

EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EN EUROPA: FORTALEZAS Y DEBILIDADES

M.^a Luz LABRADA TELLADO

Jordi FORNELLS DE FRUTOS

Subdirección General de Concentraciones

Dirección General de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

El sistema de control de concentraciones en el entorno europeo es un sistema dual en el que existen competencias paralelas entre la autoridad de competencia europea (la Comisión Europea) y las autoridades de competencia de los distintos Estados miembros.

El objetivo final de este sistema dual es que aquellas concentraciones cuyo efecto trascienda las fronteras nacionales puedan ser analizadas por la Comisión Europea. Por el contrario, aquellas concentraciones que sólo produzcan efectos en los mercados nacionales podrán ser analizadas por el Estado miembro correspondiente.

El gran inspirador de este sistema es el principio de subsidiariedad, uno de los principios fundamentales de la Unión Europea. El mismo se encuentra recogido en el art. 5 del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante TCE). Aplicado al ámbito del control de las concentraciones, este principio se traduce en que el control debe realizarse al nivel competencial más apropiado.

La experiencia ha confirmado que, en determinados casos, la Comisión puede estar mejor situada para tramitar las concentraciones cuyos participantes operan en mercados de dimensión supranacional. Esto también puede ocurrir con los asuntos en los que las partes tienen una presencia significativa en distintos Estados miembros, o con los asuntos que pueden tener repercusiones significativas desde el punto de vista de la competencia en otras zonas de la Comunidad en las que las partes de la operación de concentración no operan directamente, por ejemplo, al

impedir en los países afectados la entrada de competidores de otros Estados miembros.

Adicionalmente y por motivos de eficacia, el análisis de determinadas concentraciones por parte de la Comisión puede evitar la tramitación de los mismos asuntos simultáneamente en los distintos Estados miembros, permitiendo de este modo el ahorro de medios y la reducción de costes para las empresas. Asimismo, puede servir para evitar posibles resoluciones contradictorias entre las autoridades nacionales.

Por el contrario, los Estados miembros pueden estar mejor situados para estudiar las operaciones de concentración que produzcan sus efectos en el territorio de un solo Estado.

Por tanto, el principio de subsidiariedad aplicado al control de concentraciones en Europa implica una doble finalidad: una actuación más eficaz y eficiente de las autoridades de competencia con sus recursos limitados y una reducción de costes para las empresas, que ven incrementada su certeza en que la operación será conocida por la autoridad mejor posicionada para ello.

Otro pilar del buen funcionamiento del sistema de control de concentraciones en Europa es la necesaria coordinación y cooperación entre las distintas autoridades de competencia en aras de un adecuado cumplimiento del principio de subsidiariedad. La importancia de la coordinación ha quedado plasmada a través del desarrollo de una red europea de autoridades de competencia a la que hace referencia el actual Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas (en adelante Reglamento 139/2004)¹.

Esa coordinación es especialmente importante si se tiene en cuenta que la existencia de un sistema dual de distribución de competencias puede llevar a un debate competencial entre la Comisión y los Estados miembros, pues éstos podrían resistirse a perder el control de concentraciones a favor de la Comisión. Este debate ha estado presente no sólo en la producción del primer Reglamento comunitario de concentraciones², sino en cada proceso de reforma que se ha ido desarrollando desde 1989 hasta la actualidad. No debe olvidarse que, en materia de control de concentraciones, la competencia legislativa corresponde al Consejo de la UE, que debe tomar una decisión por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento, dado que se trata de una materia no expresamente prevista en el TCE³, lo que otorga, en este ámbito, un poder de veto a cada uno de los Estados miembros.

¹ Ver Considerando 14 del Reglamento 139/2004.

² Reglamento (CEE) núm. 4064/1989 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

³ Ver art. 308 TCE.

Este sistema debe estar presidido también por un principio de lealtad institucional con el objeto de no hacer quebrar la confianza legítima de los ciudadanos, de tal forma que todas las autoridades implicadas sepan mantener un adecuado equilibrio competencial basado no en la defensa de los intereses particulares, sino en la adecuada consecución del principio de subsidiariedad.

En la actualidad, el sistema de control de concentraciones se caracteriza por estar ampliamente consolidado desde la doble perspectiva técnico-jurídica derivada de la propia consolidación práctica y de la experiencia acumulada, tanto de la Comisión Europea como de la mayoría de las autoridades de competencia de los distintos Estados miembros.

Desde la actual perspectiva jurídica, la base de la distribución de competencias radica en el Reglamento 139/2004, que ha sido el producto de una serie de reformas o análisis previos realizados por el Reglamento de concentraciones de 1989, el Libro Verde de 1996, el Reglamento 1310/1997⁴ y el Libro Verde de 2001.

El Reglamento 139/2004 determina, a través del concepto de dimensión comunitaria, cuál es la autoridad competente para conocer cada caso. En este sentido, el art. 21 del mismo⁵ establece la competencia exclusiva de la Comisión Europea para la adopción de las decisiones previstas en dicho Reglamento y la obligación por parte de los Estados miembros de abstenerse de aplicar su normativa nacional en materia de competencia a las concentraciones de dimensión comunitaria.

Tal dimensión comunitaria aparece definida a través de un umbral cuantitativo, ya que el Reglamento 139/2004 considera que una concentración tiene dimensión comunitaria cuando el volumen de negocios total de las empresas afectadas supera un umbral determinado, con independencia de dónde se encuentra la sede social de las empresas o sus actividades principales, siempre y cuando realicen operaciones sustanciales en la Comunidad. El Reglamento presupone que a partir de estos volúmenes estas operaciones tienen un impacto que trasciende las fronteras nacionales del Estado miembro. No obstante, el propio Reglamento prevé una cláusula de escape al establecer la denominada regla de los dos tercios, por la cual si todas las empresas afectadas por la operación de concentración obtienen más de dos tercios de su volumen de negocios comunitario

⁴ Reglamento (CE) núm. 1310/1997 del Consejo, de 30 de junio de 1997, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 4064/89, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas.

⁵ Art. 21.2: «La Comisión tendrá competencia exclusiva para adoptar las decisiones previstas en el presente Reglamento, sujeta al control del Tribunal de Justicia».

Art. 21.3: «Los Estados miembros se abstendrán de aplicar su normativa nacional en materia de competencia a las concentraciones de dimensión comunitaria».

El primer párrafo se entenderá sin perjuicio del poder de los Estados miembros de efectuar las investigaciones necesarias para la aplicación del apartado 4 del art 4 y del apartado 2 del art 9 y de adoptar, tras la remisión con arreglo a la letra b) del primer párrafo del apartado 3 del art. 9 o al apartado 5 del art. 9, las medidas estrictamente necesarias en aplicación del apartado 8 del art. 9.

en un mismo Estado miembro, la operación no tiene dimensión comunitaria aunque supere los umbrales.

Existen dos excepciones al principio de competencia exclusiva de la Comisión para aplicar el Reglamento 139/2004 y, por tanto, para analizar las concentraciones de dimensión comunitaria: (i) un sistema de remisiones bidireccional entre la Comisión y los EEMM, e (ii) la adopción de medias pertinentes por parte de los Estados miembros para la protección de intereses legítimos regulada en el art. 21.4 del Reglamento 139/2004⁶.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que este sistema de distribución de competencias, basado en competencias exclusivas y en el solapamiento de procedimientos comunitarios y nacionales, contrasta con el existente en el marco de las conductas colusorias y abusivas, que se regulan directamente en los arts. 81 y 82 del TCE, y en el que se atribuyen competencias compartidas entre la Comisión y los Estados miembros cuando las conductas perseguidas «puedan afectar al comercio entre los Estados miembros».

Al optar por el sistema de distribución de competencias actual en materia de control de concentraciones, el legislador comunitario ha pretendido crear un sistema eficaz, eficiente y objetivo que minimice los posibles conflictos de competencias entre autoridades y a la vez evite los riesgos de «*forum shopping*»⁷ por parte de las empresas. Sin embargo, la experiencia nos indica que no siempre es fácil administrar este mecanismo de distribución de competencias.

Finalmente, cabe señalar que el nuevo Reglamento del 2004 no ha gozado del carácter novedoso del anterior Reglamento 4064/1989, pero sí presenta el valor añadido de toda norma que viene a reformar una ya existente con fundamento en las debilidades detectadas a través de la propia praxis del control de concentraciones. Adicionalmente, este Reglamento 139/2004 debe hacer frente a los nuevos retos de la Unión Europea del siglo XXI, que ha introducido la Unión monetaria desde 1999, que ha firmado el Acuerdo del Espacio Económico Europeo⁸, que se ha ampliado

⁶ Art. 21.4: «No obstante lo dispuesto en los apartados 2 y 3, los Estados miembros podrán adoptar las medidas pertinentes para proteger intereses legítimos distintos de los considerados en el presente Reglamento que sean compatibles con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario.

Se considerarán intereses legítimos en el sentido del primer párrafo la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales.

Cualquier otro interés público deberá ser comunicado por el Estado miembro de que se trate a la Comisión, y deberá ser reconocido por ésta previo examen de su compatibilidad con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario antes de que puedan adoptarse las medidas mencionadas anteriormente. La Comisión notificará su decisión al Estado miembro de que se trate en el plazo de veinticinco días laborables a partir de dicha comunicación».

⁷ *Forum shopping*: posibilidad de elegir subjetivamente la jurisdicción a aplicar.

⁸ Este acuerdo, que entró en vigor el 1 de enero de 1994, ha extendido la competencia exclusiva de la Comisión Europea sobre las concentraciones de dimensión comunitaria a todo el territorio del EEE.

de doce a veinticinco Estados miembros y cuyos mercados están cada vez más integrados.

Por tanto, partiendo de las ideas introductorias mencionadas, en el presente artículo se analizará la configuración actual del sistema de distribución de competencias entre la Comisión y los Estados miembros en el ámbito del control de concentraciones. En particular, se estudiará la competencia exclusiva de la Comisión Europea a partir del concepto de dimensión comunitaria de una operación de concentración, y las excepciones a esa competencia exclusiva fundamentadas en el sistema de remisión de operaciones entre la Comisión y los Estados miembros, y las posibilidades de intervención de los Estados miembros para defender intereses legítimos en operaciones de concentración sujetas al Reglamento comunitario. Por último, se describirán las fortalezas y debilidades más importantes de este sistema competencial.

2. COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LA COMISIÓN

A. DIMENSIÓN COMUNITARIA DE UNA CONCENTRACIÓN

Como ya se ha mencionado anteriormente, la Comisión Europea tiene competencia exclusiva sobre una operación de concentración cuando ésta tiene dimensión comunitaria. La dimensión comunitaria de una concentración aparece definida en el art. 1.2 del Reglamento comunitario, cuyo texto procede de la redacción del Reglamento 4064/1989.

El art. 1.2 establece que tendrán dimensión comunitaria las concentraciones en las que el volumen de negocios mundial del conjunto de las empresas afectadas sea superior a 5.000 millones de euros y el volumen de negocios comunitario realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas sea superior a 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios comunitario en un mismo Estado miembro.

En el Libro Verde de 1996, la Comisión proponía reducir estos umbrales del art. 1.2 para paliar el problema de las multinotificaciones⁹. Sin embargo, la solución por la que se optó fue la introducción del apartado tercero del art. 1, estableciéndose unos umbrales más reducidos para el supuesto de que las empresas afectadas estuvieran presentes con determinado volumen de negocio en, al menos, tres Estados miembros.

Así, el art. 1.3 establece que, aunque no se alcancen los umbrales del apartado 2, una concentración tendrá dimensión comunitaria cuando: (i) el volumen de negocios a escala mundial realizado por el conjunto de

⁹ Existe multinotificación cuando una misma operación de concentración es notificada en varios Estados miembros.

las empresas afectadas supere los 2.500 millones de euros; (ii) el volumen de negocios a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros; (iii) el volumen de negocios supere los 100 millones en cada uno de al menos tres Estados miembros, e (iii) el volumen de negocios realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de al menos tres Estados miembros, salvo que (iv) cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios en la Comunidad en un mismo Estado miembro.

El art. 1.4 establece que la Comisión presentará al Consejo, antes del 1 de julio de 2009, un informe y propuestas sobre la aplicación de los umbrales previstos en los apartados 2 y 3 del art. 1.

Sólo el Consejo puede modificar estos umbrales y se exige para ello unanimidad. No obstante, hay que destacar el hecho de que, excepcionalmente, el nuevo Reglamento 139/2004 ya no exige la unanimidad prevista anteriormente para poder modificar los umbrales mencionados en el apartado 3, sino que se pueden revisar por mayoría cualificada, lo que otorga una mayor facilidad a las propuestas que en este sentido pueda realizar la Comisión.

B. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LA COMISIÓN: SISTEMA DE REMISIONES Y POSIBILIDAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE ADOPTAR MEDIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE INTERESES LEGÍTIMOS

a) *Sistema de remisiones*

Como se ha mencionado anteriormente, el sistema de remisiones de la Comisión a los Estados miembros o viceversa constituye una de las excepciones a la competencia exclusiva que tiene la Comisión para analizar las operaciones de concentración que tengan dimensión comunitaria. Se fundamenta en una adecuada aplicación del principio de subsidiariedad, de tal forma que una concentración será analizada por la autoridad mejor posicionada para ello, con independencia de la dimensión, nacional o comunitaria, de una operación, y atendiendo a una serie de criterios que se analizan a continuación.

Por tanto, el sistema de reenvíos no es sino una materialización legal concreta de los principios de colaboración y cooperación leal entre la Comisión y los Estados miembros, mencionados anteriormente como principios fundamentales del sistema de distribución de competencias existente en materia de control de concentraciones.

Para la propia eficacia en el funcionamiento del sistema de reenvíos, la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros

deberán decidir sobre la remisión del asunto dentro de plazos breves y claramente definidos, y evitando en la mayor medida posible las situaciones en las que una concentración sea objeto de una remisión tanto antes como después de su notificación¹⁰.

El sistema de reenvíos fue reforzado en el Reglamento 139/2004 y en el año 2005 se aprobó la Comunicación de la Comisión sobre la remisión de asuntos de concentraciones¹¹, en la que se establecen criterios generales orientativos con objeto de facilitar la práctica del sistema de remisiones.

El Reglamento 139/2004 distingue cuatro supuestos de remisión en función del momento en el que se solicita el reenvío y del sentido del mismo, que se pueden contemplar en el siguiente esquema:

<i>Sistema de remisiones del Reglamento 139/20004</i>	<i>Remisión en prenotificación</i>	<i>Remisión en postnotificación</i>
Remisión de la Comisión a los Estados miembros	art. 4.4	art. 9
Remisión de los Estados miembros a la Comisión	art. 4.5	art. 22

i) Fundamento de los reenvíos

Los reenvíos de la Comisión a los Estados miembros (arts. 4.4 y 9) se basan en un criterio centrado en los efectos de la concentración sobre la competencia en el mercado de un Estado miembro, e implícitamente, en que dicha operación no tiene efectos significativos supranacionales.

En relación con los reenvíos de los Estados miembros a la Comisión (arts. 4.5 y 22), la remisión en fase de postnotificación se fundamenta en la afectación al comercio entre los Estados miembros y se exige que la concentración amenace con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio del Estado o Estados miembros que presenta la solicitud.

Sin embargo, en relación con los reenvíos basados en el art. 4.5 (reenvíos de los Estados miembros a la Comisión en prenotificación), simplemente se exige que la operación de concentración sea susceptible de ser analizada en tres Estados miembros. Por tanto, la fundamentación de los mismos no es tanto la protección del comercio intracomunitario, como la reducción de los costes que causaría a las empresas tener que notificar en varios Estados miembros. Esto permite sustituir toda una serie de notificaciones realizadas en diferentes idiomas y atendiendo a diferentes legislaciones por una sola notificación sujeta únicamente al Derecho comunitario.

¹⁰ Ver Considerando 14 del Reglamento 139/2004.

¹¹ 2005/C56/02.

A su vez, el art. 4.5 puede permitir una mayor consistencia del sistema de control de concentraciones ayudando a evitar la existencia de resoluciones contrarias o incoherentes. Esta consistencia también se puede conseguir con una remisión realizada de acuerdo con el art. 22, cuando la misma se hace de forma conjunta por los Estados miembros en los que la concentración ha sido o va a ser notificada.

Una diferencia entre los reenvíos basados en el art. 4.5 y los basados en el art. 22 es que si el reenvío del art. 4.5 es aceptado, la operación de concentración pasa a tener dimensión comunitaria, y, por tanto, la Comisión puede examinar efectos de la operación en todos los Estados miembros.

Por el contrario, en los basados en el art. 22, incluso si son aceptados, la operación de concentración no tiene dimensión comunitaria, y la Comisión sólo puede analizar sus efectos en los Estados miembros que hayan solicitado el reenvío. No obstante, para paliar los posibles problemas, la Comisión tiene la posibilidad de instar el reenvío a un Estado miembro que todavía no se ha sumado si prevé posibles efectos negativos en dicho Estado¹².

Un elemento común en el sistema de reenvíos es que tanto la Comisión como los Estados miembros afectados por los reenvíos tienen capacidad de veto a la hora de decidir si un reenvío sale adelante o no. La única excepción es el reenvío del art. 4.5, que la Comisión está obligada a aceptar si todos los Estados miembros afectados dan su visto bueno.

Otro rasgo interesante del sistema de reenvíos es que en la mayoría de los casos (excepto en los reenvíos del art. 4.5) se exige que por lo menos la operación de concentración amenace con afectar a la competencia efectiva en el mercado relevante.

ii) Sujeto legitimado para solicitar el reenvío

En el caso de los reenvíos en prenotificación, los sujetos legitimados para solicitar los mismos son las empresas o personas obligadas a notificar la concentración. Se deja a la propia voluntad de las partes la opción de iniciar la aplicación de estos reenvíos, por lo que no supone ninguna injerencia en el tráfico mercantil y en la libre elección de las empresas.

En relación con los reenvíos en fase de postnotificación, no son las empresas las legitimadas para solicitarlos, sino las autoridades de competencia. Esta legitimación se fundamenta, como se ha mencionado, en el principio de subsidiariedad, y en ningún caso se puede mermar el principio de confianza legítima del ciudadano en la autoridad de competencia.

¹² Ver art. 22.5 del Reglamento 139/2004.

El Reglamento 4064/1989 regulaba en el art. 9.10 la posible revisión del artículo cuando se revisasen los umbrales del art. 1, mención que ya no aparece en el nuevo Reglamento 139/2004.

b) *Posibilidad de los Estados miembros de adoptar medidas para la protección de intereses legítimos*

Como se ha señalado anteriormente, los apartados 2 y 3 del art. 21 del Reglamento 139/2004 establecen, respectivamente, la competencia exclusiva de la Comisión para la adopción de las decisiones previstas en el Reglamento y la obligación de los Estados miembros de no aplicar su normativa nacional en materia de competencia a las concentraciones de dimensión comunitaria.

No obstante, el apartado 4 del art. 21 establece que los Estados miembros podrán adoptar las medidas pertinentes para proteger intereses legítimos distintos de los considerados en el Reglamento 139/2004 que sean compatibles con los principios generales y demás disposiciones de Derecho comunitario.

Se consideran intereses legítimos la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales.

Cualquier otro interés público deberá ser comunicado por el Estado miembro que lo alegue a la Comisión, y deberá ser reconocido por ésta previo examen de la compatibilidad con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario antes de que puedan adoptarse las medidas mencionadas anteriormente. La Comisión notificará su decisión al Estado miembro en el plazo de veinticinco días laborables a partir de dicha comunicación.

Por tanto, si el Estado miembro alega la existencia de seguridad pública, pluralidad de los medios de comunicación o normas prudenciales, el control de esa medida de intervención por parte del Estado se realizará, en su caso, *ex post* por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —TJCE— (previa fase administrativa, en su caso, ante la Comisión, propia del recurso de incumplimiento). Por el contrario, si se alega cualquier otro interés legítimo, la Comisión podrá realizar un control *ex ante* de tal medida.

Si el Estado no comunica los intereses a la Comisión, ésta puede solicitar información al Estado y adoptar la Decisión correspondiente incluso aunque el estado no responda¹³. Si el Estado no cumpliera esta Decisión, la Comisión podría abrir un procedimiento de infracción por incumplimiento del art. 21.4 del Reglamento 139/2004, sin perjuicio de la apertu-

¹³ Ver Sentencia del TJCE de 22 de junio de 2004, asunto C-42/01, República Portuguesa contra Comisión.

ra, en su caso, de otro procedimiento de infracción por vulneración de los arts. 56 y 43 del TCE, relativos a la libre circulación de capitales y al derecho de establecimiento.

A modo de ejemplo, cabe señalar que recientemente la Comisión ha abierto contra Polonia un procedimiento de infracción del art. 21 del Reglamento 139/2004 por intentar impedir la concentración Unicredito/HVB a través una cláusula de no competencia que impedía a Unicredito, entre otras cuestiones, la adquisición del control de bancos activos en Polonia durante un período de diez años¹⁴.

3. FORTALEZAS Y DEBILIDADES DETECTADOS

A. APLICACIÓN DEL ART. 1

a) *Criterios de cálculo del volumen de negocios*

Como ya se ha indicado anteriormente, una de las fortalezas del sistema de umbrales basados en la cifra de negocios para determinar la dimensión comunitaria de una operación de concentración es que es un sistema *a priori* objetivo.

Por una parte, conviene destacar que en el control de concentraciones se ha descartado en todo momento una alternativa lógica como hubiese podido ser utilizar la regla de «afectación al comercio intracomunitario», en la línea con lo dispuesto en los arts. 81 y 82 del TCE. Al evitar recurrir a este concepto jurídico indeterminado, se afianza la seguridad jurídica, especialmente importante en los procedimientos acelerados de control de concentraciones, y se evitan los posibles debates entre la autoridad comunitaria y las autoridades nacionales a la hora de delimitar la competencia entre una u otra autoridad.

Por otra, al no utilizar como umbrales las cuotas de mercado, se pueden eludir ciertos problemas que pudieran surgir de la necesidad de cerrar la definición de mercado, tanto a nivel de producto como a nivel geográfico, para determinar si una operación de concentración cae o no bajo el ámbito de competencia de las autoridades comunitarias.

No obstante, conviene tener presente que el concepto de volumen de negocios puede resultar menos objetivo de lo que parece, y su utilización no ha evitado la aparición de conflictos¹⁵.

¹⁴ Información extraída de la web de la Comisión-Competencia-Notas de prensa (8 de marzo de 2006).

¹⁵ Ver Sentencias TPI en asuntos 2/93, de 19 de mayo de 1994, y 3/93, de 24 de marzo de 1994. Ver también Decisión de la Comisión de 15 de noviembre de 2005 en caso M.3986, Gas Natural/Endesa, en la que se declara que la operación de concentración Gas Natural/Endesa no tiene dimensión comunitaria y que fue recurrida por Endesa ante el TPI (caso 417/05).

En primer lugar, está el problema mismo de definir qué se entiende por volumen de negocios. Para ello el art. 5 del Reglamento establece que éste incluye «*los importes resultantes de la venta de productos y la prestación de servicios por las empresas afectadas durante el último ejercicio correspondientes a sus actividades ordinarias, previa deducción de los descuentos sobre ventas, del impuesto sobre el valor añadido y de otros impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios*».

Esta definición coincide de forma casi exacta con el concepto de «importe neto de la cifra de negocios», concepto contable que tiene su origen en la legislación comunitaria y que en España se recoge en el art. 191 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de noviembre¹⁶. La normativa española, en aplicación de las Directivas comunitarias en materia de sociedades, obliga a casi todas las empresas a calcular esta cifra a la hora de presentar sus cuentas anuales de pérdidas y ganancias. Esto facilita mucho la tarea de las autoridades de competencia, dado que sus cálculos parten de una cifra contable auditada, lo que minimiza los riesgos de manipulación.

No obstante, existen ciertos sectores económicos en los que los métodos tradicionales de cálculo de la cifra de negocios no sirven y deben ser sustituidos por otros. Éstos son primordialmente el sector financiero y el sector de seguros. Por ello, el Reglamento 139/2004, en línea con lo establecido por la normativa contable específica de estos sectores, prevé en el art. 5.3 metodologías específicas para el cálculo del volumen de negocios cuando se ven afectadas entidades financieras o compañías de seguros. De todas maneras, esto no suele crear especiales dificultades a las autoridades de competencia, dado que en estos casos las cuentas auditadas siguen siendo una referencia adecuada.

Resulta también complejo determinar la cifra de negocios cuando en la operación de concentración se ven afectados grupos de empresas. El principal problema deriva de que, en muchos de estos casos, las cifras consolidadas de las cuentas auditadas no coinciden con las que se deben tener en cuenta a la hora de determinar el volumen de negocios desde el punto de vista del control de concentraciones.

En este sentido conviene señalar que contablemente se opta, en determinadas ocasiones, por métodos distintos a la integración global, que es el que se suele utilizar a la hora de calcular el volumen de negocios en materia de control de concentraciones. Esto obliga a modificar las cifras de las cuentas anuales consolidadas cuando sólo se ha computado en la cifra de negocios del grupo una parte de las ventas de la empresa contro-

¹⁶ Este artículo establece que: «*El importe de la cifra de negocios comprenderá los importes de la venta de los productos y de la prestación de servicios correspondientes a las actividades ordinarias de la sociedad deducidas las bonificaciones y demás reducciones sobre las ventas, así como el impuesto sobre el valor añadido y otros impuestos directamente relacionados con la mencionada cifra de negocios*».

lada (si se ha utilizado el sistema de integración proporcional) o no se ha computado ninguna de las ventas (si se ha utilizado el método de puesta en equivalencia¹⁷ o no se ha consolidado la empresa controlada).

Estos casos pueden agravarse en los supuestos de control conjunto, dado que, en primer lugar, se debe verificar si existe el mismo, algo que no siempre es sencillo. Posteriormente, se deben eliminar las transacciones intragrupo, y, por último, es necesario consolidar sólo la parte de los ingresos proporcional al número de empresas que controlan conjuntamente, independientemente de cuáles sean las participaciones en el capital social.

También puede ser problemático asignar geográficamente o por activos (en los casos en los que se transmiten activos) el volumen de negocios, sobre todo porque no siempre se recoge una segmentación geográfica o por ramas de negocio en las cuentas auditadas. En el caso de la segmentación geográfica, el Reglamento 139/2004 utiliza como criterio de asignación el lugar donde se encuentra el cliente que adquiere el bien o al que se le presta el servicio.

Otra fuente de debates, que en principio ya ha sido clarificada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (TPI)¹⁸, se da con las operaciones de concentración en las que en el instrumento de adquisición se establece que una parte de lo adquirido se va a liquidar o se va a vender a un tercero. En estos casos, la jurisprudencia del TPI ha establecido que dichos activos a liquidar o a vender no se tienen en cuenta a la hora de calcular el volumen de negocios, aunque formalmente se adquieran con la operación de concentración.

Otra cuestión a tener cuenta en este ámbito¹⁹ es el hecho de que las empresas afectadas por la operación pueden disponer de varios juegos de cuentas, auditados o no, elaborados conforme a reglas contables diferentes y/o con períodos de referencia distintos.

Estas situaciones se suelen producir en operaciones de concentración que tienen lugar a principios de año, cuando la empresa dispone de las cuentas del año anterior, pero éstas todavía no han sido auditadas, por lo que las últimas cuentas auditadas se refieren a dos años antes. También puede suceder que una empresa que cotiza en varias Bolsas de diferentes países se vea obligada a presentar distintos juegos de cuentas elaborados con metodologías diferentes, a fin de ajustarse a lo establecido por la normativa reguladora de cada Bolsa. Adicionalmente, y de manera excepcional, esto también puede suceder en el año transitorio²⁰ de paso de la meto-

¹⁷ En este sistema únicamente se consolidan los beneficios de la empresa controlada, mientras que los ingresos y gastos de la misma no se tienen en cuenta.

¹⁸ Ver Sentencias TPI en asuntos 2/93, de 19 de mayo de 1994, y 3/93, de 24 de marzo de 1994.

¹⁹ Puesto en evidencia de manera significativa en la operación de concentración Gas Natural/Endesa.

²⁰ El Reglamento (CE) núm. 707/2004 de la Comisión, de 6 de abril de 2004, aprobó la NIIF-1,

dología recogida en el Plan General Contable a la metodología recogida en las nuevas Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) para elaborar las cuentas auditadas.

En estos casos, la práctica de las autoridades comunitarias y nacionales de competencia es, por regla general, utilizar como referencia las últimas cuentas anuales auditadas elaboradas conforme a la normativa contable vigente en dicho ejercicio²¹. Sólo por motivos excepcionales se utiliza como referencia cuentas no auditadas.

Todo lo anterior pone en evidencia que el sistema de volumen de negocios es menos sencillo de lo que parece a primera vista. No obstante, en la mayoría de los casos las anteriores cuestiones planteadas no alteran la dimensión comunitaria o no comunitaria de la operación de concentración.

Pero en los casos en los que el volumen de negocios esté cercano al límite, el análisis en profundidad de las cifras para ajustarlas a lo que establece la normativa comunitaria puede resultar no sólo necesario, sino también complejo.

Por otra parte, la Comisión ha insistido periódicamente en la necesidad de revisar los umbrales a fin de rebajarlos. Su principal argumento es que, como consecuencia del desarrollo efectivo del mercado único, las fronteras entre los Estados miembros dejan de tener tanta trascendencia para las empresas, y ya no es necesario que las partes de una operación de concentración tengan cifras de negocios muy elevadas para que ésta pueda tener efectos en varios Estados miembros. Esto podría dar lugar a la aparición de más casos de multinotificación, con los efectos que eso pudiera tener para el sistema.

Los Estados miembros han sido conscientes de estas cuestiones, y a ello respondió la creación del art. 1.3 y las previsiones del art. 1.4 en el Reglamento de Control de Concentraciones.

No obstante, también conviene tener en cuenta que el tiempo juega a favor de las competencias de la Comisión, dado que, como consecuencia del crecimiento nominal de las economías, el peso económico de una operación de concentración con un volumen de negocios global de 5.000 millones de euros era mucho mayor en 1989 que hoy en día.

Por norma general, la cifra de negocios de la empresa media suele crecer al mismo ritmo que el PIB nominal de la economía. Una parte de este incremento se debe a la inflación y otra parte se debe a la creación de nuevos productos, ampliación de los mercados existentes, etc. Si tenemos

que regula dicho período transitorio. En la misma se establece que el año transitorio es el año anterior al año en el que se utilizan por primera vez las NIIF para elaborar las cuentas anuales auditadas. Para el año transitorio, la empresa tiene la obligación de presentar unas cuentas NIIF simplificadas, para que sirvan a efectos comparativos.

²¹ Ver punto 26 de la Comunicación volumen de negocios.

en cuenta que en la Unión Europea el crecimiento medio del PIB nominal ha sido de 4,25 por 100²² en los últimos diez años, esto implica que el volumen de negocios de la empresa media ha crecido más de un 50 por 100 desde 1995. Como consecuencia de esto, operaciones de concentración que en 1995 no serían de dimensión comunitaria²³, hoy sí podrían serlo, aunque su peso económico relativo no se hubiese alterado²⁴.

Adicionalmente, conviene tener en cuenta que las operaciones de concentración pueden producirse frecuentemente en los sectores económicos más dinámicos, en los que las tasas de crecimiento de los volúmenes de negocio son superiores a las del PIB nominal.

Todo esto implica que, progresivamente, el número de operaciones de concentración de dimensión comunitaria va a ir creciendo. Por ello, sería conveniente dar estabilidad a los umbrales vigentes de distribución de competencias, a pesar de sus debilidades, dado que es casi imposible determinar objetivamente cuáles son los umbrales ideales, y, además, éstos cambian con el tiempo.

b) *Autoridad competente para decidir sobre la dimensión de una concentración*

El Reglamento 139/2004 regula los umbrales que determinan la dimensión comunitaria de una concentración y otorga a la Comisión la competencia exclusiva para su aplicación.

Sin embargo, si la operación se notificase directamente por las empresas en un Estado miembro, parece que lo más lógico sería que la propia autoridad de ese Estado miembro se pronunciase sobre su competencia declarando la dimensión nacional o comunitaria de la concentración. Si decidiese que es de dimensión nacional, no se generaría ningún problema y la autoridad nacional seguiría analizando el caso. Por el contrario, si considerase que la concentración tiene dimensión comunitaria, debería inhibir su competencia, dando por finalizado el procedimiento de control de concentraciones en el caso concreto y comunicando esta circunstancia no sólo a las partes, sino también a la Comisión Europea, de acuerdo con el principio de coordinación.

La Comisión, en paralelo, siempre tendría la posibilidad de abrir un procedimiento de análisis de la dimensión comunitaria de la misma operación de concentración que esté conociendo un Estado miembro, en virtud del art. 21.2 del Reglamento 139/2004, que da a la Comisión la

²² Media UE-25 calculada a partir de datos Eurostat.

²³ Por ejemplo, por tener en 1995 un volumen de negocios mundial conjunto de sólo 4.000 millones de euros.

²⁴ En este caso, el volumen de negocios mundial conjunto en 2005 habría crecido un 50 por 100 en euros corrientes, hasta alcanzar los 6.000 millones de euros.

competencia exclusiva para adoptar las decisiones previstas en dicho Reglamento.

La decisión de la Comisión es vinculante para los Estados miembros, e incluso no es necesario que exista una resolución formal para que el resultado de dicho análisis tenga efectos frente a los Estados miembros. De hecho, el TPI²⁵ estableció que basta con una declaración pública de un portavoz de la Comisión declarando que una operación de concentración no tiene dimensión comunitaria para que dicha declaración tenga efectos frente a los Estados miembros.

Por tanto, cuando existan dudas sobre la dimensión de una operación por parte de la persona obligada a notificar, lo más recomendable sería acudir a los contactos informales con la Comisión y con los Estados miembros implicados, a fin de que se posicionen antes del inicio formal de cualquier procedimiento.

Finalmente, debe destacarse que las similitudes jurídico-técnicas entre el sistema de control de concentraciones comunitario y los nacionales son muy elevadas, y la creciente colaboración entre una y otras autoridades hacen que los resultados de uno u otro análisis sean fundamentalmente los mismos. Adicionalmente, conviene recordar que el sistema de control de concentraciones está sometido a un estricto control jurisdiccional, que verifica que el mismo no se convierta en un obstáculo injustificado a la libertad de empresa y a la libre circulación de capitales.

c) *Aplicación de la regla de los dos tercios*

Las cifras de negocio previstas como umbrales comunitarios de notificación son una solución de compromiso entre la Comisión y los Estados miembros. Su magnitud es lo suficientemente elevada como para asegurar que casi todos los casos competencia de la Comisión tienen efectivamente un alcance comunitario. Asimismo, se introdujo la regla de los dos tercios, que permite excluir la dimensión comunitaria de una operación de concentración cuando todas las empresas parte de la misma obtengan una parte significativa de su volumen de negocios comunitario en un mismo Estado miembro.

La justificación principal de esta regla es que en estos casos, los efectos de la operación son eminentemente nacionales, a pesar del elevado volumen de negocios de las partes, por lo que las autoridades nacionales se encuentran mejor posicionadas para estudiar la operación de concentración.

Aunque este argumento es válido, también es evidente que dicha regla refleja la resistencia de los Estados miembros a ceder más compe-

²⁵ Ver Sentencia TPI de 24 de marzo de 1994, Asunto 3/93, Air France vs. Comisión.

tencias a la Comisión, sobre todo si tenemos en cuenta que el control de las concentraciones entre empresas es uno de los pocos ámbitos donde ésta tiene capacidad para actuar de manera independiente de dichos Estados miembros.

Adicionalmente, es necesario resaltar que la regla de los dos tercios es una regla destinada eminentemente a proteger las competencias de los Estados miembros más grandes (Alemania, Francia, Reino Unido, Italia, España y ahora también Polonia), dado que sólo en éstos los mercados nacionales suelen tener una dimensión suficiente como para que se dé la posibilidad de que en una operación de concentración en la que se superan los umbrales volúmenes de negocios del art. 1.2 o 1.3 de Reglamento 139/2004, todas las partes de dicha operación obtengan más de dos tercios de su volumen de negocios comunitario en un mismo Estado miembro.

En relación con la regla de los dos tercios, debe hacerse referencia al caso Gas Natural/Endesa, que ha dado pie a un debate sobre la conveniencia esta regla.

Este caso fue notificado por Gas Natural al Servicio de Defensa de la Competencia el 12 de septiembre de 2005 porque, aunque se superaban los umbrales del art. 1.2 del Reglamento 139/2004, tanto Gas Natural como Endesa habían obtenido más de dos tercios de su volumen de negocios comunitario de 2004 en España. Endesa presentó una serie de escritos ante la Comisión para tratar de justificar que, como consecuencia de la aplicación del art. 5 del Reglamento 139/2004, se debían introducir determinados ajustes en el volumen de ventas recogido en sus cuentas anuales auditadas, que hacían que su volumen de ventas en España no alcanzase los dos tercios del comunitario.

La Comisión estuvo estudiando las alegaciones de Endesa durante casi dos meses, hasta que el 15 de noviembre de 2005 decidió que la mayoría de los ajustes propuestos por la misma no eran procedentes, y que, por tanto, la operación no tenía dimensión comunitaria.

Finalmente, en relación con la regla de los dos tercios, la Comisión ha anunciado la realización de un estudio para una posible modificación de la misma.

En su caso, la hipotética reforma de unos umbrales que se basan en un reciente consenso de los Estados miembros debería abordarse con las debidas cautelas y siempre a través del procedimiento legalmente establecido.

En relación con los casos habidos en España, la aplicación de la regla de los dos tercios es, en general, reducida²⁶, y, además, la progresiva consolidación del mercado único puede conllevar que el número de casos en los que se aplique se reduzca con los años.

²⁶ Ver cuadro 1 del Anexo.

B. APLICACIÓN DEL SISTEMA DE REMISIONES

La reforma llevada a cabo en el sistema de reenvíos por el Reglamento 139/2004 se centró en los siguientes puntos:

- Mejora de los criterios sustantivos de los arts. 9 y 22.
- Establecimiento de los reenvíos en fase de prenotificación a solicitud de las personas o empresas obligadas a notificar.
- La concesión a la Comisión de un derecho de iniciativa para instar remisiones en ambos sentidos.

Estas reformas supusieron una racionalización del sistema de reenvíos, y tenían como objetivo reforzar los principios de subsidiariedad, ventanilla única y seguridad jurídica. Además, se vieron reforzadas con la creación de la Red Europea de Autoridades de Competencia, que institucionaliza los mecanismos de cooperación entre los Estados miembros y la Comisión, y con la publicación de la Comunicación de la Comisión sobre la remisión de asuntos de concentraciones, que incrementa la transparencia al clarificar los criterios que van a guiar el sistema de reenvíos.

Sin embargo, los Estados miembros tienen un derecho de veto discrecional en todos los reenvíos, también permanece cierto margen de discrecionalidad a la hora de aplicar este sistema por parte de la Comisión, y persiste la posibilidad de que se den reenvíos parciales (en concreto en aplicación de los arts. 4.4, 9 y 22) en detrimento de la ventanilla única y de la seguridad jurídica de las partes de una operación de concentración.

No obstante, la introducción de los reenvíos en prenotificación ha supuesto una innovación fundamental, dado que ha incrementado la seguridad jurídica de las partes de una operación de concentración, facilita ahorros de costes adicionales y evita los retrasos que suponen las remisiones posteriores a la notificación.

En general, se debe hacer una valoración positiva del funcionamiento del sistema de reenvíos desde la entrada en vigor del nuevo Reglamento 139/2004 y, en concreto, de los reenvíos en fase de prenotificación de los Estados miembros a la Comisión.

Un análisis de los datos recogidos en el cuadro 2 del Anexo a este artículo lleva a concluir la gran importancia numérica de los reenvíos del art. 4.5. Ello es lógico si se tiene en cuenta que el fundamento de este tipo de reenvíos se encuentra en la reducción de costes para aquellas empresas que tienen que notificar una misma concentración en un mínimo de tres Estados miembros. Son las propias empresas las que han asumido y llevado a la práctica lo positivo de estos reenvíos. Además, debe destacarse que, desde la aplicación práctica de ese sistema de reenvíos a la Comisión en prenotificación, sólo ha habido dos vetos que se presentaron en el 2004. También ese mismo año hubo un caso que no se

remitió a la Comisión porque tras el análisis correspondiente se llegó a la conclusión de que no era notificable en un mínimo de tres Estados miembros.

En relación con los reenvíos del art. 4.4 del Reglamento 139/2004, de la Comisión a los Estados miembros, éstos también han sido solicitados por las empresas desde la entrada en vigor del Reglamento comunitario, pero su número ha sido más reducido²⁷.

Por otra parte, la consecuencia lógica del desarrollo de este tipo de reenvíos ha sido la reducción del número de solicitudes de reenvíos posteriores a la notificación, especialmente de los realizados en virtud del art. 9 del Reglamento 139/2004²⁸.

En relación con los reenvíos basados en el art. 22 del Reglamento 139/2004, conviene tener presente que pueden dar lugar a situaciones paradójicas. En estos reenvíos, para que un Estado miembro pueda tomar la iniciativa de solicitar el reenvío a la Comisión de una operación de concentración concreta es necesario que dicho Estado miembro sea competente para estudiar dicha operación²⁹. Sin embargo, para que un Estado miembro se sume a dicho reenvío no se exige expresamente que la operación sea notificable en dicho Estado miembro³⁰.

Esta circunstancia puede dar lugar a la paradoja de que las partes de una operación de concentración se enfrenten, como consecuencia del reenvío, al examen de los efectos de la operación en un determinado Estado miembro, examen que no podría haber sido realizado sin la apertura del procedimiento de reenvío.

Esto es especialmente atractivo para aquellos países con sistemas de notificación obligatoria basados exclusivamente en volúmenes de negocios, dado que les podría permitir controlar indirectamente, a través de la Comisión, operaciones potencialmente conflictivas que escaparían a su control por el reducido volumen de negocios de las partes.

Por último, conviene tener en cuenta que el art. 6 del Reglamento 139/2004 prevé la realización de un informe sobre la aplicación de las remisiones previas a la notificación antes del 1 de julio de 2009. Por tanto, será en este momento cuando realmente pueda hacerse un análisis más global sobre el funcionamiento de estos reenvíos.

²⁷ Ver cuadro 3 del Anexo.

²⁸ Ver cuadros 4 y 5 del Anexo.

²⁹ Ver art. 22.1 del Reglamento 139/2004.

³⁰ Ver art. 22.2 del Reglamento 139/2004.

C. APLICACIÓN DEL ART. 21.4 DEL REGLAMENTO 139/2004

En el marco de la aplicación práctica de este precepto cabe traer a colación lo previsto en la Sentencia del TJCE de 22 de junio de 2004³¹. En este caso, la República Portuguesa alegó que, a falta de comunicación de los intereses legítimos distintos de los previstos expresamente en ese precepto por el Estado miembro correspondiente, la Comisión no podría adoptar una decisión sobre la compatibilidad de dichos intereses con el Derecho comunitario.

Por el contrario, el TJCE consideró que para que sea eficaz el control de esos intereses públicos distintos es necesario reconocer a la Comisión la facultad de adoptar una decisión sobre la compatibilidad de tales intereses con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario, con independencia de que los citados intereses le hayan sido comunicados o no. La Comisión siempre tiene la posibilidad de pedir información al Estado miembro de que se trate y si, pese a dicha solicitud, éste no proporciona la información requerida, la Comisión puede adoptar una decisión basándose en los elementos de que dispone.

Otro ejemplo es el caso BSCH/Champalimaud³². Con fecha 3 de agosto de 1999, la Comisión autorizó esta concentración que tenía dimensión comunitaria³³. Sin embargo, el Gobierno portugués adoptó una decisión por la que vetaba la operación. Alguno de los motivos invocados por el Gobierno portugués³⁴ para vetar la concentración no estaban recogidos en el art. 21.3 del Reglamento 4064/1989³⁵ y no se había notificado a la Comisión la adopción de medidas para la protección de los mismos. Tras constatar lo anterior, la Comisión adoptó sendas decisiones por las que,

³¹ Sentencia en el Asunto C-42/01, República Portuguesa contra Comisión. Resuelve el recurso de anulación interpuesto por la República Portuguesa contra la Decisión C (2000) 3543 final PT, de 22 de noviembre de 2000, adoptada por la Comisión con arreglo al art. 21 del Reglamento 4064/1989.

La decisión recurrida se adoptó en el marco del caso comunitario M.2054, Secil/Holderbank/Cimpor. Este caso fue notificado a la Comisión con fecha 4 de julio de 2000. El 5 de julio de 2000 y el 11 de agosto de 2000, el ministro de Hacienda portugués desestimó una solicitud de autorización de esa concentración realizada de conformidad con el Decreto-ley núm. 390/93 y señaló que el Estado portugués no tenía la intención de renunciar a los derechos especiales de los que era titular como accionista de Cimpor y que se oponía a eliminar las limitaciones al ejercicio del derecho de voto previstas en los estatutos de Cimpor. El 22 de noviembre de 2000 la Comisión adoptó la Decisión C (2000) 3543, en la que señalaba que las autoridades portuguesas no le comunicaron interés público alguno que estimaran necesario proteger mediante las resoluciones de 5 de julio y 11 de agosto de 2000. Es de destacar el hecho de que la Decisión impugnada se adoptó en el marco del procedimiento por incumplimiento incoado por la Comisión contra Portugal, que concluyó con la Sentencia de 4 de junio de 2002 (Asunto C-367/98), en la que el TJCE señaló que Portugal vulneraba la libre circulación de capitales.

³² Caso comunitario M.1724, BSCH/Champalimaud.

³³ En ese momento era aplicable el antiguo Reglamento 4064/1989.

³⁴ Los motivos invocados por Portugal fueron: que la operación afectaba al interés nacional y a sectores estratégicos esenciales para la economía portuguesa.

³⁵ Reproducidos en el art. 21.4 del Reglamento 139/2004.

primero, suspendía y, finalmente, anulaba el veto portugués e iniciaba procedimientos de incumplimiento contra Portugal. Sin embargo, la actuación de la Comisión no consiguió evitar que el Gobierno portugués cumpliera en parte su objetivo, pues las partes firmaron un nuevo acuerdo distinto al inicial que sí contaba con el beneplácito de dicho Gobierno, tras cinco meses de luchas legales³⁶.

A la vista de los casos anteriores, debe señalarse que para la consecución de una eficaz aplicación de este art. 21.4 del Reglamento 139/2004, tanto la Comisión como los Estados miembros implicados deben respetar los principios de buena fe, de coordinación y colaboración. Los intereses legítimos deben valorarse de acuerdo con el Derecho comunitario y los criterios jurisprudenciales³⁷ desarrollados en la materia.

4. CONCLUSIÓN

Como ya se ha mencionado, el sistema dual de control de concentraciones se fundamenta en el principio de competencia exclusiva de la Comisión para la aplicación del Reglamento 139/2004, lo que supone su competencia exclusiva para analizar las operaciones de concentración definidas por el mismo como concentraciones de dimensión comunitaria.

El desarrollo y aplicación del sistema ha mostrado la existencia de una serie de fortalezas y debilidades que se han desarrollado a lo largo del presente artículo. Algunas de esas debilidades son un reflejo del propio debate competencial existente entre la Comisión y los Estados miembros.

Como principal conclusión de este artículo cabe señalar que cada institución debe confiar en la actuación responsable, adecuada y proporcionada de las demás autoridades dentro de los límites jurídicos y de los principios sobre los que se sustenta el sistema de distribución de competencias en materia de control de concentraciones con el objeto de que éste funcione de forma eficaz.

En este sentido, la Comisión está obligada a realizar sus funciones en el ámbito del art. 5 del TCE, es decir, debe actuar dentro de las competencias y objetivos establecidos en el Tratado, de acuerdo con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. A su vez, los Estados miembros deben aplicar sus legislaciones nacionales en materia de control de concentraciones en aquellos casos que no sean competencia de la Comisión de acuerdo con lo previsto en el Reglamento 139/2004.

³⁶ La Comisión decidió cerrar los dos procedimientos de infracción abiertos a Portugal en 1999. Portugal retiró esas medidas y su recurso ante el TPI contra la Comisión (información extraída de la web Comisión-Notas de prensa, 27 de marzo de 2000).

³⁷ Ver Sentencias del TJCE en los asuntos C-463/00, Comisión/España; C-367/98, Comisión/Portugal; C483/99, Comisión/Francia, y C-503/99, Comisión/Bélgica.

Todo ello debe estar sometido al control jurisdiccional de los Tribunales comunitarios y/o nacionales, que son los que, en última instancia, deben decidir sobre cada posible contencioso.

No obstante, dados los dilatados plazos que requiere hacer efectivo el control jurisdiccional de la actuación de las distintas autoridades, es importante asegurar un buen funcionamiento del sistema de distribución competencial en materia de control de concentraciones. Una hipotética actuación irresponsable por parte de las autoridades comunitarias o nacionales, vulneradora de los principios comunitarios, acabaría dañando a la necesaria confianza legítima del ciudadano en sus instituciones. En concreto, en este ámbito se dañaría la confianza de las empresas en un adecuado funcionamiento del sistema dual de control de concentraciones, con el consiguiente perjuicio para la seguridad jurídica del sistema.

Por todo ello, y a la vista del sistema de competencias exclusivas en materia de control de concentraciones, el éxito en el funcionamiento del mismo se basará en una adecuada aplicación del Reglamento 139/2004 y de sus normas de desarrollo, fundamentada en los principios de buena fe y colaboración entre las autoridades de competencia, de tal forma que todas las concentraciones sean examinadas finalmente por la autoridad mejor posicionada y con el mínimo coste posible para todas las partes afectadas. La eficacia y la eficiencia de este sistema deben estar en la base de un procedimiento cuyos interesados son las propias empresas.

En definitiva, la defensa de la competencia en el mercado en materia de control de concentraciones debe ir precedida de una adecuada distribución de la competencia entre autoridades nacionales y comunitarias fundamentada en una correcta aplicación del principio de subsidiariedad.

ANEXO

CUADRO 1

Año	2001	2002	2003	2004	2005	Total
Número total de concentraciones notificadas al SDC	76	100	79	94	115	464
Número de notificaciones con regla dos tercios ⁽¹⁾	2	4	4	1	3	14

⁽¹⁾ Se computan el número de expedientes en los que, a pesar de cumplirse los umbrales de volumen de negocios previstos en los apartados *a)* y *b)* del art. 1.2 del Reglamento 139/2004, el análisis de la concentración es competencia del SDC y no de la Comisión Europea porque cada una de las empresas afectadas realizaba más de dos tercios de su volumen de negocios comunitario en un mismo EM.

Expedientes por años: 2001: N-142, N-181; 2002: N-221, N-229, N-245, N-271; 2003: N-03012, N-03049, N-03050, N-03072; 2004: N-04065; 2005: N-05082, N-05103, N-05104.

CUADRO 2

<i>Año</i>	2004	2005
Solicitud de remisión al art. 4.5 ⁽¹⁾	18 ⁽²⁾	28
Concesión de remisión al art. 4.5	15	28

⁽¹⁾ El cómputo de las remisiones se hace teniendo en cuenta el año de solicitud de la remisión.

⁽²⁾ Se han computado en esta cifra los dos vetos habidos y el caso que no se remitió a la Comisión por no ser notificable en un mínimo de tres EEMM.

CUADRO 3

<i>Año</i>	2004	2005
Solicitud de remisión al art. 4.4 ⁽¹⁾	2	14
Concesión de remisión al art. 4.4	2	9

⁽¹⁾ El cómputo de las remisiones se hace teniendo en cuenta el año de solicitud de la remisión.

CUADRO 4

<i>Año</i>	2001	2002	2003	2004	2005	<i>Total</i>
Solicitud de remisión al art. 9 ⁽¹⁾	10	10	10	3	4	37
Concesión de remisión al art. 9	7	13	9	3	4	36

⁽¹⁾ El cómputo de las remisiones se hace teniendo en cuenta el año de solicitud de la remisión.

CUADRO 5

<i>Año</i>	2001	2002	2003	2004	2005	<i>Total</i>
Solicitud de remisión al art. 22 ⁽¹⁾	0	2	1	0	4	7
Concesión de remisión al art. 22	0	2	1	0	2	5

⁽¹⁾ El cómputo de las remisiones se hace teniendo en cuenta el año de solicitud de la remisión.