

Actualidad Internacional

Por Sandra Marco Colino, profesora asociada de Derecho de la Competencia, Facultad de Derecho de la Universidad de Hong Kong

Novedades en el control de concentraciones de empresas en la Unión Europea: cambios y regulaciones

1. La necesidad de Reforma de la política de control de fusiones y adquisiciones

El régimen de control previo obligatorio de concentraciones de la Unión Europea (UE) está cambiando. Hace algo más de dos décadas, coincidiendo con la entrada en vigor el Reglamento (CE) n° 139/2004, sobre el control de concentraciones entre empresas (2004) L24/1 se llevó a cabo una reforma de la política de competencia de la UE para darle un enfoque más económico. Se intentaba poner orden en la aplicación de la ley y se imponían, en la medida de lo posible, parámetros cuantificables para evaluar el impacto de concentraciones y actividades empresariales.

El control de concentraciones de empresas se concibe como una intervención administrativa preventiva frente a la posibilidad de perjudicar la competencia en los mercados afectados cuando un agente económico decide adquirir parte de otros o realizar una fusión.

Con la reforma, se solucionaron algunos de los problemas que habían llevado a hablar de una crisis de legitimidad en el Derecho europeo de la competencia. Sin embargo, pronto llegaron nuevos retos.

Varios estudios demuestran que, en la actualidad, demasiadas concentraciones perjudiciales eluden el control administrativo. En la era digital, el problema se ha acentuado. La estrategia de crecimiento utilizada por los gigantes tecnológicos como Google o Meta, que compran todas las compañías que les pudieran llegar a hacer sombra, ha resultado imparable. Cuando se introdujeron los cambios era difícil prever el poder que iban a adquirir los gigantes de Silicon Valley.

2. Regulaciones recientes que afectan al control de concentraciones y su 'enfoque más económico'

Tras la reforma del 2004, el Reglamento de concentraciones empresariales reconoce que no sólo las adquisiciones que crean una posición dominante pueden ser perjudiciales, ampliando su ámbito de aplicación a todas aquellas que puedan 'afectar de forma significativa a la competencia'. En la práctica, el deseo de adoptar un enfoque más económico hizo que la Comisión comenzara a esforzarse más por construir sólidas teorías del daño específicas para justificar casuísticamente la existencia de efectos anticompetitivos.

La Comisaria europea de competencia, Margrethe Vestager, se ha manifestado satisfecha con el funcionamiento del sistema actual. Pero caben

mejorías, como demuestran los recientes intentos de cambio la propia Comisión.

Desde un punto de vista teórico, cuando se introdujo la reforma anterior se estaba gestando una crisis ideológica que afecta a los pilares de la política vigente. En un principio se intentó acercar la política de competencia europea a la de Estados Unidos, adoptando el modelo económico de la Escuela de Chicago. Se aceptaba así más o menos explícitamente el bienestar del consumidor (entendido como sinónimo de eficiencia asignativa) como la finalidad suprema del Derecho de la competencia. Esta es la doctrina que predomina en Estados Unidos, pero cada vez son más las voces que piden cambios.

La propia Comisión Europea se ha ido distanciando de estas premisas, redefiniendo el bienestar del consumidor como una finalidad que intenta proteger la competencia para beneficiar a los consumidores, valorando no sólo precios, sino también innovación, calidad y posibilidades de elección.

Desde una perspectiva práctica, al sistema actual de control de concentraciones de empresas a veces le cuesta detectar problemas importantes. Por ello, hay concentraciones nocivas que sin embargo no ha sido posible prohibir, obstaculizando la tarea de prevenir la «acumulación excesiva de poder de mercado en manos de pocas empresas».

3. Hacia una nueva política de control de concentraciones

Tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia (TJ) de la UE están intentando corregir estas trabas con importantes cambios. En primer lugar, la Comisión ha simplificado el procedimiento para el análisis de las concentraciones 'sencillas' para así poder dedicar más recursos a las que podrían resultar dañinas.

En segundo lugar, se están explorando nuevas vías para poder examinar concentraciones que quedan

fuera del ámbito de aplicación del Reglamento. Por ejemplo, la Comisión ha intentado utilizar el artículo 22 del Reglamento para escudriñar concentraciones que no tienen una dimensión comunitaria, a petición de los Estados Miembros.

No obstante, con la sentencia del caso *Ilumina/Grail* el TJ ha puesto en duda la efectividad de esta opción. En el 2022, se intentó usar el artículo 22 para bloquear la compra de Grail, una compañía trabajando para inventar pruebas de sangre para detectar el cáncer sin volumen de negocios en la UE, por *Ilumina*, un gigante de la biotecnología. El TJ coincidió con el Abogado General *Emiliou* en que, al aceptar las peticiones de varios Estados Miembros de intervenir, la Comisión se basó en una interpretación demasiado amplia del artículo 22. Queda claro, por tanto, que no se puede mostrar arbitrariedad a la hora de utilizar esta vía.

La sentencia *Towercast* de 2023 representa otra ruta interesante para intensificar el sistema de control de las concentraciones. Según el TJ, las autoridades nacionales de competencia pueden examinar compras ya finalizadas y que estén fuera del ámbito de aplicación del Reglamento utilizando el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), como posibles abusos de posición de dominio.

No obstante, tales investigaciones sólo pueden llevarse a cabo si se dan unas circunstancias muy específicas. Por ejemplo, no afectarían a aquellas concentraciones que hayan sido aprobadas por la Comisión en el marco del Reglamento de concentraciones.

En Hungría, un tribunal estableció recientemente que no se cabía aplicar el artículo 102 del TFUE a una concentración por debajo de los umbrales del Reglamento, dado que la fusión en cuestión no afectaba afectar al comercio entre los Estados

miembros y las partes no gozaban de una posición dominante antes de unirse.

La Comisión también se está esforzando por mejorar su análisis económico de las fusiones que tienen una dimensión comunitaria. Procura construir nuevas teorías del daño (principalmente relacionadas con la innovación) que podrían detectar con más precisión los problemas que esas concentraciones pudieran acarrear. Es posible que esta sea la ruta más fiable para darle fuerza al sistema, pero requiere un gran esfuerzo por parte de la Comisión, y está por ver si los tribunales aceptarán esas nuevas teorías.

4. Propuestas para el futuro

En el reciente artículo que aquí resumimos, proponíamos explorar otras posibilidades para atenuar los efectos nocivos de estas operaciones. La primera sería ampliar la gama de remedios que se suelen aplicar para rectificar daños a la competencia, incluyendo tanto remedios estructurales como de comportamiento.

Una segunda opción consistiría recalibrar el estándar de la prueba para que no le resulte tan difícil a la Comisión impedir fusiones y adquisiciones, siempre respetando las garantías del procedimiento.

El tercer camino conllevaría buscar oportunidades para reexaminar e incluso deshacer concentraciones que en su día obtuvieron el visto bueno. Obviamente, se trataría de un procedimiento excepcional, en el caso de que esas fusiones estuvieran causando daños que no se detectaron durante la investigación.

Estas opciones son interesantes, pero también conllevan importantes riesgos. Podrían incrementar la arbitrariedad, y no son ideales para remediar todas las clases de daños que pueden surgir cuando varias empresas se unen. Sería útil que la Comisión actualizara sus directrices sobre

remedios y se centrara en el desarrollo de nuevas teorías del daño.