

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN ESPAÑA: EVOLUCIÓN RECIENTE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

LUIS DE GUINDOS JURADO

Secretario General de Política Económica
y Defensa de la Competencia

El control de las concentraciones empresariales es probablemente el aspecto de la política de defensa de la competencia que ha atraído una mayor atención pública en los últimos años, tanto en la escena nacional como en el ámbito internacional. Asuntos como la prohibición por parte de la Comisión Europea de la adquisición de la empresa de aviónica *Honeywell* por parte de *General Electric* en el terreno internacional o el abandono de la fusión de Endesa e Iberdrola tras una autorización con condiciones por parte del Consejo de Ministros en el ámbito nacional han propiciado el debate a todos los niveles sobre el papel del control de concentraciones, su relación con otras políticas y los criterios sustantivos que deben primar en el análisis.

Su evolución reciente ha venido además marcada por importantes proyectos normativos que, en el caso comunitario, aún están en sus estadios iniciales y, en el español, han llevado a una profunda transformación del modelo y de su aplicación práctica al adoptarse el sistema de notificación obligatoria y previa a la ejecución de aquellas operaciones que superen determinados umbrales.

Si los años 1999 y 2000 han sido los de introducción de este nuevo modelo en España, el ejercicio de 2001 puede ser calificado como el de su consolidación con la aprobación del nuevo Reglamento, que recientemente ha entrado en vigor y que introduce importantes mejoras en el procedimiento y lo adapta a las reformas de la Ley de Defensa de la Competencia de los últimos años.

El sistema de notificación obligatoria no sólo ha supuesto un cambio en el contexto de toma de decisiones de los agentes económicos, sino que de él se han derivado importantes consecuencias para las propias autoridades de competencia. Junto al incremento espectacular en el número de operaciones analizadas, se ha ampliado el ámbito de control, la dimensión y complejidad de las concentraciones notificadas, lo que

ha exigido un notable esfuerzo para mejorar las técnicas de análisis y reforzar la transparencia del procedimiento, con el fin de garantizar la seguridad jurídica de los agentes económicos.

Este proceso ha propiciado un proceso de reflexión sobre la instrumentación del control de concentraciones en nuestro país, que se enmarca en un debate de igual o superior calado en el entorno europeo. En el caso español, la revisión del sistema ha llevado al nuevo Reglamento y la elaboración de un proyecto de Comunicación que recoge los elementos principales del análisis de concentraciones económicas por el Servicio de Defensa de la Competencia. En el ámbito comunitario, el debate no ha hecho sino comenzar y probablemente resultará en un cambio importante del sistema normativo que, por otra parte, ya está apuntándose en la práctica de la Comisión Europea.

Por todo ello, resulta especialmente interesante hacer un balance de la evolución reciente del control de concentraciones en nuestro país y poner sobre la mesa las cuestiones que probablemente determinarán su evolución en el futuro inmediato.

1. ACTUACIÓN NORMATIVA EN ESPAÑA EN 2001

Después de las profundas reformas acometidas en 1999 y 2000, la acción normativa en 2001 ha supuesto la consolidación del nuevo modelo, al adaptarse el procedimiento a dichas reformas y desarrollarse algunos aspectos complementarios de las mismas.

Entre las actuaciones normativas, cabe señalar en primer lugar la Ley 9/2001, de 4 de junio, por la que se modifican, entre otras normas, determinados artículos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Dicha Ley ha concretado algunos aspectos relativos al contenido y ejecución de los Acuerdos de Consejo de Ministros, al explicitar que en los mismos se podrá subordinar la aprobación de una operación de concentración a la observancia de condiciones que aporten al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los posibles efectos restrictivos sobre la competencia. En el supuesto de que la legislación sectorial correspondiente establezca algún tipo de limitación, el Acuerdo del Consejo de Ministros podrá autorizar su modificación en tanto se ejecuta y en los términos fijados en el mismo.

Por otra parte, dicha Ley ha establecido la aplicación de multas coercitivas en el caso de incumplimiento de lo previsto en los Acuerdos del Consejo de Ministros relativos al control de concentraciones.

En este mismo terreno, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ha modificado la Ley del Impuesto sobre Sociedades en lo relativo a la tributación de las transmisiones de elementos patrimoniales que se efectúen en cumplimiento de obligaciones establecidas por acuerdos de la Comisión Europea o del

Consejo de Ministros adoptados a partir del 1 de enero de 2002 en aplicación de las normas de defensa de la competencia en procesos de concentración empresarial.

Esta misma norma ha reformado la cuantía de la tasa por el estudio de las operaciones de concentración sujetas a control, aumentando su progresividad mediante el establecimiento de nuevos tramos para operaciones cuyo volumen de ventas supere los 3.000 millones de euros. Además, se ha dispuesto la asignación del 50 por ciento de la recaudación obtenida por el pago de dicha tasa a los recursos propios del Tribunal de Defensa de la Competencia, cuya naturaleza jurídica ha sido modificada para configurarlo como Organismo Autónomo y facilitar así un desarrollo óptimo de sus funciones.

Finalmente, el ejercicio 2001 se cerró con la aprobación del nuevo Reglamento de Control de Concentraciones (Real Decreto 1443/2001), principal iniciativa normativa en este terreno, que ha aumentado la claridad y transparencia del procedimiento además de adaptarlo a los cambios legislativos de los últimos años.

Entre las novedades más destacables de este nuevo Reglamento, cabe señalar tres. En primer lugar, se ha reforzado la seguridad jurídica al aclararse conceptos esenciales en el procedimiento como los de concentración y control, y facilitarse el cómputo del volumen de ventas de las partes a estos efectos al seguirse el criterio comunitario, más claro en lo relativo al tratamiento de los grupos empresariales.

En segundo lugar, se ha aclarado el régimen aplicable a las OPAS, modificándose también el Real Decreto sobre Régimen de Ofertas Públicas de Adquisición de Valores para incluir expresamente el procedimiento ante los órganos españoles de defensa de la competencia.

Finalmente, se ha reforzado la transparencia del procedimiento al disponerse la publicación por parte del Servicio de Defensa de la Competencia de sus informes sobre las operaciones notificadas una vez terminada la primera fase de la tramitación y resueltos los posibles aspectos confidenciales. Se trata de un asunto debatido en profundidad con los sectores más relacionados con la práctica del control de concentraciones que sin duda favorecerá el conocimiento de la actividad del Servicio de Defensa de la Competencia e irá consolidando los principios que guían la actuación administrativa en este terreno.

2. EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN ESPAÑA EN 2001

Después del notable incremento del número de operaciones notificadas en los dos ejercicios anteriores, cuya explicación radica en la introducción de la notificación obligatoria ya comentada, éste se redujo en 2001 (cuadro 1).

CUADRO 1

OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL ANALIZADAS

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Notificaciones	8	11	18	15	13	20	23	19	31	51	93	76
Archivo ¹	—	—	—	—	—	—	1	—	—	1	—	2
Remisión TDC	3	0	7	4	1	6	2	7	5	15	12	6
<i>Acuerdos del Consejo de Ministros</i>												
No oposición	2	—	4	3	—	4	—	2	3	6	4	3
Con condiciones	1	—	3	1	1	1	1	4	2	5	4	2
Prohibición	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1	2	1

¹ Por desistimiento de las partes, ausencia de operación de concentración a los efectos de la Ley 16/1989 o reenvío a la Comisión Europea.

Fuente: Servicio de Defensa de la Competencia. Ministerio de Economía.

Como recoge el cuadro 1, del total de operaciones analizadas, seis fueron remitidas al Tribunal de Defensa de la Competencia para su estudio en profundidad, de las que sólo una, en el sector eléctrico, fue prohibida por Acuerdo de Consejo de Ministros.

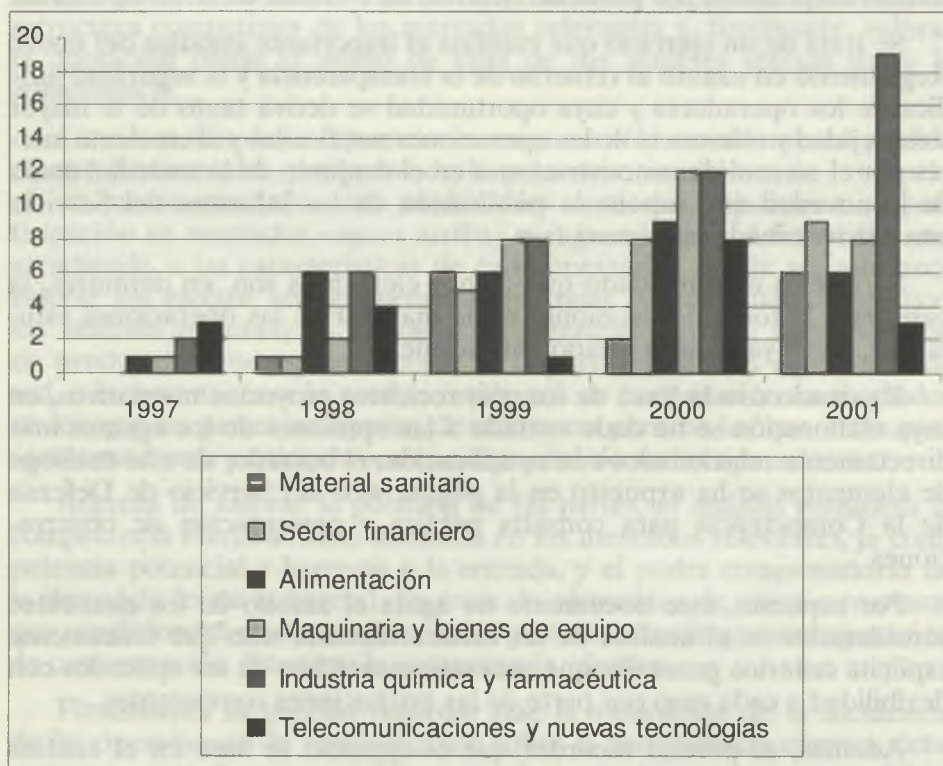
Estas cifras referidas al ejercicio 2001 son coherentes con la actuación de las autoridades españolas desde la puesta en marcha del sistema. Baste señalar que desde 1990, únicamente un 18 por ciento de las 378 operaciones estudiadas han sido remitidas al Tribunal de Defensa de la Competencia para su análisis. De aquellas remitidas al Tribunal, sólo cuatro (un 6 por ciento) han resultado prohibidas por el Consejo de Ministros, mientras que 33 (un 48 por ciento) han sido autorizadas y en 29 casos (43 por ciento) su autorización se ha sujetado a determinadas condiciones.

Así, una rápida revisión de la actividad de las autoridades españolas en cuanto al control de concentraciones permite extraer una clara conclusión: La prohibición es la excepción y la gran mayoría de operaciones son autorizadas en primera fase, tras su análisis por el Servicio de Defensa de la Competencia.

Desde el punto de vista cualitativo, las operaciones analizadas en 2001 han afectado a un amplio abanico de sectores desde las bebidas refrescantes a la maquinaria o a los diamantes para uso industrial, pasando por los seguros o el sector eléctrico. Como se observa en el gráfico 1, resulta destacable la tendencia creciente del número de operaciones notificadas en el sector financiero y sobre todo en la industria química y farmacéutica, que han representado un 25 por ciento del total en 2001 a gran distancia del resto de sectores.

GRÁFICO 1

OPERACIONES NOTIFICADAS POR SECTORES, 1997-2001



Finalmente, en relación con el control de concentraciones en 2001, resulta reseñable la aplicación, por primera vez, del art. 22 del Reglamento 4064/89, relativo al reenvío de casos desde las autoridades nacionales a la Comisión Europea. En particular, el Servicio solicitó, junto con las autoridades de otros Estados miembros, la aplicación de dicho artículo al asunto Promatech-Sulzer.

Dicha solicitud, finalmente aceptada por la Comisión Europea, se basó en que se trataba de una operación notificada en un número elevado de Estados, que podría plantear problemas de competencia en varios de ellos, y en la cual la dimensión geográfica de los mercados relevantes era superior a la nacional. Se trata sin duda de un precedente importante que pone de relieve la creciente coordinación entre las autoridades europeas en materia de control de concentraciones.

3. PROYECTOS EN MARCHA: CATÁLOGO DE ELEMENTOS ESENCIALES DEL ANÁLISIS

En el contexto del citado Real Decreto 1443/2001, que ha entrado en vigor el 8 de febrero pasado, el Ministerio de Economía ha iniciado

la elaboración de un documento de carácter informal que recoja de forma clara los elementos principales del análisis de operaciones de concentración empresarial por parte del Servicio de Defensa de la Competencia.

Se trata de un ejercicio que culmina el importante impulso del nuevo Reglamento en cuanto al refuerzo de la transparencia y la seguridad jurídica de los operadores y cuya oportunidad se deriva tanto de la mayor complejidad y relevancia de las operaciones notificadas y el creciente interés por el control de concentraciones en el conjunto de la sociedad como de la novedad que supone la publicación de los informes del Servicio una vez terminada la primera fase.

Su interés es claro dado que dichos elementos son, en definitiva, la base para la toma de decisiones en la mayoría de las operaciones estudiadas, como ya se ha señalado anteriormente.

Siguiendo con la línea de los más recientes proyectos normativos, en cuya elaboración se ha dado entrada a las opiniones de los agentes más directamente relacionados con su aplicación, el borrador de este catálogo de elementos se ha expuesto en la página web del Servicio de Defensa de la Competencia para consulta pública y presentación de observaciones¹.

Por supuesto, este documento no agota el ámbito de los elementos considerados en el análisis de las concentraciones sino que únicamente explicita criterios generales que necesariamente han de ser aplicados con flexibilidad a cada caso por parte de las instituciones competentes.

Además, es preciso recordar que el ejercicio se basa en el análisis del Servicio de Defensa de la Competencia y, por tanto, no se refiere a los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia ni tampoco a los criterios que inspiran en última instancia los Acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros en este terreno.

En cuanto al contenido, estas «directrices» giran en torno al criterio sustantivo del análisis de las operaciones de concentración: la posible obstaculización de la competencia efectiva. En definitiva, la valoración de cada operación de concentración por parte del Servicio de Defensa de la Competencia no se deriva directamente de un determinado grado de concentración o una cuota concreta de los operadores en un mercado relevante, sino que exige el análisis detallado de un conjunto de aspectos para valorar si una operación puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva y debe, por tanto, ser remitida para un análisis más detallado al Tribunal de Defensa de la Competencia.

Sobre esta base, las «directrices» exponen someramente el conjunto de elementos generalmente considerados por el Servicio de Defensa de la Competencia para determinar si la operación notificada es una concentración a los efectos de la Ley 16/1989 y cuál debe ser el tratamiento

¹ <http://www.mineco.es/dgpedc/new/new.htm>.

de sus posibles elementos cooperativos o restricciones accesorias, identificar cuáles serán los mercados potencialmente afectados por la operación, o «mercados relevantes» de producto y geográfico, analizar la estructura competitiva de los mercados relevantes y, finalmente, valorar la operación desde el punto de vista de sus posibles efectos sobre la competencia.

La valoración de las operaciones exige no sólo considerar sus posibles efectos horizontales, derivados de la presencia simultánea de las partes en un mismo mercado, sino también los verticales, relativos a su participación en mercados «aguas arriba» o «aguas abajo». Adicionalmente, atendiendo a las características de cada operación, puede ser relevante valorar los efectos «conglomerado», sinergias o economías de alcance, los «efectos cartera», en mercados caracterizados por la diferenciación de producto, otros aspectos como la importancia de las economías de red, e incluso analizar la posible incidencia de la operación en mercados en los que las partes no operan directamente pero en los que están presentes mediante participaciones en el capital de varios operadores.

Además de valorar la posición de las partes, el análisis considera la competencia efectivamente instalada en los mercados relevantes, la competencia potencial y barreras a la entrada, y el poder compensatorio de la demanda (o de la oferta). Se trata de elementos de corte estructural que condicionarán sustancialmente las posibilidades de que una operación de concentración deteriore la competencia efectiva.

Finalmente, es preciso recordar que la valoración de la incidencia de las operaciones de concentración sobre la competencia efectiva debe necesariamente hacerse en el contexto de mercados concretos, que deben ser analizados desde una perspectiva dinámica, atendiendo tanto a su situación cíclica como a sus perspectivas de medio y largo plazo. En este sentido, puede ser relevante considerar la madurez del mercado o la importancia de la innovación en su evolución, e incluso el carácter de las operaciones en función de la fase del ciclo económico en que se produzcan.

4. PERSPECTIVAS DE FUTURO

El control de las concentraciones empresariales es un elemento fundamental de los sistemas de defensa de la competencia que, como el español, combinan la prohibición y persecución de prácticas anticompetitivas con una actuación preventiva ante cambios en la estructura del mercado que puedan favorecer la aparición de dichas prácticas.

El objetivo último del control de concentraciones no consiste en impedir las decisiones empresariales que llevan al aumento del tamaño de los operadores o a la modificación de su estructura de control en respuesta a los cambios en los mercados, sino adoptar las medidas oportunas para que de ellas no se deriven efectos negativos para la competencia efectiva,

para la competitividad empresarial y, en definitiva, para el bienestar de los consumidores.

Este objetivo está claro en la práctica de las autoridades nacionales: la prohibición es la excepción en el sistema español de control de concentraciones y la gran mayoría de asuntos no pasan a la segunda fase y son autorizados en el plazo de un mes, tras su análisis por el Servicio de Defensa de la Competencia.

En el mundo real, la estrategia de los operadores económicos se orienta principalmente al aumento de su peso relativo y, en definitiva, de su poder de mercado. Esta estrategia está en la base de la innovación empresarial y el aumento de la eficiencia.

En este contexto, la política económica ha de garantizar que dichos comportamientos se produzcan en un entorno que no dificulte o impida la entrada de competidores. Con ello, el control de concentraciones no debe tener como fin la eliminación del poder de mercado sino prevenir el surgimiento o refuerzo de barreras a la entrada que, por limitar la competencia potencial, eliminen sus efectos disciplinantes sobre los operadores ya instalados.

Así, el principal reto de las autoridades de competencia debe ser disponer de normas que no resulten en límites a la evolución de los mercados sino que puedan adaptarse a sus cambios al basarse en principios claros, transparentes y coherentes con las propias reformas regulatorias.

Por ello, las autoridades españolas han dado pasos importantes en los últimos años en el marco de una constante reflexión sobre el objeto y la instrumentación ideal del control de concentraciones. Así, al mismo tiempo en que se ha consolidado un modelo que aumenta el ámbito de control, al basarse en la notificación obligatoria y previa de las concentraciones, se ha realizado un notable esfuerzo en cuanto a transparencia, flexibilidad y seguridad jurídica. Todo ello sin perder de vista que la valoración debe centrarse en evitar el deterioro de la competencia efectiva y enmarcarse en un análisis dinámico de los mercados, tanto en corto como en medio y largo plazo.

Este proceso no es ajeno a los debates que se desarrollan en el contexto internacional, y más particularmente en el europeo, y que se han plasmado en el Libro Verde sobre la reforma del Reglamento de Concentraciones recientemente presentado por la Comisión Europea.

Dicha iniciativa pone de relieve la necesidad de adaptar los mecanismos para el control de concentraciones a los retos derivados de las estrategias empresariales en el contexto de la globalización. Asuntos tan importantes como cuál debe ser el criterio sustantivo para el análisis de las operaciones, cuál debe ser el tratamiento de operaciones que afectan a varios Estados miembros, o el encaje de la presentación de compromisos por las partes han sido puestos sobre la mesa y centrarán el debate en los próximos meses.

Dada la importancia del control de concentraciones para los operadores económicos, se trata de un debate necesario que debe resultar en procedimientos adecuados a la evolución de los mercados, que no resulten en una limitación de las legítimas estrategias empresariales en una economía de mercado sino en la prevención de aquellos cambios estructurales que puedan limitar la competencia efectiva en los mercados y, en última instancia, resultar en un deterioro del bienestar general.

Y LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES, APLICACIÓN PRÁCTICA

GIORGIO SOLARI

Profesor de Derecho de Empresa
de la Universidad

— La decisión de la Comisión Europea de declarar incompatible con el mercado común la operación de concentración mediante la cual General Electric adquiere el control de Honeywell genera una importante polémica internacional. Incluso, las más altas esferas políticas de varios países del Atlántico...

La polémica no surgió por el hecho de declarar incompatible con el mercado común una operación de concentración, puesto que ya era la primera vez que la Comisión Europea declara una operación de este tipo incompatible. Pero, siempre en este caso se trata de un doble aspecto de los procedimientos: los dos empresas eran estadounidenses y, previamente a la decisión de la Comisión Europea, la operación había recibido el consentimiento del Departamento de Justicia de Estados Unidos.

Esta cuestión ha originado un gran número de discusiones y la aparición de numerosas críticas al artículo 1.º letra c) y apartado 2.º de la Decisión de la Comisión Europea, que derivaron en y simplificaron un debate de gran trascendencia doctrinal y jurídica concerniente para la seguridad jurídica de la actividad empresarial transnacional.

La polémica se pone política, obviamente, de un punto de vista sobre cómo se aplican los artículos en la aplicación práctica del control de

©Derechos reservados. Todos los derechos reservados.

— La Comisión Europea declara incompatible con el mercado común una operación de concentración mediante la cual General Electric adquiere el control de Honeywell. En primer lugar, la decisión de la Comisión Europea sobre esta operación, por el momento, se limita a Estados Unidos.

— La Comisión Europea declara incompatible con el mercado común una operación de concentración mediante la cual General Electric adquiere el control de Honeywell. En primer lugar, la decisión de la Comisión Europea sobre esta operación, por el momento, se limita a Estados Unidos. En segundo lugar, la decisión de la Comisión Europea sobre esta operación, por el momento, se limita a Estados Unidos. En tercer lugar, la decisión de la Comisión Europea sobre esta operación, por el momento, se limita a Estados Unidos.

