



INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS
CENTRO DE POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

EL CONTROL COMUNITARIO DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS Y LA INVOCACIÓN DE INTERESES NACIONALES. CRÍTICA DEL ARTÍCULO 21.3 DEL REGLAMENTO 4064/89

PABLO BERENGUER O´SHEA

VANESSA PÉREZ LAMAS

Nº 3 - 2003

PABLO BERENGUER O´SHEA
INVESTIGADOR ADJUNTO DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS
UNIVERSIDAD SAN PABLO CEU

VANESSA PÉREZ LAMAS
INVESTIGADORA ASOCIADA DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS
UNIVERSIDAD SAN PABLO CEU

MADRID, ENERO DE 2003

El Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU, Polo europeo Jean Monnet, es un Centro de investigación especializado en temas europeos cuyo objetivo es contribuir a un mayor conocimiento y divulgación de los temas relacionados con la Unión Europea.

Los Documentos de Trabajo dan a conocer los proyectos de investigación originales realizados por los investigadores asociados del Instituto Universitario en los ámbitos histórico-cultural, jurídico-político y socioeconómico de la Unión Europea.

El Centro de Política de la Competencia del Instituto de Estudios Europeos publica en su Colección de Documentos de trabajo estudios y análisis sobre materias de competencia con el fin de impulsar el debate público. Las opiniones y juicios de los autores no son necesariamente compartidos por el Centro.

Serie de Documentos de Trabajo de Política de la Competencia del Instituto de Estudios Europeos.

**EL CONTROL COMUNITARIO DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS Y LA INVOCACIÓN DE INTERESES NACIONALES.
CRÍTICA DEL ARTÍCULO 21.3 DEL REGLAMENTO 4064/89.**

No está permitida la reproducción total o parcial de este trabajo, 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 el permiso previo y por escrito de los titulares del copyright.

Derechos Reservados © 2003, por Pablo Berenguer O'Shea y Vanessa Pérez Lamas.

Derechos Reservados © 2003, por el Centro de Política de la Competencia del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU.

C/ Julián Romea, 22

28003 Madrid

e-mail: idee@ceu.es

URL: <http://www.ceu.es/idee.htm>

ISBN: 84-96144-11-9

Depósito legal: M-30369-2003

Diseño de cubierta: Encarnación Navarro.

Compuesto e impreso en Docutech.

EL CONTROL COMUNITARIO DE CONCENTRACIONES DE EMPRESAS Y LA INVOCACIÓN DE INTERESES NACIONALES. CRÍTICA DEL ARTÍCULO 21.3 DEL REGLAMENTO 4064/89*

PABLO BERENGUER O'SHEA*

VANESSA PÉREZ LAMAS*

ÍNDICE

DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA VIGENTE	4
EL SISTEMA DE CONTROL ÚNICO PARA LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ESTABLECIDO POR EL REGLAMENTO DE CONCENTRACIONES	4
EL ARTÍCULO 21.3 DEL REGLAMENTO DE CONCENTRACIONES	5
LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL ARTÍCULO 21.3. EL CASO BSCH/CHAMPALIMAUD.....	8
ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS POR EL ACTUAL ARTÍCULO 21.3 DEL REGLAMENTO DE CONCENTRACIONES Y PROPUESTA DE REFORMA.....	10
CONSIDERACIONES PREVIAS	10
ANÁLISIS DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE INTERESES NACIONALES EN LOS DISTINTOS ÁMBITOS DEL DERECHO COMUNITARIO	11
LA NECESIDAD DE REFORMA DEL ARTÍCULO 21.3 DEL REGLAMENTO DE CONCENTRACIONES	19
PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTÍCULO 21.3	21
CONCLUSIÓN	24

* El presente documento tiene su origen en el trabajo de investigación de los mismos autores y dirigido por el profesor D. Jerónimo Maillo González-Orús *El control comunitario de concentraciones de empresas y la invocación de intereses nacionales. Deficiencias del sistema a la luz del caso BSCH/Champalimaud y propuesta de reforma*, ganador del Primer Premio a la Iniciación a la Investigación San Raimundo de Peñafort de la Facultad de Ciencias Jurídicas y de la Administración de la Universidad San Pablo CEU de Madrid en el año 2002.

* Investigador adjunto del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU.

* Investigadora asociada del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU.

DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA VIGENTE

EL SISTEMA DE CONTROL ÚNICO PARA LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ESTABLECIDO POR EL REGLAMENTO DE CONCENTRACIONES

El Reglamento comunitario sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas¹ establece, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del control de prácticas colusorias y abusos de posición dominante², un sistema de *one stop shop* o de barrera única, en virtud del cual la Comisión aplicará la normativa comunitaria de control de concentraciones cuando la operación sea de dimensión comunitaria, mientras que en otro caso corresponde a las autoridades nacionales, en aplicación de sus normativas nacionales, el control de la operación de concentración.

Se establece así una delimitación clara de competencias coherente con la necesidad de tratar de una manera rápida y eficaz, con el menor coste posible para las empresas afectadas y para el mercado en general, las operaciones de reestructuración empresarial que puedan tener efectos concentrativos. Se trata de evitar por anticompetitivo, potencialmente discriminatorio y costoso, el sistema de doble barrera, que obligaría a las empresas a realizar una multiplicidad de notificaciones en los diversos Estados miembros como consecuencia de una misma operación³.

La afirmación de este sistema se encuentra recogida en los siguientes preceptos del Reglamento de concentraciones:

- El artículo 1 dispone, en su primer apartado, que *“el presente Reglamento se aplicará a todas las operaciones de dimensión comunitaria”*, estableciendo en los apartados siguientes los criterios cuantitativos que determinan la consideración de concentración de dimensión comunitaria de una operación.
- Por su parte, el artículo 21.1 establece que *“la Comisión tendrá competencia exclusiva para adoptar las decisiones previstas en el presente Reglamento, sin perjuicio del control del Tribunal de Justicia”*.

¹ Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989 (DOCE L 395, de 30 diciembre de 1989).

² El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia *Walt Wilhelm/Bundeskartellamt*, de 13 de febrero de 1969 (Asunto C-14/68, Rec. 1.), declaró que en materia de defensa de la competencia la Comisión y las autoridades de los Estados miembros gozan de competencias concurrentes, siendo la competencia de los Estados miembros paralela a la de la Comisión, tanto para la aplicación de sus legislaciones nacionales, como para la de las normas comunitarias de competencia, siendo, por tanto, posible una duplicidad de procedimientos sobre los mismos hechos (sistema de doble barrera).

³ BRIONES, J./ FOLGUERA, J./ FONT, A./ NAVARRO, E., *El control de concentraciones en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 94.

- ❑ Finalmente, el apartado 2 del mismo artículo 21 aclara que, en consecuencia, *“los Estados miembros se abstendrán de aplicar su legislación nacional en materia de competencia a las operaciones de concentración de dimensión comunitaria”*.

No obstante, el sistema de barrera única cuenta con tres excepciones previstas en el propio Reglamento:

- ❑ La “cláusula alemana”: se establece la posibilidad de remisión de una operación de dimensión comunitaria a las autoridades nacionales por razón de que la operación, a pesar de cumplir los criterios cuantitativos del artículo 1, produzca efectos restrictivos de la competencia de modo principal en un mercado definido dentro de ese Estado (art. 9).
- ❑ La “cláusula holandesa”: se prevé la posibilidad de actuación de la Comisión en operaciones sin dimensión comunitaria por razón de que la operación, a pesar de no tener dimensión comunitaria según los umbrales del art. 1, obstaculice la competencia en un Estado miembro de tal forma que quede afectado el comercio intracomunitario (art. 22).
- ❑ La cláusula de “intereses legítimos” del art. 21.3.

EL ARTÍCULO 21.3 DEL REGLAMENTO DE CONCENTRACIONES

En efecto, el artículo 21.3 establece, en primer lugar, la posibilidad de que los Estados miembros adopten *“las medidas pertinentes para proteger intereses legítimos distintos de los contemplados en el presente Reglamento que sean compatibles con los principios generales y demás disposiciones del Derecho Comunitario”*.

La facultad reconocida por este precepto implica la posibilidad de prohibir una operación, o condicionarla al cumplimiento de cargas suplementarias.

Los intereses contemplados en el Reglamento se recogen, en principio, en el artículo 2 del mismo. Sin embargo, el alcance de lo que debe entenderse por intereses “distintos de los contemplados en el presente Reglamento”, ha sido interpretado de manera amplia por la Comisión⁴. En las “Notas relativas al Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo” que figuran como Anexo al Reglamento, se señala que *“la Comisión, al velar por la necesidad de preservar y desarrollar una competencia efectiva en el mercado común de conformidad con las obligaciones del Tratado, según una jurisprudencia constante del Tribunal en materia de aplicación de las normas de competencia que figuran en el Tratado, debe situar su apreciación sobre la compatibilidad de una operación de*

⁴ Cfr. BELLO MARTÍN-CRESPO, M^o.P., *Concentración de empresas de dimensión comunitaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 623 y ss.

concentración dentro del marco general de la realización de los objetivos fundamentales del Tratado que figuran en el artículo 2⁵, incluido el objeto de reforzar la cohesión económica y social de la Comunidad a que se refiere el artículo 130 A⁶” (Ad apartado 3 del artículo 21).

El párrafo segundo del art. 21.3 reconoce expresamente tres tipos de intereses que tienen la consideración de “intereses legítimos” que pueden ser invocados por los Estados miembros. Éstos son:

- ❑ la seguridad pública⁷;
- ❑ la pluralidad de los medios de comunicación⁸;
- ❑ las normas prudenciales⁹.

⁵ El art. 2 TCE establece: *“La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros”.*

⁶ El actual artículo 158 (antiguo art. 130 A) dispone: *“A fin de promover un desarrollo armonioso del conjunto de la Comunidad, ésta desarrollará y proseguirá su acción encaminada a reforzar su cohesión económica y social. La Comunidad se propondrá, en particular, reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el retraso de las regiones o islas menos favorecidas, incluidas las zonas rurales”.*

⁷ La mención de la “seguridad pública” se entiende sin perjuicio de las disposiciones del artículo 223 relativas a la defensa nacional. Éstas permiten a un Estado miembro intervenir en una operación de concentración que perjudique a los intereses esenciales de su seguridad y que estén relacionados con la producción o el comercio de armas, de municiones y de material de guerra. Debería respetarse la limitación planteada por este artículo en lo que se refiere a los productos no destinados a fines específicamente militares.

A los intereses de defensa propiamente dicha pueden añadirse consideraciones más amplias de seguridad pública, con arreglo tanto al artículo 224 como al artículo 36. Así pues, el condicionante de la seguridad pública, tal y como la interpreta el Tribunal de Justicia, podría incluir la seguridad de abastecimiento del país en cuanto a un producto o servicio que se considere de interés vital o esencial para la protección de la salud de la población (“Notas...”, Ad apartado 3 del artículo 21, núm. 2, guión 1).

⁸ La facultad que tienen los Estados miembros de referirse a la “pluralidad de los medios de comunicación” responde a la legítima preocupación por mantener fuentes diversificadas de información con fines de pluralidad de opinión y multiplicidad de expresión (“Notas...”, Ad apartado 3 del artículo 21, núm. 2, guión 2).

⁹ La expresión “normas prudenciales” tiene un significado específico en el Derecho comunitario; las normas prudenciales son las normas relativas a la prestación de servicios financieros cuya prestación se suele confiar a órganos nacionales de control de los bancos, sociedades de Bolsa y de seguros (“Notas...”, cit., Ad apartado 3 del artículo 21, núm. 2, guión 3).

Las medidas adoptadas para la protección de estos intereses serán adoptadas por los Estados miembros sin necesidad de comunicarlas a la Comisión.

El párrafo tercero dispone que los Estados miembros pueden invocar otros intereses distintos de los expresamente recogidos en el art. 21.3, que tendrán que ser reconocidos por la Comisión. Para ello, el Estado miembro de que se trate deberá comunicarlo a la Comisión, que examinará su compatibilidad con los principios generales y las demás disposiciones de Derecho comunitario antes de que puedan adoptarse las medidas de protección de tales intereses. La Comisión notificará su decisión al Estado miembro de que se trate en el plazo de un mes a partir de dicha comunicación.

Así pues, por un lado, la Comisión analizará la compatibilidad con los principios generales y las demás disposiciones de Derecho comunitario del interés público invocado por el Estado. Para ello, al igual que ocurre en otros ámbitos del Derecho comunitario, “es esencial que las prohibiciones o restricciones planteadas a la realización de operaciones de concentración no constituyan ni un medio de discriminación arbitraria, ni una restricción encubierta en el comercio de los Estados miembros”¹⁰.

Reconocida la consideración de un interés como legítimo, la Comisión deberá controlar que las medidas concretas que pretenda adoptar el Estado de que se trate para la protección del interés invocado, se adecuen a los principios de necesidad o eficacia, y a la regla de proporcionalidad. En presencia de medidas alternativas, los Estados miembros deberán elegir la que objetivamente sea menos restrictiva¹¹.

Las medidas que adopten sólo pueden afectar al territorio del Estado de que se trate.

Debe entenderse que, tanto cuando se invoquen intereses expresamente reconocidos por el Reglamento, como otros intereses públicos que deban ser reconocidos por la Comisión, el Reglamento exige que la conformidad con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario se dé, no sólo en relación a los intereses invocados en sí mismos, sino también respecto de las medidas adoptadas por los Estados miembros al invocarlos.

LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL ARTÍCULO 21.3. EL CASO BSCH/CHAMPALIMAUD

La facultad otorgada por este precepto a los Estados miembros de adoptar medidas en relación con una operación de concentración de dimensión comunitaria

¹⁰ “Notas...”, *Ad* apartado 3 del artículo 21, núm. 1, guión 3.

¹¹ “Notas...”, *Ad* apartado 3 del artículo 21, núm. 1, guión 4.

ordenadas a la protección de intereses nacionales legítimos, ha sido invocada en varios asuntos¹², habiendo dado lugar a ciertos problemas en la práctica.

Vamos a detenernos a analizar brevemente un caso muy significativo relativo a una operación de concentración de dos entidades financieras de distintos Estados miembros, cuyo desarrollo ha puesto de manifiesto las deficiencias del sistema establecido por dicho precepto.

El caso *BSCH/Champalimaud* tiene su origen en un acuerdo de permuta de acciones entre la entidad española Banco Santander Central Hispano con el grupo financiero portugués controlado por Antonio Champalimaud. El acuerdo suponía una adquisición de control conjunto y, por tanto, una operación de concentración, que, además, cumplía con los criterios cuantitativos del artículo 1 del Reglamento de concentraciones. Así pues, el control de la concentración correspondía a la Comisión, que decidió autorizarla dado que la operación no daba lugar a una posición dominante susceptible de producir efectos anticompetitivos significativos en el mercado común¹³. Sin embargo, el Gobierno portugués adoptó una decisión por la que vetaba la operación y ordenaba una serie de medidas contra las partes de la misma.

Como hemos visto, la única vía por la que las autoridades de un Estado miembro pueden adoptar medidas relativas a una operación de concentración de dimensión comunitaria es la invocación de intereses legítimos de acuerdo con el artículo 21.3 del Reglamento de concentraciones. Pues bien, el Gobierno portugués fundamentó su veto esencialmente en tres tipos de motivos: que la operación afectaba directamente al interés nacional y a sectores estratégicos esenciales para la economía portuguesa, motivos de carácter procedimental en relación con la legislación portuguesa (notificación de la operación al Ministro de Hacienda tardía e incompleta) y motivos de carácter prudencial.

Examinando tales motivos, vemos que dos de ellos no se encuentran recogidos en el artículo 21.3, siendo que el Gobierno portugués no había notificado a la Comisión la adopción de medidas para la protección de los mismos como exige dicho precepto, mientras que el tercero, a pesar de ser uno de los expresamente reconocidos en el Reglamento, carecía claramente de fundamento fáctico en tanto que la operación no afectaba negativamente en absoluto a la transparencia del grupo empresarial como pretendía el Gobierno portugués. La Comisión, tras

¹² Cfr. Decisión de la Comisión de 19 de mayo de 1993, Asunto *IBM France/CGI* núm. IV/M 336 (DOCE serie C núm. 151, de 2 de junio de 1993); Decisión de la Comisión de 15 de mayo de 1996, Asunto *GEC/THOMPSON* núm. IV/M.724 (DOCE serie C núm. 186, de 26 de junio de 1996); Decisión de la Comisión de 14 de marzo de 1994, Asunto *Newspaper Publishing/PRISA* núm. IV/M 423 (DOCE serie C núm. 085, de 22 de marzo de 1994); Decisión de la Comisión de 18 de junio de 1996, Asunto *Sun Alliance/Royal Insurance* núm. IV/M. 759 (DOCE serie C núm. 225, de 2 de agosto de 1996).

¹³ Decisión de la Comisión de 3 de agosto de 1999, Asunto IV/M.1616 (DOCE serie C núm. 306, de 23 de octubre de 1999).

constatar lo anterior, adoptó, en el intervalo de cuatro meses, sendas decisiones¹⁴ por las que, primero, suspendía y, finalmente, anulaba el veto portugués, e iniciaba procedimientos de incumplimiento contra Portugal que debían finalizar ante el Tribunal de Justicia.

Sin embargo, la actuación de la Comisión no consiguió evitar que el Gobierno portugués cumpliera su objetivo, de tal forma que, tras cinco meses de luchas legales, las partes firmaron un nuevo acuerdo distinto del inicial que sí contaba con el beneplácito de dicho Gobierno.

En definitiva, hemos visto como las autoridades portuguesas se oponen a la alianza de BSCH y el Grupo Champalimaud invocando distintos motivos, algunos manifiestamente contrarios al Derecho comunitario, de tal forma que la operación queda suspendida sin que la Comisión haya conseguido hacer efectiva la anulación del veto. En este caso, la invocación de motivos posteriormente desestimados por la Comisión, ha servido a las autoridades portuguesas para, sin tener competencia para controlar la operación, paralizar la misma durante al menos cinco meses y, con ello, forzar la renuncia a la operación proyectada para ser sustituida por otra que contara con su aprobación.

Creemos que la actuación del Gobierno portugués en este caso, a nuestro entender claramente contraria al Derecho comunitario, ha sido posible precisamente por la articulación del sistema de reparto competencial que realiza el artículo 21 del Reglamento de concentraciones, y, en particular, por el sistema de excepciones a la competencia exclusiva de la Comisión para el control de las concentraciones de dimensión comunitaria establecido en el párrafo tercero de dicho artículo.

En efecto, como se ha dicho, la oposición de un Gobierno a una operación de concentración de dimensión comunitaria sin control previo a nivel comunitario de las medidas a adoptar, sólo es posible precisamente por la facultad reconocida en el artículo 21.3 a las autoridades de los Estados miembros de proteger intereses legítimos expresamente reconocidos en el mismo precepto. El hecho de que el control de legalidad de las medidas adoptadas por Portugal se haya producido una vez que éstas ya han sido adoptadas y aplicadas, junto con la insuficiencia de los recursos procedimentales con que cuenta la Comisión para hacer efectivas las decisiones de suspensión y anulación del veto portugués, ha obligado a las partes a negociar un acuerdo con el Gobierno portugués y renunciar a una operación transnacional de gran importancia en el marco del proceso de reestructuración empresarial en el sector financiero europeo.

A la vista de todo ello, parece que el sistema del artículo 21.3 del Reglamento de concentraciones no ha resultado eficaz para garantizar la efectividad del principio de barrera única consagrado en los propios apartados 1 y 2 del artículo 21.

Procede, pues, analizar y valorar con mayor profundidad el sistema articulado por dicho precepto, que ya ha sido descrito anteriormente, para determinar si

¹⁴ Decisión de la Comisión de 20 de julio de 1999, Asunto IV/M.1616; Decisión de la Comisión de 20 de octubre de 1999, Asunto IV/M. 1616.

verdaderamente resulta idóneo para la consecución de los objetivos pretendidos o no.

ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS POR EL ACTUAL ARTÍCULO 21.3 DEL REGLAMENTO DE CONCENTRACIONES Y PROPUESTA DE REFORMA

CONSIDERACIONES PREVIAS

La necesidad de articular un sistema de protección de intereses sociales nacionales distintos o contrapuestos a los intereses que constituyen el objeto de la normativa comunitaria, no es exclusiva del ámbito del control de concentraciones de empresas. En efecto, esta cuestión se plantea en distintos ámbitos del Derecho comunitario, en los que se ha venido regulando en qué medida y con qué condiciones debe ceder el interés propio de la norma comunitaria de que se trate a favor de intereses sociales fundamentales, exigiéndose en todo caso la compatibilidad de las medidas estatales de protección de tales intereses con el Derecho comunitario¹⁵.

Así pues, el objeto de este estudio no es cuestionar la existencia en el Reglamento de concentraciones de una cláusula del tipo de la establecida en el artículo 21.3, sino que, como ya se ha venido apuntando, se trata de analizar los problemas que se han planteado en la práctica al aplicar dicho precepto y, en particular, los relativos al control de la compatibilidad de las medidas estatales de protección de intereses legítimos con el Derecho comunitario.

Respecto a esta última cuestión, sobre la que se va a centrar el resto de este estudio, es necesario aclarar desde ya las siguientes ideas.

En principio, puede parecer razonable que si a nivel comunitario se entiende que en todo caso la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales son intereses que los Estados pueden proteger legítimamente, se reconozca expresamente la posibilidad de ser invocados sin necesidad de autorización por la Comisión, y que, por otro lado, se reconozca que

¹⁵ En materia de *acciones de oro* se han planteado problemas similares a los que nos ocupan. En el caso *Comisión/Portugal-Francia-Bélgica*, Asuntos acumulados C-367/98, C-483/99 y C-503/99, el Abogado General, en sus conclusiones de 3 de julio de 2001, planteó una tesis novedosa, según la cual el art. 295 TCE, que establece el principio de neutralidad respecto al régimen de propiedad en los Estados miembros, impondría una presunción *iuris tantum* de validez de los regímenes de acciones de oro que no sean discriminatorios, de tal forma que no cabría declarar la prohibición *a priori* de este tipo de normativas, sino que, únicamente, cabría el control, en cada caso concreto, de la aplicación de las mismas por las Administraciones estatales. El Tribunal de Justicia, en tres Sentencias de 4 de junio de 2002, ha rechazado dicha tesis, resolviendo cada uno de los tres casos separadamente aplicando la normativa de libre circulación de capitales y de libertad de establecimiento.

pueden existir otros intereses dignos de protección por los Estados y que éstos puedan ser autorizados por la Comisión.

Sin embargo, es necesario no perder de vista que el hecho de que se reconozca que los tres mencionados intereses pueden ser protegidos siempre no significa, obviamente, que un Estado pueda invocar tales intereses sin un control comunitario. En todo caso, según se ha dicho anteriormente, va a ser necesario demostrar que existe un aspecto de la operación que puede ser contrario al interés de que se trate, y, además, será necesario probar que las medidas estatales adoptadas son necesarias para la protección de tal interés y que existe una proporcionalidad entre la restricción que la medida estatal supone para la operación y el grado en que el interés legítimo de que se trate se protege efectivamente mediante la adopción de esa medida.

En efecto, del hecho de que se considere que algunos intereses concretos deben poder ser protegidos en todo caso por los Estados miembros, no se sigue necesariamente que éstos deban poder adoptar medidas restrictivas de la operación de forma unilateral y sin control, sino que será necesario en cualquier caso que tales medidas estén sometidas a un examen de compatibilidad con el Derecho comunitario y, en particular, a un análisis de necesidad y proporcionalidad.

Así pues, siendo en todo caso necesario un control comunitario de la medida estatal, la cuestión que se va a plantear es si tal control debe ejercerse *a priori* o *a posteriori*.

Para ello, vamos a analizar brevemente distintos sistemas existentes de adopción de medidas estatales de excepción a las disposiciones de Derecho comunitario, y, en particular, vamos a detenernos en los sistemas de excepción establecidos en materia de reglamentaciones técnicas y ayudas de Estado, por entender que su estudio puede iluminar la cuestión que estamos tratando y ayudarnos a proponer soluciones al problema planteado.

ANÁLISIS DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE INTERESES NACIONALES EN LOS DISTINTOS ÁMBITOS DEL DERECHO COMUNITARIO

En primer lugar, en los distintos Capítulos dedicados a las libertades comunitarias de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, el Tratado de la Comunidad Europea¹⁶ prevé excepciones a la aplicación de las correspondientes prohibiciones a los obstáculos a la libre circulación intracomunitaria de tales factores de producción, que permiten a los Estados miembros aplicar medidas restrictivas justificadas por la protección de intereses sociales fundamentales como, por ejemplo, orden público, moralidad pública, seguridad pública, salud pública, etc. El Tribunal de Justicia ha ampliado los intereses legítimos establecidos

¹⁶ Artículos 30, 39.3, 46, 58 TCE.

expresamente en los distintos Capítulos del Tratado mediante la doctrina de las exigencias imperativas de la jurisprudencia *Cassis de Dijon*¹⁷ (tales como la protección de los consumidores¹⁸, del medio ambiente¹⁹, el pluralismo de los medios de comunicación²⁰, etc.).

Todas estas medidas de excepción, no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta a la libre circulación de los factores de producción. De acuerdo con la jurisprudencia *Cassis de Dijon*, las medidas adoptadas por los Estados miembros deben ser necesarias para la protección del interés invocado y proporcionales para alcanzar dicho objetivo, lo que sucede si éste no puede conseguirse mediante medidas menos restrictivas.

Así pues, nos encontramos, en materia de libertades, con un sistema de excepciones alegables por los Estados miembros sin un control previo de la medida adoptada, de forma que la compatibilidad de dicha medida será controlada, en su caso, *ex post* por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Este sistema general en el ámbito de las libertades comunitarias se completa con distintos mecanismos que tratan de conseguir una auténtica eficacia de la actuación comunitaria frente a los obstáculos a la consecución de los objetivos del Tratado.

Estos mecanismos tratan de impedir que la vía del recurso de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia dé lugar a que la declaración de ilegalidad de las medidas estatales se obtenga una vez que ya se han producido perjuicios irreparables a los particulares.

Este objetivo se ha tratado de conseguir, en primer lugar, mediante mecanismos de actuación rápida de la Comisión sobre medidas adoptadas por los Estados que obstaculicen gravemente las libertades.

Así, a raíz del caso *Fresas*²¹, se adoptó el Reglamento 2679/98²², que establece un mecanismo de información entre los Estados miembros y la Comisión sobre los

¹⁷ STJCE *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, "Cassis de Dijon" de 20 de febrero de 1979, Asunto C-120/78, Rec. 649.

¹⁸ STJCE *Yves Rocher*, de 18 de mayo de 1983, Asunto C-126/91, Rec. I-2384, entre otras.

¹⁹ STJCE *Comisión/Dinamarca*, de 20 de septiembre de 1988, Asunto C-302/86, Rec. 4607, entre otras.

²⁰ STJCE *Familiapress*, de 26 de junio de 1997, Asunto C-368/95, Rec. I-3689, entre otras.

²¹ La Comisión interpuso un recurso de incumplimiento contra la República Francesa por los ataques de los agricultores franceses a productos agrícolas de otros Estados miembros y, en particular, españoles. La STJCE *Comisión/Francia*, de 9 de diciembre de 1997, (Asunto C-265/95, Rec. I-6959) declaró que el concepto de medida estatal se extiende a la omisión de adoptar las medidas necesarias para hacer frente a obstáculos a la libre circulación de mercancías debidos a causas que no sean de origen estatal.

²² Reglamento (CE) 2679/98 del Consejo, de 7 de diciembre de 1998, sobre el funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros

obstáculos graves a la libre circulación de mercancías, en el que la Comisión se limita a enviar una notificación al Estado infractor, que puede ser publicada en el DOCE, comunicándole la existencia del obstáculo y pidiéndole la adopción de las medidas adecuadas y proporcionadas para su eliminación. El Estado infractor debe informar de las medidas adoptadas a la Comisión en el plazo de cinco días, transcurrido el cual la Comisión puede iniciar un procedimiento de incumplimiento.

La Comisión había realizado una propuesta de Reglamento, no aceptada por el Consejo, mucho más ambiciosa y coherente con el objetivo buscado, es decir, eliminar con prontitud determinados obstáculos a la libre circulación de mercancías, dado que *“el procedimiento contencioso hasta la sentencia del Tribunal en la que se declara el incumplimiento resulta largo (como mínimo dos años); entre tanto, el agente económico carece de acto vinculante alguno que le permita hacer valer rápida y eficazmente sus derechos en el marco de las vías de recurso previstas por los Estados miembros”*. En efecto, de acuerdo con la propuesta, inspirada en el régimen de ayudas de Estado, la decisión de la Comisión sería directamente aplicable en el ordenamiento jurídico nacional y surtiría efectos inmediatos; los particulares perjudicados podrían de inmediato invocar la decisión ante los órganos nacionales responsables y, en particular, los de carácter jurisdiccional.

Por otro lado, tanto en Derecho originario, como, sobre todo, en los actos adoptados por las Instituciones comunitarias, se establecen distintos procedimientos de carácter preventivo respecto a los posibles obstáculos a las libertades²³. Estos mecanismos establecen obligaciones a los Estados miembros de información a las Instituciones comunitarias de determinadas medidas.

En algunos casos, se obliga simplemente a los Estados miembros a notificar a la Comisión las medidas adoptadas en determinados sectores, sin que la Comisión tenga potestad para controlar la compatibilidad de las mismas con las normas de mercado interior²⁴. En estos casos, la falta de notificación no conlleva la inaplicación de la medida nacional²⁵, sin perjuicio de que la Comisión pueda iniciar

(DOCE L 337, de 11 de diciembre de 1998). El Reglamento se completa con la Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 7 de diciembre de 1998, en relación con la libre circulación de mercancías (DOCE L 337, de 11 de enero de 1998).

²³ Cfr. LÓPEZ ESCUDERO, M, *El mercado interior: cuestiones generales*, en LÓPEZ ESCUDERO, M./MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Derecho comunitario Material*, McGraw Hill, Madrid, 2000, pp. 37 y ss.

²⁴ Así ocurre en el procedimiento establecido en la Directiva 3052/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1995, por la que se establece un procedimiento de información mutua sobre las medidas nacionales de excepción al principio de libre circulación de mercancías en la Comunidad (DOCE L 321, de 30 de diciembre de 1995). También en las Directivas 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de los productos (DOCE L 228, de 11 de agosto de 1992) y 88/378/CEE del Consejo, de 3 de mayo de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre la seguridad de los juguetes (DOCE L 187, de 16 de julio de 1988).

²⁵ Cfr. STJCE *Enichem Base*, de 13 de julio de 1989, Asunto C-380/87, Rec. 2491, apartados 10 a 24.

un procedimiento de incumplimiento con arreglo al artículo 226 TCE (antiguo art. 169).

Sin embargo, en otros procedimientos, la Comisión debe autorizar con carácter previo las medidas notificadas por los Estados miembros. Así ocurre en materia de ayudas de Estado.

En efecto, el artículo 87 (antiguo art. 92) establece un principio general de prohibición de las ayudas públicas en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, para, a continuación, enumerar las ayudas que serán compatibles con el mercado común²⁶ (*ope legis*) y las que podrán considerarse compatibles con el mercado común²⁷ (mediante autorización de la Comisión).

Pues bien, el artículo 88.3 establece un procedimiento en virtud del cual, para que un Estado miembro pueda conceder este tipo de ayudas deberá notificarlo a la Comisión para que ésta examine su compatibilidad con el mercado común, de tal forma que *“el Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes de que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva”*.

El Tribunal de Justicia, en la Sentencia *Lorenz*²⁸, ha declarado que el art. 88.3 goza de efecto directo y confiere derechos a los particulares. Entiende que el objetivo perseguido por este precepto, que es impedir la entrada en vigor de ayudas contrarias al Tratado, implica que un Estado miembro debe esperar el resultado del examen preliminar de la Comisión en lo que respecta a la compatibilidad de la medida con el mercado común, es decir, la notificación tiene efecto suspensivo. El efecto directo de la prohibición se aplica a cualquier ayuda ejecutada sin haber sido notificada. Así pues, si se incumple la obligación de notificación, además de la posibilidad de incoación del procedimiento previsto en el art. 88.2 y de plantear ante el Tribunal recurso de incumplimiento, los particulares podrán alegar ante los

²⁶ El párrafo segundo del art. 87 establece las siguientes: a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales; b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional; c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania.

²⁷ Se recogen en el párrafo tercero del mismo artículo las siguientes: a) las destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave perturbación de la economía de un Estado miembro; b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro; c) las destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no se alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común; d) las destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio; e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo.

²⁸ STJCE *Lorenz*, de 11 de diciembre de 1973, Asunto C-120/73, Rec. 1471, apartado 8.

tribunales nacionales la ilegalidad de la ayuda, de tal forma que se declare su inaplicabilidad²⁹.

Finalmente, existen procedimientos que, sin ser de autorización, establecen una obligación de información por parte de los Estados miembros con posibilidad de control por parte de la Comisión de la compatibilidad de las medidas nacionales notificadas con las normas de mercado interior. Este es el tipo de mecanismo establecido en materia de reglamentaciones técnicas regulado en la Directiva 98/34³⁰, que sustituye a la Directiva 83/189³¹.

La mencionada Directiva, que tiene como objetivo general la prevención de obstáculos a la libre circulación de mercancías, establece la obligación de los Estados miembros de comunicar inmediatamente a la Comisión todo proyecto de reglamento técnico, manifestando las razones por las que se pretende adoptar. La Comisión dará a conocer inmediatamente el proyecto a los demás Estados miembros. Tras la notificación, la Comisión y los Estados miembros pueden presentar observaciones sobre el proyecto y el Estado miembro de que se trate deberá tenerlas en cuenta en la medida de lo posible en el momento de la posterior elaboración del reglamento técnico (art. 8).

Los Estados miembros deben aplazar seis meses desde la comunicación la adopción del reglamento técnico si la Comisión u otro Estado miembro emite en los tres meses siguientes un comunicado detallado según el cual la medida prevista debiera modificarse a fin de eliminar o limitar los obstáculos a la libre circulación de mercancías que pudieran derivarse de la misma, es decir, si la medida supone un obstáculo al libre comercio entre Estados miembros y no se encuentra justificada (según los principios de necesidad y proporcionalidad) por un interés digno de protección. El Estado miembro de que se trate informará a la Comisión acerca del curso que tenga la intención de dar a tales comunicados. El plazo será ampliado de seis a doce meses si la Comisión en los tres meses siguientes a la comunicación anuncia su intención de proponer o de adoptar una Directiva referente a dicha cuestión (art. 9). El Estado miembro puede adoptar el reglamento comunicado si ni la Comisión ni un Estado miembro han emitido objeciones en el plazo de tres meses.

Nos encontramos, pues, ante un mecanismo que, sin ser estrictamente de autorización previa, limita y somete a control de compatibilidad con el mercado interior la adopción de medidas que obstaculizan la libre circulación de mercancías

²⁹ STJCE *Fédération nationales du commerce extérieur*, de 21 de noviembre de 1991, Asunto C-354/90, Rec. I-5523, apartado 12.

³⁰ Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas (DOCE L 204, de 30 de junio de 1998), incorporada al Derecho español por el RD 1337/1999, de 30 de julio (BOE 185, de 4 de agosto de 1999).

³¹ Directiva 83/189/CEE del Consejo, de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas (DOCE L 109, de 26 de abril de 1983).

y que pueden estar justificadas por razones de carácter técnico (imagínese, por ejemplo, la exigencia de requisitos técnicos a determinados productos por razones de seguridad o de medio ambiente) que, de otro modo, serían *alegables a posteriori* por los Estados miembros ante el Tribunal de Justicia si la medida en cuestión fuera denunciada. Efectivamente, la Comisión controla *a priori* la compatibilidad de las reglamentaciones técnicas con el mercado interior, pudiendo incluso, si concluye que tales medidas sí son compatibles con el Derecho comunitario (por estar justificadas por algún interés digno de protección) suspender durante un tiempo fijado la adopción de la medida a efectos de adoptar normas de armonización que eliminen tal obstáculo.

La Directiva no establece las consecuencias de la falta de notificación, por lo que se ha planteado si el incumplimiento de dicha obligación supone, además de la posibilidad de plantear un recurso de incumplimiento, la inaplicación de la reglamentación técnica por los órganos jurisdiccionales nacionales.

La Comisión adoptó una Comunicación relativa al incumplimiento de determinadas disposiciones de la Directiva 83/189³². En esta comunicación la Comisión manifestaba que:

“Es evidente que el incumplimiento por parte de los Estados miembros de sus obligaciones con relación a este procedimiento de información podría provocar serias deficiencias en el mercado interno con efectos potencialmente perjudiciales para los intercambios.

La Comisión considera, por consiguiente, que cuando un Estado miembro dicte una reglamentación técnica en el ámbito regulado por la Directiva 83/89/CEE sin informar del proyecto a la Comisión y sin respetar la debida obligación, la reglamentación técnica así adoptada será inaplicable contra terceras partes en el sistema legal del Estado miembro de que se trate. La Comisión considera, por lo tanto, que los litigantes tienen derecho a esperar que los tribunales rehúsen aplicar las reglamentaciones técnicas nacionales que no hayan sido notificadas como el Derecho comunitario exige”.

Esta interpretación de la Comisión fue confirmada por el Tribunal de Justicia en la sentencia *CIA Security International*³³, cuyos razonamientos resultan sumamente interesantes desde el punto de vista de nuestro estudio.

En este asunto, el Abogado General, Sr. Elmer, expuso en sus conclusiones una tesis favorable a la interpretación de la Comisión, mediante una analogía del mecanismo de la Directiva de reglamentaciones técnicas con el sistema del artículo 88.3 en materia de ayudas de Estado.

³² Comunicación de 1 de octubre de 1986 relativa al incumplimiento de determinadas disposiciones de la Directiva 83/189/CEE del Consejo, de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en el campo de las normas y reglamentaciones técnicas (DOCE C 245).

³³ STJCE *CIA Security International*, de 30 de abril de 1996, Asunto C-194/94, Rec. I-2201.

Como había alegado el Reino Unido, el sistema de la Directiva no era idéntico al del art. 88.3, puesto que en el sistema de ayudas de Estado la aplicación definitiva de una medida por los Estados miembros depende de la aprobación previa de la Comisión, lo que no ocurre exactamente en el sistema de la Directiva de reglamentaciones técnicas, como resulta de la descripción del sistema realizada.

El Abogado General, sin embargo, cita la jurisprudencia *Lorenz* y manifiesta que de la misma *“resulta que una norma que se limita a fijar una obligación de notificar un proyecto de normativa nacional, sin vincularla a un procedimiento formal posterior, no confiere, en sí, derechos a los particulares. En cambio, si la obligación de notificación está vinculada a un procedimiento según el cual el proyecto está sujeto a un examen a nivel comunitario y los Estados miembros están obligados a abstenerse de adoptar el proyecto notificado antes de finalizar dicho procedimiento, podrán deducirse unos derechos que los particulares pueden invocar. A este respecto, no es posible exigir que las disposiciones de procedimiento de que se trate concedan expresamente derechos a los particulares. Los elementos determinantes son el contenido y el objetivo de la disposición controvertida”*.

De este razonamiento se deduce que, a efectos de determinar si la falta de notificación provoca la inaplicación de la medida estatal, el elemento relevante no es tanto que ésta deba ser propiamente objeto de autorización, sino que el procedimiento prevea un efecto suspensivo de la adopción de la medida. En efecto, la Directiva prevé la suspensión de la adopción de la reglamentación técnica, y, en cuanto a la posible incompatibilidad de la misma con las normas de libre circulación de mercancías se prevé, a efectos de adoptar definitivamente la medida, que el Estado miembro tenga en cuenta en la medida de lo posible las observaciones realizadas por la Comisión y los demás Estados miembros, de tal forma que si no lo hace la única vía posible es el recurso de incumplimiento.

El Abogado General, a falta de una disposición expresa, realiza una interpretación teleológica del sistema establecido en la Directiva. Señala que el procedimiento de la Directiva tiene como finalidad prevenir la entrada en vigor de una medida que obstaculice el comercio entre los Estados miembros, y, en este sentido, la sanción de inaplicabilidad de las medidas no notificadas debe entenderse complementaria del sistema de comunicación previa. Así, manifiesta lo siguiente:

“Consideraciones prácticas, relativas a la garantía de los derechos de los particulares y de la observancia de la Directiva por parte de los Estados miembros, abogan de manera decisiva en favor de que se reconozca efecto directo a la Directiva. Naturalmente, los particulares tienen la posibilidad, en el marco de un asunto ante los tribunales nacionales, de alegar que un reglamento técnico es contrario al artículo 30 del Tratado. Sin embargo, esta posibilidad no garantiza que el efecto del obstáculo al comercio de una medida sea suprimido antes de la aplicación de dicha medida. Tal resultado tampoco está garantizado por el hecho de que la Comisión inicie un procedimiento por incumplimiento basado en la falta de notificación. Una vez que se ha establecido una norma contraria al Tratado, las empresas deberán sufrir sus consecuencias hasta que se haya pronunciado una sentencia en un eventual procedimiento. Por tanto, el daño, difícil de reparar en lo

que respecta a los operadores económicos, a menudo se habrá producido ya antes del pronunciamiento de la sentencia. Opino que esta sola razón hará que muchos particulares renuncien a interponer un recurso ante los tribunales nacionales y preferirán adaptarse a la norma de que se trate. De este modo, los operadores evitarán también el riesgo de tener relaciones difíciles con las autoridades nacionales. A ello se añade que el procedimiento de comunicación de la Directiva puede también contribuir en la práctica a atenuar o a suprimir obstáculos al comercio compatibles con el Tratado³⁴.

El Tribunal de Justicia acogió la postura de la Comisión y el Abogado General y declaró que *“el incumplimiento de la obligación de notificación da lugar a la inaplicabilidad de los reglamentos técnicos de que se trate, de modo que éstos no pueden ser invocados contra los particulares”*³⁵.

Sin entrar a valorar la adecuación de tal interpretación con el tenor de la Directiva ni la adecuación de la analogía planteada con el artículo 88.3 del Tratado en el caso *CIA Security International*³⁶, es indiscutible que se trata de una jurisprudencia adecuada para garantizar la eficacia del procedimiento de la Directiva y, por otro lado, puede ser de gran utilidad para plantear el problema que constituye el objeto de nuestro estudio.

Evidentemente, no proponemos una aplicación de esta doctrina al actual artículo 21.3 del Reglamento de concentraciones, cuya redacción es clara, sino que entendemos que los argumentos del Abogado General en el caso *Cía Security International* ilustran los motivos por los que proponemos de *lege ferenda* una solución concreta al problema planteado por el sistema de excepciones justificadas por intereses legítimos a la competencia exclusiva de la Comisión en materia de control de concentraciones.

³⁴ Apartado 63.

³⁵ Apartado 54 de la Sentencia.

³⁶ Esta interpretación ha sido criticada por la doctrina. Cfr. LÓPEZ ESCUDERO, M., “Efectos del incumplimiento del procedimiento de información aplicable a las reglamentaciones técnicas”, *RIE*, 1996 núm. 3, p. 839.

LA NECESIDAD DE REFORMA DEL ARTÍCULO 21.3 DEL REGLAMENTO DE CONCENTRACIONES³⁷

Pues bien, analizando comparativamente los distintos sistemas descritos, observamos que el artículo 21.3 del Reglamento de concentraciones combina los dos principales modelos estudiados:

- Por un lado, establece un sistema de notificación previa obligatoria en relación con las medidas que pretendan proteger intereses distintos de los expresamente mencionados en el Reglamento. Tal comunicación tiene por objeto, en primer lugar, que la Comisión, tras realizar un análisis de compatibilidad con el Derecho comunitario, declare si considera o no que el interés invocado se considera interés legítimo en el sentido del Reglamento. En segundo lugar, la Comisión debe realizar un examen de necesidad y proporcionalidad de la medida concreta que se pretende adoptar en relación con el interés invocado.
- Por otro lado, reconoce expresamente tres intereses que se consideran legítimos, ligando a tal consideración la consecuencia de no tener que ser controlada su compatibilidad con el Derecho comunitario por la Comisión. Sin embargo, al ser regla general la necesidad de control de las medidas de protección que se adopten para la protección de intereses legítimos, se deduce que tal control habrá de realizarse *a posteriori* por la Comisión y, en su caso, por el Tribunal de Justicia.

Es precisamente en este punto donde se produce, a nuestro juicio, la disfunción del sistema.

En efecto, como se ha dicho anteriormente, entendemos que del hecho de que se considere que determinados intereses deben ser considerados legítimos en todo caso, no debe deducirse la necesidad de otorgar un tratamiento diferente a las medidas concretas de protección de los mismos. Debe diferenciarse claramente la compatibilidad con el Derecho comunitario del interés que se invoca en sí mismo, de la compatibilidad de las medidas de protección que se adopten según los principios de necesidad y proporcionalidad.

Hemos visto como en materia de libertades el régimen general de control de la medida *ex post* ha tenido que ser completado en determinados ámbitos con procedimientos de información y control *ex ante* por la Comisión de compatibilidad con el mercado interior, con el objetivo de asegurar el efecto útil de tal control, de manera que éste se produjera antes de que los perjuicios derivados de una restricción ilegal se hubieran comenzado a producir.

³⁷ La reciente propuesta de Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas presentada por la Comisión - COM (2002) 711 final - no aborda la problemática planteada por el artículo 21.3. Esta propuesta, que se basa en el Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo - COM (2001) 745 final, sí contiene una profunda revisión de los artículos 9 y 22, además de otras cuestiones procedimentales y sustantivas.

En materia de control de concentraciones éste último objetivo debe ser atendido con urgencia, como demuestra el caso *Champalimaud*.

El Abogado General del caso *Cía Security International* argumentaba acertadamente que la posibilidad de alegar ante el Tribunal de Justicia por los particulares la incompatibilidad de una normativa estatal no garantiza que el efecto de la restricción provocado por tal medida sea suprimido antes de la aplicación de la medida. Este argumento es todavía mucho más obvio en el caso del Reglamento de concentraciones. Hay que tener en cuenta que no nos encontramos ante un proyecto de normativa general que pueda llegar a aprobarse y a entrar en vigor antes de que se declare su ilegalidad, sino que se trata de denunciar medidas administrativas individualizadas que ya han sido adoptadas y que ya se están aplicando, no a una generalidad de eventuales supuestos, sino a una operación concreta que ya se encuentra paralizada u obstaculizada por la medida estatal que se va a denunciar.

En estos casos, no es que sea posible que la restricción y los correspondientes perjuicios ya se hayan producido, como argumentaba el Sr. Elmer, sino que en materia de concentraciones estamos hablando de un sistema de control sobre medidas ya adoptadas y que ya se están ejecutando, es decir, que ya están restringiendo la operación y produciendo los correspondientes daños a las partes de la misma.

Si, además de todo ello, consideramos la naturaleza de los sectores afectados por el sistema de control *ex post*, la necesidad de prevenir los perjuicios causados por medidas estatales ilegales son todavía más evidentes. Pensemos en el sector financiero, que, puesto que uno de los tres intereses legítimos expresamente reconocidos es el de carácter prudencial, se encontrará a menudo afectado por este tipo de medidas. No resulta difícil imaginar las consecuencias que para una operación de reestructuración bancaria de carácter transnacional puede tener la paralización de la misma, durante meses o años.

Entendemos que al enumerar expresamente el Reglamento tres tipos de intereses legítimos que pueden protegerse por las autoridades nacionales sin control previo comunitario, para luego prever un control *a priori* para el resto de intereses legítimos puede, como ha ocurrido en el caso *Champalimaud*, provocar de hecho situaciones contrarias a los propios objetivos del Reglamento. Al abrirse la posibilidad de adoptar medidas sin control previo para la protección de determinados intereses, se permite que las autoridades de un Estado miembro que no busquen verdaderamente la protección de ningún interés que pueda ser autorizado por la Comisión, sino que lo que pretendan sea paralizar una operación por motivos que no cumplan el requisito de "compatibilidad con los principios generales y las demás disposiciones de Derecho comunitario" para ser legítimos, o invocando sin base fáctica alguno de los tres motivos expresamente reconocidos en el Reglamento, obstaculicen una operación.

En efecto, los Estados miembros recogieron expresamente no de forma casual tres intereses legítimos muy sensibles, con el objetivo de que pudieran ser protegidos en todo caso. Sin embargo, al excluir sobre las medidas para su protección un

sistema de control previo comunitario, dejaron abierta la posibilidad de que con extremada facilidad las autoridades estatales pudieran, por ejemplo, en un sector como el financiero³⁸ o el de los medios de comunicación, alegar motivos de carácter prudencial o de pluralidad en los medios para paralizar una operación, aunque en el caso concreto la operación no afectara negativamente a tales intereses. Precisamente por las características de los sectores con los que se encuentran directamente relacionados esos intereses legítimos, es muy fácil que los Gobiernos estén tentados de obstaculizar o paralizar operaciones por motivos ajenos o contrarios al Derecho comunitario (como pueden ser intereses nacionales de carácter económico y estratégico en el sector financiero) invocando formalmente los motivos expresamente reconocidos en el Reglamento.

Por todo ello, entendemos que debería realizarse una revisión del artículo 21.3 del Reglamento en el sentido de establecer un sistema único de excepciones a la competencia exclusiva de la Comisión para el control de las operaciones de dimensión comunitaria, en el que para la protección de cualquier interés legítimo por los Estados miembros fuese necesario un control previo de compatibilidad con el Derecho comunitario y, en particular, un análisis de necesidad y proporcionalidad de las medidas a adoptar. En un sistema de este tipo, la adopción de medidas invocando la protección de intereses como la pluralidad de los medios de comunicación, las normas prudenciales y la seguridad pública no podría constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta a las reestructuraciones empresariales transnacionales por motivos contrarios al Derecho comunitario. Y, además, al no existir ninguna posibilidad de adoptar medidas contra la operación sin notificación ni autorización previa, cualquier medida adoptada sin cumplir tales requisitos debería ser inmediatamente rechazada por los jueces nacionales por ser radicalmente ilegal.

PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTÍCULO 21.3

Así pues, la reforma debería consistir esencialmente en eliminar la distinción entre unos tipos de intereses legítimos y otros, de forma que existiera una obligación de notificación y autorización por la Comisión para cualquier medida que pretendiera adoptar un Estado miembro para la protección de intereses legítimos.

Ello no excluiría que, si se considera que existen determinados intereses legítimos que deben ser protegidos en todo caso, se hiciera una mención expresa de tales intereses, pero existiendo una obligación de notificar la concreta medida que se pretenda adoptar en relación con una operación determinada, con la finalidad de que la Comisión controlara, no ya la pertinencia de alegar tales motivos en general,

³⁸ En la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa (DOCE C 017, de 19 de enero 2001), se señala que “varios Estados miembros consideran que ciertas entidades de crédito cumplen tareas específicas que constituyen servicios de interés económico general” (apartado 35).

sino la adecuación de la medida concreta según resulte del análisis de necesidad y proporcionalidad en relación con la protección del interés que se invoca.

El sistema incluiría la sanción de inaplicabilidad de toda medida que no hubiera sido notificada y autorizada por la Comisión. No sería estrictamente necesaria una mención expresa de este último aspecto, puesto que resultaría de suyo del propio sistema de autorización, como se reconoce en la jurisprudencia analizada sobre este tipo de sistemas, pero entendemos que no sería conveniente abrir la posibilidad de que se produjeran interpretaciones distintas por las autoridades estatales, de buena o mala fe.

Tales serían las líneas fundamentales de la reforma que proponemos. Veamos, pues, qué modificaciones concretas implicaría dicha reforma.

Según se ha dicho ya, el nuevo artículo 21.3 mantendría, en primer lugar, la posibilidad de que los Estados miembros pudieran adoptar medidas para la protección de intereses legítimos distintos de los contemplados en el Reglamento que sean compatibles con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario. Esta previsión podría completarse con la mención expresa, con carácter de *numerus apertus*, de ciertos intereses que se considere que deben protegerse en todo caso.

A continuación, debería establecerse una obligación de notificación a la Comisión de tales medidas para que esta Institución comunitaria realizara el análisis de compatibilidad con el Derecho comunitario.

Creemos que para la garantía de protección de todos los intereses en juego, sería necesario prever que la cuestión relativa a la adopción de las medidas estatales fuera ventilada con anterioridad a la ejecución de la operación de concentración. En efecto, la necesidad de proteger los legítimos intereses del Estado de que se trate exigen que la operación no se pueda llevar a cabo definitivamente sin que dicho Estado haya podido adoptar las medidas necesarias. No obstante, por otro lado, tal y como se ha venido argumentando, es necesario que el control de legalidad de dichas medidas por la Comisión, sea anterior a la ejecución de las mismas por las autoridades de los Estados miembros.

Pues bien, entendemos que los mencionados objetivos podrían alcanzarse introduciendo el procedimiento de control de las medidas estatales dentro del procedimiento general de control de la operación por la Comisión con carácter incidental, de tal forma que el pronunciamiento sobre la legalidad de las medidas se produjera con anterioridad a la decisión de autorización o prohibición de la concentración.

Esta posibilidad podría articularse mediante un mecanismo similar al previsto en el artículo 9 del Reglamento, relativo a la posibilidad de remisión a las autoridades de los Estados miembros. Este precepto prevé que en el plazo de 3 semanas desde

la recepción de la copia de la notificación³⁹, los Estados miembros podrán solicitar la remisión del caso por apreciar que la concentración afecta exclusivamente al territorio del Estado de que se trate, sin constituir una parte sustancial del mercado común.

Si se adoptara un mecanismo de este tipo, cuando un Estado miembro pretendiera adoptar medidas de protección de un interés legítimo, debería comunicarlo a la Comisión en un plazo determinado, que podría ser también de 3 semanas. En la comunicación debería constar el interés que se pretenda proteger y, de no tratarse de uno de los intereses expresamente contemplados en el Reglamento, debería expresarse también los motivos por los que se entendiera que tal interés debe ser considerado legítimo y compatible con el Derecho comunitario. Asimismo, debería contenerse una descripción detallada de las medidas concretas que pretendieran adoptarse, justificando la necesidad y proporcionalidad de las mismas en relación con el interés invocado.

La Comisión debería autorizar o prohibir la adopción de las medidas notificadas en una decisión adoptada en los mismos plazos previstos en el apartado 4 del citado artículo 9, incluyendo la previsión de ampliación del plazo de primera fase de cuatro a seis semanas.

El contenido de la decisión de la Comisión podría ser el siguiente:

- ❑ Considerar legítimo el interés invocado que no esté expresamente reconocido como tal en el Reglamento y necesarias y proporcionales las medidas comunicadas. Los intereses expresamente mencionados deberían considerarse en todo caso legítimos, lo que, una vez más, no conllevaría de por sí la legitimidad de las medidas propuestas.
- ❑ Estimar que, a pesar de ser legítimo el interés invocado, las medidas comunicadas no cumplen las condiciones de necesidad y proporcionalidad. En este caso, la Comisión debería establecer en qué medida y con qué condiciones serían aplicables las medidas de protección del interés de que se trate. En este punto, sería muy importante la labor de la Comisión, cuyo pronunciamiento debería ser exhaustivo y riguroso a efectos de evitar toda posibilidad de conflictos de interpretación a la hora de que las medidas fueran aplicadas por los Estados miembros.
- ❑ Considerar que el interés comunicado es contrario al Derecho comunitario, rechazando las medidas comunicadas.

Consideraciones elementales de justicia, exigirían que la decisión de prohibición de las medidas fuera motivada y que, en ausencia de pronunciamiento expreso, debieran entenderse autorizadas las medidas en los términos contenidos en la comunicación (silencio positivo).

³⁹ El artículo 19 del Reglamento establece que la Comisión remitirá a las autoridades competentes de los Estados miembros copia de las notificaciones en el plazo de 3 días.

La decisión de prohibición o modificación de las medidas comunicadas sería impugnabile, de acuerdo con el sistema general, mediante recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴⁰.

Finalmente, y como ya se ha adelantado, el sistema debería completarse estableciendo la nulidad radical de toda medida estatal que no hubiera sido comunicada y autorizada por la Comisión, de tal forma que sería inaplicable en todo caso por las autoridades administrativas y judiciales nacionales.

CONCLUSIÓN

A la vista de todo lo anterior, nos parece necesaria una revisión del sistema de reparto de competencias entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de defensa de la competencia en materia de concentraciones. Efectivamente, si se quiere hacer plenamente efectivo el sistema de barrera única en el control de operaciones de concentración, es necesaria, a nuestro entender, una reforma del artículo 21.3 del Reglamento de control de las operaciones de concentración de empresas.

La reforma que proponemos, según se ha argumentado extensamente con anterioridad, implicaría una modificación del artículo 21.3, cuya nueva redacción podría ser del siguiente tenor:

“No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, los Estados miembros podrán proteger intereses legítimos distintos de los contemplados en el presente Reglamento que sean compatibles con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario, tales como la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales.

Cualquier medida que un Estado miembro pretenda adoptar para la protección de algún interés legítimo deberá ser comunicada a la Comisión en el plazo de tres semanas a partir de la recepción de la copia de la notificación de la operación.

En la comunicación deberá expresarse el interés que se pretenda proteger. Si tal interés fuera distinto de la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales, deberán manifestarse los motivos por los que se entienda que tal interés debe ser considerado legítimo y compatible con el Derecho comunitario.

Asimismo, la comunicación deberá contener una descripción detallada de las medidas concretas que se prevea adoptar, justificando la necesidad y proporcionalidad de las mismas en relación con el interés invocado.

⁴⁰ Artículos 230 y 231 TCE.

La Comisión analizará la compatibilidad del interés invocado con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario, así como la necesidad y proporcionalidad de las medidas en relación con dicho interés.

La Comisión, deberá pronunciarse de forma motivada sobre la adopción de las medidas comunicadas.

Dicha decisión tendrá lugar:

- a) bien, por regla general, en el plazo de seis semanas previsto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 10, cuando la Comisión no hubiera incoado el procedimiento de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 6;*
- b) bien en un plazo máximo de tres meses a partir de la notificación de la operación en cuestión, cuando la Comisión hubiera incoado el procedimiento de conformidad con lo dispuesto en la letra c) del apartado 1 del artículo 6.*

En dicha decisión, la Comisión, según resulte del análisis anterior, podrá acordar:

- a) autorizar las medidas comunicadas en los términos previstos en la comunicación;*
- b) establecer en qué medida y con qué condiciones serán aplicables las medidas propuestas para su adecuación a los principios de necesidad y proporcionalidad en relación con el interés que se pretenda proteger;*
- c) rechazar cualesquiera medidas por considerar el interés comunicado contrario al Derecho comunitario.*

En ausencia de pronunciamiento expreso de la Comisión en los plazos anteriormente indicados, se entenderán autorizadas las medidas en los términos contenidos en la comunicación.

El Estado miembro de que se trate no podrá adoptar las medidas comunicadas hasta tanto no hubiera recaído decisión de autorización expresa o presunta.

Toda medida estatal que no hubiera sido comunicada y autorizada, de forma expresa o presunta, por la Comisión, será nula de pleno derecho e inaplicable en todo caso por las autoridades nacionales”.



BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Deseo recibir gratuitamente los dos próximos Documentos de Trabajo de la serie Política de la Competencia del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU.

Nombre y Apellidos.....

Dirección.....

Población..... C.P.

País..... Teléfono.....

Correo electrónico.....

INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS

Universidad San Pablo-CEU

Julián Romea, 22 - 28003 Madrid

E-mail: idee@ceu.es

Tfno: 91 514 04 22

Fax: 91 514 04 28

www.ceu.es/idee



PETICIÓN DE NÚMEROS ATRASADOS

Nombre y Apellidos.....
Dirección.....
Población..... C.P.
País..... Teléfono.....
Correo electrónico.....

Deseo recibir los siguientes Documentos de Trabajo de la serie Política de la Competencia del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU:

Nº
Títulos
.....
.....
.....

INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS
Universidad San Pablo-CEU
Julián Romea, 22 - 28003 Madrid
E-mail: idee@ceu.es
Tfno: 91 514 04 22
Fax: 91 514 04 28
www.ceu.es/idee

NÚMEROS PUBLICADOS

- Nº 1 2001** “El control de concentraciones en España: un nuevo marco legislativo para las empresas”
José María Beneyto
- Nº 2 2001** “Análisis de los efectos económicos y sobre la competencia de la concentración Endesa - Iberdrola”
Luis Atienza, Javier de Quinto y Richard Watt
- Nº 3 2001** “Empresas en Participación concentrativas y artículo 81 del Tratado CE: Dos años de aplicación del artículo 2(4) del Reglamento CE de control de las operaciones de concentración”
Jerónimo Maíllo González-Orús
- Nº 1 2002** “Cinco años de aplicación de la Comunicación de 1996 relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con los acuerdos entre empresas”
Miguel Ángel Peña Castellot
- Nº 2 2002** “Leniency: la política de exoneración del pago de multas en derecho de la competencia”
Santiago Illundaín Fontoya
- Nº 3 2002** “Dominancia vs. disminución sustancial de la competencia ¿cuál es el criterio más apropiado?: aspectos jurídicos”
Mercedes García Pérez
- Nº 4 2002** “Test de dominancia vs. test de reducción de la competencia: aspectos económicos”
Juan Briones Alonso
- Nº 5 2002** “Telecomunicaciones en España: situación actual y perspectivas”
Bernardo Pérez de León Ponce
- Nº 6 2002** “El nuevo marco regulatorio europeo de las telecomunicaciones”
Jerónimo González González y Beatriz Sanz Fernández-Vega
- Nº 1 2003** “Some Simple Graphical Interpretations of the Herfindahl-Hirshman Index and their Implications”
Richard Watt y Javier De Quinto
- Nº 2 2003** “La acción de oro o el problema de las privatizaciones en un mercado único”
Emilia Gargallo, Jesús Lavalle y Pablo Siegrist

COMITÉ CONSULTIVO
CENTRO DE POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

RICARDO ALONSO SOTO
MANUEL AZPILICUETA FERRER
LUIS BERENGUER FUSTER
MIGUEL ÁNGEL CORTÉS MARTÍN
EMILIO CUATRECASAS
JOSÉ MARÍA CUEVAS
MILES CURLEY
CLAUS-DIETER EHLERMANN
ANTONIO GARRIGUES WALKER
ENRIQUE GONZÁLEZ-DÍAZ
LUIS DE GUINDOS
INMACULADA GUTIÉRREZ CARRIZO
RAFAEL ILLESCAS
JUAN IRANZO
VICENTE LÓPEZ –IBOR MAYOR
CECILIO MADERO VILLAREJO
SANTIAGO MARTÍNEZ-LAGE
LUIS ORTIZ BLANCO
ENRIQUE MOYA FRANCÉS
JULIO PASCUAL Y VICENTE
MERCEDES PEDRAZ
AMADEO PETITBÓ JUAN
FERNANDO POMBO
JAVIER DE QUINTO ROMERO
RAFAEL RIPOLL NAVARRO
JUAN ANTONIO RIVIÈRE MARTÍN
ALEXANDER SCHAUB
GONZALO SOLANA
RODRIGO URÍA MERUÉNDANO

INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS
CENTRO DE POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

PRESIDENTE
MARCELINO OREJA AGUIRRE

DIRECTOR
JOSÉ MARÍA BENEYTO PÉREZ

SECRETARIO
LEOPOLDO ABAD ALCALÁ

COORDINADOR
JERÓNIMO MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS