

Eduardo Prieto Kessler*

LA POLÍTICA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA

La política de defensa de la competencia constituye un pilar fundamental en el proceso de construcción europea. La incorporación de nuevos Estados miembros a la UE, la necesidad de mejorar la eficacia de la actuación de las autoridades, o los retos planteados por la creciente globalización de los mercados han dado lugar a un intenso proceso de reformas del sistema europeo de derecho de la competencia con el objetivo de reforzar la eficacia de la intervención y mejorar los fundamentos de las decisiones.

Palabras clave: integración europea, competencia, concentración de empresas, UE.

Clasificación JEL: F02, K21.

1. Introducción

El proyecto de construcción europea persigue la obtención de ventajas económicas por parte de sus miembros derivadas de la propia dinámica de integración. Uno de los objetivos del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante TCE) es la mejora del nivel de vida y una continua y equilibrada expansión de la actividad económica, lograda mediante el establecimiento de un mercado común cuya consecución no se vea malograda por las barreras entre los Estados. La política de competencia juega un papel importante para el logro de este objetivo, dado que no tiene sentido garantizar la libre circulación de bienes y servicios si los consumidores carecen de la posibilidad de elegir, libremente, entre varios oferentes a aquel que mejor satisfaga sus necesidades en función de los

precios o la calidad del producto. Y ello ocurrirá si la eliminación de los obstáculos públicos a la libre circulación (aranceles, contingentes, regulaciones varias, etcétera) no viene acompañada de una política que prevenga y sancione las barreras que establecen los agentes privados mediante los acuerdos de reparto de mercados, la fijación de precios o la limitación del comercio entre Estados miembros.

Siendo éste el fundamento principal de la política europea de defensa de competencia, no es sin embargo el único. Lograr un mercado interno dinámico favorece el éxito de las compañías europeas fuera de nuestras fronteras. Si bien la competencia no garantiza necesariamente la competitividad, lo cierto es que los mercados abiertos y competidos obligan a las empresas a hacer un continuo esfuerzo de mejora, favoreciendo la innovación, la calidad y manteniendo los precios bajos. Es por ello que una política de competencia fuerte es importante para garantizar que las empresas europeas se encuentren entre las más competitivas del mundo en los

* Técnico Comercial y Economista del Estado. NERA Economic Consulting.

años venideros, objetivo éste reconocido por los gobiernos europeos en la Cumbre de Lisboa del año 2000, al rubricar un programa de reformas económicas capaz de hacer de la UE «la economía más dinámica y competitiva del mundo» para el año 2010.

La Cumbre de Lisboa destacó otro desafío que afecta a la política de competencia; a saber, la competitividad de la UE en los mercados internacionales no se puede basar en una producción a bajo coste. La prosperidad futura depende de la capacidad de nuestras sociedades para adaptarse a una economía basada en el conocimiento, en donde el desarrollo de nuevas tecnologías es fundamental. Sin embargo, las compañías únicamente invierten en I+D en la medida en que la propiedad intelectual sea debidamente protegida mediante patentes u otros derechos exclusivos, que no son más que monopolios temporales y por tanto «sospechosos» para la legislación de competencia. Este dilema entre la necesaria protección de la creación y la lucha antimonopolio es una de las cuestiones que habrá de abordar la política de competencia en los años venideros.

Igualmente, la necesidad de investigar y la de alcanzar un tamaño óptimo, en unos mercados cada vez más amplios, da lugar a la búsqueda de cooperación con otras empresas o a la consolidación mediante la unión con otros competidores. Así, en los últimos años las fusiones en sectores como el farmacéutico, el audiovisual o el automovilístico, por citar algunos, han dado lugar a grandes operaciones respecto de las que se plantean las cuestiones: ¿son éstas operaciones procompetitivas o anticompetitivas?; ¿favorecen o no a los consumidores? La Comisión realiza complejos análisis económicos para dar respuesta a estas preguntas, pero al final la respuesta siempre tiene algo de subjetivo. Y ello no puede ser de otra manera si tenemos en cuenta que se reciben entre 200 y 300 operaciones anuales para evaluar y todas deben recibir, al menos, un examen preliminar.

El carácter internacional de los casos, ya sean concentraciones o cárteles, es otro de los retos de la política comunitaria de competencia. Ello es lógico si tenemos en cuenta que mientras que las empresas son cada vez ma-

yores y operan internacionalmente, los recursos y la jurisdicción de la Comisión no lo son. A pesar de que la Comisión tiene competencias para tratar los casos de ámbito comunitario, la cuestión no está exenta de problemas. El primero, la necesidad de avanzar en la cooperación internacional, dado el carácter supra comunitario de muchos de los asuntos. En este sentido, conviene recordar las diferencias con EE UU a raíz de la decisión de prohibición de la fusión entre General Electric y Honeywell, fusión que fue aprobada por las autoridades norteamericanas, o las discrepancias en torno al asunto Microsoft. El segundo tiene carácter interno y se deriva de la existencia de tantas legislaciones nacionales de competencia como Estados miembros, lo que exige unas reglas de reparto de los casos que faciliten la vida a las empresas y, al mismo tiempo, garanticen una protección efectiva de la competencia.

Además, la reciente incorporación de los nuevos socios a la UE requiere garantizar la aplicación de la política de competencia comunitaria en estos nuevos países, la mayoría de los cuales lleva funcionando desde hace pocos años bajo un sistema de libre mercado y con reducidos conocimientos de la legislación *antitrust*.

En el presente artículo se examinan los aspectos más relevantes de la política comunitaria de defensa de la competencia. Para ello se analizan las características básicas de la legislación comunitaria sobre prácticas restrictivas y control de concentraciones y se exponen las principales reformas acometidas recientemente con el fin de afrontar con éxito los desafíos a los que se ha hecho referencia.

2. El control de las conductas restrictivas

La prohibición de acuerdos restrictivos entre empresas

El artículo 81 de TCE en su párrafo 1.º contiene una prohibición de los acuerdos entre operadores que restrinjan la competencia.

«Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre em-

presas, las decisiones de asociaciones de empresas, y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre Estados miembros, y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común...»

La prohibición se define de manera amplia y afecta a cualquier sujeto, público o privado, responsable de una actividad económica, lucrativa o no, cuya actividad sea capaz de afectar al mercado. La prohibición se refiere a los acuerdos, decisiones colectivas o prácticas concertadas. Cada uno de los tipos reflejados en el texto legal hace referencia a diferentes modos de limitar el comportamiento individual de las empresas en el mercado. El objetivo es prohibir la concertación entre empresas independientes como sustituto de la rivalidad, al entenderse que de ésta se derivan beneficios que no se obtienen de aquélla, siempre que el objeto o efecto de la concertación sea restringir la competencia. La mera intención de limitar la competencia es suficiente para aplicar la prohibición, aunque no cause el efecto. La ausencia de intencionalidad por el contrario exige valorar los efectos sobre el mercado, teniendo en cuenta tanto los efectos presentes como los potenciales, así como el contexto económico en el que operan las empresas, los productos cubiertos por el acuerdo, la posición relativa de las empresas, el número y tamaño de los competidores, las barreras a la entrada en el mercado, etcétera.

Para que un acuerdo restrictivo entre dentro de la prohibición del artículo 81 tiene que afectar al comercio entre Estados miembros, dado el objetivo de integración de la política comunitaria de competencia. Dicha afectación ha de ser *sensible* o *apreciable* para evitar una sobre aplicación del derecho comunitario en casos en los que la afectación es mínima o poco relevante.

La prohibición del artículo 81 cubre tanto a acuerdos horizontales entre empresas competidoras, como a los verticales entre empresas en distintos escalones de la cadena productiva.

Para hacer frente a la lucha contra los acuerdos anti-competitivos la Comisión cuenta con amplios poderes que han sido recientemente aumentados para poder hacer frente, de manera más eficaz, a las tareas que tiene encomendadas. Así, puede solicitar información a empresas y administraciones, hacer inspecciones domiciliarias, o imponer multas sancionadoras, que pueden alcanzar hasta el 10 por 100 del volumen de ventas.

Durante 2003, dictó cinco decisiones contra acuerdos horizontales anticompetitivos que afectaron a 27 empresas a las que se impusieron multas por un valor total de 404 millones de euros. Las multas impuestas por la Comisión desde el año 2001 contra los llamados «cárteles duros» (*hardcore cartels*) ascienden a 3.200 millones de euros.

En la persecución de acuerdos verticales contrarios al artículo 81, la Comisión multó, en 2003, a la empresa de instrumentos musicales Yamaha por acordar con sus distribuidores cláusulas que restringían el comercio entre EE MM y limitaban la competencia en precios entre los distribuidores. Otros ejemplos de acuerdos verticales prohibidos los encontramos en las decisiones contra fabricantes de automóviles por restringir el comercio paralelo (Casos Opel, Volkswagen I y otros).

Sin embargo, no todos los acuerdos entre empresas están prohibidos. El párrafo 3.º del artículo 81 establece que podrán ser declarados compatibles aquellos acuerdos o categorías de acuerdos prohibidos por el artículo 81.1 que, contribuyendo a mejorar la producción o la distribución de los productos o a promover el progreso económico, reserven a los consumidores una parte equitativa del beneficio que resulte de su puesta en marcha, no impongan a las empresas restricciones no indispensables para la consecución de los objetivos, y no permitan a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia para una parte sustancial de los productos del mercado en causa.

Y ello porque muchos acuerdos entre empresas, que en principio puedan suponer una limitación de la competencia entre las partes, tienen igualmente efectos positivos o eficiencias que compensan los primeros. Hasta

mayo de 2004, la Comisión era la única autoridad con potestad para declarar la compatibilidad de un acuerdo restrictivo con los criterios del Artículo 81.3. Desde esa fecha, son las empresas las que deberán evaluar dicha compatibilidad y la Comisión, las autoridades de los EE MM y los jueces juzgar si la misma es correcta o no. Adicionalmente, se ha producido un importante cambio en la manera de evaluar la validez de los acuerdos entre empresas, pasándose de un enfoque eminentemente legalista a uno más económico en el que los efectos del acuerdo sobre la competencia y los consumidores son fundamentales para determinar su compatibilidad con el derecho de la competencia.

El abuso de posición dominante

La segunda herramienta fundamental del derecho comunitario de la competencia es la prohibición del abuso de posición dominante. El artículo 82 del TCE declara incompatibles con el mercado común y prohibidos, en la medida en que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de su posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Dos son los elementos clave de la prohibición: la determinación de la posición de dominio y el abuso de la misma.

No es la posición de dominio la que está prohibida, sino su abuso. De hecho, en ocasiones, la posición de dominio no es más que la constatación del éxito de la empresa en su mercado. No existe una definición única o absoluta del concepto de posición de dominio. El TJCE en la sentencia Hoffman-La Roche (sentencia de 13 de febrero de 1979, As. 85/76), definía a la posición de dominio como:

«El poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado en causa y de actuar con una considerable independencia frente a los competidores, los clientes y los consumidores.»

Para determinar la existencia de posición de dominio es preciso definir el mercado relevante sobre el que se ejerce, en su caso, dicho poder. El mercado relevante deberá comprender todos los bienes o servicios que ejerzan una presión competitiva sobre la empresa objeto de análisis y abarcar el espacio geográfico desde el que los competidores pueden en su caso disciplinar su comportamiento.

Delimitado el mercado, habrá que analizar si la empresa tiene posición de dominio en el mismo. Un primer elemento a tener en cuenta son las cuotas de mercado (la de la empresa, la del resto de los competidores, su evolución en el tiempo, etcétera).

Otro factor fundamental son las barreras a la entrada y salida. En general, se entienden por barreras a la entrada las dificultades que se encuentran las empresas para operar en un nuevo mercado¹. Las más comunes son las barreras de tipo legal, las economías de escala, los costes hundidos, los costes de ajuste para los clientes o los comportamientos estratégicos. La presencia o ausencia de tales barreras constituye un factor importante para evaluar la posición dominante, dado que de éstas dependerán las futuras condiciones de competencia que se den en el mercado objeto de análisis.

Determinada la posición de dominio, habrá que analizar la conducta llevada a cabo por la empresa para determinar si la misma se considera abusiva o no.

El concepto de abuso se refiere generalmente a toda conducta de una empresa en posición de dominio que produce una debilitación de las condiciones de competencia en el mercado, cuando la empresa dominante recurre a prácticas distintas a las que suelen considerarse como habituales en el mercado. Las exigencias en

¹ El concepto de barrera a la entrada es controvertido para los economistas. Algunos consideran que, en ausencia de barreras legales, sólo se puede hablar de barrera de entrada cuando un nuevo entrante se enfrente a costes superiores a los que se enfrentan los ya establecidos. Bajo este enfoque, será más difícil considerar la existencia de posición de dominio. En general las autoridades comunitarias han defendido un enfoque más estrecho, lo que ha llevado a considerar un mayor número de situaciones como de posición de dominio.

cuanto al comportamiento de las empresas dominantes son más estrictas que respecto de aquellas empresas que no lo son, de modo que comportamientos perfectamente aceptables para éstas no lo serán para aquéllas. A grandes rasgos, se pueden clasificar los abusos en dos grandes tipos: explotativos y anticompetitivos. En los primeros la empresa dominante aprovecha su poder de mercado para apropiarse de parte de la renta de sus clientes mediante la fijación de precios excesivamente altos, la discriminación entre clientes no basada en criterios objetivos, o el pago de suministros a precios anormalmente bajos. En el caso de los abusos anticompetitivos, la firma dominante trata de limitar la competencia en el mercado con el objeto de mantener y/o aumentar su poder de mercado. Normalmente, dicho tipo de conductas no tiene por qué constituir un fin en sí mismo, sino un medio para garantizar la futura explotación de sus clientes o suministradores. Ejemplos de abusos anticompetitivos son los acuerdos de exclusividad, la discriminación, la vinculación de productos, la negativa injustificada de suministro o la predación.

La reforma de la política comunitaria de competencia en relación con el control de conductas restrictivas

En el ámbito del control de conductas restrictivas se ha producido en los últimos años un importante giro que afecta tanto al diseño del sistema comunitario de persecución de este tipo de prácticas, como a aspectos sustantivos relativos a la valoración de las conductas que han de ser considerados como prohibidas por el derecho de la competencia.

Modernización

En mayo de 2004 entró en vigor el Reglamento 1/2003 de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, coincidiendo con la entrada en la UE de los nuevos Estados miembros. Este nuevo Reglamento sustituye al vigente desde 1962 y ha dado lugar a lo que se ha lla-

mado el proceso de «modernización» del derecho de competencia comunitario. Veamos en qué ha consistido esencialmente esta modernización.

En cuanto a los objetivos, trata de conseguir una aplicación más eficiente de la normativa comunitaria de defensa de la competencia, menos burocracia para las empresas, y la creación de unas mismas reglas de juego mediante el desarrollo de una cultura de la competencia común y una mayor aplicación del Derecho Comunitario

Las novedades más importantes para el logro de estos objetivos son:

- *Abandono del sistema de notificación de acuerdos prohibidos pero autorizables.* Hasta mayo de 2004, el sistema de validación de los acuerdos prohibidos se basaba en la autorización previa y centralizada de dichas autorizaciones por la Comisión. Ello implicaba que los acuerdos restrictivos que cumplieran las condiciones establecidas en el artículo 81.3 debían ser autorizados previamente, siendo la Comisión la única que tenía potestad para ello (el monopolio). La importante carga de trabajo que esta labor imponía a la Comisión ha motivado la reforma hacia un sistema denominado de «excepción legal», en virtud del cual las empresas deberán proceder a la autoevaluación de sus acuerdos. Ya no será necesaria —ni posible— una decisión administrativa de la Comisión constatando la validez de los acuerdos que cumplan las condiciones de exención incluidas en el artículo 81.3. Con ello, la Comisión libera una importante cantidad de recursos que destinará a la persecución de infracciones más graves —cárteles— y, al mismo tiempo, muchas empresas —fundamentalmente aquéllas con escaso poder en sus respectivos mercados— se verán liberadas de la carga que supone tener que notificar sus acuerdos para obtener, en su caso, el visto bueno de la Comisión. La otra cara de la moneda la representan aquellas empresas que alcancen acuerdos complejos cuya valoración, a la luz de los criterios establecidos en el artículo 81.3, no esté clara. En este caso, las empresas deberán proceder a la autoevaluación de los mismos sin que nadie les garantice seguri-

dad jurídica plena respecto de su validez, cosa que con el anterior sistema no ocurría, al tener que pronunciarse la Comisión formalmente acerca de los mismos. Para estos casos, y bajo determinadas circunstancias, la Comisión ha previsto la posibilidad de emitir «cartas de orientación» de carácter informal.

- *Mayor peso del análisis económico a la hora de evaluar los acuerdos.* A lo largo de los últimos cinco años, la Comisión ha reformado prácticamente todos los reglamentos de exención por categoría existentes². Esta reforma ha tenido como denominador común el paso de un sistema de control de prácticas esencialmente formalista —conforme al cual los acuerdos entre empresas que se ciñesen a la letra de la ley se consideraban conformes a ésta— a uno en el que prima el análisis económico de los efectos de los acuerdos en el contexto del mercado en el que los mismos se firman. El poder de mercado pasa, de este modo, a ser un elemento importante a la hora de proceder a la evaluación de los comportamientos empresariales desde la perspectiva del derecho de la competencia. Éste ha de servir a las empresas de guía a la hora de examinar la licitud de sus estrategias —sean éstas políticas de precios, acuerdos con competidores, contratos de distribución, etcétera—, otorgándoles una creciente seguridad cuanto menor sea su poder, y viceversa. Esta importante reforma ha afectado tanto a los acuerdos verticales, como a los acuerdos horizontales (especialización e I+D), a los acuerdos de transferencia de tecnología y a los sectoriales de distribución de automóviles y seguros. Este nuevo enfoque supone un importante paso hacia una aplicación del derecho de la competencia que tiene en cuenta la existencia de importantes diferencias entre los diferentes mercados y que, por tanto, exige una inter-

pretación individualizada de los casos, poniendo especial énfasis en el poder de mercado como elemento primordial a la hora de juzgar las conductas empresariales.

- *Descentralización en la aplicación del derecho comunitario.* Con la desaparición del monopolio de aplicación por parte de la Comisión del artículo 81.3, se elimina un importante obstáculo a la aplicación por parte de las autoridades nacionales del derecho comunitario de competencia. Eliminado éste, se pretende un mayor uso de dicha legislación y, por ende, una aplicación más extensiva del derecho comunitario. Para ello, se crea una Red de Autoridades de Competencia que colaborarán estrechamente en la aplicación y que se constituye como un foro de discusión y cooperación para la aplicación conjunta. Ésta permitirá un reparto más eficiente de los casos entre los miembros de la Red gracias al establecimiento de un conjunto de normas de reparto que asignará cada caso a aquella autoridad que se considere mejor situada en función de criterios como la capacidad para perseguir y sancionar la práctica denunciada. A su vez la Red se configura como un poderoso instrumento para la coordinación de la actuaciones de las autoridades frente a determinadas prácticas de ámbito supranacional, al permitir el intercambio de información y pruebas entre sus miembros, lo que puede mejorar sustancialmente la eficacia de la lucha contra los cárteles y otras conductas prohibidas. Finalmente, en un sistema con competencias concurrentes es necesario que las decisiones de los diferentes órganos competentes sean homogéneas y coherentes, de manera que para un mismo asunto (misma práctica, y mismas partes y mismo mercado producto y geográfico) no existan discrepancias entre decisiones de distintos órganos. A la Comisión, como guardiana del Tratado, se la dota de instrumentos para que, en última instancia, pueda velar por dicha coherencia.

- *Judicialización del derecho de la competencia.* Otra de las novedades importantes del nuevo reglamento 1/2003 es el impulso que se le pretende dar a la aplicación privada del derecho de la competencia por parte de los jueces de los Estados miembros. Éstos podrán apli-

² Los reglamentos de exención por categoría establecen las condiciones bajo las cuales grupos de acuerdos similares se consideran compatibles con el derecho de la competencia al cumplir las condiciones del Artículo 81.3. Por ejemplo, los acuerdos de distribución exclusiva, los acuerdos de franquicia, los acuerdos de I+D, o los que rigen la distribución de automóviles en la UE.

car los artículos 81 y 82 complementando las labores encomendadas a las autoridades administrativas y velando por los derechos individuales de las partes respecto de asuntos como la validez de los contratos o la indemnización por daños y perjuicios.

En definitiva, se trata de cumplir con el objetivo de mejorar la eficacia en la aplicación de la normativa de competencia. Para ello, la eliminación del sistema de notificación y la descentralización de la aplicación —tanto en autoridades de competencia, como en jueces nacionales— permitirá a la Comisión liberar recursos y centrar sus actuaciones en la investigación de cárteles, reforzando asimismo su acción en el ámbito de abusos de posición de dominio.

Lucha anticártel

En el ámbito de la lucha anticártel, la introducción de los programas de clemencia ha dado importantes resultados en los últimos cuatro años. La política de clemencia permite reducir e incluso eximir del pago de multas a aquellas empresas que aporten pruebas que permitan a la Comisión descubrir y sancionar la existencia de cárteles europeos. Gracias a la misma las autoridades comunitarias han sancionado en el período 1999-2003 más de 20 cárteles, con un total de multas impuestas por valor superior a los 3.000 millones de euros. Ello ha comportado un importante avance en esta área de la política de competencia, si tenemos en cuenta que, de las 66 decisiones sobre cárteles tomadas entre 1969 y 2003, cerca de la mitad se adoptaron a partir de 1998, gracias tanto a la importante contribución de la política de clemencia, como al reforzamiento de los efectivos dedicados en la Comisión, a este tipo de actuaciones, y a la creación en 1998 de una unidad específica de lucha anticártel. Varios han sido los sectores objeto de investigaciones comunitarias: desde las industrias básicas (cementeras) hasta los servicios de alto valor añadido (subastas de arte —Sotheby's/Christies'—) pasando por el sector químico (Methionina o electrodos de grafito) o los productos de consumo (papel autocopiativo).

Abuso de posición de dominio

Es ésta el área en la que comparativamente menos se ha avanzado en los últimos años y la que queda pendiente de reforma, o al menos de clarificación respecto de lo que se considera lícito o no. Desde un punto de vista económico, la prohibición de determinadas conductas por parte de operadores supuestamente dominantes resulta, en muchos casos, discutible y el enfoque de la Comisión, a este respecto, ha adolecido hasta el momento del grado de sofisticación que se ha empleado a la hora de, por ejemplo, analizar los efectos de determinadas operaciones de concentración. Consciente de estos problemas, la Comisión trabaja en la actualidad en una propuesta de directrices para la aplicación del artículo 82, que deberá constituir la base sobre la que sostener la futura aplicación de este artículo. Ante la dificultad de probar los efectos negativos de determinadas conductas por parte de los operadores dominantes, la Comisión se ha mostrado cauta en la aplicación del artículo 82 y parece haberse centrado más en evitar la aparición de estructuras de mercado que favorezcan el ejercicio de poder de mercado —objetivo esencial del control de concentraciones— que en juzgar las conductas de los operadores dominantes.

Como excepción a lo señalado más arriba y ejemplo de las diferencias entre la UE y los EE UU a la hora de juzgar determinadas prácticas, cabe referirse a la decisión de la Comisión de marzo de 2004 en el caso Microsoft, declarando el abuso de posición dominante de Microsoft, la imposición de obligaciones de comportamiento y una multa record cercana a los 500 millones de euros.

3. El control de las concentraciones

El TCE no incluye ninguna previsión relacionada con el control de las concentraciones. Hasta el año 1989, fecha de la aprobación del primer Reglamento comunitario en materia de control de concentraciones (Reglamento 4064/89), la Comisión aplicó el artículo 82 para

prohibir algunas concentraciones por la vía de considerar abuso de posición de dominio la adquisición por parte de una dominante de una empresa competidora³. Sin embargo, el artículo 82 exige la existencia previa de una posición de dominio, de modo que su aplicación no resolvía el problema de la creación de dicha posición, elemento fundamental del control de concentraciones que persigue tanto la creación, como el refuerzo de una posición de dominio. Por ello, dada la importancia del control de concentraciones como medio para actuar sobre la estructura de los mercados y, por consiguiente, de preservar unas condiciones favorables para la competencia en los mismos, resultaba importante contar con un instrumento que permitiese prevenir determinados comportamientos, llevando a cabo un control *ex ante*.

Al mismo tiempo, la construcción del mercado único requería contar con un instrumento que permitiera a la Comisión el control de las operaciones de tamaño comunitario. De lo contrario, al depender las decisiones de las distintas autoridades nacionales, se aumentaban los costes administrativos y se corría el peligro de obstaculizar el mercado único, por ejemplo, imponiendo condiciones distintas a los adquirientes cuando éstos pertenecían a otro Estado miembro.

El Reglamento 4064/89 contenía las previsiones legales aplicables al control de concentraciones de dimensión comunitaria, lo que en la práctica afecta a las operaciones entre empresas cuyo volumen de negocios total supere determinados umbrales.

Existen diferentes etapas claramente definidas para la revisión de cada concentración y es habitual que se mantengan consultas informales entre la Comisión y los notificantes antes de la presentación formal de la misma. En la primera fase, que dura un mes, los funcionarios comunitarios analizan los efectos de la concentración sobre el mercado. El criterio para determinar si una operación plantea o no problemas de competencia se contenía en el artículo 2.2 del Reglamento, que declara

incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que creen o refuercen una posición dominante a resultas de la cual se obstaculice de forma significativa la competencia en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Sobre esta base, se determina qué operaciones pueden plantear problemas (menos de un 10 por 100 de las notificadas). Si éste fuera el caso, se procede al envío de un «pliego de cargos» que inicia una segunda fase de cuatro meses de duración. Durante la misma, se analiza, detalladamente, el impacto de la operación sobre los mercados y se discuten posibles soluciones con las partes. Para aprobar la operación, las partes pueden ofrecer compromisos que incluyen la venta de activos, su cesión a competidores etcétera.

El número de notificaciones presentadas a la Comisión creció considerablemente durante finales de los noventa, pasando de 95 en 1994, a 172 tres años después y alcanzando una cifra record de 345 operaciones durante el año 2000. Desde entonces las notificaciones se han moderado, reduciéndose hasta 212, en 2003. La reducción del número de notificaciones ha ido acompañada de una disminución del número de casos que plantearon problemas para la competencia y que exigieron pasar a 2.ª fase (9 casos en 2002 y 8 en 2003). Durante 2003, la Comisión adoptó 231 decisiones de concentración: 203 operaciones fueron aprobadas en primera fase, 8 pasaron a 2.ª fase (ninguna prohibición, 2 casos de aprobación sin condiciones y 6 con condiciones) y 11 fueron aprobadas con condiciones al final de la 1.ª fase.

La reforma del control de concentraciones comunitario

A pesar del buen funcionamiento del sistema europeo de control de concentraciones, la excesiva carga de trabajo a la que se enfrentó la Comisión durante el comienzo de la presente década puso de manifiesto la escasez de recursos relativos de la Comisión para afrontar una tarea complicada e importante. Los procesos de revi-

³ Continental Can vs. Comisión. Warner-Lambert/Gillete.

sión de las concentraciones requieren un considerable grado de conocimiento y tiempo, y las consecuencias de las decisiones adoptadas tienen una gran importancia. Piénsese que de ellas puede depender —para bien o para mal— el correcto funcionamiento futuro de los mercados analizados, por no hablar de las consecuencias que dichas decisiones tienen para las empresas implicadas, e incluso para las relaciones de la UE con sus socios comerciales.

Durante el año 2002, la Comisión recibió un importante varapalo por parte del Tribunal de Primera Instancia (TPI). Tres decisiones de prohibición adoptadas por la Comisión, respectivamente, en septiembre de 1999 (Caso Airtours-First Choice) y octubre de 2001 (Caso Tetra Laval-Sidel y caso Schneider-LeGrand), fueron anuladas en ese año, dando lugar a innumerables críticas al sistema comunitario de control de concentraciones.

Sin embargo, el proceso de reforma de dicho sistema ya estaba en marcha desde diciembre de 2001, fecha en la que se publica un *Libro Verde* en respuesta a la necesidad de dotar a la UE ampliada de una legislación más moderna y flexible capaz de asegurar un sistema más eficiente, justo y transparente.

De este modo, y al objeto de cumplir con los objetivos fijados en la propuesta de reforma y de responder al mismo tiempo a las críticas sobrevenidas, el 20 de enero de 2004 se aprobó el nuevo reglamento comunitario de control de concentraciones (R139/2004) cuya entrada en vigor se ha producido el 1 de mayo de este mismo año. Este nuevo reglamento forma parte de un paquete de reformas que, además, incluye unas directrices para la valoración de concentraciones horizontales y una guía sobre «buenas prácticas».

Los cambios más importantes han afectado a la organización interna, los aspectos jurisdiccionales, los sustantivos y los de procedimiento.

Cambios en la organización interna

En los últimos años, la Comisión se ha enfrentado a operaciones cada vez más complejas que requieren un

conocimiento en profundidad de los sectores en los que se produce la fusión y de las circunstancias de hecho que rodean a la misma, y un riguroso análisis económico de los posibles efectos que la misma pueda tener para el futuro sobre funcionamiento del mercado. Para hacer frente a estos nuevos retos, se ha creado la figura del Economista Jefe. Apoyado por un grupo de expertos, presta asistencia horizontal a los equipos encargados del análisis de los casos, fiscalizando los modelos económicos aplicados en las investigaciones. El reforzamiento del análisis económico constituye una pieza fundamental en el ámbito del control de concentraciones y conductas, al dotar a la Comisión de nuevos instrumentos para reforzar el rigor y la solidez de las decisiones. Para los casos que revisten mayor complejidad se ha creado, asimismo, un sistema de revisión interna en el que un panel formado por funcionarios con experiencia revisará el trabajo de los responsables del caso, al objeto de resaltar las debilidades y fortalezas del mismo con el propósito de reforzar la solidez legal y económica de la decisión final.

Adicionalmente se ha reorganizado la DGIV con la disolución de la *Merger Task Force* y la incorporación de las unidades de concentración en las direcciones sectoriales existentes, a fin de aprovechar el conocimiento específico sobre los diferentes sectores a la hora de evaluar las operaciones de concentración.

Aspectos jurisdiccionales

Tal y como se señalaba en la introducción, uno de los problemas a los que se enfrentan las empresas en el ámbito del control de concentraciones es el de la obligación de notificar en diferentes EE MM sus operaciones. El creciente número de fusiones multijurisdiccionales, esto es de operaciones que al afectar a más de un mercado deben ser notificadas en varios países, genera costes adicionales y retrasos para las empresas que desean concentrarse. Por ello, se hacía necesario reducir el número de casos en los que las compañías se ven obligadas a notificar la operación en diferentes

Estados miembros, así como lograr una mejor asignación de los casos entre éstos y la Comisión. En este contexto, el nuevo reglamento introduce un sistema de reenvíos de las operaciones entre la Comisión y las Autoridades de competencia nacionales, y viceversa, que pretende reforzar el principio de autoridad única (*one stop-shop*). Para ello, el nuevo reglamento dispone un sistema de remisión de las concentraciones bien a petición de las empresas interesadas, o de un Estado miembro. En el primer caso las partes podrán solicitar la remisión de la operación a un Estado miembro cuando ésta, siendo de ámbito comunitario, afecte significativamente a la competencia en dicho Estado miembro. Las partes podrán, asimismo, solicitar el estudio de una operación por la Comisión cuando, sin ser de dimensión comunitaria, afecte al menos a tres Estados miembros. En el segundo caso, cualquier Estado miembro podrá solicitar la remisión de un asunto, cuando considere que el mismo amenaza con afectar significativamente a la competencia en su mercado. Finalmente, el artículo 22 del nuevo reglamento prevé, asimismo, la remisión a la Comisión de una operación a solicitud de uno o varios Estados miembros.

Aspectos sustantivos

La eficacia del «test sustantivo» aplicado a la evaluación de las concentraciones de ámbito comunitario ha sido uno de los capítulos más debatidos durante el proceso de reforma del reglamento de concentraciones. Bajo el Reglamento 4064/89, el criterio aplicado para determinar la compatibilidad de una fusión se centraba en si la operación «crea o refuerza una posición de dominio como resultado de la cual la competencia efectiva pudiera ser obstaculizada significativamente en el mercado común o en una parte sustancial del mismo». La cuestión que se ha planteado a lo largo de los últimos años en relación con el denominado «test de dominancia» ha sido si el mismo requiere únicamente que la concentración cree o refuerce una posición de dominio, o si adicionalmente también es necesario que se pruebe

que la misma obstaculiza significativamente la competencia. La cuestión no está plenamente resuelta, a pesar que el Tribunal de Primera Instancia parece haberse inclinado por la segunda interpretación, esto es, por considerar, ambos requisitos como cumulativos.

Sin embargo, el debate más interesante respecto del test de dominancia se ha producido a raíz de la «derrota» de la Comisión en el caso *Airtours-Firstchoice*, en el que se puso de manifiesto la posible existencia de un «agujero» en la legislación. El asunto se planteó, respecto de las concentraciones horizontales, en mercados oligopolísticos en los que difícilmente existe riesgo de colusión tácita o creación de una posición de dominio individual, pero en los que, sin embargo, se pueden plantear problemas de poder de mercado derivados de la concentración (los denominados efectos unilaterales o no coordinados). Estos casos (fusión del segundo y tercer operador en un mercado donde la nueva firma se enfrenta a otra significativamente mayor —la primera— y donde la fusionada no crea una posición de dominio ni existe riesgo de colusión entre los dos competidores) dieron lugar a un interesante debate entre los defensores del «test de dominio» y los del «test de obstaculización significativa de la competencia» —SLC en sus siglas en inglés—. A pesar de que la Comisión no consideraba que el test de dominio hubiese de ser modificado para poder incluir este tipo de problemas bajo la normativa de control de concentraciones, la realidad es que el artículo 2.2 del nuevo reglamento constituye un compromiso claro entre ambas posturas y un reconocimiento expreso de la inclusión de este tipo de efectos bajo la Normativa de concentraciones (Considerando 26 del reglamento 139/2004).

Así, el citado artículo señala:

«Las concentraciones que no sean susceptibles de obstaculizar de manera significativa la competencia efectiva en el mercado común..., en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declaran compatibles con el mercado común.»

El nuevo test se libera del corsé de la necesidad de creación o refuerzo de posición dominante para poder objetar una concentración, especificando no obstante que la creación o refuerzo de posición de dominio sigue siendo el principal motivo por el que una fusión puede dar lugar a una obstaculización significativa de la competencia, aunque no el único. Para algunos la adopción del nuevo test podría llevar a un aumento de los tipos de efectos anticompetitivos incluidos en la regulación, así como a una rebaja de los umbrales de intervención en los casos de concentraciones, dado que la Comisión ya no tiene que probar la dominancia. Sin embargo, los umbrales de intervención no han sido modificados y no hay razón por la que la eliminación del test de dominancia vaya a llevar a una reducción de los mismos. De hecho, el motivo fundamental para el cambio del test sustantivo ha sido permitir que la normativa cubra determinados efectos anticompetitivos susceptibles de dañar el bienestar de los consumidores no derivados de la creación de una posición de dominio y no bloquear concentraciones sin problemas para la competencia.

Otro de los aspectos importantes del nuevo reglamento, desde el punto de vista sustantivo, es el *tratamiento de las eficiencias*. Se ha criticado a la Comisión el no tomar en cuenta, adecuadamente, el papel desempeñado por las eficiencias como factor compensador en el análisis de las concentraciones y el haberlas considerado incluso como un factor negativo a la hora de decidir sobre una operación (Efficiencies Offense Doctrine). En el nuevo reglamento y en las «Directrices sobre concentraciones horizontales» se reconoce sin embargo que las eficiencias serán tomadas en cuenta en la evaluación de las concentraciones siempre que sean beneficiosas para los consumidores, inherentes a la concentración y verificables.

Tanto el nuevo test sustantivo, como el reconocimiento explícito de las eficiencias suponen sin duda un importante acercamiento de la legislación a ambos lados del atlántico, al menos en lo que a las concentraciones horizontales se refiere. El pronunciamiento de los tribunales europeos en los casos Tetra Laval y GE-Honey-

well⁴ contribuirá sin duda a clarificar la situación respecto a las fusiones no horizontales (verticales y conglomerados).

Aspectos procedimentales

En el ámbito del procedimiento, la Comisión ha pretendido responder a las críticas relativas a la falta de flexibilidad y transparencia del proceso. El cambio más relevante, a este respecto, es el referido a la mayor flexibilidad en el manejo de los plazos con cuenta a la Comisión durante la investigación, y el envío y análisis de las propuestas de remedios. La duración de la primera fase pasa a ser de 25 días laborables desde la fecha de la notificación, ampliable a 35 en el caso de que las partes ofrezcan compromisos. La segunda fase se extiende a 90 días laborables ampliables a 105 en el caso de compromisos y cuando los notificantes lo soliciten siempre que no lo hagan después de los 15 días desde el inicio del procedimiento. Con estos cambios se dota de mayor flexibilidad tanto a la Comisión para investigar y analizar con detalle todos los aspectos relevantes de la decisión, como a las partes para proponer remedios o argumentar sus posturas, respetando al mismo tiempo los límites a la duración máxima del procedimiento en los casos en que no es necesaria su ampliación.

En cuanto a las medidas para la mejora de la transparencia del procedimiento, la Comisión en la «guía sobre buenas prácticas» describe los instrumentos informales por ella empleados que se han demostrado eficaces en las investigaciones de fusiones. Destacan las reuniones con las partes para ponerlas al día de la situación del proceso (*state of play meetings*), las reuniones triangulares entre la Comisión, los notificantes y terceros afect-

⁴ El caso GE-Honeywell es un buen ejemplo de las discrepancias existentes entre la Normativa europea y americana. En él la Comisión y el Departamento de Justicia discreparon no sólo en relación con el tratamiento de las eficiencias sino también respecto del significado de dominancia y los efectos anticompetitivos (apalancamiento y cierre de mercado) de la integración vertical.

tados o las condiciones bajo las cuales la Comisión permitirá a las partes realizar sus alegaciones respecto de documentos importantes o quejas recibidas durante el curso de la investigación.

4. Conclusiones

La política de competencia juega un papel primordial en el proceso de integración y organización de la economía europea. Las ventajas de la competencia para el correcto funcionamiento de los mercados son ampliamente reconocidas. La competencia promueve una mejor asignación de los recursos productivos, aumenta la productividad y el crecimiento, e incita a las empresas a innovar y lanzar nuevos productos al mercado.

La política de competencia comunitaria en la actualidad debe asegurar y crear las condiciones apropiadas para el correcto funcionamiento de los mercados. Esto implica hacer una aplicación efectiva de la legislación pero también alinear su contenido al funcionamiento real de los mercados para lograr su máxima eficacia.

Importantes desafíos han surgido a comienzos del siglo recientemente inaugurado:

- Necesidad de mejorar la legislación existente a la luz de los más de 40 años de experiencia en su aplicación.
- La ampliación de la UE y la incorporación de nuevos Estados miembros, la mayoría de los cuales arrastran una herencia de fuerte intervencionismo económico.
- La necesidad de hacer frente a los nuevos problemas derivados de la creciente globalización de los mercados y de aumentar la cooperación entre autoridades de competencia dentro de la UE y con el resto del mundo.
- La aparición de nuevos productos y mercados que exigen un análisis más sofisticado sobre la dinámica de su funcionamiento.

Para hacer frente a estos retos la Comisión ha acometido un importante proceso de reformas a todos los niveles durante los últimos cinco años, reformas que han entrado en vigor durante 2004. En el ámbito del control de conductas restrictivas los cambios más im-

portantes han sido: la reforma de los reglamentos de exención; el cambio a un sistema de autoevaluación de los acuerdos prohibidos-autorizables; la judicialización del derecho de competencia; el reforzamiento de la cooperación entre autoridades; o la intensificación de la lucha anticártel.

En el control de concentraciones por su parte se ha introducido un nuevo test sustantivo para la evaluación de las operaciones, se ha clarificado y racionalizado el sistema de reparto de los casos entre autoridades, se han flexibilizado los tiempos del procedimiento y se le ha dotado de mayor transparencia de cara a las partes.

Todo lo anterior ha ido acompañado de una serie de medidas no legislativas tendentes a mejorar la calidad del proceso de toma de decisiones tanto en concentraciones, como en conductas, mediante una mayor consideración a los aspectos económicos en las decisiones, establecimiento de medidas de fiscalización internas a lo largo del proceso, especialización sectorial, etcétera.

Mientras, el éxito o fracaso de todas estas reformas no se podrá juzgar hasta dentro de unos años, lo que no cabe duda es que la política comunitaria de defensa de la competencia ha sufrido la mayor transformación de su reciente historia. Esperemos que la misma cumpla satisfactoriamente el difícil reto de mantener la competencia efectiva en el mercado único, proteger debidamente a los consumidores y promover la innovación y competitividad de las empresas europeas en el contexto internacional.

Referencias bibliográficas

- [1] BANNERMAN, E. (2002): «The Future of EU Competition Policy», Centre for European Reform, Londres.
- [2] BISHOP, S. y WALKER, M. (1999): «The Economics of EC Competition Law», 1st edition, Sweet and Maswell, Londres.
- [3] COMMISSION OF EUROPEAN COMUNITIES (2004): «XXXIIIrd Report on Competition Policy-2003».
- [4] GONZÁLEZ DÍAZ, F. E. (2004): «The Reform of the European Merger Control. *Quid Novi Sub Sole?*». World Competition. Volumen 27 número 2, páginas 177-199. Kluever Law International.
- [5] WISH, R. (2001): «Competition Law», 4.ª edición, Butterworths, Londres.