las autoridades españolas para su valoración con arreglo a la normativa y procedimiento nacional : N-046, Carrefour-Promodés; N-015, Heineken-Cruzcampo; N-280, Sogecable-Vía Digital, y N-306, Leroy Merlin-Brico.

¹⁵ Apartados a) y b) del art. 9.3.

Además, de esta reforma material, se han introducido cambios formales para reforzar la seguridad jurídica en el reenvío de asuntos comunitarios a los Estados miembros. Entre ellos, se destaca la aclaración del plazo de que disponen las autoridades nacionales para realizar el análisis de primera fase de la operación (art. 9.6). Aunque el Reglamento anterior ya disponía un máximo de cuatro meses, al cambiar el cómputo de plazos a días hábiles se suscitó la duda en cuanto a cuál era el hito del procedimiento nacional que estaba sujeto a este plazo ¹⁶.

Así, el nuevo Reglamento especifica que en un plazo de cuarenta y cinco días hábiles las autoridades nacionales deberán comunicar a la notificante «el resultado de su análisis preliminar y, en su caso, de qué actuación tiene intención de realizar» ¹⁷.

En las discusiones quedó claro que este acto, cuya concreción dependerá de la normativa nacional, se corresponde en el procedimiento comunitario con una decisión de las previstas en el art. 6.1 del Reglamento comunitario, es decir, con la autorización de la concentración en primera fase o la decisión de paso a segunda fase. En el caso español, este acto administrativo se corresponde con la notificación por parte del Servicio de Defensa de la Competencia a las notificantes de la resolución del Ministro con respecto a la remisión del expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia junto con el informe elaborado en primera fase sobre la operación ¹⁸.

Además, el nuevo art. 9.6 indica que, en caso de que la normativa nacional exija la notificación de las concentraciones, los plazos para la tramitación de los asuntos de dimensión comunitaria remitidos empezarán a computarse el día siguiente de la presentación de una notificación completa, cubriéndose así una posible laguna y eliminándose cualquier duda al respecto. Dado que en España se exige una notificación según el formulario normalizado, será la fecha de dicha notificación la determinante para el cómputo de los plazos dispuestos tanto en el Reglamento comunitario como en la normativa nacional.

En este sentido, es importante tener en cuenta que, bajo la normativa comunitaria, la decisión de reenvío del asunto no implicaba ni implica que la Comisión dé traslado a la autoridad nacional de todo el expediente instruido hasta el momento. De hecho, las actuaciones que se sigan desde la notificación a Bruselas hasta la decisión de reenvío forman parte de

¹⁶ Éste es un asunto especialmente destacado por España dado que el sábado es día hábil en el procedimiento nacional pero no en el cómputo comunitario.

¹⁷ No obstante, con respecto al efecto de este límite, cabe mencionar la Decisión del Consejo de Estado francés de 6 de febrero de 2004 que anula la decisión de 5 de julio de 2002 del Ministro de Economía por la que autorizó la adquisición por la sociedad SEB de las actividades de Moulinex. En la misma se indica que en ninguna norma se dispone que, transcurrido el plazo dispuesto en el art. 9.6 del Reglamento, el silencio administrativo deba tener efecto positivo. Asuntos núms. 249262, 252297, 252350, 252809, Societé Royal Philips Electronic et autres.

¹⁸ De acuerdo con lo previsto en el art. 15.bis.1 de la Ley y en los arts. 10 y 11.2 del Real Decreto 1443/2001.

un expediente comunitario cuyo control jurisdiccional es competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. A partir del momento en que el Estado miembro recibe la jurisdicción, deberá formar un nuevo expediente, de acuerdo con su normativa nacional, que estará naturalmente sujeto al control de los Tribunales nacionales competentes¹⁹.

Por tanto, con esta modificación se garantiza que el Estado miembro dispondrá de toda la información relevante para adoptar su decisión y que será a partir de ese momento cuando se iniciará el cómputo de plazos. Dada la similitud entre el formulario nacional y el co comunitario y que, en principio, las operaciones cuyo reenvío se solicite probablemente habrá sido notificadas en español a la Comisión Europea, la aclaración del art. 9.6 no debe suponer ningún coste adicional para las empresas en el caso de reenvíos a España.

Finalmente, se ha hecho explícito en el Reglamento que el cómputo del plazo máximo para adoptar una decisión preliminar sobre un expediente remitido a un Estado miembro puede quedar suspendido si se solicita información adicional de acuerdo con los procedimientos nacionales. Aunque este problema no se había suscitado en la práctica, al menos en el caso de España, la nueva redacción no deja lugar a dudas sobre la aplicación de todos los instrumentos de que dispone la normativa nacional para la instrucción del expediente.

B. POSIBILIDAD DE REENVÍOS EN FASE DE PRENOTIFICACIÓN

El segundo gran cambio introducido por el nuevo Reglamento es la posibilidad de que los casos se reenvíen en la fase de prenotificación, es decir, que no sea preciso presentar una notificación completa ante la Comisión o los diferentes Estados miembros si es otra la autoridad mejor situada para resolver el asunto.

Este instrumento responde al ya mencionado objetivo de reducir el coste derivado de las notificaciones múltiples, pero no fue el único que se planteó y discutió en el proceso de reforma. En un primer momento, la Comisión propuso la atribución automática de dimensión comunitaria a las operaciones notificables en un determinado número de Estados miembros, sugiriéndose la cifra de tres.

Si bien este mecanismo tenía la virtud de ser automático, fue rechazado por la mayoría de Estados y finalmente no incluido en la propuesta de Reglamento remitida al Consejo por la Comisión porque adolecía de al menos tres problemas principales. En primer lugar, la jurisdicción

¹⁹ Para ilustrar esta diferencia baste referirse al precedente M.2845, Sogecable/Vía Digital. El TPI es competente para resolver con respecto a los distintos recursos interpuestos contra las distintas decisiones adoptadas por la Comisión. Sin embargo, el Tribunal Supremo es competente para resolver con respecto a los recursos interpuestos contra los correspondientes Acuerdos de Consejo de Ministros relativos al expediente reenviado.

comunitaria pasaba a depender de las normas nacionales en cuanto a notificación obligatoria y umbrales. En segundo lugar, se obviaba el principio de subsidiariedad. Finalmente, no parecía razonable en una Europa de veinticinco Estados, en la que podría ser frecuente que operaciones sin dimensión comunitaria —ni interés comunitario— fuesen de obligatoria notificación en al menos tres jurisdicciones nacionales.

Así, en un segundo momento se planteó que pudiesen darse reenvíos en fase de prenotificación siempre que un número o una proporción determinada de Estados estuviesen de acuerdo con que un asunto notificable en su jurisdicción fuese analizado por la Comisión Europea. No obstante, este procedimiento era menos expeditivo que el finalmente adoptado, exigía un recuento previo de los Estados en que una operación era susceptible de notificación y, dados los diferentes plazos y procedimientos, así como la posibilidad de que las empresas escalonasen la notificación a nivel nacional, dificultaba la determinación rápida y clara de la jurisdicción.

Por eso, finalmente se adoptó un sistema basado en el cambio automático de jurisdicción, bajo determinadas condiciones, siempre que ninguna de las autoridades nacionales relevantes ni la Comisión se opongan al reenvío en un plazo breve de tiempo (derecho de veto y silencio positivo).

En concreto, en el art. 4 del nuevo Reglamento se prevé que las empresas puedan solicitar, mediante un escrito motivado (*reasoned submission*), que una operación de dimensión comunitaria sea analizada desde el principio por una autoridad nacional —o varias, aunque esta posibilidad parece menos práctica—. En sentido inverso, se prevé que la empresa pueda solicitar que una concentración susceptible de notificación en al menos tres Estados miembros pase a la jurisdicción de la Comisión antes de ser notificada, siempre que ninguna de las autoridades nacionales afectadas se oponga a ello.

Para concretar el procedimiento y los criterios generales que regirán este esquema más flexible de reenvíos, se trabaja en la actualidad en la elaboración de una Comunicación de la Comisión ²⁰. Adicionalmente, se está elaborando un formulario para que las empresas puedan solicitar el reenvío de expedientes en fase de prenotificación (formulario RS).

En todo caso, es importante tener en mente que el buen funcionamiento de estos mecanismos depende de la cooperación de todos los operadores implicados. En concreto, es importante la coordinación formal e informal entre las autoridades nacionales y la Comisión, puesto que sólo en un entorno de confianza mutua podrá agilizarse el sistema de reenvíos, pero, de la misma manera, las empresas han de colaborar leal-

²⁰ En el ámbito ECA probablemente se revisarán los *Principles* que se habían aprobado sobre el proceso a seguir por la autoridad nacional en caso de multinotificación para aplicar el art. 22. Ver el apartado de «ámbito internacional» de la página web del Servicio de Defensa de la Competencia en www.mineco.es.

mente para la aplicación de los nuevos procedimientos. Cualquier actuación interesada que vulnere o fuerce las normas que determinan la jurisdicción competente para el análisis de las concentraciones con el fin de que un caso sea analizado por la autoridad más «blanda» o con un tratamiento más flexible en cuanto a aspectos como la suspensión de la ejecución provocará probablemente la desconfianza y terminará dañando la propia flexibilidad de estos mecanismos, además de las posibles actuaciones sancionadoras que pueda iniciar la Comisión o las autoridades nacionales correspondientes.

C. OTROS CAMBIOS RELATIVOS AL ÁMBITO DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES COMUNITARIO

Al margen de los cambios referidos a la autoridad competente para resolver sobre las operaciones de concentración, en la elaboración del nuevo Reglamento se plantearon otras cuestiones relativas a su ámbito de aplicación, de entre las que cabría mencionar dos: la definición de operación de concentración y el tratamiento de las restricciones accesorias.

En cuanto a la definición de concentración, se discutió sobre todo la posibilidad de ampliar los criterios para que varias operaciones sean tratadas como una sola a efectos del control por parte de la Comisión. En esencia, se trataría de considerar que varias concentraciones que presenten determinadas características sean consideradas conjuntamente, no sólo en el análisis de los efectos sobre la competencia, sino en cuanto a la propia superación de los umbrales comunitarios. Entre los criterios planteados para la vinculación de las operaciones se discutió la posibilidad de que las operaciones respondiesen a la misma racionalidad económica (*economic rationale*), que afectasen a un mismo mercado o a mercados íntimamente relacionados, que tuviesen lugar dentro de un plazo determinado de tiempo o que estuviesen condicionadas recíprocamente.

Sin embargo, todas estas propuestas planteaban el problema del carácter cualitativo de los criterios y, por tanto, de la posible inseguridad jurídica sobre si dos o más operaciones debían ser notificadas como una sola o no. Además, se planteaban dudas sobre el supuesto de que cada una de estas operaciones, por separado, tuviesen dimensión nacional, pudiendo darse la situación de que existiese un pronunciamiento previo de una autoridad nacional que pudiese diverger de la decisión final de la Comisión al analizar todas las operaciones conjuntamente.

Finalmente, se renunció a modificar el texto del articulado y únicamente se incluyó una referencia en el considerando 20 a que es preciso considerar como una sola concentración transacciones vinculadas recíprocamente mediante condición, así como las adquisiciones sucesivas de títulos mobiliarios realizadas dentro de un plazo.

Otra propuesta analizada fue la posibilidad de aprobar Reglamentos para eximir de la obligación de suspender la ejecución de la operación a determinadas categorías de operaciones, por ejemplo, tomas de participación de empresas de capital-riesgo. No obstante, esta posibilidad generó importante rechazo por parte de la mayoría de Estados miembros.

En cuanto al tratamiento de las restricciones accesorias, se trata de un asunto en el que la Comisión ha querido progresivamente alinearse con uno de los principios básicos de la «modernización» en conductas: el paso a la autoevaluación por parte de las propias empresas. De hecho, ha interpretado que, de acuerdo con el Reglamento 4064/1989, la Comisión no estaba obligada a pronunciarse sobre las restricciones accesorias a las concentraciones notificadas y que los criterios pertinentes ya estaban recogidos en la Comunicación de la Comisión sobre restricciones directamente relacionadas y necesarias para las operaciones de concentración²¹.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto *Lagardère*²² aclaró que, en el marco normativo hasta ahora vigente, la Comisión sí debía pronunciarse sobre la compatibilidad de las restricciones accesorias. Por ello, en el marco de la elaboración del nuevo Reglamento 139/2004, se propuso modificar la redacción para excluir explícitamente esta obligación.

Algunas delegaciones, entre ellas la española, se mostraron contrarias a que la Comisión omitiese toda referencia a las restricciones accesorias. Esta posición se fundamentó en dos razones principales: Por una parte, porque, de acuerdo con la experiencia del Servicio de Defensa de la Competencia, siguen siendo muchas las operaciones que incorporan restricciones a la competencia entre las partes que no responden a los principios de la citada Comunicación de la Comisión. Por otra parte, porque si la Comisión no se pronuncia sobre las cláusulas, se quita a las empresas un elemento de seguridad jurídica con respecto a las disposiciones de los contratos que puedan no responder exactamente a lo previsto en la Comunicación.

Después de varias discusiones, se aceptó la modificación del articulado del Reglamento²³ pero se incluyó en el considerando 21 la referencia a que la Comisión deberá valorar si las restricciones tienen carácter accesorio, a instancias de las empresas afectadas, en aquellos casos que presenten cuestiones nuevas o sin resolver; no cubiertas en la Comunicación o en decisiones previas públicas.

En la actualidad se está trabajando en la elaboración de una nueva Comunicación sobre restricciones accesorias que concreta las características de los acuerdos entre empresas que se considerarán necesarias y

²¹ 2001/C188/03.

²² Sentencia de 20 de noviembre de 2002 en el caso T-251/00, *Lagardère et al. vs. Comisión*.

²³ En los arts. 6 y 8 se establece que se entenderá que las decisiones de la Comisión cubren las restricciones directamente vinculadas a la operación de concentración y necesarias para tal fin.

proporcionadas a las concentraciones, es decir, que podrán ser introducidas sin necesidad de formular ninguna consulta a la Comisión. En principio, cualquier acuerdo que no responda a lo dispuesto por la Comunicación o no esté explícitamente analizado en alguna decisión que haya sido publicada (en el *DOCE* o en la web) podrá ser considerado «cuestión nueva o sin resolver» y, por tanto, se podrá solicitar a la Comisión que se pronuncie expresamente en la decisión correspondiente a la concentración con respecto a su carácter accesorio.

4. CAMBIOS EN EL PROCEDIMIENTO: EL RETO DE HACER COMPATIBLES FLEXIBILIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA

En contraste con otros sistemas, el modelo comunitario de control de concentraciones generalmente destaca por su celeridad y por la existencia de plazos tasados para el procedimiento. Sin considerar el tiempo que puedan durar las conversaciones preliminares en lo que se conoce como fase de pre-notificación, el análisis de la gran mayoría de operaciones dura un mes —primera fase— e incluso en aquellas que suscitan dudas la Comisión adopta una decisión definitiva en un plazo máximo de unos cinco meses tras la notificación.

Sin embargo, en los últimos años existía cierta percepción en determinados medios de que algunas decisiones de prohibición podrían haberse evitado de haber dispuesto la Comisión y las partes de más tiempo para la negociación de compromisos. Por otra parte, la Comisión señalaba que no disponía de tiempo suficiente para valorar adecuadamente toda la información aportada —incluyendo los cada vez más habituales estudios econométricos y las respuestas a los test de mercado de los compromisos presentados— en los casos más complejos.

Además, parecía conveniente eliminar el reducido plazo de una semana para la notificación de las operaciones, innecesario en un contexto de obligatoria suspensión de la ejecución de la concentración y, por otra parte, sistemáticamente incumplido en la práctica.

Por ello, la Comisión propuso modificar el Reglamento para introducir más flexibilidad en los plazos y logró el apoyo del Consejo para la mayoría de sus iniciativas.

Así, en primer lugar, se ha eliminado el plazo para notificar. Al igual que sucedió con el sistema español en 1999 y 2000, desaparece así del modelo comunitario la posible infracción formal por notificación fuera de plazo y el sistema se centra en la prohibición de ejecutar la operación —salvo dispensa expresa de la Comisión— antes de su autorización. Además, se permite que las empresas notifiquen operaciones incluso antes de que se concluya el acuerdo, siempre que las negociaciones se encuentren naturalmente en una fase avanzada y haya intención de “buena fe” de proceder a la concentración.

En segundo lugar, se prevé un posible alargamiento de los plazos para negociar los compromisos e incluso una ampliación de la segunda fase en operaciones particularmente complejas por un máximo de aproximadamente un mes. En relación con estas propuestas, la posición española trató de incidir en flexibilizar el margen para que las empresas pudiesen solicitar ampliaciones de los plazos o presentar compromisos y en que cualquier prórroga contase con el acuerdo de ambas partes, notificantes y Comisión.

Además, el nuevo Reglamento contempla explícitamente cómo se tratarán los expedientes en el caso de que el Tribunal de Justicia dicte una sentencia que anule total o parcialmente una decisión de la Comisión.

Finalmente, en línea con las novedades que se introducirán en el ámbito de las conductas restrictivas, se han ampliado los poderes de investigación de la Comisión. En particular, se le faculta para solicitar toda la información necesaria, incluso entrevistar a toda persona que pueda disponer de información útil guardando constancia de sus declaraciones, para realizar todas las inspecciones que estime precisas y —en circunstancias excepcionales— colocar precintos en locales, libros o documentos de la empresa inspeccionada durante el tiempo que sea estrictamente necesario.

5. CAMBIOS SUSTANTIVOS: EL DILEMA SOBRE EL TEST

A. ¿POR QUÉ UN DEBATE SOBRE EL TEST SUSTANTIVO?

Uno de los elementos esenciales de cualquier sistema de control de concentraciones es el test sustantivo, es decir, el criterio con arreglo al cuál una autoridad puede decidir autorizar o prohibir una concentración. Su importancia se deriva de que, así como existe un acuerdo general sobre que determinadas conductas empresariales como los cárteles de fijación de precios (*hard core cartels*) deben ser prohibidas por ser *per se* negativas para la competencia²⁴, no existe un principio incontestado que permita determinar *ex ante* qué operaciones de concentración deben ser prohibidas y cuáles deben seguir adelante.

En el terreno del control de concentraciones, el carácter preventivo y la ausencia de principios objetivos universales sobre los efectos en el bienestar general hacen que sea preciso en cada caso determinar cuál va a ser el criterio de la autoridad competente para decidir. En la búsqueda de ese criterio, todos los sistemas normativos miran a la teoría económica, que es, al fin y al cabo, la fuente de la que se deriva la idea

²⁴ No obstante, todos los sistemas en general prevén algún procedimiento para la autorización singular o general de determinadas conductas o acuerdos que serían ilegales pero pueden ser permitidos por aportar eficiencias, por ejemplo, en términos de progreso técnico, que compensan los efectos restrictivos de la competencia.

de que las concentraciones empresariales pueden ser restrictivas de la competencia, de la eficiencia y del bienestar.

En esencia, el paradigma clásico parte de la base de que la competencia perfecta lleva a la asignación más eficiente de los recursos; en el caso de un mercado concreto, garantiza la máxima cantidad producida al menor coste y, al mismo tiempo, la máxima cantidad intercambiada al menor precio. Es decir, que se alcanza un volumen de bienes u *output* producido y consumido óptimo a unos precios y costes óptimos.

A partir de esta situación, una operación de concentración puede dar lugar a un cambio de la estructura del mercado que resulte en que uno o varios operadores dispongan de poder relativo o bien en un oligopolio lo suficientemente estable como para alejar la asignación de recursos del óptimo. En teoría, ello llevará a un equilibrio con menor cantidad del bien producida e intercambiada y a precios más altos; el productor se apropia de parte del excedente del consumidor y, en determinadas circunstancias, el bienestar general de la sociedad será menor.

Partiendo de este esquema básico, los sistemas de defensa de la competencia establecen procedimientos de control de concentraciones para intentar prevenir cambios estructurales que lleven a la reducción del bienestar general y, en especial, el de los consumidores. Dado que este análisis es complejo y ha de tener en cuenta un conjunto de variables que pueden ser cualitativas, la seguridad jurídica exige que se formalicen en la medida de lo posible principios relativamente indeterminados como “probabilidad de colusión”, “reducción de la competencia efectiva”, o “refuerzo de barreras a la entrada”.

A esta dificultad se une el hecho de que las concentraciones empresariales también tienen efectos positivos, ya que en los mercados existen economías de escala o de alcance, sinergias dinámicas o financieras, que pueden hacer que la unión de dos empresas sea más eficiente que la suma de cada una de ellas por separado. Desde esta perspectiva, la concentración empresarial es un proceso inherente al propio mercado, responde a la búsqueda de eficiencias y, en general, resulta en un aumento del bienestar general de la sociedad.

En este contexto, resulta claro lo difícil de concretar en términos legales un criterio sintético para la valoración de las concentraciones empresariales, un test sustantivo.

B. ¿QUÉ TEST ALTERNATIVOS EXISTEN?

Teniendo en mente el punto de partida —la necesidad de instrumentar jurídicamente conceptos económicos complejos e indeterminados—, resulta fácil entender tres características básicas que enmarcan el debate: existan distintos test sustantivos en los diferentes países, el test puede variar a lo largo del tiempo y, en esencia, las diferencias en la redacción no conllevan cambios sustanciales en el análisis.

En efecto, en primer lugar, resulta lógico que, en la búsqueda de las palabras que mejor concretan en términos legales el análisis económico, cada país opte por el test o la redacción que mejor se corresponda con su marco legal y su tradición normativa.

En este proceso se suelen señalar dos tipos de test: el de dominio (*dominance test*) y el de reducción sustancial de la competencia efectiva (*substantial lessening of competition* o SLC)²⁵. Es importante tener en mente que esta clasificación es extremadamente sintética; dentro de cada uno de los grupos hay criterios relativamente heterogéneos que pueden incluir elementos de valoración ajenos a la competencia²⁶.

Tradicionalmente se han considerado los sistemas comunitario²⁷ y alemán²⁸ como los principales exponentes del test de dominio, principalmente basado en el análisis de si una concentración resulta en la creación o refuerzo de posición dominante de un operador o de varios en el mercado. En esencia, se trataría de definir un mercado relevante y de ver si como consecuencia de una operación de concentración se creará o reforzará una posición dominante en él. Así, la definición del mercado y la cuota del operador resultado de la concentración en el mismo serían elementos esenciales de un análisis relativamente formal, predecible y —teóricamente— sólido.

Por su parte, los Estados Unidos son habitualmente señalados como paradigma del test SLC²⁹, junto con otros países como Canadá. En el ámbito de la UE, Irlanda y el Reino Unido han adoptado recientemente este test, aunque otros países, como España y Francia, también tienen criterios asimilables.

Junto con la heterogeneidad, un segundo aspecto destacable con respecto a los test sustantivos es su carácter esencialmente dinámico. Los

²⁵ En algunos estudios se considera un tercer test, de “interés público”, que se correspondería con el vigente en el Reino Unido hasta la reciente modificación normativa que ha adoptado el SLC. Sin embargo, en la práctica, la aplicación de este test se correspondía con el SLC, por lo que no parece preciso hacer esta distinción.

²⁶ Entre estos elementos es habitual considerar, por ejemplo, la contribución de la concentración a la innovación, al progreso económico y social, o incluso a la competitividad internacional de las empresas propias. Incluso algunos países tienen regímenes específicos para determinados sectores, como los medios de comunicación.

²⁷ El art. 2 del Reglamento 4064/1989 se basaba en la compatibilidad con el mercado común de las concentraciones «que no creen ni refuercen una posición dominante de resultados de la cual la competencia efectiva sea obstaculizada de forma significativa en el mercado común o en una parte sustancial del mismo». En sentido contrario, se declararán incompatibles las operaciones de concentración «que supongan 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».

²⁸ El art. 36 de la Ley de Competencia de Alemania —*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB)—, promulgada en 1958 y cuya más reciente modificación entró en vigor en 1999, indica que será prohibida una concentración que previsiblemente creará o reforzará una posición de dominio a menos que las partes prueben que la concentración también llevará a la mejora en las condiciones de competencia y que dichas mejoras contrarrestarán las desventajas del dominio.

²⁹ La sección 7 de la *Clayton Act* determina que se prohibirán las concentraciones cuando el efecto de una adquisición pueda ser el de reducir sustancialmente la competencia o tender a crear un monopolio.

criterios para valorar las concentraciones no son inmutables; por el contrario, lo normal es que vayan variando en el tiempo, puesto que la teoría económica está en permanente proceso de cambio y los avances en el análisis o en las técnicas cuantitativas pueden permitir una mayor sofisticación y precisión en el texto normativo. Así, el test podrá ir evolucionando en la práctica en paralelo con la teoría económica preponderante en cada momento y con las circunstancias económicas, políticas o sociales que enmarcan la aplicación de las normas.

A modo de ejemplo, es inevitable referirse al sistema estadounidense, modelo indiscutible con una larga experiencia de más de un siglo, cuyo análisis sustantivo ha ido variando incluso sin que haya cambiado el texto de las leyes correspondientes. Para verlo basta repasar las sucesivas revisiones de las *guidelines* del Departamento de Justicia y de la *Federal Trade Commission* y, más allá de las propias normas escritas, las distintas fases por las que ha pasado la aplicación práctica del control; más o menos restrictiva, más centrada en indicadores cuantitativos o más cualitativa, más o menos favorable a considerar las eficiencias generadas por las concentraciones empresariales.

En tercer lugar, al considerar el test sustantivo para el análisis de concentraciones es importante tener en cuenta que las diferencias en las palabras no comportan necesariamente cambios en el análisis subyacente. Ésta es una de las principales conclusiones de los estudios abordados en el marco de la revisión del Reglamento comunitario³⁰: los resultados de las diferentes autoridades no difieren en la inmensa mayoría de los casos sea cual sea el criterio teórico utilizado. De hecho, el análisis suele tener en cuenta un conjunto de elementos, la inmensa mayoría de las operaciones son autorizadas por considerar que no plantean problemas de competencia, y las decisiones de las distintas autoridades sobre las concentraciones que sí los plantean son comparables.

Así pues, sería lógico concluir que la redacción concreta del test no es tan relevante y se trata de un falso dilema sin implicaciones prácticas... si no fuese porque las decisiones que se adoptan son cuestionadas y valoradas precisamente sobre la base de las palabras concretas recogidas en las normas.

En efecto, como ponen de manifiesto las múltiples sentencias de los Tribunales comunitarios, la Comisión Europea está obligada a decidir con arreglo al Reglamento correspondiente y, por tanto, no es en absoluto irrelevante cuál es el test explicitado en su articulado. En otras palabras, el test está sujeto a interpretación y la redacción concreta puede no ser irrelevante para dejar claro que se cubren todas las posibles estructuras de mercado, que se puede analizar cualquier efecto sobre la competencia

³⁰ Por ejemplo, ver el *Discussion Paper* del *Bundeskartellamt* para la reunión de octubre de 2001 del Grupo de Trabajo sobre Derecho de competencia: «*Prohibition Criteria in Merger Control — Dominant position versus substantial lessening of competition?*», <http://www.bundeskartellamt.de/diskussionsbeiträge>.

difícil de encuadrar en el concepto de “dominio” o que se dispone de cobertura legal para el análisis de conglomerados.

En este contexto, resulta natural que, con la creciente sofisticación de los estudios económicos que acompañaban al control de concentraciones, alguna sentencia del Tribunal de Primera Instancia desfavorable para la Comisión y el inicio del proceso de revisión del Reglamento 4064/1989, existiese un ambiente propicio para una posible reforma del test sustantivo comunitario.

C. POSICIONES ANTE LA PROPUESTA INICIAL DE LA COMISIÓN

Tras la consulta pública, la Comisión aprobó una propuesta de Reglamento que introducía ciertos cambios en el art. 2. En concreto, la propuesta que se remitió al Consejo mantenía la redacción del test pero introducía un párrafo que redefinía el concepto de “dominio”, únicamente a efectos del control de concentraciones —es decir, sin afectar a la aplicación del art. 82 del Tratado—, para tratar de incluir cualquier posible efecto sobre la competencia de una operación de concentración³¹.

En esencia, se trataba de una propuesta que trataba de flexibilizar el control de concentraciones sin por ello admitir el paso a un test SLC. La Comisión abrió al Consejo la puerta para revisar el criterio sustantivo pero partiendo de una posición conservadora.

Desde el primer momento resultó patente que la revisión de este artículo sería uno de los puntos más complejos del debate en el Consejo y que probablemente no se alcanzase un acuerdo hasta el último momento. En efecto, los Estados miembros se alinearon en distintas posiciones que, en los extremos, abogaban por el mantenimiento del test de dominio o el paso a un test SLC. En el medio se situaron Estados con dos posiciones también diferentes; mientras que algunos, como Francia y España, proponían avanzar hacia un test de compromiso —híbrido de dominio y SLC—, otros países se mostraban reacios a cualquier punto intermedio y defendían el uso de un solo test, sin pronunciarse a favor de uno u otro.

En los sucesivos debates se fueron perfilando los principales argumentos que sostenían las dos posiciones principales.

D. ARGUMENTOS A FAVOR DEL MANTENIMIENTO DEL TEST

Los Estados defensores del mantenimiento del criterio de dominio basaban su posición en argumentos prácticos y sustantivos, que se rei-

³¹ En concreto, se añadía un apartado 2: «A efectos del presente Reglamento se considerará que una o varias empresas ocupan una posición dominante si utilizan su fortaleza económica, ya sea de forma coordinada o no, para ejercer una influencia apreciable y prolongada sobre los parámetros de la competencia y, en particular, sobre los precios, la producción, la calidad de la producción, la distribución o la innovación, o para restringir la competencia de manera apreciable».

teraron durante todo el proceso de discusión y pueden resumirse en seis puntos:

— En primer lugar, la existencia de una importante experiencia acumulada en la aplicación de este test en el ámbito comunitario, con lo que su cambio podría resultar en una menor seguridad jurídica.

— En esta misma línea, en segundo lugar, se ha apuntado la importancia de conservar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE al respecto ³².

— En tercer lugar, es preciso considerar que muchos Estados miembros tienen el test de dominio, incluso asumido por los países de la ampliación, con lo que un cambio de la redacción en el ámbito comunitario podría generar disfunciones con el control de concentraciones de dimensión nacional.

— En cuarto lugar, se ha señalado que no hay ninguna razón de fondo para cambiar el test puesto que las decisiones son las mismas sea cual sea el criterio sustantivo.

En efecto, la realidad muestra que las diferentes autoridades de competencia adoptan decisiones similares en la inmensa mayoría de los asuntos sea cual sea el tenor de su criterio sustantivo. En general, las operaciones de concentración que no suscitan dudas son autorizadas tanto bajo el test de dominio como bajo el de SLC y, en el otro extremo, hay un acuerdo bastante claro sobre qué operaciones pueden generar problemas y cómo atajarlos mediante compromisos o condiciones. Por tanto, si las decisiones son iguales sea cuál sea el test, no hay ningún argumento para la modificación del vigente en el Reglamento comunitario.

En este ámbito, el debate se centró sobre todo en la posible existencia de una laguna o *gap* en el test de dominio, aspecto que se comenta más adelante.

— En esta misma línea, un quinto argumento destacado ha sido el de la flexibilidad del test de dominio, ilustrada por la ampliación de su ámbito efectivo desde la aprobación del Reglamento 4064/1989 sin cambiar su redacción. El ejemplo más claro de esta flexibilidad es sin duda la cobertura de aquellas estructuras de oligopolio colusivo bajo el concepto de “dominio colectivo” ³³. Por tanto, dada la flexibilidad del Reglamento y que, en principio, el TPI no ha rechazado la posible cobertura de otros efectos de las concentraciones, no sería preciso modificar el test.

— Finalmente, en sexto lugar, se apuntó que el paso a un SLC podría resultar en una ampliación del campo de la Comisión para la prohibición de operaciones; lo que algunos denominaron la «reducción del umbral

³² Por ejemplo, en relación con el concepto de dominio, cabe citar las conocidas Sentencias del TJCE en los asuntos T-6/72, *Continental Can*; T-27/76, *United Brands*, o T-85/76, *Hoffman-La Roche*.

³³ Ver, por ejemplo, asuntos T-102/96, *Gencor vs. Comisión*, y *Airtours-Firstchoice* (notas 7 y 22).

de intervención». Así, los Estados más reacios al cambio de test han señalado que el de dominio es más exigente para la propia autoridad, mientras que el SLC facilitaría la prohibición de operaciones.

E. ARGUMENTOS A FAVOR DEL PASO A UN TEST SLC

Frente a los sólidos argumentos de los Estados que apoyaron el mantenimiento del test de dominio, los defensores de un cambio defendieron otros también de índole práctica y sustantiva que se pueden agrupar en ocho puntos:

— En primer lugar, es preciso señalar que algunos Estados miembros ya tienen criterios asimilables al de SLC: Inglaterra e Irlanda acaban de adoptarlo y otros Estados, como España, Francia y Grecia, tienen test duales o asimilables a SLC. Por tanto, no sería cierto que el cambio generase disfunciones con la totalidad de Estados.

— Además, el paso a un test SLC no implicaría la pérdida de la experiencia acumulada por la Comisión o la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia. En la inmensa mayoría de casos, el análisis se basará en la existencia de posición de dominio, con lo que no cambiará con respecto al actual. En aquellos casos en que sea precisa una aproximación diferente, ésta será plenamente compatible con los precedentes; de hecho, las decisiones comunitarias son precedentes claros en aquellos Estados con un criterio asimilable al SLC, como España.

— En tercer lugar, se ha indicado la importancia de no tener dos conceptos de “dominio” diferentes en control de concentraciones y en la aplicación del art. 82 del Tratado en los casos de abuso. Parece lógico que cualquier nueva interpretación en un ámbito necesariamente contaminará o afectará al otro, lo que hace poco viable una definición únicamente a efectos del control de concentraciones, como proponía inicialmente la Comisión.

— En cuarto lugar, se apunta que el test SLC tiene más relación con la teoría económica. De hecho, el concepto de dominio no se deriva tanto de la economía como de las propias sentencias del Tribunal de Justicia que, por ejemplo, al incidir en la posibilidad de comportamiento independiente, en cierta medida ignoran las estructuras oligopolísticas y la coordinación estratégica no explícita.

— En quinto lugar, en cuanto a la existencia de lagunas en el test de dominio, los representantes de varios Estados miembros y diversos académicos han apuntado durante los últimos dos años la existencia de determinados efectos de las concentraciones que podrían no quedar cubiertos, que han recibido la denominación —quizá poco afortunada— de “efectos unilaterales” (*unilateral effects*) de las concentraciones en mercados oligopolísticos. En esencia, se trataría de intentar definir la potencial reducción de la competencia efectiva derivada de una concentración que encaja mal con la noción de dominio individual o colectivo (colusivo).

El ejemplo paradigmático de este *gap* potencial es el conocido como asunto *baby foods*, relativo a la prohibición de la concentración entre dos de los tres operadores del mercado de alimentos infantiles en los Estados Unidos: Heinz y Beech-Nut³⁴. Lo interesante de este asunto es que las dos partes de la operación tenían cada uno una cuota de en torno al 15 por 100 del mercado, que estaba claramente liderado por Gerber, con un 60-70 por 100 de cuota. La *Federal Trade Commission* (FTC) decidió oponerse a la concentración y solicitar su suspensión cautelar por considerar que reduciría el número de operadores de tres a dos, creando un duopolio en la producción y venta de alimentos infantiles. Dadas las altas barreras a la entrada existentes, la operación llevaría a una subida de los precios al favorecer la colusión entre los dos duopolistas y reducir la competencia directa existente entre Heinz y Beech-Nut en muchos mercados de los Estados Unidos.

En un primer momento, el Tribunal de Distrito consideró que no procedía la prohibición cautelar de la operación: a su juicio, no tendría efectos negativos sobre la competencia, puesto que los estudios económicos mostraban que los precios no eran inferiores en los mercados en los que competían las tres marcas, y se generarían importantes eficiencias con la concentración. Sin embargo, recurrida esta decisión, el Tribunal de Apelación rechazó estos argumentos y autorizó la prohibición cautelar solicitada por la FTC por considerar fundados sus argumentos de que la concentración llevaría a un monopolio en el mercado mayorista y un aumento de la coordinación en el minorista, cuestionando la relevancia de las eficiencias para justificar la autorización y considerando que la ponderación de intereses fundamentaba la imposición de medidas cautelares.

La conclusión principal de este caso es que una concentración puede tener efectos significativos sobre la competencia efectiva incluso en ausencia de creación o refuerzo de posición de dominio. En concreto, el efecto “unilateral” sería la desaparición de la competencia entre Heinz y Beech-Nut, que era hasta entonces muy fuerte para conseguir posicionarse como segundo operador —asumido el liderazgo de Gerber— en las estanterías de los supermercados.

Además de este caso, resulta también importante plantearse en qué medida permitía el test de dominio del Reglamento 4064/1989 cubrir estructuras oligopolísticas en las que no fuese posible demostrar la inevitabilidad de la colusión entre los operadores de acuerdo con los —ciertamente estrictos— requisitos impuestos por el TPI en la sentencia del caso *Airtours* anteriormente citado³⁵.

³⁴ Sentencia de 27 de abril de 2001 de la us Court of Appeals for the District of Columbia Circuit en el caso *FTC vs. Heinz Co. And Milnot Holding Corporation*.

³⁵ En esencia, el TPI anuló la prohibición de la Comisión por considerar que hubo errores manifiestos a la hora de determinar, mediante un análisis prospectivo del mercado, que la concentración habría permitido a cada oligopolista alinear su acción, restringiendo su oferta para subir los precios y obstaculizando de manera significativa la competencia efectiva en el mercado, sin nece-

En relación con este asunto, es importante recordar que la Comisión interpretó desde el principio que dichos requisitos se referían únicamente a oligopolios colusivos y que el TPI no había entrado a interpretar cómo se debería valorar el efecto de concentraciones en oligopolios no colusivos. Sin embargo, la Sentencia podría abrir la puerta a quienes cuestionasen que el test de dominio pudiese permitir la prohibición de concentraciones en contextos en los que no hubiese claramente una posición dominante estable, ya fuese individual de un operador o colectiva de varios coordinados.

De hecho, la propia Comisión, con su propuesta al Consejo, en cierta medida asumía que podía existir un *gap* en la cobertura del test al proponer la redefinición del concepto de dominio para incluir cualquier efecto de las concentraciones, incluyendo los efectos “unilaterales” en mercados oligopolísticos.

— En respuesta a esta propuesta, los países que defendían el cambio de test sustantivo apuntaron un sexto argumento: las palabras son importantes y la seguridad jurídica se resentiría si se adoptase una definición de “dominio” artificial, creada *ex profeso* para el control de concentraciones, que no estuviese soportada por ningún concepto subyacente. En particular, no parecía que la definición propuesta respondiese ni a la idea de “dominio” intuitivamente aprensible, ni la a definición correspondiente al art. 82 del Tratado, ni al concepto jurídico consolidado por la jurisprudencia, ni a la referencia asimilable al “poder de mercado” de la teoría económica. Sobre esta base, no parecía adecuado seguir discutiendo la redacción exacta de la nueva definición de dominio, sino cambiar el test para tener garantía de poder cubrir cualquier efecto de las operaciones de concentración.

— El séptimo argumento de los partidarios del cambio puede ser el más sorprendente: Es preciso cambiar el texto del art. 2 para alinearlo con la práctica real de la Comisión que, de hecho, ya está aplicando un test SLC. Esta conclusión se derivaría del paso a segunda fase de operaciones con cuotas inferiores al 40 por 100³⁶, de la introducción de elementos de valoración más cualitativos —como los efectos red, conglomerado o “palanca” (*leverage*)³⁷— o del análisis más dinámico que requieren los mercados de la “nueva economía”.

— Finalmente, cabe mencionar un último argumento defendido por los partidarios del SLC en el ámbito académico: los beneficios para la coordinación internacional en el análisis de las concentraciones transna-

sidad de celebrar acuerdos. Para ello, la Comisión debería haber probado tres extremos: mercado transparente, coordinación estable en el tiempo con los debidos incentivos y represalias, y ausencia de respuesta efectiva o poder compensatorio de competidores actuales y potenciales y consumidores.

³⁶ Por ejemplo, asuntos M.1221, REWE/Meinl, o M.1412, Hutchison/ECT/RMPM.

³⁷ Cabe señalar el análisis del *bundling* en los asuntos M.2220, GE-Honeywell, y la decisión sobre el asunto M.2416, Tetra Laval-Sidel, en la que se analizó el efecto “palanca” o *leverage* de la posición de dominio en el mercado de los envases de cartón hacia el mercado próximo del PET.

cionales derivados del alineamiento con el test vigente en otras partes del mundo y, en particular, con los Estados Unidos.

Es importante señalar que este argumento, aunque atractivo para los representantes empresariales o medios no especializados, no es lo suficientemente sólido para fundamentar un cambio en el análisis de las operaciones de concentración en Europa. En otras palabras, si las decisiones de las diferentes autoridades son compatibles en la práctica y no existen lagunas en el test de dominio, difícilmente se puede defender un cambio en la normativa comunitaria sólo sobre la base de que es mejor copiar el modelo americano. Ello explica que este punto no haya sido discutido en el seno del Consejo aunque haya sido apuntado por algunos medios de comunicación a raíz del nuevo Reglamento³⁸.

F. LA POSICIÓN DE ESPAÑA Y EL NUEVO TEST

Frente a estas dos visiones iniciales, la posición de España se centró en tres principios.

En primer lugar, que las palabras son relevantes y que es preciso que respondan a la realidad subyacente que pretenden definir. Por tanto, no redundaría en seguridad jurídica el tratar de forzar cualquier tipo de efecto dentro del concepto de “dominio”.

En segundo lugar, que el test debe perseguir la máxima coherencia con el análisis económico. Si la Comisión analiza cada vez más efectos que son difíciles de asimilar con la noción de “dominio”, es preciso que éstos queden incluidos en el test.

En tercer lugar, que es preciso contar con instrumentos que proporcionen suficiente flexibilidad en el análisis sin perder por ello seguridad jurídica. Así, el test debe ser lo suficientemente flexible como para poder acomodar los constantes cambios y avances en las técnicas y teorías económicas sin abandonar con ello la importante base de seguridad que aportan los precedentes con que ya se cuenta.

Sobre esta base, España se alineó desde el principio con aquellos países que no estaban satisfechos con la propuesta presentada por la Comisión por considerar que, en cierto sentido, se trataba de un parche que podría generar más problemas que beneficios, aunque sólo fuera por la confusión con el concepto de “dominio” utilizado en el ámbito del art. 82.

Adicionalmente, la posición defendida estuvo determinada desde el principio por la defensa del cambio a un test más próximo al SLC y, con-

³⁸ El propio Comisario Monti ha apuntado a la convergencia de los tests sustantivos en su reciente conferencia de 28 de febrero en el *UCLA Law First Annual Institute* (ver web de la Comisión).

siguientemente, al vigente en la propia normativa española³⁹. No obstante, ante la evidencia de posiciones encontradas entre algunos Estados miembros, se hizo clara la necesidad de lanzar alguna propuesta que desbloquease el debate y, en esta línea, Francia y España adelantaron desde el principio un posible camino para avanzar: un test dual que incorporase la flexibilidad precisa sin por ello perder la sólida jurisprudencia acumulada hasta el momento.

Esta propuesta fue sugerida en diversas reuniones y presentada formalmente, como “propuesta franco-española” en el mes de septiembre de 2003. Aunque en un primer momento no concitó el apoyo de los países con posiciones más extremas, un mes más tarde fue asumida por la Comisión Europea y finalmente sirvió de base para la redacción definitiva aprobada en la reunión del Consejo de Competitividad de 26 de noviembre de 2003.

Así, no sin dificultades y con cambios hasta el último segundo para lograr la unanimidad necesaria, se ha aprobado una modificación en el art. 2 del Reglamento que, en apariencia, se limita a invertir los términos del test anterior; la Comisión deberá analizar las concentraciones sobre la base de la posible obstaculización significativa de la competencia efectiva (*significant impediment to effective competition*), en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante.

Además, para matizar el sentido de este cambio de test se incluyeron determinados considerandos⁴⁰ y se aprobó una declaración conjunta del Consejo y la Comisión que consta en el acta de la reunión de 26 de noviembre⁴¹.

6. OTROS CAMBIOS

Al margen de los cambios introducidos en el Reglamento, la Comisión ha abordado un conjunto de iniciativas, normativas y *de facto*, que completarán la “modernización” del control de concentraciones. Entre ellas, cabe destacar tres: *guidelines* y normas de desarrollo, cambios en la organización de la DGCOMP y una revisión del papel de los Estados miembros.

³⁹ Entre otras referencias, cabe citar al art. 15 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que establece que el Ministro de Economía remitirá al Tribunal de Defensa de la Competencia los expedientes «que considere pueden obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado».

⁴⁰ En particular, el considerando 25 indica que «el concepto de obstaculización significativa de la competencia efectiva establecido en los apartados 2 y 3 del art. 2 debe ser interpretado haciéndolo extensivo, más allá del concepto de posición de dominio, sólo a los efectos anticompetitivos de una concentración que resulten de un comportamiento no coordinado entre empresas que no tengan una posición dominante en el mercado relevante».

⁴¹ «El Consejo y la Comisión coinciden en que el concepto de “obstáculo significativo a la competencia efectiva” que recogen los apartados 2 y 3 del art. 2 del presente Reglamento debería interpretarse en función de los objetivos del Reglamento, tal como se recogen en el apartado 1 del art. 2 y en los considerandos, en particular en el considerando 25».

A. LAS *GUIDELINES* Y NORMAS DE DESARROLLO

Como complemento al nuevo Reglamento, la Comisión ha publicado unas directrices o *guidelines* sobre concentraciones horizontales⁴², que tratan de reforzar la seguridad jurídica de los operadores económicos al concretar y difundir la forma en que esta institución evalúa las concentraciones entre empresas competidoras efectivas o potenciales en el mismo mercado relevante.

En concreto, esta Comunicación proporciona orientaciones sobre la forma de interpretar indicadores de concentración y cuotas de mercado. También establece los criterios para evaluar los posibles efectos anticompetitivos de las concentraciones horizontales de dimensión comunitaria distinguiendo entre efectos coordinados y no coordinados de las mismas. Asimismo, la Comisión enuncia los criterios que emplea para valorar el poder compensatorio de la demanda, las ganancias de eficiencia y, por último, la aplicación del supuesto de empresa en quiebra. El texto publicado hace referencias explícitas al nuevo Reglamento y proporciona una metodología consistente con el cambio en el test sustantivo.

Por otra parte, en la actualidad se está trabajando en la elaboración de varias normas para desarrollar el nuevo Reglamento 139/2004. En primer lugar, se deberá revisar el Reglamento de procedimiento y el procedimiento simplificado para adecuar el sistema a los nuevos plazos y sistemas de reenvío. Igualmente, se adecuarán a la nueva norma los formularios para la notificación ordinaria (CO) y simplificada. También se está trabajando en la elaboración de un formulario para que las empresas puedan solicitar los reenvíos de expedientes en fase de prenotificación (*reasoned submissions* o formulario RS) y en una Comunicación sobre el sistema de reenvío de expedientes entre la Comisión y los Estados miembros. Se está revisando la Comunicación sobre restricciones accesorias y, finalmente, la Comisión tiene intención de elaborar *guidelines* sobre el análisis de concentraciones verticales y de conglomerado.

B. CAMBIOS INTERNOS DE LA DGCOMP

Además de los cambios de índole normativa, el proceso de reforma comporta también cambios en la organización de la Dirección General de Competencia (DGCOMP) y en su proceso de toma de decisiones. En particular, en abril de 2003, la Comisión aprobó una reorganización que descansa en el refuerzo de la especialización sectorial de los instructores.

Para ello, las unidades de la antigua *merger task force* se integran en cuatro Direcciones *antitrust* organizadas por sectores específicos, man-

⁴² «Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas» (2004/C 31/03). Publicación en el *DOCE* de 5 de febrero de 2004.

teniéndose una unidad de concentraciones más pequeña para asegurar una coordinación de los expedientes.

Con el fin de reforzar las garantías en la toma de decisiones (*checks and balances*), se ha creado un equipo dirigido por un Economista Jefe de competencia que informará directamente al Director General —en julio de 2003 se nombró al profesor Lars-hendrik Röller para este puesto— y se han incrementado los controles internos por parte de todas las unidades de la Comisión.

Además, se ha tratado de endurecer el control del procedimiento mediante el refuerzo del papel del consejero auditor (*hearing officer*) como garante independiente de la adecuación de los procedimientos, y la creación de un sistema de grupos o comités (*peer review panels*) para aportar, ejerciendo a modo de abogados del diablo, una opinión independiente sobre los proyectos de decisión.

C. EL PAPEL DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Una última cuestión sobre la que se ha debatido intensamente en las reuniones preparatorias del Reglamento 139/2004 ha sido el papel de las autoridades nacionales en la toma de decisiones por parte de la Comisión y, en concreto, el rol del Comité consultivo.

Este Comité, al que asisten representantes de las autoridades de los Estados miembros, se reúne siempre antes de que la DGCOMP eleve su proyecto de Decisión al Colegio de Comisarios, tanto en relación con la autorización o prohibición de operaciones como con otras cuestiones accesorias; decisiones de ejecución de prohibiciones o de imposición de multas⁴³.

Los Estados miembros han venido insistiendo sobre la necesidad de que este Comité se vea reforzado y disponga con tiempo suficiente de toda la información precisa para formar su posición antes de la reunión. Varias fueron las propuestas discutidas para su posible inclusión en el Reglamento, esencialmente relativas a las obligaciones de la Comisión en el envío de información y al propio funcionamiento interno del Comité. Sin embargo, finalmente sólo se logró que el dictamen del Comité se haga público junto con la Decisión de la Comisión y que se aprobara una Declaración Conjunta del Consejo y la Comisión en la que se prevé la posible emisión de una Comunicación sobre el refuerzo del papel del Comité⁴⁴.

⁴³ En el caso de España, asisten representantes del Servicio de Defensa de la Competencia.

⁴⁴ «El Consejo y la Comisión conceden especial importancia al asesoramiento que brindan las autoridades competentes de los Estados miembros en la evaluación de las concentraciones con arreglo al Reglamento sobre este tema. En particular, en la segunda fase del procedimiento se convoca a dichas autoridades al Comité consultivo para el control de operaciones de concentración entre empresas, que emite un dictamen sobre los proyectos de decisión de la Comisión. El Consejo

7. CONCLUSIONES PROVISIONALES

Cuando se publique el Anuario del ICO, el nuevo Reglamento 139/2004 acabará de iniciar su andadura práctica. Cualquier conclusión es, por tanto, necesariamente provisional, preliminar, probablemente incorrecta y seguro que incompleta.

Se han introducido cambios formales y sustantivos de relevancia que generarán dudas, críticas y comentarios mucho más allá de lo que pueda intuirse a raíz de los debates que han llevado al nuevo texto normativo.

De todas formas y con todas las cautelas posibles, pueden apuntarse dos o tres conclusiones generales sobre lo que puede implicar esta reforma.

Dejar claro que el nuevo Reglamento es fruto de un importante esfuerzo por parte de todos los participantes en su elaboración. La Comisión abrió el debate sobre la reforma del sistema de control de concentraciones como un ejercicio amplio y sincero de reflexión y se ha mostrado en todo momento dispuesta a revisar sus puntos de vista y a defender el interés de las empresas. Los agentes privados han participado activamente en la consulta pública del Libro Verde y han aportado importantes opiniones y sugerencias para la elaboración del nuevo texto. Finalmente, los Estados miembros han tenido una actitud muy constructiva y han intentado lograr compromisos para tener un texto que respondiese a las necesidades apuntadas por la Comisión. El trabajo ha sido arduo y, aunque el resultado es seguramente mejorable, debe ser valorado positivamente.

En segundo lugar, es imposible predecir cuáles van a ser los efectos de los cambios introducidos, ya que, en gran medida, dependen de su propia aplicación práctica e irán concretándose a lo largo del tiempo. Así, las visiones catastrofistas sobre los efectos del cambio de test sustantivo son, a mi juicio, prematuras; la verdadera dimensión del nuevo texto se irá viendo a medida que la Comisión adopte decisiones y éstas sean revisadas o confirmadas por el Tribunal de Justicia.

Por eso, se puede lanzar un mensaje de calma: la modificación no es revolucionaria y, en esencia, supone la introducción de una cierta flexibilidad sin perder con ello la seguridad jurídica y la amplia experiencia de los últimos trece años; en principio, este cambio no debería tener

y la Comisión reconocen que el plazo establecido en el apartado 5 del art. 19 permite que el Comité consultivo realice una evaluación meticulosa de los proyectos de decisión, teniendo en cuenta los principales documentos sobre el caso, a fin de emitir su dictamen. La Comisión estudiará la manera de promover y consolidar el papel del Comité consultivo, integrado por las autoridades competentes, a lo largo de todo el proceso de decisión sobre una concentración. Una vez haya consultado a las autoridades nacionales encargadas de la competencia, la Comisión considerará la posibilidad de emitir una comunicación sobre el refuerzo del papel y del funcionamiento del Comité consultivo».

ninguna incidencia en la inmensa mayoría de los casos, sino dar cobertura al análisis, más económico y menos formal, hacia el que ya se venía orientando la Comisión.

De la misma forma, los nuevos mecanismos para el reenvío de expedientes pretenden dotar a la UE de 25 socios de un sistema más flexible, pero su efectividad dependerá de que todas las partes, incluidas las empresas —que tendrán un papel protagonista en la fase de prenotificación—, actúen con lealtad y coordinadamente.

Desde el punto de vista nacional, la valoración es necesariamente positiva, ya que el nuevo texto ha recogido, en general, las preocupaciones expresadas por la delegación española tanto en las reuniones preparatorias como en el debate en el Consejo; de hecho, el sistema comunitario se ha aproximado al español con esta reforma.

Desde una perspectiva más general, será preciso revisar los resultados en el medio plazo porque las bondades y deficiencias del nuevo Reglamento 139/2004 se verán en el análisis de cada caso. De momento, sólo se han puesto las bases para que el control de concentraciones en la Comunidad continúe su proceso de consolidación, en paralelo con la puesta en marcha de la “modernización” de las normas sobre conductas restrictivas y con el importante impulso que supone la ampliación.

