

INTRODUCCIÓN

En los últimos años ha aumentado el número de casos, que son relativamente frecuentes en la actualidad, en los que es preciso notificar una misma operación de concentración en varios países distintos, a los efectos de su aprobación por las autoridades de la competencia, con el consiguiente riesgo de que se produzcan resoluciones contradictorias por parte de las distintas autoridades.

Este riesgo podría resultar de la coexistencia de distintos criterios en función de los cuales se evalúan las consecuencias de una operación de concentración por las distintas jurisdicciones. Los dos criterios fundamentales utilizados, como se verá más adelante, son el de la creación o refuerzo de una posición de dominio, que es el adoptado en derecho comunitario y en las leyes de una mayoría de Estados miembros de la UE, y el de la producción de una disminución considerable de la competencia (criterio “DCC”), que es aplicado por las autoridades de la competencia de Australia, Canadá y EE.UU., entre otras.

En este contexto, una de las cuestiones planteadas por la Comisión Europea en el marco de la reflexión sobre la reforma del Reglamento 4064/89 (“**Reglamento de Concentraciones**”)¹ en el recientemente publicado Libro Verde sobre su revisión (“**Libro Verde**”)² es la conveniencia de cambiar el test actualmente utilizado para analizar los efectos sobre la competencia de las concentraciones sometidas a la jurisdicción comunitaria, basado en el concepto de posición de dominio, para sustituirlo por el existente en otras jurisdicciones, basado en el concepto de disminución considerable de la competencia.

La cuestión reviste un especial interés desde el punto de vista de la aplicación del derecho de la competencia al control de concentraciones por las autoridades de la competencia de los Estados miembros de la Unión Europea (“UE”), una mayoría de las cuales aplican un criterio similar al contenido en el Reglamento de Concentraciones. Por ello, como elemento comparativo, se estudiará la aplicación de la Ley 16/1989, de defensa de la competencia (“LDC”)³ al control de concentraciones en España. Por otra parte, el estudio del modelo español es especialmente indicado en este caso, puesto que, como se verá más adelante, el criterio utilizado para analizar los efectos de las concentraciones en España recoge elementos de los dos sistemas enunciados anteriormente.

Para aportar una mayor claridad a la discusión, el presente comentario trata los aspectos jurídicos de la cuestión, en paralelo con otro comentario que se referirá a sus aspectos económicos.

¹ Reglamento (CEE) No 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DOCE (1989) L 395/1, modificado por el Reglamento (CEE) No 1310/97 del Consejo, de 30 de junio, DOCE (1997) L 180/1.

² Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CEE) No 4064/89 del Consejo, de 11 de diciembre de 2001, COM (2001) 745/6 final.

³ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE No. 170, de 18 de julio.

ASPECTOS JURÍDICOS

Para el estudio comparativo de los diferentes criterios aplicados se han escogido las dos jurisdicciones consideradas más representativas, EE.UU. en el caso del criterio DCC, y la UE en el caso del test de dominancia, que es asimismo el adoptado por una mayoría de Estados miembros de la UE.⁴ También se hará referencia al sistema de control de concentraciones vigente en España. Tras la descripción de los criterios aplicables establecidos en las normas que rigen el control de concentraciones en cada una de las jurisdicciones mencionadas, se analizará la aplicación de los mencionados criterios a diferentes tipos de operaciones de concentración. De dicho estudio se extraerán conclusiones sobre si la aplicación de los distintos criterios conlleva diferencias importantes en el análisis del fondo de las cuestiones planteadas.

DESCRIPCIÓN DE LOS CRITERIOS APLICADOS

Criterio aplicado en la UE

El artículo 2(3) del Reglamento de Concentraciones declara incompatibles con el mercado común “las operaciones de concentración que supongan un obstáculo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo”.⁵

Por tanto, el criterio aplicado al control de concentraciones por la Comisión Europea se asemeja al que figura en el artículo 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (“TCE”): “*Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición de dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.*” La diferencia estriba en que en un caso se trata de un control estructural, en el que la mera aparición de una posición de dominio conduce a una prohibición, mientras que en el caso del Artículo 82 TCE sólo una conducta abusiva puede motivar la actuación de la Comisión Europea y la existencia de una posición de dominio no es *per se* censurable. El criterio recogido en el Reglamento de Concentraciones tiene como objetivo proteger la estructura del mercado, evitando que aparezcan nuevas empresas con poder de mercado que puedan actuar independientemente de sus competidoras y de los consumidores.

⁴ El Libro Verde menciona que el Reino Unido e Irlanda estudian la posibilidad de introducir el criterio DCC (página 39, nota 31). En el Reino Unido, la nueva “*Enterprise Bill*”, actualmente en tramitación parlamentaria, sustituirá el criterio actual basado en el interés público por el criterio DCC.

⁵ Por otra parte, el Artículo 2(4), fruto de la reforma del Reglamento de Concentraciones de 1997 que incluyó bajo su ámbito de aplicación todas las empresas en participación de plenas funciones, añade un segundo criterio, el de que la operación “*tenga por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes.*”

Criterio aplicado en EE.UU

La legislación aplicable en EE.UU. al análisis de concentraciones se encuentra en varias normas jurídicas:

La Sección 7 de la Clayton Act prohíbe las operaciones de concentración si tienen como efecto una disminución considerable de la competencia, o tienden a crear un monopolio.⁶

La Sección 1 de la Sherman Act prohíbe las operaciones de concentración que constituyan un contrato, combinación o conspiración que restrinja el comercio.⁷

Por último, la Sección 5 de la Federal Trade Commission Act⁸ prohíbe las operaciones de concentración que constituyan un método ilícito de competencia.

El criterio que predomina en el análisis de operaciones de concentración en EE.UU. es el de disminución considerable de la competencia ("*substantial lessening of competition*"), tal y como se recoge en las Directrices sobre Fusiones Horizontales publicadas conjuntamente por las autoridades competentes para el análisis de concentraciones, el Departamento de Justicia (*Department of Justice, "DoJ"*) y la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission, "FTC"*), en 1992 ("*Directrices de 1992*"),⁹ cuyo propósito es articular el marco analítico aplicado por las mencionadas autoridades para determinar "*si una fusión tiene probabilidades de disminuir considerablemente la competencia*".

El criterio aplicado en EE.UU. permite por tanto la prohibición de una operación de concentración en ausencia de una posición de dominio, siempre que se demuestre que dicha operación podría tener como consecuencia una disminución considerable de la competencia. Por lo tanto, en lo que a su formulación se refiere, el criterio DCC es un instrumento que otorga a las autoridades competentes un mayor poder de intervención

Criterio aplicado en España

En sede de concentraciones, el órgano que está facultado para aprobar o declarar improcedente una operación de concentración es el Consejo de Ministros. El artículo 17 LDC no somete la apreciación por el Consejo de Ministros a ningún criterio jurídico. Sin embargo, el informe previo no vinculante que emite el Tribunal de Defensa de la Competencia ("*TDC*") sobre la operación debe analizar una serie de factores en virtud del artículo 16 LDC. El artículo 15 bis LDC prevé que sean

⁶ "[If their effect] may be substantially to lessen competition, or tend to create a monopoly", 15 U.S.C. § 18 (1988).

⁷ "[if they constitute a] contract, combination or conspiracy in restraint of trade.", 15 U.S.C. § 1 (1988).

⁸ "[if they constitute an] unfair method of competition.", 15 U.S.C. § 45 (1988).

⁹ 1992 Horizontal Merger Guidelines, <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm>.