

Análisis sobre la regulación de la competencia en un mercado globalizado

Conclusiones

Autor

Rafael García-Palencia

Licenciado en Derecho y en Ciencias Políticas y Económicas.

Universidad Complutense de Madrid

Técnico Comercial y Economista del Estado

Ex-Presidente del Comité Consultivo de Control de Concentraciones de la Comisión Europea

Ex-Director General de Política de la Competencia y Coordinación (DG IV/A) de la Comisión Europea

Socio-Director del Departamento de Derecho de la Competencia de IberForo

© 2002, Instituto de la Empresa Familiar

No está permitida la reproducción total o parcial de esta publicación, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin permiso previo y por escrito de los titulares del copyright.

Diagonal 469, 3º 2ª

08036 Barcelona

Pl. Independencia 8, 4º izq.

28001 Madrid



Las recientes modificaciones de la legislación española de competencia en materia de control de concentraciones, se están llevando a cabo en un contexto de globalización de los mercados que hace de las operaciones de concentración uno de los medios más eficaces para que las empresas puedan crecer, vía fusiones y adquisiciones, y puedan así dimensionarse para seguir siendo competitivas. La creciente globalización de los mercados explica que el número de las concentraciones entre empresas se haya multiplicado en todo el mundo en los últimos diez años.

Esta tendencia ha sido especialmente intensa en la fase expansiva del ciclo económico que ha caracterizado a las economías occidentales hasta el pasado año. Por ello, y con el fin de preservar la competencia y conseguir un sistema de control de concentraciones que sea predecible para las empresas implicadas, se plantean las siguientes sugerencias de posibles modificaciones a introducir en el sistema español de toma de decisiones sobre las operaciones de concentración.



1. El control de concentraciones por la autoridad de competencia es necesario y positivo para garantizar una competencia efectiva, pero debe articularse en el contexto de una creciente globalización de los mercados

El control de concentraciones debe garantizar que la economía española obtenga el máximo beneficio de las operaciones de concentración. Las empresas españolas y europeas, en general, necesitan reestructurarse para adaptarse a los desafíos del Mercado Único y de la Unión Económica y Monetaria, y la economía europea ha de obtener beneficios de estos procesos de reestructuración. En consecuencia, el objetivo del control de concentraciones no es evitar las operaciones de concentración como norma general, sino condicionar su autorización para suprimir sus posibles efectos nocivos para el mantenimiento de la competencia efectiva y prohibirlas sólo en aquellos casos en que no pudiesen aplicarse medidas correctoras a las restricciones de competencia.

En la pasada década se ha registrado un aumento significativo de la actividad de concentración, a medida que las empresas de todo el mundo intentan hacer frente a los retos planteados por la globalización y, en la Unión Europea, al nuevo entorno propiciado por la realización del

mercado único en 1993, el advenimiento del euro y su implantación final en el año 2002 y la futura ampliación a nuevos países del resto de Europa.

Al mismo tiempo, el número de países de todo el mundo que ahora cuentan con regímenes de control de las operaciones de concentración se ha visto incrementado sustancialmente, con el consiguiente crecimiento de costes, demoras e incertidumbres para las fusiones y adquisiciones que deben ser autorizadas reglamentariamente por múltiples jurisdicciones.

Atendiendo a este contexto deben ampliarse las modificaciones de la regulación española de competencia que se están aplicando. El control de las operaciones de concentración es absolutamente necesario para preservar el mantenimiento de la competencia y evitar así graves perjuicios a otros operadores en los mercados afectados y a los consumidores, pero en la valoración de las concentraciones deben tenerse muy en cuenta los efectos positivos que pueden derivarse de las mismas desde el punto de vista de la reestructuración empresarial, de las economías de escala o de las ganancias de eficiencia y de mejor dimensionamiento de las empresas, que por esta vía pueden llegar a ser más competitivas.

No es que se caiga en la simpleza de apostar en todo caso por la gran dimensión de las empresas aplicando mecánicamente la filosofía de que siempre "*big is beautiful*", porque a veces la fusión de dos empresas esclerotizadas o ineficaces puede amplificar sus problemas en vez de resolverlos. Lo que se pretende decir es que una operación de concentración bien planteada constituye siempre una oportunidad para una sana reestructuración empresarial, con ganancias en eficiencia, reducciones en costes, incorporación de sinergias industriales y comerciales y adición de innovaciones tecnológicas de producción y estrategias de marketing.



2. El test de dominancia proporciona un mayor objetividad en la evaluación de las operaciones y reduce el nivel de incertidumbre de las empresas

En un contexto económico como el que se vive actualmente, que implica la existencia de un mercado único entre todos los Estados miembros de la Unión Europea y un creciente fenómeno globalizador, las empresas necesitan un sistema de control de concentraciones que asegure una valoración uniforme de las operaciones notificadas y que permita así a las empresas predecir con relativa fiabilidad la valoración que merecerá su operación.

El número cada vez mayor de transacciones transfronterizas y el reenvío de las operaciones examinadas entre las autoridades nacionales y comunitarias que se da cada vez con más frecuencia, hace necesario que los sistemas de control de concentraciones sean lo más homogéneos posible.

En este sentido, sería recomendable que la legislación española sobre control de operaciones de concentración alinease sus criterios de valoración

con los de la Comisión Europea y algunos de los Estados miembros.

Para decidir si una operación de concentración debe ser autorizada o prohibida, la Comisión Europea y algunos de los Estados miembros se basan en analizar si dicha operación creará o reforzará una posición de dominio. Es el llamado *test* de dominancia. Según la práctica de la Comisión Europea y de algunos otros Estados miembros existe posición de dominio cuando una empresa o grupo de empresas puede comportarse de forma independiente de sus competidores y en último término de los consumidores.

En contraste, la regulación de Estados Unidos, Australia, Canadá o la reforma que está previsto se lleve a cabo en las normas del Reino Unido, basa el *test* de valoración en si la operación que se pretende llevar a cabo, disminuye de forma sustancial la competencia. La legislación española, en la línea de estos sistemas, fundamenta la valoración de una operación de concentración en si la misma podrá obstaculizar el mantenimiento de la competencia en el mercado.

Quienes, con referencia al sistema español, defienden el *test* de la obstaculización de la competencia frente al *test* de la dominancia, suelen basarse en que aquél permite una valoración más precisa de la operación porque presta más atención a la previsible evolución que sufrirá el mercado, en lugar de centrarse en la cuota de mercado que ostentan las empresas implicadas en la operación.

También se ha dicho que el *test* de la obstaculización de la competencia permite realizar una valoración más flexible y efectiva sobre la llamada dominancia oligopolística y sobre las concentraciones verticales o con efecto conglomerado¹.

Existe actualmente una corriente doctrinal favorable al *test* de la obstaculización significativa de la competencia frente al *test* de la dominancia, que se basa en la experiencia de los sistemas antitrust de



tradición anglosajona, generalmente muy bien considerados y en argumentos, como los ya citados, relativos a la mayor eficacia y precisión de este *test* frente al *test* de la dominancia. De hecho en la reciente reforma operada en el sistema británico de control de concentraciones se ha optado por el *test* de obstaculización significativa de la competencia pese a que los sectores empresariales demandaron con insistencia la alineación con el sistema comunitario y con el *test* de la dominancia.

Los partidarios de que el control de concentraciones en España esté basado en el *test* de la obstaculización significativa de la competencia se han hecho eco de estas corrientes doctrinales.

Sin embargo, los más recientes estudios en la materia² concluyen que la aplicación histórica de ambos criterios no da lugar a resultados de fondo sustancialmente distintos y, por lo tanto, no es concluyente para apreciar su mayor idoneidad.

Con el *test* de la obstaculización significativa de la competencia son objeto de valoración aquellas operaciones que permitan a determinados operadores del mercado relevante actuar de forma independiente de sus competidores y de los consumidores, es decir, que adquieran o refuercen un cierto poder de mercado que pueda ser perjudicial para el resto de operadores.

1. Sobre estos conceptos y sobre los problemas que plantean en la valoración de operaciones de concentración, véase el Dictamen "Los órganos responsables de las decisiones, así como los procedimientos seguidos y los criterios aplicados, en las operaciones de concentración en los países más significativos de la Unión Europea, con especial referencia al Reino de España", que se adjunta como anexo al presente Dictamen.

2. Estudio preparado por el Bundeskartellamt para la reunión del Grupo de Trabajo en materia de Derecho de la Competencia, 8 y 9 de octubre de 2001 y Libro Verde de la Comisión Europea sobre la revisión del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo.

Esta es, en definitiva, la definición de posición dominante utilizada por el *test* de dominancia. Además, en el *test* de dominancia, no sólo se tienen en cuenta las cuotas de mercado de las empresas implicadas en la operación para valorar las consecuencias de la operación, también se atiende a la estructura del mercado, es decir, su nivel de concentración, el previsible desarrollo del mismo, la competencia potencial y las barreras de entrada para nuevos operadores y la posibilidad para consumidores y proveedores para recurrir a otras alternativas, entre otros elementos ya que no se trata de una lista cerrada. La valoración conjunta y la visión dinámica de todos estos criterios es lo que permite concluir que una operación va a crear o reforzar la posición de dominio de una empresa o de un grupo de empresas.

Por otro lado, los elementos del *test* relativos a la eficiencia no son un atributo exclusivo de los sistemas basados en el *test* de la obstaculización de la competencia. En los sistemas basados en el *test* de dominancia también se tienen en cuenta otras consideraciones de política económica distintas de la política de competencia, ya sea como un elemento de valoración del *test* o a través de un mecanismo específico, como la autorización ministerial prevista para casos excepcionales en el sistema de la República Federal de Alemania. En este sistema la intervención del Ministro Federal de Economía se produce para tener en cuenta si de la operación concreta se derivan ventajas para la economía en su conjunto que contrarrestan los efectos anticompetitivos de la operación o, si la concentración está justificada por un interés público primordial, que el citado Ministro debe explicitar, pero en ningún caso para reconsiderar o modificar los criterios de política de competencia aplicados por el *Bundeskartellamt* (BKA)³.

3. Sobre la regulación detallada del procedimiento de control de concentraciones alemán véase la descripción hecha en el Dictamen "Los órganos responsables de las decisiones, así como los procedimientos seguidos y los criterios aplicados, en las operaciones de concentración en los países más significativos de la Unión Europea, con especial referencia al Reino de España", que se adjunta como anexo al presente Dictamen



Por todo ello, habitualmente se ha criticado al *test* de dominancia por su pretendida menor idoneidad para valorar con precisión concentraciones verticales (operaciones entre empresas situadas en distintos niveles de la producción o comercialización) u operaciones que implican el llamado "efecto cartera" o *portfolio power*. Sin embargo, el *test* de la dominancia se ha revelado como un mecanismo eficaz para preservar la competencia en operaciones de este tipo, como de hecho han puesto de manifiesto las decisiones de la Comisión Europea, extendiendo su aplicación a través de conceptos como el de la posición de dominio colectiva⁴.

Por otro lado no hay que olvidar que en sistemas como el español, en los que la decisión final de aprobar o prohibir una operación de concentración recae exclusivamente en órganos de naturaleza política, el sistema es más vulnerable a influencias e intereses ajenos a la política de competencia y referidos a otro tipo de consideraciones como política industrial o política de empleo. Un criterio tan amplio y tan poco perfilado como el *test* de la obstaculización significativa de la competencia en manos de una autoridad política, como es el Consejo de Ministros, puede convertirse en un instrumento proteccionista y ser dedicado a impulsar la formación de "campeones nacionales", o peor aún, de "campeones regionales", en lugar de evitar los perjuicios que para la competencia pueden derivarse de las operaciones de fusión y adquisición, lo que constituye el principal objetivo de un sistema de control de concentraciones.

En el sistema estadounidense de valoración de concentraciones priman criterios como el perjuicio de los consumidores o la eficiencia económica

4. Sobre la aplicación de este concepto en la práctica de la Comisión Europea véase el Dictamen "Los órganos responsables de las decisiones, así como los procedimientos seguidos y los criterios aplicados, en las operaciones de concentración en los países más significativos de la Unión Europea, con especial referencia al Reino de España", que se adjunta como anexo al presente Dictamen.

sobre la creación o reforzamiento de una posición de dominio. Sin embargo, en Estados Unidos no intervienen autoridades políticas en las decisiones de control de concentraciones. Por tratarse de un sistema de aplicación judicial del derecho de la competencia, son los tribunales los que, a través del desarrollo jurisprudencial en aplicación del sistema anglosajón del *case law*, han elaborado una doctrina consolidada, coherente y rigurosa en la aplicación del *test* de la obstaculización significativa de la competencia. Por otro lado, se trata de un país con un mercado ya unificado y con una misma moneda desde hace muchos años.

Por consiguiente, el caso norteamericano es radicalmente diferente al español. En Estados Unidos no pueden darse los riesgos de influencia política y de escasa predecibilidad para las empresas que existen en un sistema como el español. En España, el órgano en el que se inician las investigaciones, el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), está integrado en el Ministerio de Economía, lo que le hace vulnerable, desde la primera etapa de la instrucción, a influencias políticas, y la decisión final es tomada por el Consejo de Ministros que puede hacer del control de concentraciones un instrumento para conseguir otros objetivos distintos del mantenimiento de la competencia.

Por todo ello el *test* de la dominancia plantea ventajas desde el punto de vista del mantenimiento de la competencia, especialmente cuando es una autoridad política la que aplica el *test*, ya que cuanto mayor discrecionalidad permita éste, mayor será también el riesgo de que motivaciones políticas, ajenas a la aplicación de criterios de competencia, determinen las decisiones de autorizar o prohibir concentraciones.

Además, el *test* de dominancia permitiría la alineación con el sistema comunitario y con el de algunos otros Estados miembros, lo cual aporta seguridad jurídica e igualdad de trato para las empresas, máxime teniendo en cuenta que los casos en los que la Comisión Europea remite notificaciones a las autoridades nacionales de competencia en virtud del Reglamento de Concentraciones comunitario es cada vez mayor.



De esta forma se conseguirá una mayor uniformidad en la toma de decisiones de las operaciones de concentración de las autoridades de competencia comunitaria y española, lo que sin duda redundaría en ventajas para las empresas españolas con actividad en varios países de la Unión Europea.

No tiene mucho sentido que el sistema español de control de concentraciones base algunos de los conceptos fundamentales en la práctica en cuanto a la toma de decisiones y la jurisprudencia comunitarias (posición de dominio, concepto de control, etc.) y mantenga la aplicación de un *test* distinto basado en la obstaculización de la competencia, en vez de en la creación o reforzamiento de una posición dominante. Esto sólo puede ser causa de discriminación entre las empresas que lleven a cabo concentraciones en el ámbito del control de concentraciones comunitario o en el ámbito del control de concentraciones español.

Si bien sería deseable una regulación del control de concentraciones que aumentase la predecibilidad de su aplicación para incrementar la seguridad de las empresas a la hora de definir la estrategia de las operaciones de concentración, este enfoque flexible que se propone no debería llevar, por supuesto, al extremo del control *a posteriori* practicado en Estados Unidos. El control de concentraciones *a posteriori* que se realiza en Estados Unidos resulta factible porque la regulación del mismo está muy consolidada por su antigüedad y es aplicada por órganos judiciales cuyas sentencias están basadas en el sistema anglosajón del antecedente o *case law system*. En un sistema de control como el español, el control *a posteriori* no produciría las ventajas que conlleva en la práctica norteamericana sino, más bien al contrario, crearía mayores incertidumbres a las empresas.

No obstante la aplicación del control de concentraciones debe hacerse de forma flexible, evitando imponer obstáculos insalvables a las operaciones de concentración para que las empresas españolas puedan alcanzar una dimensión suficientemente competitiva.



3. Es necesario incrementar el protagonismo del Tribunal de Defensa de la Competencia y elevar su dotación de medios humanos y presupuestarios para la valoración de las operaciones de concentración

Sería deseable que se operase una reforma en el sistema español de control de concentraciones que redujese al mínimo la intervención política en la toma de decisiones sobre autorización, imposición de condiciones o prohibición de concentraciones, y que, consecuentemente, se otorgase un mayor protagonismo al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en las decisiones finales.

Por otro lado un papel preeminente del TDC en la toma de decisiones durante el proceso de control de concentraciones permitiría dotar al procedimiento de mayor transparencia, con las ganancias en predecibilidad sobre el contenido de las decisiones que ello implica.

En primer lugar, debería eliminarse al máximo la intervención de órganos políticos en las decisiones de autorización, imposición de condiciones o prohibición de operaciones de concentración, ya que al reducirse la interferencia en los criterios de valoración, también se disminuyen

los riesgos que ello implica para la predecibilidad del contenido de las decisiones y para el mantenimiento de una competencia efectiva. Los riesgos de que sea una autoridad política la encargada de autorizar, condicionar o prohibir operaciones de concentración son considerables⁵. Además como el Consejo de Ministros no está vinculado por el informe del TDC, las expectativas que se hayan creado las partes, si ha mediado negociación en el seno del TDC para fijar determinados compromisos que pudieran reducir los inconvenientes para la competencia derivados de la operación, pueden finalmente verse frustradas.

En este sentido sería deseable que el TDC fuese el único órgano con atribuciones decisorias en materia de control de concentraciones, aunque se mantuviese la competencia del Consejo de Ministros en casos excepcionales como ocurre en el sistema de la República Federal de Alemania, en el que la intervención del Ministro Federal de Economía se produce para tener en cuenta si de la operación concreta se derivan ventajas para la economía en su conjunto que contrarrestan los efectos anticompetitivos de la operación, o si la concentración está justificada por un interés público primordial que el citado Ministro debe explicitar, pero en ningún caso para reconsiderar o modificar los criterios de política de competencia aplicados por el BKA.

En cuanto al desarrollo del procedimiento sería conveniente introducir algunas modificaciones para dotarlo de mayor transparencia. Resulta muy positivo que el Real Decreto 1443/2001 de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia, en lo referente al control de las concentraciones económicas⁶, prevea la publicidad del informe del SDC una vez que el

5. Sobre estos riesgos y ejemplos ilustrativos de los mismos, véase el Dictamen "Los órganos responsables de las decisiones, así como los procedimientos seguidos y los criterios aplicados, en las operaciones de concentración en los países más significativos de la Unión Europea, con especial referencia al Reino de España", que se adjunta como anexo al presente Dictamen.

6. B.O:E: n° 16 de 18 de enero de 2002.



Ministro de Economía decide someter la operación al examen del TDC. Sin embargo sigue siendo un problema considerable que el informe del TDC sobre la valoración de una operación de concentración no se haga público hasta que el Consejo de Ministros no haya adoptado una decisión al respecto.

Durante los tres meses con que cuenta el Gobierno para resolver después de haber recibido el informe del TDC se genera una situación de incertidumbre muy incómoda, ya que ni las partes ni los terceros interesados saben si el TDC ha podido declarar la operación improcedente o someterla a determinadas condiciones, y también existe cauce procesal para que las partes y los terceros interesados hagan valer sus derechos ante la autoridad decisoria antes de que ésta adopte su decisión.

Por otro lado, el hecho de que el informe del TDC no se haga público al mismo tiempo que se eleva al Consejo de Ministros, incrementa el riesgo de presiones a que puede verse sometido el TDC por parte de las autoridades políticas.

También dotaría de mayor transparencia al procedimiento un trámite de audiencia formal que permitiese la celebración de un debate contradictorio, entre los que defienden y los que se oponen a la operación de concentración, en el TDC de los argumentos expuestos a lo largo del procedimiento.

En definitiva, la participación activa de las partes y de los terceros interesados en el proceso de toma de decisiones contribuye a garantizar la transparencia del procedimiento. Y sobre todo, permite obtener a la autoridad decisoria un nivel completo de información contrastada, a través del debate contradictorio, que le permite realizar una mejor valoración de los posibles efectos de la operación de concentración.

La transparencia y la flexibilidad que introduce en el procedimiento el mecanismo de las negociaciones que pueden llevarse a cabo durante el

procedimiento para fijar condiciones que contrarresten los efectos negativos para la competencia que se derivan de la operación, se ven considerablemente mermadas por el hecho de que el informe del TDC no se haga público hasta que el Consejo de Ministros se haya pronunciado sobre la operación.

A esto hay que añadir que en el procedimiento español no se prevé la posibilidad expresa de que puedan negociarse compromisos en la segunda fase, ante el TDC. Esto priva al procedimiento de la celebración de un debate contradictorio de los compromisos propuestos, que permitiría llegar a una concreción final de los mismos mucho más precisa.

Por ello, sería deseable, prever una regulación de los compromisos similar a la que existe, por ejemplo, en el procedimiento comunitario, en el que los compromisos se han revelado como un mecanismo transparente y eficaz que permite aprobar las operaciones de concentración y mitigar o eliminar, los efectos perjudiciales que para la competencia se derivan de las mismas.

En el procedimiento comunitario los compromisos propuestos por las partes se comunican a todos los interesados que han intervenido en el procedimiento a fin de que puedan presentar sus observaciones al respecto. En ocasiones, la presentación de determinados compromisos puede incluso dar lugar a la celebración de una nueva audiencia formal, para que las partes y los terceros interesados se pronuncien verbalmente en debate contradictorio, sobre el contenido de los compromisos.

La política de compromisos en el ámbito de concentraciones comunitario se ha revelado hasta tal punto eficaz que la Comisión en diciembre de 2000 adoptó una Comunicación⁷ al respecto y en abril de 2001 creó una unidad específica dentro de la Dirección General de Competencia

7. Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo y al Reglamento (CE) n° 447/98.



que, basándose en la experiencia obtenida, sirva de foro de negociación a las partes a lo largo de todo el procedimiento y permita que dichas negociaciones puedan ser concluidas de forma satisfactoria para todas las partes siempre que sea posible.

Además de estas sugerencias, en el caso español sería recomendable, para dotar de mayor eficacia al mecanismo de los compromisos, regular expresamente la negociación en la segunda fase, además de fijar plazos expresos para su realización (para evitar dilaciones o incluso posibles incumplimientos que dejen al mecanismo desprovisto de toda utilidad). Por otro lado, la publicidad de las propuestas antes de la decisión del Consejo de Ministros, ya sea porque son comunicadas a las partes y los terceros o porque el Informe del TDC se hace público, otorgaría mayor seguridad jurídica a las empresas y se evitarían eventuales presiones políticas sobre la determinación final de los mismos.

En definitiva, debería dotarse al TDC de mayores recursos e incrementar su participación a lo largo del procedimiento (audiencias contradictorias, mayor protagonismo y transparencia en el mecanismo de los compromisos, publicidad y fuerza jurídica de sus informes).

En efecto, no debería dejarse a una autoridad política como el Consejo de Ministros la concreción y la aplicación de los conceptos de política de competencia, como la determinación del mercado relevante, tanto de producto como geográfico, y el análisis de la estructura de dicho mercado atendiendo a la oferta, la demanda, las barreras de entrada, etc. Esta tarea debe ser desempeñada por un órgano de expertos que haga una valoración objetiva e independiente de estos criterios.

Con ello se incrementaría la predecibilidad del contenido de las decisiones para las partes y también la eficacia, los procedimientos serían más transparentes y las decisiones responderían a una valoración de las operaciones y de los mercados más precisas.

Por último, es necesario aumentar los medios del TDC, tanto desde el punto de vista de los recursos humanos como de los económicos.

En este sentido, sería deseable incrementar la plantilla del TDC con funcionarios especializados en derecho de la competencia, con sólida formación jurídica y/o económica.

Por otro lado, el TDC necesita mayores medios económicos para poder formar un criterio propio en la definición de los mercados relevantes de producto y geográfico. Por ello, debe contar con más recursos financieros para encargar a entidades de prestigio estudios independientes sobre los mercados relevantes y así, no depender exclusivamente de los informes de las partes para la definición de dichos mercados relevantes.



4. Consecuencias de la participación de órganos autonómicos competentes en materia de defensa de la competencia en el procedimiento de control de concentraciones

Por último se valoran las consecuencias que podría tener en un sistema de control de concentraciones como el español, basado en el test de la obstaculización significativa de competencia, la introducción de órganos autonómicos competentes en materia de competencia.

La Ley 1/2002, de 21 de febrero de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia⁸ establece el marco regulador para el adecuado ejercicio de las competencias relacionadas con el ejercicio de la defensa de la competencia por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas.

El apartado 5 del artículo 1 de la citada Ley prevé que corresponderá en todo caso al Estado la aplicación de las normas sobre el control de

8. B.O.E. de 22 de febrero de 2002, nº 46.

concentraciones. Por lo tanto, en esta materia sólo se permite la intervención de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas mediante la presentación de un informe preceptivo y no vinculante. Así se establece en el artículo 5 "Mecanismos de coordinación", apartado cuarto, que establece:

"El Servicio de Defensa de la Competencia o el Tribunal de Defensa de la Competencia, en el ejercicio de las funciones que le son propias, recabarán de los órganos autonómicos competentes informe preceptivo, no vinculante, a emitir en el plazo de diez días hábiles, en relación con aquellas conductas que, afectando a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional incidan, de forma significativa, en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma".

Según esta disposición, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas emitirán el mencionado informe en casos de operaciones de concentración que estén siendo examinadas ante el Servicio de Defensa de la Competencia o el Tribunal de Defensa de la Competencia, cuando de la operación se deriven efectos significativos en el territorio de la Comunidad Autónoma.

La Ley 1/2002 establece de forma genérica la limitación de las competencias en materia de defensa de la competencia entre los órganos competentes del Estado y de las Comunidades Autónomas. Sería conveniente que esta Ley fuese desarrollada por disposiciones reglamentarias que garantizaran la unidad del mercado nacional y la igualdad para el ejercicio de las condiciones básicas y evitar así, que los órganos competentes de las Comunidades Autónomas puedan emitir informes en los que hagan valoraciones dispares de una misma operación, o en los que se intente una defensa a ultranza de eventuales "campeones regionales", lo que sólo podría inducir a confusión a las autoridades estatales encargadas de investigar el caso.

En definitiva si no se adoptan medidas adecuadas se atentaría contra la igualdad de condiciones, y podría llegarse a una fragmentación a escala regional del mercado, lo que se traduciría en ineficiencias y



malformaciones en la actividad de los operadores que actúan en los referidos mercados regionalizados.

Para evitar situaciones de este tipo, favorecer la transparencia en el procedimiento y reducir la incertidumbre de los operadores económicos, minimizando así los posibles efectos anticompetitivos de las fusiones y adquisiciones, sería recomendable que el SDC y el TDC emitiesen comunicaciones o directrices explicando y aclarando los criterios de valoración de las operaciones de concentración aplicados por estas instituciones⁹.

Un buen ejemplo de esto, y que podría constituir el inicio de una práctica muy positiva para reducir incertidumbres de los operadores del mercado, es el documento publicado recientemente por el SDC "Elementos esenciales del análisis de concentraciones económicas por parte del Servicio de Defensa de la Competencia".

A través de este documento, el SDC, consciente de la reciente complejidad y relevancia de las operaciones de fusión y adquisición de empresas, explicita y concreta los elementos esenciales del análisis de las operaciones de concentración por parte del SDC sobre la base de la experiencia adquirida desde la puesta en marcha del sistema en 1989. Según apunta el propio SDC se trata de un "ejercicio importante para favorecer la transparencia del procedimiento y reforzar la seguridad jurídica de los operadores económicos". Este tipo de documentos no tienen fuerza vinculante como las disposiciones legislativas pero pueden servir para dotar de uniformidad y coherencia a la aplicación del sistema de control de concentraciones y sobre todo para disminuir la incertidumbre de las empresas que son parte en dichas operaciones de concentración.

9. Esta es una práctica habitual en la Comisión Europea que ha convertido a estas comunicaciones sin fuerza de ley en guías interpretativas imprescindibles a la hora de valorar la compatibilidad de las operaciones de concentración con el mercado común.