

EL NUEVO SISTEMA COMUNITARIO DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

✍ EDURNE NAVARRO VARONA y SERGIO BACHES OPI
Abogados ()*

1. INTRODUCCIÓN

El 1 de mayo de 2004 entró en vigor el nuevo Reglamento 139/2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento 139/2004» o «Nuevo Reglamento») ¹, por el que se deroga el Reglamento 4064/89 ². La reforma pone fin a la revisión del sistema comunitario de control de concentraciones que inició la Comisión Europea («Comisión») con la publicación de su Libro Verde a finales de 2001 ³, y que se vio acelerada tras la adopción de varias sentencias por parte del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas («TPI») que anularon ciertas decisiones de la Comisión en este ámbito ⁴. El texto definitivo del Reglamento 139/2004 se aparta en algunos puntos de la propuesta que la Comisión realizó al Consejo,

en un claro reflejo de las reticencias de los Estados miembros a conceder un mayor poder a la Comisión en el ámbito del control de las concentraciones económicas.

La adopción del Nuevo Reglamento se acompaña de un paquete de reformas que afectan tanto a la aplicación e interpretación del propio Reglamento como al proceso interno de adopción de decisiones de la Comisión. Por lo que se refiere a las primeras, cabe destacar la adopción de Directrices para la evaluación de las concentraciones horizontales (entre empresas competidoras) («Directrices Horizontales»), ⁵ y de un Código de Buenas Prácticas en la tramitación de los procedimientos de control de concentraciones ⁶. A éstas seguirán a lo largo del año 2004 varias comunicaciones interpretativas del

(*) Abogados destacados en las oficinas de Uría & Menéndez en Bruselas y Barcelona, respectivamente.

¹ Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (*DOUE* L 24, de 29 de enero de 2004).

² Reglamento (CE) 4064/1989 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las concentraciones entre empresas (*DOCEL* 395, de 30 de diciembre de 1989, versión rectificada en el *DOCE* L 25, de 21 de septiembre de 1990), modificado por el Reglamento (CE) 1310/97 (*DOCEL* 180, de 9 de junio de 1997, corrección de errores en el *DOCEL* 40, de 13 de febrero de 1998).

³ Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) 4064/89 del Consejo, presentado por la Comisión COM (2001) 745/6, de 11 de diciembre de 2001.

⁴ Sentencias del TPI de 6 de junio de 2002, en el asunto *Airtours c. Comisión* (as. T-342/99, Rec. pág. II-2585), de 25 de octubre de 2002 en el asunto *Tetra Laval B.V. c. Comisión* (as. T-5/02, Rec. pág. II-4381) y de 22 de octubre de 2002 en el asunto *Schneider Electric SA c. Comisión* (as. T-77/02, Rec. pág. II-4201).

⁵ *DOUE* C 31, de 5 de febrero de 2004.

⁶ Este texto no ha sido publicado en el *DOUE*, pero se encuentra disponible en la página *web* de la Comisión: <http://www.europa.eu.int/comm>.

Reglamento, algunas de las cuales sustituirán a las actualmente vigentes⁷.

La reforma se completa con la adopción de un nuevo Reglamento de procedimiento para la aplicación de las normas previstas en el Reglamento 139/2004 («Reglamento de Procedimiento») ⁸, que sustituye al Reglamento 447/98 relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento 4064/89⁹.

Por último, la Comisión ha introducido una serie de medidas no legislativas para mejorar la calidad de la toma de decisiones en los casos de concentración, que se analizarán en la Sección 5.

El presente artículo tiene por objeto analizar las novedades más significativas que el Reglamento 139/2004 y las Directrices Horizontales han introducido en el sistema comunitario de control de concentraciones, destacando especialmente las consecuencias prácticas que dichas novedades pueden producir para la evaluación de las concentraciones de dimensión comunitaria¹⁰.

2. MOTIVACIÓN Y ALCANCE DE LA REFORMA

El Reglamento 4064/89 introdujo por primera vez en el sistema comunitario de defensa de la competencia un conjunto de normas específicas para eva-

luar la compatibilidad de las concentraciones con el mercado común. El reparto de competencias entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros se organizó entorno al llamado principio «one stop shop» o de «ventanilla única» que confiere a la Comisión la jurisdicción exclusiva sobre las concentraciones de dimensión comunitaria, y ello sin perjuicio de ciertos mecanismos de remisión entre los Estados miembros y la Comisión¹¹.

El Reglamento 4064/89 fue reformado a través del Reglamento 1310/97, que modificó los umbrales de notificación con el objetivo de reducir el número de notificaciones múltiples (esto es, presentadas en varios Estados miembros), y extendió el concepto de «concentración» a las empresas en participación con plenas funciones¹². El objetivo de la reforma de 1997 no fue otro que conseguir que un mayor número de concentraciones quedasen sometidas al control de la Comisión. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que los efectos de dicha reforma han sido modestos, y se ha considerado necesaria una reforma adicional.

Inicialmente, la Comisión propuso un sistema de remisión automática a la Comisión cuando una concentración de dimensión no comunitaria debiera notificarse en al menos tres Estados miembros¹³. Sin embargo (véase epígrafe 3.1.1 *infra*), el Consejo no

⁷ En particular, la Comisión Europea prevé adoptar las siguientes Comunicaciones interpretativas: Comunicación sobre asignación de asuntos entre los Estados Miembros y la Comisión (mayo 2004, texto del proyecto disponible en:

http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/consultation/case_allocation.pdf);

Comunicación sobre restricciones accesorias (verano 2004, texto del proyecto disponible en:

<http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/consultation/restrictions.pdf>); Comunicación sobre compromisos para facilitar la aprobación de una concentración (verano 2004);

Comunicación sobre el procedimiento simplificado (verano 2004, texto del proyecto disponible en

<http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/consultation/simplified.pdf>); Comunicación sobre el concepto de concentración (finales de 2004);

Comunicación sobre el concepto de empresa en participación con plenas funciones (finales 2004); Comunicación sobre el cálculo del volumen de negocio, y Comunicación sobre los efectos verticales y conglomerales (durante 2005).

⁸ Reglamento (CE) 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (*DOUE* L 133, de 30 de abril de 2004).

⁹ Reglamento (CE) 447/98 de la Comisión, de 1 de marzo de 1998, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (*DOUE* L 61, de 2 de marzo de 1998).

¹⁰ El carácter de concentración de dimensión comunitaria se determina conforme al art. 1.2 y 3 del Reglamento 139/2004, que establece ciertos umbrales de volumen de negocio que no se han visto modificados por la reforma.

¹¹ El Reglamento 139/2004 mantiene el principio de «ventanilla única» (art. 21.1) y los mecanismos de remisión (arts. 9 y 22), pero introduce posibilidades adicionales de remisión.

¹² Art. 3.2 del Reglamento 4064/89.

¹³ Libro Verde, apdos. 54 a 57.

aceptó esta propuesta y la reforma ha introducido un mecanismo mucho más modesto y de resultados inciertos.

En el orden procedimental, la Comisión también destacó la necesidad de mejorar las garantías del procedimiento para los administrados, flexibilizando los plazos de presentación y tramitación de notificaciones, los requisitos para su presentación, y el acceso al expediente por las partes notificantes en la fase anterior a la remisión del pliego de cargos por parte de la Comisión en los casos de concentraciones cuya compatibilidad con el mercado común plantee serias dudas. Estas mejoras, adoptadas en los textos definitivos, tienen su contrapartida en la adopción de una serie de medidas que incrementan los poderes sancionadores y de investigación de la Comisión (véanse epígrafes 3.1.1 y 3.1.3 *infra*).

Por otra parte, y en el orden sustantivo, la Comisión inició un debate entorno a la conveniencia de sustituir el criterio de evaluación de las concentraciones establecido en el artículo 2 del Reglamento 4064/89 («creación o reforzamiento de una posición de dominio» —el llamado «criterio de dominancia»), por un criterio más dinámico basado en el análisis de los efectos de la concentración sobre los mercados afectados («disminución sustancial de la competencia» — el llamado «criterio DSC»). La Comisión aludió a las limitaciones del criterio de dominancia para controlar aquellas concentraciones que producen una disminución significativa de la competencia en un mercado oligopolístico donde no existe coordinación entre empresas (colusión), aunque no se cree o refuerce una posición de dominio, individual o colectiva¹⁴.

Como se expondrá más adelante (epígrafe 3.2.1 *infra*), el criterio finalmente adoptado por el Reglamento 139/2004 parece ser un criterio híbrido («obstaculización significativa de la competencia, en particular mediante la creación de una posición dominante»), por cuanto que amplía el criterio de evaluación del Reglamento 4064/89 a las concentraciones en mercados oligopolísticos no colusorios, pero mantiene las situaciones de dominancia como la principal modalidad de concentración susceptible de producir una obstaculización significativa de la competencia¹⁵.

3. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR EL REGLAMENTO 139/2004

3.1. Aspectos jurisdiccionales y procedimentales

El Reglamento 139/2004 incluye aspectos innovadores de orden procedimental relativos a los extremos que se analizan a continuación.

3.1.1. Sistema de remisión de asuntos

Dada la oposición de los Estados miembros a una reducción de los umbrales de notificación de las concentraciones en favor de la Comisión, se ha optado por modificar únicamente el sistema de remisión de asuntos entre la Comisión y los Estados miembros, que permite a la Comisión examinar aquellas concentraciones que, pese a no superar los umbrales de notificación previstos en el Reglamento, tengan relevancia comunitaria, y permite remitir a los Estados miembros aquellas operaciones que, a pesar de tener dimensión comunitaria, puedan ser mejor analizadas a nivel nacional. Esta posibilidad de remisión a solicitud de los Estados miembros aparecía ya recogida en los artículos 9 y 22.3 del Reglamento 4064/89.

Sin embargo, el Reglamento 139/2004 pretende simplificar y flexibilizar (ampliando los plazos) el sistema de remisión de asuntos entre la Comisión y los Estados miembros, con el objetivo de garantizar, de conformidad con el principio de subsidiariedad, que cada caso sea examinado por la autoridad de competencia mejor situada.

Pero la novedad más significativa del Nuevo Reglamento reside en que se faculta a las partes notificantes (artículo 4), y no sólo a los Estados miembros, para solicitar la remisión de una concentración a la Comisión o a un Estado miembro de forma total o parcial. La solicitud de remisión deberá realizarse con carácter previo a la notificación en la jurisdicción que en principio sería competente.

Las partes podrán solicitar la remisión a la Comisión de aquellas concentraciones que, si bien carecen de dimensión comunitaria, tienen que ser notificadas en al menos tres Estados miembros conforme a la normativa nacional. Se trata de permitir a las empresas evitar la notificación en un gran número de Estados miembros, solicitando a la Comisión que inter-

¹⁴ Libro Verde, Apdo. 159 a169.

¹⁵ Considerando 25 del Reglamento 139/2004, en relación con su art. 1.2.

venga. Sin embargo, esta posibilidad obliga a las empresas a examinar la regulación nacional de control de concentraciones de cada uno de los Estados miembros donde produzca efectos. Las partes tendrán que completar un formulario especial previsto a tal efecto, que obliga a facilitar información muy detallada sobre la operación en dichos Estados, y que puede constituir una carga de trabajo importante, prácticamente equivalente a la preparación de una notificación¹⁶. Teniendo en cuenta que la aceptación de la solicitud de remisión no está garantizada, dado que cualquier Estado miembro afectado por la operación puede oponerse sin necesidad de motivación alguna, resulta incierto en qué medida las empresas realizarán el esfuerzo necesario para solicitar la remisión.

En efecto, la remisión no es automática, sino que requiere la conformidad (aunque sea tácita) de todos los Estados miembros en los que la operación debería haber sido notificada. La Comisión informará a dichos Estados de la solicitud de remisión, que dispondrán de un plazo de quince días laborables desde la recepción del escrito remitido por la Comisión para oponerse. Transcurrido dicho plazo sin que haya habido oposición, la concentración deberá ser considerada como de dimensión comunitaria y examinada por la Comisión de conformidad con el Reglamento 139/2004.

El Nuevo Reglamento también permite que las partes notificantes soliciten a la Comisión la remisión a un Estado miembro de operaciones de concentración de dimensión comunitaria. Esta posibilidad se prevé para aquellos supuestos en que la operación afecte significativamente a la competencia en el mercado de dicho Estado.

En este caso, el procedimiento de remisión se inicia con la presentación a la Comisión de una solicitud de la que ésta dará posteriormente traslado a todos los Estados miembros. A partir de la recepción de la solicitud de remisión, la autoridad nacional de competencia del Estado al que se pretende remitir la concentración dispondrá de un plazo de quince días para manifestar su desacuerdo. Pero en este caso el

consentimiento de la autoridad nacional no supondrá la remisión automática de la operación. La Comisión goza de discrecionalidad para decidir en uno u otro sentido, en el plazo de máximo de veinticinco días laborables contados desde la recepción de la solicitud. De no hacerlo así, se presumirá que su decisión es positiva, debiendo proceder a la remisión de la concentración al Estado miembro afectado.

3.1.2. Flexibilización de los plazos de notificación y tramitación del procedimiento

El Reglamento 4064/89 establecía (artículo 4.1) un plazo para la notificación de una semana desde la fecha de «conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje o de la adquisición de una participación de control», que había suscitado numerosas críticas debido a su rigidez. En la práctica, la Comisión venía interpretando este plazo de forma flexible, no recurriendo a la imposición de la multa por notificación tardía prevista en el antiguo artículo 14.1.a), salvo que se hubiese procedido a la ejecución de la operación con carácter previo a su notificación.

El Nuevo Reglamento suprime este plazo, si bien mantiene la necesidad de notificar con anterioridad a la ejecución de la operación y con ello el principio de control *ex ante* de las concentraciones por la Comisión.

La supresión del plazo de notificación introduce una flexibilidad que resulta muy beneficiosa para las partes, al permitirles decidir en qué momento notificar la concentración en función de sus intereses. Es previsible además que se produzca una mejora en la coordinación con las autoridades de competencia de otras jurisdicciones (en particular con la «*Federal Trade Commission*» norteamericana —«FTC»), que podría reducir el riesgo de resultados divergentes en aquellos procedimientos de control de concentraciones que produzcan efectos en varias jurisdicciones¹⁷.

En segundo lugar, el Nuevo Reglamento introduce la posibilidad de notificar una operación con carácter previo a la conclusión de un acuerdo vinculante en dos supuestos, a saber: (i) cuando las empre-

¹⁶ Anexo III del Reglamento de Procedimiento.

¹⁷ En este mismo sentido véase W. Berg y P. Ostendorf, «The Reform of the EC Merger Control: Substance and Impact of the Proposed New Procedural Rules», *European Competition Law Review*, 2003, núm. 11, pág. 594; E. Navarro Varona, *et al. Merger Control in the European Union*, Oxford, 2002, pág. 346, apdo. 12.39; Libro Verde, apdos. 180 a 186.

sas afectadas demuestren a la Comisión su intención de buena fe de concluir un acuerdo; o (ii) en el caso de una oferta pública de adquisición, cuando las empresas afectadas hayan anunciado públicamente su intención de presentar tal oferta. El Reglamento 139/2004 precisa (considerando 34) que las empresas partícipes podrán acreditar la intención de buena fe de concluir un acuerdo aportando, por ejemplo, un memorando de acuerdo o una carta de intenciones.

Esta modificación debe valorarse de forma positiva. La posibilidad de notificar una concentración en un estadio más o menos temprano de las negociaciones evitará los elevados costes que pueden derivarse de su no autorización por la Comisión (costes de negociación del acuerdo final, cláusulas penales por falta de ejecución, etc.). Igualmente permitirá reorientar la negociación del acuerdo vinculante a la vista de los compromisos que pueda exigir la Comisión para la aprobación de la operación, sin incurrir en los costes adicionales y la negociación entre las partes que supone la modificación de un acuerdo ya firme. No obstante, la Comisión también ha apuntado el riesgo¹⁸ (remoto si atendemos a la experiencia en países que, como España, actualmente aplican este sistema), de notificaciones meramente especulativas que «desperdiciarían» los escasos recursos de la Comisión.

La tercera novedad del Reglamento 139/2004 en este ámbito resulta de la modificación de los plazos de tramitación de los expedientes. Con esta reforma se ha pretendido dotar al procedimiento de mayor flexibilidad, concediendo a las partes y a la Comisión la posibilidad de contar con plazos adicionales¹⁹.

Los plazos establecidos en el Nuevo Reglamento pasan a computarse con carácter general por días laborables en lugar de semanas, quedando por lo tanto los sábados, domingos y festivos²⁰ excluidos del cómputo del plazo.

La duración mínima del procedimiento se extiende, pasando la Primera fase de un mes a veinticinco días laborables (por lo que se amplía en aproximadamente una semana), y de cuatro meses a noventa días laborables en la Segunda fase (se amplía en aproximadamente dos semanas). Por su parte, la duración máxima de la Primera fase pasa de seis semanas a treinta y cinco días laborables (ampliándose en aproximadamente una semana) y la de la Segunda fase de cuatro meses a ciento veinticinco días laborables (ampliándose en aproximadamente nueve semanas).

A su vez, el Nuevo Reglamento introduce novedades en lo que respecta a la ampliación de plazos como consecuencia de la presentación de compromisos por las partes de la operación. En Primera fase se sigue estableciendo un plazo adicional de diez días laborables en caso de presentación de compromisos (ya previsto por el Reglamento 4064/89). En la Segunda fase se introduce la posibilidad (inexistente hasta ahora), de ampliar en quince días laborables el plazo de tramitación en el supuesto de que las partes propongan compromisos entre el día cincuenta y cinco y el día sesenta y cinco contados desde el inicio de esta fase. Además, las partes dispondrán de más tiempo para presentar compromisos en Segunda fase, hasta un plazo máximo de ochenta y cinco días laborables desde el comienzo de dicha fase, frente a los tres meses previstos bajo la regulación anterior²¹.

¹⁸ Libro Verde, apdo. 185.

¹⁹ La rigidez de los plazos de tramitación de los procedimientos, en particular del procedimiento en Segunda fase, había sido objeto de severas críticas, dado que las empresas estaban obligadas a presentar compromisos en el plazo de tres meses desde la fecha de incoación del procedimiento (art. 18 del Reglamento 447/98) sin poder obtener extensión alguna del plazo máximo de tramitación del expediente que les permitiese debatirlos con la Comisión de forma detallada para facilitar su aprobación. Teniendo en cuenta además que este plazo habitualmente expiraba pocos días después de la audiencia, las partes se veían obligadas a realizar un doble esfuerzo: (i) defensa frente a las objeciones planteadas por la Comisión; y (ii) paralelamente, presentación de compromisos a fin de conseguir que decayesen dichas objeciones. Por otra parte, la rigidez de este plazo planteaba problemas para la propia Comisión en aquellos casos en que la evaluación de la operación o de los compromisos requería un análisis económico complejo y resultaban necesarios estudios adicionales y consultas a terceros.

²⁰ Art. 24 del Reglamento de Procedimiento. La Comisión Europea publica cada año en el *DOUE* una lista de los días festivos a estos efectos. Para el año 2004 véase *DOUE* C 284, de 27 de noviembre de 2003.

²¹ El Reglamento de Procedimiento prevé en su art. 19 que el plazo máximo para la presentación de compromisos será de sesenta y cinco días laborables. No obstante, en el supuesto de que se produzca un ampliación de plazo a solicitud de las partes o de la Comisión (con arreglo al segundo párrafo del art. 10.3 del Nuevo Reglamento), el plazo de presentación de compromisos podrá ampliarse hasta un límite de veinte días laborables (esto es, hasta los ochenta y cinco días laborables).

Por otra parte, durante la tramitación de la Segunda fase se prevén plazos adicionales de veinte días a solicitud de las partes, o de la Comisión con el consentimiento de éstas a fin de disponer de tiempo adicional para la investigación.

El resultado es una notable ampliación de la duración del procedimiento, que podrá extenderse hasta ciento sesenta días laborables (aproximadamente treinta y dos semanas), frente a las veintidós semanas que constituían el plazo máximo de tramitación conforme al Reglamento 4064/89.

De nuevo la reforma merece en este punto una valoración positiva, si bien algunos extremos resultan susceptibles de crítica. En particular, la sujeción de la posibilidad de ampliación del plazo de investigación de la Comisión al consentimiento por las partes resulta más hipotética que real. Teniendo en cuenta que las operaciones objeto de examen en Segunda fase son aquellas que *prima facie* plantean problemas de compatibilidad con el mercado común y que, en la mayoría de los casos, requerirán la presentación de compromisos que deberán ser aceptados por la Comisión, resulta difícil imaginar que las partes vayan a oponerse a la solicitud de la Comisión, dadas las consecuencias que dicha negativa puede llevar aparejadas. Ello podría dar lugar a retrasos innecesarios, si la Comisión recurre de modo sistemático a la necesidad de ampliar su investigación para obtener un plazo adicional.

3.1.3. Ampliación de los poderes de inspección de la Comisión e incremento del importe de las multas

Como contrapartida a la mayor flexibilidad que el Nuevo Reglamento aporta a las partes, se ha producido una importante ampliación de los poderes de investigación de la Comisión, que pasan a situarse en la misma línea que los previstos en el Reglamento del Consejo 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado («Reglamento 1/2003») ²².

Entre las nuevas facultades otorgadas a la Comisión cabe destacar su capacidad para: (i) solicitar información a las empresas partícipes, bien median-

te solicitud simple de información o mediante decisión; (ii) entrevistar, no sólo a los representantes de la empresa (como preveía el Reglamento 4064/89), sino a toda persona física o jurídica que acepte ser entrevistada; y (iii) precintar locales, libros o documentos de la empresa. Esta última facultad queda limitada a que concurren circunstancias excepcionales y al periodo de tiempo que resulte estrictamente necesario para la realización de una inspección, que en principio no podrá ser superior a cuarenta y ocho horas ²³.

No obstante, el Reglamento 139/2004 no prevé el derecho de la Comisión a inspeccionar el domicilio particular de los representantes de la empresa, posibilidad que sí contempla el Reglamento 1/2003 para aquellas inspecciones que tengan lugar en el ámbito de los artículos 81 y 82 del Tratado CE.

Esta ampliación de las facultades de la Comisión en el marco de los procedimientos de control de concentraciones ha sido vista con reticencia por cierto sector doctrinal, que duda de su utilidad práctica a la vista del escaso número de precedentes en los que la Comisión ha llevado a cabo investigaciones en el pasado ²⁴. En cualquier caso, no cabe duda de que va a permitir a la Comisión realizar un examen mucho más profundo y documentado de las operaciones de concentración.

Por otra parte, el Nuevo Reglamento incrementa sensiblemente las multas que podrá imponer la Comisión, tanto de carácter sancionador como coercitivo, de nuevo siguiendo la pauta marcada por el Reglamento 1/2003. Así, la negativa a suministrar información a la Comisión y la remisión de informaciones incorrectas o engañosas, podrá sancionarse con multas de hasta el 1% del volumen de negocios total de la empresa infractora. La multa coercitiva por estas infracciones podrá elevarse hasta el 5% del volumen diario de negocios de la empresa infractora. No obstante lo anterior, el incremento más sustancial se ha producido sin duda en la multa por omisión del deber de notificación, que podrá alcanzar un 10% del volumen de negocios total de la empresa afectada (frente a los cincuenta mil euros que consti-

²² Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado (DOUE L 1, de 4 de enero de 2003).

²³ Considerando 39 del Nuevo Reglamento.

²⁴ Véase W. Berg y P. Ostendorf, cit., pág. 602.

tuían el límite máximo para esta infracción en el antiguo Reglamento)²⁵.

3.2. Aspectos sustantivos

3.2.1. Nuevo criterio sustantivo para la evaluación de concentraciones

La novedad más relevante y que más debates, críticas y alabanzas ha suscitado es sin duda el establecimiento de un nuevo criterio sustantivo de análisis de las concentraciones de dimensión comunitaria.

El criterio de evaluación previsto en el artículo 2 del Reglamento 4064/89, denominado «criterio de dominancia», atendía fundamentalmente a la «creación o reforzamiento de una posición de dominio» en el mercado o mercados afectados como resultado de la concentración, al objeto de valorar su compatibilidad con el mercado común. El análisis se centraba por tanto en el perjuicio que la concentración podía causar a la estructura competitiva del mercado.

Este concepto de posición de dominio había sido interpretado por los tribunales comunitarios de un modo más flexible que en su aplicación a la figura de abuso de posición de dominio²⁶. La creación o reforza-

miento de dicha posición no era por sí misma suficiente para que una concentración fuese declarada incompatible con el mercado común. Era necesario que se produjese además una distorsión significativa de la competencia en los mercados afectados. Pese a ello, la creación o reforzamiento de una posición de dominio constituía un requisito previo ineludible, cuya ausencia impedía a la Comisión prohibir una concentración²⁷.

Frente al criterio estructural, representado por el «*test de dominancia*», la Comisión propuso la introducción de un criterio más flexible que permitiese centrar el análisis de una concentración en los efectos que la misma produce sobre la competencia en los mercados afectados, aproximándose así al criterio de evaluación contemplado en la normativa norteamericana: la «disminución sustancial de la competencia» («DSC»)²⁸. Con la modificación del criterio sustantivo de evaluación de las concentraciones se pretendía controlar aquellas concentraciones que pudieran producir una disminución significativa de la competencia en el mercado sin crear o reforzar una posición de dominio individual o colectiva²⁹.

²⁵ En el caso de España, la multa por incumplimiento de la obligación de notificación se prevé en el art. 18 de la Ley 16/1989, de 17 de junio de Defensa de la Competencia, y su límite máximo se sitúa en cinco millones de pesetas (30.050, 60 Euros).

²⁶ Los tribunales realizaban una interpretación finalista del concepto de posición de dominio en el contexto del control de concentraciones, entendiendo que concurría cuando «la operación de concentración producía efectos sobre la estructura de la competencia en la Comunidad, que pudieran resultar incompatibles con el régimen de competencia no falseada establecido por el Tratado» (véase sentencia del TJCE, de 31 de marzo de 1998 en el asunto *Francia c. Comisión*, (as. C-68/94), Rec. pág.-I-1375, considerando 170).

²⁷ E. Navarro Varona *et al.*, cit., pág. 142, apdo. 6.06.

²⁸ Criterio previsto en la Sección 7 de la *Clayton Act* y en las *US Merger Horizontal Guidelines* (1992), Sección 0.2. Este criterio de evaluación toma en cuenta los efectos que la operación produce sobre la competencia en los mercados afectados y, en particular, la reducción del grado de competencia entre los operadores con posterioridad a la operación, aun cuando no se cree o refuerce una posición de dominio. Recientemente ha sido introducido igualmente como criterio de referencia para la evaluación de concentraciones en el Reino Unido e Irlanda.

²⁹ El debate principal giraba en torno a la necesidad, alegada por la Comisión, de ejercer un control efectivo sobre los oligopolios no colusorios, esto es, sobre aquellas situaciones en las que con posterioridad a la concentración, las empresas partícipes están en condiciones de ejercer un poder de mercado significativo sin recurrir a mecanismos de coordinación y sin necesidad de incrementar su cuota en el mercado de referencia. El caso *Baby foods* (as. *Heinz/Beech-Nut*, 246, F.3rd 708, D.C. Cir. 2001), aunque analizado al amparo del Derecho norteamericano de control de concentraciones, permite ilustrar este tipo de situaciones. En este asunto, la «FTC» se opuso a la fusión del segundo y tercer operador en el mercado, cuya cuota de mercado conjunta (28%) no superaba la del líder (65%), por entender que afectaba significativamente a la competencia en el mercado de la alimentación infantil. El factor determinante para que la FTC se opusiese a la operación fue que la realización de ésta supondría la desaparición de la fuerte competencia existente entre el segundo y tercer operador. En efecto, mientras la marca de la empresa líder estaba presente en el 90% de los supermercados, existía una fuerte competencia entre el segundo y el tercer operador por conseguir colocar sus productos como segunda marca (puesto que los principales distribuidores sólo operaban con dos marcas: la marca líder y una segunda marca). Además, ambas empresas competían activamente en el desarrollo de nuevos productos. Esto generaba a su vez una importante presión competitiva sobre el líder del mercado, que le impedía incrementar los precios y le obligaba a invertir en innovación a fin de mantener su posición. Por estos motivos, la FTC consideró que la fusión del segundo y el tercer operador habría supuesto una importante disminución de competencia en el mercado afectado.

Algunos países (el Reino Unido, Francia o España) consideraban que estas situaciones no quedaban cubiertas por el artículo 2 del Reglamento 4064/89. Sin embargo, otros países (principalmente Alemania) entendían que la supuesta laguna se podía cubrir con una interpretación amplia del criterio de dominancia³⁰. Abogaban en este sentido por equiparar el concepto de posición de dominio al de poder económico, tal y como en cierto modo venía haciendo la jurisprudencia³¹.

En un principio, la Comisión propuso la modificación del concepto de posición de dominio, incorporando al artículo 2 del Reglamento 4064/89 un apartado segundo que introdujese una definición del concepto de posición dominante en el marco del control de concentraciones identificado con poder económico³². Sin embargo, y tras un largo debate, el criterio finalmente adoptado en el artículo 2 del Reglamento 139/2004 puede considerarse un híbrido entre los dos criterios de evaluación comentados (el «criterio de dominancia» y el «criterio DSC»), ya que no suprime el criterio de dominancia del Reglamento 4064/89, pero lo amplía con el objetivo de poder analizar las concentraciones en mercados oligopolísticos no colusorios³³.

Como principio general, el nuevo criterio de evaluación prohíbe todas aquellas concentraciones susceptibles de «obstaculizar la competencia de forma

significativa» (no únicamente mediante la creación o reforzamiento de una posición de dominio). La cuestión central radica por tanto en la necesidad de que se mantenga un grado de competencia suficiente con posterioridad a la concentración, lo que parecería aproximarse al criterio DSC. No obstante, el Reglamento 139/2004 mantiene una referencia expresa a la creación o reforzamiento de una posición de dominio como un supuesto particularmente apto para que se produzca una obstaculización significativa de la competencia. Por ello, el concepto de dominio, tal y como ha sido configurado por la práctica jurisprudencial y por las decisiones de la Comisión, continuará constituyendo una referencia básica en el sistema comunitario de control de concentraciones.

Evidentemente, la incidencia que pueda tener la modificación introducida por el Reglamento 139/2004 en el criterio de evaluación de las concentraciones dependerá en gran medida de la interpretación que él efectúen en el futuro tanto la Comisión como los tribunales comunitarios. Sin embargo, no cabe duda de que, en adelante, la Comisión podrá prohibir aquellas operaciones de concentración que, pese a no crear o reforzar una posición de dominio, obstaculicen la competencia de forma significativa. Esta parece ser además su intención a la luz de las orientaciones contenidas en las Directrices Horizontales a las que se hará referencia en la Sección 4.

³⁰ La doctrina legal y económica se encontraba igualmente dividida. Así, un sector abogaba por la sustitución del criterio de dominancia por un criterio basado en los efectos de la concentración sobre la competencia, entendiéndose que una mera modificación del art. 2 que se limitase a equiparar la posición de dominio con el poder económico suponía distorsionar el concepto de posición de dominio hasta hacerle perder su significado, con el único fin de poder mantener el acervo comunitario existente (jurisprudencia y decisiones de la Comisión). Véase en este sentido R. Whish, «Analytical Framework of Merger Review, Substantial lessening of competition/creation or strengthening of dominance», *International Competition Network, First Annual Conference*, Nápoles, 28 de septiembre de 2002, disponible en http://www.internationalcompetitionnetwork.org/whish_icn_naples_full_version.pdf.

Sin embargo, otro sector estimaba suficiente la modificación del concepto de posición de dominio en el sentido indicado o, simplemente, la adopción por la Comisión de una Comunicación conteniendo las directrices para la evaluación de concentraciones, que incluyese de modo expreso los oligopolios no colusorios en el ámbito de aplicación del criterio de dominancia (véase V. Selvam, «The EC Merger Control Impasse: is there a Solution to this Predicament?», *European Merger Control Review*, 2004, núm. 1, pág. 52).

³¹ Véanse al respecto la sentencia del TJCE de 14 de febrero de 1978 en el asunto *United Brands* (as. 27/76, Rec. pág. 207, considerandos 65 y 66) y la sentencia del TPI de 12 de diciembre de 2000 en el asunto *Aéroports de Paris c. Comisión* (as. T-128/98, Rec. pág. II-3929, considerando 147), en las que el concepto de posición de dominio se define como: «una situación de poder económico en la que se encuentra una empresa y que le permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de que se trate [...]».

³² Propuesta de Reglamento del Consejo sobre control de las concentraciones entre empresas, COM (2002) 711 final, de 11 de diciembre de 2002.

³³ Así lo señala el considerando 25 del Reglamento 139/2004.

3.2.2. Cambios en los poderes de decisión de la Comisión

El Reglamento 139/2004 introduce dos novedades en el marco de los poderes de decisión de la Comisión, que vienen a cubrir dos lagunas detectadas en el Reglamento 4064/89.

En primer lugar, se incluye una referencia expresa (artículo 8.4) a la posibilidad de que la Comisión solicite a las empresas la disolución total de la concentración o la venta de la totalidad de las acciones o activos adquiridos, en el supuesto de que sea declarada incompatible con el mercado común o ejecutada en contravención de las condiciones impuestas en la decisión de autorización.

En segundo lugar, se prevé (artículo 8.5) la posibilidad de que la Comisión adopte medidas cautelares para restaurar la competencia efectiva en aquellos supuestos en los que la concentración sea ejecutada en contravención de la obligación de suspensión (que subsiste hasta que se autoriza la operación)³⁴ de la decisión de prohibición de la concentración o de las condiciones impuestas en la decisión de autorización.

3.2.3. Restricciones accesorias

Por último, el Nuevo Reglamento incluye una modificación relativa al tratamiento de las restricciones vinculadas a una operación de concentración y que puedan ser consideradas accesorias.

Se mantiene el principio general de evaluación en cuya virtud son declaradas compatibles con el artículo 81 del Tratado CE aquellas restricciones aceptadas por las empresas afectadas que estén directamente vinculadas a la realización de la concentración y sean necesarias a tal fin. Sin embargo, se establece que tales restricciones quedarán automáticamente cubiertas por la decisión en virtud de la cual

se autorice una concentración en la medida en que reúnan los requisitos mencionados, y aunque no se haga mención expresa a ellas en la decisión³⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, deberán ser las partes quienes analicen en qué medida las cláusulas restrictivas están directamente vinculadas a la realización de la concentración y son necesarias a tal fin, y ello a la luz de los precedentes en los que la Comisión se ha pronunciado sobre la materia y de las directrices de la Comisión, previstas en la Comunicación sobre restricciones directamente relacionadas y necesarias para las operaciones de concentración³⁶.

El Nuevo Reglamento prevé una excepción a este principio general para aquellos casos que presenten cuestiones nuevas o sin resolver que den lugar a situaciones de auténtica incertidumbre³⁷. En estos supuestos, la Comisión deberá, a instancia de las empresas afectadas, evaluar expresamente si una restricción determinada está directamente vinculada a la realización de la concentración y es necesaria a tal fin siendo, por tanto, accesorio a la concentración.

4. BREVE REFERENCIA A LAS DIRECTRICES HORIZONTALES

La modificación introducida por el Nuevo Reglamento en el criterio sustantivo de evaluación de las concentraciones de dimensión comunitaria se explica y desarrolla en las Directrices Horizontales, adoptadas por la Comisión en febrero de 2004. Su finalidad es proporcionar a las empresas y sus asesores legales orientaciones sobre los factores que la Comisión tomará en cuenta en el examen práctico de las operaciones.

4.1. Concentraciones con efectos anticompetitivos

Las Directrices Horizontales serán de aplicación a las concentraciones de carácter horizontal (entre empresas competidoras, reales o potenciales), cuyo rasgo

³⁴ Salvo dispensa de la obligación de suspensión de conformidad con el art. 7.4 del Reglamento 139/2004, también prevista en el antiguo Reglamento 4064/89.

³⁵ Considerando 21 y art. 6.1.b) del Reglamento 139/2004. Esta modificación tiene su origen en la sentencia del TPI de 20 de noviembre de 2002 en el asunto *Lagardère y Canal+ SA c. Comisión* (as. T-251/00, Rec. pág. II-4825), que recordó a la Comisión la obligación de pronunciarse sobre las restricciones accesorias en el marco de la decisión de autorización.

³⁶ Comunicación de la Comisión, de 4 de julio de 2001, relativa a las restricciones directamente relacionadas y necesarias para las operaciones de concentración (*DOCE* C 188, de 4 de julio de 2001). Como se ha indicado (véase nota 7), la Comisión ha hecho público un borrador de nueva Comunicación en esta materia, cuyo texto definitivo se espera para el verano de 2004.

³⁷ La redacción definitiva del Reglamento se separa de este modo de la propuesta inicial de la Comisión que establecía que no estaba obligada en ningún caso a pronunciarse sobre las restricciones accesorias a la concentración en su decisión de autorización.

diferencial reside en la reducción del número de operadores en el mercado afectado, incrementando de este modo el grado de concentración de la oferta. Este tipo de concentraciones son las más frecuentes y las que, a juicio de la Comisión, suscitan mayores riesgos desde el punto de vista de la competencia. Entre los riesgos que puede llevar implícitos este cambio en la estructura del mercado cabe destacar la elevación de los precios, la reducción en la calidad de los bienes o servicios objeto del mismo y/o el estancamiento tecnológico.

Tales riesgos resultan de dos tipos de efectos anticompetitivos:

- (i) Efectos «no coordinados»: que suponen la eliminación de la presión competitiva sobre una o varias empresas que dispondrán de un mayor poder de mercado por sí solas, sin necesidad de recurrir a un comportamiento coordinado; y
- (ii) Efectos «coordinados»: que implican un cambio en la naturaleza de la competencia, incrementando la probabilidad de colusión entre las empresas presentes en el mercado afectado por la concentración.

Las concentraciones que produzcan tales efectos podrán suponer «una obstaculización significativa de la competencia» en el sentido previsto en el Nuevo Reglamento³⁸.

La primera de las dos categorías, la relativa a los efectos «no coordinados», corresponde en cierta medida a lo que bajo el Reglamento 4064/89 se calificaba como posición de dominio «individual». Sin embargo, se amplía significativamente el ámbito de actuación de la Comisión, puesto que permite sancionar no sólo la posición de dominio individual resultante de una concentración, sino también los efectos anticompetitivos materializados en un incremento del poder de mercado de ciertas empresas como resultado de la eliminación de presiones com-

petitivas, y ello incluso si no hay riesgo de comportamiento coordinado entre ellas (oligopolios no colusorios) (considerando 25 del Reglamento 139/2004).

Este tipo de efectos anticompetitivos concede a la Comisión una amplia discrecionalidad y, en consecuencia, generará una mayor inseguridad para las empresas, en la medida en que se desconoce *a priori* cuál será su alcance práctico y qué casos de concentración en mercados oligopolísticos considerará la Comisión como incompatibles con el mercado común.

Por lo que se refiere a la segunda categoría, esto es, los efectos anticompetitivos de la concentración que revistan carácter coordinado (posición de dominio colectiva), la Comisión ha venido a dar carta de derecho positivo a los parámetros establecidos por la jurisprudencia comunitaria³⁹ para determinar su existencia, en concreto: (i) la posibilidad de establecer mecanismos de coordinación en el mercado de referencia; (ii) la posibilidad de controlar las desviaciones de ciertos operadores de dicha coordinación; (iii) la existencia de mecanismos efectivos de disuasión y penalización para aquellas empresas que se separen de la política marcada por el oligopolio; y (iv) que el resultado de dicha coordinación no sea fácilmente neutralizable por las empresas que no participan en la misma, los competidores potenciales o los clientes.

4.2. Reducción de los umbrales de referencia para valorar el grado de obstaculización de la competencia

Las Directrices Horizontales prevén dos tipos de indicadores para medir el grado de concentración en el mercado de referencia y la importancia que en el mismo tienen las partes de la concentración y sus competidores: (i) la cuota de mercado y (ii) el denominado índice «*Herfindahl-Hirschman*» («IHH»). Estos indicadores constituirán el punto de partida o

³⁸ Apdos. 22 a 57 de las Directrices Horizontales. La propuesta inicial de la Comisión distinguía tres categorías de efectos anticompetitivos: (i) la denominada «posición de liderazgo en el mercado» («*paramount market position*»), que equivalía a la posición de dominio individual bajo el Reglamento 4064/89; (ii) la posición de dominio colectiva; y (iii) los oligopolios no colusorios. Esta clasificación reflejaba la intención de la Comisión de extender sus facultades de examen a las concentraciones que generasen este último tipo de oligopolios. La versión final sin embargo ha subsumido la primera y tercera categorías dentro de los denominados efectos «no coordinados», dando lugar a una categoría más abstracta que podría dar cabida, al menos teóricamente, al examen de concentraciones con efectos anticompetitivos que no creen ni refuerzan una posición de dominio incluso en mercados no oligopolísticos.

³⁹ Véase sentencia en el asunto *Airtours plc c. Comisión*, ya citada.

«índice primario» para la evaluación de una concentración por la Comisión y por las propias empresas afectadas.

La cuota de mercado constituía un punto de referencia básico para el análisis práctico de las concentraciones bajo el Reglamento 4064/89. La novedad introducida por las Directrices reside en el establecimiento de un porcentaje máximo (50%) y otro mínimo (25%), a los que se vincula una presunción de la existencia o inexistencia de obstaculización efectiva de la competencia, respectivamente. Ambos límites porcentuales habían sido repetidamente mencionados por la jurisprudencia en diversos precedentes y eran tomados como referencia en la práctica decisoria de la Comisión⁴⁰, si bien hasta el momento, carecían de reflejo en los textos legales⁴¹.

La referencia al IHH constituye por el contrario una novedad, que parece responder a un deseo por parte de la Comisión de conceder mayor peso al análisis económico en la toma de decisiones⁴². Este índice, previsto también en las directrices norteamericanas de concentraciones horizontales («1992 *Merger Horizontal Guidelines*»), mide el grado de concentración existente en un determinado mercado con anterioridad y con posterioridad a la concentración⁴³.

Al igual que ocurre con la cuota de mercado, si el IHH se sitúa por debajo de determinados niveles, la Comisión presume que no existen problemas de competencia horizontal⁴⁴. No obstante, esta presunción está rodeada de excepciones que desvirtúan la seguridad jurídica que la misma debería proporcionar a las empresas⁴⁵.

⁴⁰ Véanse a este respecto las sentencias del TJCE de 3 de julio de 1991 en el asunto *Akzo Chemie BV c. Comisión* (as. C-62/86, Rec. pág. I-3359, considerando 60) y de 25 de marzo de 1999 en el asunto *Gencor c. Comisión* (as. T-102/96, Rec. pág. II-753, considerando 205) que establecen una presunción *iuris tantum* de la existencia de una posición de dominio cuando la empresa ostenta cuotas de mercado superiores al 50% y decisión de la Comisión de 27 de julio de 2001, *Nestlé/Ralston Purina* (as. COMP/M. 2337, apdos. 48 a 50). En sentido contrario, cuotas de mercado inferiores al 25% suelen conducir a los tribunales comunitarios y a la Comisión a concluir la inexistencia de posición de dominio; véase por ejemplo la sentencia del TJCE de 22 de octubre de 1986 en el asunto *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Comisión* (SABA II) (as. 75/84, Rec. pág. 3021) y las decisiones de la Comisión de 9 de octubre de 2000, *DaimlerChrysler/Detroit Diesel Corporation* (as. COMP/M. 2127, apdos. 25 a 31) y de 19 de diciembre de 2000, *Repsol Química/Borealis/JV* (as. COMP/M.2092, apdos. 18 a 21).

⁴¹ A diferencia de lo que ocurría en otros sistemas, como el alemán, que establece expresamente una presunción de existencia de posición de dominio individual en aquellos supuestos en que la cuota de mercado de una empresa supere un tercio del mercado y colectiva si la cuota conjunta de menos de tres empresas es superior al 50%. Véase E. Navarro Varona *et. al*, op.cit, pág. 148, apdo. 6.23.

⁴² Por tratarse de un método de análisis estructural, su aplicación debe combinarse con otros criterios de evaluación como el grado de competencia potencial, el poder de negociación de la demanda o las barreras de entrada al mercado. Véase al respecto S. Baches Opi, «Merger Control in the United States and European Union: How Should the United States' Experience Influence the Enforcement of the Council Merger Regulation?», *Florida State University, Journal of Transnational Law & Policy*, 1997, núm. 2.

⁴³ Apdo. 16 de las Directrices Horizontales. El IHH se calcula sumando los cuadrados de las cuotas de mercado de cada una de las empresas presentes en el mercado de referencia y se complementa con el denominado «Delta», que se entiende como la diferencia entre el grado de concentración existente en el mercado antes y después de la operación, esto es, como la variación en el IHH a resultas de una concentración.

⁴⁴ Los apdos. 19 y 20 de las Directrices Horizontales establecen que:

«19. Es improbable que la Comisión detecte problemas de competencia horizontal en un mercado que después de la concentración tenga un IHH inferior a 1 000. En general, no es necesario proceder a un análisis pormenorizado de este tipo de mercados.

20. Asimismo, es improbable que la Comisión encuentre problemas de competencia horizontal en una concentración que dé lugar a un IHH de entre 1 000 y 2 000 y a un delta inferior a 250, o en una concentración que arroje un IHH superior a 2 000 y un delta inferior a 150 [...]».

⁴⁵ Así, la Comisión señala que el que con posterioridad a una concentración el IHH se encuentre por debajo del segundo «umbral» previsto en las Directrices Horizontales no excluirá un análisis detallado de las implicaciones de la operación si, por ejemplo, uno de los partícipes es una empresa recientemente incorporada al mercado de referencia o la concentración se produce en un mercado en el que existe un alto grado de participaciones cruzadas entre los operadores (apdo. 20 de las Directrices Horizontales).

Por otra parte, la introducción de este índice podría implicar una ampliación de la intervención de la Comisión, dado que los índices de concentración a los que la Comisión vincula la presunción de compatibilidad con el mercado común resultan fácilmente superables.

4.3. Mayor importancia de las eficiencias

El Reglamento 4064/89 no contenía ninguna referencia expresa a las posibles eficiencias derivadas de una operación de concentración como factor a tomar en cuenta en la evaluación de una concentración. Sin embargo, en la práctica, la Comisión ha venido considerando los efectos favorables que una concentración puede generar para los consumidores en el análisis de la posible creación o reforzamiento de una posición de dominio⁴⁶. Esta práctica se ha reflejado expresamente en las Directrices Horizontales (apartado 78), que destacan que se tendrán en cuenta las eficiencias resultantes de la operación siempre y cuando concurren cuatro condiciones cumulativas: (i) que las eficiencias generen beneficios para los consumidores; (ii) que resulten inherentes a la operación de concentración; (iii) que sean susceptibles de verificación; y (iv) que se materialicen en un periodo de tiempo breve con posterioridad a la operación.

La necesidad de que las eficiencias se trasladen a los consumidores (el denominado «*pass-on requirement*»), del mismo mercado en el que se producen

los efectos negativos constituye el criterio básico e indispensable para que pueda apreciarse su existencia⁴⁷. Por ello, la eficiencia, que las Directrices Horizontales considera más relevante es la reducción de precios como consecuencia de la concentración. No obstante, también se valoran las eficiencias que produzcan efectos beneficiosos para el mercado, siempre y cuando no resulten perjudiciales para los consumidores⁴⁸.

Las eficiencias deben ser además específicas de la operación de concentración, de tal modo que no habrían podido generarse sin ésta. Sin embargo, también habrá que probar que no existe posibilidad alguna de beneficiarse de dichas eficiencias de forma menos restrictiva para la competencia. Este factor será difícil de acreditar en la práctica, dado que supone la prueba de un hecho negativo. Además, concede gran discrecionalidad a la Comisión, que podrá declarar incompatible una concentración que produzca importantes efectos pro competitivos si las partes no han demostrado suficientemente que no hay un modo menos restrictivo de alcanzar ese resultado.

En cuanto a la necesidad de que las eficiencias resulten verificables, se trata de un requisito de difícil satisfacción y en cierta medida tautológico⁴⁹. Así, en ocasiones resultará difícil proporcionar una cuantificación detallada de cada eficiencia⁵⁰.

Adicionalmente al cumplimiento de las cuatro condiciones anteriores, las Directrices Horizontales estable-

⁴⁶ La Comisión analizó por primera vez las eficiencias como factor de evaluación de concentraciones en su decisión de 2 de octubre de 1991, *Aérospatiale-Alenia/ de Havilland* (as. IV/M.053, DOCE L 334, de 5 de diciembre de 1991). Más recientemente la Comisión se ha referido a las posibles eficiencias de las operaciones de concentración en sus decisiones de 25 de julio de 2001, *De Beers/LVMH* (as. COMP/M.2333, DOCE L 29, de 5 de febrero de 2003, apdo. 102) y de 4 de julio de 2000, *BOSKALIS/HBG* (as. IV/M.1877, apdo. 22).

⁴⁷ La inclusión de este criterio como punto central de referencia para la valoración de las eficiencias, supone la opción por el denominado «modelo del beneficio para el consumidor» o «*consumer welfare model*» frente a un modelo basado en los «beneficios totales generados por la operación» o «*total surplus model*». Esta opción, elegida también por Estados Unidos o el Reino Unido, es criticada por cierto sector de la doctrina, en la medida en que impide la consideración de aquellos efectos que, pese a ser beneficiosos para la economía en general, no se trasladen directamente a los consumidores (tales como la mejora o racionalización de la distribución de un producto en un mercado distinto al afectado negativamente por la operación). Véase al respecto, C. Luescher, «Efficiency considerations in European Merger Control-Just Another Battle Ground for the European Commission Economist and Competition lawyers?», *European Competition Law Review*, 2004, núm. 2, pág. 72.

⁴⁸ Apdo. 79 de las Directrices Horizontales.

⁴⁹ Como han señalado algunos autores, la Comisión exige a las partes que las eficiencias resulten verificables a fin de que la propia Comisión pueda verificarlas. Véase C. Luescher, cit., pág. 85.

⁵⁰ Ciertos efectos beneficiosos de una concentración, tales como el lanzamiento de un nuevo producto o las mejoras introducidas en un producto ya existente resultan difíciles de cuantificar en términos numéricos, ya que no puede predecirse con anterioridad el grado de aceptación y los beneficios que los consumidores extraerán del mismo.

cen que la intensidad de los efectos beneficiosos producidos por las eficiencias deberá ser proporcional a la obstaculización de la competencia que la concentración pudiera producir, de modo que si los efectos anticompetitivos son significativos el beneficio que se traslade a los consumidores deberá igualmente ser sustancial.

Cabe destacar que el *onus probandi* de las eventuales eficiencias recae sobre las partes, a las que corresponde no sólo la aportación de documentos que sirvan como prueba de estas eficiencias, sino también la justificación del cumplimiento de los requisitos indicados. En este sentido, la Sección 9 del nuevo formulario de notificación⁵¹ detalla las informaciones y documentos que deberán proporcionar las empresas notificantes para cada una de las eficiencias que acompañen a la concentración notificada.

5. NOVEDADES DE CARÁCTER NO LEGISLATIVO

La Comisión también ha adoptado en los últimos meses varias medidas no legislativas destinadas a mejorar la toma de decisiones en los casos de concentración, y que pretenden responder a las críticas de los operadores y de los tribunales comunitarios⁵².

5.1. Reestructuración organizativa

Se ha reestructurado la Dirección General de Competencia («DG Comp»), eliminando el sistema centralizado de examen de las concentraciones por una unidad especializada (la «*Merger Task Force*» —«MTF»), a la que se había acusado de acumular un poder excesivo. El nuevo sistema organizativo ha supuesto la práctica desaparición de esta unidad, cuyos funcionarios se han integrado en las direcciones sectoriales preexistentes. Únicamente se mantiene una MTF de reducido tamaño, al objeto de coordinar la labor de control de concentraciones en el seno de la DG Comp⁵³. En consecuencia, el reparto y asignación de asuntos en materia de concentraciones (como ya venía ocurriendo en materia antimonopolio) se realizará en el futuro en función del sector en el que se encuadre la operación.

5.2. Introducción de la figura del «Economista jefe»

A fin de conceder un mayor peso al análisis económico en materia de concentraciones, se ha procedido, siguiendo el modelo americano, al nombramiento de un Economista jefe,⁵⁴ que dependerá directamente del Director General de Competencia. El nombramiento se realiza por un periodo de tres años no renovable, a fin de mantener la necesaria independencia de criterio. El Economista jefe cuenta a su vez con un equipo de apoyo formado por diez economistas especializados.

Su función consistirá en proporcionar a los servicios de la Comisión un análisis económico independiente, e, intervendrá en los procedimientos de concentración con los siguientes objetivos:

- (i) Contribuir al desarrollo de la política de competencia a través de un asesoramiento económico y econométrico, participando en la redacción de líneas directrices;
- (ii) Prestar asesoramiento puntual, mediante la emisión de opiniones sobre extremos económicos complejos, durante la tramitación de asuntos concretos; y
- (iii) Participar en todo el procedimiento de análisis de concentraciones particularmente relevantes (en función de su impacto económico y de la relevancia de las empresas partícipes), que susciten cuestiones económicas complejas.

En los casos que así lo requieran, emitirá un informe confidencial destinado directamente al Comisario responsable de Competencia, en el que refleje su opinión. Corresponderá al propio Comisario decidir si se hace público dicho informe.

5.3. Creación de «equipos de revisión»

Por último, la Comisión ha creado grupos de evaluación independientes, formados por funcionarios de reconocida experiencia, cuya tarea consiste en revisar con ojos críticos las conclusiones del equipo de

⁵¹ Anexo I del Reglamento de Procedimiento.

⁵² Así ocurrió en las sentencias del TPI en los asuntos *Airtours c. Comisión*, *Tetra Laval B.V. c. Comisión* y *Schneider Electric SA c. Comisión*, ya citadas.

⁵³ El cambio fue anunciado en la IP/03/603, de 30 de abril de 2003, y ha sido ya completado.

⁵⁴ El 16 de julio de 2003 se procedió al nombramiento de D. Lars-Hendrik Röller como Economista jefe de la DG Comp. IP/03/1027, de 16 de julio de 2003.

investigación encargado de evaluar el impacto de una concentración, a fin de reducir al mínimo la posibilidad de que se produzcan errores de apreciación⁵⁵.

6. CONCLUSIÓN

Los cambios introducidos por el nuevo régimen de control de concentraciones comunitario pueden resultar de mayor calado de lo que en un examen a

primera vista pudiera parecer. En particular, la modificación del criterio sustantivo de evaluación de concentraciones de dimensión comunitaria puede implicar una ampliación significativa de los poderes de intervención de la Comisión. Pero dado el amplio margen de discrecionalidad que las nuevas normas otorgan a la Comisión, habrá que esperar a la interpretación que ésta realice del nuevo criterio para poder valorar el alcance práctico de la reforma.

⁵⁵ IP/02/1856, de 11 de diciembre de 2002.