

# LAS FACULTADES DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN EL MARCO DE LAS CONCENTRACIONES DE DIMENSIÓN COMUNITARIA

RAFAEL CID RICO

Abogado  
Pérez-Llorca

Markets, not politicians, are best placed to allocate resources efficiently. Markets, not politicians, are best placed to identify the companies and technologies of the future. Markets, not politicians, are what at the end of the day will generate the wealth we need to maintain our way of life, based on our shared social and environmental values.<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

El 21 de diciembre de 1989 el Consejo de las Comunidades Europeas aprobó por primera vez una norma que atribuía de forma específica a la Comisión el control de operaciones de concentración de significativa importancia llevadas a cabo por empresas de distintos Estados miembros. La aprobación de esta nueva norma, el Reglamento (CEE) nº 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración de empresas, ponía fin a una larga etapa negociaciones entre los Estados

<sup>1</sup> Comisaria Europea de la Dirección General de Competencia Neelie Kroes en el discurso ofrecido en St Gallen International Competition Law Forum y titulado European competition policy facing a renaissance of protectionism – which strategy for the future? Speech/07/301.

miembros, que cedieron finalmente a la Comisión la competencia exclusiva para decidir sobre las operaciones de concentración de significativa trascendencia en las que estuvieran involucradas empresas de distintos Estados miembros (las llamadas “operaciones de dimensión comunitaria”). Algún sector de la doctrina ha calificado la aprobación de este Reglamento como “la aportación más importante al Derecho de la Competencia europeo desde su nacimiento”<sup>2</sup>.

Los umbrales previstos en el Reglamento 4064/89 originario, que se mantienen con leves modificaciones en el vigente Reglamento 139/2004 de Concentraciones (el RC), pusieron fin a una etapa en la que las concentraciones intracomunitarias podían llegar a ser revisadas por múltiples autoridades de competencia bajo ordenamientos jurídicos distintos, lo que dificultaba y ralentizaba la ejecución de las operaciones. Con ello, el RC contribuyó a reducir significativamente el tiempo necesario para que una operación de concentración superara los controles de varias autoridades nacionales y la inseguridad jurídica que de ello se deriva gracias a la imposición a la Comisión de unos cortos plazos para decidir sobre la compatibilidad de la operación notificada con el ordenamiento comunitario.

El Reglamento 4064/89 impedía así, por primera vez, a los Estados miembros intervenir en operaciones con enorme trascendencia económica en las que participaban sus principales empresas nacionales y que, por tanto, podían tener un impacto significativo en sus territorios.

Sin embargo, el sistema regulado en el RC deja dos ventanas abiertas para la intervención de los Estados en operaciones de dimensión comunitaria. Por una parte, en aplicación del principio de subsidiariedad, la Comisión podrá remitir a un determinado Estado miembro una concentración que afecte significativamente a un mercado definido dentro del mismo para que lleven a cabo el análisis competitivo de la operación. El otro supuesto en el que se permite la intervención de los Estados miembros en las operaciones de dimensión comunitaria está relacionada con la defensa de ciertos intereses generales a nivel nacional. En este caso, la Comisión conserva el monopolio para analizar los aspectos de competencia de la operación, pero el Estado miembro está facultado para adoptar medidas susceptibles de impedir u obstaculizar dicha operación en la medida en que tales medidas estén dirigidas a proteger intereses legítimos distintos de la competencia y siempre que resulten compatibles con los principios generales y otras disposiciones de derecho comunitario.

La indeterminada formulación de esta previsión, que no deja de ser la aplicación en el terreno del control de concentraciones de un principio básico del derecho comunitario, ha sido aprovechada en ocasiones por algunos Estados miembros para oponerse a la ejecución de operaciones de concentración que hacían peligrar la pervivencia de sus “campeones nacionales”. Y ello sobre la base de criterios que,

.....

<sup>2</sup> Gerber, David J. (1998), “Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus”, Clarendon Press, Oxford.

a pesar de ser desaprobados por la Comisión y por el Tribunal de Justicia, han logrado el objetivo de frustrar la adquisición de control de empresas nacionales por parte de empresas extranjeras.

En los próximos apartados analizaremos en detalle el artículo 21.4 RC con el apoyo de la escasa producción jurisprudencial y nos centraremos en las debilidades del sistema y los diversos mecanismos propuestos por la doctrina para hacer frente a dichas debilidades.

## 2. LOS APARTADOS 2 Y 3 DEL ARTÍCULO 21 RC: EL SISTEMA DE VENTANILLA ÚNICA

Los apartados 2 y 3 del artículo 21 RC aplican el sistema vigente de división de competencias entre la Comisión y los Estados miembros en el control de concentraciones. Se trata de un sistema basado en la exclusividad recíproca denominado sistema de “ventanilla única”, en virtud del cual, una vez determinada la dimensión de una operación de concentración conforme a los criterios establecidos en el artículo 2 RC, la operación será analizada por una sola autoridad de competencia: la Comisión si tiene dimensión comunitaria, y las autoridades nacionales de la competencia si la operación es de dimensión nacional<sup>3</sup>.

Al mismo tiempo, el sistema de ventanilla única que permitió a las empresas conocer fácilmente la autoridad competente a la que debían dirigirse y las normas a las que debía someterse la operación. Por último, el sistema suponía un sistema de control basado en los efectos desplegados, lo cual excluía la aplicación de criterios de política nacional en el análisis de las operaciones<sup>4</sup>.

## 3. EL APARTADO 4 DEL ARTÍCULO 21 RC: LA FACULTAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS PARA ADOPTAR MEDIDAS QUE AFECTEN A OPERACIONES DE DIMENSIÓN COMUNITARIA

Los Estados miembros podrán condicionar o prohibir las concentraciones aprobadas por la Comisión en aplicación de los apartados 2 y 3 del artículo 21 RC para proteger intereses legítimos distintos de los considerados en el RC,

<sup>3</sup> En términos numéricos, la eficiencia del sistema de única ventanilla se traduce en que entre 1990 y septiembre de 2005, 3.574 concentraciones (aproximadamente el 87% de las operaciones notificadas) fueron aprobadas en el plazo de un mes y sólo 189 operaciones requirieron una investigación en profundidad de la operación de conformidad con el artículo 8 del RC. McGowan, Lee. *Reinforcing Europeanization: Assessing the Significance and Impact of the Recast Merger control Regulation*. Queen's papers on Europeanization 03/07, página 8.

<sup>4</sup> Galloway, Jonathan. *EC merger control: does the re-emergence of proteccionism signal the death of the "one stop shop"?* Draft paper to the 3<sup>rd</sup> Annual Summer Conference, 14<sup>th</sup> June 2007. University of West Anglia, Norwich.

siempre que la adopción de las medidas destinadas a la protección de dicho interés sea compatible con los principios generales y otras disposiciones de Derecho comunitario.

Debe destacarse de entrada que la facultad de intervención de los Estados miembros no les permite autorizar una concentración que ha sido prohibida por la Comisión en aplicación de criterios estrictamente concurrenciales.

Ello contrasta con las facultades de intervención de que dispone en España el Consejo de Ministros en materia de concentraciones en el marco de la vigente Ley de Defensa de la Competencia<sup>5</sup>. En el actual procedimiento de control de concentraciones nacional, el Consejo de Ministros puede intervenir en operaciones de concentración que han sido prohibidas o sometidas a condiciones por la CNC en segunda fase, no pudiendo en ningún caso prohibir las concentraciones que la CNC ha autorizado. Dicho de otro modo, en el modelo español, el Consejo de Ministros puede impedir que se prohíba (o se someta a condiciones) una concentración cuya ejecución no se permitiría sobre la base de un análisis puramente competitivo y, en cambio, no está facultado para prohibir una operación que la CNC considera que no plantea problemas desde el punto de vista de la competencia.

En cualquier caso, lo cierto es que los *intereses generales* en las concentraciones domésticas y los *intereses legítimos* en las concentraciones de dimensión comunitaria se convierten en las dos herramientas de que dispone el Gobierno español para intervenir directamente en las operaciones de concentración que tienen efectos en su jurisdicción: la primera sólo podrá utilizarla para favorecer la ejecución de la operación; la segunda, para entorpecerla. De manera que se produce la paradoja de que medidas análogas o muy similares, reconocidas en ambas normas como justificación válida para la intervención pública por criterios no competitivos, tienen un efecto obstaculizador de las concentraciones de dimensión comunitaria y el efecto contrario cuando se invocan en el contexto de una operación nacional.

Volviendo a la aplicación del artículo 21.4 RC, la norma distingue entre las medidas nacionales dirigidas a proteger (i) la seguridad pública, (ii) la pluralidad de medios o (iii) las normas prudenciales (cuyo contenido analizamos a continuación), en cuyo caso no se requiere la intervención de la Comisión, y las medidas estatales adoptadas para proteger cualquier otro interés público, las cuales deben ser aprobadas por la Comisión con carácter previo a su adopción.

La indeterminación de los conceptos manejados en el apartado 4 del artículo 21 RC y las lagunas procesales que plantea exige un análisis en profundidad de

.....

<sup>5</sup> Artículo 58.6 LDC: "Las resoluciones en segunda fase en las que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia prohíba una concentración o la subordine al cumplimiento de compromisos o condiciones no serán eficaces ni ejecutivas y no pondrán fin a la vía administrativa: a) Hasta que el Ministro de Economía y Hacienda haya resuelto no elevar la concentración al Consejo de Ministros o haya transcurrido el plazo legal para ello establecido en el artículo 36 de esta Ley. b) En el supuesto de que el Ministro de Economía y Hacienda haya decidido elevar la concentración al Consejo de Ministros, hasta que el Consejo de Ministros haya adoptado un acuerdo sobre la concentración que confirme la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia o haya transcurrido el plazo legal para ello establecido en el artículo 36 de esta Ley."

la interpretación que el Tribunal de Justicia ha mantenido respecto a la aplicación de este precepto, que, dada su condición de excepción de la norma, deberá en todo caso interpretarse de manera estricta.

Al respecto, primero desarrollaremos brevemente la evolución de la obligación de someter las medidas estatales a la autorización previa de la Comisión; a continuación, analizaremos el estado de la jurisprudencia respecto a las cuestiones sustantivas, en particular, (i) los conceptos de interés reconocido e interés público, (ii) el concepto de medida restrictiva, (iii) las condiciones en las que resulta justificable la adopción de medidas para la protección de intereses legítimos, y (iv) el análisis de necesidad y proporcionalidad de las medidas respecto al interés legítimo contextualizado en sede de restricción de libertades económicas fundamentales del Tratado. Finalmente, explicaremos el procedimiento aplicable por vulneración del artículo 21.4 RC y, por último, expondremos algunos de los pronunciamientos más significativos para concluir con los retos a los que se enfrenta este sistema en el futuro.

### 3.1. EL SISTEMA DE AUTORIZACIÓN PREVIA. LA EVOLUCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE OBTENER EL BENEPLÁCITO DE LA COMISIÓN

La seguridad pública, la pluralidad de medios y las normas prudenciales son los únicos intereses legítimos reconocidos por el artículo 21.4 RC para cuya protección los Estados miembros podrán adoptar medidas que prohíban o condicionen concentraciones de dimensión comunitaria sin haber solicitado previamente la autorización de la Comisión. Las medidas adoptadas para la protección de cualquier otro interés público requieren que la Comisión analice su compatibilidad con los principios generales y disposiciones de derecho comunitario.

A pesar de que le corresponde a la Comisión evaluar si las medidas adoptadas por un Estado miembro responden o no a un interés legítimo<sup>6</sup>, la indeterminación conceptual de las categorías de intereses legítimos reconocidos y el propio tenor literal de la disposición en cuestión, han proporcionado a algunos Estados miembros la vía adecuada para evitar la intervención de la Comisión en casos en los que el interés realmente perseguido no formaba parte del grupo de los intereses reconocidos ni podía considerarse un interés público cuya defensa debiera superponerse al interés comunitario.

El Tribunal de Justicia ha intentado hacer frente a la invocación fraudulenta por los Estados miembros de un supuesto interés público protegido para escapar del control *ex ante* de la Comisión, ampliando las obligaciones de comunicación a la Comisión a aquellos intereses cuya “legitimidad” (en el sentido de cubierto por alguna de las tres categorías explícitamente reconocidas) sea dudosa. En este

<sup>6</sup> Asunto T-65/08 R, *España c. Comisión*. Auto del Tribunal de Primera Instancia, de 30 de abril de 2008.

sentido, la interpretación de esta disposición ha evolucionado ligeramente desde el asunto *Champalimaud*<sup>7</sup>, en el que el estándar de duda necesario para considerar la existencia de una infracción era más elevado (“sustancial” y “fuerte”) que el vigente actualmente que amplía la obligación de comunicación a los casos en los que existan dudas “razonables” sobre su calificación como interés reconocido<sup>8</sup>.

La facultad de la Comisión para intervenir y decidir sobre la compatibilidad de medidas obstaculizadoras de concentraciones de dimensión comunitaria no comunicadas conforme al artículo 21 RC fue cuestionada por Portugal en el 2004.<sup>9</sup> El Estado portugués alegó la falta de competencia de la Comisión para decidir si los intereses nacionales invocados por un Estado miembro y que no habían sido comunicados a la Comisión de conformidad con el artículo 21 RC, eran compatibles con esta disposición. En su opinión, tal juicio de compatibilidad podía ser exclusivamente ejercido por el Tribunal de Justicia en el marco de un procedimiento por vulneración del artículo 226 TCE. El Tribunal de Justicia rechazó el argumento del Estado portugués en base a dos argumentos de índole práctica: primero, que sería demasiado fácil para los Estados miembros eludir las obligaciones del artículo 21 RC, y, segundo, que el sistema perdería su sentido, ya que la Comisión no podría pronunciarse sobre la validez de los intereses en el corto periodo de tiempo dispuesto en el artículo 21 RC, ampliándose exponencialmente el riesgo de que la decisión sobre la compatibilidad tuviera lugar con posterioridad a que las medidas hubieran surtido efecto sobre la concentración.

En definitiva, el Tribunal de Justicia ha extendido la obligación de los Estados miembros de someterse al sistema de autorización previa a los casos en los que exista duda razonable sobre si el interés alegado se encuentra entre los intereses reconocidos. Si a este avance jurisprudencial le añadimos la interpretación restrictiva de los intereses reconocidos elaborada por el propio Tribunal de Justicia (que expondremos a continuación) y la dificultad para adquirir *a priori* una “certeza razonable” sobre la proporcionalidad de las medidas propuestas para obtener la protección del interés pretendido (también interpretada restrictivamente por el Tribunal de Justicia), el resultado es que prácticamente cualquier medida que un Estado miembro pretenda imponer a las partes de una concentración aprobada por la Comisión, incluso las dirigidas a proteger intereses reconocidos, deberá ser sometida al control previo de esta última a los efectos de determinar su compatibilidad con el artículo 21 RC.

.....  
<sup>7</sup> Asunto nº IV/M.1616 – *BSCH/Champalimaud*. Decisión de la Comisión de 3 de agosto de 1999, apartados 65-67.

<sup>8</sup> Asunto nº COMP/M.4197 – *E.On/Endesa*. Decisiones de 26 de septiembre de 2006, apartado 25, y de 20 de diciembre de 2006, apartado 27. También asunto nº COMP/M.4685 – *Enel/Acciona/Endesa*, apartado 25.

<sup>9</sup> Asunto C-42/01, Portugal c. Comisión, de 22 de junio de 2004.

## 3.2. CUESTIONES SUSTANTIVAS

### 3.2.1. *Los intereses legítimos reconocidos y otros intereses públicos*

El artículo 21.4 RC permite a los Estados miembros obstaculizar la ejecución de concentraciones comunitarias para proteger “intereses legítimos” distintos de los regulados en el RC, siempre que se respeten los principios de derecho comunitario y demás disposiciones aplicables. El RC distingue al respecto entre intereses que se entienden legítimos y respetuosos con el ordenamiento comunitario *per se*, los cuales no requieren un previo pronunciamiento de la Comisión (i.e. seguridad pública, pluralidad de medios y normas prudenciales), y el resto de intereses públicos, que serán legítimos en la medida en que la Comisión lo autorice tras un proceso de evaluación.

Expondremos a continuación de forma muy breve los conceptos de seguridad pública, pluralidad de medios y normas prudenciales, así como otros intereses públicos que han sido considerados legítimos por la Comisión, para después analizar las pautas, condiciones y restricciones de actuación que las autoridades comunitarias han trazado y que deben ser respetadas por los Estados miembros a la hora de intervenir en las concentraciones comunitarias en defensa de estos intereses.

#### LA SEGURIDAD PÚBLICA

El concepto de “seguridad pública” aparece en varias ocasiones en el Tratado como límite a la restricción de libertades económicas fundamentales para la consecución del mercado único. Así, el TCE permite a los Estados miembros restringir la libre circulación de mercancías (artículo 30 del Tratado), la libertad de establecimiento (artículo 46 del Tratado) y la libre circulación de capitales (artículo 58 del Tratado), mediante la adopción de medidas restrictivas nacionales destinadas a proteger la seguridad pública.

En sede de concentraciones, este concepto se delimita en las Notas al Reglamento de Concentraciones, en virtud de las cuales “la seguridad pública está conectada a la producción o comercio de armas, munición y material bélico” o “con la seguridad de suministro del país de un producto o servicio de vital o esencial interés para la protección de la población”<sup>10</sup>. Esta última extensión del concepto ha sido reconocida en sede de libre circulación de capitales y de mercancías en asuntos en los que las empresas afectadas estaban activas en sectores estratégicos, específicamente, en el sector petrolífero y eléctrico. Así, el Tribunal de Justicia ha entendido, en aplicación de los artículos 30 y 58 del Tratado CE, que la garantía

<sup>10</sup> Asunto 72/83, *Campus Oil Ltd. contra el Ministerio de Industria y Energía*, apartado 34.

de un abastecimiento mínimo de productos petrolíferos y de electricidad<sup>11</sup> constituye una razón de seguridad pública que justifica una restricción de las libertades de establecimiento y de circulación de capitales, y en consecuencia de las decisiones que la Comisión tome en materia de concentraciones, siempre que cumplan los principios de necesidad y proporcionalidad.

#### LA PLURALIDAD DE MEDIOS

Otro interés nacional susceptible de prevalecer sobre los aspectos estrictamente competitivos de una operación de concentración es la pluralidad de medios. La Comisión reconoce a los Estados miembros el derecho a mantener diversas fuentes de información con el objetivo de mantener la pluralidad de opiniones y les permite en consecuencia intervenir en concentraciones que pongan en peligro la pervivencia de ese derecho<sup>12</sup>.

#### LAS NORMAS PRUDENCIALES

Se denominan *normas prudenciales* a las normas del sector financiero en virtud de las cuales se otorga poder a algún órgano administrativo para fiscalizar la propiedad, el control y el nivel de activos de las empresas financieras. Las normas están prácticamente dirigidas a asegurar un nivel de reputación de los gestores y directores de las empresas, de la solvencia de las instituciones y de la honestidad de las transacciones<sup>13</sup>.

#### OTROS INTERESES PÚBLICOS: LA GARANTÍA DE SUMINISTRO DE AGUA Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

La Comisión consideró legítima la aplicación en el Reino Unido de la Ley de la Industria del Agua 1991 (Water Industry Act 1991) que establecía un sistema basado en el establecimiento de unos parámetros de precio para lo cual el Director General de Servicios de Agua necesitaba mantener un número adecuado de datos comparativos. El mantenimiento de una pluralidad de empresas en los diferentes mercados resultaba fundamental para fijar unos precios que permitieran a las empresas desarrollar su actividad apropiadamente al tiempo que se protegían los intereses de los consumidores manteniendo un nivel de precios razonable. Para proteger la viabilidad del sistema, la Ley de Industria del Agua preveía que, en caso de concentración entre empresas activas en el sector, la autoridad nacional debía decidir si a resultas de la misma se afectaba a la capacidad del Director General de Servicios de Agua para realizar los análisis comparativos pertinentes. En caso contrario, la autoridad nacional podía oponerse a la concentración. La Comisión

<sup>11</sup> Asunto C-463/00, *Comisión contra España*, apartados 72 y 73, asunto C-207/07, *Comisión contra España*, apartado 47 y asunto C-483/99, de 4 de junio de 2002, *Comisión/Francia*, apartado 47.

<sup>12</sup> Notas de la Comisión al RC.

<sup>13</sup> Cook, C. J. (2005), "*EC Merger control*", Thomson, p. 352.



entendió que, en el contexto de la industria del agua, un fuerte monopolio natural, tal sistema era adecuado para impedir el abuso de las empresas activas en el sector. El interés último, la garantía de suministro de un bien de interés vital (que, sin embargo, no se consideró incluido en el concepto de “seguridad pública”) y la protección del consumidor estaba, en opinión de la Comisión, debidamente justificado.

#### INTERESES NO PERMITIDOS

Cualquier otro interés alegado por un Estado debe ser “público”, en el sentido de que debe beneficiar a la sociedad, y no considerado por el RC. Con este último requisito, el RC no hace sino salvaguardar el principio de ventanilla única, asegurándose de que el análisis de índole económico/concurrencial corresponde exclusivamente a la Comisión.

Un caso paradigmático de interés no reconocido se trató en el asunto *Cimpor*, en el que el Estado portugués trató de impedir la adquisición del capital de una empresa cementera portuguesa (*Cimpor*) por parte de un grupo suizo (*Holderbank*) alegando la incompatibilidad de dicha transacción con la política industrial del Gobierno portugués y sus estrategias de privatización. La Comisión consideró que dichos intereses no eran alegables en sede de artículo 21 RC.

Igualmente, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en repetidas ocasiones respecto a la calificación de cuestiones de política económica general como interés protegible a efectos del artículo 21 RC, concluyendo en todas ellas que los motivos económicos no pueden justificar la obstaculización a las libertades fundamentales reconocidas en el Tratado.<sup>14</sup>

#### 3.2.2. *Las medidas restrictivas a efectos del artículo 21 RC*

Tras exponer el contenido conceptual básico de los “intereses legítimos”, corresponde analizar a qué tipo de medidas pueden legítimamente los Estados miembros recurrir o, en los términos del RC, qué medidas son “pertinentes” para la protección de los intereses legítimos.

El Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto que “cualquier medida estatal que pueda entorpecer o hacer menos atractivo el ejercicio de tales libertades (libertades de establecimiento y de circulación de capitales)” puede ser una “medida” a efectos del artículo 21.4 RC. El amplio espectro de medidas cubierto por esta afirmación encuentra su necesario límite en aquellas medidas dirigidas a imponer el cumplimiento del marco regulatorio aplicable. El primer pronunciamiento al res-

<sup>14</sup> Asunto C-256/95 *Comisión c Francia* (apartado 62); asunto C-398/95 *SETTG* (apartado 23), y asunto C-367/98 *Comisión c Portugal* (apartado 52).

pecto se produjo en el asunto EDF/London Electricity<sup>15</sup>, en el que el Estado británico formuló una consulta a la Comisión sobre la conformidad con el artículo 21 del RC de ciertas modificaciones que pretendía incluir en la licencia otorgada en su día a favor de London Electricity para el ejercicio de su actividad como empresa regional de electricidad. Las modificaciones propuestas eran iguales a las que ya había impuesto en otros casos de concentración de alcance doméstico. En lugar de analizar las medidas concretas, la Comisión señaló con carácter general que “el RC no impide la aplicación por parte de un Estado miembro de sus normas aplicables al sector específico de actividad económica siempre que dicha aplicación no esté dirigida a la concentración en cuestión sino a la conducta de las empresas en el mercado”. La Comisión volvió a pronunciarse en este sentido en el asunto Enel/Acciona/Endesa, en el que excluyó del ámbito de aplicación del artículo 21 las condiciones que el Gobierno español impuso a las empresas adquirentes relativas a la ejecución de las inversiones en infraestructura del gas y electricidad a las que Endesa estaba comprometida y de cumplir con los acuerdos y reglamentaciones en materia de seguridad nuclear.

Hasta ahora, éste ha sido el único criterio limitativo para entender la existencia de una medida restrictiva a efectos del artículo 21 RC, pero no la única que se ha planteado. En una de las decisiones del asunto E.On/Endesa<sup>16</sup>, la Comisión se planteó si las condiciones impuestas por la CNE para autorizar la concentración eran compatibles con el artículo 21 RC después de que el Ministerio de Industria español hubiera eliminado la referencia a que su incumplimiento llevaba aparejada la revocación de la autorización. La Comisión concluyó que el hecho de que el acto administrativo o legislativo en el que se impongan las medidas nacionales no contemple expresamente la posibilidad de revocación de la autorización no hace que las empresas afectadas dejen de estar vinculadas a lo dispuesto en dicho acto ni que las autoridades sean administrativas o judiciales del Estado en cuestión dejen de poder exigir su cumplimiento. En tal contexto, es obvio que las medidas nacionales son consideradas como medidas restrictivas a los efectos del artículo 21.<sup>17</sup>

Así, la Comisión ha considerado medidas restrictivas a efectos de lo dispuesto en el artículo 21 del RC tanto las decisiones estatales de oposición<sup>18</sup> como la imposición de condiciones, ya sea de enajenación de activos<sup>19</sup> o de desinversión<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Asunto nº IV/M.1346 – EDF/London Electricity.

<sup>16</sup> Asunto nº COMP/M.4197 – E.On/Endesa. Decisión de 20 de diciembre de 2006, apartado 27.

<sup>17</sup> Así lo aclaró la Comisión en el asunto *Enel/Acciona/Endesa*, declarando que el hecho de que en las condiciones impuestas a las partes no se recogiera la posibilidad de revocar la autorización como consecuencia de su incumplimiento no excluía las mismas del ámbito del artículo 21.

<sup>18</sup> Asunto IV/M.1616, *BSC/Champalimaud* y asunto COMP/M2504, *SECIL/Holderbank/Cimpor*.

<sup>19</sup> Asunto nº COMP/M.4197, *E.On/Endesa*. Decisión de 26 de septiembre de 2006.

<sup>20</sup> Asunto COMP/M.3894, *Unicredito/HVB/BPH*.

### 3.2.3. *Las condiciones de intervención de los Estados miembros para la protección de intereses legítimos*

En paralelo a la interpretación de las condiciones en las que surge la obligación del Estado miembro de someterse a la autorización previa de la Comisión (que abordamos en el apartado 2 anterior), la Comisión y la jurisprudencia comunitaria han restringido las condiciones en las que los Estados miembros están legitimados para actuar en defensa de los intereses legítimos.

Así, el Tribunal de Justicia, en línea con la jurisprudencia adoptada en el marco de las libertades de establecimiento<sup>21</sup> y de circulación de capitales<sup>22</sup>, ha limitado la facultad de intervención de los Estados miembros sobre la base de cualquiera de los intereses reconocidos a los casos en que exista “una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”<sup>23</sup>.

Esta limitación de las facultades de los Estados miembros se ha visto reforzada por la negativa de las autoridades comunitarias a tener en cuenta la intensidad de los efectos como criterio para determinar la compatibilidad de una medida nacional con el artículo 21 RC. Así, tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia no han dudado en reiterar que cualquier tipo de restricción, aunque tenga un alcance mínimo, se considerará contraria a la libertad de establecimiento propugnada en el Tratado<sup>24</sup>.

### 3.2.4. *La aplicación de los principios de Derecho Comunitario: necesidad y proporcionalidad*

Además de tratarse de una medida que proteja un interés legítimo previsto en el artículo 21.4 RC o expresamente reconocido como tal por la Comisión (o, en su caso, por el Tribunal de Justicia), la medida nacional debe asimismo ser apropiada para asegurar tal protección y proporcional a ese fin. De modo que, una vez comprobado que se encuentran ante un interés de los previstos en el artículo 21.4 RC y que existe una amenaza real y grave para la pervivencia del interés alegado<sup>25</sup>, las

<sup>21</sup> Asunto C-411/03 *SEVIC Systems* (apartados 18 y 19). “Las operaciones de fusiones transfronterizas, al igual que otras operaciones de transformación de sociedades, responden a las necesidades de cooperación y de reagrupamiento entre sociedades establecidas en Estados miembros diferentes. Constituyen modalidades particulares del ejercicio de la libertad de establecimientos, importantes para el buen funcionamiento del mercado interior, y entran, por tanto, dentro del ámbito de las actividades económicas para las que los Estados miembros están obligados a respetar la libertad de establecimiento prevista en el artículo 43 CE”.

<sup>22</sup> En referencia a los procedimientos de aprobación previa: “Consta que dichas medidas, al establecer un procedimiento de notificación y aprobación, restringen, por su propio objeto, la libre circulación de capitales” Asunto C-515/99, C-519/99 a C-524/99 y C-526/99 a C-540/99, *Reisch y otros*.

<sup>23</sup> Ídem. Asunto C-463/00, *Comisión contra España* (apartado 72), asunto C-503/99 *Comisión contra Bélgica* (apartado 47); asunto C-483/99 *Comisión contra Francia* (apartado 48).

<sup>24</sup> Artículo 43 del Tratado CE. Asunto nº COMP/M.4197 – *E.On/Endesa*. Decisión de 20 de diciembre de 2006 (apartado 58) y asunto C-9/02 *De Lasteyrie du Saillant* (apartado 43).

<sup>25</sup> Asunto C-463/00, *Comisión contra España* (apartados 72 y 73); asunto C-207/07, *Comisión contra España*, (apartado 47), y asunto C-483/99, de 4 de junio de 2002, *Comisión/Francia* (apartado 47).

autoridades comunitarias analizarán si la medida nacional (i) es necesaria para garantizar la realización del objetivo que se persigue, y (ii) es proporcional para la protección del interés legítimo en el sentido de que no existe una medida menos restrictiva que permita alcanzar tal objetivo.

En este sentido, la Comisión ha señalado en las Notas al Reglamento de Concentraciones que “en aplicación del principio de necesidad o de eficacia y de la norma de proporcionalidad, las medidas que los Estados miembros puedan adoptar deben cumplir el requisito de adecuarse al objetivo y limitarse a la medida estrictamente indispensable para garantizar la protección del interés legítimo de que se trate. Por consiguiente, en presencia de medidas alternativas, los Estados miembros deberán elegir la que objetivamente sea menos restrictiva para alcanzar el objetivo propuesto.”

En el asunto E.On/Endesa, la Comisión manifestó su predilección por la “reglamentación apropiada de aplicación general y las medidas que permitan una adecuada reacción específica por parte de las autoridades públicas para prevenir una amenaza concreta de seguridad pública”<sup>26</sup>.

Por su parte, el Tribunal de Justicia ha dejado claro en repetidas ocasiones su preferencia por los sistemas de control *a posteriori* frente a los sistemas de autorización previa<sup>27</sup>. Así lo expuso en el asunto Comisión contra España al entender que España había infringido los principios de libre establecimiento y libre circulación de capitales al modificar las funciones de la CNE de tal manera que cualquier operación por la que se adquiriera más del 10% del capital de una empresa activa en un sector regulado quedaba a sujeta a la previa autorización de dicho organismo.

En definitiva, la adopción de normas de aplicación general que prevean una reacción por parte de las autoridades en situaciones de crisis y la imposición de medidas *a posteriori*, son en principio prácticas menos restrictivas que la imposición de un sistema de autorización previa y, por tanto, el Estado miembro en cuestión deberá justificar por qué en el caso particular la medida nacional no puede ser preservada por medio de la adopción de alguna de las modalidades menos restrictivas.

### 3.3. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN CASOS DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR Y DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL CONTRARIA AL ARTÍCULO 21.4 RC

En el caso de que los Estados miembros pretendan adoptar una medida destinada a proteger un interés distinto de los expresamente reconocidos en el artículo 21.4 RC, deberán comunicarlo previamente a la Comisión, quien

<sup>26</sup> Asunto nº COMP/M.4197 – E.On/Endesa. Decisión de 20 de diciembre de 2006 (apartado 62).

<sup>27</sup> C-207/07. Comisión contra España, (apartado 48); C-163/94, C-165/94 y C-250/94, Sanz de Lera y otros, apartados 23 a 28; C-205/99, Anair y otros (apartado 35); C-463/00, Comisión c España (apartado 69).

dispondrá de un plazo de 25 días para decidir sobre la compatibilidad de dichas medidas con los principios generales de derecho comunitario y otras disposiciones. El problema se plantea cuando el Estado miembro adopta sus medidas sin someterlas al control previo de la Comisión. Es en estos casos cuando se pone de manifiesto que la Comisión no dispone de un instrumento verdaderamente eficaz para proteger a las empresas y hacer valer sus tesis frente a los Estados miembros.

En efecto, cuando tiene conocimiento de las medidas adoptadas por el Estado miembro en cuestión, la Comisión suele enviar al Estado miembro una solicitud de información. En este sentido, la Comisión no ha necesitado hasta ahora la iniciación del procedimiento formal de notificación para llevar a cabo las labores de investigación; una muestra de ellos es que en el asunto Champalimaud, la Comisión adoptó una decisión de medidas cautelares solicitando al Gobierno portugués la suspensión de la decisión que prohibía la concentración sin haber concluido el análisis concurrencial de la concentración.

Tras la respuesta del Estado miembro, en un periodo de entre 10 y 15 días, la Comisión alcanza las llamadas “conclusiones preliminares” que somete a los comentarios del Estado miembro y tras los cuales emitirá en un plazo que oscila entre menos de un mes y dos meses y medio la decisión final sobre la compatibilidad de las medidas propuestas con el artículo 21 RC. La decisión final es recurrible ante el Tribunal de Justicia.

El procedimiento puede en cualquier momento ser paralizado bien porque las partes de la concentración alcanzan un acuerdo con el Estado miembro en cuestión<sup>28</sup> o simplemente porque deciden abandonar la operación<sup>29</sup>.

### 3.4. LA PRÁCTICA DECISORIA DE LA COMISIÓN Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

En este apartado expondremos los precedentes más significativos en los que se ha aplicado el artículo 21 RC, y lo haremos en función de los intereses alegados por los Estados miembros:

#### SEGURIDAD PÚBLICA

La Comisión analizó la compatibilidad de las condiciones que primero la CNE y luego el Ministro de Industria impusieron tanto a E.On como a Enel y a Acciona para adquirir el control de Endesa, declarando que la mayoría de ellas eran contrarias al artículo 21 RC y a los artículos 43 y 56 del Tratado.

<sup>28</sup> Asunto Unicredit/HVB (ver nota al pie 24).

<sup>29</sup> Asunto COMP/M.4249, Abertis/Autostrade.

A este respecto, resultan especialmente significativo el enfoque de la Comisión respecto a tres categorías de condiciones impuestas por España en el contexto de la lucha por Endesa que se repiten de distinta forma en las tres decisiones adoptadas en el proceso: (i) las condiciones de naturaleza societaria y orgánica, (ii) las condiciones de naturaleza financiera y de inversión; y (iii) las obligaciones de información.

Respecto a las primeras<sup>30</sup>, la Comisión fue tajante al declarar que suponen una restricción a las libertades de los artículos 30 y 46 del Tratado desproporcionada e innecesaria y no amparada por ningún interés legítimo. Frente a los argumentos nacionales respecto al riesgo de una pérdida de control por parte de las autoridades reguladoras en caso de cambio de sede social fuera del territorio nacional o de reestructuración corporativa, la Comisión respondió que los poderes de supervisión sobre las actividades de las empresas se rigen por la naturaleza de los activos en cuestión y no por el domicilio social de la sociedad propietaria de los activos. Igualmente, la Comisión rechazó las alegaciones genéricas planteadas por el Estado español respecto a que la toma de control del capital por parte de empresas extranjeras de naturaleza tanto privada (en el caso de E.On) como pública (en el caso de Enel) aumentaba el riesgo de desviación de fondos, el abandono de criterios empresariales o el riesgo de empobrecimiento de la política de inversión. Por último, la Comisión dejó claro que las razones de política general, que son en última instancia las razones que parecían haber llevado al Estado español a imponer las condiciones propuestas no podrán en ningún caso ser legitimadas para obstaculizar el desarrollo de las libertades fundamentales comunitarias<sup>31</sup>.

En relación con las condiciones financieras y de inversión<sup>32</sup>, el planteamiento de la Comisión fue diferente: se centró directamente en la falta de proporcionalidad, el trato no discriminatorio y el principio de necesidad. La Comisión reconoce en la decisión Enel/Acciona/Endesa que en determinados contextos el interés del Estado miembro en asegurar, por ejemplo, la solvencia de las empresas involucradas en actividades energéticas pueden “no resultar completamente injustificadas”. Aún así, las medidas deben cumplir con los principios de derecho comunitario y, en particular, no tener carácter discriminatorio.

Finalmente, en relación con las obligaciones de información a la CNE, la Comisión fue asimismo muy clara al señalar que la obligación de informar al organismo regulador sobre las inversiones de una empresa en activos estratégicos rebasa las funciones de éste y que, además de ser discriminatorio, no se encuentra amparado por ningún interés legítimo. La Comisión insistió en que el hecho de que la imposición de una obligación de este tipo no tenga efectos disuasorios o

<sup>30</sup> El mantenimiento del domicilio social y el órgano de administración en España, el mantenimiento de Endesa como sociedad matriz del grupo, imposibilidad de reestructurar el grupo, mantenimiento de la marca Endesa.

<sup>31</sup> Asunto C-265/95 *Comisión c Francia* (apartado 62).

<sup>32</sup> Obligación de informar a la CNE de las operaciones que conlleven cambios significativos en la situación patrimonial de Endesa, mantener un coeficiente de deuda neta financiera/EBITDA por debajo de cierto umbral, obligación de realizar determinadas inversiones, y limitación de la distribución de dividendos.

influya sólo mínimamente en la actividad empresarial no es relevante para evaluar la existencia de una violación de libertades fundamentales.

En definitiva, las decisiones de la llamada “saga Endesa” vienen a materializar la escasa predisposición de la Comisión a aceptar medidas nacionales amparadas en la protección de la seguridad pública.

#### PLURALIDAD DE MEDIOS

Hasta la fecha, la Comisión no ha tenido ocasión de adoptar ninguna decisión de infracción del artículo 21 RC por la intervención de ningún Estado miembro en defensa de la pluralidad de medios. Sin embargo, en el asunto *Newspaper Publishing*, en el que un consorcio de empresas formado por Prisa, Editoriale l'Espresso S.p.A y Mirror Group Newspaper (editor de *Daily Mirror* y *Sunday Mirror*) solicitó autorización preceptiva para la adquisición del control de Newspaper Publishing plc (editor de *The Independent* y *The Independent on Sunday*), la Comisión, además de aprobar la concentración, obligó a las autoridades británicas a mantenerla informada de cualquier medida o condición que impusiera a las partes en virtud del artículo 21.4 RC.

#### NORMAS PRUDENCIALES

La primera declaración de compatibilidad con artículo 21 RC de medidas aplicadas en cumplimiento de normas prudenciales se produjo en el asunto *Sun Alliance/Royal Insurance*<sup>33</sup> en el que la Comisión consideró compatible con el artículo 21.4 RC la aplicación a la concentración propuesta de la ley británica de empresas aseguradoras que habilitaba al Departamento de Comercio e Industria a supervisar en los casos de cambio de control en empresas aseguradoras si la sociedad que obtenía el control era apropiada y cumplía los criterios de buena administración vigentes, reservándose la facultad de no autorizar la operación en caso de incumplimiento de lo dispuesto en la norma.

Por el contrario, en el asunto *BSCH/Champalimaud*, la Comisión declaró que la defensa de las normas prudenciales planteada por el Estado portugués era incompatible con el artículo 21 RC. En este caso, el Gobierno portugués alegó que la operación atentaba contra la garantía de buena administración de la entidad financiera portuguesa que iba a ser adquirida por un banco español e impedía una supervisión adecuada por las autoridades administrativas competentes. El Estado portugués expuso tres motivos en apoyo de tal alegación: el primero, que algunos acuerdos alcanzados entre las partes implicaban que una de las empresas objetivo debía tomar decisiones que se encontraban fuera de su objeto social; segundo, que de ejecutarse la concentración algunas decisiones de extrema importancia pasarían a ser tomadas por las empresas holding distorsionando gravemente el funcionamiento de los órganos sociales y afectando negativamente a la claridad y

<sup>33</sup> Asunto nº IV/M.759 – *Sun Alliance/Royal Insurance*. Decisión de 18 de junio de 1996.

transparencia de la estructura del grupo resultante de la operación; y por último, que la reestructuración y el sistema arbitral de resolución de conflictos acordado dificultaría la posibilidad de intervención de las autoridades portuguesas en caso de urgente necesidad y reduciría la seguridad jurídica. La Comisión, en respuesta a estos argumentos, rechazó la existencia de un acuerdo que impulsara a una de las sociedades objetivo a actuar al margen de su objeto social, entendió que el hecho de que determinadas cuestiones societarias de las filiales fueran tratadas previamente por las sociedades holding no distorsionaba negativamente la estructura del grupo, y negó que el sistema de resolución de conflictos acordado afectara a la seguridad jurídica.

Otros asuntos de naturaleza semejante en el sector bancario fueron los intentos de adquisición de BNL por BBVA, de Banca Antonveneta por ABN AMRO y de Hypo Vereinsbank por Unicredit.

En los dos primeros casos, la Comisión inició un procedimiento de infracción contra Italia sobre la base del artículo 226 TCE, si bien no llegó a emitir una decisión de compatibilidad con el artículo 21 RC ante la ausencia de una decisión estatal calificable como “medida restrictiva”. En ambos casos, el Estado italiano había proclamado públicamente su intención de garantizar la “italianidad de la banca” y había dificultado sobremanera la ejecución de las operaciones ralentizando el procedimiento autorizatorio y aprovechando la falta de transparencia del sistema de supervisión para disuadir a los bancos compradores. En el caso del intento de compra del banco polaco Hypo Vereinsbank, la medida restrictiva consistió en la ejecución de una cláusula de no competencia acordada por Unicredit y el Gobierno polaco en la compra por el primero del banco polaco Pekao. La Comisión remitió una carta al Estado polaco en la que le pedía que justificara inmediatamente su actuación, si bien Unicredit llegó a un acuerdo con el Gobierno polaco antes de que el plazo de contestación finalizara.

#### OTROS INTERESES: EL ASUNTO ABERTIS/AUTOSTRAD E

El intento de adquisición de control de Abertis sobre Autostrade se vio igualmente frustrado por el Estado italiano sin que la Comisión tuviera ocasión de adoptar ninguna decisión en el marco del artículo 21 RC. En este caso, la autoridad administrativa encargada de autorizar la operación rechazó la solicitud de autorización presentada por Abertis, decisión que fue apoyada por el Ministro de Fomento italiano sobre la base de dos argumentos: que la presencia de ACS en el accionariado de Abertis provocaba un problema de incompatibilidad, y que existían dudas sobre la capacidad de Abertis para llevar a cabo las inversiones requeridas para mantener y mejorar la red de carreteras italiana. El Gobierno italiano anuló las decisiones a petición de la Comisión pero el proceso de autorización posterior se alargó excesivamente y las partes decidieron suspender la operación. La Comisión llegó a plantear públicamente sus “dudas fundadas sobre la compatibilidad con el artículo 21 del hecho de que las autoridades italianas no hayan fijado por adelantado y de manera suficientemente clara los criterios públicos de interés invo-



cados para la aplicación del procedimiento de autorización y su incumplimiento a la hora de adoptar una decisión de autorización para la transferencia de la concesión". A pesar de ello, acabó archivando el procedimiento tras las justificaciones formuladas por el Estado italiano.

Lo anterior demuestra que tan cierto es que la Comisión y el Tribunal de Justicia han interpretado los intereses reconocidos y la proporcionalidad y necesidad de las medidas adoptadas para su protección tratando de evitar que la intervención de los Estados miembros frustrara la ejecución de operaciones de concentración que no resultaban incompatibles con el mercado único, como que en ninguno de los casos en los que la Comisión ha intervenido se han ejecutado las concentraciones tal y como se acordaron antes de la intervención estatal.

#### 4. CONCLUSIONES

La configuración actual del artículo 21 RC obliga a los Estados miembros que pretendan intervenir en una concentración de dimensión comunitaria a (i) someterse al sistema de autorización previa prácticamente en la totalidad de los casos; y (ii) limitar al máximo el impacto sobre la concentración de las medidas destinadas a proteger intereses públicos. A pesar de los avances en el control del intervencionismo estatal en las concentraciones de dimensión comunitaria, los Estados miembros no han tenido inconveniente en obstaculizar una concentración de dimensión comunitaria cada vez que lo han considerado oportuno aún a riesgo de ser sancionadas conforme al artículo 226 TCE.

Quizás merecería la pena explorar cauces procesales alternativos para proteger la eficacia del RC y, en este sentido, algún sector de la doctrina ha propuesto exprimir las posibilidades del efecto directo del artículo 21 RC, así como aplicar analógicamente a esta disposición las consecuencias jurídicas de la falta de notificación del artículo 88.3 TCE (i.e. posibilidad de las partes afectadas de obtener una decisión judicial de invalidez de las medidas adoptadas).<sup>34</sup> Lo cual nos indica dónde está la verdadera debilidad del sistema previsto en el artículo 21 RC: la falta de un mecanismo para frenar con rapidez y eficacia las medidas estatales que pretenden obstaculizar concentraciones de dimensión comunitaria.

.....  
<sup>34</sup> Gerard, Damian. *Protectionist threats against cross-border mergers: unexplored avenues to strengthen the effectiveness of article 21 ECMR*. *Common Market Law Review* 45: 987-1025, 2008. Kluwer Law International.

