

Análisis sobre la regulación de la competencia en un mercado globalizado

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

Tel.: 93 363 35 54 • Fax: 93 419 71 57

Pl. Independencia 8, 4º izq. • 28001 Madrid

Tel.: 91 523 04 50 • Fax: 91 523 28 68



Índice

1. Introducción	5
2. Las decisiones sobre operaciones de concentración en la Unión Europea	9
3. Las decisiones sobre operaciones de concentración en los estados más significativos de la Unión Europea	51
4. Las decisiones sobre las operaciones de concentraciones en España	93
5. Bibliografía	155



1. Introducción

La política europea de competencia debe garantizar la unidad del mercado interior y evitar la monopolización de los mercados impidiendo que las empresas concierten acuerdos para repartirse el mercado. La monopolización de un mercado puede tener lugar a través de un acuerdo o de una concentración entre empresas de modo que la política europea de competencia pretende evitar que una o más empresas exploten de manera abusiva su poder económico frente a empresas menos fuertes (abuso de posición dominante).

Dicha política tiene también por misión impedir que los Gobiernos de los Estados miembros falseen las reglas del juego favoreciendo a empresas públicas o concediendo ayudas estatales al sector privado.

La política de competencia europea se regula en los artículos 81 a 89 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en lo sucesivo, Tratado CE o CE cuando siga al número de un artículo). Las normas comunitarias

de competencia pueden subdividirse en dos grandes grupos atendiendo a si los destinatarios de las mismas son las empresas o los Estados miembros.

Las normas aplicables a las empresas se refieren al comportamiento de éstas (acuerdos y prácticas concertadas y abusos de posición de dominio) o a su estructura (control de concentraciones).

El apartado 1 del artículo 81 CE prohíbe los acuerdos y prácticas concertadas entre empresas *“que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común”*. Esta prohibición se aplica tanto a los acuerdos horizontales, es decir, los que tienen lugar en la misma fase de producción, transformación o comercialización, como a los verticales, es decir, los concertados en fases diferentes del proceso económico y comercial entre empresas que no compiten entre sí.

El artículo 82 (antiguo artículo 86) del Tratado afirma que *“será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo”*.

Se entiende por posición dominante la detentada por toda empresa cuyo poder económico le permite obstruir el libre juego de la competencia en un mercado concreto y gracias a la cual dicha empresa puede influir notablemente en las condiciones de la competencia sin tener que someterse a ellas.

Se da abuso de posición dominante cuando el comportamiento de la empresa en cuestión puede influir en la estructura o en el nivel de competencia del mercado en cuestión incluso cuando tal comportamiento es favorecido por una disposición legal nacional.

El artículo 87 y siguientes del Tratado CE, son normas aplicables a los Estados miembros y prohíben *“las ayudas concedidas por los Estados o*



mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen con falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas o producciones [...] en la medida en que afectan a los intercambios comerciales entre Estados miembros”.

El control de concentraciones comunitario pretende evitar que las empresas, a través de cambios en sus estructuras de control, obstaculicen significativamente la competencia.

Según la política de competencia comunitaria, las operaciones de concentración de dimensión comunitaria que permitan a las empresas alcanzar una posición dominante o reforzar la ya existente, de la que resulte un obstáculo significativo para una competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, deben ser declaradas incompatibles con el mercado común.

Los artículos 81 y 82 CE, aunque aplicables a determinadas concentraciones, no eran sin embargo suficientes para incluir todas las operaciones que podían resultar incompatibles con el régimen de competencia no falseada establecido por el Tratado CE.

Por esta razón se consideró necesario crear un instrumento jurídico nuevo, en forma de Reglamento, que hiciera posible el control efectivo de todas las operaciones de concentración en función de su efecto sobre la estructura de la competencia en la Comunidad Europea. Con este fin se elaboró el *Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo de 21 de diciembre de 1989 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas.*

En aquellos Estados miembros en los que no existía una tradición de control de concentraciones, la regulación comunitaria, estimuló al legislador nacional para establecer un sistema de control doméstico efectivo que no crease distorsiones en relación con el régimen comunitario.

En concreto, en España, el control de concentraciones, como un instrumento autónomo para el mantenimiento de la competencia

comienza a aplicarse plenamente desde la entrada en vigor de la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia¹ (en lo sucesivo LDC).

Al igual, que ocurrió en el sistema comunitario, el control de concentraciones se reguló cuando la práctica lo hizo necesario y el creciente número de concentraciones que se estaban llevando a cabo pusieron de manifiesto la necesidad de controlar estas operaciones desde el punto de vista de la competencia.

La LDC está inspirada en las normas comunitarias de política de competencia, que han desempeñado un papel trascendental en la creación y funcionamiento del mercado común.

La legislación española, en lo relativo a las concentraciones económicas, estableció *“un régimen de control de aquellas que, por su importancia y efectos, pudieran alterar la estructura del mercado nacional en forma contraria al interés público”*². Lo cierto es que, la falta de transparencia en el procedimiento y en los criterios de valoración y, el hecho de que fuese aplicado por las autoridades políticas, hizo del control de concentraciones español un instrumento de política industrial más que un medio de mantenimiento de la competencia³.

Desde 1997 el sistema comunitario de control de concentraciones y los sistemas de casi todos los Estados miembros han experimentado, y continúan experimentando, importantes transformaciones. La tendencia general es alinear los criterios de valoración, preservar la independencia de las autoridades de competencia en la toma de decisiones y favorecer el acceso al proceso y la transparencia en su desarrollo.

1. B.O.E. n... 170, de 18 de julio.

2. Exposición de motivos de la LDC.

3. De hecho, durante el tiempo en el que la notificación de las concentraciones era voluntaria, el Gobierno no mostró ningún interés por investigar concentraciones que claramente, exigían algún tipo de análisis, como, por ejemplo, el caso de la adquisición por El Corte Inglés de Galerías Preciados.



Estas modificaciones son consecuencia de la maduración de los sistemas de control de concentraciones que, en muchos casos, son de creación reciente y del acelerado aumento de las operaciones de concentración que está teniendo lugar en los últimos años, así como la gran dimensión que las fusiones y adquisiciones han adquirido en unas estrategias empresariales crecientemente internacionalizadas y sometidas a influencias competitivas globales.

La evolución del sistema español de control de concentraciones ha sido considerable, especialmente a partir del año 1999⁴. Entre los cambios más trascendentes, destacan la introducción del deber de notificación de las concentraciones y la obligación de suspensión de las operaciones hasta obtener la autorización, así como la posibilidad de imponer multas coercitivas por incumplimiento de la legislación en materia de control de concentraciones.

Estas modificaciones, así como la evolución en la forma de tratar los expedientes de concentración que han experimentado las autoridades competentes, merecen una valoración positiva. Sin embargo el sistema

4. La LDC, fue modificada por el artículo 10 del Capítulo VIII del Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia en lo referente al control de concentraciones económicas. Esta modificación introdujo cambios importantes en lo referente al deber de notificación y a la tramitación de expedientes.

Posteriormente, la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la LDC, introdujo un nuevo artículo 57 por el que se crea una tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración. Este artículo 57 fue modificado, a su vez, por el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios.

Esta disposición también estableció la obligación de suspensión de las operaciones de concentración hasta ser autorizadas y acortó los plazos de instrucción del expediente.

Mediante Real Decreto-Ley 2/2001, por el que se modifica la disposición transitoria sexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico y determinados artículos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia se precisó la redacción del artículo 17 de la LDC (relativo a la competencia del Gobierno en la toma de decisiones sobre concentraciones) y se estableció la posibilidad de imponer multas coercitivas por incumplimiento de las decisiones del Consejo de Ministros en materia de concentraciones.

de control de concentraciones español todavía puede ser acusado de ser poco transparente y de permitir, de forma general, la entrada de motivaciones totalmente ajenas a la defensa de la competencia en la toma de las decisiones en materia de control de concentraciones.

En el presente Dictamen, se realizará un estudio comparativo de los principales aspectos del sistema de control de concentraciones en la Comisión Europea, en la República Federal Alemana, en la República Francesa, en la República Italiana y en el Reino Unido. Al mismo tiempo, se tomará como referencia el sistema americano de control de concentraciones, que ha sido merecedor de tantos elogios por los expertos en la materia y que presenta no pocas diferencias con la legislación y la práctica europeas.

Los aspectos cruciales que hacen diferentes unos sistemas de otros y que serán analizados a lo largo de este Dictamen son: las autoridades que intervienen en el procedimiento de control y sus atribuciones, el desarrollo del procedimiento y los criterios empleados para valorar si una concentración debe ser autorizada o prohibida. Las decisiones más representativas aprobadas en estos sistemas servirán para ilustrar el resultado práctico de su aplicación.

Por último, contando con la base de valoración amplia que proporciona la experiencia de los sistemas vecinos, se realizará un análisis crítico del tratamiento de todos estos aspectos en el régimen español de control de concentraciones y si, observando la experiencia de aplicación de los principales sistemas de concentraciones a ambos lados del Atlántico, las modificaciones recientemente anunciadas en el *Anteproyecto de Real Decreto 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 económicas*⁵, cumplen con las expectativas de empresas y consumidores para que el control de concentraciones sea un instrumento efectivo de mantenimiento de la competencia.

5. El texto de este Anteproyecto se hizo público en la página web del Servicio de Defensa de la Competencia con la finalidad expresa de que los interesados pudiesen formular observaciones. El periodo par la presentación de las mismas finalizó el 30 de abril de 2001.



2. Las decisiones sobre operaciones de concentración en la Unión Europea

2.1. OBJETIVOS DE LA REGULACIÓN COMUNITARIA DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES

El control de concentraciones por la Comunidad Europea fue diseñado para garantizar que la economía europea obtenga el máximo beneficio de las operaciones de concentración. Las empresas europeas necesitan reestructurarse para adaptarse a los desafíos del Mercado Único y de la Unión Económica y Monetaria y la economía europea se beneficia de esta reestructuración. En consecuencia, la regulación europea no contiene ninguna regla general que prohíba las concentraciones con dimensión comunitaria.

Sin embargo, la necesidad de reestructuración empresarial no justifica todo perjuicio que de la misma pueda derivarse para el consumidor. A veces las operaciones de concentración proporcionan a las empresas una posición de fuerza tal, que les permite controlar el funcionamiento

del mercado o el futuro desarrollo del mismo. Para prohibir estas operaciones que implican un serio perjuicio para el mantenimiento de la competencia, se establece un control de concentraciones.

Por otro lado, a través del control comunitario de concentraciones se garantiza que los Estados miembros no utilizan su poder político para impedir la realización de concentraciones de forma discriminatoria. A través del control comunitario de concentraciones se evita que los gobiernos nacionales obstaculicen la conclusión de concentraciones por razones proteccionistas.

El procedimiento comunitario de control de concentraciones, que se estableció sobre la base de estos objetivos, se encuentra regulado en el *Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo de 21 de diciembre de 1989 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas*⁶ (en lo sucesivo el Reglamento de concentraciones) con las modificaciones introducidas por el *Reglamento (CE) n° 1310/97 del Consejo de 30 de junio de 1997*⁷, y en el *Reglamento (CE) n° 447/98 de la Comisión de 1 de marzo de 1998 relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento (CEE) n° 4064/89* (en lo sucesivo Reglamento de aplicación). Asimismo numerosas Comunicaciones de la Comisión, aunque sin valor jurídico, completan las directrices de aplicación del régimen comunitario de control de concentraciones.

2.2. ANÁLISIS DE LAS ATRIBUCIONES DE COMPETENCIAS EN EL PROCEDIMIENTO COMUNITARIO

La Comisión Europea es la institución encargada de aplicar el procedimiento comunitario de control de concentraciones a todas las operaciones de concentración de dimensión comunitaria.

6. DO L 395 de 30 de diciembre de 1989.

7. DO L 180 de 9 de julio de 1997.



En virtud de las atribuciones que le otorga el Reglamento de concentraciones, la Comisión Europea es la encargada de llevar a cabo las investigaciones sobre las operaciones notificadas, es decir, de realizar el proceso de instrucción, y de tomar una decisión, vinculante para las partes, sobre la compatibilidad de la operación con el mercado común. Las decisiones de la Comisión Europea en la materia son recurribles ante el Tribunal de Primera Instancia (en lo sucesivo TPI) y, en casación, ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en lo sucesivo TJCE).

A través de sus decisiones la Comisión Europea puede autorizar una concentración sin condiciones o prohibirla. También puede someter la autorización a ciertas obligaciones o prestaciones “reparadoras” que compensen las restricciones a la competencia derivadas de una concentración.

Dentro de la Comisión Europea es la Dirección General Competencia (antigua DG IV) la encargada de ejecutar el derecho comunitario de la competencia. En concreto, es la Dirección B, *Task Force* de Control de Operaciones de Concentración entre empresas, la encargada de examinar las concentraciones de dimensión comunitaria. El personal de la *Task Force* está formado por expertos y técnicos en materia de concentraciones, que trabajan en colaboración con el resto de Direcciones dentro de la Dirección General de Competencia, para aplicar de forma correcta y coherente el derecho comunitario de competencia. Además la *Task Force* está habilitada para pedir la opinión de expertos externos de la Comisión Europea.

Las decisiones se adoptan por la Comisión Europea, ya sea por el Colegio de Comisarios o por un Comisario habilitado al efecto.

Para llevar a cabo el control de concentraciones la Comisión Europea cuenta con amplias atribuciones. Tiene poder para llevar a cabo investigaciones en la sede de las empresas que le permiten inspeccionar libros, pedir explicaciones orales, etc. (artículo 13). Además de poder

solicitar toda la información que considere necesaria a las empresas, la Comisión Europea también puede pedir la información oportuna a los gobiernos y a las autoridades de los Estados miembros.

Por otro lado, la Comisión Europea también tiene el poder de imponer multas en caso de que las empresas afectadas no respeten las obligaciones impuestas en el Reglamento o para obligarles a ajustarse a determinadas disposiciones del mismo (obligación de suministrar información, obligación de cumplir determinadas condiciones a las que queda sometido el levantamiento de la obligación de suspensión, etc.)

Las decisiones de la Comisión Europea son obligatorias en todos sus aspectos para los destinatarios de las mismas. Ante una decisión de la Comisión Europea sobre concentraciones sólo cabe interponer recurso ante el TPI, y en casación, ante el TJCE.

2.3. DESCRIPCIÓN DEL PROCEDIMIENTO COMUNITARIO DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

2.3.1. Ámbito de aplicación: concentraciones con dimensión comunitaria

El Reglamento de concentraciones prevé un doble criterio para determinar si una concentración entra dentro del ámbito de control de la Comisión Europea. Por una parte, la operación debe ser una concentración a efectos de los dispuesto en el artículo 3 (la definición de concentración se analizará en el apartado siguiente). Por otra, el artículo 1 contempla los umbrales de volumen de negocios, cuyo objeto es determinar qué operaciones tienen trascendencia para la Comunidad Europea y pueden, por tanto, considerarse de interés comunitario.



El artículo 1 del Reglamento de concentraciones extiende su ámbito de aplicación “a todas las operaciones de concentración de dimensión comunitaria”. Se trata de delimitar claramente qué concentraciones quedan sometidas al control jurisdiccional de las autoridades de los Estados miembros y qué concentraciones entran en el ámbito de aplicación del control comunitario.

Este es el llamado principio de *one stop shop*, según el cual, una única autoridad, la Comisión Europea, examina y valora las concentraciones con dimensión comunitaria, de forma uniforme, con competencia exclusiva en la Comunidad Europea y ajustándose a un estricto y breve calendario de plazos.

No obstante, el apartado 3 del artículo 22 del Reglamento de concentraciones también prevé que la Comisión Europea pueda examinar una concentración que no tenga dimensión comunitaria, pero que cree o refuerce una posición de dominio cuya consecuencia sería una obstaculización significativa de la competencia efectiva en el territorio del uno o varios Estados miembros, en la medida en que dicha concentración afecte al comercio entre Estados miembros.

Otra excepción al principio de *one stop shop* se prevé en el apartado 3 del artículo 21 del Reglamento de concentraciones. A pesar de que los Estados miembros deben abstenerse de aplicar la legislación nacional en materia de concentraciones de dimensión comunitaria, podrán adoptar las medidas pertinentes para proteger intereses legítimos, distintos de los contemplados en el Reglamento de concentraciones y compatibles con el derecho comunitario. El Reglamento de concentraciones cita expresamente como intereses legítimos a la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales, aunque no se trata de una lista cerrada.

El volumen de negocios de las empresas implicadas en la operación de concentración, utilizado como indicador representativo de los recursos económicos combinados en una concentración, es el criterio escogido por el Reglamento de concentraciones para determinar cuándo una concentración tiene dimensión comunitaria⁸.

El artículo 1 del Reglamento de concentraciones establece dos tipos de umbrales, respectivamente en sus apartados 2 y 3.

En primer lugar, debe valorarse el umbral del volumen de negocios a nivel mundial, establecido en el apartado 2 del artículo 1. Según esta disposición, una operación tiene dimensión comunitaria cuando,

a) el volumen de negocios total, a nivel mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere los 5.000 millones de ecus; y

b) el volumen de negocios total realizado individualmente, en la Comunidad por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de ecus,

salvo que cada una de las empresas afectadas por la concentración realice más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Comunidad, en un mismo Estado miembro.

A través del umbral del volumen de negocios a nivel mundial se puede establecer la dimensión global de las empresas afectadas. El volumen de negocios realizado en la Comunidad está orientado a determinar si la concentración implica un mínimo de actividad a escala comunitaria. La norma de los dos tercios pretende excluir del control comunitario operaciones con una dimensión exclusivamente nacional.

8. Comunicación de la Comisión relativa al cálculo del volumen de negocios, con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento de control de concentraciones. DO C66 de 2 de marzo de 1998.



El creciente control de concentraciones por parte de la jurisdicciones nacionales y la necesidad de preservar el principio de “one stop shop” propició la extensión del concepto de dimensión comunitaria, introduciendo, con la reforma del Reglamento de concentraciones en 1997⁹, un nuevo umbral de volumen de negocios para someter al control comunitario un segundo grupo de concentraciones. En efecto, según el apartado 3 del artículo 1,

“A efectos de la aplicación del presente Reglamento, una concentración que no alcance los umbrales establecidos en el apartado 2 tendrá dimensión comunitaria cuando

- a) el volumen de negocios total, a nivel mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere los 2.500 millones de ecus;*
- b) el volumen de negocios total del conjunto de las empresas afectadas en cada uno de al menos tres Estados miembros supere los 100 millones de ecus;*
- c) al menos en los tres Estados miembros incluidos a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 25 millones de ecus; y*
- d) el volumen de negocios total realizado individualmente, en la Comunidad, por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 100 millones de ecus,*

salvo que cada una de las empresas afectadas por la concentración realice en un mismo Estado miembro más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Comunidad”.

Este apartado sólo debe aplicarse en caso de que los umbrales del apartado 2 del artículo 1 no sean aplicables. Este segundo grupo de umbrales

9. Reforma introducida por el Reglamento nº 1310/97 del Consejo de 30 de junio de 1997, que entró en vigor el 1 de marzo de 1998.

(más reducidos que los del apartado 2 del artículo 1) está dirigido a tratar concentraciones que, si bien no tienen una dimensión comunitaria en virtud del apartado 2 del artículo 1, deberían ser notificadas en al menos tres Estados miembros de acuerdo con las normas nacionales (notificaciones múltiples). Una operación de concentración tiene dimensión comunitaria si estos umbrales reducidos son alcanzados y las empresas afectadas tienen conjunta o individualmente un volumen mínimo de actividades en al menos tres Estados miembros.

El hecho de que los umbrales previstos en el artículo 1 del Reglamento sobre concentraciones sean un criterio meramente cuantitativo, al estar basados únicamente en el volumen de negocios, y no en cuotas de mercado u otros parámetros, obedece a la necesidad de establecer un mecanismo sencillo y objetivo para que las empresas puedan identificar qué operaciones tienen dimensión comunitaria y están, por lo tanto, sometidas al régimen de notificación obligatoria.

Es decir, para determinar si una concentración tiene dimensión comunitaria se atiende a los recursos económicos financieros globales que se combinan en la operación y no al sector en que ésta se produce o a las repercusiones que pueda tener la transacción propuesta en dicho sector.

Por ello es muy importante que el volumen de negocios refleje de una manera fiel la realidad económica de las empresas que participan en la operación. A ello está destinado el conjunto de normas que prevé el artículo 5 del Reglamento sobre concentraciones, relativo al cálculo del volumen de negocios y la Comunicación de la Comisión de 1998 relativa al cálculo del volumen de negocios¹⁰.

10. Op. cit. nota 3



2.3.2. Concepto de empresas afectadas

La definición de este concepto es fundamental para la aplicación del *test* del volumen de negocios. En primer lugar para aplicar los dos grupos de umbrales previstos en el artículo 1 del Reglamento de concentraciones es necesario saber cuáles son las empresas afectadas. Además, para calcular el volumen de negocios de las empresas afectadas hay que tener en cuenta el volumen de negocios de las empresas integradas en un mismo grupo con éstas.

La Comisión Europea ha explicado con detalle el concepto de empresas afectadas en su *Comunicación 98/C 66/03 de 2 de marzo de 1998, sobre el concepto de empresas afectadas*. Según esta comunicación, a la hora de determinar la jurisdicción competente, las empresas afectadas son, en términos generales, las que intervienen en la operación como partes fusionadas, adquirentes o adquiridas. En los casos de fusión serán las empresas que se fusionen las empresas afectadas, en los demás supuestos será el concepto de “adquisición de control” el que determine cuáles son las empresas afectadas.

2.3.3. Definición de concentración en el Reglamento sobre concentraciones

El concepto de concentración en derecho comunitario se contiene en el apartado 1 del artículo 3 del Reglamento de concentraciones. Según esta disposición existe una operación de concentración:

- a) *“cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionen; o*
- b) *cuando*
 - *una o más personas que ya controlen al menos una empresa, o*
 - *una o más empresas*

mediante la toma de participaciones en el capital, o la compra de elementos del

activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, adquiera, directa o indirectamente, el control sobre la totalidad o parte de una o de otras varias empresas”.

Es decir, sólo existe concentración cuando la operación implica un cambio en la estructura de control de las empresas afectadas, lo cual ocurre en las situaciones anteriormente descritas.

Según el apartado 2 del artículo 3, introducido en la reforma del Reglamento de concentraciones de 1997, se extendió el concepto de concentración a las *joint ventures* o empresas en participación (en lo sucesivo se hará referencia a estas entidades como empresas en participación) que desempeñan las funciones de una entidad económica con carácter permanente, incluso cuando tengan por objeto o efecto la coordinación de comportamiento entre las empresas fundadoras o entre éstas y la empresa en participación¹¹.

El Reglamento de concentraciones establece en el apartado 3 del artículo 3 que el control resulta de los derechos, contratos u otros medios que confieren *“la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa”*.

11. Antes de esta reforma el régimen comunitario de control de concentraciones distinguía entre empresas en participación cooperativas y concentrativas. Las primeras eran las empresas en participación que tenían por efecto u objeto la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas matrices. Las empresas en participación concentrativas eran aquellas que desempeñaban todas las funciones de una entidad económica independiente y no daban lugar a una coordinación de comportamientos entre las empresas matrices o entre estas y la empresa en participación. Ninguna empresa en participación de las llamadas cooperativas entraba dentro del ámbito de aplicación del Reglamento sobre concentraciones. Eran analizadas de conformidad a las normas sobre acuerdos anticompetitivos entre empresas. Después de las modificaciones introducidas en 1997 en el apartado 2 del artículo 3 y en el apartado 4 del artículo 2, las empresas en participación que desempeñan todas las funciones de una entidad económica independiente entran en el ámbito de aplicación del Reglamento aunque tengan como objeto o efecto la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas matrices.



De aquí se deduce que se trata de un concepto cualitativo y no cuantitativo, que atiende a la situación *de facto* más que a la situación legal; es decir, no es necesario que la operación suponga una adquisición de control de manera que la empresa adquirida se convierta en filial de la empresa adquirente. Lo realmente significativo es que, los derechos que una empresa tenga en otra, le confieran la posibilidad de ejercer influencia decisiva en ésta. La regulación comunitaria solamente presta atención a verdaderos cambios en la naturaleza del control y no a situaciones en las que queda reforzada la capacidad de una empresa para controlar otra.

Es importante subrayar que el Reglamento de concentraciones requiere que la influencia que confiere control sobre una empresa sea una influencia decisiva, es decir, no habla de cualquier posibilidad de influir en las actividades de una empresa. Por ejemplo, puede que el accionista mayoritario de una sociedad consulte a otros accionistas relevantes (bancos de inversión, fondos de pensiones) en relación a decisiones estratégicas, pero esto no implica que tales accionistas ejerzan una influencia decisiva.

Además, no es necesario que realmente se ejerza esa influencia decisiva, sino que basta con que exista semejante posibilidad. Se puede considerar que una empresa controla otra, aunque decida no hacerlo o aunque no necesite ejercer esa influencia.

Por otra parte, aunque el Reglamento de concentraciones no alude expresamente a ello, se considera que las actividades sobre las que se ejerce o se puede ejercer la influencia decisiva, que otorga el control sobre la empresa, son las actividades estratégicas de negocio. La regulación comunitaria tiene por objeto estudiar los cambios estructurales de carácter estable que afecten a las actividades comerciales y a la competencia entre empresas. De ahí que lo relevante a efectos de la legislación de competencia sea la posibilidad de controlar la estrategia comercial de una empresa. Así por ejemplo, las decisiones relativas a la modificación

de los estatutos de una empresa o a la ejecución de una ampliación de capital (decisiones para las que generalmente se requiere una mayoría cualificada de votos) no son decisiones estratégicas y por tanto, no son relevantes a los efectos de conferir el control sobre la empresa.

La Comisión Europea en su Comunicación sobre el Concepto de Concentración¹² señala que *“para determinar si una operación constituye una concentración con arreglo al Reglamento sobre concentraciones, se da preferencia a los criterios cualitativos sobre los cuantitativos, centrándose en el concepto de control. Estos criterios incluyen consideraciones de hecho y de derecho”*. Por ejemplo, la compra de derechos de propiedad y los acuerdos entre accionistas pueden otorgarle a una empresa el control sobre otra empresa, pero también las relaciones económicas como acuerdos de suministro o créditos muy importantes y a largo plazo concedidos por proveedores o clientes que, junto con vínculos estructurales, permiten ejercer una influencia decisiva¹³.

El control puede ser exclusivo o conjunto. Normalmente, se habla de control exclusivo cuando una empresa tiene la mayoría del capital social y de los derechos de voto de otra sociedad. También cabe tener control exclusivo en el caso de una “minoría cualificada”, es decir, cuando el accionista minoritario tiene ciertos derechos específicos que le permitan ejercer una influencia decisiva o bien, cuando es probable que el accionista minoritario obtenga la mayoría en la Junta de Accionistas porque las restantes acciones están muy repartidas.

La Comisión Europea señala que, en estos casos, para determinar si existe o no control exclusivo se tendrá en cuenta la presencia de accionistas en años anteriores: si en dichas reuniones, el accionista

12. Comunicación 98/C 66/02 de la Comisión, de 2 de marzo de 1998, sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO C 66 de 02.03.1998.).

13. Apartado 9 de la Comunicación sobre el concepto de concentración (Cit. supra).



minoritario tiene una mayoría estable de los votos, entonces se considera que ejerce el control exclusivo. Asimismo, la Comisión Europea apunta que el control exclusivo puede también ser ejercido por un accionista minoritario que tiene el derecho a gestionar las actividades de la empresa y a determinar su política comercial¹⁴.

En cualquier caso, el concepto de control a efectos de la regulación comunitaria se refiere únicamente a los medios de influencia de que normalmente disponen los propietarios de una empresa, es decir, los accionistas. Son irrelevantes pues las decisiones de los representantes de los trabajadores o bien las prerrogativas que pueda tener el Estado, siempre que no actúe como accionista sino en calidad de autoridad pública¹⁵.

Por otra parte, existe control conjunto sobre una empresa cuando los accionistas deben llegar a un acuerdo sobre las decisiones importantes que afectan a la empresa controlada o bien, cuando dos o más empresas o personas tienen la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre otra empresa, a través del bloqueo de acciones estratégicas de la empresa. A diferencia del control exclusivo, que concede a un accionista el poder de determinar las decisiones estratégicas de una empresa, el control en común se caracteriza por la posibilidad de bloquear las decisiones estratégicas propuestas¹⁶.

A diferencia del Reglamento de concentraciones, la Comunicación de la Comisión Europea sí especifica cuáles son las decisiones que se consideran esenciales a efectos de proporcionar el control. Así, señala como tales las relativas al presupuesto, los planes estratégicos, las inversiones significativas, la remuneración y selección de directivos, el

14. *Apartado 14 de la Comunicación sobre el concepto de concentración (Cit. supra).*

15. *Apartado 17 de la Comunicación sobre el concepto de concentración (Cit. supra).*

16. *Apartados 18 y 19 de la Comunicación sobre el concepto de concentración (Cit. supra).*

desarrollo de nuevos productos o servicios o las decisiones sobre tecnología, si ésta es un elemento esencial de la empresa controlada¹⁷.

En conclusión, el factor determinante a la hora de establecer el control sobre una empresa es el poder de decisión que se ejerce sobre la misma, bien sea derivado de elementos jurídicos (acciones preferentes o derechos de veto) o de una situación fáctica. No obstante, la regulación comunitaria no precisa cuáles son los elementos de hecho a los que hay que atender para deducir si existe o no control sobre una determinada sociedad por parte de otra. Por eso, es conveniente analizar la práctica de la Comisión Europea al respecto, toda vez que la existencia de control depende de las circunstancias de cada caso concreto.

2.3.4. Notificación

En el procedimiento comunitario de control de concentraciones rige el principio de notificación obligatoria (artículo 4 del reglamento sobre concentraciones). En principio, una concentración con dimensión comunitaria no puede hacerse efectiva hasta que no haya sido notificada a la Comisión Europea y ésta haya tenido la oportunidad de examinarla. Es la llamada **obligación de suspensión** de la operación contenida en el apartado 1 del artículo 7, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la imposición de multas¹⁸.

17. Apartados 23 a 29 de la Comunicación sobre el concepto de concentración (Cít. supra).

18. Incluso en caso de incumplimiento de esta obligación, el Reglamento de concentraciones otorga cierta protección. Si finalmente la Comisión Europea estima que la operación es compatible con el mercado común, la concentración se considerará válida, a pesar de la prohibición automática del apartado 1 del artículo 7. Sin embargo, esta previsión no resuelve todas las situaciones que pueden originarse en caso de incumplimiento de la obligación de suspensión. Cuando el Reglamento sobre concentraciones no prevea soluciones al respecto, será la legislación nacional aplicable la que determine los efectos de una transacción llevada a cabo sin tener en cuenta la obligación de suspensión.



El Reglamento sobre concentraciones, el Reglamento de aplicación y el formulario anexo a este Reglamento, establecen el contenido de la notificación y la información que debe acompañarla.

El incumplimiento de la obligación de notificación, o la presentación de una notificación inexacta, está sancionado con la imposición de multas (artículo 14 del Reglamento de concentraciones).

Según el artículo 4 del Reglamento de concentraciones, las operaciones de concentración de dimensión comunitaria deben notificarse a la Comisión Europea en **el plazo de una semana** a partir de que se produzca el primero de los siguientes acontecimientos:

- conclusión del acuerdo,
- publicación de la oferta de compra o de canje,
- adquisición de una participación de control.

La fecha a partir de la que las notificaciones comienzan a surtir efecto es importante porque se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos.

Cuando la operación consista en una fusión por la que se crea una nueva empresa, la notificación debe realizarse de forma conjunta por todos los intervinientes en la operación. Cuando la concentración se produzca como consecuencia de la adquisición de control, el adquirente o los adquirentes son los obligados a notificar. No se prevén tasas por la tramitación.

Es destacable el hecho de que un número creciente de notificaciones recibidas en la Comisión Europea están siendo declaradas incompletas, por lo que es necesario fijar un plazo para completar la información requerida y retrasar la fecha en la que la notificación surte efecto. Para conseguir que las declaraciones de notificación incompleta sean el menor número posible, la Comisión Europea aconseja a las empresas establecer contactos previos a la notificación con la *Task Force*. Estos

contactos pueden consistir en la presentación de un borrador de notificación o en la fijación de reuniones para discutir el contenido de la notificación y los mercados potencialmente afectados por la operación.

2.3.5. Examen preliminar de la operación notificada (primera fase del procedimiento)

La Comisión Europea debe proceder al examen de una operación de concentración en cuanto reciba la notificación de la misma. Se inicia así la fase preliminar de la investigación que tendrá una duración máxima de un mes.

Durante este periodo de examen previo, las partes están obligadas a no llevar a cabo la operación notificada. La Comisión Europea está facultada para obtener la información que necesite de las partes notificantes o de terceros interesados, ya sea a través de solicitudes de información (artículo 11 del Reglamento sobre concentraciones) o del ejercicio de los poderes de verificación que el artículo 13 del Reglamento confiere a la Comisión Europea. La Comisión Europea también puede recabar información de las autoridades de los Estados miembros sobre el mercado relevante y los mercados conexos, los operadores en dichos mercados y los consumidores.

La Comisión Europea pone fin al examen preliminar con una de las decisiones previstas en el apartado 1 del artículo 6, declarando:

- a)* que la operación no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones,
- b)* que la operación entra en el ámbito de aplicación del Reglamento pero no plantea serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común, y por lo tanto no se opone a la misma,
- c)* que la operación de concentración notificada entra en el ámbito



de aplicación del Reglamento y plantea serias dudas sobre su compatibilidad con el mercado común, por lo que se decide incoar el procedimiento, iniciando así la segunda fase del procedimiento.

2.3.6. Examen en profundidad de la operación notificada (segunda fase del procedimiento)

Si decide iniciar el procedimiento, la Comisión Europea debe adoptar una decisión final sobre la operación dentro de un plazo de cuatro meses a contar de la fecha en la que inició el procedimiento. En la práctica la Comisión Europea publica una nota en el Diario Oficial anunciando el inicio de los procedimientos¹⁹.

En caso de que la Comisión Europea decida incoar el procedimiento debe comunicar sus objeciones a las partes notificantes y a los terceros interesados que hayan demostrado tener un interés en el procedimiento (es el llamado pliego de cargos) para dar la oportunidad de responder a dichas objeciones. En ejercicio de este derecho las partes pueden poner en conocimiento de la Comisión Europea todos los hechos que estimen oportunos, aportando las correspondientes pruebas.

El pliego de cargos permite conocer las conclusiones preliminares a las que los expertos comunitarios han llegado sobre la base de toda la información recabada durante su investigación. Desde el punto de vista de los derechos de defensa de las partes esta práctica es muy positiva, porque permite rebatir determinados argumentos o aportar otros nuevos que puedan resultar relevantes antes de una toma de decisión definitiva. Para los terceros interesados que intervienen en el procedimiento pue-

19. Se publica la notificación, los nombre de las partes, la naturaleza de la concentración y los sectores económicos implicados en la misma en el Diario Oficial (serie C). Así se permite a los terceros interesados en la operación participar en el procedimiento.

de suponer una nueva oportunidad de justificar sus alegaciones y su postura ante la concentración.

Una característica fundamental del procedimiento comunitario es la celebración de audiencias formales, en las que las partes y los terceros interesados exponen verbalmente sus alegaciones. La audiencia se fija en un plazo relativamente breve a partir de la recepción de las respuestas escritas al pliego de cargos (por ejemplo, una semana).

La exposición de la información de forma contradictoria por los intervinientes en el proceso, la posibilidad de formular nuevas preguntas o de que las partes puedan añadir nuevos datos relevantes, permite a los expertos comunitarios la oportunidad de hacer una valoración más exacta de la estructura del mercado relevante y de las consecuencias que la concentración podría tener sobre el mismo en el futuro.

Las personas invitadas a asistir pueden comparecer en persona o representadas por un representante legal o estatutario. Las empresas son representadas por un mandatario debidamente autorizado, que deberá ser un miembro de su plantilla o un abogado. En todo caso abogados independientes podrán asistir a las partes que participan en la audiencia. Excepcionalmente pueden tener lugar dos audiencias²⁰.

El desarrollo de la audiencia corre a cargo de un Consejero–Auditor. Las audiencias no son públicas y las partes pueden ser escuchadas por separado o conjuntamente. En todo caso, siempre debe respetarse el secreto profesional durante el desarrollo de las audiencias. En las audiencias suelen estar presentes representantes de las autoridades nacionales de competencia, que pueden intervenir formulando preguntas. Las conclusiones de cada parte que interviene son grabadas (artículo 15 del Reglamento de aplicación), pero no existe la obligación de recoger las declaraciones de la audiencia por escrito y someterlo a la aprobación de las partes.

20. Asunto Procter & Gamble/VP Schickedanz II, 1994, DO L 354/32



La Comisión Europea tiene un plazo de cuatro meses²¹, a contar de la fecha en la que decidió incoar el procedimiento para tomar una decisión final sobre la compatibilidad de la operación con el mercado común. Durante estos cuatro meses, la Comisión Europea puede continuar demandando información a las partes notificantes o a terceros interesados y promover negociaciones con el fin de modificar los acuerdos notificados o de fijar condiciones a la autorización de la operación para compensar las restricciones de competencia apreciadas.

Antes de tomar una decisión final o de imponer una multa la Comisión Europea debe pedir la opinión del Comité Consultivo de Concentraciones, compuesto por representantes de las autoridades de competencia de los Estados miembros (apartado 3 del artículo 19 del Reglamento de concentraciones).

El procedimiento finaliza con la toma por parte de la Comisión Europea de una decisión declarando la operación compatible con el mercado común (acompañada generalmente de obligaciones para las empresas que garanticen esa compatibilidad) o declarando que la operación es incompatible con el mercado común. En este caso, la Comisión Europea puede ordenar la separación de las empresas agrupadas si la operación ya se hubiese realizado (apartado 4 del artículo 8).

En virtud del apartado 2 del artículo 8 del Reglamento sobre concentraciones, una decisión declarando una operación compatible con el mercado común, puede ir acompañada de condiciones y obligaciones destinadas a garantizar que las empresas interesadas cumplan con los compromisos que hayan contraído con la Comisión Europea para compatibilizar la operación con el mercado común.

21. El Reglamento de aplicación establece los mecanismos para el cómputo exacto de este plazo, que teniendo en cuenta los días festivos, puede verse prorrogado.

La decisión que declare una operación compatible con el mercado común también comprende las restricciones *“directamente relacionadas y necesarias para la realización de la concentración”*. Es lo que se han llamado restricciones accesorias, que quedan amparadas por la decisión por la que se declara que la operación de concentración es compatible con el mercado común, sin que sus efectos restrictivos sean examinados a tenor de los artículos 81 y 82 CE, referidos a acuerdos anticompetitivos entre empresas y abuso de posición dominante respectivamente.

En la *Comunicación de la Comisión sobre restricciones directamente relacionadas y necesarias para las operaciones de concentración (2001/C 188/03) de 4 de 2001*²² la Comisión Europea expuso la interpretación que realiza sobre este concepto.

Como principio general, la Comisión Europea ha establecido que debe tratarse de acuerdos *“necesarios para la realización de la operación de concentración, lo que quiere decir que en su ausencia, no se podría llevar a efecto la concentración o sólo podría realizarse en condiciones de mayor inseguridad, con mayores costes, en un período de tiempo bastante más largo o con mayor dificultad”*. Por lo general, son acuerdos destinados a proteger el valor transferido, mantener la continuidad de suministro tras la disolución de una entidad económica anterior o permitir la puesta en marcha de una nueva entidad.

2.3.7. Compromisos y condiciones en los procedimientos de control de concentraciones

La posibilidad de obtener una salida negociada entre las empresas implicadas y las autoridades de defensa de la competencia en procedimientos de control de concentraciones mediante la presentación de

22. DO C 185/5 de 4 de julio de 2001.



compromisos por las partes constituye una práctica frecuente a nivel comunitario que se encuentra prevista en las dos fases del procedimiento regulado en el Reglamento de concentraciones.

La adopción de compromisos por las partes frente a las autoridades comunitarias de competencia permite obtener la aprobación de la concentración analizada con sujeción a una serie de condiciones evitando la incoación de la segunda fase del procedimiento o la prohibición de la operación. Estas modificaciones suelen llamarse “soluciones”, ya que tienen por objeto reducir el peso en el mercado de las partes de la concentración y restablecer las condiciones para una competencia efectiva.

Los principios generales aplicables a las soluciones aceptables por la Comisión Europea han sido establecidos en la *Comunicación de la Comisión sobre soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo y al Reglamento (CE) n° 447/98 de la Comisión*²³, en la que se detalla la variada tipología de compromisos aceptables en ambas fases del procedimiento.

Existen dos tipos básicos de compromisos los llamados estructurales o de cesión y los de comportamiento o de conducta. Entre los primeros, dado que la prohibición resulta en la mayoría de los casos de la suma de cuotas de mercado, son frecuentes los compromisos orientados a que la nueva entidad se desprenda de un porcentaje de cuota de mercado (vendiendo acciones, filiales, marcas comerciales, etc.).

Las soluciones de comportamiento o conducta suelen exigir poner fin a acuerdos de suministro y distribución exclusivos a largo plazo que pueden limitar el potencial de mercado disponible para los competidores. También puede imponerse la prestación de garantías de acce-

23. DO C 68 de 223 de marzo de 2001.

so a las tecnologías o las infraestructuras clave necesarias para los competidores.

Este tipo de soluciones de comportamiento, fueron por ejemplo, el único remedio para que las autoridades de competencia comunitarias y americanas autorizaran la concentración entre Boeing/MacDonnell Douglas²⁴. Entre otros Boeing tuvo que comprometerse a separar sus actividades militares y civiles.

Las partes también pueden verse en la obligación de ofrecer conjuntos de soluciones que comprendan una combinación de soluciones de cesión y de comportamiento que faciliten la entrada en el mercado a los potenciales competidores.

En términos generales el mecanismo de las soluciones otorga flexibilidad y transparencia al procedimiento comunitario. Además permite armonizar los intereses de las partes con el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado.

No obstante, plantea ciertas dificultades, sobre todo en lo relativo a los compromisos presentados en la primera fase, donde las partes se encuentran sometidas a una importante limitación temporal (el procedimiento como máximo puede prolongarse hasta 6 semanas), lo que dota a la Comisión Europea de un importante poder negociador, ya que si no queda satisfecha con los compromisos presentados procederá a incoar la segunda fase del procedimiento.

Estas dificultades pueden ser salvadas preparando los compromisos incluso antes de la notificación de la operación y aprovechando los contactos que suelen mantenerse con la *Task Force* para identificar posibles problemas de competencia y eventuales soluciones para resolverlos.

24. Decisión de la Comisión de 19 de marzo de 1997 M. 877.



En la decisión final que la Comisión Europea adopta sobre los compromisos es fundamental la consulta que realizada a los competidores y terceros interesados, que puede dar al traste con la operación sobre todo durante la primera fase, en la que dadas las limitaciones que imponen los plazos, la Comisión Europea puede tener dificultades para comprobar si las opiniones de los competidores y terceros interesados son genuinas o sólo pretenden dificultar la conclusión de la operación.

2.3.8. Relaciones con las autoridades nacionales

El artículo 9 del Reglamento de concentraciones prevé la posibilidad de remisión total o parcial de operaciones notificadas a la Comisión Europea cuando:

- Una operación de concentración amenaza con crear o reforzar una posición dominante, de la que resultaría que una competencia efectiva se vería obstaculizada de manera significativa en un mercado en el interior de un Estado miembro, que presenta todas las características de un mercado definido.
- Una operación de concentración afecta a la competencia en un mercado de dicho Estado miembro, que presenta todas las características de un mercado definido y no constituye una parte sustancial del mercado común.

Los casos en los que la Comisión Europea procede a la remisión de una operación de concentración a las autoridades nacionales han incrementado en los últimos años. A las autoridades españolas recientemente han sido remitidos los casos de Heineken/Cruzcampo y Carrefour/Promodès.

2.4. CRITERIOS APLICADOS POR LA COMISIÓN EUROPEA PARA DECLARAR LA COMPATIBILIDAD DE UNA CONCENTRACIÓN CON EL MERCADO COMÚN

2.4.1. Elementos del test de compatibilidad de las operaciones de concentración

El apartado 2 del artículo 2 del Reglamento de concentraciones establece que serán compatibles con el mercado común las concentraciones que *“no creen ni refuercen una posición dominante de resultas de la cual la competencia efectiva sea obstaculizada de forma significativa en el mercado común o en una parte sustancial del mismo”*. El apartado 3 del artículo 2 prevé que se declararán incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que *“supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo”*.

En conformidad con estas disposiciones, en la valoración para determinar la compatibilidad de una concentración con el mercado común, la Comisión Europea tiene en cuenta dos elementos:

- si la operación analizada crea o refuerza una posición de dominio
- si como consecuencia de la creación o reforzamiento de esa posición de dominio, se plantean obstáculos significativos para la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Este sistema de valoración ha sido también llamado *“test de dominancia”*.

Sin embargo, en la aplicación del *test* y para determinar si una operación crea o refuerza una posición de dominio que obstaculice significativamente la competencia, no se excluyen otras consideraciones relativas



al progreso técnico o económico y a la reestructuración industrial, aunque la Comisión Europea les atribuye escasa importancia en el proceso de valoración.

2.4.2. Factores que tiene en cuenta la Comisión Europea para determinar la compatibilidad de una operación con el mercado común.

El Reglamento de concentraciones establece en el apartado 1 del artículo 2 los factores necesarios para evaluar si una concentración es compatible con el mercado común:

- a) la necesidad de preservar y desarrollar una competencia efectiva en el mercado común a la vista, en particular, de la estructura de todos los mercados en cuestión y de la competencia real o potencial de las empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad;*

- b) la posición en el mercado de las empresas participantes, su fortaleza económica o financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de hecho o de derecho de obstáculos al acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de los que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales así como la evolución del progreso técnico o económico, siempre que ésta sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia”.*

De la redacción de este artículo parece deducirse que en la valoración de las concentraciones la Comisión Europea no sólo debe tener en cuenta la creación o el reforzamiento de una posición de dominio, sino también ciertos criterios de eficiencia económica.

No obstante criterios como el progreso técnico o económico o, el beneficio a los consumidores, rara vez son considerados en sí mismos como una defensa que permita aprobar concentraciones que claramente crean o refuerzan una posición de dominio.

A menudo, se ha criticado esta rigidez del procedimiento de valoración de concentraciones comunitario, especialmente comparándolo con el utilizado en Estado Unidos. En el sistema americano la posición de dominio no es determinante para prohibir una concentración. Por el contrario, debe demostrarse que como consecuencia de la misma se inflige un perjuicio a los consumidores.

Algunas de las últimas decisiones de la Comisión europea en materia de control de concentraciones han sido verdaderamente polémicas y se ha acusado a la Comisión Europea de favorecer a los competidores más que a la competencia en sí misma²⁵. Quienes se han manifestado en esta línea han criticado que el control de concentraciones europeo impide a las empresas beneficiarse de las economías de escala que caracterizan algunos sectores y, por tanto, afecta negativamente al bienestar de los consumidores europeos.

A este respecto, hay que tener en cuenta que la política de competencia comunitaria está orientada a la protección de los consumidores frente al poder de mercado de algunas empresas, pero este es sólo un objetivo más entre otros, y no el principal como ocurre en la política de competencia americana. Las autoridades comunitarias en la aplicación del derecho de la competencia y, en concreto, en la aplicación del control de concentraciones, valoran otros objetivos como la protección de la pequeña y median industria, el empleo, la unidad del mercado interior, etc.

25. Piénsese, por ejemplo, en la decisión de la Comisión Europea de prohibir la fusión entre General Electric y Honeywell (decisión de la Comisión de 1 de marzo de 2001, M. 2220). Esta concentración contaba con el beneplácito del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, al entender que resultaría beneficiosa para los consumidores.



A continuación, se verá con más detalle qué proceso llevan a cabo las autoridades de competencia comunitarias para determinar que existe posición de dominio y que, como consecuencia de esta dominancia, la competencia se ve perjudicada.

2.4.2.1. La existencia de una posición de dominio

Para determinar si como resultado de una concentración se crea o se refuerza una posición de dominio en un mercado relevante la Comisión Europea utiliza las nociones de posición de dominio y mercado relevante tal y como han sido definidas por la práctica y la jurisprudencia comunitaria para la aplicación del artículo 82 CE.

Normalmente, se entiende que existe posición de dominio cuando una empresa o un grupo de empresas puede comportarse de forma independiente de sus competidores y, en último término, de los consumidores.

Aunque el concepto de posición de dominio es igual al del artículo 82 CE, en el control de concentraciones, la Comisión Europea realiza una valoración dinámica de la estructura del mercado, atendiendo a los efectos que esa posición de dominio producirá en el mantenimiento de competencia en el futuro.

Por ejemplo, en el caso de una empresa con una cuota de mercado del 40% que adquiriera otra empresa con una cuota de 2% en el mismo mercado, se produce, claramente, un aumento de su cuota de mercado, pero es poco probable que la concentración en sí misma tenga como resultado una obstaculización de la competencia, porque lo cierto es que como consecuencia de la misma no se ha eliminado una competencia significativa.

El análisis dinámico que la Comisión Europea realiza de la estructura del mercado cuando aplica el *test* de dominancia se puede ilustrar de

manera evidente con el caso Mannesmann/Hoechst²⁶. En este asunto, la Comisión Europea decidió no oponerse a la fusión de dos fabricantes de tubos de acero alemanes, a pesar de que la operación les proporcionaba una clara posición de dominio en el mercado alemán. La razón fue que la Comisión Europea consideró que el mercado relevante evolucionaría hacia una mayor apertura en consideración a la adopción de *standards* técnicos armonizados y de la entrada en vigor de directivas sobre contratación pública.

Desde la adopción del Reglamento de concentraciones en 1989, la aplicación de la noción de posición de dominio se ha adaptado a la evolución de la teoría económica y a las novedades aportadas en los instrumentos econométricos para medir el poder de mercado. El criterio de la posición de dominio ha evolucionado y ha sido aplicado con flexibilidad dando entrada en su valoración a instrumentos microeconómicos para determinar las estructuras de mercado.

El mejor ejemplo de esta evolución es la interpretación que las autoridades comunitarias han dado al *test* de dominancia que es aplicable también a los casos de posición dominante colectiva, como ha sido puesto de manifiesto por el TPI y el TJCE en los asuntos Kali und Salz²⁷ y Gencor²⁸. En estos casos se consolidó la doctrina de la Comisión Europea según la que, el Reglamento de concentraciones es aplicable también en los casos en los que concurre una estructura oligopolística en la que un pequeño número de empresas (incluyendo las que no están implicadas en la operación notificada) disfrutaban de una posición dominante contraria al mantenimiento de la competencia efectiva.

26. Decisión de la Comisión de 12 de noviembre de 1992, M. 222.

27. Sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1998 en los asuntos acumulados c-68/94 Francia/Comisión y 30/95 Société Commerciale des Potases y de l'Azote (SCPA) y Entreprise Minière et Chimique (EMC)/Comisión.

28. Sentencia del TPI de 25 de marzo de 1999 en el asunto T-102/96 Gencor/Comisión.



Para determinar la existencia de una posición de dominio la Comisión Europea atiende en primer lugar a las cuotas de mercado de las empresas implicadas. En la mayoría de los casos las operaciones analizadas son concentraciones horizontales (entre empresas competidoras directas), cuyos efectos son fácilmente analizables mediante una simple adición de las **cuotas de mercado**. Una cuota de mercado superior al 40%, generalmente implicará el examen en profundidad de la operación.

Sin embargo, la cuota de mercado, a pesar de ser un factor importante, no es decisivo y la Comisión Europea tendrá en cuenta **otro tipo de criterios** para medir el poder de mercado de una empresa como economías de escala, el poder financiero de la empresa, contratos de suministro a largo plazo, vínculos con otros operadores del mercado, etc.

La Comisión Europea, en el marco de un análisis dinámico de la operación también examina la **competencia potencial**. En este sentido tiene en cuenta la sustituibilidad de la oferta, barreras de entrada, acuerdos de distribución, etc.

La existencia de una competencia potencial oportuna, probable y suficiente es un argumento válido a favor de la autorización de una operación de concentración. La eliminación de competidores potenciales es también un argumento a tener en cuenta para declarar una operación incompatible con el mercado común, como ocurrió en el reciente caso examinado en la Comisión Europea Air Liquide/BOC²⁹. En este asunto se constató que la fusión propuesta habría reforzado la posición dominante de BOC en el Reino Unido e Irlanda al eliminar la amenaza que suponía la introducción en el mercado del principal competidor potencial y al reducir la probabilidad de que se introdujesen otros proveedores.

29. IP/00/46 de 18 de enero de 2000. En este caso las partes abandonaron el acuerdo al que habían llegado a raíz de que concluyeran sin éxito las negociaciones entabladas con la *Federal Trade Commission* de Estados Unidos.

El interés de la Comisión Europea por las operaciones de concentración verticales (entre empresas situadas a niveles distintos dentro de una misma cadena de producción y/o distribución) ha aumentado progresivamente. En algunos casos la Comisión Europea ha llegado a prohibir concentraciones exclusivamente sobre la base de que la integración vertical de las empresas daba lugar a la creación o reforzamiento de una posición de dominio y a la creación de barreras de entrada en el mercado para el resto de operadores³⁰.

En asuntos de integración vertical, la Comisión europea valora los efectos de exclusión que puedan derivarse de la operación, especialmente si una de las partes que se fusionan goza de un poder de mercado significativo en un mercado ascendente o descendente.

Recientemente, la Comisión Europea ha introducido un nuevo factor en el análisis de las operaciones de concentración, es el llamado “**efecto cartera**” (*portfolio power*)³¹.

El efecto cartera afecta a operaciones de concentración entre empresas fabricantes de productos que no compiten entre sí y que, por lo tanto, no son sustitutivos. La concentración no produce una adición de cuotas de mercado, ni tampoco una integración vertical de las empresas, pero sí crea una cartera de productos cuyo sistema de producción, distribución y marketing es muy similar. En este tipo de operaciones la Comisión Europea ha identificado dos tipos de riesgos. Por un lado, la posible creación de barreras de entrada para potenciales competidores, y por otro, el riesgo de una posible vinculación de ventas frente a los proveedores.

30. Son significativas las Decisiones de la comisión en este sentido en el sector de medios de comunicación. Véase RTL/Veronica/Endemol, de 17 de julio de 1996, IV/M. 553; MSG Media Service, de 9 de noviembre de 1995, IV/M 490.

31. Tres decisiones relativamente recientes de la Comisión Europea hacen referencia a este concepto: decisión de la Comisión de 22 de enero de 1997, Coca-Cola/Amalgamated Beverages, M. 794. Decisión de la Comisión de 11 de septiembre de 1997, Coca-Cola/Calsberg. Decisión de la Comisión de 15 de octubre de 1997, Guinness/Grand Metropolitan, M. 938.



La introducción del concepto de efecto cartera en el control de concentraciones parece responder a la creciente preocupación, mostrada por la Comisión Europea, por el poder de las marcas en los productos de gran consumo.

Una vez que la Comisión Europea ha establecido sobre la base de los factores anteriormente descritos, que la concentración crea o refuerza una posición dominante, debe examinar si dicha posición obstaculiza seriamente la competencia en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Por ello es posible que, teniendo en cuenta este segundo elemento del *test* de dominancia la Comisión Europea llegue a aprobar concentraciones que creen o refuerzan una posición de dominio.

El principal problema que se plantea con este segundo elemento del *test* de dominancia es qué entiende la Comisión Europea por obstáculo significativo para la competencia o cómo puede concluirse que una posición dominante no obstaculiza seriamente la competencia.

La Comisión Europea prestó especial atención a este segundo elemento del *test* de dominancia en la decisión De Havilland³², en la que estableció que una concentración que crea o refuerza una posición de dominio, puede ser declarada compatible con el mercado común si existe una fuerte evidencia de que esa posición de dominio es temporal y será rápidamente eliminada debido a la alta probabilidad de que entren nuevos operadores en el mercado.

Esta tendencia ha sido mantenida por la Comisión Europea. Por ejemplo, en el asunto Coca-Cola Enterprises/Amalgamated Beverages³³, la Comisión Europea decidió no oponerse a la adquisición de la empresa embotelladora de Coca-Cola y Schweppes (CCSB) por una filial de

32. Decisión de la Comisión de 2 de octubre de 1991, *Aerospatale/Aenia/De Havilland*, M. 53.

33. Op. cit. nota 31.

Coca-Cola (TCCC) porque no alteraba las condiciones competitivas, ya que no cambiaban sustancialmente la ya existente posición dominante de CCSB en el mercado británico.

Desde marzo de 1998, las empresas en participación que constituyan una operación de concentración con arreglo al Reglamento también son sometidas al *test* de dominancia del Reglamento de concentraciones. En cuanto estén implicados aspectos de coordinación de comportamientos entre las empresas afectadas, deberán también ser valoradas, en lo relativo a dichos aspectos, de conformidad al artículo 81 CE.

2.4.2.2. Otros factores

Como ya se ha dicho anteriormente el apartado 1 del artículo 2 del Reglamento de concentraciones permite tener en cuenta otro tipo de criterios en la valoración de una operación de concentración.

Es cierto que, en la práctica, la Comisión Europea no suele valorar estos criterios para autorizar una operación cuando se ha concluido que la operación crea o refuerza una posición de dominio de resultados de la cual la competencia efectiva es obstaculizada de forma significativa. No obstante, no hay que olvidar que las partes pueden hacer valer otros argumentos para justificar la operación. Por ejemplo, pueden alegar que la operación contribuye al progreso técnico o económico o que aporta ventajas a los consumidores sin obstaculizar por ello la competencia. Sin embargo este tipo de argumentos, generalmente, tienen un éxito muy relativo ante las autoridades comunitarias.

El propio apartado 3 del artículo 21 del Reglamento de concentraciones no excluye totalmente la toma en consideración de intereses de política nacional a la hora de valorar una operación de concentración. En este sentido el Reglamento de concentraciones considera intereses legítimos la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales.



Por otro lado, en los Considerandos Primero a Cuarto del Reglamento de concentraciones destaca la valoración positiva que debe hacerse de la reestructuración empresarial porque *“responde a las exigencias de una competencia dinámica y puede aumentar la competitividad de la industria europea, mejorar las posibilidades del crecimiento y elevar el nivel de vida en la Comunidad”*.

El considerando 13 del Reglamento de concentraciones prevé que para establecer la compatibilidad de las operaciones de concentración con el mercado común, *“la Comisión debe situar su apreciación en el marco general de la realización de los objetivos fundamentales establecidos en el artículo 2 del Tratado CE, incluido el de reforzar la cohesión económica y social de la Comunidad establecido en el artículo 130 A”*.

No obstante, no hay que olvidar que los Considerandos de un reglamento pueden ayudar a los órganos judiciales en su interpretación, pero no pueden menoscabar la parte dispositiva del mismo cuando ésta es suficientemente clara. Esta ha sido la tendencia seguida por la Comisión Europea, que siempre toma en consideración el mantenimiento de la competencia como criterio principal para declarar la compatibilidad de las concentraciones.

El TJCE se mantuvo también en esta tendencia en el asunto Kali und Salz, al establecer que había que dar una importancia relativa a un Considerando que no había sido reflejado de especial manera en la parte dispositiva del Reglamento.

El Sr. Monti, miembro de la Comisión Europea encargado de la competencia, después de reconocer los aspectos positivos que la reestructuración empresarial posee para la economía europea, afirmó que *“claramente, la necesidad para la industria de reestructurarse, no justifica cualquier perjuicio al consumidor. Cuando las empresas necesitan*

reestructurarse, existen formas y medios para hacerlo sin lesionar la competencia"³⁴.

2.4.2.2.1. Eficiencia

El Reglamento de concentraciones no reconoce expresamente la eficiencia, entendida como un progreso económico capaz de beneficiar a los consumidores, como argumento de defensa para a tener en cuenta en la valoración de una concentración, como sí ocurre en el sistema vigente en Estados Unidos.

En el sistema norteamericano de control de concentraciones, ha sido expresamente reconocida la importancia del principio de la eficiencia para evaluar concentraciones incluso, cuando como consecuencia de las mismas se obtiene una gran cuota de mercado. Las *Merger Guidelines* americana prevé expresamente que el principal beneficio de las concentraciones sobre la economía es su potencial para incrementar la eficiencia, incrementado la competencia entre las empresas con un resultado de precios más bajos para los consumidores.

Este modo de defensa debe estar fundado sobre objetivos de eficiencia y permitirá realizar un proyecto de concentración cuando las ventajas que aporte para la economía puedan compensar los perjuicios que se derivan de las restricción de competencia. Este criterio se aplica cuando concurren unas concretas circunstancias y puede asegurarse que los beneficios en la economía repercutirán en los consumidores.

Las eficiencias en la economía que las autoridades norteamericanas tienen en cuenta en la valoración de una concentración son, entre otras, la realización de economías de escala, la mejora en los recursos

34. Discurso de Mario Monti del 15 de septiembre de 2000 en Bruselas, en el marco de la Conferencia sobre el décimo aniversario del control de concentraciones comunitario.



de producción, la especialización de planta de producción, la disminución de los costes de transporte, y otras eficiencias relativas a la producción y a la distribución. Las autoridades americanas no suelen admitir como eficiencia efectos que podrían ser razonablemente conseguidos, aunque la operación no se hubiese llevado a cabo.

La eficiencia es un argumento que goza de escaso reconocimiento en el marco del procedimiento comunitario. Por ejemplo, en la decisión De Havilland la Comisión Europea rechazó tener en cuenta las economías de escala (precios bajos como resultado de una reducción en los costes de producción) que se hubiesen conseguido con la operación. La razón esgrimida por la Comisión Europea fue que, incluso si estas eficiencias eran resultado de la operación, no hubiesen reportado ventajas suficientes a los consumidores, que se hubiesen visto enfrentados a una posición dominante. Para la Comisión Europea no cabe la defensa sobre la base de la eficiencia cuando se existe una clara posición de dominio.

En ocasiones, sí que ha sido efectivo para conseguir la aprobación de una concentración hacer valer ante la Comisión Europea como argumento de defensa la necesidad de proceder a la reestructuración de la industria europea. Por ejemplo, en el caso DuPont/ICI³⁵ y Shell/Montecatini³⁶, el reconocimiento de la necesidad de la industria europea de reestructurarse propició una declaración de compatibilidad sometida a condiciones.

No obstante, es muy difícil determinar cuando la necesidad de reestructuración de la industria puede justificar la aprobación de una concentración, teniendo en cuenta la redacción del Reglamento y la interpretación que del mismo realiza la Comisión Europea sigue en este punto³⁷.

35. Decisión de la Comisión de 2 de octubre de 1997, Dupont/ICI, M. 984

36. Decisión de la Comisión de 8 de junio de 1994, Shell/Montecatini, M. 269.

37. Baste recordar las palabras del Sr. Monti, comisario de la competencia previamente citadas, refiriéndose precisamente a la necesidad de reestructuración empresarial como un factor insuficiente para justificar la lesión a la competencia.

A pesar de que el criterio de la eficiencia ha sido bien considerado por la doctrina para evaluar el impacto de las concentraciones, el legislador comunitario lo contempla con escepticismo. Particularmente cuando el resto de competidores no son lo suficientemente efectivos como para asegurar que los consumidores también podrán beneficiarse del incremento en la eficiencia.

La Comisión Europea se ha hecho eco en el recientemente publicado Libro Verde sobre la Revisión del Reglamento de Concentraciones³⁸, de las críticas que se han vertido contra el criterio de la dominancia especialmente por no tener en cuenta los objetivos de eficiencia que eventualmente pueden producir las concentraciones.

La Comisión Europea ha justificado la escasa aplicación práctica que ha dado ha este principio en el hecho de que no está expresamente recogido en el Reglamento de concentraciones, e invita a los interesados a que le hagan llegar su opinión sobre la consideración que debería darse al criterio de la eficiencia en el control de concentraciones.

2.4.2.2.2. Progreso técnico y económico

En la valoración realizada por las autoridades comunitarias para saber si una operación de concentración es compatible con el mercado común, según establece el apartado 1 (b) del Reglamento sobre concentraciones, también debe tenerse en cuenta la evolución del progreso técnico y económico, siempre que éste sea un beneficio para los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia.

No obstante, no es frecuente que la Comisión Europea tenga en cuenta el progreso técnico y económico en sus decisiones. De hecho, en las

38. Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, publicado el 11 de diciembre de 2001.



pocas ocasiones en que ha valorado este criterio ha considerado que no era suficiente para compensar el perjuicio que la creación de una posición de dominio tendría para la economía.

En el asunto Nordic Satellite Distribution³⁹, en el que se analizaba la creación de una empresa en participación para la prestación de servicios de transmisión vía satélite y de distribución por redes de cable o de difusión domiciliaria directa de programas de televisión en la región nórdica, la Comisión Europea no aceptó los argumentos de las partes sobre progreso técnico y económico. Aunque la Comisión Europea consideró que la infraestructura propuesta por las partes podría ser sumamente beneficiosa y eficaz para los consumidores, la operación propuesta no garantizaba que fuese accesibles para todos los clientes interesados y, por consiguiente, podría dar lugar a una reducción de la variedad de la oferta de televisión a los hogares nórdicos en el futuro.

En la decisión MSG/Media Service⁴⁰, la Comisión Europea no autorizó la creación de una empresa en participación en el campo de la televisión digital de pago, a pesar de reconocer que la operación hubiese contribuido al desarrollo de la televisión digital, porque el progreso en este medio, se hubiese obstaculizado, más que incentivado como consecuencia de las dificultades que la nueva empresa habría planteado a la entrada de nuevos operadores. En este sentido, para la Comisión Europea, el progreso técnico y económico, lejos de contribuir a la aprobación de la operación sólo aumentaba la distancia entre las empresas implicadas y el resto de competidores. La Comisión observó que: *“la referencia que a este criterio [contribución al progreso técnico y económico] hace el artículo 2(1)(b) del Reglamento de concentraciones está sujeta a la reserva de que no cree ningún obstáculo para la competencia”*.

A pesar del estrecho margen de aplicación que concede a este criterio

39. Decisión de la Comisión de 19 de julio de 1995, M. 490.

40. Decisión de la Comisión de .

la práctica de la Comisión Europea y el propio Reglamento de concentraciones, en determinadas circunstancias el progreso técnico y económico puede contribuir a la valoración positiva de una operación de forma determinante, especialmente si se trata de mercados oligopolísticos, en los que los beneficios tecnológicos y económicos de una fusión, puedan contribuir a la diversificación del mercado y terminar con el funcionamiento simétrico de los operadores en el mismo.

En este sentido podría observarse sobre la Comisión Europea cierta influencia ejercida por el concepto de “mercados tecnológicos” que está siendo cada vez más reconocido en los Estados Unidos. Al valorar una operación de concentración en estos mercados se concede más importancia a los recursos de investigación y desarrollo que al producto final en sí mismo. No obstante, las dificultades para dar cabida en el *test* de compatibilidad empleado por el procedimiento comunitario a este tipo de argumentos siguen manteniéndose.

2.4.2.2.3. Argumento de la failing firm

Un argumento que ha sido frecuentemente aceptado por la Comisión Europea y por el TJCE para declarar la compatibilidad de las concentraciones el principio de la failing firm.

Por ejemplo en el caso Kali und Salz/MdK/Treuhand⁴¹ se admitió este argumento como defensa porque las partes consiguieron demostrar que:

- a) La compañía adquirida se hubiese visto obligada a cesar su actividad si la operación no se hubiese llevado a cabo.
- b) En ese caso, la compañía adquirente hubiese adquirido la cuota de mercado de la compañía adquirida de igual forma.
- c) No existía ninguna alternativa menos lesiva para la competencia.

41. Decisión de la Comisión de 15 de diciembre de 1993, IV/M. 308.



El TJCE concluyó que en tales circunstancias no podía establecerse una relación causal entre la operación propuesta y el deterioro de la competencia.

Este argumento también es admitido como defensa en el procedimiento de control de concentraciones norteamericano siempre que se reúnan unos determinados factores establecidos de forma concreta. En el caso de la Comisión Europea, basta para que este argumento sea válido, que pueda demostrarse que la empresa adquirida no represente un competidor eficaz para la empresa adquirente y no es necesario que para llegar a esa conclusión se apliquen todos los elementos reconocidos en la legislación de Estados Unidos para poder aplicar el principio de la failing firm.

2.4.3. Valoración de los criterios aplicados por la Comisión Europea

Frecuentemente se ha comparado el *test* de dominancia de la Unión Europea con el aplicado en otros países como Estados Unidos, Australia o Canadá fundado en una “disminución sustancial de la competencia”. Este *test* ha sido mejor valorado por algunos sectores de la doctrina porque basa el análisis en criterios económicos que permiten obtener resultados más objetivos y una valoración de la proyección futura del mercado más exacta.

Las principales críticas que se han hecho al *test* de dominancia es que es demasiado riguroso y da lugar a decisiones con una predicción poco exacta en lo relativo al poder de mercado que ostentarán las empresas después de una concentración.

Sin embargo, hay que hacer una valoración positiva del *test* de dominancia. El régimen europeo de control de concentraciones, es un sistema joven, que lleva aplicándose algo más de una década. A pesar del

vacío conceptos y prácticas consolidadas en materia de control de concentraciones que existía antes de 1989, el *test* de dominancia dotó al procedimiento comunitario de seguridad jurídica. Es un sistema objetivo y que asegura una valoración uniforme de las operaciones notificadas, lo que permite a las empresas, estimar con relativa fiabilidad la valoración que merecerá su operación.

Por otro lado, el mercado europeo es distinto del americano (de reciente unificación y todavía en muchos sectores, en proceso de liberalización) por lo que un tipo de *test* que pueda resultar óptimo en Estados Unidos, no tiene por qué dar los mismos resultados si fuese implementado en Europa.

La Comisión Europea en el Libro Verde sobre Reforma del Reglamento de Concentraciones, se ha planteado las ventajas y desventajas que podría tener sustituir el *test* de dominancia por el criterio de la disminución sustancial de la competencia.

Desde un punto de vista procesal, la Comisión Europea reconoce que la alineación del criterio comunitario con el de otros sistemas jurisdiccionales importantes como el de Estados Unidos, Canadá o Australia podría proporcionar mayor dosis de predictibilidad a las empresas, facilitar la cooperación entre autoridades de competencia y, en definitiva, el criterio podría ser más eficazmente aplicado.

Sin embargo la modificación del criterio implicaría dificultades para las partes, sobre todo al principio, en cuanto que habría un total vacío de precedentes prácticos y jurisprudencia en la aplicación del nuevo *test*. Además la mayoría de los Estados miembros han adoptado en sus legislaciones nacionales por el criterio de la dominancia para valorar las concentraciones. Un cambio en el criterio comunitario que no fuese acompañado por la correspondiente modificación de los sistemas de los Estados miembros conduciría a evidentes disparidades en el interior de la Comunidad Europea.



Lo cierto es que, en cuanto al fondo, los dos criterios no presentan grandes diferencias. Ambos se basan sobre la estructura del mercado relevante, los efectos que la operación propuesta podría tener en dicho mercado y las eventuales restricciones de la competencia que puedan producirse como consecuencia de la operación.

Después de estas reflexiones autocríticas, la Comisión Europea concluye, no obstante, haciendo una valoración positiva del criterio de la posición dominante. Asegura que si el criterio aplicado en el control de concentraciones comunitario hubiese sido el de la disminución significativa de la competencia, los resultados no hubiesen sido muy distintos. Sin embargo, dado el creciente desarrollo de las concentraciones en el plano internacional, por efecto del fenómeno de la globalización, lanza un debate de fondo sobre las ventajas respectivas de los dos criterios aplicables al control de operaciones de concentración.



3. LAS DECISIONES SOBRE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EN LOS ESTADOS MÁS SIGNIFICATIVOS DE LA UNIÓN EUROPEA

3.1. ANÁLISIS DE LAS ATRIBUCIONES DE COMPETENCIAS

3.1.1. República Federal Alemana

El control de concentraciones en la República Federal Alemana (en lo sucesivo RFA) viene establecido en la Ley contra las Restricciones de Competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) de 1958 (en lo sucesivo GWB). Importantes reformas fueron introducidas en esta normativa en 1998, que entraron en vigor el 1 de enero de 1999. Por el momento no se prevé la introducción de nuevos cambios.

La autoridad encargada de ejecutar el procedimiento de control de concentraciones es el *Bundeskartellamt* (en lo sucesivo BKA). Se trata de una autoridad superior federal de la que es responsable el Ministerio Federal de Economía. Actualmente la sede de este órgano se encuentra en Bonn. A parte del BKA, cada *Land* tienen su propia auto-

ridad de competencia que actúa contra las prácticas anticompetitivas que tienen lugar en su *Land*. El control de concentraciones sin embargo es ejercido en todo el territorio alemán exclusivamente por el BKA.

La legislación alemana también prevé la existencia de una Comisión de Monopolios, que cada dos años prepara unas conclusiones valorando el previsible desarrollo de las operaciones de concentración en la RFA, evaluando la aplicación del control de concentraciones y comentando otras materias relativas a la política de competencia. La GWB, prevé expresamente que esta Comisión de Monopolios sólo está vinculada por las disposiciones de dicha Ley y debe mantenerse independiente en el desarrollo de sus actividades.

Las decisiones en materia de concentraciones son elaboradas por las Divisiones de decisión del BKA, organizadas en función de los distintos sectores de la economía. Cada caso es decidido por un cuerpo colegiado formado por un presidente y otros dos miembros. Las decisiones en este cuerpo se adoptan por mayoría. Las Divisiones de Decisión no reciben instrucciones de otros órganos y actúan con total independencia.

Excepcionalmente, el Ministro Federal de Economía puede autorizar concentraciones prohibidas por el BKA 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. Antes de tomar una decisión, la Comisión de Monopolios debe emitir unas conclusiones y se da la oportunidad de opinar sobre el asunto a las autoridades supremas del Land donde la empresa tiene su sede social. La autorización del Ministro de Economía y Tecnología es un mecanismo verdaderamente excepcional. Sólo ha sido solicitado dieciséis veces en los últimos veinte años y la autorización se concedió únicamente en seis ocasiones.

Una de las cualidades del sistema alemán más alabada por sus partidarios, es la independencia del BKA. El BKA toma sus decisiones exclu-



sivamente sobre la base de criterios relativos a la competencia y no recibe instrucciones de ningún órgano político.

A veces, en la valoración de una concentración, hay que tener en cuenta objetivos económicos distintos del mantenimiento de la competencia que es necesario garantizar, pero este balance de intereses no es aplicado por el BKA. Para los casos en los que los efectos negativos para la competencia derivados de una concentración son contrarrestados por los efectos positivos que la misma tiene sobre el conjunto de la economía o si la concentración está justificada por un interés público primordial, se ha previsto la autorización excepcional del Ministro Federal de Economía.

Las decisiones finales del BKA autorizando o prohibiendo una concentración, así como la autorización ministerial, están sujetas a control judicial por el *Oberlandesgericht Düsseldorf* (el Tribunal de Apelación de Düsseldorf). Las sentencias de este Tribunal pueden ser objeto de recurso ante el *Bundesgerichtshof* (Tribunal de Justicia Federal), pero sólo en lo relativo a cuestiones de derecho.

Con las últimas modificaciones que se introdujeron en la GWB, el control judicial de las decisiones del BKA autorizando concentraciones, también puede ser iniciado a instancia de terceros interesados.

3.1.2. República Francesa

Las operaciones de concentración han sido sometidas a control en Francia desde la entrada en vigor de la Ley de 19 de julio de 1977. Esta normativa fue modificada en parte en 1985, y poco tiempo después, la Ordenanza de 1 de diciembre de 1986 (en los sucesivos la Ordenanza) introdujo una importante reforma en el control de concentraciones.

La última y sustancial reforma operada en el sistema francés de control

de concentraciones ha sido introducida por Ley sobre las Nuevas Regulaciones Económicas (en lo sucesivo NRE) de 15 de mayo de 2001. El principal efecto de la misma es profundizar en el alineamiento de la normativa francesa con las disposiciones comunitarias en materia de concentraciones.

La Ordenanza de 1986 creó el Consejo de la Competencia (*Conseil de la Concurrence*) que es una autoridad administrativa independiente, especializada en el análisis y regulación del funcionamiento de la competencia en los mercados, con miras a la preservación del orden público económico, cuya misión consiste en velar por el buen funcionamiento del mercado.

El Consejo de la Competencia consta de diecisiete miembros procedentes de tres colegios. El primero de ellos está integrado por miembros del Consejo de Estado, del Tribunal de Cuentas, del Tribunal de Casación o de otras jurisdicciones administrativas o judiciales. Tres de los cuatro puestos correspondientes al presidente y a los vicepresidentes están ocupados por los miembros de ese colegio. El segundo colegio está formado por personalidades elegidas por sus conocimientos en materia económica o en materia de competencia y de consumo. El tercer colegio incluye a profesionales del ámbito de la producción, la distribución, la artesanía, los servicios o las profesiones liberales.

El nombramiento de los miembros del Consejo de la Competencia se realiza por decreto previa propuesta del ministro de Economía, para un período de seis años. No pueden ser cesados salvo en los casos estrictamente definidos en la Ordenanza.

En las sesiones del Consejo de la Competencia, el Ejecutivo está representado por el Comisionado del Gobierno designado por el Ministro de Economía. El Comisionado del Gobierno formula observaciones sobre cualesquiera asuntos sometidos al Consejo de la Competencia. De esta manera, el Consejo tiene conocimiento de la posición del Gobierno y



en especial, de la correspondiente al Ministerio de Economía. No obstante, las deliberaciones del Consejo se desarrollan en ausencia del Comisionado del Gobierno.

El Consejo de la Competencia tiene funciones decisorias en lo relativo a los cárteles y los abusos de posición de dominio, o de dependencia económica, así como las prácticas de precios abusivamente bajos. Sin embargo, en materia de concentraciones el papel del Consejo de la Competencia es meramente consultivo.

Tradicionalmente, la normativa francesa ha establecido un control de concentraciones esencialmente administrativo, localizando todo el poder en manos del Ministro de Economía. El Consejo de la Competencia no interviene sino a petición del Ministro de Economía y únicamente para emitir un dictamen no vinculante. Además, antes de la última reforma, se trataba de un control facultativo porque la notificación no era obligatoria. En cuanto al fondo, los criterios para prohibir concentración eran, cuando menos, vagos: un balance negativo desde el punto de vista de la competencia podía ser contrarrestado por una valoración positiva de los aspectos económicos de la operación, incluso podían tenerse en cuenta aspectos sociales.

La Ley sobre las Nuevas Regulaciones Económicas de 15 de mayo de 2001 que entró en vigor el 18 de mayo de 2001, (*Loi sur les Nouvelles Régulations Economiques*) (en lo sucesivo NRE), ha modificado sustancialmente el procedimiento de control de concentraciones. Entre otras cosas, se ha introducido la notificación obligatoria, mayor transparencia en el procedimiento y el concepto de control ha sido definido con más claridad, aproximándolo al concepto comunitario.

Sin embargo cuestiones fundamentales como el papel preeminente del Ministro de Economía en el procedimiento no ha cambiado. En este sentido, la reforma podría calificarse de insuficiente. A pesar de los esfuerzos que se realizaron en el Senado francés en la tramitación de

la última reforma, por intentar reforzar el papel del Consejo de la Competencia en el control de concentraciones, este órgano sigue desarrollando una actividad meramente consultiva.

Los cambios en la estructura institucional del procedimiento introducidos por la NRE han sido casi inapreciables. El Consejo de la Competencia continúa estando excluido de la primera fase del procedimiento de control y el paso a la segunda fase es exclusivamente decidido por el Ministro de Economía. El Ministro de Economía dispone de los poderes de investigación habituales en los procedimientos de control de concentraciones (poder para demandar información, ordenar investigaciones de las partes implicadas, etc.) y está vinculado por el respeto de los derechos de defensa de las partes.

Si el Ministro de Economía decide pasar a la segunda fase del procedimiento, durante el desarrollo de la misma, el Consejo de la Competencia será consultado sobre si la operación genera una modificación de estructura tal que pueda representar una amenaza para el ejercicio de la competencia en el mercado correspondiente y, de ser así, proceder al examen del balance económico de la operación. Sin embargo, el dictamen del Consejo de la Competencia no vincula en modo alguno la decisión final de autorizar o prohibir la operación, que corresponde en exclusiva al Ministro de Economía.

Durante la tramitación de la NRE, hubo una enmienda introducida por el Senado, que pretendía dotar al Consejo de la Competencia de capacidad para conocer de oficio las operaciones de concentración e incluso, en su caso, prohibirlas. Aunque esto no se consiguió, sin embargo una pequeña mejora se ha introducido a este respecto en la versión definitiva de la NRE. En la versión inicial del proyecto, se decía que el Ministro *"puede someter"* al dictamen del Consejo de la Competencia la operación analizada. En la versión definitiva se dice *"somete"*, lo que es más determinante, pero no deja de ser de ser un criterio de formulación vaga, que deja un amplio margen de maniobra al Ministro de Economía.



Por lo tanto, el control de concentraciones en Francia es un control político, ejercido exclusivamente por el Ministro de Economía.

La Ley NCC no prevé un recurso específico contra la decisión del Ministro. Como cualquier otra decisión administrativa, puede ser objeto de revisión ante los Tribunales Administrativos por *abuso de poder* o por infringir un norma procesal. Por lo tanto, no es posible integrar razonamientos económicos en el control jurisdiccional de las decisiones del Ministro.

3.1.3. República Italiana

Un sistema de control de concentraciones completo y exhaustivo fue introducido por primera vez en Italia a través de la Ley n° 287 de 10 de octubre de 1990, sobre defensa de la competencia y del mercado (en lo sucesivo la Ley).

En Italia, el órgano responsable de las operaciones de concentración entre empresas es la Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*) (en adelante, la AGCM).

En términos generales, las funciones atribuidas a la AGCM son las siguientes:

- Es la autoridad encargada del cumplimiento de la Ley n° 287/1990, de 10 de octubre⁴², de Defensa de la Competencia y del Mercado.
- Verifica la observancia del Decreto Legislativo 74/1992, que regula la publicidad engañosa y comparativa.
- Realiza informes dirigidos al Parlamento y al Gobierno y presta servicios como órgano consultivo.

42. *Gazzetta Ufficiale*, del 13 octubre 1990, n. 240.

La AGCM es un órgano independiente y colegiado, formado por cinco miembros, nombrados conjuntamente por los Presidentes del Senado y de la Cámara de Diputados para un período de siete años sin posibilidad de prórroga. Adopta sus decisiones por mayoría y no está sujeta a ningún tipo de influencia del Gobierno o del Parlamento.

Las decisiones de la AGCM pueden ser apeladas ante el Tribunal Administrativo de Lazio (el TAR Lazio), que tiene jurisdicción exclusiva en estas materias. El TAR Lazio puede anular una decisión de la AGCM sólo sobre la base de falta de competencia, abuso o uso indebido de poder. Las Decisiones discrecionales de la AGCM no están sujetas a control judicial excepto en limitadas circunstancias. Las sentencias del TAR Lazio pueden ser objeto de recurso ante el Consejo de Estado.

Además de sus cinco miembros, la AGCM tiene una Secretaría General, responsable del funcionamiento de los diversos departamentos. Uno de ellos es la Dirección General Instructora, que se divide en Direcciones sectoriales: industria y energía, sector alimentario y farmacéutico, fabricación y transporte, comunicación, servicios financieros y postales y actividades profesionales, recreativas y otros servicios. El Secretario General de la Autoridad es nombrado por el Ministro de Industria a propuesta del Presidente de la AGCM.

Por otra parte, en Italia existen tres organismos reguladores para sectores específicos. Son el Banco de Italia, el Instituto para la Vigilancia de las Empresas de Seguros Privadas y Públicas (ISVAP) y la Autoridad para la Garantía en las Comunicaciones.

El Banco de Italia es el encargado de cumplir las disposiciones de la Ley 287/1990 relativas a acuerdos, abusos de posición de dominio y operaciones de concentración en los que participen bancos. Se requiere la opinión de la AGCM al respecto, pero no es vinculante para la decisión final del Banco de Italia.



En el sector de los seguros y de las comunicaciones, la AGCM debe solicitar la opinión de los órganos reguladores respectivos, pero ésta no es vinculante.

3.1.4. Reino Unido

El control de concentraciones se introdujo por primera vez en el Reino Unido en 1965. Actualmente el procedimiento de control de concentraciones se encuentra regulado en la *Fair Trading Act* de 1973 (Ley de Comercio Justo), (en lo sucesivo FTA) con las modificaciones introducidas posteriormente por la *Companies Act* de 1989, la *Deregulation and Contracting Out Act* 1994 y la *Competition Act* de 1998, que no entró completamente en vigor hasta marzo de 2000. Existen disposiciones especiales para las concentraciones entre empresas que operan en sectores específicos como el suministro de agua y la radiodifusión. También existe regulación sectorial específica en materias como telecomunicaciones o servicios públicos, que en la práctica tienen implicaciones materiales en el control de concentraciones.

El sistema de control de concentraciones británico está predispuesto en favor de las concentraciones. La notificación de las concentraciones no es obligatoria y no se prevén sanciones para las empresas que participan en operaciones que no hayan sido notificadas.

El órgano que tiene prácticamente todos los poderes en el control de concentraciones es el Secretario de Estado de Comercio e Industria (*Secretary of State for Trade and Industry*). En la aplicación del procedimiento de control de concentraciones está asistido por otros dos órganos: El *Director General of Fair Trading* (en lo sucesivo el Director General), apoyado por la *Office of Fair Trading* (en lo sucesivo OFT) y la *Competition Commission* (en lo sucesivo Comisión de Competencia).

El **Secretario de Estado de Comercio e Industria**, es un político

que pertenece al gabinete del Primer Ministro. Es el único órgano con capacidad para decidir si autoriza una concentración o la somete a determinadas condiciones. También tiene competencia exclusiva sobre si debe remitirse el estudio de la operación a la Comisión de Competencia para que determine si la realización de la misma puede suponer un peligro para el interés público. El Secretario de Estado de Comercio e Industria también es el órgano competente para tomar acciones para remediar o prevenir los efectos anticompetitivos de la operación.

El Secretario de Estado de Comercio e Industria anunció en octubre de 2000 que, como norma general, seguirá las recomendaciones realizadas por el Director General en lo relativo a la sumisión de operaciones notificadas a la investigación de la Comisión de Competencia, excepto cuando las operaciones en cuestión tengan implicaciones en materia de seguridad, se hayan producido cambios sustanciales desde que el Director General emitió su opinión o, la postura del Director General no sea coherente con una determinada regulación sectorial.

El **Director General**, está apoyado por la OFT (Oficina de Comercio Justo). La OFT es una oficina pública, cuyo principal objetivo es promover y salvaguardar los intereses económicos de los consumidores.

Las funciones del Director General son principalmente consultivas, aunque también puede ejercer algunas de control.

El Director General emite recomendaciones, dirigidas al Secretario de Estado de Comercio e Industria, sobre si una operación concreta debe ser investigada por la Comisión de Competencia y sobre qué soluciones pueden tomarse frente a las operaciones de concentración que puedan tener consecuencias contrarias al interés público.

Por último, es el órgano encargado de vigilar que los compromisos aceptados por las partes y las decisiones adoptadas por el Secretario de Estado de Comercio e Industria se cumplen y continúan siendo apropiadas.



La **Comisión de Competencia** es un órgano independiente. Sus miembros son nombrados por el Secretario de Estado de Comercio e Industria a través de un procedimiento abierto de selección, en el que se valoran los conocimientos, la experiencia individual y la capacidad de cada candidato. Los miembros de la Comisión de Competencia son escogidos entre relevantes personalidades procedentes del campo industrial, mercantil y académico y son independientes de cualquier organización o partido político.

Las funciones de la Comisión de Competencia son investigar, a instancias del Secretario de Estado de Comercio e Industria (la Comisión de Competencia no tiene capacidad para iniciar por sí misma una investigación), si una determinada operación de concentración es contraria al interés público y por qué. Tiene capacidad para recomendar al Secretario de Estado de Comercio e Industria soluciones para evitar los efectos negativos de una concentración, pero no puede adoptarlas por sí misma.

Recientemente, el Gobierno británico ha propuesto una reforma radical del régimen de control de concentraciones. En marzo de 1999 un paquete de medidas para promover la competencia fue anunciado por Stephen Byers, actual Secretario de Estado de Comercio e Industria. En agosto de 1999 se propuso un documento sobre la reforma del control de concentraciones que se sometió a consulta. Los principales objetivos eran minimizar la implicación política y clarificar el método de toma de decisiones.

Los principales objetivos de estas propuestas de reforma han sido recogidos en un *White Paper* publicado en julio de 2001. Este documento abrió un nuevo período de consultas que concluyó el 5 de octubre de 2001. El 28 de noviembre se publicó el proyecto de Ley de empresas que recoge las reformas introducidas, en la normativa de competencia y en particular, en el control de concentraciones.

En líneas generales se pretende retirar a los ministros del proceso de toma de decisiones y basar la autorización de las concentraciones en

un nuevo *test* más objetivo que tenga en cuenta aspectos de competencia. También se pretende introducir mejoras en el procedimiento, para dotarlo de mayor transparencia.

En lo relativo a las autoridades decisorias, el proyecto prevé que la responsabilidad en la toma de decisiones sobre control de concentraciones pase, en la mayoría de los casos, del Secretario de Estado de Comercio e Industria a la OFT y a la Comisión de Competencia.

La OFT llevaría a cabo las investigaciones iniciales y tendría capacidad en exclusiva para remitir el asunto a la Comisión de Competencia, si fuese necesario pasar a una segunda fase de investigación. La Comisión de Competencia también sería el órgano competente para imponer soluciones. No obstante, seguirían manteniéndose en determinados sectores (telecomunicaciones o transporte) el poder del Ministro para someter los asuntos a la investigación de la Comisión de Competencia.

Como consecuencia del reforzamiento de poderes de las Autoridades de competencia independientes se reforzaría también las posibilidades de recurso legal contra sus decisiones.

El Secretario de Estado de Comercio e Industria y no las autoridades de competencia, será quién determine cuándo existen implicaciones de interés público en una concentración. La seguridad nacional ha sido específicamente considerada materia de interés público. Podrán definirse nuevas materias de interés público por vía reglamentaria con la aprobación del Parlamento.

Por lo tanto, cuando estas reformas se lleven a cabo, las autoridades de competencia verán su papel considerablemente reforzado en la toma de decisiones, si bien seguirán manteniéndose las competencias de los órganos políticos en cuanto concurran implicaciones de interés público. Es, por lo tanto, una reforma muy positiva, aunque el hecho de que sea el propio Secretario de Estado de Comercio e Industria quién deci-



de cuándo existen esas connotaciones de interés público, puede proporcionar al Gobierno un instrumento demasiado flexible de intervención en el control de concentraciones.

3.2. DESCRIPCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS

3.2.1. República Federal Alemana

3.2.1.1. *Ámbito de aplicación*

3.2.1.1.1. Concepto de concentración

El artículo 37 de la GWB para determinar qué operaciones de concentración están sujetas a control en la RFA, combina una lista exhaustiva de operaciones con el concepto amplio de adquisición de control en el sentido del Reglamento comunitario de concentraciones. Se consideran concentraciones las siguientes situaciones específicas:

- La adquisición de todos o una parte sustancial de los activos de una empresa.
- La adquisición de acciones o de derechos de voto en otra empresa, si las acciones adquiridas, ya sea de forma separada o en conjunto, sumadas a otras acciones que detentaba la empresa alcanzan o superan el 50% o el 25%.
- La adquisición de control (directo o indirecto) por una o más empresas sobre el conjunto de determinadas partes de una o más empresas.
- Cualquier otra relación entre empresas que permita a una o más empresas ejercer, directa o indirectamente, una influencia competitivamente significativa sobre otra empresa.

Resulta evidente que el control de concentraciones alemán, así como el de cualquier otro Estado miembro, no es operativo en los casos en

los que las operaciones de concentración tengan dimensión comunitaria y, por lo tanto, sean competencia exclusiva⁴³ de la Comisión Europea. Es la aplicación del ya referido principio de *one stop shop*.

3.2.1.1.2. Concepto de control

La definición de control, como un elemento constitutivo del concepto de concentración, es la misma que se utiliza en el sistema comunitario de control de concentraciones.

En la GWB no se contiene una definición de control, pero se dice específicamente, que el control puede ser adquirido a través de derechos, contratos o cualquier otro medio, que permita, de hecho o de derecho, ejercer influencia decisiva sobre una empresa, particularmente a través de:

- a) la propiedad o el derecho de disposición de parte o de todos los activos de una empresa,
- b) derechos, contratos o cualquier otro medio que confieran influencia decisiva en la composición, el ejercicio del voto o las decisiones de los órganos de la empresa.

3.2.1.1.3. Concepto de empresa afectada

Sólo las empresas, y no las personas físicas o el Estado, pueden ser objeto del control de concentraciones previsto en el sistema alemán. La interpretación del concepto de empresa que debe hacerse de conformidad a la GWB es muy amplia. Se consideran empresas las corpora-

43. Con las salvedades hechas por el artículo 9 del propio Reglamento comunitario, que ya han sido explicadas en lo relativo al procedimiento comunitario de control de concentraciones.



ciones y otras entidades de negocios, aunque no tengan personalidad jurídica propia, como empresas estatales, asociaciones, grupos de empresas, regiones u otras entidades territoriales.

Las empresas en participación están sometidas al control de la GWB. Esta normativa no distingue entre empresas en participación concentrativas o cooperativas⁴⁴. Como la legislación alemana no prevé ninguna disposición específica al respecto, la autorización de una operación de conformidad al control de concentraciones no garantiza que, si en la realización de la operación se han llevado a cabo prácticas restrictivas de la competencia, la operación vuelva a ser sometida a investigación sobre la base de las disposiciones relativas a acuerdos o prácticas anticompetitivas.

Generalmente, ni el BKA ni el Tribunal de Apelación de Düsseldorf, ni el Tribunal de Justicia Federal, consideran que una empresa en participación infringe las normativa sobre prácticas restrictivas si:

- Es una empresa en participación que desempeña todas las funciones de una entidad económica independiente y actúa como un operador independiente en el mercado.
- No actúa de forma exclusiva o predominante en mercados *upstream* o *downstream* del mercado en el que la empresa en participación o sus compañías matrices operan.
- Las compañías matrices no operan en el mercado de referencia de la empresa en participación.

La definición de empresa en participación que contiene la GWB es muy amplia. La creación de una empresa en participación, ya sea mediante una adquisición simultánea o sucesiva de acciones (que alcance el umbral del 25 o el 50%), por varias empresas no sólo se con-

44. Distinción que sí existía en el sistema comunitario hasta 1997. Véase en este sentido la nota al pie 6.

sidera una concentración entre la empresa en participación y las empresas matrices, también se considera una concentración entre las empresas matrices en lo relativo a las actividades que éstas desarrollan en el mercado relevante en el que opera la empresa en participación. No obstante el control sobre concentraciones no se extiende a las actividades de las empresas adquirentes en otros mercados.

3.2.1.1.4. Umbral del volumen de negocios

Con las últimas modificaciones introducidas en el sistema alemán de control de concentraciones que entraron en vigor el 1 de enero de 1999, todas las concentraciones que entran dentro de los umbrales del volumen de negocios establecidos por la GWB deben ser notificadas antes de llevarse a cabo. Como consecuencia de esta última modificación también ha desaparecido la notificación *a posteriori*, que la antigua regulación imponía cuando el volumen de negocios de todas las empresas participantes excedía de 500 millones de DM (977,5 millones de euros).

Actualmente, una concentración debe notificarse antes de llevarse a cabo cuando:

- El volumen de negocios mundial de todas las empresas que participan en la operación exceda de 1.000 millones de DM (511,508 millones de euros)
- Al menos una de las empresas participantes en la operación tiene un volumen de negocios en el mercado alemán que excede de 50 millones de DM (25,575 millones de euros).

Estos márgenes no se aplican si concurre alguna de las siguientes reglas:

- uno de los participantes en la concentración es una empresa independiente con un volumen mundial de negocios inferior a



20 millones de DM (10,230 millones de euros)⁴⁵, o
– en el mercado relevante (con una antigüedad en su funcionamiento de al menos cinco años) se mueve una cifra de negocios inferior a 30 millones de marcos (15,345 millones de euros)⁴⁶.

En lo relativo al umbral de volumen de negocios, existen cláusulas especiales para las instituciones de crédito, las sociedades de construcción, las compañías de seguros y para los productores y distribuidores de periódicos y revistas.

3.2.1.2. Desarrollo del procedimiento

3.2.1.2.1. Notificación

Deben notificarse al BKA todas las operaciones de concentración que entren dentro de los umbrales de volumen de negocios descrito anteriormente.

Todas las empresas que participan en la operación tienen obligación de notificar antes de llevar a cabo la operación, incluso la empresa adquirida. Contrariamente al Reglamento comunitario de concentraciones, no se prevé un formulario específico para efectuar la notificación. Los contenidos de la misma se establecen someramente en la GWB. Se prevé el pago de tasas específicas por el desarrollo del procedimiento.

La obligación de notificar tiene efectos suspensivos. La suspensión de la operación puede ser objeto de excepción en determinadas circunstancias, particularmente si la suspensión supone un serio perjuicio para un participante en la operación o un tercero interesado.

45. Esta es la llamada *minimis clause* (regla de mínimos).

46. *Minor market clause* o cláusula del mercado menor.

No se prevé un plazo específico para realizar la notificación, aunque debe ser necesariamente antes de la realización de la concentración. No notificar cuando es obligatorio hacerlo o proporcionar una notificación incompleta o inexacta, pueden dar lugar a la imposición de multas.

Al presentar la notificación se prevé el pago de determinadas tasas en función del coste de personal y de material que se estima tendrá el análisis de la operación para el BKA. También se tiene en cuenta para la fijación de la tasa la magnitud económica de la transacción y la repercusión que tendrá en el mercado alemán.

3.2.1.2.2. Desarrollo de la investigación

Una vez que una operación ha sido notificada al BKA, éste tiene un máximo de cuatro meses para decidir sobre la autorización de la operación. Para que se inicie este período de cuatro meses es necesario que el BKA dirija a las partes la llamada “carta del mes”, antes de que transcurra un mes de la recepción de la notificación, informando que el BKA ha iniciado la investigación de la operación.

Durante la fase inicial de investigación, si el BKA tiene datos suficientes sobre el mercado relevante, este órgano se pronunciará sobre la operación después de las discusiones internas en el seno de la División de Decisión correspondiente. Si el BKA no cuenta con información suficiente sobre el mercado relevante, contactará a otros operadores del mercado (competidores, consumidores o proveedores) para conocer sus puntos de vista.

Si es necesario, se inicia el segundo estadio de investigaciones y las partes tendrán la oportunidad de expresar sus alegaciones. Durante esta segunda fase de la investigación, pero también durante la primera, las partes pueden negociar con el BKA soluciones que atenúen los efectos anticompetitivos de la operación.



Esta segunda fase del procedimiento termina con una decisión formal del BKA autorizando la operación o prohibiéndola. La autorización puede estar sometida a determinadas condiciones, que de no cumplirse permiten al BKA prohibir la operación. La decisión del BKA, tanto si prohíbe la operación como si la autoriza, puede ser objeto de revisión judicial.

3.2.2. República Francesa

3.2.2.1. *Ámbito de aplicación*

3.2.2.1.1. Concepto de concentración

La reciente modificación de la regulación de concentraciones operada en Francia a través de la NRE introduce una nueva definición de concentración y modifica sensiblemente la delimitación de las operaciones controlables.

En la definición de concentraciones la normativa francesa reproduce los tres primeros párrafos del artículo 3 del Reglamento comunitario sobre concentraciones. Es decir, la concentración se define por su modo de realización (fusión entre empresas anteriormente independientes) o por su resultado (la adquisición de control).

La experiencia comunitaria en este ámbito puede trasladarse al régimen francés, lo que resultará especialmente positivo en el caso particular de las empresas en participación, donde ya se habían planteado distorsiones en la calificación respecto del derecho comunitario. De manera general la posición del derecho francés, al menos la del Ministro de Economía, ha sido muy flexible, y en la práctica casi todas las empresas en participación han sido consideradas concentraciones. Esto provocó que en algunas ocasiones, en el pasado, operaciones que fueron calificadas de concentraciones por el Ministro de Economía francés

fueron tratadas como prácticas restrictivas bajo el artículo 81 CE por la Comisión Europea.

3.2.2.1.2. Concepto de control y de empresa afectada.

Estos dos conceptos se entienden en el sentido en que son definidos en el derecho comunitario. En este punto, cabe remitirse a lo que se ha dicho para este sistema.

3.2.2.1.3. Umbral del volumen de negocios

Según la nueva redacción del Código de Comercio introducida por la NRE, una operación está sometida al control de concentraciones si:

- El volumen de negocios total mundial, después de impuestos de todas las empresas, grupos de personas físicas o jurídicas que participan en la concentración, es superior a 150 millones de euros.
- El volumen de negocios total, después de impuestos, realizado en Francia por al menos dos de las empresas o grupos de personas físicas o jurídicas concernidas, es superior a 15 millones de euros.
- La operación no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento comunitario de concentraciones.

Es previsible que la modificación operada en los umbrales del volumen de negocios, que han sido considerablemente reducidos, amplíe el alcance del control francés de concentraciones.

En la ausencia de exclusión expresa, hay que entender que todos los sectores están cubiertos por el control de concentraciones.



3.2.2.2. Desarrollo del procedimiento

3.2.2.2.1. Notificación

Si la operación entra en los umbrales descritos anteriormente debe ser notificada obligatoriamente. El carácter obligatorio de la notificación es una novedad introducida por NRE.

La notificación debe realizarse desde el momento en el que las partes se comprometen de manera irrevocable (por ejemplo, después de la realización de acciones constitutivas de la operación, la publicación de la oferta de compra, o la adquisición de una participación de control) y, necesariamente antes de la conclusión de la operación.

La parte adquirente de una posición de control o, en el caso de una fusión o de creación de una empresa en participación, todas las partes intervinientes de manera conjunta, son las obligadas a presentar la notificación. No se prevén tasas específicas por el desarrollo del procedimiento.

Si las partes concernidas no respetan la obligación de notificación, pueden ser multadas hasta con un 5% de la cifra de negocios total, después de impuestos, realizada en Francia por la empresa en causa.

La notificación tiene efectos suspensivos. En caso de necesidad, debidamente motivado, las partes pueden solicitar al Ministro de Economía una derogación que le permita realizar la operación después de la notificación y antes de que haya una decisión definitiva sobre la misma.

3.2.2.2.2. Desarrollo de la investigación

Una vez que el Ministro de Economía recibe la notificación, dirige un ejemplar de la misma al Consejo de la Competencia. A partir de este

momento el Ministro de Economía dispone de cinco semanas para pronunciarse sobre la operación notificada. Sin embargo, en consideración a las consecuencias anticompetitivas que puedan derivarse de la operación, el Ministro de Economía puede decidir someter la operación al dictamen del Consejo de la Competencia. En este caso, el Consejo de la Competencia dispone de tres meses para entregar su dictamen al Ministro de Economía. Una vez que el Ministro de Economía ha recibido el dictamen del Consejo de la Competencia, dispone de cuatro semanas para pronunciarse sobre la operación, a través de una decisión motivada en la que puede:

- Constatar que la operación no entra en el ámbito de aplicación del control de concentraciones
- Autorizar la operación subordinándola, eventualmente, al cumplimiento de los compromisos adquiridos por las partes en el transcurso de las negociaciones. El Ministro de Economía, también puede, si estima que la operación puede lesionar la competencia, imponer a las partes una serie de prescripciones que aporten beneficios al progreso económico y social suficientes para compensar los efectos anticompetitivos.
- Prohibir la operación y, llegado el caso, obligar a las empresas a adoptar toda medida apropiada para restablecer una competencia efectiva.

Si en el plazo de cuatro semanas el Ministro no adopta una decisión en alguno de estos sentidos, se entiende que la operación ha sido aprobada tácitamente. Los plazos han sido reducidos por la NRE.

Durante todo el proceso las partes pueden negociar con el Ministro de Economía eventuales soluciones para compensar las restricciones derivadas de la operación.

La NRE prevé que el Ministro de Economía debe transmitir el dictamen del Consejo de la Competencia a las partes, lo que otorga mayor transparencia. También se han introducido algunas reformas en los que res-



pecta a la audiencia de terceros interesados. Con el antiguo sistema ya se daba cabida a la audiencia de terceros interesados ante el Consejo de la Competencia gracias a la supletoriedad de las normas procesales generales. Ahora esta posibilidad se prevé expresamente, incluso en la ausencia de las partes notificantes.

3.2.3. República Italiana

3.2.3.1. *Ámbito de aplicación*

3.2.3.1.1. Concepto de concentración

El artículo 5 Ley 287/90 señala que se produce una operación de concentración mediante

- la fusión de dos o más empresas, o
- la adquisición de control de la totalidad o parte de una o más empresas, o
- la creación de una empresa en participación.

Es necesario hacer una observación especial respecto al tratamiento de las empresas en participación en el sistema italiano. La Ley italiana no distingue entre empresas en participación concentrativas o cooperativas, pero en la práctica, aplica estos conceptos tal y como eran definidos en el sistema comunitario antes de la reforma de 1997⁴⁷.

Esto significa que una empresa en participación de las llamadas concentrativas (es decir, que adquieren todas las funciones de una entidad económica independiente y que no dan lugar a una coordinación del comportamiento competitivo de las matrices) deberán ser notificadas a

47. Sobre estos conceptos en el sistema comunitario de control de concentraciones, véase la explicación dada en la nota 6.

la AGCM para ser valoradas de conformidad a las normas sobre control de concentraciones. Si después de la operación, las matrices continúan operando en el mismo mercado relevante que la empresa en participación, las normas de competencia sobre acuerdos entre empresas también podrían ser aplicables.

Las empresas en participación llamadas cooperativas bajo la antigua distinción del derecho comunitario son objeto de valoración de conformidad con las normas italianas sobre prácticas restrictivas de la competencia. En este caso no están sometidas a la obligación de notificación, pero pueden ser objeto de una investigación instada de oficio por la AGCM o por la denuncia de un tercero.

Existen determinadas operaciones que no son consideradas una concentración entre empresas por la Ley italiana

- Las adquisiciones temporales de acciones por parte de bancos o instituciones financieras con la intención de revenderlas, siempre que no se ejerzan los derechos de voto correspondientes ni se mantengan las acciones durante un período superior a 24 meses.
- Tampoco constituyen operaciones de concentración las empresas en participación de carácter cooperativo.
- Las operaciones "intragrupo", es decir, operaciones llevadas a cabo entre empresas controladas por una única sociedad.
- Operaciones entre empresas que no ejercen una actividad económica.

3.2.3.1.2. Concepto de control

La Ley italiana sobre defensa de la competencia y del mercado contiene un concepto muy amplio de control. Se refiere expresamente al concepto de "empresas controladas" que contiene el artículo 2.359 del Código Civil italiano.



Se trata de una definición muy extensa que sustancialmente coincide con la definición utilizada en el Derecho comunitario. Por lo tanto, según la AGCM, la adquisición de control sobre una empresa tiene lugar cuando la operación permite a uno o más individuos o empresas ejercer una influencia decisiva sobre la totalidad o una parte de una o más empresas. Además de la adquisición de una participación importante, determinados acuerdos entre los accionistas u otros factores (por ejemplo, la forma en la que el resto del capital esté repartido) también pueden determinar la existencia de control, aunque la presencia de una empresa en otra no sea especialmente significativa.

La Ley italiana no distingue entre control directo o indirecto o si es ejercido individual o conjuntamente.

3.2.3.1.3. Umbral del volumen de negocios

La Ley establece dos grupos de umbrales de volumen de negocios para determinar si una operación entra dentro del ámbito de su aplicación:

- Cuando el volumen de negocios total en Italia del conjunto de las empresas afectadas supere los 730.000 millones de liras (377,013 millones de euros), o
- Cuando el volumen de negocios total en Italia de la empresa que va a ser adquirida supere los 73.000 millones de liras (37,701 millones de euros).

Existen disposiciones especiales para calcular el volumen de negocios de bancos o compañías de seguros.

Evidentemente, la Ley no se aplica a las concentraciones con dimensión comunitaria, que entran bajo el ámbito de aplicación del Reglamento comunitario de concentraciones.

3.2.3.2. Desarrollo del procedimiento

3.2.3.2.1. Notificación

La notificación es obligatoria para todas las operaciones de concentración entre empresas que cumplan los criterios de los umbrales de negocios.

En caso de adquisiciones de control es el adquirente el que debe realizar la notificación y en caso de fusiones o de adquisiciones de control conjuntas cada una de las partes que se fusiona o adquiere el control está obligada a notificar. En este caso, las partes pueden utilizar el mismo formulario. No se prevén tasas específicas.

En principio, la notificación obligatoria no tiene efectos suspensivos en Italia. Sólo durante la segunda fase del procedimiento y si está justificado por una seria lesión a la competencia que podría derivarse de la operación, la AGCM podrá ordenar a las partes que no lleven la operación a cabo hasta que no exista una decisión final. Por lo tanto, llevar a cabo la operación antes de que haya sido autorizada no da lugar a ningún tipo de sanción. No obstante se corre el riesgo de que, si finalmente la operación no es autorizada, la AGCM pueda ordenar la desconcentración.

3.2.3.2.2. Desarrollo de la investigación

Existe una primera fase del procedimiento de 30 días de duración (15 en el caso de adquisiciones públicas), durante la cual la AGCM puede:

- Aprobar la operación, porque no plantea serias dudas sobre su compatibilidad con la Ley
- Abrir la segunda fase del procedimiento, porque existen serias dudas sobre la compatibilidad de la operación con la Ley.



Frecuentemente, el plazo de 30 días es prolongado debido a que las partes proporcionan información incompleta.

La segunda fase del procedimiento tiene una duración máxima de 45 días, que de nuevo pueden verse prolongados si las partes no proporcionan toda la información disponible.

Durante estos períodos de investigación la AGCM dispone de amplios poderes: solicitar información, ordenar inspecciones, ordenar la elaboración de documentos, hacer copias de documentos de los implicados. Incluso durante la primera fase de investigación es frecuente que la AGCM contacte a competidores, clientes o proveedores de las empresas implicadas para verificar información. También puede contactar a las partes implicadas para pedir explicaciones más detalladas.

Es frecuente que durante el proceso de negociación las partes negocien directamente con la AGCM para eliminar aquellos aspectos de la concentración que pueden plantear problemas para la competencia.

La AGCM ha expresado en sus últimos informes anuales su preferencia por los compromisos estructurales en lugar de los de comportamiento, dadas las dificultades que puede plantear controlar el cumplimiento de ese tipo de compromisos.

El procedimiento finaliza con la decisión de la AGCM autorizando o prohibiendo la operación o, en su caso, sometiendo la autorización al cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes durante las negociaciones.

3.2.4. Reino Unido

3.2.4.1. *Ámbito de aplicación*

3.2.4.1.1. Concepto de concentración

Se prevé el control de una operación de concentración bajo el sistema británico cuando concurren las siguientes condiciones (con carácter acumulativo):

- Cuando dos o más empresas dejan de ser independientes o hay acuerdos en curso, o se contempla que los habrá, que implicarán que las empresas dejen de ser independientes.
- Al menos una de esas empresas está dirigida o bajo el control de una empresa constituida en el Reino Unido (incluyendo las filiales británicas de empresas extranjeras)
- La operación de concentración no se ha realizado todavía o ha sido concluida en los últimos cuatro meses.
- La operación entra en el ámbito de los umbrales de volumen de negocios fijados en la Ley.

Dos empresas dejan de ser independientes cuando:

- Pasan a ser propiedad de la misma entidad o a ser controladas por la misma entidad, o
- si una de las empresas cesa en la realización de sus negocios como consecuencia de los acuerdos concluidos entre ambas.

El concepto de pasar a ser propiedad de la misma entidad es bastante claro en sí mismo: la empresa A posee una empresa X, y entonces adquiere de B una empresa Y; A posee ahora dos empresas, X e Y, que pasan a ser propiedad de la misma empresa y por lo tanto han dejado de ser consideradas empresas distintas.



La FTA no se aplica a ninguna operación que entre dentro del campo de aplicación del Reglamento de concentraciones comunitario.

3.2.4.1.2. Concepto de control

A efectos de la FTA una empresa tiene control sobre otra cuando:

- Puede ejercer sobre esta un control *de iure* o control legal. Este control no se puede alcanzar a no ser que la empresa que controla detente más del 50% de las acciones con derecho de voto en la empresa controlada.
- Puede ejercer un control *de facto* o control de la política comercial. Esta situación puede presumirse, generalmente, cuando una empresa posee aproximadamente el 30% de las acciones con derecho de voto de otra empresa.
- Puede ejercer una influencia sustancial, es decir, capacidad real para influir en la política comercial. Las autoridades británicas de competencia han estimado que esta influencia decisiva puede conseguirse con la adquisición de entre el 15% o el 20% de los derechos de voto de otra empresa. Algunos autores consideran que después de la decisión que frustró la operación entre British Airways y American Airlines, determinados acuerdos comerciales pueden dar lugar también a la adquisición de una influencia material.

Para la Ley británica, es la capacidad para poder ejercer el control, más que el ejercicio material del mismo, lo que es relevante

3.2.4.1.3. Concepto de empresa

El concepto de empresa que contiene la FTA para determinar si una operación está sujeta al control de concentraciones es “la actividad o parte de la actividad de una empresa o comercio”.

Según esta definición, en principio, una mera adquisición de acciones, no podría ser calificada de concentración, ya que no hay fusión o adquisición de control sobre una empresa.

Sin embargo hay que tener en cuenta que la FTA para determinar si una concentración debe ser sometida a control, atiende a la realidad económica y a los resultados y no a la forma con la que se lleva a cabo la operación. Si el resultado final de una operación es que determinadas actividades comerciales que eran llevadas a cabo de forma independiente por dos o más empresas, pasan a ser ejercidas bajo un control común junto a otras actividades comerciales, entonces se consideraría que existe concentración.

3.2.4.1.4. Umbral del volumen de negocios

La FTA establece grupos de umbrales de negocios alternativos basados en las cuotas de mercado y en los activos.

- El *test* de la “cuota de suministro” (*share of supply test*) somete al control de la FTA las concentraciones que, en sí mismas, crean o refuerzan una cuota de mercado del 25%. Si antes de llevar a cabo la operación una compañía implicada en la operación ya ostentaba una cuota del 25% en un determinado mercado y la otra compañía no tenía cuota en ese mercado, este umbral no se aplica.
- El valor total de los activos adquiridos con la operación exceden 70 millones de libras (113,54 millones de euros). Esta cifra se determina sumando el valor contable de todos los bienes tangibles e intangibles que poseerá la nueva entidad resultado de la operación, incluyendo las inversiones y los activos corrientes, en el Reino Unido o fuera del Reino Unido, y sin deducir los pasivos de ningún tipo.



3.2.4.2. Desarrollo del procedimiento

3.2.4.2.1. Notificación

La notificación en el Reino Unido es voluntaria, sin perjuicio de las normas especiales que rigen en algunos sectores como el de los periódicos.

Sin embargo, en la práctica muchas empresas notifican sus acuerdos por razones de seguridad, ya que la OFT pueden iniciar las investigaciones de oficio o a instancias de un tercero.

Como la notificación no es obligatoria no existen plazos para su realización ni sanciones en caso de que no se lleve a cabo. Sin embargo, durante un plazo de cuatro meses a partir de la publicación de la operación, la OFT puede iniciar una investigación de la misma, de oficio, o a instancias de un tercero interesado, llegando incluso a ser exigida la desinversión en determinados activos para que la operación sea autorizada.

No es necesario que las fusiones sean objeto de notificación conjunta. Se prevé el pago de tasas específicas por la iniciación del procedimiento, tanto si se inicia a través de notificación como si es a través de sumisión a la Comisión de Competencia por el Secretario de Estado de Comercio e Industria.

3.2.4.2.2. Desarrollo de la investigación

Si la operación es notificada, la notificación marca el inicio del período inicial de examen por la OFT, cuya duración es de 20 días laborables, a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación por la OFT y al pago de las tasas previstas. Este plazo puede ser extendido en 15 días más.

Durante esta fase de investigación inicial la OFT puede solicitar aclaraciones sobre la información recibida o puede pedir a las partes que le proporcionen nuevos datos. El plazo en los casos en los que el procedimiento se inicia a instancia de las autoridades y no por una notificación, es menos preciso. En principio, el Secretario de Estado de Comercio e Industria toma una decisión, en el 90% de los casos, en un período de 45 días si ha recibido una “sumisión satisfactoria” de la OFT.

La OFT tiene en cuenta en su valoración las observaciones de terceros interesados que disponen de un plazo determinado para hacer valer sus argumentos. La OFT puede publicar comunicados de prensa o anuncios en la prensa comercial para informar a los terceros interesados que puedan estar interesados en una investigación que se esté llevando a cabo. También puede contactar directamente a los competidores, a los principales clientes y a los productores que operen en el mercado relevante de la empresa o empresas que estén siendo analizadas.

Cuando la OFT concluye que la competencia u otros intereses públicos pueden verse afectados con la operación, fija una reunión del *Mergers Panel*, que es un órgano cuyas decisiones no son vinculante y sólo deben ser tenidas en cuenta por el Director General en las observaciones escritas que remite al Secretario de Estado de Comercio e Industria.

El Secretario de Estado de Comercio e Industria no está obligado a seguir las recomendaciones del Director General. Podrá autorizar la operación o someterla al dictamen de la Comisión de Competencia. El Secretario de Estado de Comercio e Industria también puede aceptar los compromisos formales ofrecidos por las partes y autorizar la operación en lugar de someter el asunto a la Comisión de Competencia.

Estos compromisos son publicados en su redacción provisional, junto con la opinión del Director General. Las terceras partes podrán pre-



sentar sus observaciones sobre las soluciones propuestas. En la práctica se favorecen los compromisos estructurales en perjuicio de los de comportamiento, que son más difícilmente controlables.

Cuando el Secretario de Estado de Comercio e Industria somete una operación a la investigación de la Comisión de Competencia debe hacerlo por un período concreto (que no puede ser superior a seis meses). Generalmente, este período suele tener una duración de tres meses o, excepcionalmente, cuatro. Después de que la Comisión de Competencia emita su dictamen, el Secretario de Estado de Comercio e Industria suele publicar el informe en un plazo aproximado de 20 días.

La Comisión de Competencia puede recomendar la adopción de compromisos que eliminen los efectos negativos para la competencia de la operación propuesta. El Director General también puede emitir su opinión al respecto, proponiendo soluciones distintas a las de la Comisión de Competencia. También las partes pueden sugerir la adopción de compromisos, si estiman que así pueden contrarrestar los efectos anticompetitivos de la operación. Sin embargo, es el Secretario de Estado de Comercio e Industria el único órgano con capacidad para establecer compromisos con carácter vinculante.

Como la notificación no es obligatoria, no existe ningún impedimento para que la operación se lleve a cabo mientras es investigada por las referidas autoridades competentes. Sin embargo si la investigación de la operación es remitida a la Comisión de Competencia, ninguna de las partes implicadas o ninguna de las empresas de su grupo, puede adquirir acciones en una de las compañías a las que se refiere la operación.

El mantenimiento de la transparencia en el procedimiento es una preocupación creciente para las autoridades británicas. La OFT anunció su intención de solicitar la opinión de terceras partes y de publicar, en los casos más significativos, la opinión que el Director General emite para el Secretario de Estado de Comercio e Industria.

Por otro lado, cuando una operación se somete al dictamen de la Comisión de la Competencia, se publica en prensa para invitar a los terceros interesados a presentar observaciones. Las cartas que contienen los compromisos de las partes no sólo son públicas para las partes que intervienen en el proceso de control, también para el público en general, ya que se reproducen en la web-site de la Comisión de Competencia

Si la Comisión de Competencia concluye que la operación propuesta no resulta contraria al interés público, el Secretario de Estado de Comercio e Industria no está obligado a intervenir. Si, por el contrario, la Comisión de Competencia concluye que la operación propuesta puede resultar contraria al interés público, o que sólo debería autorizarse subordinada a determinados compromisos, el Secretario de Estado de Comercio e Industria podrá:

- Prohibir la operación.
- Autorizarla sometiéndola, o no, al cumplimiento de los compromisos ofrecidos por las partes durante las negociaciones, o a otros nuevos establecidos por el propio Secretario de Estado de Comercio e Industria. En la práctica, lo normal es que ante un Dictamen desfavorable de la Comisión de Competencia, el Secretario de Estado de Comercio e Industria decida autorizar la operación subordinándola al cumplimiento de los compromisos resultado de la negociación, en lugar de imponer otros nuevos. El incumplimiento de una orden del Secretario de Estado de Comercio e Industria en este sentido puede dar lugar a una orden ejecutiva de los Tribunales competentes.

En la próxima reforma que pretende llevarse a cabo en la legislación británica de control de concentraciones, en lo referente al procedimiento, se ha propuesto limitar los plazos en ambas fases del procedimiento y mantener el sistema de notificación voluntaria.



3.3. EXAMEN DE LOS CRITERIOS APLICADOS

3.3.1. República Federal Alemana

El BKA prohíbe las concentraciones que se estiman creen o refuercen una posición dominante, a no ser que, las empresas participantes prueben que la concentración permitirá mejorar las condiciones competitivas y esta mejora compense los efectos negativos de la creación o el reforzamiento de la posición de dominio.

Existe posición de dominio si una empresa no tiene competidores o no está expuesta a ninguna competencia sustancial, o si tiene una posición preeminente en el mercado en relación a sus competidores. La determinación de una posición de dominio exige la previa definición del mercado relevante geográfico y de producto.

Para determinar si existe una posición dominante el BKA puede basarse en una serie de criterios estructurales contenidos en la GWB. Estos incluyen, en particular, las cuotas de mercado, el poder financiero, relaciones con otras empresas, barreras legales o de hecho para entrar en el mercado, competencia actual o potencial que puedan ejercer otros operadores, así como la sustituibilidad de la oferta y de la demanda.

La posición de dominio puede ser detentada no sólo por una empresa sino por varias. En general, se presume que existe posición de dominio individual cuando una empresa ostenta una cuota de mercado superior a un tercio del total y posición de dominio colectiva cuando tres o menos empresas reúnen una cuota de mercado de al menos dos tercios.

En consecuencia, la decisión del BKA de prohibir una concentración se basa exclusivamente en razones relativas a la competencia. Sin embargo existe la posibilidad de solicitar al Ministro Federal de Economía que apruebe una concentración prohibida por el BKA en casos excepcionales. Deberá demostrarse que la restricción de competencia resultado

de la operación está compensada por efectos positivos para la economía en su conjunto o que la operación en causa está justificada por un interés público primordial.

La valoración de las concentraciones en la RFA se hace en dos estadios. El BKA se basa exclusivamente en criterios de competencia y el Ministro Federal de Economía, en los limitados supuestos en los que llega a intervenir, valora las ventajas económicas globales o la existencia de un interés público primordial.

El sistema está basado en una separación institucional absoluta. Cada órgano examina unos criterios diferentes. Además el Ministro debe someter al dictamen de la Comisión de Monopolios las solicitudes de autorización. Por lo tanto, el sistema de toma de decisiones cuando hay intereses en conflicto (de competencia, por un lado, y económicos, por otro) es relativamente transparente para el público.

3.3.2. República Francesa

Según la normativa francesa deben prohibirse las concentraciones que obstaculicen la competencia, especialmente, por la creación o el reforzamiento de una posición de dominio o, por la creación o reforzamiento de un poder de compra que coloca a los proveedores en una situación de dependencia económica. Por otro lado, debe valorarse si la operación aporta al progreso económico una contribución suficiente para compensar los obstáculos a la competencia. También se prevé expresamente que debe tenerse en cuenta la competitividad de las empresas analizadas a la luz de la competencia internacional.

El criterio fundamental para valorar una concentración es si su realización supone un obstáculo para la competencia. Se trata de un criterio amplio, que permite a la autoridad de control relativa flexibilidad en su apreciación.



El hecho de que una concentración cree o refuerce una posición de dominio no es un criterio determinante para prohibir una operación. Se analizará si la operación notificada crea o refuerza una posición de dominio, pero este dato sólo se tendrá en cuenta como un factor más de valoración.

Sobre la base de estos criterios, el Ministro de Economía francés ha aprobado concentraciones que creaban o reforzaban claramente una posición de dominio, simplemente sometiéndola a determinadas condiciones de cesión o de comportamiento.

Este fue el caso de la autorización de la concentración Elf France, el 10 de mayo de 1991. El Gobierno observó que la adquisición por Elf France de dos compañías competidoras crearía una posición dominante en varios mercados regionales, lo que podría limitar el acceso de operadores independientes al suministro de petróleo. No obstante, el Ministro de Economía basándose en criterios de valoración distintos de la competencia autorizó la operación, considerando que la cesión de determinados activos podría compensar los efectos negativos que de la operación se derivarían para los competidores.

Otras veces, concentraciones que previsiblemente podrían provocar restricciones en la competencia a nivel nacional, han sido aprobadas por el Ministro de Economía porque favorecían la competitividad de las empresas domésticas en mercados internacionales, incrementando su capacidad de exportación o creando una nueva entidad con capacidad para competir a nivel europeo.

Así ocurrió en la aprobación de la concentración Eurocom/Carat. En este asunto se planteó la fusión de dos empresas francesas que operaban en el mercado de la publicidad, precisamente para evitar que el control de una de ellas fuese tomado por una compañía británica. El Consejo de la Competencia estimó que las ventajas para el progreso económico que surgirían de la operación podrían obtenerse también por otros medios, por lo que no fueron consideradas un argumento de

defensa suficiente. Sin embargo, el Ministro de Economía aprobó la operación sometiéndola a condiciones.

En otras ocasiones como en la decisión del Ministro de Economía en el caso Coca-Cola/Pernod Ricard de 29 de julio de 1998, la nueva entidad sólo hubiese detentado entre un 20% y un 30% de cuota de mercado, sin embargo, el Consejo de Competencia francés y el Ministro de Economía consideraron que la concentración debía prohibirse, atendiendo a consideraciones como el aumento del poder de mercado de Coca-Cola, y a que las ganancias en eficiencia económica que surgirían de la operación podrían también conseguirse a través de otros medios.

Estas decisiones ponen de manifiesto la enorme inseguridad jurídica a la que se ven sometidas las empresas, ya que resulta muy difícil estimar previamente la valoración que harán las autoridades de una operación en concreto.

La consecuencia de este sistema de valoración, poco objetivo y demasiado flexible y que es aplicado exclusivamente por una autoridad política, es que, en el sistema francés, el control de concentraciones se utiliza más como un instrumento de política industrial o un mecanismo de control de las inversiones extranjeras, que como un medio de mantener la estructura competitiva del mercado.

La reciente modificación operada en el sistema francés es, en este sentido insuficiente, porque ni matiza el pleno poder de decisión del Ministro de Economía ni objetiviza los criterios de valoración de las concentraciones.

3.3.3. República Italiana

De conformidad con la legislación italiana deben prohibirse las concentraciones que crean o refuerzan una posición de dominio en el



mercado nacional que tengan por efecto la eliminación o la restricción de la competencia de manera apreciable y duradera.

La Ley prevé expresamente que para determinar si concurre tal situación hay que tener en cuenta la sustituibilidad de la oferta y de la demanda, la posición en el mercado de las empresas, las condiciones de acceso al mercado o a los proveedores, la estructura de los mercados relevantes, la situación competitiva de la industria nacional, las barreras de entrada para las empresas competidoras y la evaluación de la oferta y la demanda de los productos o servicios relevantes.

En la definición del mercado relevante la AGCM sigue los criterios tradicionales. Para determinar el concepto de posición de dominio, la AGCM ha adoptado expresamente la doctrina del derecho comunitario, expresada el asunto *United Brands*⁴⁸.

Excepcionalmente se prevé que, una concentración pueda ser autorizada por el Gobierno sobre la base de razones relativas a intereses generales de la economía nacional.

La valoración que puede hacerse del sistema italiano es muy similar a la que se expuso respecto al alemán. En principio, la AGCM decide la autorización o prohibición de una concentración sólo atendiendo a criterios de competencia. Cabe la posibilidad de que se de entrada a consideraciones económicas entre los criterios de análisis de la operación, pero es en el segundo estadio de decisión, que se lleva a cabo en el Gobierno, donde estos criterios son tenidos en cuenta. Lo cierto es que, hasta la fecha, esta autorización excepcional del Gobierno no se ha producido nunca.

47. STJCE de 14 de febrero de 1978, *United Brands/Comisión*, as. 27/76. En esta sentencia el TJCE ha definido la posición dominante como una posición de fuerza económica detentada por una empresa que le otorga el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado en causa proporcionándole la posibilidad de comportarse independientemente de forma apreciable respecto de sus competidores y en último término, de los consumidores.

3.3.4. Reino Unido

Los criterios sobre los que las Autoridades británicas de competencia deben basar la valoración de las operaciones de concentración no están específicamente previstos en la FTA.

En sus análisis la Comisión de Competencia suele tener en cuenta criterios meramente competitivos (cuotas de mercado, capacidad competitiva de otros operadores del mercado, barreras de entrada, efectos positivos de la concentración para la competencia, etc.).

Cuando una operación es sometida a la Comisión de Competencia el *test* al que se subordina la aprobación es si la operación supone o, previsiblemente supondrá, un obstáculo para el interés público. El concepto de “interés público” no ha sido definido de forma exhaustiva en la FTA. La Comisión de Competencia tendrá en cuenta el mantenimiento y la promoción de una competencia efectiva en el suministro de bienes y servicios en el Reino Unido, los intereses de los consumidores, el desarrollo de nuevas técnicas de producción o de nuevos productos o si se facilita la entrada de nuevos competidores en el mercado relevante. También se tienen en cuenta consideraciones de política industrial y de política de empleo y el mantenimiento y la promoción de la competencia en mercados fuera del Reino Unido.

Es decir, en el sistema británico, los criterios de competencia, no son en absoluto decisivos para declarar la autorización o la prohibición de una operación. A la incertidumbre derivada de la amplitud de criterios de valoración que pueden ser tenidos en cuenta, hay que añadir que el balance de intereses se hace únicamente por un órgano político. Es el Secretario de Estado de Comercio e Industria la única autoridad que adopta decisiones en materia de competencia, con lo que, como ocurre en el sistema francés, el control de concentraciones, en muchos casos, pasa a ser un instrumento al servicio de otras políticas ajenas a la política de competencia.



Este sistema hace las decisiones sobre la valoración de concentraciones completamente impredecibles, ya que a través de ellas se trata de salvaguardar determinados objetivos de interés público que no responden a consideraciones de política de competencia. En este punto se han centrado la mayoría de las críticas formuladas contra el sistema inglés. Sin embargo el modelo británico se ha ido aproximando más al alemán en los últimos años. Los efectos sobre la competencia han incrementado su peso en el análisis de operaciones de concentración frente a otros criterios.

En esta línea, la reforma⁴⁹ que se pretende llevar a cabo del control de concentraciones británico prevé la modificación de los criterios de valoración.

Recientemente, las autoridades británicas han manifestado su intención de sustituir el *test* del interés público por un *test* basado en criterios de competencia y de establecer criterios de valoración más eficaces para decidir qué tipo de operaciones deben ser controladas.

Está previsto que el *test* para aprobar las concentraciones, cuando la reforma se lleve a cabo, sea "la disminución sustancial de la competencia" si bien, teniendo en cuenta la eficiencia económica y el interés de los consumidores⁵⁰. Desaparecerían del análisis criterios como la política regional y ya no sería necesario tener en cuenta todas las materias que pueden considerarse de interés público.

49. Sobre el estado de la reforma véase la explicación dada al respecto en el epígrafe relativo a las autoridades de la competencia británica. Actualmente estas pretendidas reformas se recogen en un "Proyecto de Ley de Empresa" que fue publicado por el Gobierno británico el 28 de noviembre de 2001.

50. La doctrina británica se ha planteado en qué estadio del análisis y con qué importancia debe ser considerado el criterio del "interés de los consumidores". Lo más lógico parece basar el *test* exclusivamente en criterios de competencia y tener en cuenta el interés de los consumidores a la hora de establecer las eventuales soluciones que sean necesarias para la aprobación de la concentración.

Puede decirse que con esta reforma el régimen de control de concentraciones británico, aunque no esté totalmente alineado al comunitario, basará la valoración de las operaciones principalmente en la creación o reforzamiento de una posición de dominio, lo que sin duda introducirá un incremento considerable de la seguridad jurídica para las empresas.



4. Las decisiones sobre las operaciones de concentraciones en España

4.1. ANÁLISIS DE LAS ATRIBUCIONES DE COMPETENCIAS

El control de concentraciones en el sistema español viene determinado en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en los sucesivos LDC) y el Real Decreto 1080/1992, de 11 de septiembre de Defensa de la Competencia, que desarrolla la LDC en materia de concentraciones.

El control de concentraciones ha sido profundamente modificado en 1999 (Real Decreto–Ley 6/1999 de 16 de abril y Ley 52/1999 de 28 de diciembre de 1999) y en 2000 (Real Decreto–Ley de 23 de junio de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios).

Actualmente se está preparando otra importante reforma cuyas bases han sido recogidas en el Anteproyecto de Real Decreto 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 económicas (en lo sucesivo, el Anteproyecto). Este anteproyecto fue publicado por el Gobierno para que se remitiesen observaciones al mismo. El plazo para presentar esas observaciones finalizó el 30 de abril de 2001.

Según una nota de prensa aparecida en la página web del SDC, el 21 de diciembre de 2001 el Consejo de Ministros aprobó un Real Decreto en lo referente al procedimiento de control de concentraciones que sustituirá al actualmente en vigor. En esta nota de prensa se describen brevemente y a grandes rasgos las modificaciones introducidas por la nueva disposición, que se mantienen en la línea del Anteproyecto, si bien el texto completo del nuevo Real Decreto aprobado, todavía no ha sido publicado en el B.O.E.

Las autoridades encargadas de llevar a cabo el control de concentraciones en España son:

**– El Servicio de Defensa de la Competencia
(en lo sucesivo SDC)**

El Servicio de Defensa de la Competencia es el órgano de la Administración General del Estado encargado de la instrucción e investigación de las conductas contrarias a la competencia de acuerdo con los artículos 1, 6 y 7 de la LDC, y la instrucción de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y su derecho derivado. Igualmente es función del Servicio la ejecución del control de las concentraciones económicas, en los términos establecidos por el Capítulo II de la citada Ley de Defensa de la Competencia. Además, es el órgano encargado de la cooperación, en materia de competencia, con organismos extranjeros e instituciones internacionales y, en concreto, de la colaboración con la Comisión Europea para la aplicación en España de las reglas comunitarias de competencia.



Finalmente, el Servicio realiza funciones de estudio, investigación, e informe de iniciativas legislativas en materia de Defensa de la Competencia.

El Servicio de Defensa de la Competencia esta adscrito al Ministerio de Economía, siendo su Director el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia.

En los procedimientos de control de concentraciones el SDC lleva a cabo la primera fase de análisis y posee amplios poderes de investigación.

El SDC propone al Ministro de Economía que operaciones deberían ser remitidas al Tribunal de Defensa de la Competencia.

– El Tribunal de Defensa de la Competencia (en lo sucesivo TDC)

El TDC es el órgano ante el que se tramitan los procedimientos por infracción de las normas de competencia previstas en la LDC o, en su caso en los artículos 81 y 82 CE.

Sin embargo, en materia de control de concentraciones desempeña una función meramente consultiva, ya que sus dictámenes no vinculan al Ministro de Economía, que es quién realmente elabora el contenido de la propuesta al Consejo de Ministros.

El sometimiento de una operación de concentración al estudio del TDC queda a la discreción del Ministro de Economía, que, a propuesta del SDC, remitirá al TDC los expedientes de aquellos proyectos u operaciones de concentración notificados por los interesados que considere puedan obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado. El TDC, previa audiencia de los interesados, en su caso, emitirá un dictamen al respecto.

– El Consejo de Ministros

A propuesta del Ministro de Economía, el Consejo de Ministros es el único órgano con capacidad para decidir sobre la aproba-

ción, en su caso sometiéndola a condiciones, o prohibición de una concentración y con capacidad sancionadora en materia de concentraciones.

4.2. DESCRIPCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS SEGUIDOS

4.2.1. Ámbito de aplicación

4.2.1.1. Concepto de concentración

El concepto de concentración económica se define en el artículo 14 de la LDC. Desde la reforma operada en 1999 es un concepto basado en la normativa y jurisprudencia comunitarias y comprende todas aquellas operaciones *“que supongan un modificación estable en la estructura de control de las empresas partícipes mediante:*

- La fusión de dos o más empresas anteriormente independientes;*
- La toma de control de la totalidad o de parte de una empresa o empresas mediante cualquier medio o negocio jurídico*
- La creación de una empresa en común y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una empresa, cuando ésta desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no tenga por objeto o efecto fundamental coordinar el comportamiento competitivo de empresas que sigan siendo independientes”*

La LDC somete al control de concentraciones la creación de empresas en participación. El artículo 14 de la LDC mantiene la antigua distinción utilizada en Derecho comunitario entre empresas en participación cooperativas y concentrativas. Si una empresa en participación tiene *“por objeto o efecto fundamental coordinar el comportamiento competitivo de empresas que sigan siendo independientes”*, entonces deberá ser analizada conforme a las normas españolas de competencia sobre prácticas restrictivas.



La LDC prevé expresamente su no aplicabilidad a las operaciones que entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento comunitario sobre concentraciones.

4.2.1.2. Concepto de control

En la normativa vigente sobre control de concentraciones no existe una definición expresa de control⁵¹. Las autoridades españolas suelen tomar la definición de control de la normativa y la jurisprudencia comunitarias, dado que desde la modificación operada en 1999, el régimen de control de concentraciones español es bastante similar al comunitario.

El Anteproyecto sí que prevé una definición de control, lo que resulta muy positivo desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

Según el artículo 3 del Anteproyecto debe entenderse que existe una relación de control a efectos de la normativa sobre concentraciones cuando, *“como consecuencia de la celebración de contratos o de la adquisición de derechos sobre el capital o los activos de una empresa, exista la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre sus actividades. En todo caso, se considerará que dicho control existe:*

51. El Real Decreto 1080/1992 hace referencia en su Anexo (concretamente, en la Sección Segunda) a los criterios para determinar la existencia de control, remitiéndose al artículo 42.1 del Código de Comercio. Estos criterios son los siguientes:

- Mayoría de los derechos de voto.
- Facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- Que pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.
- Que haya nombrado exclusivamente con sus votos, la mayoría de los miembros del órgano de administración.

- *Cuando se tenga una influencia decisiva sobre la composición, deliberaciones o decisiones de los órganos de una empresa.*
- *Entre las sociedades integrantes de un mismo grupo, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores*⁵².

Se prevé expresamente que la modificación de la estructura de control con carácter estable de una empresa o parte de una empresa será considerada como una operación de concentración, con independencia de que la empresa o parte de la misma tenga personalidad jurídica propia. Por otro lado, el Anteproyecto considera que la mera redistribución de valores o activos entre sociedades de un mismo grupo, no se considera alteración de la relación de control.

Se puede observar cómo este Anteproyecto especifica y clarifica más detalladamente los supuestos en los que existe una modificación estable en la estructura de control de una empresa.

La introducción de este nuevo artículo demuestra la intención del

52. Según esta disposición:

"A los efectos de esta Ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo, las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque cualquiera de ellas controla o pueda controlar, directa o indirectamente, las decisiones de las demás.

Se entenderá, en todo caso, que existe control de una entidad dominada por otra dominante cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) que la entidad dominante disponga de la mayoría de los derechos de voto de la entidad dominada, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última.*
- b) que la entidad dominante tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la entidad dominada, bien directamente, bien a través de acuerdos con otros socios de esta última.*
- c) que al menos la mitad más uno de los consejeros de la entidad dominada sean consejeros o altos directivos de la entidad dominante o de otra entidad por ella dominada.*

A efectos de lo previsto en los apartados anteriores, a los derechos de voto, nombramiento o destitución en ellos mencionados, se añadirán los que la entidad dominante posea, a través de las entidades dominadas, o a través de otras personas que actúen por cuenta de la entidad dominante, o de otras entidades por ella dominadas".



legislador español de aclarar dicho concepto y evitar así notificaciones innecesarias de supuestas concentraciones que en realidad constituyen meras reestructuraciones internas.

En cualquier caso, si la relación de control entre dos empresas no está clara y se efectúa la notificación con el objeto de evitar la imposición de multa, el SDC, al instruir el expediente, podrá advertir que en realidad no existe tal operación de concentración sino una operación interna y, en consecuencia, lo comunicará a las empresas afectadas ordenando el subsiguiente archivo del expediente⁵³.

La introducción de una definición expresa del concepto de control, como la recogida en el artículo 3 del anteproyecto, contribuirá a facilitar la aplicación del procedimiento de control y a la seguridad jurídica, pero no variará sustancialmente la práctica de las Autoridades de la competencia que ya interpretan el concepto de control como la posibilidad de ejercer una influencia decisiva.

Concretamente, en el informe relativo al asunto Banco Bilbao Vizcaya Argentaria⁵⁴ el TDC señaló expresamente:

“La Comisión define el concepto de “influencia decisiva”, en el caso de control en común de empresas participadas, como “el poder para bloquear acciones que determinan la estrategia competitiva de una empresa” (párrafo 18). Las cir-

53. Por ejemplo, la operación de fusión de Johnson&Johnson, Depuy Ibérica y Medical Trivest fue notificada al SDC que, mediante Resolución de 6 de agosto de 1999, comunicó a las empresas afectadas que había decidido no elevar al Tribunal de Defensa de la Competencia el expediente relativo a dicha operación por considerar que la operación notificada constituía una reestructuración interna de un grupo de empresas. Igualmente ocurrió en el caso de la operación realizada entre Allianz/AGF Union Fenix/Athena que también fue notificada al SDC y que finalmente se consideró como reestructuración interna del grupo de empresas perteneciente a Agfiras Holding y por tanto no se cumplía lo previsto en el artículo 14.2 de la Ley 16/1989.

54. Expediente de Concentración 47/99, asunto Banco Bilbao Vizcaya y Argentaria.

cunstances que permiten suponer la existencia de dicho poder de veto, no incluyen solamente la mención específica de este derecho en los estatutos de la empresa participada, o en acuerdos explícitos entre los accionistas a este fin, también contemplan los casos en que los accionistas minoritarios pueden controlar la empresa mediante el ejercicio común de sus derechos de voto, a través de acuerdos jurídicamente vinculantes, o como consecuencia de la existencia de intereses comunes importantes que favorezcan una acción conjunta para evitar el perjuicio mutuo al ejercer sus derechos sobre la empresa participada. En este último caso, la existencia de vínculos previos entre los accionistas, constituyen indicadores de dicho interés común.

Los derechos de veto que den lugar al control común deben referirse a decisiones sobre la estrategia competitiva de la empresa participada, pero no requieren la facultad de influir en el funcionamiento cotidiano de la misma”.

4.2.1.3. Umbral del volumen de negocios

Según el artículo 14 de la LDC deberán ser objeto de control las operaciones de concentración cuando:

- a) como consecuencia de la operación se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 25% del mercado nacional, o de un mercado geográfico definido dentro del mismo, de un determinado producto o servicio, o,*
- b) el volumen de ventas global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 40.000⁵⁵ millones de pesetas, siempre que al menos dos de los partícipes realice individualmente en España un volumen de ventas superior a 10.000⁵⁶ millones de pesetas.*

55. 240,404 millones de euros.

56. 60,101 millones de euros.



La LDC prevé que las empresas pueden realizar una consulta previa a la notificación al SDC para determinar si su operación entra en los umbrales de volumen de negocios exigidos por la LDC.

El artículo 2 del Anteproyecto prevé ciertas modificaciones en el cálculo del volumen de ventas. Cuando una de las empresas que participen en la operación pertenezca a un grupo de sociedades, al volumen de ventas de dicha empresa se sumarán los volúmenes de ventas globales de las empresas integradas en el grupo. Con la actual normativa⁵⁷ se prevé que para el cálculo sólo se sumen al volumen de ventas de la empresa afectada, los volúmenes de ventas correspondientes a la misma actividad económica de las empresas del mismo grupo.

Además se prevé expresamente que en los supuestos de control conjunto sobre una empresa, el volumen de negocios de la misma se imputará a partes iguales a las diferentes partes que ostenten el control de la empresa en participación.

4.2.2. Desarrollo del procedimiento

Las operaciones de concentración, que entren dentro de la ámbito de aplicación del artículo 14 de la LDC, deben ser obligatoriamente notificadas al SDC antes de ser llevadas a cabo⁵⁸. El SDC debe hacer públicas estas notificaciones.

Toda notificación que se realice al SDC debe ir acompañada del pago de una tasa *“por análisis y estudio de las operaciones de concentración”*. La cuantía de la tasa está regulada en el artículo 57 de la LDC. El Anteproyecto

57. Artículo 2 del real Decreto 1080/1992.

58. La obligación de notificar las operaciones de concentración fue introducida por el Real Decreto-Ley 6/1999 de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia en lo referente al control de las concentraciones económicas.

hace referencia a esta tasa y no introduce ninguna modificación ni en su regulación ni en el procedimiento para calcular su cuantía⁵⁹.

La legislación vigente no establece de forma expresa a partir de qué momento surge la obligación de notificar una operación de concentración. Por el contrario, el Anteproyecto prevé que la notificación podrá llevarse a cabo desde que exista acuerdo de concentración⁶⁰.

La notificación tiene, por norma general, carácter suspensivo⁶¹. No obstante, el Ministro de Economía, en la resolución en la que se acuerde la remisión del expediente al TDC, podrá levantar la suspensión de la ejecución de la operación prevista, a propuesta del SDC, y a petición del notificante, petición que debe presentarse junto con la notificación. El Ministro de Economía resolverá, previa ponderación de los prejuicios que de la suspensión se puedan derivar para la operación y de los que su de ejecución se puedan generar para los competidores o para la libre competencia. El levantamiento de la suspensión puede quedar supeditado al cumplimiento de determinadas condiciones.

El Anteproyecto también prevé que la solicitud de levantamiento de la

59. Según el apartado 6 del artículo 57 de la LDC, la tasa será de 500.000 pesetas ó 3.005,06 euros cuando el volumen de ventas global en España de los partícipes en la concentración sea igual o inferior a 40.000 millones de pesetas ó 240.404.841,75 euros, de 1.000.000 de pesetas ó 6.010,12 euros, cuando sea igual o inferior a 80.000 millones de pesetas ó 480.809.683,51 euros y de 2.000.000 de pesetas ó 12.020 euros cuando el volumen de facturación sea superior a 80.000 millones de pesetas ó 480.809.683,51 euros.

60. Según apartado 2 del artículo 4, se considera que existe acuerdo de concentración *"desde el momento en que los partícipes consientan en realizar la fusión, creación de empresa común u operación que origine la toma de control y determinen el modo, plazo y condiciones en que vaya a tener efecto. Cuando los partícipes sean sociedades, se considerará que el acuerdo existe cuando haya sido tomado, por sí o por delegación, por el órgano de administración, aun cuando por aplicación de normas legales o estatutarias fuera necesaria su adopción o ratificación posterior por otro órgano societario [...]"*

61. La obligación de suspensión ha sido establecida recientemente en el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio.



suspensión se presente con posterioridad a la notificación, cuando sobrevinieren circunstancias imprevisibles al tiempo de efectuarla y que comprometan la efectividad de la operación.

El artículo 18.1 de la LDC señala que la falta de cumplimiento del deber de notificación podrá ser sancionado por el Director del SDC con multa de hasta 5.000.000 de pesetas, dependiendo de las circunstancias del caso (gravedad y duración de la infracción).

Independientemente de esta multa, en el caso de que un proyecto u operación de concentración entre empresas, que supere los umbrales mínimos, no hubiese sido notificado al SDC, éste, de oficio, podrá requerir a las empresas para que efectúen la correspondiente notificación en un plazo no superior a veinte días, a contar desde la recepción del requerimiento. Transcurrido dicho plazo sin haber sido presentada la notificación, el SDC podrá imponer una multa coercitiva de hasta 2.000.000 de pesetas por día de retraso en la notificación y también podrá acordar la iniciación de oficio del expediente de concentración. En estos casos las operaciones no podrán beneficiarse de la autorización tácita.

Asimismo, el hecho de ejecutar la operación de concentración antes de ser notificada o antes de que sea autorizada por el Consejo de Ministros, puede conllevar la imposición a cada una de las empresas afectadas de multas de hasta el 10 por 100 de su respectivo volumen de facturación anual en España (apartado 4 del artículo 18 de la Ley⁶²).

62. Esta disposición ha sido introducida recientemente por el Real Decreto-Ley 2/2001, de 2 de febrero (B.O.E. de 3 de febrero de 2001, núm. 30), por el que se modifican determinados artículos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. De todas formas, la interpretación de este artículo es discutible pues el artículo 15.2, que contempla como infracción la ejecución de la concentración antes de su notificación o autorización, se remite expresamente al artículo 18.3 para determinar la multa correspondiente a dicha infracción. Tras las modificaciones introducidas por el RD 2/2001, esta remisión se entiende hecha al artículo 18.4 a pesar de que el legislador haya "olvidado" modificar la referencia hecha por el artículo 15.2.

Los artículos 5, 6 y 7 del Anteproyecto se refieren a la forma y el contenido de la notificación, a las notificaciones incompletas y a la solicitud de información por el SDC y a la consulta previa a la notificación respectivamente. No introduce novedades significativas con respecto a la legislación vigente.

Desarrollo de la investigación.

Una vez presentada la notificación se inicia la fase inicial de investigación con la llamada “instrucción del expediente” en el SDC. Durante esta fase el SDC dispone de amplios poderes para investigar y solicitar información.

El Anteproyecto no introduce cambios sustanciales en el desarrollo de esta fase preliminar. Prevé de forma expresa la aplicación de los artículos 9 y 22 del Reglamento comunitario de concentraciones (remisión al SDC de concentraciones notificadas a la Comisión Europea y remisión por el SDC a la Comisión Europea de operaciones que aunque no tengan dimensión comunitaria, pueden ser objeto de control por la Comisión Europea, en la medida en que la concentración afecte al comercio entre los Estados miembros). En realidad, estas previsiones ya eran operativas en el sistema español por la aplicabilidad directa del Reglamento comunitario de concentraciones.

Durante esta fase preliminar puede tener lugar una terminación pactada del procedimiento. El artículo 15 ter de la LDC, bajo el título “*Terminación convencional del procedimiento*” permite que las partes presenten compromisos o modifiquen los términos de la operación notificada.

La legislación española ha previsto este mecanismo exclusivamente en la primera fase del procedimiento que se lleva a cabo ante el SDC. Podrá hacerse uso de este mecanismo cuando la concentración propuesta “*no suponga la creación o el reforzamiento de una posición de dominio*”



que pueda dificultar el desarrollo de la competencia en el mercado”, pero de la que “puedan derivarse obstáculos a la competencia fácilmente subsanables”.

Este artículo, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento comunitario, parece dejar en manos de las autoridades de defensa de la competencia y en particular del Ministro de Economía, previo informe del SDC, la iniciativa en cuanto a propuesta de los compromisos (el Ministro de Economía *“podrá instar a las partes a presentar compromisos[...].”*).

Es destacable que el artículo 15 ter de la LDC prevé que las partes deben contestar a la solicitud de presentación de compromisos en el plazo de un mes, sin embargo no establece ningún plazo para que el Ministro de Economía adopte su resolución sobre los compromisos presentados por las partes. Esta circunstancia puede alargar el procedimiento de forma indeseada, sobre todo teniendo en cuenta que la operación analizada no crea ni refuerza una posición de dominio y que el mecanismo de los compromisos trata especialmente de evitar la segunda fase y aclarar lo antes posible las dudas en cuanto a la aprobación de la operación.

El mecanismo de los compromisos sólo puede ser utilizado en caso de que la concentración *“no suponga la creación o el reforzamiento de una posición de dominio que pueda dificultar el desarrollo de la competencia en el mercado”*. Esta referencia desorienta a las partes sobre cuál debe ser el contenido de los compromisos, toda vez que el *test* para evaluar la operación de concentración y en consecuencia, decidir la aprobación o prohibición es, como ya se ha dicho, el *test* de la obstaculización significativa de competencia.

Si bien es cierto que en la práctica sería posible proponer informalmente compromisos ante el TDC, la actual regulación del procedimiento de control de concentraciones impide que las partes puedan efectivamente jugar un papel activo en la formulación de las condiciones que puedan imponerse para asegurar el cumplimiento de los com-

promisos y solventar los problemas que la operación puede plantear, debido, entre otras razones, a la ausencia de potestad decisoria del TDC.

Transcurrido un mes desde la recepción de la notificación finaliza la fase preliminar de investigación:

- Con la remisión del expediente al TDC por el Ministro de Economía a propuesta del SDC, cuando se considere que la operación puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia.
- Con una autorización tácita. Se entiende que las autoridades de competencia no se oponen a la operación si transcurrido un mes desde la notificación al SDC, no se hubiera remitido la misma al TDC.

El Anteproyecto introduce una novedad muy positiva y demandada por los expertos españoles en el paso a la segunda fase del procedimiento: en el momento en que el Ministro de Economía ordene el paso del expediente al TDC, se hará público el informe elaborado por el SDC durante la fase inicial de la investigación.

Durante la investigación que lleva a cabo el TDC y también a modo de actuaciones previas, el TDC puede recabar información de las partes afectadas o de sus competidores o clientes.

Tanto la legislación vigente (artículo 13 del RD 1080/1992) como el Anteproyecto (artículo 15) prevén que el TDC podrá convocar al notificante cuantas veces sea necesario para obtener aclaraciones o precisiones relativas a la operación. Sin embargo, la legislación española no prevé la celebración de una audiencia formal como la del procedimiento comunitario en la que las partes puedan directamente contestar las alegaciones o informaciones suministradas por otros intervinientes en un procedimiento contradictorio. Esta carencia menoscaba los derechos de defensa de las partes y de los terceros interesados que pierden una valiosa oportunidad de explicitar sus argu-



mentos y, al mismo tiempo, priva a las autoridades de competencia de una gran oportunidad de clarificar y valorar todos los argumentos esgrimidos en forma contradictoria a lo largo del proceso.

Los terceros interesados que lo estimen oportuno pueden solicitar al TDC que les declare parte interesada, para en su caso, presentar alegaciones.

El TDC debe elaborar un informe en un plazo de dos meses. Algunos expertos habían apuntado el hecho de que no se previese una autorización tácita para el caso en el que el TDC no emitiese su informe, porque esta situación provocaba cierta inseguridad jurídica. El Anteproyecto prevé expresamente que la falta de remisión del informe del TDC al Ministerio de Economía en el plazo de dos meses no causará la autorización tácita de la operación.

El informe del TDC incluirá como conclusión el dictamen sobre la operación de concentración, indicando, en su caso, las condiciones a las que podría subordinar su aprobación y las medidas apropiadas para el restablecimiento de una competencia efectiva.

El Ministro de Economía lo elevará al Gobierno, que en el plazo máximo de un mes podrá:

- No oponerse a la operación de concentración.
- Aprobar la operación, subordinándola al cumplimiento de condiciones que aporten al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia. Dichas condiciones podrán consistir, entre otras, en la obligación de transmitir ciertos negocios o activos o en la imposición de limitaciones.
- Declarar la operación improcedente, estando facultado para:
 1. Ordenar que no se produzca la misma.
 2. Ordenar las medidas apropiadas para el restablecimiento de una competencia efectiva, incluyendo la desconcentración.

Si transcurrido el plazo de un mes desde que el Consejo de Ministros reciba el informe o desde que finalice el plazo previsto para que el TDC emita su informe, el Consejo de Ministros no hubiera adoptado una decisión, la operación se entenderá tácitamente autorizada.

El SDC es el encargado de vigilar lo dispuesto en el texto del acuerdo del Consejo de Ministros.

4.3. EXAMEN DE LOS CRITERIOS APLICADOS

El artículo 16 de la LDC prevé expresamente los criterios que debe tener en cuenta el TDC para emitir dictamen sobre la operación:

“La apreciación de si un proyecto u operación de concentración o toma de control puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado se basará en un análisis de sus efectos restrictivos, previsibles o constatados, atendiendo principalmente a las siguientes circunstancias:

- a) Delimitación del mercado relevante.*
- b) Su estructura.*
- c) Las posibilidades de elección de los proveedores, distribuidores y consumidores o usuarios.*
- d) El poder económico y financiero de las empresas.*
- e) La evolución de la oferta y la demanda.*
- f) La competencia exterior.*

El Tribunal podrá considerar asimismo la contribución que la concentración o toma de control pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del progreso técnico o económico, a la competitividad internacional de la industria nacional o a los intereses de los consumidores o usuarios y si esta aportación es suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia”.



Según el artículo 16 LDC, el TDC en la valoración de una operación de concentración, no sólo comprueba si una operación crea o refuerza una posición de dominio, también analiza otros criterios como la mejora de los sistemas de producción o comercialización, el fomento del progreso técnico o económico, la competitividad internacional de la industria nacional o los intereses de los consumidores o usuarios. El TDC debe realizar un balance de intereses, y si estos elementos compensan los efectos restrictivos de la competencia, recomendará la aprobación de la operación.

Se verán a continuación algunos casos en los que el TDC ha propuesto que una concentración se lleve a cabo, a pesar de que, como consecuencia de la misma, se reforzaba o creaba una posición de dominio, por motivos de eficiencia económica.

- Concentración 12/93 Cerveceras Canarias⁶³. El TDC no se opuso a esta concentración a pesar del alto grado de concentración del mercado cervecero en Canarias. Respecto de la cerveza de barril, la operación supuso un grado de concentración del 100%. Según el TDC, razones de competencia y de dimensión productiva mínima, hacían aconsejable aprobar la operación. En concreto, la industria cervecera canaria tiene un papel importante en el “*raquíutico*” sector industrial canario, y además está sometida a una fuerte competencia peninsular y exterior. Por otro lado, el TDC consideró que, la concentración en el mercado cervecero era una tendencia general, lógica e inevitable. En un mercado tan pequeño como el canario, resulta imposible la dispersión de la oferta. El TDC consideró que todas estas razones compensaban el alto grado de concentración existente en la oferta y que aumentaría como consecuencia de la operación.

63. Expediente de concentración económica C-12/93, Compañía Cervecera de Canarias S.A. (CCC)/SICAL S.A.

- Concentración C 14/93 Techpack⁶⁴. En este caso se analizó la constitución de una empresa en común por dos empresas antes competidoras, que fabricaban envases para cosméticos. El TDC consideró que los posibles efectos de la operación sobre la competencia, traducidos en un refuerzo sobre la posición de dominio sobre el mercado español, resultaban contrarrestados por la ausencia de obstáculos al comercio exterior, los costes de transporte reducidos y la ausencia de barreras de entrada. Por otra parte el TDC estimó que la concentración mejoraría la competitividad individual y conjunta de las empresas y ampliaría su número de clientes internacionales.
- Concentración 16/95 Baterías⁶⁵. Por esta operación Exide Corporation adquiriría el 99,7% del capital de CEAC, perteneciente al grupo FIAT. Exide Corporation era propietaria de Tudor España. El TDC apreció posibles efectos anticompetitivos de la operación para los consumidores de baterías de coches e industriales, pero valoró, no obstante efectos favorables compensatorios, como la unificación de la marca TUDOR que permitiría importaciones paralelas y por lo tanto, la rebaja de precios, y las transferencias tecnológicas.
- Concentración 20/95 Elf.Atochem⁶⁶. El TDC consideró en este caso que el mercado relevante era el de los compuestos de PVC plastificados y rígidos, y que, aunque desde el punto de vista de la producción, el mercado geográfico relevante era el europeo, desde el punto de vista de la comercialización el mercado geográfico relevante era el español.

64. Expediente de concentración económica C-14/94, Lir Española de Packaging S.L. y Techpack International S.A.

65. Expediente de concentración económica C-16/95 Exide Corporation.

66. Expediente de concentración económica C-20/95 Plasgom S.A. y Elf Atochen España S.A.



Esta operación reforzaba el poder de mercado de la empresa adquirente, ELF. Pero de la estructura y características del mercado se derivaban factores que contrarrestaban el dominio real que el operador podía ejercer en el mercado: competencia internacional muy activa, inexistencia de barreras de entrada, presencia de operadores competitivos y la existencia de productos sustitutivos.

- Concentración C 24/97⁶⁷, Entrecanales–Cubiertas. Esta operación proponía la extinción por absorción de Entrecanales y Tavora S.A. y Eursa S.A., a favor de Cubiertas y M.Z.O.V., S.A.. Las empresas notificantes, individual o conjuntamente, estaban presentes en multitud de mercados, y como consecuencia de la operación notificada pasaban a ser le primer operador en el mercado de la construcción de la obra civil, especialmente en grandes proyectos.

Con la fusión en cuestión se reforzaba una posición de mercado y se aumentaba la concentración en el mismo, con unas fuertes barreras de entrada debidas sobre todo a los rigurosos requisitos de las licitaciones oficiales. Sin embargo, el TDC entendió que el gran poder de la demanda, la internacionalización de este mercado y la presencia de fuertes competidores en el mismo, eran elementos suficientes para no oponerse a la operación.

En principio, el Consejo de Ministros debe fundamentar el examen de una operación de concentración en los criterios previstos en el artículo 16 de la LDC, sin embargo, no existe una previsión expresa al respecto.

Como el Ministro de Economía en Francia, el Consejo de Ministros realiza la valoración final de la concentración teniendo en cuenta los criterios de competencia y otros de índole distinta como la política

67. Expediente de concentración económica C-24/97 Entrecanales y Tavora S.A.

industrial o económica. El hecho de que además sea un órgano político el que toma la decisión, hace temer que en muchos casos primen otros intereses en detrimento de la política de competencia en la decisión final de autorizar o prohibir una concentración.

En este sentido resulta muy significativo el caso de la fusión de las empresas del sector azucarero Ebro y Azucarera⁶⁸. En 1998 se sometió al dictamen del TDC la fusión de estas dos sociedades que ostentaban una cuota combinada del mercado nacional del azúcar de 78,25%. Sus principales competidores, ACOR y Azucareras Reunidas de Jaén tan sólo ostentaban aproximadamente un 14,8% y un 7,2%, respectivamente, del mercado español del azúcar. El TDC constató que desde el punto de vista del ejercicio efectivo de la competencia en el mercado la fusión Ebro/Azucarera *“produce efectos que llevarían a proponer la denegación de la autorización porque indudablemente refuerza la posición de dominio de dicha empresa en un mercado no fácilmente contestable”*. No obstante el TDC observó que concurrían una serie de circunstancias que, aun sometiéndola a condiciones, aconsejaban autorizar la operación:

- mercado altamente intervenido, lo que permite diversas posibilidades de actuación de la Administración;
- necesidad de una reconversión industrial;
- necesidad de lograr una empresas de dimensión adecuada para competir con las empresas de otros países de la Unión Europea en los que la producción se encuentra muy concentrada.

El TDC aludió en su informe a la necesidad de considerar *“la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del progreso técnico o económico, a la*

68. Fusión de las empresas Sociedad General Azucarera de España S.A. y Ebro Agrícolas, compañía de alimentación S.A. para constituir una nueva sociedad que se denominará Azucarera Ebro Agrícolas S.A. C 31/98.



competitividad internacional de la industria nacional o a los intereses de los consumidores o usuarios” (artículo 16 LDC), para recomendar la aprobación de la concentración a pesar del evidente reforzamiento de la posición d dominio de las empresas fusionadas

Esta operación estaba activamente impulsada por el Ministerio de Agricultura, que veía con buenos ojos la creación de un importante productor de azúcar nacional, que asegurase la competitividad internacional de la industria azucarera española

El Consejo de Ministros aprobó la operación, sometiéndola a condiciones importantes para atenuar los efectos negativos e la fusión sobre la competencia: limitación de las importaciones, presentación de un plan de reestructuración empresarial, reasignación de cuotas de producción de azúcar e información al SDC de las condiciones de compra de materia prima y comercialización del azúcar. Sin embargo, estas condiciones se suavizaron mucho en relación a las recomendadas por el TDC. Por ejemplo, el TDC estimó conveniente una reasignación de cuota de producción de, cómo mínimo, 50.000 toneladas y el Consejo de Ministros la fijó en un máximo de 30.000.

La fusión Ebro/Azucarera es un claro ejemplo de cómo razones de política industrial y el deseo de crear una *national champion* prevalecieron sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado para autorizar la concentración.

Por otro lado, hay que decir que por distintas circunstancias no se ha procedido ni a la reasignación de cuotas ni a la presentación del plan de reestructuración empresarial y la limitación impuesta a las importaciones ya ha finalizado.

La valoración que puede hacerse de esta decisión es francamente negativa: las distorsiones para la estructura del mercado y el mantenimiento de la competencia no han sido compensadas, con el consiguiente

perjuicio para el resto de operadores en el mercado y para los consumidores que ello conlleva.

Este tipo de decisiones manifiestan claramente los riesgos que se corren con un sistema de control de concentraciones tan permeable a influencias políticas como el español.

El riesgo de conflictos entre el mantenimiento de la competencia efectiva y de otro tipo de objetivos es menor con un *test* de valoración de concentraciones como el de la dominancia que con otro tipo de *test* más difícil de objetivizar, como es el de la obstaculización de la competencia.

Cuando se utiliza un *test* basado en la obstaculización de la competencia, para garantizar que el mantenimiento de la competencia no se ve injustificadamente mermado a favor de otros intereses, es aconsejable:

- En sistemas en los que el procedimiento de decisión se mantiene en un solo estadio (como el francés, con el Ministro de Economía o el británico con el Secretario de Estado de Comercio e Industria, y como el español con el Consejo de Ministros), debe garantizarse la interpretación correcta de términos como “intereses de los consumidores”, “fomento del progreso técnico”, “competitividad internacional de la industria nacional”, etc.

Lo cierto es que es difícil imaginar que un órgano político, como el Consejo de Ministros español, cuyo objetivo principal está lejos de ser el mantenimiento de la competencia, no vaya a tener en cuenta criterios muy dispares en la valoración de una operación determinada. En efecto se corre el riesgo de que el control de concentraciones se convierta en un instrumento de política industrial, y de incentivar un pretendido progreso técnico y económico a través de una actitud muy proclive a autorizar concentraciones entre grandes empresas nacionales.

En este tipo de sistemas la competencia está más protegida con



un *test* de valoración de las concentraciones como el de dominancia, dada su objetividad y consolidación. Además proporciona mayor seguridad jurídica a las empresas cuando se plantean llevar a cabo una concentración.

- Prever un procedimiento en dos estadios, en el que exista una separación institucional entre la autoridad que valora los aspectos de competencia y la que analiza otros criterios. Este es el caso del sistema alemán. El BKA analiza la operación desde el punto de vista de la competencia exclusivamente y cuando, excepcionalmente, sea necesaria la ponderación de otros intereses, será una autoridad distinta, el Ministro Federal de Economía quien realice el balance, contando con la intervención de una Comisión de Monopolios, lo que dota al proceso de mayor transparencia.

Quienes, con referencia al sistema español, defienden el *test* de la obstaculización de la competencia frente al *test* de la dominancia, suelen basarse en dos argumentos. Por un lado critican la excesiva rigidez del *test* de dominancia que, a veces, no permitiría tener en cuenta consideraciones específicas del caso concreto. Al mismo tiempo, aluden a los buenos resultados del sistema estadounidense, donde se emplea un *test* similar al de la obstaculización de la competencia.

En Estados Unidos, donde se cuenta con un sistema de control de concentraciones más antiguo y bien consolidado, el criterio aplicado para valorar una operación es que, como consecuencia de la misma “*pueda disminuir sustancialmente la competencia*”.

Es cierto que en Estados Unidos, en la valoración de concentraciones priman criterios como el perjuicio de los consumidores o la eficiencia económica sobre la creación o reforzamiento de una posición de dominio. Sin embargo, en Estados Unidos no intervienen autoridades políticas en el 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 del *case law*, han elaborado una doctrina 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 e inseguridad jurídica para las empresas que existen en un sistema como el español. En España, el órgano en el que se inician las investigaciones, el SDC, está integrado en el Ministerio de Economía, lo que le hace vulnerable, desde la primera etapa de la investigación, 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 de la competencia.

4.4. VALORACIONES CRÍTICAS DE LOS CASOS MÁS EMBLEMÁTICOS DECIDIDOS EN LOS ÚLTIMOS AÑOS

Como ya se ha dicho antes, las principales críticas que pueden hacerse al procedimiento de control de concentraciones español es que las consideraciones políticas puedan prevalecer sobre las consideraciones de competencia. Por otro lado, la aprobación de una operación de concentración que crea o refuerza una posición de dominio sobre la base de determinados elementos que pueden contrarrestar los efectos negativos de la operación desde el punto de vista de la competencia, a veces, puede conducir a resultados muy poco satisfactorios⁶⁹.

A continuación se tratarán algunos de los casos recientes más ilustrativos de estas críticas.

69. Véase en este sentido el caso de la fusión Ebro/Azucarera previamente explicado.



Antena 3 Radio/SER⁷⁰

El 20 de mayo de 1992 una decisión del Consejo de Ministros autorizó la operación de concentración entre las entidades radiofónicas SER (perteneciente al grupo Prisa) y Antena 3 Radio (parte del grupo Godó), en la empresa Unión Radio. Esta decisión, siguiendo la recomendación del TDC, optó por autorizar la operación sometiénola a determinadas condiciones.

El 9 de junio de 2000 el Tribunal Supremo anuló el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autorizó la mencionada operación. Según el Tribunal Supremo el problema consiste en que la operación producía una posición equivalente a la participación mayoritaria de una misma persona, en más de una sociedad concesionaria, lo que prohíbe la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (en lo sucesivo LOT).

El Tribunal Supremo estimó que en este caso, tanto el TDC en su informe, como la decisión del Consejo de Ministros, deberían haberse inclinado por declarar improcedente la operación, ordenando la desconcentración, ya que las condiciones a las que se subordinó la no oposición a la operación podrían ser eficaces en el ámbito de la competencia, pero no evitaban el surgimiento de una posición equivalente no deseable a la que se ha hecho referencia.

De la Sentencia del Tribunal Supremo se deduce que en este caso el *test* de valoración de la operación no había sido bien aplicado. Consideraciones como la preservación del pluralismo informativo y el impedir situaciones que representen un menoscabo para el mismo, que es lo que se protege con la LOT, desaconsejan la aprobación de una operación como la del caso, incluso cuando consigan compensarse los efectos anticompetitivos de la misma:

70. Expediente de concentración económica C-13/93 Sociedad Española de Radiodifusión S.A./ Antena 3 de Radio S.A./Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio S.A.

“así como en otros ámbitos los principios del sistema económico no exigen necesariamente una pluralidad de operadores, reprimiéndose tan sólo el abuso de posición de dominio en el mercado, en el que nos ocupa, la restricción de su número acarrea el riesgo de menoscabar el pluralismo político y, con ello, la base misma del Estado democrático”.

Según el Tribunal Supremo, una concentración como la del caso, en el terreno de los medios de comunicación, no sólo puede ser contraria al orden económico sino *“al orden político y [...] los principios básicos de una sociedad democrática”*, que *“deben ser preservados con carácter prioritario [...]”*

No es frecuente que el Tribunal Supremo anule acuerdos del Consejo de Ministros en materia de concentraciones.

En este caso, el Tribunal Supremo considera que los criterios de valoración de la concentración no fueron aplicados convenientemente. Por supuesto, este órgano no acusa ni al TDC ni al Consejo de Ministros de parcialidad, pero lo cierto es que esta operación ya fue muy criticada en su día por responder meramente a motivaciones políticas. De hecho, el resultado práctico de la operación fue que el grupo Prisa, acabó controlando Antena 3 radio antes del final del año 1992. Desde diversos medios de comunicación y políticos, se acusó al gobierno de la época de favorecer la operación, para obtener a cambio un cierto “trato de favor” de los medios de comunicación del grupo Prisa, que le permitiese mejorar su, por entonces, deteriorada imagen antes de las elecciones generales de 1993.

Una vez más, las implicaciones políticas hacen dudar de la objetividad de las decisiones del Consejo de Ministros en materia de concentraciones. Es más, como ocurrió en el caso Endesa/Iberdrola (que se explica a continuación), el caso Antena 3 Radio/SER, levanta sospechas sobre la independencia del TDC en los casos de concentraciones con claras implicaciones políticas.



Unión Fenosa/Hidroeléctrica del Cantábrico⁷¹

El 5 de abril de 2000, se sometió a dictamen del TDC la adquisición del 100% de las acciones de Hidroeléctrica del Cantábrico (en adelante Hidrocantábrico) por Unión Fenosa.

Previamente la Comisión Nacional de Energía, según se prevé en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, emitió su informe preceptivo sobre la operación, en el que estimó que:

- En el mercado de generación, la operación incrementaría el grado de concentración, si bien no implicaría una modificación sustancial de la estructura del mercado, dado que la capacidad para determinar precios seguía siendo ostentada por las empresas líderes.
- La desaparición de Hidrocantábrico podría tener cierto efecto en el mercado de comercialización, si bien la estructura del mismo seguiría caracterizándose por la preeminencia de las dos mayores empresas.

Por estas razones, la Comisión Nacional de Energía entendió que la operación notificada no alteraría significativamente el grado de competencia en los mercados afectados.

Sorprendentemente, la valoración que hizo el TDC de la operación fue sustancialmente más negativa.

La operación, según el TDC, al reducir el número de operadores en el mercado relevante de cuatro a tres aumentaría significativamente el ya elevado grado de concentración existente en el mercado de generación y la interdependencia estratégica entre los tres operadores principales,

71. Expediente de concentración económica C 54/00 Unión Eléctrica Fenosa/Hidroeléctrica del Cantábrico.

por lo que existirían mayores incentivos a ejercer una posición de dominio conjunto.

El TDC consideró que, en el mercado de generación de energía eléctrica, la escasa contestabilidad del mercado y la existencia de importantes barreras a la entrada, aumentaría el riesgo de que entre los tres únicos operadores que en el mercado llegaran a establecerse posibles prácticas restrictivas de la competencia.

En el mercado de comercialización, la operación podría suponer la eliminación del competidor que más había dinamizado la competencia en dicho mercado.

Por estas razones el TDC recomendó prohibir la operación. El Consejo de Ministros, el 26 de mayo de 2000, siguiendo el dictamen del TDC ordenó que no se procediera a la operación notificada.

Resulta notable el hecho de que ni siquiera se planteara la posibilidad de autorizar la operación sometiéndola a condiciones, especialmente, si se tiene en cuenta la cuota de mercado relativamente pequeña que hubiese ostentado la entidad producto de la fusión: 17% de la capacidad de generación de energía eléctrica, muy inferior a la de sus competidoras, Endesa (45,7%) e Iberdrola (36,6%). En términos de ventas de energía eléctrica, las cuotas correspondientes serían 19,6% frente al 47,6% de Endesa y el 27,1% de Iberdrola. Con estas cuotas de mercado es imposible afirmar que pueda ostentarse una posición de dominio individual o colectiva.

La prohibición se basó, en gran parte, en la doctrina recogida en la decisión de la Comisión Europea Airtours/First Choice, en la que se prohibió una concentración que habría resultado en el control del 80% del mercado por los tres principales operadores, argumentando que la disminución de cuatro a tres del número de operadores habría reforzado las posibilidades de interacción estratégica entre ellos basada en el



ejercicio de dominio conjunto. Es necesario decir, que esta doctrina cuenta con tantos partidarios como detractores, y que la decisión de la Comisión Europea en el asunto Airtours/First Choice ha sido recurrida ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. Habrá que esperar al pronunciamiento definitivo de este órgano para valorar lo acertado del argumento.

Sin embargo, y al margen de este problema doctrinal, el caso de Unión Fenosa/Hidrocarbónico resulta verdaderamente sorprendente en comparación con el trato dado a la fusión Endesa/Iberdrola que se planteó ante las autoridades de competencia tan sólo unos meses más tarde. La sospecha de que razones políticas y no de mantenimiento de la competencia condicionaron la valoración de estas operaciones es evidente, como se verá a continuación.

Endesa/Iberdrola⁷²

El 17 de octubre de 2000 se notificó al SDC el proyecto de operación de concentración consistente en la fusión por absorción de Iberdrola por Endesa. El 10 de noviembre de 2000 se remitió al expediente al TDC para que dictaminase al respecto.

Endesa e Iberdrola controlan conjuntamente el 80% de la energía eléctrica generada por las cuatro empresas que operan en el mercado español de generación. El TDC constató la existencia de poder de mercado por parte de las empresas implicadas en la concentración, mientras que las demás empresas generadoras son básicamente precio-aceptantes.

Por otro lado, la integración vertical entre empresas generadoras, distribuidoras y comercializadoras dificulta notablemente la entrada de comercializadores en el mercado español. Esta integración vertical es

72. Expediente de concentración económica C 60/00 Endesa/Iberdrola.

notable en el caso de Endesa e Iberdrola, siendo mucho menos significativas en las otras dos empresas que operan en el sector (Unión Fenosa e Hidrocantábrico). El TDC reconoció que este elevado grado de integración vertical hace posible prácticas dilatorias y discriminatorias en perjuicio de los competidores.

Esta integración vertical y la posición de dominio individual que la nueva entidad adquiriría en la generación le permitirían ejercer el control individual sobre más de la mitad de las compras, lo que aún reforzaría más su posición de dominio, no sólo del lado de la oferta, sino también de la demanda.

La nueva entidad ostentaría una posición de dominio individual en la distribución y en la comercialización de energía (con una cuota de mercado del 80% y del 84% respectivamente).

La operación conllevaría una disminución de costes y una mejora de la eficiencia productiva de la empresa pero, al quedarse como única empresa con posición de dominio, no existirían incentivos para trasladar esas mayores eficiencias a los consumidores.

La única consecuencia favorable que destacó el TDC en su informe sobre la concentración fue que propiciaría la entrada de nuevos competidores en el mercado y el reforzamiento de los ya existentes. Sobre la base de estos efectos favorables el TDC estimó que la operación podría ser aprobada sometiéndola a condiciones que garantizaran que las ganancias de eficiencia fuesen trasladadas a los consumidores.

Por ello, el TDC aconsejó limitar el poder de mercado de la empresa resultante tanto desde el lado de la oferta, reduciendo su capacidad de generación al 35%, como por el lado de la demanda, reduciendo sus activos de distribución y su capacidad de comercialización, y suprimiendo también su presencia en la actividad del transporte.



La primera conclusión del Dictamen del TDC, con el que se resume un informe cargado de valoraciones negativas de la operación, es que la concentración no debería autorizarse porque *“crearía una posición de dominio que obstaculizaría el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado español de la electricidad”*. Paradójicamente en la segunda conclusión el TDC considera que la operación podría ser autorizada sometiéndola a las condiciones que hemos explicado anteriormente.

Aparentemente, resulta incomprensible que el mismo Tribunal que prohibió a la concentración entre la tercera y la cuarta empresa eléctrica española, por ser contraria a la competencia, no se opusiera con mayor rotundidad a la fusión entre la primera y la segunda. Máxime cuando ambas operaciones fueron analizadas en un espacio de meses. Parece evidente que otros criterios distintos del mantenimiento de la competencia han jugado un papel fundamental en la valoración de ambas operaciones.

Del informe Endesa/Iberdrola se deducen varias cosas: en primer lugar que el TDC ha sido objeto de evidentes presiones. Los miembros del Tribunal conocían las pretensiones del Gobierno y le proporcionaron un informe que le permitiera afirmar que el TDC no se oponía a la operación, aunque estuviese sometida a duras condiciones. El resultado fue un informe contradictorio, en el que se declara que la operación obstaculizará sustancialmente la competencia y, no obstante, el TDC afirma que puede ser autorizada sometida a condiciones.

Por otro lado, el TDC basó su recomendación de autorizar bajo condiciones en que la operación tendría la consecuencia favorable de propiciar la entrada de nuevos competidores y el reforzamiento de los ya existentes, así se fomentaría la competencia en un mercado que presenta fuertes barreras de entrada. Sin embargo estas barreras de entrada tienen un fundamento técnico (falta de interconexiones) o legislativo (se ha señalado que es necesaria una modificación del marco regulatorio para favorecer la competencia en el mercado eléctrico).

Por lo tanto, no pueden ser eliminadas a través de la autorización de una concentración, que tienen evidentes efectos negativos para la competencia en el sector, sobre la base de que, a largo plazo, incentivará la competencia. Además el papel del TDC es salvaguardar el mantenimiento de la competencia y no el diseño del mapa eléctrico español, que corresponde a otras autoridades. El control de concentraciones debe ser un instrumento al servicio de la política de competencia no un medio para alcanzar otro tipo de fines.

El Consejo de Ministros, en la línea del TDC, autorizó la operación someténdola a condiciones, aunque menos rigurosas que las que había planteado el TDC.

Finalmente, la operación no se llevó a cabo porque con tales condiciones no resultaba rentable para las empresas implicadas, pero la gravedad del asunto no es menor por ello. Las motivaciones políticas ajenas al mantenimiento de la competencia primaron en la decisión de autorización de la operación, y lo que es más grave, en el informe del TDC, que, en principio, es una autoridad independiente.

La conclusión que puede extraerse de este caso es que el desgaste político que para el Consejo de Ministros supondría tomar decisiones en materia de concentraciones en sentido contrario al TDC hace que, en algunas ocasiones, las presiones políticas se extiendan al TDC.

Concentraciones en el mercado de la cerveza: Heineken/Cruzcampo⁷³ y Mahou/San Miguel⁷⁴

Estas concentraciones fueron aprobadas por el Consejo de Ministros (el 27 de diciembre de 1999 y el 3 de noviembre de 2000, respectivamen-

73. Expediente de concentración económica C-44/99 Heineken-Cruzcampo.

74. Expediente de concentración económica C-58/00 Mahou-San Miguel.



te) en contra del Dictamen del TDC que, en ambos casos, consideró adecuado valorar las operaciones como improcedentes, teniendo en cuenta los efectos de las mismas sobre la competencia y tras apreciar los elementos compensatorios de las restricciones apreciadas.

A pesar de los informes del TDC, que realizan una valoración bastante objetiva de los efectos de las operaciones notificadas sobre el mercado de la cerveza, el Consejo de Ministros decidió aprobar ambas concentraciones sobre la base de consideraciones de política industrial.

En el expediente Heineken/Cruzcampo se analizó la compra por Heineken del 88,21% de Cruzcampo. Heineken ya poseía el 71,33% del capital social de El Águila.

El mercado relevante de producto es el de la producción y comercialización de cerveza. En sentido estricto, el TDC distinguió dos mercados de producto diferenciados: el mercado alimentación y el mercado *horeca* (hoteles, restaurantes y cafeterías), que representa más de las dos terceras partes de las ventas de cerveza realizadas en España.

Cuando la operación analizada fue notificada la estructura de la oferta del mercado cervecero estaba concentrada en cinco empresas con dimensión nacional que suministraban en torno al 82% del consumo total (Grupo Cruzcampo, Mahou, San Miguel, El Águila y Grupo Damm). El resto de la oferta estaba constituida por empresas con dimensión regional, por marcas blancas o por marcas importadas (con unas cuotas de mercado de 4,32%, 6,43% y 6,97% respectivamente).

Las ventas totales de la empresa resultante de la concentración entre Cruzcampo y El Águila ascenderían al 37,67%. El poder real de mercado obtenido con la concentración incluiría también la considerable ampliación y mejora de la cartera de marcas de que dispondrá la nueva empresa, y el fuerte incremento de su posición en el mercado *horeca*, donde su cuota sería superior al 35%. Este aumento fuerte y generali-

zado de las cuotas de mercado supondría un serio deterioro de la competencia, teniendo en cuenta que se produce en un mercado como el *horeca*, caracterizado por unas barreras de entrada muy significativas, y por un desequilibrio muy acusado de capacidad económica y financiera entre el nuevo grupo cervecero y cada uno de los pequeños establecimientos que constituyen la gran mayoría de los puntos de venta *horeca*.

El TDC, lejos de hallar factores que pudieran suavizar en el futuro este deterioro de la competencia efectiva, consideró que existía un claro riesgo de que la concentración analizada fuese el detonante para la integración de la gestión de Mahou y San Miguel, dos empresas que ya estaban estrechamente vinculadas a través de un socio común, el grupo Danone.

Desde 1994 el Grupo Danone controla San Miguel, con el 69,08% de participación en su capital, y ejerce un control no exclusivo sobre Mahou, a través de la participación del 33% en su capital y del derecho de nombramiento de su Consejero Delegado. Mahou posee, además, el 30% del capital de San Miguel.

Por el momento, la gestión de Mahou y San Miguel se mantenía independiente, en cumplimiento del acuerdo explícito a estos efectos convenido entre Mahou y Danone en mayo de 1994.

Sin embargo, la gestión unificada de Mahou y San Miguel, junto con la concentración Cruzcampo–El Águila daría lugar, según afirmó el TDC, a la creación de una posición de dominio colectivo, tal como ha sido descrita en la decisión de la Comisión Europea Gencor/Lonrho⁷⁵, refrendada por el TJCE en su Sentencia de 25 de marzo de 1999.

Por todas estas razones, el TDC en pleno, dictaminó que la operación era improcedente, y ni siquiera planteó su aprobación sometida a condiciones.

75. Decisión de la Comisión de 24 de abril de 1996 en el asunto Gencor/Lonrho, as. n° IV/M. 619.



En efecto, según el TDC,

“[...] el grave deterioro de la competencia efectiva sólo puede evitarse prohibiendo la concentración objeto de este Informe. La desinversión en activos de las empresas que se concentran sería suficiente para eliminar los incentivos a la integración de la gestión de Mahou y San Miguel [...].

Los efectos positivos potencialmente compensadores de las amenazas a la competencia que conlleva la concentración Cruzcampo–El Águila son insuficientes en comparación con el severo deterioro de la competencia efectiva previsible”.

A pesar de la rotundidad de las conclusiones del TDC, el Consejo de Ministros autorizó la operación sometiénola a condiciones (eliminar la exclusividad de los contratos, rescindir licencias de producción y distribución, enajenación de determinadas marcas y del *know-how* relativo a las mismas, presentación de un plan de actuación ante el SDC).

Cuando la operación fue notificada, Cruzcampo, que era la empresa cervecera líder del mercado español, con una cuota de mercado de poco más del 23%, necesitaba un inminente proceso de reestructuración. Su productividad y su beneficio por empleado eran inferiores a los de los otros cuatro competidores.

El Consejo de Ministros aprobó la concentración para suavizar la dureza del necesario ajuste con el apoyo de un socio internacional como Heineken, que además de ser uno de los líderes del mercado europeo de la cerveza, contaba con un considerable conocimiento del mercado español de la cerveza aportado por quince años de gestión de El Águila.

La capacidad financiera de Heineken y su experiencia técnica, comercial y de marketing fue vista como una ventaja para la empresa cervecera española en la necesaria adaptación que debía hacer ante los retos a los que se enfrentaba el mercado español.

Sin embargo estos efectos positivos, como señaló el TDC, proceden de la compra de Cruzcampo por una multinacional y no de la concentración de Cruzcampo y El Águila. A juicio del TDC, los efectos negativos derivados de la operación para la competencia no hubiesen sido compensados por estas ventajas.

Como ya se ha dicho, el criterio del Consejo de Ministros fue sustancialmente distinto porque la concentración fue vista como un potencial estímulo a la investigación y desarrollo en el mercado de la cerveza español y, de nuevo, se utilizó el control de concentraciones para conseguir objetivos de política industrial.

Unos meses más tarde, se planteó ante el TDC la concentración Mahou/San Miguel, cuyos efectos ya habían sido analizados en el informe Heineken/Cruzcampo, desde un punto de vista hipotético.

Como consecuencia de la operación, el grupo Mahou/San Miguel adquiriría una cuota de 30,2% en el mercado de la distribución en el canal *horeca*, en el que el grupo Heineken cuenta, tras la concentración Cruzcampo–El Águila, con una participación del 42,3% y el grupo Damm del 20,9%. Con ello, la cuota conjunta de los dos líderes alcanzaría en 1999 el 72,5% del mercado.

El TDC se mantuvo ajeno a las valoraciones del Gobierno respecto de la anterior operación y coherentemente con su anterior informe se pronunció en la misma línea. Consideró que el aumento de los índices de concentración, el incremento de la cartera de marcas, la creación de una posición de dominio colectivo y la desigualdad de condiciones para competir de las empresas de ámbito local, no podría ser compensado por otros efectos positivos de la operación.

Según el notificante, la mejora en los recursos económicos y financieros del grupo resultante permitiría mejorar la ya buena capacidad exportadora de San Miguel y además incorporar en ese canal de expor-



tación las marcas de Mahou. Así, se posibilitaría la *“creación de un grupo cervecero español, dotado de los recursos tecnológicos y financieros necesarios para competir, tanto en el mercado interior como en los mercados europeos, con las grandes compañías europeas del sector”*.

Posiblemente estas habrán sido las razones que finalmente llevaron al Consejo de Ministros a aprobar la operación someténdola a condiciones formuladas de forma mucho más vaga que en el asunto Heineken/Cruzcampo. En este caso, ni siquiera implicaban la enajenación de marcas y activos productivos, al parecer debido a la inferior cuota de mercado del grupo Mahou/San Miguel, tanto en producción como en consumo, en relación al grupo Heineken. Sin embargo, precisamente refiriéndose a la cartera de marcas del nuevo grupo, el TDC señaló que:

“La concentración otorgará al grupo resultante una importante cartera de marcas tanto o más importante que los incrementos de cuotas de mercado, ya que aumentan su poder de negociación frente a sus distribuidores y les otorga un mecanismo directo para conseguir la introducción de nuevos productos o el fomento de las marcas con menos demanda”.

Respecto a los efectos compensatorios de las restricciones de competencia el TDC no pudo constatar que la operación conllevara una reestructuración de costes, de activos, etc. De tal manera que se vayan a producir mayores niveles de eficiencia, y que, por lo tanto, no existen indicios de que los precios vayan a reducirse en el futuro o que vaya a mejorar la calidad del producto.

Por otro lado, frente a los argumentos de la notificante relativos a la creación de ese *“grupo cervecero español”* que haría la industria la cervecera española más competitiva a nivel interno y a nivel europeo, el TDC resaltó que:

“[...] ninguno de los beneficios de la operación han considerado que pueda tras-

ladarse directamente a los consumidores, ni tampoco como van a emplearse esos mayores beneficios para mejorar el grado d competencia del sector”.

Estas decisiones constituyen un nuevo ejemplo de que el carácter político de la autoridad que toma las decisiones en materia de concentraciones tiene por efecto la autorización de operaciones que no benefician a los consumidores ni a otros operadores del mercado, pero que son bien vistas por el Ejecutivo porque originan *national champions* capaces de mantener en el mercado europeo nombres nacionales.

Alianza Bus/Enatcar⁷⁶

Esta operación consistía en la compra por Alianza Bus del 100% de Enatcar, que pertenecía en su totalidad a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI).

El TDC consideró que esta operación modificaba sustancialmente la estructura de la oferta del mercado afectado al concentrarse los dos primeros grupos que operaban en el mismo, disminuyendo el número de competidores fuertes de cuatro a tres. Además, el nuevo grupo, con un 35,1% de cuota de mercado, se distanciaba considerablemente de sus principales competidores. A ello había que unir el hecho de que dada la distribución geográfica de las concesiones del nuevo grupo, éste tendría un enorme peso en el norte, el noroeste y en la cuenca mediterránea. Además el grupo resultante desde su posición privilegiada podría utilizar ciertos instrumentos que brinda la legislación sobre transportes para crear barreras de entrada.

A la luz de estos hechos, el TDC concluyó que existía un riesgo estimable de que la entidad resultado de la operación alcanzase una posición de dominio en el mercado afectado.

76. Expediente de concentración económica C-45/99 ALIANZA BUS/ENATCAR.



No obstante el TDC consideró que la operación podría autorizarse siempre que se subordinara a ciertas condiciones.

El Consejo de Ministros autorizó la operación sometiéndola a condiciones: renuncia a la adquisición de nuevas concesiones públicas de transporte de viajeros y también se establecieron obligaciones de desinversión.

En este caso, como en la operación Unión Fenosa/Hidrocontábrico, también se reduce de cuatro a tres el número de operadores en un mercado difícilmente contestable y la cuota de mercado de la nueva empresa es mayor que la que hubiese surgido de la unión de las dos empresas eléctricas. A pesar de estos hechos esta operación fue autorizada.

Estas distorsiones ilustran la inseguridad jurídica del sistema de valoración de concentraciones español y el carácter errático de las decisiones adoptadas.

4.5. SUGERENCIAS DE POSIBLES MODIFICACIONES A INTRODUCIR EN EL SISTEMA DE TOMA DE DECISIONES RELATIVAS A LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

4.5.1. En primer lugar, debería eliminarse al máximo la intervención de órganos políticos en las decisiones de autorización o prohibición de operaciones de concentración, por los riesgos que ello implica para la seguridad jurídica del procedimiento y para el mantenimiento de una competencia efectiva. Como ya se ha expuesto a lo largo del Dictamen, los riesgos de que sea una autoridad política la encargada de autorizar o prohibir operaciones de concentración son considerables. 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, 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 caso alemán, 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.

- 4.5.2.** En cuanto al desarrollo del procedimiento sería conveniente introducir algunas modificaciones para dotarlo de mayor transparencia. Resulta muy positivo que el Anteproyecto prevea la publicidad del informe del SDC una vez que el 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 no existe cauce legal y procedimental 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 Ministro de Economía, 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 para que permitiese la celebración de un debate contradictorio 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.

4.5.3. 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, a diferencia del comunitario, la posibilidad expresa de que puedan negociarse compromisos en la segunda fase, ante el

TDC. Esto priva al procedimiento español de la celebración de un debate contradictorio de los compromisos propuestos⁷⁷, que permitiría llegar a una concreción final de los mismos mucho más precisa.

Por lo tanto para dotar de mayor eficacia al mecanismo de los compromisos debería regularse expresamente la negociación en la segunda fase, además de fijar plazos expresos para su realización (para evitar dilaciones 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.

4.5.4 En último lugar, sería muy recomendable modificar el *test* de la obstaculización significativa de la competencia empleado en el procedimiento español y adoptar el *test* de la dominancia.

Ya han sido ampliamente expuestas las ventajas que desde el punto del mantenimiento de la competencia tendría este cambio, 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.

77. 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 sobre los compromisos oralmente ante las autoridades comunitarias.



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 artículo 9 del Reglamento de concentraciones 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 competencias comunitaria y españolas, lo que sin duda redundaría en ventajas para las empresas españolas con actividad en varios países de la Unión Europea.

Además no tiene mucho sentido que el sistema español de control de concentraciones base algunos de los conceptos fundamentales en la práctica decisonal 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.



Bibliografía

LEGISLACIÓN COMUNITARIA

- Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (con las últimas modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997 y en vigor desde el 1 de enero de 1999).
- Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo de 21 de diciembre de 1989, sobre control de las operaciones de concentración entre empresas (DO n° L 395 de 30 de diciembre de 1989).
- Reglamento (CE) n° 447/98 de la Comisión de 1 de marzo de 1998 relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento (CEE) entre empresas (DO n° L 61 de 2 de marzo de 1998).

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

- Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia (B.O.E. nº 170, de 18 de julio de 1989).
- Ley 1/2002, de 21 de febrero. De Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia (B.O.E. nº46 de 22 de febrero de 2002).
- Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores (B.O.E. nº 181 de 29 de julio de 1988).
- Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores (B.O.E. nº 181 de 29 de julio de 1988).
- 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 económicas (B.O.E. nº16 de 18 de enero de 2002).
- Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores (B.O.E. nº 181 de 29 de julio de 1988).

LEGISLACIÓN DE OTROS ESTADOS MIEMBROS

- Ley nº2001-420 de 15 de mayo de 2001 relativa a las Nuevas Regulaciones Económicas (JO nº 113 de 16 de mayo de 2001, p. 7776) (Francia).
- Ordenanza 86-1243 de 1 de diciembre de 1986, modificada por Ordenanza 2000-912 de 18 de septiembre de 2000 (Francia).
- Ley nº 287 de 10 de octubre de 1990, sobre defensa de la competencia y del mercado (Gazzetta Ufficiale, del 13 octubre 1990, n. 240) (Italia).
- Fair Trading Act de 1973 con las modificaciones introducidas posteriormente por la Companies Act de 1989, la Deregulation and Contracting Out Act 1994 y la Competition Act de 1998 (Reino Unido).
- Ley contra las Restricciones de Competencia (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) de 1958 (en lo sucesivo GWB). (Alemania).



JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 1999 en el asunto T-102/96, GENCOR LTD/Comisión de las Comunidades Europeas (DO nº C 160 de 5 de junio de 1999).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1998 en los asuntos acumulados C-68/94 República Francesa/Comisión de las Comunidades Europeas, apoyada por República Federal de Alemania, y C-30/95: SOCIÉTÉ COMMERCIALE DES POTASSES ET DE L'AZOTE (SCPA) y ENTREPRISE MINIÈRE ET CHIMIQUE (EMC)/Comisión de las Comunidades Europeas, apoyada por KALI UND SALZ GMBH Y KALI UND SALZ BETEILIGUNGS-AG (DO nº C 209 de 04 de julio de 1998).
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, en el asunto 27/76, UNITED BRANDS COMPANY y UNITED BRANDS CONTINENTAAL BV/Comisión de las Comunidades Europeas. (Rec. Edición especial española 1978 página 67).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

- Auto de 21 de marzo de 2001 por el que se acuerda la suspensión de la ejecución del Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de octubre de 2000 en el expediente relativo a la operación de concentración económica de fusión entre SALCAI S.A./UNIÓN DE TRANSPORTES INSULARES S.A.
- Sentencia de 9 de junio de 2000 en el recurso Contencioso-Administrativo nº 533/1994 contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 20 de mayo de 1994, por el que dicho Consejo de Ministros estima que no procede oposición a la operación de concentración consistente en la cesión de la gestión por parte de Antena 3 Radio, S.A. y la sociedad Española de Radiodifusión, S.A., a favor de la Sociedad de Servicios Radiofónicos, Unión Radio S.A.

DECISIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONCEN- TRACIONES ECONÓMICAS

- Decisión de la Comisión Europea de 1 de marzo de 2001, publicada el 3 de julio de 2001, caso COMP/ M. 2220 GENERAL ELECTRIC/HONEYWELL
(<http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>).
- Decisión de la Comisión Europea de 13 de octubre de 2000, caso n° COMP/M. 2050, VIVENDI/CANAL+/SEAGRAM (DO n° C 210 de 22 de julio de 2000)
- Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2000, caso n° COMP/M. 1845, AOL/TIME WARNER (DO n° C 130 de 11 de mayo de 2000).
- Decisión de la Comisión de 22 de septiembre de 1999, caso n° IV/M.1524, AIRTOURS/FIRST CHOICE (DO n° L 93 de 13 de abril de 2000).
- Decisión de la Comisión Europea de 30 de julio de 1999, caso n° COMP/M. 1553 FRANCE TELECOM/EDITEL/LINCE (DO n° C 11/ de 14 de enero de 2000).
- Decisión de la Comisión de 15 de octubre de 1997, caso IV/M.938 GUINNESS/GRAND METROPOLITAN (DO n° L 288 de 27 de octubre de 1998)
- Decisión de la Comisión de 2 de octubre de 1997, caso n° IV/M.984 DUPONT/ICI (DO n° C 4 de 08 de enero de 1998).
- Decisión de la Comisión de 11 de septiembre de 1997, caso n° IV/M.833, THE COCA-COLA COMPANY/CARLSBERG A/S (DO n° L 145 de 15 de mayo de 1998).
- Decisión de la Comisión de 30 de julio de 1997, caso IV/M.877 BOEING/MCDONNELL DOUGLAS (DO n° L 336 de 08 de diciembre de 1997).
- Decisión de la Comisión de 22 de enero de 1997, caso n° IV/M.794, COCA-COLA/AMALGAMATED BEVERAGES GB (DO n° L 218 de 9 de agosto 1997).
- Decisión de la Comisión de 17 de julio de 1996, caso IV/M 553,



RTL/VERONICA/ENDEMOL (DO n° L 294 de 19 de noviembre de 1996)

- Decisión de la Comisión de 24 de abril de 1996, caso IV/M. 269 SHELL/MONTECATINI (DO n° L 294 de 19 de noviembre de 1996).
- Decisión de la Comisión de 24 de abril de 1996, caso n° IV/M.619, GENCOR/LONRHO (DO n° L 11 de 14 de enero de 1997).
- Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 1995, caso n° IV/M. 490 NORDIC SATELLITE DISTRIBUTION (DO n° L 53/20 de 2 de marzo de 1996).
- Decisión de la Comisión de 9 de noviembre de 1994, caso IV/M.469, MSG MEDIA SERVICE (Diario Oficial n° L 364 de 31 de diciembre de 1994)
- Decisión de la Comisión de 12 de noviembre de 1992, caso n° IV M.222, MANNESMANN/HOESCH (DO n° L 114 de 08 de mayo de 1993).
- Decisión de la Comisión de 2 de octubre de 1991, caso n° IV/M. 53, AEROSPATIALE/AENIA/DE HAVILLAND (DO n° L 334 de 5 de diciembre de 1991).

INFORMES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (TDC) EN MATERIA DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS

- Informe del TDC de 18 de enero de 2001 en el expediente de concentración económica C 61/00 BANCO HERRERO/BANCO DE SABADELL.
- Informe del TDC de 10 de enero de 2001 en el expediente de concentración económica C 60/00 ENDESA/IBERDROLA
- Informe del TDC de 10 de octubre de 2000 en el expediente de concentración económica C 58/00 MAHOU/SAN MIGUEL.
- Informe del TDC de 25 de julio de 2000 en expediente de concentración económica SALCAI S.A./UNIÓN DE TRANSPORTES INSULARES S.A.
- Informe del TDC de 17 de mayo de 2000 en el expediente de concentración económica C 54/00 UNIÓN ELÉCTRICA

FENOSA/HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO.

- Informe del TDC de 1 de marzo de 2000 en el expediente de concentración económica C 47/99 BBVA/ARGENTARIA.
- Informe del TDC de 17 de enero de 2000 en el expediente de concentración económica ALIANZA BUS/ENATCAR.
- Informe del TDC de 2 de diciembre de 1999 en el expediente de concentración económica C 44/99 HEINIKEN/CRUZCAMPO.
- Informe del TDC de 20 de mayo de 1999 en el expediente de concentración económica C 39/99 BANCO SANTANDER/BANCO CENTRAL HISPANO.
- Informe del TDC de 6 de mayo de 1999 en el expediente de concentración económica C 38/99 ENDESA/GAS NATURAL.
- Informe del TDC en el expediente de concentración económica C-13/93 Sociedad Española de Radiodifusión S.A./ Antena 3 de Radio S.A./Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio S.A. Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de mayo de 1994.

RESOLUCIONES DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS

- Decisión del Bundeskartellamt de 3 de julio de 2000, WuW/E DE-V 301 ff. – "RWE/VEW".
- Decisión del Ministro de Economía (Francia) de 17 de septiembre de 1998, COCA-COLA/PERNORD RICARD, BOCCRF de 7 de octubre de 1998, p. 555 e Informe del Consejo de Competencia de 29 de julio de 1998
- Decisión del Ministro de Economía (Francia) de 10 de mayo de 1991, Les Fils de Jules Bianco/Elf France, BOCCRF de 11 de mayo de 1991, pág. 129.
- Decisión del Ministro de Economía (Francia) de 3 de septiembre de 1990 eurocom/WCRS/ Carat Espace e Informe del Consejo de Competencia de 10 de julio de 1990, BOCCRF, de 4 de septiembre



de 1990, pág. 349.

PUBLICACIONES DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA COMUNITARIAS Y DE LOS ESTADOS MIEMBROS

- Informe sobre la política de competencia de la Comunidad Europea (Dirección General de Competencia e la Comisión Europea, Bruselas 2001).
- Libro Verde de la Comisión Europea sobre la revisión del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo (Bruselas, 11 de diciembre de 2001).
- Memoria anual 2000 del Servicio de Defensa de la Competencia español.
- Memoria anual 1999 del Servicio de Defensa de la Competencia español.
- Memoria anual 2000 del Bundeskartellamt.
- Memoria anual 2000 del Consejo de la Competencia francés.
- Memoria anual 2000 de la Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado.
- Memoria anual 1999 sobre política de competencia en el Reino Unido.
- Comunicación de la Comisión sobre la revisión de su Comunicación de 1996 relativa a la no imposición de multas o la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas (DO nº C 205 de 21 de julio 2001).
- Comunicación de la Comisión Europea sobre las restricciones directamente relacionadas y necesarias para las operaciones de concentración (DO nº C 188 de 4 de julio de 2001).
- Comunicación de la Comisión Europea sobre soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo y al Reglamento nº 447/98 de la Comisión (DO C 68 de 223 de marzo de 2001).
- Comunicación de la Comisión Europea relativa al cálculo del volu-

- men de negocios, con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento de control de concentraciones. (DO C66 de 2 de marzo de 1998).
- Comunicación de la Comisión Europea relativa a la alianza entre BRITISH AIRWAYS y AMERICAN AIRLINES (DO n° C 239 de 2 de octubre de 1996).
 - Comunicación 98/C 66/02 de la Comisión Europea, de 2 de marzo de 1998, sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO C 66 de 02.03.1998).
 - Segunda Comunicación de la Comisión Europea relativa a la alianza entre BRITISH AIRWAYS y AMERICAN AIRLINES (DO n° C 289 de 30 de julio de 1998).
 - Comunicación de la Comisión Europea sobre el concepto de empresas afectadas con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento de control de concentraciones (DO C 66 de 2 de marzo de 1998).
 - Comunicación de la Comisión Europea relativa al concepto de empresa en participación con plenas funciones con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento de control de concentraciones (DO C 66 de 2 de marzo de 1998).

BIBLIOGRAFÍA

- MONTI M.: "The Commission Notice on merger remedies – one year after", Discurso pronunciado en el Centro de Economía Industrial de la Escuela superior de Minas (CERNA), París 18 de enero de 2002.
- BUNDESKARTELLAMNT: "Prohibition criteria in merger control – Dominant Position versus substantial lessening of competition", octubre 2001.
- CORRUBLE, P.: "Dix ans d'application du règlement concentration par la Commission Européenne" La Gazette du Palais, 30 de mayo de 2001, n° 150-151, pág. 5-14.
- IDOT, L.: "La réforme du contrôle français des concentrations" La



- Semaine Juridique entreprise et affaires n°4 2001, págs. 1-8.
- MARTOR, B.: "French merger regulation reform" *European Competition Law Review*, v. 22, n°3, marzo 2001, págs. 110-113.
 - MC NUTT, P.A.: "The relevant firm in European merger control law: spillover effects and control" *Rev. World Competition (Law and Economics Review)* Volumen 24 n°2, junio 2001, Ed. Kluwer Law International.
 - "Mergers: The Reponse to the Consultation on Proposals for Reform" (URN 00/805), disponible en le Directorio de Política de Competencia, www.dti.gov.uk/cp, publicado en octubre de 2000.
 - BENEYTO PÉREZ, J.M.: "El control de concentraciones en España: un nuevo marco legislativo para las empresas" *Anuario de la Competencia* 1999, (2000), págs. 205-235.
 - HAID A., MUELLER, D., SCHMIDT I., WEIGAND J.: "Competition, efficiency, and welfare: essays in honor of Manfred Neumann. Jurisdictional problems of merger control – an international comparison" Dordrecht: Kluwer Academic, 1999.
 - MAC DAVID J.: "Globalization of premerger notification and review: practical problems and solutions" *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute* 1999 (2000), págs. 31-42
 - VEERLOOP, P.: "Merger control in the EU: a survey of European Competition Laws", Kluwer Law International, 1999.
 - BACHES OPI, S.: "US – EU merger control: how should the US experience influence the enforcement of Council Regulation 4064-89 on the control of concentrations between undertakings?" *Universitaire Pers Leuven*, 1997, pág. 75.
 - KORAH V. "Cases & Materials on EC Competition Law" Ed. Hart Publishing, Oxford, 1998.
 - BELLAKY & CHILD: "Common Market Law of competition", Ed. Sweet & Maxwell, 4ª edición, Londres, 1993.