



Grado en Derecho  
Facultad de Derecho  
Universidad de León  
Curso 16/17

**EL SISTEMA EUROPEO DE CONTROL DE LA  
COMPETENCIA EN LAS CONCENTRACIONES  
DE EMPRESA**

(European competition rules applicable to merger control)

Realizado por el alumno D. José Ramón Pérez Álvarez-Robles

Tutorizado por la Profesora Dña. María Angustias Díaz Gómez



---

## RESUMEN

Las operaciones de concentración empresarial de dimensión comunitaria son controladas por la Comisión Europea con el propósito de salvaguardar el curso normal de la libre competencia en el mercado común. El punto de partida de esta evaluación se corresponde con la definición del mercado, es decir, el contexto competitivo. Posteriormente, debe analizarse la posición de las empresas implicadas. Además, en la decisión final de autorización o no de la concentración se tendrán en cuenta los posibles efectos anticompetitivos que puedan resultar de la operación, así como diversos factores de compensación.

## PALABRAS CLAVE

- Concentración
- Empresa
- Fusión
- Acuerdos
- Control
- Competencia
- Dominio
- Efectos
- Mercado
- Remedios



---

## **ABSTRACT**

Mergers with a community dimension are controlled by the European Commission with the purpose of protecting the normal development of competition in the common market. The starting point of this evaluation lies in the market definition, in other words, in the competitive context. Afterwards, the position of the undertakings concerned must be analyzed. Besides, the final decision to authorize or not the merger will take into account the possible anticompetitive effects that may result from the operation, as well as counterweight factors.

## **KEYWORDS**

- Concentration
- Undertaking
- Merger
- Agreement
- Control
- Competition
- Dominance
- Effects
- Market
- Remedies



---

## OBJETO DE ESTUDIO

El presente trabajo se ocupa de analizar los procedimientos de control de la competencia en las concentraciones de empresas a escala europea. Si bien son muchas y muy variadas las razones que me han llevado a investigar sobre este tema, me gustaría destacar las que considero más relevantes y que paso a exponer a continuación.

En primer lugar, no cabe obviar que se trata de un tema de gran actualidad y aplicación práctica cuya temática ocupa con frecuencia las páginas de los distintos periódicos y medios informativos. Se trata de un fenómeno de enorme trascendencia en el ámbito económico con repercusión no solo en el ámbito empresarial, sino también de cara a los consumidores, quienes pueden obtener ventajas o sufrir perjuicios ante los supuestos de concentración.

En segundo lugar, es menester señalar el carácter trascendental de las normas de defensa de la competencia en el ámbito de la actuación empresarial, cobrando aún más relevancia si cabe a nivel europeo como consecuencia de la globalización de los mercados.

En tercer lugar, me gustaría asimismo destacar una última motivación, en este caso, de índole personal. Si bien siempre me había sentido atraído por esta materia perteneciente al Derecho Mercantil, en los últimos tiempos, tal atracción ha encontrado impulso en la oportunidad que he tenido de vivir en el extranjero y, por lo tanto, poder estudiar otros ordenamientos que, a pesar de sus diferencias, deben convivir bajo el mismo sistema europeo de competencia.



---

## METODOLOGÍA

Este estudio pretende recoger un minucioso análisis de los procedimientos de control de la competencia, concretamente, en aquellos casos en los que la operación de concentración empresarial presenta dimensión comunitaria y en los que, en consecuencia, es la Comisión Europea, y no las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros, la competente para su tramitación. En el contexto de esta clase de operaciones, examinaremos detalladamente los aspectos más característicos de la relación directa que se establece entre la Comisión Europea y las entidades implicadas, todo ello bajo la exigencia de un procedimiento transparente, pronosticable y justo que ha de completarse con un conjunto de garantías básicas ligadas al principio de buena administración.

A fin de afrontar adecuadamente esta investigación, emplearemos una metodología apoyada en una triple perspectiva: normativa, de modo que el punto de partida se corresponde con la regulación legal existente sobre la materia a tratar; fáctica, a fin de tomar en cuenta las posibles transformaciones que dicha regulación pueda sufrir tanto en el tiempo como en el espacio; y valorativa, puesto que las normas se sujetan a diversas interpretaciones, teniendo en cuenta los intereses en juego y los valores que rigen la sociedad actual.

Dentro de este marco, el punto de partida se encuentra en los siguientes métodos que han dotado de sustento a este trabajo:

- Método de observación de la realidad.
- Método de aplicación sistemática de las normas jurídicas a través de una visión de conjunto que permita establecer comparaciones.
- Método de valoración de intereses respecto de los sujetos implicados.



En consecuencia, trabajaremos de acuerdo con los reglamentos europeos y diversas normas que regulan el sistema comunitario de control de concentraciones, siendo el eje central de este trabajo el actual Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (el "Reglamento comunitario de concentraciones") cuya introducción ha supuesto una importante reforma que tiene por finalidad el perfeccionamiento del análisis de los efectos que las operaciones de concentración tienen sobre la competencia.

Al hilo de lo anterior, será asimismo imprescindible la toma en consideración de comunicaciones, jurisprudencia y otros documentos que puedan resultar de interés, así como una extensa información bibliográfica.

Todo lo anterior se complementa con la supervisión atenta y las orientaciones constantes proporcionadas por la profesora Doña María Angustías Díaz Gómez, encargada de tutorizar este trabajo de fin de grado.

## ANEXO 4

### VISTO BUENO DEL TUTOR DEL TRABAJO FIN DE GRADO

La Profesora Doña María Angustias Díaz Gómez como Tutor<sup>1</sup> del Trabajo Fin de Grado titulado "El sistema europeo de control de la competencia en las concentraciones de empresa" realizado por D. José Ramón Pérez Álvarez-Robles en el Grado Universitario en Derecho, informa favorablemente el mismo, dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

Lo que firmo, para dar cumplimiento al art. 15.3 del R.D. 1393/2007, de 29 de octubre.

En León a 3 de julio de 2017

VºBº



Fdo.: \_\_\_\_\_

<sup>1</sup> Si el Trabajo está dirigido por más de un Tutor tienen que constar los datos de cada uno y han de firmar todos ellos.



## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO I.- RÉGIMEN JURÍDICO Y CONCEPTO DE CONCENTRACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA.....</b>	<b>13</b>
<b>I.- Marco normativo.....</b>	<b>13</b>
<b>II.- Definición y notas características.....</b>	<b>15</b>
<b>III.- Dimensión comunitaria e implicaciones procedimentales.....</b>	<b>16</b>
<b>IV.- Operaciones que tienen por objeto una concentración.....</b>	<b>21</b>
<b>1.- Fusión de empresas anteriormente independientes.....</b>	<b>21</b>
<b>2.- Adquisición de control.....</b>	<b>22</b>
<b>2.1.- Control en exclusiva.....</b>	<b>24</b>
<b>2.2.- Control en común.....</b>	<b>25</b>
<b>3.- Empresas en participación con plenas funciones.....</b>	<b>26</b>
<b>V.- Operaciones excluidas de la noción de concentración.....</b>	<b>28</b>
<b>CAPÍTULO II.- MERCADOS DE REFERENCIA.....</b>	<b>30</b>
<b>I.- Definición general de los mercados de referencia.....</b>	<b>30</b>
<b>II.- Definición del mercado de producto.....</b>	<b>31</b>
<b>III.- Definición del mercado geográfico.....</b>	<b>32</b>
<b>IV.- Criterio de sustitución.....</b>	<b>34</b>





<b>CAPÍTULO III.- EXAMEN DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA COMPETENCIA.....</b>	<b>37</b>
<b>I.- Fundamento de la evaluación de las operaciones de concentración.....</b>	<b>37</b>
<b>II.- Análisis sustantivo.....</b>	<b>37</b>
<b>1.- Posición de dominio.....</b>	<b>39</b>
<b>1.1.- Posición de dominio individual.....</b>	<b>40</b>
<b>1.2.- Posición de dominio colectiva.....</b>	<b>40</b>
<b>2.- Obstáculo significativo de una competencia efectiva.....</b>	<b>44</b>
<b>III.- Efectos anticompetitivos.....</b>	<b>47</b>
<b>1.- Efectos horizontales.....</b>	<b>47</b>
<b>1.1- Efectos no coordinados.....</b>	<b>48</b>
<b>1.2.- Efectos coordinados .....</b>	<b>49</b>
<b>2.- Efectos verticales.....</b>	<b>51</b>
<b>3.- Efectos conglomerales.....</b>	<b>53</b>
<b>IV.- Factores compensatorios al incremento de poder.....</b>	<b>54</b>
<b>1.- Poder de negociación de los clientes.....</b>	<b>55</b>
<b>2.- Llegada al mercado de nuevos competidores.....</b>	<b>56</b>
<b>3.- Tratamiento de las eficiencias económicas .....</b>	<b>58</b>
<b>4.- Defensa de la empresa en quiebra o concurso.....</b>	<b>59</b>
<b>IV.- Restricciones accesorias.....</b>	<b>61</b>



---

<b>CAPÍTULO IV.- REMEDIOS Y RÉGIMEN SANCIONADOR Y COERCITIVO.....</b>	<b>65</b>
<b>I.- Compromisos modificativos de la concentración.....</b>	<b>65</b>
<b>1.- Cesión de activos.....</b>	<b>68</b>
<b>2.- Supresión de vínculos con los competidores.....</b>	<b>69</b>
<b>3.- Otras soluciones.....</b>	<b>70</b>
<b>II.- Restablecimiento de la competencia efectiva.....</b>	<b>71</b>
<b>III.- Poder sancionador y coercitivo de la Comisión.....</b>	<b>73</b>
<b>CONCLUSIONES FINALES.....</b>	<b>76</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>79</b>



---

## LISTADO DE ABREVIATURAS

CE	Comisión Europea
CEE	Comunidad Económica Europea
CFI	Comité Financiero Internacional
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo
SLC	Disminución considerable de la competencia ( <i>substantial lessening of competition</i> )
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STPI	Sentencia del Tribunal Penal Internacional
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPI	Tribunal Penal Internacional



---

## INTRODUCCIÓN

El papel de la política europea de la competencia resulta fundamental en cuanto a la protección de uno de los mayores activos de la Unión Europea: el mercado interior. De este modo, la aplicación efectiva de tales normas posibilita que las empresas, especialmente en periodos de crisis económica, vean garantizada su competitividad.

El Derecho de la Competencia puede considerarse el paradigma de la administración centralizada. La Comisión Europea (la “Comisión”) cuenta en este ámbito con importantes competencias ejecutivas directas, limitándose en consecuencia el campo de acción ejecutivo de los Estados miembros. Es además un sector en el que los procedimientos administrativos se encuentran profundamente desarrollados a nivel normativo. Cuenta así con una abundante legislación sectorial que regula de forma pormenorizada los procedimientos administrativos de la Comisión relativos a la aplicación de las normas de competencia.

Uno de los pilares básicos de la regulación europea de la Competencia está constituido por el control de las concentraciones de empresas. Como todo fenómeno jurídico, las operaciones de concentración comportan muchas ventajas pero asimismo inconvenientes.

Entre sus ventajas se encuentran aquellas de carácter técnico, ya que dan lugar a una mayor especialización de la maquinaria y mano de obra; las de carácter financiero, puesto que propician un mayor crédito en el mercado de capitales; y, por último, las comerciales, debido a que a las grandes empresas les resulta menos costoso el proceso de distribución y venta de sus bienes y servicios, lo que comporta un ahorro de costes susceptible de alcanzar a los clientes.

Estos efectos positivos, sin embargo, se ven contrarrestados por una serie de inconvenientes que, en su mayoría, aparecen como consecuencia directa de la reducción de los competidores que resulta inherente a todo proceso de concentración empresarial. En este contexto, la acumulación de un poder económico conlleva la adquisición de una posición de superioridad en el mercado. Tal superioridad puede terminar dañando la libre competencia en perjuicio no solo del resto de competidores, sino también de los consumidores y del bienestar general. Por otra parte, estas



---

operaciones pueden suponer la creación o reforzamiento de un oligopolio, con el consiguiente peligro de coordinación entre las entidades implicadas.

Ante tales circunstancias, el Derecho europeo de defensa de la competencia no puede permanecer ajeno ante las operaciones de concentración. De este modo, a él se encomienda la labor de velar porque la competencia no sea falseada dentro del mercado interior. El desarrollo de una normativa en este ámbito se ha visto como un hecho de indudable necesidad. Así tanto las garantías procedimentales como el control de las mismas que ejercen los tribunales de la Unión Europea resultan fundamentales en un contexto caracterizado, como tendremos ocasión de comprobar posteriormente, por el amplio grado de discrecionalidad con el que cuenta la Comisión a la hora de realizar sus evaluaciones. Todo ello, siempre en cumplimiento de un mismo objetivo: Garantizar que las decisiones en materia de control de concentraciones sean lógicas y acertadas y que se adopten tras un análisis exhaustivo que sopesa todos los bienes, derechos e intereses presentes.



---

## CAPÍTULO I.- RÉGIMEN JURÍDICO Y CONCEPTO DE CONCENTRACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

### I.- Marco normativo

La adopción por el Consejo del Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (el "Reglamento comunitario de concentraciones") supone una importante reorientación en una materia que antes era vista con cierto recelo y que ahora se reconoce como necesaria para el fructífero crecimiento de la industria europea en un entorno cada vez más competitivo y globalizado<sup>1</sup>. Se introducen, por consiguiente, importantes modificaciones desde las perspectivas jurisdiccional, material y procesal con el objetivo de garantizar que el proceso de reestructuración no cause un perjuicio duradero a la competencia<sup>2</sup>.

El punto de partida de la normativa comunitaria sobre el control de concentraciones se encuentra en el ya derogado Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989 (el "Reglamento 4064/89") mediante el cual se dotó a la Comisión de facultades específicas para evaluar la compatibilidad de las concentraciones con el mercado común. Se adoptó así un cuerpo homogéneo de normas materiales y procesales para el control de las concentraciones, vinculando de igual forma a todos los operadores cuyas actividades económicas se desarrollasen en territorio comunitario. En consecuencia, el reparto de normas entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros se llevó a cabo mediante un sistema denominado "one stop shop" o de "ventanilla única" que otorgó a la Comisión jurisdicción exclusiva sobre las concentraciones de dimensión comunitaria, y ello al margen de los mecanismos de remisión ente los Estados miembros y la Comisión<sup>3</sup>.

Posteriormente, en el año 1997 se acomete una reforma parcial del Reglamento 4064/89 mediante la adopción del Reglamento (CE) 1310/97, aprobado por el Consejo el 30 de junio de

---

1 BROSETA PONT, M. / MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid (Tecnos), 2016, pág. 187.

2 Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Reglamento comunitario de concentraciones"), considerando 5, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52004XC0205\(02\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52004XC0205(02)).

3 ENGRA, J.C. / RODRÍGUEZ ENCINAS, A.: "El sistema de control de las concentraciones en la Unión Europea" en <http://www.uria.com> (25 de febrero de 2017).



---

1997, cuyo principal objetivo era supeditar al control de la Comisión un mayor volumen de concentraciones susceptibles de tener efectos a escala comunitaria. Sin embargo no fue hasta el año 2001, con la publicación por parte de la Comisión del Libro Verde sobre la revisión del Reglamento 4064/89, donde se fijaron las directrices de la reforma que se pretendía llevar a cabo, cuando realmente se inicia un proceso de revisión mucho más amplio que culminaría con la adopción en el año 2004 del Reglamento comunitario de concentraciones actualmente vigente por el que se deroga el Reglamento 4064/89<sup>4</sup>.

El nuevo texto normativo ha mantenido el sistema administrativo de control *ex ante* de las concentraciones de empresas que había sido instaurado con el Reglamento 4064/1989. De este modo continua vigente la obligación de notificar cualquier operación antes de su ejecución, quedando ésta en suspenso hasta que la Comisión decida al respecto. No obstante, el Reglamento de 2004 introduce ciertas novedades en torno a la flexibilización de los plazos de notificación y establece además un mecanismo correctivo mucho más racional en cuanto a la asignación de casos entre la Comisión y los Estados miembros<sup>5</sup>.

El Reglamento mencionado fue inmediatamente desarrollado mediante el Reglamento (CE) 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas (el “Reglamento de aplicación”). Este texto contribuye a clarificar los cambios introducidos con el Reglamento comunitario de concentraciones de 2004, así como a agilizar y simplificar el proceso de examen de las notificaciones y escritos motivados<sup>6</sup>.

---

4 Ibidem.

5 VIÑUELAS FERREIRO, S.: “Aspectos procedimentales del sistema europeo de control de concentraciones”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 42, 2016, pág. 2.

6 Reglamento (CE) 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (el “Reglamento de aplicación”), considerando 2, en <http://www.boe.es/doue/2004/133-L00001-00039.pdf>.



La regulación citada se acompaña asimismo de un amplio paquete de normas<sup>7</sup> que vienen a desarrollar el Reglamento de 2004, y de otras<sup>8</sup> que surgen con el objetivo de adecuar las disposiciones ya existentes.

## II.- Definición y notas características

La noción de concentración empresarial se encuentra recogida en el artículo 3 del Reglamento comunitario de concentraciones:

“Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de: a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o b) la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas”.

De tal definición, podemos deducir dos elementos fundamentales o condiciones que han de estar siempre presentes en cualquier proceso de integración empresarial. Por una parte, es necesario que se produzca un cambio y, por otra parte, se exige que dicho cambio tenga una duración prologada en el tiempo<sup>9</sup>.

---

7 EL paquete normativo viene constituido por las siguientes normas:

- Directrices de la Comisión, de 5 de febrero de 2004, sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO C 31/03 de 5 de febrero de 2004) (las “Directrices Horizontales”).
- Código de Buenas Prácticas en la tramitación de los procedimientos de control de concentraciones. Se encuentra disponible en la página web de la Comisión: <http://www.europa.eu.int/comm>.

8 Se han adoptado por parte de la Comisión varias Comunicaciones interpretativas del Reglamento 139/2004, en sustitución de las que hasta la fecha estaban vigentes:

- Comunicación de la Comisión, de 5 de marzo de 2005, sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas concentraciones en virtud del Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo (DO C 56/32 de 5 de marzo de 2005).
- Comunicación de la Comisión, de 5 de marzo de 2005, sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (DO C 56/24 de 5 de marzo de 2005) (la “Comunicación sobre restricciones accesorias”).
- Comunicación de la Comisión, de 5 de marzo de 2005, sobre la remisión de asuntos de concentraciones (DO C 56/02 de 5 de marzo de 2005).

9 BENEYTO PÉREZ, J.M.: *Tratado de Derecho de la Competencia* (Bosch), Barcelona, 2004, pág 637.





En todo proceso de concentración, ha de producirse, por tanto, una transformación real y efectiva que afecte a la estructura o al control de las empresas implicadas en el proceso. Esta metamorfosis empresarial puede encontrar fundamento, como se analizará con posterioridad, en la fusión de empresas o partes de empresas anteriormente independientes, en la adquisición de control sobre la totalidad o partes de una o varias empresas o en la creación de una empresa en participación.

En consecuencia, la reestructuración interna de un grupo de empresas no se considera una concentración a los ojos del Reglamento comunitario de concentraciones. Del igual modo, no gozarán de tal condición y, por consiguiente, quedarán excluidos del ámbito del Reglamento, los casos en los que la empresa adquirida esté bajo la responsabilidad de la misma autoridad o ente público y los supuestos de alianzas estratégicas<sup>10</sup>.

Respecto a la exigencia de durabilidad de la transformación, no existe una regulación detallada al respecto. No hay, de este modo, un periodo de tiempo mínimo para considerar que la operación cumple con este requisito, sino que su apreciación dependerá tanto de las especiales características de la operación como de los sectores económicos afectados<sup>11</sup>.

### **III.- Dimensión comunitaria e implicaciones procedimentales**

El sistema de control de concentraciones de empresa se articula sobre la base de un procedimiento de notificación obligatoria a las autoridades de la competencia pero no todas las concentraciones se encuentran sujetas a la misma autoridad. Concretamente, tan solo quedarán sometidas a la obligación de notificación a la Comisión las operaciones de concentración de dimensión comunitaria que son objeto de este estudio, esto es, que sean susceptibles de afectar al mercado común por involucrar a empresas de varios Estados miembros. De este modo, quedan fuera del alcance del Reglamento comunitario de concentraciones aquellos procesos de integración en los que las empresas participantes realicen mas de dos tercios de su volumen de negocios en un solo Estado miembro. En estos casos será aplicable la normativa nacional de concentraciones que

---

10 *Ibidem*.

11 *Ibid.* págs 638 y ss.



---

en España encuentra fundamento en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia por la que se establece la obligación de notificar ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la “CNMC”)<sup>12</sup>.

Si bien profundizando un poco más y centrándonos en el ámbito de aplicación del Reglamento comunitario de concentraciones, solo serán objeto de control por parte de la Unión Europea aquellas operaciones en las que el volumen de negocios, a escala mundial, de las empresas afectadas, supere los cinco mil millones de euros (5.000.000.000,00€) y el volumen de negocios, a escala comunitaria, realizado individualmente, por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración, supere los doscientos cincuenta millones de euros (250.000.000,00€), a no ser que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro<sup>13</sup>.

Cuando no se alcancen los umbrales anteriores, el Reglamento comunitario de concentraciones establece en el apartado 3 de su artículo 1 que tendrán asimismo dimensión comunitaria las siguientes concentraciones:

“una concentración que no alcance los umbrales establecidos en el apartado 2 tendrá dimensión comunitaria cuando: a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 2500 millones de euros; b) en al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros; c) en al menos tres Estados miembros contemplados a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros, y d) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro”

En todos los supuestos anteriores, es decir, cuando la operación se encuadre dentro de los umbrales requeridos para poder considerarla como susceptible de afectar a la competencia en el mercado comunitario, la Comisión se erige como la única autoridad competente en lo relativo a la

---

12 BROSETA PONT, M. / MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, cit., pág 188.

13 RUÍZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A.: *Manual de Derecho Mercantil* (Universidad Pontificia de Comillas), Madrid, 2007, pág. 121.



toma de decisiones sobre su compatibilidad o incompatibilidad con dicho mercado<sup>14</sup>. A este respecto, podemos destacar el asunto *Enel/Acciona/Endesa* en el que España se vio implicado, al haber invadido las competencias de la Comisión en la adopción de determinadas condiciones impuestas a las partes de la concentración<sup>15</sup> y haber sobrepasado, en consecuencia, los límites que en el artículo 21 del Reglamento se establecen:

“(1) El presente Reglamento sólo será aplicable a las concentraciones definidas en el artículo 3, y los Reglamentos (CE) n° 1/2003(8), (CEE) n° 1017/68(9), (CEE) n° 4056/86(10) y (CEE) n° 3975/87(11) del Consejo no serán aplicables, salvo a las empresas en participación sin dimensión comunitaria cuyo objeto o efecto sea coordinar el comportamiento competitivo de empresas que sigan siendo independientes.

(2) La Comisión tendrá competencia exclusiva para adoptar las decisiones previstas en el presente Reglamento, sujeta al control del Tribunal de Justicia.

(3) Los Estados miembros se abstendrán de aplicar su normativa nacional en materia de competencia a las concentraciones de dimensión comunitaria.

El primer párrafo se entenderá sin perjuicio del poder de los Estados miembros de efectuar las investigaciones necesarias para la aplicación del apartado 4 del artículo 4 y del apartado 2 del artículo 9 y de adoptar, tras la remisión con arreglo a la letra b) del primer párrafo del apartado 3 del artículo 9 o al apartado 5 del artículo 9, las medidas estrictamente necesarias en aplicación del apartado 8 del artículo 9.

(4) No obstante lo dispuesto en los apartados 2 y 3, los Estados miembros podrán adoptar las medidas pertinentes para proteger intereses legítimos distintos de los considerados en el presente Reglamento que sean compatibles con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario.

Se considerarán intereses legítimos en el sentido del primer párrafo la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales.

Cualquier otro interés público deberá ser comunicado por el Estado miembro de que se trate a la Comisión, y deberá ser reconocido por ésta previo examen de su compatibilidad con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario antes de que puedan adoptarse las medidas mencionadas anteriormente. La Comisión notificará su decisión al Estado miembro de que se trate en el plazo de 25 días laborables a partir de dicha comunicación”.

14 VIÑUELAS FERREIRO, S.: “Aspectos procedimentales del sistema europeo de control de concentraciones”, cit., pág. 3.

15 COMISIÓN EUROPEA: *Decisión de 5 de diciembre de 2007 (asunto núm. COMP/M.4685 – Enel/Acciona/Endesa), relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 21 del Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004 (LCEur 2004, 278)*, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L24, p1), apartado 124, en [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4685\\_43\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4685_43_2.pdf).



---

Una vez se haya concluido el acuerdo, éste deberá notificarse a la Comisión con anterioridad a su ejecución. No obstante, se permite que la notificación se realice antes de dar por cerrado el acuerdo, siempre que se demuestre la intención de llevarlo a término<sup>16</sup>.

La obligación de notificar la concentración recae, bien conjuntamente sobre las partes que intervengan en una fusión o creación de empresa en participación; o bien individualmente sobre la parte que adquiera el control exclusivo sobre una empresa o parte de la misma<sup>17</sup>.

Una vez realizada la notificación, se pone en marcha un procedimiento que finalizará con la decisión de la Comisión después de haber realizado ésta el examen pertinente. En tal decisión, puede declarar la operación compatible con el mercado común o, por el contrario, plantear dudas sobre su compatibilidad. En este último caso, y tras la incoación de un expediente de investigación, la Comisión determinará si la declara compatible, normalmente tras la incorporación de las reformas oportunas, o si resulta incompatible en aquellos casos en los que se considere que la operación supone un obstáculo significativo para la competencia efectiva en el mercado común. Además, La Comisión podrá ordenar la restitución de la situación anterior a la concentración en aquellos casos en los que se haya ejecutado una concentración incompatible con el mercado común o se haya ejecutado en contra de las condiciones a las que la misma se encontraba supeditada<sup>18</sup>.

Por otra parte, junto a las operaciones que recaen en una u otra jurisdicción en función de los umbrales mencionados, se encuentran operaciones que, en base a otros criterios, serán finalmente examinadas por una autoridad distinta a la que les correspondería en atención al criterio cuantitativo. A tal efecto, se establecen una serie de mecanismos voluntarios de remisión previos a la notificación, con el objetivo de incrementar la eficiencia del régimen de control de concentraciones en la Unión Europea. Estos mecanismos se rigen por el principio de subsidiariedad que posibilita que sea la autoridad mejor posicionada, nacional o comunitaria, la que deba asumir la investigación<sup>19</sup>.

---

16 Reglamento comunitario de concentraciones, artículo 4.

17 RUÍZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A.: *Manual de Derecho Mercantil*, cit., pág 189.

18 *Ibid.* pág .190.

19 VIÑUELAS FERREIRO, S.: “Aspectos procedimentales del sistema europeo de control de concentraciones”, cit., pág. 3.



El Reglamento comunitario de concentraciones de 2004, como se avanzaba anteriormente, ha introducido una importante reforma de los mecanismos de remisión la cual ha supuesto un gran avance en esta materia. Tal reforma ha contribuido notablemente a facilitar el sometimiento a la competencia de la Comisión de concentraciones sin dimensión comunitaria, especialmente las que requieran notificación en varios Estados miembros. El objetivo era la búsqueda de un mecanismo para evitar que concentraciones de notificación múltiple, en concreto, las que requerirían notificación en al menos tres Estados miembros distintos, no se beneficiaran del sistema de control único de las concentraciones de dimensión comunitaria por la Comisión. Se trataba de dar respuesta a la problemática de aquellas operaciones de concentración que a pesar de que previsiblemente podrían tener efectos transfronterizos, no alcanzaban los umbrales de dimensión comunitaria y, por lo tanto, quedaban fuera del control de la Comisión. En este sentido, la reforma ha introducido grandes novedades que amplían las competencias de la Comisión. En primer lugar, la facultad que permite a la Comisión el análisis de oficio de las concentraciones sin dimensión comunitaria, pudiendo invitarlas formalmente a la solicitud. En segundo lugar, la ampliación de la competencia de la Comisión, no solo a las operaciones de notificación en tres o más Estados, sino incluso en dos o en uno solo. En tercer lugar, para que la Comisión pueda asumir el control de una concentración que se ha remitido tras su invitación formal a ello, bastará con que un solo Estado miembro haya solicitado la remisión, aunque los demás guarden silencio o informen a la Comisión de que no se suman a la solicitud, no existiendo la posibilidad de oponerse a la misma<sup>20</sup>.

Además, la reforma ha simplificado levemente el proceso de solicitud de remisión de concentraciones de dimensión comunitaria a los Estados miembros. La decisión de remisión continúa siendo discrecional para la Comisión, aún cuando se den las condiciones establecidas para ello, siempre que el mercado nacional afectado por la operación pueda constituir una parte sustancial del mercado común. Por el contrario, si no se trata de una parte sustancial del mercado común, la Comisión procederá a la remisión si considera que dicho mercado se ve afectado<sup>21</sup>.

---

20 BELLO-MARTÍN CRESPO, M.P.: *Actas de Derecho Industrial. La reforma de las normas comunitarias sobre el control de concentraciones empresariales*, Madrid (MaricalPons), 2005, págs. 329 y ss.

21 COMISIÓN EUROPEA, *Decisión de 18 de octubre de 2013, asunto COMP/M.7054 – Cemex/Holcim Assets*, considerando 13 y ss., en [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7054\\_2013.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7054_2013.pdf).



---

Naturalmente, los Estados cuentan con la posibilidad de recurrir la decisión de la Comisión ante el Tribunal de Justicia y pedir la adopción de medidas cautelares<sup>22</sup>.

El nuevo texto de 2004 también amplía el margen de acción de la Comisión en los dos procedimientos de remisión e introduce la posibilidad de que tales remisiones puedan ejecutarse con carácter previo a la notificación de la operación<sup>23</sup>.

No obstante lo anterior, se ha constatado que tal sistema de remisión se ve aquejado de diversos problemas que en la práctica llevan a las partes a no solicitar la remisión en un número considerablemente elevado de asuntos. En especial, se trata principalmente de conflictos relacionados con la complejidad del procedimiento y con los plazos generales<sup>24</sup>.

#### **IV.- Operaciones que tienen por objeto una concentración**

##### **1.- Fusión de empresas anteriormente independientes**

La fusión de empresas anteriormente independientes constituye la primera de las modalidades de concentración recogidas en el artículo 3 del Reglamento comunitario de concentraciones. No obstante, la regulación existente al respecto no es extensa puesto que tales operaciones de fusión, por su naturaleza, suelen reunir con nitidez las exigencias de permanencia y cambio estructural mencionadas anteriormente y comunes a cualquier proceso de estas características<sup>25</sup>.

En primer lugar, la fusión puede producirse a través de la creación de una nueva entidad, en la cual dos sociedades preexistentes se integran en una nueva de modo que las anteriores desaparecen. La nueva empresa hereda a título universal tanto los derechos como las obligaciones

---

22 BELLO-MARTÍN CRESPO, M.P.: *Actas de Derecho Industrial. La reforma de las normas comunitarias sobre el control de concentraciones empresariales*, cit, págs. 330 y 331.

23 *Ibid.* pág 329.

24 VIÑUELAS FERREIRO, S.: “Aspectos procedimentales del sistema europeo de control de concentraciones”, cit., pág. 4.

25 Reglamento comunitario de concentraciones, artículo 3.1.



---

de las sociedades intervinientes<sup>26</sup>.

La fusión también puede aparecer como consecuencia inmediata de la absorción de una sociedad por otra, lo que supone el mantenimiento de la personalidad jurídica de esta última, mientras que la primera deja de existir como tal<sup>27</sup>. En consecuencia, todos los activos y pasivos de la empresa absorbida pasan a formar parte de la empresa absorbente.

Además, la creación de una única entidad económica mediante la suma de actividades de empresas anteriormente independientes constituye un supuesto más de fusión a los ojos del Reglamento, a pesar de que no podamos hablar de su existencia en términos jurídicos<sup>28</sup>. En este sentido, lo fundamental para determinar si existe, lo que llamamos, una concentración *de facto* es la existencia de una gestión económica única y permanente<sup>29</sup>.

## **2.- Adquisición de control**

El Reglamento comunitario de concentraciones recoge, en el apartado 1 de su artículo 3, el segundo de los supuestos que puede dar origen a una concentración empresarial:

“la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas”.

El concepto de control se identifica con la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa. No obstante, lo fundamental no es el ejercicio efectivo de dicha influencia, aspecto que en última instancia dependerá de la voluntad de las partes, sino la posibilidad de ser ejercida, de modo que se pueda llegar a una situación de adquisición de control incluso en ausencia

---

26 RUÍZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A.: *Manual de Derecho Mercantil*, cit., pág 375.

27 *Ibidem*.

28 COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación consolidada sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (la “ Comunicación sobre el control de las concentraciones entre empresas”)*, apartado 10, en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/> .

29 *Ibidem*.



de premeditación por parte de las empresas implicadas<sup>30</sup>.

El Reglamento, en el apartado 2 del citado artículo 3, establece que el control resultará de:

“derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; en particular mediante:

- a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa;
- b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa”.

La apreciación de la existencia de control, se fundamentará en en la toma en consideración de circunstancias tanto de hecho como de derecho, otorgando preferencia a los criterios cualitativos sobre los cuantitativos. En este sentido, del mismo modo que ocurría en el caso de las fusiones, la aplicación del Reglamento se extenderá también a los supuestos de control que no tienen su origen en negocios jurídicos, sino en una relación económica de dependencia que puede derivar, por ejemplo, de la existencia de acuerdos de suministro o de créditos importantes, junto con vínculos estructurales<sup>31</sup>.

La adquisición de control puede producirse tanto por parte de una solo empresa (control en exclusiva), como por parte de dos o más empresas conjuntamente (control en común). En el primer caso una única empresa ejerce una influencia tal que ésta resulta decisiva sobre la actividad de la otra empresa. El segundo supuesto se erige en torno al principio de concertación de voluntades para la adopción de decisiones estratégicas<sup>32</sup>. A continuación , se analizan detalladamente estos casos.

---

30 BENEYTO PÉREZ, J.M.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, cit., pág 642.

31 *Ibíd.* pág. 643.

32 *Ibíd.*em.





---

## 2.1.- Control en exclusiva

La adquisición del control exclusivo supone la posibilidad de que una empresa en solitario pueda ejercer una influencia decisiva sobre otra empresa. Es posible diferenciar dos situaciones en las que una empresa goza de control exclusivo. En la primera, se accede generalmente al poder a través de la adquisición de una mayoría de los derechos de voto en una compañía. Desde dicha posición de privilegio, la empresa se encuentra en condiciones de determinar la estrategia competitiva de la otra entidad. En la segunda, el control exclusivo proviene de un único accionista que aunque no cuente con el poder suficiente para poder imponer su propio criterio, sin embargo puede ejercer el derecho de veto sobre las decisiones estratégicas de la empresa (el denominado control exclusivo negativo)<sup>33</sup>. En este caso, un solo accionista cuenta con el mismo grado de influencia que tiene generalmente un accionista que controla conjuntamente una empresa, es otras palabras, el poder de bloquear la adopción de decisiones estratégicas. A este respecto, la Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (la “Comunicación sobre el control de las concentraciones entre empresas”) señala lo siguiente:

“A diferencia de lo que sucede en una empresa controlada conjuntamente, no hay otros accionistas con el mismo nivel de influencia y el accionista que goza del control exclusivo negativo no necesariamente tiene que cooperar con otros accionistas específicos para determinar el comportamiento estratégico de la empresa controlada. Dado que este accionista puede crear una situación de bloqueo, el accionista adquiere una influencia decisiva (...) y, por tanto, el control con arreglo al Reglamento de concentraciones”.

El control exclusivo podrá adquirirse *de jure*. Esto sucede generalmente cuando una empresa obtiene la mayoría de los derechos de voto de una entidad. Sin embargo, cuando los estatutos de la compañía exijan la concurrencia de mayoría cualificada en la toma de decisiones estratégicas, la adquisición de una mayoría simple sobre tales derechos podría ser insuficiente en cuanto a la toma de control en su aspecto positivo, sin perjuicio de que éste pueda ser ejercido negativamente a través de un derecho del bloqueo.

---

33 COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación sobre el control de las concentraciones entre empresas*, cit., apartado 54.



No obstante lo anterior, la Comunicación sobre el control de las concentraciones entre empresas establece que el control en exclusiva podrá asimismo producirse en el plano jurídico en aquellos supuestos en los que las participaciones minoritarias lleven aparejados derechos específicos:

“Dichos derechos pueden consistir en acciones preferentes que conlleven derechos especiales que permitan al accionista minoritario determinar la estrategia competitiva de la empresa afectada como, por ejemplo, el poder de nombrar a más de la mitad de los miembros de los consejos de administración o de vigilancia. El control exclusivo también puede ser ejercido por un accionista minoritario que tenga el derecho de gestionar las actividades de la empresa y de determinar su política comercial basándose en su estructura organizativa”.

Por otra parte, un accionista minoritario podrá asimismo ejercer el control exclusivo *de facto*. Se trata de aquellos casos en los que resulta probable que el accionista consiga la mayoría en las juntas de accionistas en base a su número de acciones y la asistencia de otros accionistas en las juntas de años anteriores. En este contexto, La Comisión deberá realizar un análisis en el que tomará en consideración los cambios previsibles en cuanto a la presencia, la posición y el papel de otros accionistas. Cuando, basándose en estos datos, sea pronosticable que un accionista minoritario vaya a poseer una mayoría estable de los votos en la junta de accionistas, se entiende que ejerce el control en exclusiva<sup>34</sup>.

## 2.2.- Control en común

El control en común se basa en la necesidad de que los accionistas lleguen a acuerdos en la toma de decisiones importantes que afecten a la empresa controlada<sup>35</sup>, de modo que dos o más empresas o personas tengan la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre otra empresa<sup>36</sup>. A este respecto, la Comunicación sobre el control de las concentraciones entre empresas realiza una aclaración:

---

34 *Ibid.* apartado 59.

35 *Ibid.* apartado 63.

36 *Ibid.* apartado 62.



---

“En este contexto, «influencia decisiva» significa la capacidad de bloquear acciones que determinan la estrategia competitiva de una empresa. A diferencia del control exclusivo, que concede a un accionista dado el poder de determinar las decisiones estratégicas de una empresa, el control conjunto se caracteriza por la posibilidad de llegar a una situación de bloqueo a causa de la facultad que tienen las dos o más empresas matrices de rechazar las decisiones estratégicas propuestas. Como consecuencia, estos accionistas deben llegar a un acuerdo para establecer la política comercial de la empresa en participación y se ven obligados a cooperar”.

El control conjunto puede adquirirse tanto *de jure* como *de facto*, al igual que sucedía en el caso del control exclusivo, y puede derivar bien de la simetría de posiciones de los accionistas de control (igualdad de derechos de voto o paridad en los órganos de representación) o bien de la existencia de derechos específicos en favor de determinados accionistas minoritarios, en especial, de derechos de veto.

En este último supuesto, los derechos de veto deben referirse a las decisiones estratégicas sobre la política comercial de la empresa<sup>37</sup>. En relación con tales decisiones, la Comunicación mencionada destaca la importancia de determinados derechos de veto:

“Son vitales los derechos de veto relativos a las decisiones sobre el nombramiento y destitución de altos directivos y la aprobación del presupuesto. El poder de participar en las decisiones relativas a la estructura de la alta dirección, tales como los miembros del consejo, habitualmente confiere al titular el poder de ejercer una influencia decisiva sobre la política comercial de una empresa. Lo mismo ocurre con las decisiones sobre el presupuesto, ya que éste determina el marco exacto de las actividades de la empresa en participación y, en particular, las inversiones que puede realizar”.

Además, incluso en ausencia de derechos de veto específicos, los accionistas minoritarios pueden adquirir el control en común a través de la suma de sus participaciones a efectos de la toma de decisiones. Esto significa que los accionistas minoritarios poseen, unidos, la mayoría de los derechos de voto y que los ejercerán conjuntamente mediante la conclusión de un acuerdo jurídicamente vinculante o *de facto*<sup>38</sup>.

### **3.- Empresas en participación con plenas funciones**

La creación de una empresa en participación, también llamada *joint-venture*, que desempeñe

---

37 *Ibid.* apartado 66.

38 *Ibid.* apartado 74.



de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma se considera un supuesto más de concentración y se enmarca dentro del ámbito de la adquisición de control<sup>39</sup>.

Desde que fuera introducido en el Reglamento en la reforma de 1997<sup>40</sup>, el concepto de *joint-venture* se ha ido acotando con el paso del tiempo. Así, para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) se trata de:

“Una asociación entre dos o más empresas con objeto de realizar en común una determinada actividad a través de una nueva entidad creada y controlada por los participantes”.

En relación con este concepto, se han pronunciado también diversos autores extranjeros como VAN HILTEN, quien lo define como:

“Forma de colaboración entre empresas que conservan su independencia, ampliada eventualmente a otros sujetos económicos, y que se realiza en el seno de una empresa común totalmente diferenciada, mediante aportación de *know-how* y una participación en el capital social”.

En una línea de argumentación bastante similar se han posicionado autores españoles como E. CHULIÁ VICEN y T. BELTRÁN ALANDETE al señalar que la *joint-venture* surge en el momento en que dos o más entidades ven la posibilidad de obtener un mayor rendimiento si unen sus esfuerzos separadamente, todo ello en proporción a sus capacidades productivas y económicas, de tal modo que no fuese posible alcanzar unos resultados tan eficaces si no existiera tal vínculo en forma de sociedad<sup>41</sup>.

A nivel internacional, J.O RODNER nos ofrece también su propia visión de empresa conjunta o *joint-venture*:

“Aquella en que dos o más inversionistas participan en forma conjunta tanto en el capital como en el manejo de la empresa receptora de la inversión, participando en la dirección y control de la sociedad, siendo cada inversionista lo suficientemente importante dentro de la composición de la

39 Reglamento comunitario de concentraciones, artículo 3, apartado 4.

40 Reglamento (CE) nº 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997, artículo 1, apartado 3.

41 GUARDIOLA SACARRERA, E.: *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, Barcelona (Bosch), 1998, pág 299.



---

empresa como para que las decisiones financieras de ésta se hagan midiendo el capital de cada uno (grupo extranjero y grupo nacional)”.

La Comisión ha desarrollado interpretativamente este concepto en la Comunicación consolidada de la Comisión sobre el control de las concentraciones entre empresas. En ella se establecen dos elementos fundamentales a tomar en consideración: los recursos suficientes para funcionar de forma independiente en un mercado y la relación de la empresa en participación con sus matrices.

En cuanto al primer elemento, la empresa en participación ha de tener acceso a los suficientes recursos financieros, humanos y activos, para poder desarrollar, de forma duradera, una actividad empresarial junto con todas las funciones que normalmente desarrollan las empresas presentes en dicho mercado<sup>42</sup>.

En cuanto a la relación de la empresa en participación con sus matrices, las empresas en participación de carácter auxiliar no serán consideradas, por lo general, como empresas con plenas funciones. Así, no gozarán de funciones plenas, por ejemplo, las empresas dedicadas exclusivamente a la producción o distribución de los productos fabricados por las matrices ya que para poder disfrutar de tal condición han de tener acceso al mercado<sup>43</sup>.

## **V.- Operaciones excluidas de la noción de concentración**

En el Reglamento comunitario de concentraciones, en concreto en el apartado 5 de su artículo 3, se enumeran una serie de supuestos en los cuales no se produce operación de concentración.

Se excluyen de la noción de concentración los casos de entidades de crédito u otras entidades financieras o compañías de seguros cuya actividad normal incluya la transacción y negociación de títulos por cuenta propia o por cuenta de terceros, que posean con carácter temporal

---

42 COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación sobre el control de las concentraciones entre empresas*, cit., apartado 94.

43 *Ibíd.* apartado 95.



participaciones adquiridas en una empresa con vistas a revenderlas, siempre y cuando los derechos de voto inherentes a esas participaciones no sean ejercidos con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa o sólo se ejerzan con el fin de preparar la enajenación de la totalidad o de parte de la empresa o de sus activos o la enajenación de las participaciones, y siempre que dicha enajenación se produzca en el plazo de un año desde la fecha de la adquisición<sup>44</sup>. Existe, por lo tanto, en estos supuestos una clara ausencia tanto de cambio estructural en la conducta competitiva de la empresa como de vocación de permanencia, puesto que el objetivo de la operación es el inmediato traspaso o venta.

En segundo lugar, no se considerará una operación de concentración la adquisición de control por parte de una persona en virtud de un mandato conferido por la autoridad pública con arreglo a la normativa de un Estado miembro relativa a la liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedores u otro procedimiento análogo<sup>45</sup>. Es clara, de nuevo, la ausencia del requisito de durabilidad exigido por el Reglamento en los supuestos de concentración.

Tampoco se producirá una concentración empresarial en los caso de adquisiciones de control realizadas por sociedades de participación financiera con la restricción de que los derechos de voto inherentes a las participaciones sólo serán ejercidos, en particular en relación con el nombramiento de los miembros de los órganos de dirección y vigilancia de las empresas en las que posean participaciones, para mantener el pleno valor de tales inversiones y no para determinar directa o indirectamente el comportamiento competitivo de dichas empresas<sup>46</sup>. De este modo, no se produce en este supuesto una modificación estructural que permita calificar el mismo como una operación de concentración.

---

44 Reglamento comunitario de concentraciones, artículo 3, apartado 5.

45 *Ibidem*.

46 *Ibidem*.



---

## CAPÍTULO II.- MERCADOS DE REFERENCIA

### I.- Definición general de los mercados de referencia

Definir el mercado de referencia significa delimitar el marco dentro del cual resultan aplicables las normas de la competencia relativas a las concentraciones. Se trata, por consiguiente, de un instrumento de análisis que permite identificar las partes que intervienen en la operación y estimar la posición que las mismas ocupan<sup>47</sup>.

La noción de mercado de referencia presenta una doble vertiente, sobre la cual profundizaremos en lo sucesivo, que comprende tanto el mercado de producto como el mercado geográfico. Ambos mercados están al servicio de un mismo objetivo prioritario, tal y como se establece en la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (la “Comunicación sobre la definición de mercado de referencia”) adoptada en 1997:

“El principal objetivo de la definición de mercado es determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia. La definición de mercado tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva”.

En sus dos dimensiones, la definición de mercado de referencia tiene una influencia que, en la mayoría de los supuestos, resulta determinante en el proceso decisivo de los casos de competencia. Tal proceso decisivo, está inspirado por el principio de transparencia. Además este principio permite a las empresas conocer la normativa detalladamente, lo que resulta de gran utilidad a la hora de tomar sus decisiones pudiendo prever si éstas cumplirán o no con las exigencias de la Comisión<sup>48</sup>.

---

47 BENEYTO PÉREZ, J.M.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, cit., pág 661.

48 COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03)* (la “Comunicación sobre la definición de mercado de referencia”), apartados 4 y 5, en [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31997Y1209\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31997Y1209(01))



---

La definición del mercado resulta también de gran utilidad para determinar el tamaño total del mercado y las cuotas de cada proveedor en el mismo. Esta información se puede obtener de las fuentes presentes en el mercado, tales como estimaciones de las empresas o estudios encargados a consultores. No obstante, la Comisión puede pedir, asimismo, a los proveedores del mercado de referencia las cifras sobre su volumen de ventas<sup>49</sup>.

## **II.- Definición del mercado de producto**

La Comunicación sobre la definición de mercado de referencia recoge la siguiente noción de mercado de producto que ya se encontraba en otros textos normativos comunitarios:

“El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”.

En un primer análisis, basándose en la información inicialmente disponible o en la información proporcionada por las empresas implicadas, la Comisión se encarga de delimitar el mercado de los productos comprobando si un producto A y un producto B se encuentran o no dentro del mismo mercado de productos. Con frecuencia, la inclusión del producto B resulta suficiente para resolver las dudas existentes desde el punto de vista de la competencia<sup>50</sup>.

La Comunicación anterior también establece un elenco de elementos de apreciación a tener en cuenta a la hora de definir el mercado de producto:

- Características de los productos y de sus utilidades previstas: intercambiabilidad de funciones y similitud de características.
- Sustitución en un pasado reciente: ejemplos reales de sustitución entre dos productos en el pasado.

---

49 *Ibíd.* apartado 53.

50 *Ibíd.* apartado 26.





- Ensayos cuantitativos: evidencias resultantes de análisis econométricos tales como estimaciones de la elasticidad y de la elasticidad cruzada, en función de los precios, de la demanda, o examen de la evolución de los precios en un período de tiempo determinado.
- Opiniones de clientes y competidores: respuestas motivadas de unos y otros, normalmente a los cuestionarios enviados por la comisión.
- Preferencias de los consumidores: opiniones sobre la sustituibilidad de productos obtenidas en el ámbito de estudios de mercado.
- Obstáculos y costes relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos: obstáculos reglamentarios y otras formas de intervención estatal, restricciones derivadas de mercados en fase posterior de la cadena, necesidad de realizar inversiones de capital específicas, etc.
- Existencia de distintas categorías de clientes y discriminación de precios: cuando sea fácilmente identificable a qué grupo pertenece un cliente concreto en el momento de la venta, sin que sean realizables los intercambios entre consumidores o el arbitraje por terceros<sup>51</sup>.

A partir de este momento, es decir, una vez delimitado el mercado de producto, la Comisión realiza un segundo análisis mucho más profundo donde entra en juego el principio de sustitución que analizaremos en el último apartado de este capítulo.

### **III.- Definición del mercado geográfico**

En primer lugar, nos remitiremos a la definición de mercado geográfico de referencia contenida en la Comunicación sobre la definición de mercado de referencia que se expresa en los términos siguientes:

---

51 *Ibíd.* apartados 36 a 43.



---

“el mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas”.

Además, la Comisión, en sus evaluaciones sobre el mercado geográfico, tomará en consideración una serie de elementos recogidos asimismo en la Comunicación citada anteriormente. Tales elementos, aportan solidez a las conclusiones de la Comisión y son los que se presentan a continuación:

“Se obtiene una primera idea de las dimensiones del mercado geográfico basándose en indicaciones generales relativas a la distribución de las cuotas de mercado de las partes y de sus competidores, y en un análisis preliminar de la fijación y las diferencias de precios a escala nacional y comunitaria o a nivel del EEE. Esta visión inicial constituirá básicamente una hipótesis de trabajo que servirá a la Comisión para centrar sus investigaciones a fin de establecer una definición precisa de mercado geográfico”.

Nuevamente, al igual que sucedía en el ámbito del mercado de producto, existen diversos factores que resultan de gran ayuda en la apreciación del mercado geográfico de referencia:

- Elementos de prueba en el pasado de desvíos de pedidos a otras zonas: reacciones de los clientes a variaciones en el precio entre áreas geográficas diversas.
- Características básicas de la demanda: preferencias nacionales, preferencias por la marca, el idioma, la cultura, etc.
- Opiniones de clientes y competidores: puntos de vista sobre los límites del mercado geográfico.
- Localización geográfica de las compras: situación geográfica de los suministradores.
- Flujos comerciales y estructura de compra: estadísticas comerciales sobre los intercambios, en particular cuando la cifra de clientes sea muy elevada.



- Barreras y costes asociados al desvío de pedidos hacia empresas localizadas en otras zonas: costes de transporte y restricciones al mismo, acceso a la red de distribución en una zona determinada, obstáculos reglamentarios, contingentes y derechos de aduana<sup>52</sup>.

En todo caso, la hipótesis inicial habrá de ser contrastada. Al servicio de tal exigencia, se realizará un estudio de las características de la demanda cuyo propósito sea averiguar si las empresas, aunque situadas en distintos puntos geográficos, constituyen verdaderamente una fuente de suministro alternativo para los consumidores<sup>53</sup>. En consecuencia, se analizarán las preferencias nacionales o locales, los hábitos de compra de los consumidores, las diferentes marcas de productos presentes en ese mercado, etc. En definitiva, entra de nuevo en juego en este supuesto el criterio del carácter sustituible.

#### **IV.- Criterio de sustitución**

Una vez delimitados el mercado de productos y el mercado geográfico, la Comisión realiza un análisis más detallado basado en el estudio de las fuentes principales de competencia a las que se ven sometidas las empresas. Estas fuentes de competencia o de presiones se recogen en el apartado 13 de la Comunicación sobre la definición de mercado de referencia:

“las empresas se ven sometidas a tres fuentes principales de presiones en los asuntos de competencia: sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial (...)”.

En realidad, de entre las presiones señaladas en la Comunicación anterior, solo tomaremos en consideración en este momento la sustituibilidad de la demanda y de la oferta; mientras que la competencia potencial será considerada eventualmente en el momento de examinar los efectos de la operación en la competencia<sup>54</sup>. Nuestro estudio se centrará ahora, por lo tanto, en el concepto del

---

52 *Ibíd.* apartados 44 a 50.

53 *Ibíd.* apartado 29.

54 BENEYTO PÉREZ, J.M.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, cit., págs. 671 y 672.



---

carácter sustituible.

El primer examen en profundidad sobre la sustitución de los productos se realizó por primera vez en el año 1976 en el caso *Hoffman-La Roche*, en el que se discutía sobre la intercambiabilidad de distintas vitaminas<sup>55</sup>. Finalmente, la comisión resolvió negando en su setencia la posibilidad de sustitución<sup>56</sup>:

“que la Comisión apreció la existencia de una posición dominante en siete de los ocho grupos que produce Roche, a saber, A, B2, B3, B6, C, E y H; que las partes están de acuerdo en que, por un lado, cada uno de estos grupos tiene unas funciones metabolizantes específicas y, por tanto, no es intercambiable con los demás y, por otro lado, en lo que respecta a los tres usos comunes a dichos grupos, que son, la alimentación humana, la alimentación animal y el uso farmacéutico, las vitaminas de que se trata no experimentan la competencia de otros productos”.

En consecuencia, un mercado resulta competitivo si el consumidor cuenta con la posibilidad de elegir dentro una gama más o menos extensa de productos con características similares y si el proveedor no encuentra obstáculos al suministro de productos o servicios en él. De este modo, las empresas vinculadas a un sistema competitivo deben respetar dos limitaciones: el carácter sustituible de la demanda y el de la oferta.

La sustituibilidad de la demanda tiene por objeto delimitar los productos que deben incluirse en la definición de mercado, según que la competencia de estos productos afecte suficientemente a la estrategia de fijación de precios de las partes a corto plazo. En este sentido, para determinar la sustituibilidad de los productos o servicios por parte de la demanda, la Comisión toma como base los productos fabricados por las empresas que proyectan la concentración. Se trata de analizar los efectos que produciría en los consumidores una variación pequeña y no transitoria de los precios. Un producto concreto se incluirá en el mercado en cuestión si la subida de un 5 por 100 o un 10 por 100 en el precio del mismo no resulta rentable debido a que genera una razonable fuga de clientes a

---

55 CALVO CARAVACA, A.L. / GOÑI URRIZA, N.: *El control de las concentraciones de empresas en Europa*, Madrid (Universidad Carlos III de Madrid), 1999, pág. 260.

56 STJUE de 13 de febrero de 1979, Asunto C-85/76 (*Hoffman-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*), F.J. 23, en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0085>.



---

otras empresas competidoras en busca de productos sustitutivo<sup>57</sup>.

Pero incluso en ausencia de productos alternativos, una empresa puede ver restringido su comportamiento por otra clase de presiones competitivas. Esto se debe a que la respuesta a la subida de precios de la empresa puede provenir asimismo del lado de la oferta.

La sustituibilidad de la oferta se considerará, a la hora de definir los mercados, en los casos en que sus efectos sean equivalentes a los de la sustituibilidad de la demanda en términos de eficacia y de respuesta inmediata. Esto requiere que los proveedores puedan fabricar y vender los productos a corto plazo sin incurrir en costes o riesgos adicionales significativos<sup>58</sup>. En el caso de que las empresas afectadas por la operación sean productoras de toda una gama de manufacturas o diferentes clases de productos, aún no siendo estos sustituibles en la demanda por el consumidor, formaran parte del mercado por ser productos sustituibles en la oferta<sup>59</sup>. En este sentido, la Comunicación sobre la definición de mercado relevante recoge un claro ejemplo en relación con el sector del papel:

“(…) el papel suele suministrarse en una serie de calidades diferentes, desde el papel de escribir corriente al papel de alta calidad para su utilización, por ejemplo, en la edición de libros de arte. Desde el punto de vista de la demanda, las diferentes calidades de papel no pueden utilizarse para un uso específico, esto es, un libro de arte o una publicación de alta calidad no pueden editarse con papel de baja calidad. Sin embargo, las fábricas de papel pueden producir diferentes calidades, y la producción puede ajustarse a un coste insignificante a corto plazo. Por ello, si no existen dificultades particulares en la distribución, los fabricantes de papel pueden competir respecto de los pedidos de diversas calidades, particularmente si éstos se efectúan con antelación suficiente para permitir modificar los planes de producción. En tales circunstancias, la Comisión no define un mercado distinto para cada calidad de papel y uso respectivo. Las diversas calidades de papel se incluyen en el mercado de referencia y sus ventas se suman para estimar el valor y el volumen total del mercado”.

---

57 *Ibidem*.

58 COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación sobre la definición de mercado de referencia*, cit., apartado 20..

59 CALVO CARAVACA, A.L. / GOÑI URRIZA, N.: *El control de las concentraciones de empresas en Europa*, cit., pág 262.



---

## **CAPÍTULO III.- EXAMEN DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA COMPETENCIA**

### **I.- Fundamento de la evaluación de las operaciones de concentración.**

Una vez analizado el concepto de concentración y delimitados los mercados, nuestra atención se centra ahora en evaluar las operaciones desde el punto de vista de la competencia, en otras palabras, se trata de analizar sus efectos en los mercados de referencia. Este examen, realizado por la Comisión determina la autorización, que puede estar condicionada al cumplimiento de algunos requisitos, o la no autorización de la concentración notificada, al menos en primera instancia <sup>60</sup>.

### **II.- Análisis sustantivo**

La comisión, a la hora de evaluar las operaciones, debe seguir las pautas establecidas en el Reglamento comunitario de concentraciones. Se trata de unos estándares legales, cuyo fundamento se analizará en los apartados siguientes, formulados tanto de forma positiva como de forma negativa en los apartados 2 y 3 del artículo 2 respectivamente:

“(2) Las concentraciones que no sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán compatibles con el mercado común”.

“(3) Las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común”.

Es posible deducir de lo anterior que el examen que realiza la Comisión con el objetivo de examinar las operaciones de concentración consta de dos elementos fundamentales: la creación o el refuerzo de una posición dominante y la obstaculización significativa de una competencia efectiva en el mercado común o una parte importante del mismo.

---

60 BENEYTO PÉREZ, J.M.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, cit., págs. 679 y 680.



A la vista de los dos elementos mencionados, se nos plantea la cuestión de si se trata de un único examen o, por el contrario, puede dividirse en dos tests diferenciados. Una primera hipótesis argumenta que la segunda idea es una mera constatación de las consecuencias que produce la primera. Sin embargo, en el caso *Tetra Laval*, la Comisión Financiera Internacional (“CFI”) estableció que la Comisión tenía que considerar ambas partes del artículo 2 del Reglamento a la hora de llevar a cabo el bloqueo de una concentración<sup>61</sup>. Por ejemplo, una concentración que fortalece su posición dominante pero solo de forma insignificante, se podría escapar de la primera prohibición; mientras que mediante el segundo test, se prevé que la Comisión pueda valorar, con cierto margen de apreciación, si la concentración obstaculiza o no de forma importante la competencia<sup>62</sup>.

La valoración de la comisión se emite, en cualquier caso, desde una perspectiva dinámica del mercado y, por lo tanto, toma en consideración si el daño a la competencia presenta un carácter transitorio o permanente. Es en este último supuesto cuando entra en juego el papel de la Comisión<sup>63</sup>. Así, por ejemplo, en el caso *Aerospatiale-Alenia/De Havilland* la Comisión dictaminó que la concentración propuesta suponía la creación de una posición dominante no eventual<sup>64</sup> y, en consecuencia, impedía el desarrollo de una efectiva competencia:

“ (...) la concentración propuesta daría lugar a una situación en la que la nueva entidad fruto de la unión entre ATR y De Havilland podría operar en los mercados mundiales de aviones de transporte regional de 40–59 plazas y de 60 o más plazas con un alto grado de independencia con respecto a sus competidores y clientes. Por lo tanto, la concentración propuesta crea una posición dominante en los mercados mundiales. Además, de acuerdo con el análisis precedente, la posición dominante no tiene un carácter meramente temporal, de manera que supondrá un obstáculo significativo para una competencia efectiva”.

Finalmente, al margen del debate sobre si se trata de un doble test o bien de dos elementos

---

61 STJUE de 25 de octubre de 2002, Asunto C-5/02 (*Tetra Laval VB contra Comisión de las Comunidades Europeas*), F.J. 2, en <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-supranacional-n-t-5-02-tjue-25-10-2002-12447391>.

62 WHISH, R.: *Competition Law*, Londres (LexisNexis), 2003, pág 836.

63 *Ibidem*.

64 COMISIÓN EUROPEA: *Decisión de 2 de octubre de 1991 núm. IV/M.053, As. Aerospatiale-Alenia/De Havilland*, apartado 72, en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31991D0619>.



del mismo test, otra observación a tener en cuenta, a la hora de proceder con este análisis, se fundamenta en una exigencia que estableció la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) y que se corresponde con la necesidad de que haya un nexo causal entre la operación de concentración y el deterioro significativo de la competencia efectiva, incluso en aquellos escenarios en los que sea posible dilucidar a primera vista la creación o el refuerzo de una posición dominante<sup>65</sup>.

### 1.- Posición de dominio

A pesar de que el Reglamento 4064/89, texto base en materia de competencia, mencionaba en varias ocasiones el término “posición dominante” como hemos visto anteriormente, éste no recogía, en cambio, una definición sobre el alcance de este concepto<sup>66</sup>. En consecuencia, la noción de dominación que se retomó fue la que el Tribunal de Justicia había elaborado en sentencia del 14 de febrero de 1978, caso *United Brands Company vs United Brands Continental B.V.* relativa a la aplicación del artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea<sup>67</sup>:

“Situación de potencia económica gracias a la cual la empresa que la ostenta está en grado de obstaculizar la subsistencia de una competencia efectiva sobre el mercado en referencia, y tiene la posibilidad de tener comportamientos además independientes frente a sus competidores, a sus clientes y a los consumidores. En general una posición dominante deriva de una combinación de varios factores, que tomados individualmente, no son necesariamente determinantes”.

No obstante la anterior definición, existen otras que resultan asimismo relevantes. La doctrina tiene su propia definición que elabora siguiendo criterios muy prácticos<sup>68</sup>:

“La capacidad de aumentar los precios en manera significativa y durable”.

En la propuesta de modificación del Reglamento 4064/89 se incluía una definición que

---

65 BENEYTO PÉREZ, J.M.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, cit., pág. 681.

66 SABOGAL BERNAL, L.F.: “Evaluación y desarrollo del criterio sustancial de evaluación de las concentraciones empresariales en el derecho comunitario europeo”, en *E-Mercatoria*, volumen 7, núm. 1, 2008, pág. 8.

67 STJUE de 14 de febrero de 1978, Asunto C-27/76 (*United Brands contra Comisión de las Comunidades Europeas*), FJ 2, en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89300&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=788649>

68 *Ibidem*.





---

pretendía cubrir la ausencia de regulación existente en torno a los oligopolios no colusorios, como ya veremos más adelante. No obstante, este concepto fue finalmente eliminado del texto resultante<sup>69</sup>. Esta definición se expresaba en los siguientes términos:

“A efectos del presente Reglamento se considera que una o varias empresas ocupan una posición dominante si utilizan su fortaleza económica, ya sea de forma coordinada o no, para ejercer una influencia apreciable y prolongada sobre los parámetros de la competencia y, en particular, sobre los precios, la producción, la calidad de la producción, la distribución o la innovación, o para restringir la competencia de manera apreciable”.

### **1.1.- Posición de dominio individual**

Podemos equiparar los conceptos de posición de dominio individual y monopolio. Se trata, por tanto, de situaciones en la que la posición dominante es ejercida por un solo individuo o una sola empresa.

El monopolio constituía la principal hipótesis susceptible de ser contraria a la competencia en el momento en el que fue introducido el Reglamento 4064/89 y, en la actualidad, sigue siendo también la principal amenaza al efectivo equilibrio competitivo.

Cuando un único vendedor o proveedor de servicios se encuentra en una posición desde la que puede determinar arbitrariamente los precios en un mercado de referencia, éste podría elevarlos de forma que se produjesen graves perjuicios a los consumidores, de ahí la necesaria intervención de la autoridad pública aprobando con o sin condiciones o rechazando los proyectos de concentración empresarial que supongan la creación o consolidación de un monopolio<sup>70</sup>.

### **1.2.- Posición de dominio colectiva**

Con el paso de los años, las circunstancias fueron poniendo de relieve que el mercado comunitario no se veía únicamente afectado por las operaciones de concentración de carácter monopolístico, sino que también se podía ver perjudicado por aquellas integraciones que tenían por

---

69 BENEYTO PÉREZ, J.M.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, cit., pág. 686.

70 SABOGAL BERNAL, L.F.: “Evaluación y desarrollo del criterio sustancial de evaluación de las concentraciones empresariales en el derecho comunitario europeo”, cit., pág. 9.



---

efecto generar oligopolios. Por este motivo, fue imprescindible desarrollar la noción de posición dominante desde un punto de vista colectivo.

La definición básica de posición de dominio colectiva en la jurisprudencia comunitaria<sup>71</sup> es la que sigue:

“Relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración del mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por lo tanto, en gran medida impulsados a coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes, restringiendo la producción con el fin de aumentar los precios. En efecto, en tal contexto, cada operador sabe que una actuación altamente competitiva por su parte, dirigida a incrementar su cuota de mercado (por ejemplo, una reducción de precios), provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa. Todos los operadores tendrían por lo tanto que soportar el descenso del nivel de los precios”.

La interdependencia consciente entre los agentes de un mercado, lleva a alinear sus conductas de modo que empiezan a obtenerse beneficios supracompetitivos que pueden dar lugar a un oligopolio<sup>72</sup>. Se trata de situaciones en las cuales la oferta, en un particular mercado, es atribuible a un número reducido y tendencialmente estable de empresas<sup>73</sup>.

La normativa comunitaria, vigente desde 1989, no estaba adaptada para poder dar respuestas efectivas a los problemas relacionados con los oligopolios y, por ello, desde los primeros años de vigencia del Reglamento 4064/89 se abrió un gran debate en torno a cómo solventar esta situación de vacío legal.

En un primer momento, la Comisión y la jurisprudencia comunitaria trataron de dar respuesta a este problema pero, al considerarse tal respuesta insuficiente, fue entonces cuando se empezó a plantear la reforma de la legislación vigente.

---

71 STPI de 25 de marzo de 1999, Asunto C-102/96 (*Gencor Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas*), F.J. 276, en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A61996TJ0102>.

72 FOLGERA CRESPO, J. / MARTÍNEZ CORRAL, B.: “La posición de dominio colectiva: estado actual de una larga evolución”, en [www.espacio.investiga.org](http://www.espacio.investiga.org) (29 de marzo de 2017).

73 SABOGAL BERNAL, L.F.: “Evaluación y desarrollo del criterio sustancial de evaluación de las concentraciones empresariales en el derecho comunitario europeo”, cit., pág. 9.



---

Desde 1992, comenzaron a darse los primeros pasos en este sentido. En esta etapa, con el caso *Nestlé/ Perrier*, se previó por parte de la Comisión la posible extensión del Reglamento 4064/89 a los supuestos de dominio colectivo<sup>74</sup> y muy pronto ésta empezó a preocuparse en sus evaluaciones de las posiciones dominantes en mercados oligopolísticos<sup>75</sup>.

Posteriormente, en 1998 con el caso *Kali/Salz* el Tribunal de Justicia confirma lo que la Comisión ya había anticipado. Se consagra en esta sentencia el principio que autoriza a la Comisión para examinar los efectos de una operación en términos de creación o afianzamiento de la posición dominante colectiva. Ello encuentra fundamento en el artículo 2 del Reglamento. En la medida en que éste se refiere a las operaciones de concentración que creen o refuercen una posición dominante, no se puede deducir que exista alguna exclusión relativa a situaciones de dominio colectivo<sup>76</sup>. En este punto, la sentencia se expresa del siguiente modo:

“En cuanto a la aprobación de la concentración en el mercado alemán sin condiciones ni cargas, el Gobierno alemán señala que, no existiendo relación de causalidad entre la concentración y el refuerzo de una posición dominante, no se cumplía una de las condiciones para adoptar una decisión de prohibición, en el sentido del apartado 3 del artículo 2 del Reglamento. Por tanto, la concentración debía autorizarse sin cargas ni condiciones.

Previamente debe recordarse que, a tenor del apartado 2 del artículo 2 del Reglamento, «se declararán compatibles con el mercado común las operaciones de concentración que no supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al no crear ni reforzar posición dominante alguna en el mercado común o en una parte sustancial del mismo»

Así pues, siempre que una operación de concentración no sea la causa de la creación o del refuerzo de una posición dominante que afecte de manera significativa a la situación competitiva en el mercado relevante, procede declararla compatible con el mercado común”.

---

74 COMISIÓN EUROPEA: *Decisión de 22 de julio de 1992 núm IV/M.190, Asunto Nestlé/Perrier*, apartado 110, en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31992D0553>.

75 *Ibíd.* 10.

76 STJUE de 31 de marzo de 1998, Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 (Francia y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas) (denominada “Kali & Saltz”), F.J. 109 y 110, en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db2803b39de89e4fa28832d22b99bf2a95.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKb3n0?text=&docid=43511&pageIndex=0&doclang=ES&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=657380>



---

Un año después, el caso *Gencor* abrió un importante periodo en el que la posición de dominio colectiva fue estudiada y definida por la jurisprudencia comunitaria. La sentencia califica de oligopolio estable a la dominación colectiva y precisa asimismo que en un oligopolio no es necesaria la presencia de un vínculo estructural o acuerdo entre las empresas. Estos vínculos pueden ser simplemente económicos. En este sentido, para la coordinación tácita de los miembros de un oligopolio es clave el factor de la interdependencia. Por este motivo, cuando se examinan los vínculos existentes entre los miembros de un oligopolio, es necesario determinar si estos vínculos son susceptibles o no de facilitar esta coordinación tácita de las empresas<sup>77</sup>. A este respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala lo siguiente:

“La existencia de una posición dominante colectiva puede, por tanto, derivarse de la naturaleza y del contenido de un acuerdo, de su forma de aplicación y, en consecuencia, de los vínculos o factores de correlación entre empresas que resultan de ellos. No obstante, la existencia de un acuerdo o de otras relaciones jurídicas no es indispensable para afirmar que existe una posición dominante colectiva, afirmación que podría resultar de otros factores de correlación y dependería de una apreciación económica y, en especial, de una apreciación de la estructura del mercado de que se trate”.

Con esta afirmación, se suprime totalmente la necesidad de un acuerdo entre las empresas para poder hablar de posición de dominio colectiva, siendo suficiente la mera presencia de un vínculo económico para poder hablar de interdependencia oligopolística.

Este breve repaso jurisprudencial debe necesariamente completarse con una mención a la importante decisión *Airtours*. Con tal decisión, la Comisión prohibió una concentración de empresas en el sector de los servicios de viajes en aras de evitar una situación posterior a la operación que hubiera supuesto una posición de dominio colectiva por parte de tres empresas<sup>78</sup>. La Comisión trató de englobar dentro del concepto de posición de dominio colectiva a los denominados oligopolios no colusorios<sup>79</sup>, en los que, sin existir vínculo alguno entre los partícipes, éstos pueden obtener beneficios supracompetitivos con independencia de sus competidores:

---

77 FOLGERA CRESPO, J. / MARTÍNEZ CORRAL, B.: “La posición de dominio colectiva: estado actual de una larga evolución”, cit.

78 *Ibidem*.

79 COMISIÓN EUROPEA: *Decisión de la Comisión de 22 de septiembre de 1999, núm. IV/M.1524, Asunto Airtours/First Choice C-342/99*, apartado 54, en [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1524\\_19990922\\_610\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1524_19990922_610_en.pdf)



“El hecho de que los miembros del oligopolio actúen siempre como si hubiera entre ellos uno o más acuerdos explícitos (por ejemplo, un acuerdo de fijación de precios o de capacidad, o también de repartirse el mercado) no constituye una condición necesaria para la existencia de una posición dominante colectiva. Basta que, a causa de la concentración, resulte racional que los miembros del oligopolio, al adaptarse a las condiciones del mercado, adopten conductas individuales que reduzcan significativamente la competencia entre ellos y les permitan actuar, en gran medida, independientemente de sus competidores, sus clientes y los consumidores”:

Esta decisión, que fue duramente criticada por parte de la doctrina, es anulada en el año 2002 por el Tribunal de Primera Instancia comunitario (el “TPI”), siendo la primera vez que este tribunal anula el veto impuesto por la Comisión a una operación de concentración comunitaria<sup>80</sup>. El TPI definió la posición de dominio colectiva en los siguientes términos<sup>81</sup>:

“Puede crearse una situación de posición dominante colectiva que obstaculice de manera significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial de éste como consecuencia de una concentración cuando, habida cuenta de las propias características del mercado de referencia y de la modificación que provocaría en su estructura la realización de la operación, ésta daría lugar a que cada miembro del oligopolio dominante, siendo consciente de los intereses comunes, considerase posible, económicamente racional y por tanto preferible adoptar de manera duradera una misma línea de acción en el mercado, con el fin de vender por encima de los precios competitivos, sin necesidad de celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada en el sentido del art. 81 TCE [...], y ello sin que sus competidores actuales o potenciales, ni los clientes, ni tampoco los consumidores, puedan reaccionar de un modo efectivo”.

Además, el TPI procedió a definir los tres requisitos fundamentales que deben darse en un oligopolio para poder hablar de una situación de dominancia colectiva: transparencia, línea común de actuación y ausencia de presión competitiva<sup>82</sup>. Nos ocuparemos de ellos más detalladamente en apartados posteriores.

## **2.- Obstáculo significativo de una competencia efectiva**

En los últimos años, se ha convertido en relativamente frecuente la necesidad de notificar una misma operación de concentración en distintos países con el fin de que sea admitida por las

80 FOLGUERA CRESPO J.: “Airtours: control de concentraciones y revisión judicial” en [http://elpais.com/diario/2002/06/16/negocio/1024232607\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2002/06/16/negocio/1024232607_850215.html) (1 de abril de 2017).

81 STPI de 6 de junio de 2002, Asunto C-342/99 (Airtours plc/Comisión de las Comunidades Europeas), F.J. 61, en [http://europa.eu/rapid/press-release\\_CJE-02-50\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_CJE-02-50_en.htm?locale=en).

82 FOLGERA CRESPO, J. / MARTÍNEZ CORRAL, B.: “La posición de dominio colectiva: estado actual de una larga evolución”, cit.



---

autoridades de la competencia. Sin embargo, ocurre que no todos los países fundamentan las decisiones en materia de competencia sobre los mismos criterios, lo que puede dar lugar a situaciones contradictorias. Los dos criterios fundamentales utilizados son el de la creación o refuerzo de una posición de dominio, que es el que ha regido tradicionalmente en el derecho comunitario y en la mayoría de Estados miembros de la Unión Europea, y el de la producción de una disminución considerable de la competencia (*substantial lessening of competition* o “SLC”), que es aplicado por las autoridades de la competencia de Australia, Canadá y EE.UU., entre otras<sup>83</sup>.

En este contexto, una de las cuestiones planteadas en el curso de la revisión del régimen de concentraciones comunitario ha sido la convivencia de cambiar el test de la posición dominante, por aquel basado en el SLC. De este modo, en el año 2001 se recogen en el denominado Libro Verde los diferentes argumentos a favor y en contra de la doctrina sobre la implementación de este criterio en el contexto europeo<sup>84</sup>.

La publicación del *Libro verde* supuso la apertura de un debate en el que no hay vencedores o vencidos, ni una clara predisposición a la implementación del “significativo obstáculo de la competencia” como criterio principal. Sin embargo, resultó de vital importancia pues permitió abrir una etapa que luego finalizaría con la adopción del nuevo criterio<sup>85</sup>.

El Proyecto de Reforma del Reglamento de Concentraciones, elaborado sobre la base de los resultados del debate surgido en torno al Libro Verde, se presenta en su versión final en enero del año 2003. Este documento presentaba algunas deficiencias, entre ellas, se ponía en duda el alcance del criterio de la posición dominante a la hora de proporcionar un control efectivo en aquellos supuestos de oligopolios no colusorios<sup>86</sup>. Para aportar luz a esta situación, en el proyecto se propone incluir dentro del concepto de posición dominante esta última hipótesis. No obstante, en el texto

---

83 GARCÍA PÉREZ, M.: “Test de dominancia vs. Test de disminución sustancial de la competencia: a debate el criterio para prohibir una concentración”, en [http://www.idee.ceu.es/Portals/0/Actividades/II\\_seminario\\_Mercedes\\_garcia.pdf](http://www.idee.ceu.es/Portals/0/Actividades/II_seminario_Mercedes_garcia.pdf) (3 de abril de 2017).

84 SABOGAL BERNAL, L.F.: “Evaluación y desarrollo del criterio sustancial de evaluación de las concentraciones empresariales en el derecho comunitario europeo”, cit., pág. 19.

85 *Ibid.* pág 20.

86 BENEYTO PÉREZ, J.M.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, cit., pág. 686.



---

final, este numeral fue eliminado, como ya se vio con anterioridad.

La negociación que se surtió al interior del Consejo Europeo, respecto de la propuesta de reforma del Reglamento de Concentraciones dio lugar a posiciones contrapuestas.

Algunos Estados buscaban mantener el criterio de la posición dominante imperante en Europa. Pensaban que en realidad no existía el vacío legal al que se ha hecho referencia anteriormente e incluso reconocían la presencia de este vacío pero no pensaban que fuese relevante y consideraban que la introducción del SLC podría otorgar poderes discrecionales demasiado amplios a la Comisión<sup>87</sup>. En cambio, otros Estados eran partidarios del SLC fundamentando su defensa en el escaso riesgo que este criterio constituiría pues no se trataba de una entidad ni nueva ni desconocida. Asimismo destacaban la entera cobertura que este criterio proporcionaría en todos los casos de efectos anticompetitivos causados por las operaciones de concentración<sup>88</sup>.

Como resultado de esta discusión, finalmente se aprueba el nuevo Reglamento comunitario de concentraciones, actualmente vigente, que entra en vigor en el año 2004. Se introducen pocas modificaciones respecto al proyecto formulado por la Comisión, no obstante en materia del criterio sustancial se produce el cambio mas significativo que consiste en un nuevo planteamiento basado en la obstaculización de la competencia efectiva<sup>89</sup>. A este respecto, el artículo 2, en sus apartados 2 y 3 recoge lo siguiente:

“(2) Las concentraciones que no sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán compatibles con el mercado común.

(3) Las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común”.

---

87 SABOGAL BERNAL, L.F.: “Evaluación y desarrollo del criterio sustancial de evaluación de las concentraciones empresariales en el derecho comunitario europeo”, cit., pág. 22.

88 *Ibid.* pág. 21.

89 *Ibid.* pág. 22.



---

Con esto, se pone fin a la crítica más importante que se había formulado al criterio de la posición dominante. De este modo, el nuevo test basado en el criterio del “significativo obstáculo a la competencia” permite asimismo un control efectivo en los casos de oligopolios no colusorios. A tal efecto, se acepta una interpretación extensiva del concepto de posición dominante que permita tomar en consideración el daño causado al mercado común en aquellas situaciones caracterizadas por la ausencia de coordinación entre las autoridades implicadas<sup>90</sup>.

Finalmente, conviene tener en cuenta que si bien hoy el criterio principal y decisivo en el análisis de las concentraciones en Europa es el “significativo obstáculo a la competencia”, éste se seguirá modulando, en la mayor parte de los casos, a partir de la “posición dominante”. Por consiguiente, aunque el criterio principal haya cambiado, la base del sistema sigue siendo la posición dominante, no obstante, el cambio de criterio ofrece una base normativa más sólida para poder evaluar los efectos producidos por una concentración<sup>91</sup>.

### **III.- Efectos anticompetitivos**

#### **1.- Efectos horizontales**

Por concentraciones horizontales se entienden aquellas que tienen lugar entre competidores localizados en el mismo mercado geográfico y de producto y en el mismo nivel de producción y distribución. Suponen, en general, un peligro relevante para la competencia y, por ello, han de ser tratadas de un modo estricto<sup>92</sup>.

A partir de la publicación del *Libro Verde* y luego de la publicación del actual Reglamento comunitario de concentraciones y la Comunicación sobre Concentraciones Horizontales, se reflexionó sobre los efectos que pueden producir las concentraciones y su influencia en el momento

---

90 Reglamento comunitario de concentraciones, considerando 5.

91 SABOGAL BERNAL, L.F.: “Evaluación y desarrollo del criterio sustancial de evaluación de las concentraciones empresariales en el derecho comunitario europeo”, cit., pág. 25.

92 WHISH, R.: *Competition Law*, cit., pág 782.





de evaluar la compatibilidad con el mercado comunitario<sup>93</sup>. En la comunicación citada se señalan dos formas en que las concentraciones horizontales pueden obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, en concreto, al crear o reforzar una posición dominante<sup>94</sup>:

“a) Eliminando gran parte de la presión competitiva sobre una o varias empresas, que en consecuencia dispondrán de un poder de mercado incrementado sin tener que recurrir a un comportamiento coordinado (efectos no coordinados).

b) Cambiando la naturaleza de la competencia de tal manera que resulte mucho más probable que empresas que previamente no coordinaban su comportamiento pasen a coordinarse y a subir sus precios o a perjudicar por otros medios la competencia efectiva. Una concentración también puede facilitar o hacer más estable o efectiva la coordinación entre empresas que ya se coordinaban antes de la concentración (efectos coordinados)”.

### 1.1- Efectos no coordinados

Los efectos no coordinados o unilaterales consisten en la adquisición de una posición de poder en un mercado determinado por parte de la empresa fusionada que da lugar a la desaparición de la presión competitiva existente sobre las entidades antes de producirse la concentración. Como consecuencia de esta ausencia de competencia, deja de ser necesaria la coordinación estratégica de la empresa en sus actuaciones<sup>95</sup>

Una situación de este tipo puede comportar algunos beneficios como la mayor capacidad de control de los precios por las empresas fusionadas tras la desaparición de un competidor o la situación de equilibrio competitivo que pueda reportar también efectos positivos a las entidades ajenas a la operación<sup>96</sup>. Sin embargo, de estas concentraciones derivan, en multitud de ocasiones, efectos negativos sobre los consumidores que se concretan en la posibilidad de que la empresa

93 SABOGAL BERNAL, L.F.: “Evaluación y desarrollo del criterio sustancial de evaluación de las concentraciones empresariales en el derecho comunitario europeo”, cit., pág. 26.

94 COMISIÓN EUROPEA: *Directrices de 5 de febrero de 2004, sobre la evolución de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO C 31/03 de 5 de febrero de 2004) (denominadas las “Directrices Horizontales”)*, apartado 22, en [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52004XC0205\(02\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52004XC0205(02)).

95 ENGRA, J.C. / RODRÍGUEZ ENCINAS, A.: “El sistema de control de las concentraciones en la Unión Europea”, cit.

96 SABOGAL BERNAL, L.F.: “Evaluación y desarrollo del criterio sustancial de evaluación de las concentraciones empresariales en el derecho comunitario europeo”, cit., pág. 29.



---

fusionada adopte un comportamiento unilateral dirigido a elevar los precios y reducir la oferta<sup>97</sup>. Se trata de una ruptura competitiva en la que no media ningún tipo de acuerdo, razón por la cual hablamos de efectos no coordinados<sup>98</sup>.

Cabe recordar que en torno a este efecto en concreto se abrió un gran debate que luego llevó a la modificación del Reglamento en materia de concentraciones, tal y como se ha expuesto anteriormente. En este sentido, la Comunicación sobre Concentraciones Horizontales clarifica que tal fenómeno puede tener lugar en un contexto de monopolio, en donde juega un rol principal la creación o reforzamiento de una posición dominante, así como en un oligopolio, cuando se pruebe la reducción de la competencia, incluso en circunstancias que evidencien una improbable coordinación entre los miembros del oligopolio<sup>99</sup>.

Por otra parte, la Comunicación recoge una serie de factores que favorecen la aparición de efectos no coordinados en los procesos de integración. Éstos se manifiestan cuando las empresas participantes poseen grandes cuotas de mercado, cuando los productos ofrecidos por éstas presentan un alto grado de sustituibilidad, cuando las posibilidades de los consumidores para cambiar de proveedor son limitadas, cuando hay pocas probabilidades de que los competidores aumenten el suministro si suben los precios, cuando la empresa fusionada puede impedir la expansión de sus competidores o, en último lugar, cuando la integración elimina una presión competitiva relevante<sup>100</sup>.

## 1.2.- Efectos coordinados

Los efectos coordinados se manifiestan a través del acuerdo de una empresa con sus competidores. De esta manera, se coordinan en sus comportamientos y pueden verse afectadas la fijación de precios, la limitación de la producción, la calidad, etc. Bajo esta hipótesis las empresas de un mercado determinado podrían pactar con sus competidores el establecimiento de unos precios

---

97 GARCÍA PÉREZ, M.: “Test de dominancia vs. Test de disminución sustancial de la competencia: a debate el criterio para prohibir una concentración”, cit.

98 SABOGAL BERNAL, L.F.: “Evaluación y desarrollo del criterio sustancial de evaluación de las concentraciones empresariales en el derecho comunitario europeo”, cit., pág. 28.

99 *Ibid.* Pág. 29.

100 COMISIÓN EUROPEA: *Directrices Horizontales*, apartados 27 a 38.



---

desproporcionados debido a que cuentan con la confianza de que el resto de entidades también actuarán de este modo, rompiendo así el equilibrio competitivo. El acuerdo puede ser tanto tácito como expreso y tanto público como oculto<sup>101</sup>.

En este contexto ciertamente la teoría del oligopolio no concuerda, pues no se llega al equilibrio competitivo y las empresas no ofrecen sus mejores respuestas<sup>102</sup>. El hecho de que en el marco de mercados oligopolísticos una operación de concentración incremente el riesgo de coordinación entre los operadores, dependerá de que la misma cause algunos cambios estructurales que hagan más fácil el asentamiento de las condiciones de dicha coordinación<sup>103</sup>.

Ante tal situación, como ya se vio anteriormente, la Comisión Europea creó y desarrolló, con la colaboración de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, el concepto de “posición de dominio colectiva”. En este punto, los tres requisitos imprescindibles que deben concurrir en un oligopolio para que la coordinación resulte sostenible son los siguientes: transparencia, línea de conducta común y ausencia de presión competitiva<sup>104</sup>.

En lo relativo a la transparencia, ésta debe ser suficiente para que los oligopolistas conozcan con precisión e inmediatez el comportamiento del resto. El fundamento de esta característica se encuentra en la necesidad de poder comprobar si todos los miembros del oligopolio están adoptando o no la línea de acción previamente fijada<sup>105</sup>.

La línea de conducta común es una exigencia de sostenibilidad que se concreta en la presencia de incentivos a no apartarse del camino establecido por los operadores implicados en el acuerdo. Estos mecanismos deben ser rigurosos y creíbles, y ser susceptibles de acarrear para el operador que se ha desviado o se plantea hacerlo un valor neto actual de pérdida de beneficios

---

101 SABOGAL BERNAL, L.F.: “Evaluación y desarrollo del criterio sustancial de evaluación de las concentraciones empresariales en el derecho comunitario europeo”, cit., pág. 26.

102 *Ibidem*.

103 BENEYTO PÉREZ, J.M.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, cit., pág. 701.

104 FOLGERA CRESPO, J. / MARTÍNEZ CORRAL, B.: “La posición de dominio colectiva: estado actual de una larga evolución”, cit.

105 *Ibidem*.



---

(durante el periodo de castigo) que supere el valor neto actual de de los beneficios adicionales obtenidos (durante el periodo de desviación)<sup>106</sup>.

El requisito de ausencia de presión competitiva se refiere tanto a los competidores actuales y potenciales como a los consumidores futuros. En estas circunstancias, puede ser necesaria la toma en consideración de la capacidad de los operadores ajenos al oligopolio de incrementar su producción o el poder de negociación de los consumidores<sup>107</sup>.

Como ocurría en el caso de los efectos no coordinados, la Comunicación sobre Concentraciones Horizontales ha identificado una lista de elementos que aumentan las posibilidades de llegar a un acuerdo sobre las características de la coordinación. Algunos de estos elementos son: la presencia de un número no muy amplio de productos que sean homogéneos, la estabilidad en la oferta y la demanda, clientela ausente de complejidades y fácilmente divisible, la transparencia en cuanto a los costes, la existencia de vínculos estructurales entre los operadores y la semejanza de cuotas de mercado, niveles de capacidad de producción y nivel de integración<sup>108</sup>.

## 2.- Efectos verticales

Las concentraciones verticales tienen lugar entre empresas que operan en distintos niveles de mercado, es decir, en aquellos casos en los que una entidad adquiere el control de otra situada en un puesto inferior o superior en la cadena de distribución<sup>109</sup>.

Las integraciones verticales pueden producir efectos perjudiciales para una efectiva competencia. Estos efectos consisten en la marginación o exclusión de competidores como consecuencia del endurecimiento de las barreras de entrada<sup>110</sup>. Por lo tanto, el riesgo de que se produzcan estos efectos perjudiciales depende, por un lado, en gran medida de que exista un fuerte

---

106 BENEYTO PÉREZ, J.M.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, cit., pág. 703.

107 *Ibidem*.

108 *Ibidem*.

109 WHISH, R.: *Competition Law*, cit., pág 782.

110 GARCÍA PÉREZ, M.: “Test de dominancia vs. Test de disminución sustancial de la competencia: a debate el criterio para prohibir una concentración”, cit.



---

poder de mercado por parte de, al menos, una de las empresas que se fusionan y, por otro lado, de que las barreras de entrada sean relevantes<sup>111</sup>.

Los efectos de exclusión pueden encontrar fundamento, en primer lugar, en una restricción de acceso de los competidores sobre una determinada materia prima necesaria para sus procesos productivos o distributivos. De este modo, una empresa situada en un nivel superior de la cadena de distribución que tenga poder monopolístico sobre un producto, puede decidir tras la concentración reducir la disponibilidad de este producto para el resto de empresas situadas en un nivel inferior, de tal modo, que las mismas no podrían acceder a él o solo serían capaces de hacerlo en términos discriminatorios<sup>112</sup>.

En segundo lugar, la exclusión puede recaer asimismo sobre las posibilidades de acceso de los competidores a los clientes. En este supuesto la entidad fusionada dispone de poder de mercado en niveles inferiores, que pasa a utilizar para limitar la base de clientes de sus competidores en el mercado ascendente, al dejar de aprovisionarse a partir de los mismos<sup>113</sup>.

Por otra parte, las concentraciones verticales pueden presentar también efectos positivos al favorecer, en un contexto determinado, la coordinación anticompetitiva del mercado<sup>114</sup>. De esta manera, cuando una empresa pasa a hacerse cargo de actividades que tradicionalmente había delegado en manos de terceros, la entidad consigue desintermediar en un porcentaje las ventas lo que se traduce en beneficios tanto para la misma como para los consumidores. Este es el caso de Zara, la marca más representativa del grupo español Inditex, que organiza su modelo a través de una estrategia de integración vertical la cual le permite asumir ella misma la mayor parte de actividades relacionadas con la cadena de valor (diseño, producción, logística, etc.), logrando poner en sus tiendas nuevos diseños de prendas en períodos de tiempo muy breves y responder con gran agilidad a las tendencias del mercado.

---

111 BENEYTO PÉREZ, J.M.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, cit., pág. 703.

112 WHISH, R.: *Competition Law*, cit., pág. 782.

113 BENEYTO PÉREZ, J.M.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, cit., pág. 705.

114 *Ibidem*.



---

### 3.- Efectos conglomerales

Recibe el nombre de “efecto conglomerado o conglomeral” el causado por aquellas concentraciones entre empresas fabricantes de productos pertenecientes a mercados relevantes distintos cuyo principal efecto sobre la competencia consiste en la formación de sinergias derivadas de la combinación de recursos financieros y posibles barreras de entrada<sup>115</sup>. Se trata, por tanto, de empresas cuyos productos son complementarios o que suelen ser adquiridos generalmente por la misma categoría de clientes.

En este marco, se entenderán por “conglomerados puros” aquellos casos en los que no exista nexo funcional alguno entre las empresas afectadas por la operación<sup>116</sup>.

Estas concentraciones pueden consistir, en primer lugar, en una ampliación de la línea de productos cuando las empresas añaden nuevos artículos a los suyos propios como consecuencia de la operación o, en segundo lugar, una ampliación del mercado cuando las entidades fusionadas pertenecen a mercados geográficos distintos<sup>117</sup>.

Si bien la aplicación del Reglamento comunitario de concentraciones a estas operaciones suscitó cierta polémica en el pasado, la jurisdicción comunitaria ha asentado con claridad en su sentencia *Tetra Laval* ya mencionada el principio que sigue a continuación:

“al realizar el análisis prospectivo de los efectos de una operación de concentración de tipo conglomerado, la Comisión está obligada a prohibirla si los efectos de conglomerado constatados le permiten concluir que, con toda probabilidad, en un futuro relativamente próximo se crearía o reforzaría una posición dominante, que tendría como consecuencia obstaculizar significativamente la competencia efectiva en el mercado afectado”.

A tal efecto, se distinguirán aquellas situaciones en las que una concentración de

---

115 GARCÍA PÉREZ, M.: “Test de dominancia vs. Test de disminución sustancial de la competencia: a debate el criterio para prohibir una concentración”, cit.

116 *Ibidem*.

117 WHISH, R.: *Competition Law*, cit., pág 782.



---

conglomerado modifica de inmediato las condiciones de la competencia dando lugar a la creación o al refuerzo de una posición dominante, de aquellas que la creación o refuerzo de la posición dominante no se produce en términos de inmediatez, sino que solo se producirá pasado cierto tiempo y como consecuencia del comportamiento de la nueva empresa en un mercado en el que ya dispone de una posición de dominio. En este último caso, la creación o reforzamiento de la posición dominante no se sustenta sobre un cambio estructural posterior a la integración. En este sentido, cuando exista una posición de dominio previa a la operación de concentración, deberá valorarse si es probable que la nueva entidad adopte los mismos comportamientos<sup>118</sup>.

Las concentraciones de conglomerado pueden dar lugar, primeramente, a los denominados efectos de portafolio causados, por ejemplo, tras la compra por una empresa de un conjunto de grandes marcas en un sector determinado. El riesgo radica en que los precios pueden verse incrementados y la producción o la calidad puede, asimismo, disminuir<sup>119</sup>.

En segundo lugar, los conglomerados empresariales pueden conducir a prácticas comerciales denominadas *bundling* o *tying* consistentes en condicionar la adquisición de un producto a la compra de otro, o en ofrecer de forma conjunta dos o más productos que anteriormente se vendían individualmente. El peligro de estas prácticas reside en que las empresas puedan desarrollar estrategias de exclusión de competidores, así como en la posibilidad de incremento de las barreras de entrada<sup>120</sup>.

Finalmente, conviene recordar que las concentraciones conglomeradas pueden facilitar también la coordinación en un determinado mercado.

#### **IV.- Factores compensatorios al incremento de poder**

---

118 BENEYTO PÉREZ, J.M.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, cit., pág. 706.

119 *Ibid.* pág 707.

120 *Ibidem.*



---

## 1.- Poder de negociación de los clientes

En determinadas circunstancias, a pesar de que una concentración suponga la adquisición de cuotas de mercado realmente elevadas, ésta puede ser admitida por la Comisión si las presiones competitivas de los clientes son lo suficientemente fuertes como para poder ser consideradas un factor compensatorio frente al poder de la nueva entidad en el mercado<sup>121</sup>. En consecuencia, la Comisión analizará en función de la estructura de mercado previa y, sobre todo, posterior a la concentración si es realmente cierto que los consumidores disponen de un poder de negociación suficiente y efectivo en el mercado de referencia<sup>122</sup>.

En este contexto, el poder de negociación de los clientes ha de entenderse tomando en consideración la definición establecida en la Comunicación sobre Concentraciones Horizontales:

“El poder de negociación de la demanda debe entenderse, en este contexto, como la capacidad de negociación comercial que tiene el comprador frente al vendedor gracias a su tamaño, a su importancia comercial desde la óptica del vendedor y a su capacidad para cambiar de proveedor”.

La manifestación más habitual del poder de negociación de los clientes, en especial por parte de los grandes consumidores, consiste en la migración a fuentes alternativas de suministro en respuesta a posibles aumentos de precios o situaciones en las que la calidad o las condiciones de suministro sufran un deterioro. No obstante, este poder de influencia puede manifestarse de otras formas tales como la amenaza de integración vertical en la producción del bien de que se trate o el apoyo a la entrada en el mercado de un nuevo competidor<sup>123</sup>.

La Comisión, a la hora de determinar si el poder de negociación de los consumidores en un mercado puede compensar los daños que la operación produciría a la competencia efectiva, deberá analizar, entre otros factores, la características de los compradores; la estructura del mercado resultante de la operación, tanto a nivel de la oferta como a nivel de la demanda del producto o servicio en cuestión; el grado de interdependencia mutua entre suministradores y clientes en el

---

121 COMISIÓN EUROPEA: *Directrices Horizontales*, apartado 64.

122 BENEYTO PÉREZ, J.M.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, cit., pág. 708.

123 *Ibidem*.





---

mercado; y la posibilidad para éstos de trasladar los incrementos de precios tras la fusión a los consumidores<sup>124</sup>.

Conviene advertir finalmente la existencia de algunas situaciones concretas en las que el poder de la demanda no supone un verdadero contrapeso a la obstaculización de la competencia generada por el proceso de concentración. Tales situaciones se recogen en la mencionada Comunicación:

“No cabe concluir que el poder de negociación de la demanda compensa suficientemente los efectos negativos potenciales de una concentración si sólo garantiza que un segmento determinado de los clientes, con una particular fortaleza de negociación, quedará a salvo de un aumento significativo de los precios o de unas condiciones deterioradas tras la concentración. Por lo demás, no basta con que el poder de la demanda ya exista antes de la concentración; también tiene que haberlo y debe ser efectivo después de la misma. Ello se debe a que una concentración de dos proveedores puede reducir el poder de la demanda si con ella desaparece una alternativa creíble”.

## **2.- Llegada al mercado de nuevos competidores**

La entrada de nuevos competidores en un mercado de referencia donde una empresa, como consecuencia de un proceso de integración, ha alcanzado grandes cuotas de dicho mercado, puede evitar que la misma ejerza el poder que presumiblemente se derivaría de ella<sup>125</sup>.

En este sentido, la Comisión ha identificado tres elementos a fin de determinar si la entrada en el mercado de nuevos competidores supone verdaderamente una amenaza sobre las entidades implicadas en la operación de concentración.

En primer lugar, debe evaluarse la presencia de barreras de entrada en el mercado de referencia. Las barreras de entrada otorgan a los ya presentes en tal mercado una posición privilegiada en el sentido que las mismas pueden suponer una serie de riesgos y costes, de tal modo, que deje de ser rentable la entrada de nuevos competidores en dicho mercado. Si las barreras de entrada son bajas, es más probable que las partes de la concentración se vean amenazadas por la eventual entrada de nuevos competidores. Por el contrario, si las barreras son elevadas, el poder de

---

124 *Ibidem*.

125 *Ibid.* 709.



mercado de las empresas que van a fusionarse no se ve expuesto a una presión relevante por la llegada de nuevos competidores<sup>126</sup>. Las barreras pueden ser legales, técnicas o estratégicas, tal y como se desprende del apartado 71 de las Directrices Horizontales:

“a) Las ventajas legales abarcan situaciones en que la presencia de barreras reglamentarias limita el número de operadores en el mercado, por ejemplo restringiendo el número de licencias. Este supuesto también abarca las barreras comerciales arancelarias y no arancelarias.

b) Las empresas que ya están presentes en el mercado también pueden disfrutar de ventajas de orden técnico, como un acceso preferente a infraestructuras esenciales, a recursos naturales, a innovación e I+D o a derechos de propiedad industrial e intelectual, que pueden dificultar el que otras empresas estén en condiciones de competir con ellas. Por ejemplo, en algunos sectores puede ser difícil obtener materias primas esenciales y determinados productos o procesos pueden estar protegidos por patentes. Otros factores, como las economías de escala y de alcance, las redes de distribución y venta y el acceso a tecnologías importantes, también pueden constituir barreras de entrada.

c) Por otra parte, las barreras de entrada también pueden tener su origen en la posición consolidada de que disfrutaban las empresas ya presentes en el mercado. Así, puede resultar difícil entrar en un determinado sector porque la experiencia y reputación necesarias para competir de forma efectiva no estén al alcance de los nuevos operadores. En este contexto, se tomarán en consideración factores como la fidelidad de los consumidores a una marca concreta, las relaciones entre proveedores y clientes, la importancia de las campañas de promoción y publicidad y otras ventajas vinculadas a una buena reputación. Las barreras de entrada también pueden plantearse en situaciones en que las empresas presentes en el mercado ya estén inmersas en un proceso de creación de un gran exceso de capacidad o en las que los costes que tendrían que soportar los clientes para pasarse a un nuevo proveedor actúen como elemento inhibitor de la entrada”.

En segundo lugar, la entrada en el mercado ha de producirse de forma continuada y rápida para impedir el ejercicio del poder de mercado. En lo relativo a este requisito, no existe una regulación detallada sobre el alcance del término “prontitud”. Lo que constituye un periodo de tiempo apropiado se desprenderá de las circunstancias concretas de cada caso. No obstante, suele considerarse un margen adecuado la entrada en el mercado durante los dos años siguientes a la operación<sup>127</sup>.

En tercer lugar, la Comisión examina si la entrada en el mercado tendría un alcance y magnitud suficientes como para disuadir los efectos contrarios a la efectiva competencia de la

---

126 COMISIÓN EUROPEA: *Directrices Horizontales*, apartado 70.

127 *Ibíd.* Apartado 74.



---

concentración<sup>128</sup>.

### 3.- Tratamiento de las eficiencias económicas

En determinadas circunstancias, se permite llevar a cabo una concentración empresarial que si bien conlleva un detrimento de la competencia, el mismo se ve contrarrestado por las eficiencias generadas con la operación<sup>129</sup>.

En el apartado 1 del artículo 2 del Reglamento Comunitario de Concentraciones se recoge un elenco de circunstancias que la Comisión debe tener en cuenta a la hora de evaluar un proceso de concentración:

“(…) la posición de mercado de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de barreras legales o de otro tipo para el acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales, así como el desarrollo del progreso técnico o económico, siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia”.

Tal y como se desprende del texto del artículo, habrá de valorarse tanto el progreso técnico como económico que la operación pueda producir<sup>130</sup>. Para que la Comisión pueda tener en cuenta estas eficiencias en su evaluación de la concentración y concluir que, gracias a las mismas, no hay razones para declarar la concentración incompatible con el mercado común, las eficiencias han de beneficiar a los consumidores, tener un carácter inherente a la concentración y ser verificables. Estas condiciones son de carácter cumulativo<sup>131</sup>.

En cuanto al plazo de materialización de las eficiencias, cuanto más largo sea dicho plazo, menor será la importancia que pueda conferirles la Comisión. Esto implica que las eficiencias han

---

128 *Ibíd.* Apartado 75.

129 WHISH, R.: *Competition Law*, cit., pág 843.

130 Reglamento comunitario de concentraciones, artículo 2.

131 COMISIÓN EUROPEA: *Directrices Horizontales*, apartado 78.



---

de producirse con la mayor brevedad posible para que puedan considerarse un factor compensatorio<sup>132</sup>.

Además, Cuanto más negativas sean las consecuencias sobre la competencia, más seguridad deberá tener la Comisión de que las eficiencias son sustanciales, de que resulta probable su materialización y de que son transferidas en grado suficiente a los consumidores. En este sentido, es muy poco probable que una concentración que lleve a una posición de mercado cercana al monopolio o a un grado similar de poder de mercado pueda ser aceptada por la Comisión en virtud de esta excepción<sup>133</sup>.

#### **4.- Defensa de la empresa en quiebra o concurso.**

En determinados supuestos, la razón que pone en marcha un proceso de integración se encuentra en la voluntad de salvar de la quiebra o concurso a una determinada empresa<sup>134</sup>. Se trata de una excepción que permite la aprobación de operaciones de concentración que son susceptibles de afectar a la competencia y que no se admitirían de no ser por la grave situación que ha de atravesar la entidad objeto de la adquisición<sup>135</sup>.

En el marco de esta excepción, a raíz de la Sentencia del asunto *Kali/Salz*, la Comisión adoptó el test de los tres requisitos establecido por el Tribunal de Justicia como medio para asegurar la falta de causalidad entre la operación de concentración y la posición dominante creada o reforzada, que ha seguido siendo utilizado hasta la fecha en diversas ocasiones<sup>136</sup>.

El primero de los requisitos que componen el test establece que la empresa en crisis debe encontrarse condenada, a causa de sus problemas económicos, a abandonar el mercado en un futuro próximo si no es absorbida por otra entidad. Las partes intervinientes en la operación deberán

---

132 *Ibíd.* apartado 83.

133 *Ibíd.* apartado 84.

134 WHISH, R.: *Competition Law*, cit., pág 845.

135 FÉRNANDEZ VICEN, C.: “La supervivencia de las compañías en crisis”, en [https://www.frdelpino.es/wp-content/uploads/2014/10/en\\_6-Cani-Fernández.pdf](https://www.frdelpino.es/wp-content/uploads/2014/10/en_6-Cani-Fernández.pdf) (11 de abril de 2017).

136 WHISH, R.: *Competition Law*, cit., pág 845.



---

probar que la compañía en crisis se verá abocada a la liquidación en un futuro cercano al no poder cumplir con sus obligaciones financieras. A tal efecto, no es exigible que haya un procedimiento concursal abierto en el momento en el que se notifica la operación, sino que de no producirse la concentración, el inicio de este procedimiento resultaría inevitable. Conviene apuntar que no existe un criterio general que permita apreciar el estado de insolvencia de la empresa objeto de adquisición y, por lo tanto, esta evaluación deberá realizarse individualmente caso por caso<sup>137</sup>.

El segundo requisito hace referencia al hecho de que no exista otra posibilidad de compra menos perjudicial para la competencia que la operación proyectada. Para poder apreciar la concurrencia de esta circunstancia, se deberá demostrar que los posibles escenarios alternativos a la operación suponen problemas de competencia parecidos o mayores que los que resultarían de la ejecución de la operación. A estos efectos, la Comisión se encarga de analizar si ha habido o hay compradores alternativos de la empresa en crisis que hubieran presentado una oferta o pudieran presentarla en un breve período de tiempo. En este punto, las partes deberán demostrar que han hecho todo lo posible para negociar con otros interesados. Para ello, puede ser de gran utilidad la puesta en marcha de un procedimiento de oferta pública. En el caso de que hubiera otros posibles interesados, se deberá probar que la operación notificada es mejor que cualquiera de las rechazadas<sup>138</sup>.

El último y tercer requisito establece que la salida del mercado de los activos de la empresa en dificultades ha de ser inevitable de no mediar la concentración. Si los activos de la empresa en crisis pueden comercializarse como unidades independientes, las partes deberán demostrar que estas transacciones plantean mayores problemas de competencia que la operación proyectada. En consecuencia, para superar con éxito este requisito la operación notificada deberá generar más beneficios que los que se derivarían de la adquisición individual de los activos de la empresa en crisis, tales como economías de escala y eficiencias en la demanda o en la gestión del negocio<sup>139</sup>.

---

137 FÉRNANDEZ VICEN, C.: “La supervivencia de las compañías en crisis”, cit.

138 *Ibidem*.

139 *Ibidem*.



---

No obstante lo anterior, la interpretación tan estricta que han llevado a cabo las autoridades de la competencia a la hora de apreciar los requisitos citados, ha provocado que la excepción haya sido aceptada en muy pocos casos en el entorno europeo. Además, todas las autoridades han coincidido en que las operaciones autorizadas por medio de la misma plantean problemas de competencia.

#### **IV.- Restricciones accesorias**

En el marco de una operación de concentración se distinguen diversos tipos de cláusulas contractuales. Por una parte, están aquellas cláusulas que forman parte de la operación propiamente dicha tales como la venta de acciones o activos de una empresa. Pero además las partes pueden añadir a la transacción otras cláusulas restrictivas de la competencia directamente relacionadas con la operación y asimismo necesarias para llevar a cabo el proceso de reestructuración<sup>140</sup>.

En un primer momento, el legislador comunitario desarrolló la doctrina de las restricciones accesorias en el Reglamento 4064/89. En esta época imperaba un principio según el cual estas restricciones eran parte de la operación de concentración propiamente dicha y, por lo tanto, eran objeto de un análisis individual y expreso<sup>141</sup>.

Más tarde, en el año 2001 se produjo un importante cambio en la política sobre restricciones accesorias con la introducción de la Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (la “Comunicación sobre restricciones accesorias”). A partir de este momento, se abandona el análisis explícito de las restricciones anexas a la operación<sup>142</sup>.

La nueva postura adoptada por la Comisión tras la entrada en vigor de dicha Comunicación

---

140 COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (la “Comunicación sobre restricciones accesorias”)*, apartado 10, en [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52005XC0305\(02\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52005XC0305(02)).

141 BENEYTO PÉREZ, J.M.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, cit., pág. 716.

142 *Ibíd.* pág 717.



establece que las restricciones accesorias que cumplan los requisitos de vinculación directa y de necesidad establecidos en el Reglamento quedarán automáticamente cubiertas por la decisión de compatibilidad de la concentración con el mercado común<sup>143</sup>. En este sentido, en el caso Lagardère el TPI estableció lo siguiente<sup>144</sup>.

“cuando las partes en una operación de concentración notifican a la Comisión cláusulas contractuales en concepto de restricciones necesarias y relacionadas directamente con la realización de dicha operación, esas cláusulas deben ser consideradas parte integrante de la notificación de la operación de concentración. Ahora bien, en el supuesto de una solicitud precisa y clara comprendida dentro de la competencia de la Comisión, ésta está obligada a dar una respuesta adecuada. Por tanto, esas disposiciones confirman que las apreciaciones sobre esas restricciones, formuladas por la Comisión en los fundamentos de Derecho de su decisión de aprobación, tienen carácter decisorio en igual concepto que la aprobación de la operación de concentración”.

Las partes deberán encargarse de analizar en qué medida las cláusulas restrictivas están directamente vinculadas a la realización de la concentración y son necesarias a tal fin, y ello a la luz de los precedentes en los que la Comisión se ha pronunciado sobre la materia y de la Comunicación sobre restricciones accesorias<sup>145</sup>. Esta última señala al respecto de los requisitos mencionados que éstos no tienen naturaleza objetiva y por tanto:

“Las restricciones no están directamente vinculadas a la realización de una concentración y no son necesarias a tal fin por el mero hecho de que las partes así lo consideren”.

Para que pueda considerarse que las restricciones están directamente vinculadas a la realización de la concentración, éstas han de estar íntimamente ligadas a la misma. Debe existir un vínculo de carácter económico entre una determinada restricción y la operación principal y, además, el objetivo de la cláusulas ha de ser la facilitación del proceso de transición y hacia la nueva estructura<sup>146</sup>. La Comunicación citada establece que:

“No basta con que un acuerdo se haya concluido en el mismo contexto o al mismo tiempo que la

---

143 COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación sobre restricciones accesorias*, apartado 10.

144 STJUE de 20 de noviembre de 2002, Asunto C-251/00 (*Lagardère y Canal+ SA contra Comisión de las Comunidades Europeas*), F.J. 90, en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-251/00>.

145 NAVARRO VARONA, E. / BACHES OPI, S.: “El nuevo sistema comunitario de concentraciones” en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1234/documento/trib03.pdf?id=2028> (20 de abril de 2017).

146 COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación sobre restricciones accesorias*, apartado 12.



concentración”.

Por otra parte, los acuerdos han de ser necesarios para la realización de la concentración, lo que implica que, en su ausencia, no se podría llevar a cabo la concentración o sólo podría realizarse en condiciones inciertas, con costes superiores, en un período de tiempo bastante más largo o con muchas más dificultades. Algunos acuerdos que suelen reunir estos criterios son los destinados a proteger el valor transferido, preservar la continuidad del suministro tras la disolución de una antigua entidad económica o permitir la puesta en marcha de una nueva entidad<sup>147</sup>. En este punto, la Comisión realiza una aclaración:

“A la hora de determinar si una restricción es necesaria o no, no sólo conviene tener en cuenta su naturaleza, sino que también hay que asegurarse de que su duración, contenido y ámbito geográfico de aplicación no exceden de lo que requiere razonablemente la realización de la concentración. Cuando existan alternativas de eficacia idéntica para lograr el objetivo legítimo apetecido, las empresas deberán escoger la que, desde un punto de vista objetivo, restrinja menos la competencia”.

El contenido y naturaleza concreta de las distintas restricciones susceptibles de ser consideradas como directamente relacionadas y necesarias en la conclusión de un proceso de concentración dependerá del marco en el que se lleve a cabo tal operación. A tal efecto, la Comunicación sobre restricciones accesorias distingue los diversos escenarios posibles, a saber, la adquisición de una empresa, la adquisición conjunta dirigida a repartir posteriormente los activos o las empresas en causa entre los compradores, y la constitución de empresas en participación.

En el supuesto de adquisición de control sobre una empresa, las restricciones acordadas entre las partes pueden revertir en beneficio del comprador o del vendedor. En general, la necesidad de protección del comprador parece primar sobre la necesidad de protección del vendedor. Las cláusulas favorables al primero se justifican puesto que éste ha de tener garantías de que podrá obtener el valor íntegro de la empresa adquirida. Por consiguiente, por regla general las restricciones que favorecen al vendedor, o bien no están directamente ligadas a la realización de la concentración y no son necesarias para la consecución de la misma, o bien su alcance o duración

---

147 *Ibíd.* apartado 13.





deben ser inferiores que los de las cláusulas establecidas en beneficio del comprador<sup>148</sup>. Por otra parte, en el caso de una adquisición conjunta dirigida a proceder a un reparto posterior, las restricciones se refieren con frecuencia bien a la fase de realización de la oferta conjunta o bien a la situación tras el reparto de los activos. Por último, en los casos de empresa en participación, las cláusulas restrictivas suelen orientarse a disciplinar determinados aspectos de las relaciones entre la empresa común y sus matrices<sup>149</sup>.

Las cláusulas restrictivas más comunes son las de inhibición de la competencia (prohibiciones de competir o cláusulas de no competencia) y, en consecuencia, las cláusulas de confidencialidad y de no captación de personal. Estas prohibiciones suelen acordarse respecto al vendedor en beneficio del comprador o de las empresas matrices en favor de la empresa en participación. Otras restricciones habituales consisten en la conclusión de acuerdos de licencia sobre los derechos de propiedad industrial o comercial, así como acuerdos relativos a obligaciones de compra y suministro<sup>150</sup>.

---

148 *Ibíd.* apartado 17.

149 BENEYTO PÉREZ, J.M.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, cit., págs 719 y 720.

150 *Ibíd.* pág. 721.



## CAPÍTULO IV.- REMEDIOS Y RÉGIMEN SANCIONADOR Y COERCITIVO.

### I.- Compromisos modificativos de la concentración

En aquellos casos en los que una concentración plantee problemas de competencia, las partes podrán intentar modificar la concentración para resolver dichos problemas y conseguir así la autorización de la Comisión<sup>151</sup>. Estas modificaciones se conocen con el nombre de remedios o compromisos y tienen por objeto obligar al infractor a cesar en su comportamiento ilícito, eliminar o corregir sus efectos y restablecer la competencia en el mercado común<sup>152</sup>.

Estos compromisos, en virtud de lo establecido por el Tribunal de Primera Instancia en el caso *Alrosa*, deben respetar el principio de proporcionalidad, en otras palabras, no han de ir más allá de lo estrictamente necesario para poner fin a la restricción de la competencia detectada<sup>153</sup>.

En cuanto al momento temporal en el que los compromisos deben ser adoptados, la Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) n° 802/2004 de la Comisión (la “Comunicación relativa a las soluciones admisibles”) apunta lo siguiente:

“(…)Dichas modificaciones podrán ejecutarse plenamente antes de una decisión de autorización. Sin embargo, es más frecuente que las partes presenten compromisos con objeto de hacer la concentración compatible con el mercado común y que dichos compromisos se ejecuten tras la autorización”.

A este respecto, conviene señalar que en la actualidad los supuestos de no autorización son escasos puesto que, en la mayoría de los casos, la Comisión suele recurrir a una autorización condicionada, es decir, sujeta al cumplimiento de compromisos. En consecuencia, la problemática

151 COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) n° 802/2004 de la Comisión (la “Comunicación relativa a las soluciones admisibles”)*, apartado 5, en [http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files\\_remedies/remedies\\_notice\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/remedies_notice_es.pdf).

152 ALLENDESALAZAR CORCHO, R.: “Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia”, en <http://www.marcialpons.es/static/pdf/100825703.pdf> (23 de abril de 2017).

153 STJUE de 11 de julio de 2007, Asunto C-170/06 (*Alrosa Company Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas*), F.J. 80-82, en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=T-170/06>.



de las soluciones y los compromisos aceptables se ha convertido en uno de los objetivos primordiales de la Comisión en estos últimos años. Ello ha llevado a una reorganización de los servicios de la Dirección General de Competencia, así como a la adopción de la Comunicación interpretativa citada anteriormente<sup>154</sup>.

Los compromisos han de cumplir además unos requisitos para poder ser calificados como aceptables. Tales requisitos se encuentran recogidos en la Comunicación relativa a las soluciones admisibles:

(9) Con arreglo al Reglamento de concentraciones, la Comisión sólo podrá aceptar los compromisos que se consideren adecuados para compatibilizar la concentración con el mercado común de modo que supriman un importante obstáculo para la competencia efectiva. Los compromisos deberán eliminar enteramente los problemas de competencia y deberán ser completos y efectivos desde todos los puntos de vista. Por otra parte, los compromisos deberán poder ser ejecutados de manera efectiva en un breve plazo, ya que las condiciones de competencia del mercado no se mantendrán hasta que se hayan cumplido los compromisos.

(10) Los compromisos estructurales, en particular las cesiones, propuestos por las partes, sólo cumplirán estas condiciones en la medida en que la Comisión pueda concluir con el grado suficiente de certeza que será posible ejecutarlos y que será probable que las nuevas estructuras comerciales que resulten de ellos sean lo suficientemente realizables y sostenibles para garantizar que el importante obstáculo a la competencia efectiva no se materialice.

(11) El grado necesario de certeza relativo a la ejecución de los compromisos propuestos puede en particular verse afectado por los riesgos relativos a la transferencia de una actividad empresarial que vaya a cederse, como por ejemplo las condiciones impuestas por las partes en la cesión, los derechos de terceros respecto de la actividad empresarial o los riesgos de encontrar un comprador adecuado, así como los riesgos relativos a la degradación de los activos hasta que la cesión haya tenido lugar. Incumbe a las partes suprimir dichas incertidumbres por lo que respecta a la ejecución de la solución al presentarla a la Comisión.

(12) Para evaluar la segunda condición, si es probable que el compromiso propuesto elimine los problemas de competencia detectados, la Comisión considerará todos los factores pertinentes relativos a la solución propuesta, incluidos, entre otras cosas, el tipo, la escala y el alcance de la solución propuesta, juzgados por referencia a la estructura y a las características particulares del mercado en el que surjan los problemas de competencia, incluida la posición de las partes y de otros protagonistas del mercado.

(13) Para que los compromisos se atengan a estos principios, tiene que haber una ejecución efectiva y una capacidad para supervisar los compromisos. Si bien las cesiones, una vez ejecutadas, no requieren ninguna otra medida de supervisión, otros tipos de compromisos requieren mecanismos

154 BENEYTO PÉREZ, J.M.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, cit., pág. 722.



---

efectivos de supervisión para asegurarse de que su efecto no se reduzca o incluso sea eliminado por las partes. En caso contrario, dichos compromisos tendrían que ser considerados como simples declaraciones de intenciones de las partes y no equivaldrían a obligaciones vinculantes, ya que, debido a la falta de mecanismos efectivos de supervisión, ninguna infracción de los mismos podría dar lugar a la revocación de la decisión con arreglo a las disposiciones del Reglamento de concentraciones.

(14) No obstante, en los casos en que las partes presenten propuestas de soluciones que sean tan extensas y complejas que no le sea posible a la Comisión determinar con el grado suficiente de certeza, en el momento de su decisión, si se ejecutarán plenamente y si es probable que mantengan la competencia efectiva en el mercado, no podrá adoptarse una decisión de autorización. La Comisión podrá rechazar dichas soluciones, particularmente si su ejecución no puede supervisarse de manera efectiva y que la falta de supervisión efectiva disminuye, o incluso elimina, el efecto de los compromisos propuestos”.

La Comisión no puede imponer a las partes los compromisos a los que deben someterse. Corresponde, por tanto, a las mismas la toma de la iniciativa debiendo probar que las soluciones adoptadas resultan adecuadas para eliminar la creación o el fortalecimiento de la posición dominante identificada por la Comisión<sup>155</sup>.

Las soluciones preferibles desde el punto de vista del objetivo del Reglamento comunitario de concentraciones son las constituidas por compromisos de carácter estructural como la reducción de la cuota de mercado mediante la venta de una filial. Esto se debe a que dichos compromisos previenen con efectividad los problemas de competencia que serían provocados por la operación notificada y, por otro lado, no requieren medidas de supervisión a medio o largo plazo<sup>156</sup>.

No obstante, no debe excluirse la posibilidad de que otras clases de compromisos puedan también prevenir un importante obstáculo a la competencia efectiva. Hablamos de compromisos de comportamiento como son, por ejemplo, la no utilización de una marca durante un periodo de tiempo determinado o la puesta a disposición de terceros de una parte de la capacidad de producción de la empresa surgida de la concentración. Si bien no resultan aceptables las meras propuestas de no abusar de la posición de dominio creada o reforzada a causa de la concentración<sup>157</sup>.

---

155 *Ibíd.* pág. 723.

156 COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación relativa a las soluciones admisibles*, cit., apartado 5.

157 *Ibíd.*



---

Los remedios de comportamiento modifican la conducta futura de la empresa sancionada, obligando a la ésta a hacer (remedio positivo) o a no hacer (remedio negativo) algo. Este tipo de compromisos presenta la ventaja de que pueden adaptarse a las circunstancias concretas de las empresas infractoras y del mercado. Sin embargo, también presenta algunos inconvenientes puesto que suele ser necesario establecer mecanismos, a veces bastante complejos, para supervisar su cumplimiento, y asimismo en numerosas ocasiones no resuelven lo que suele ser el origen del problema: el poder de mercado de la empresa<sup>158</sup>.

### **1.- Cesión de activos**

En aquellos supuestos en los que una concentración propuesta amenace con obstaculizar la competencia efectiva, el instrumento más efectivo para evitar desviarse de la misma lo constituyen las desinversiones de activos. Se trata de crear las condiciones necesarias para la aparición de una nueva entidad competitiva o para la aparición de una nueva entidad competitiva o para la consolidación de los competidores existentes<sup>159</sup>.

La decisión de autorización de la Comisión se supedita a la condición de que las actividades cedidas tengan carácter viable. A este respecto, la Comunicación relativa a las soluciones admisibles establece:

“En principio, una actividad empresarial viable es una actividad empresarial que puede funcionar de manera independiente, es decir, independientemente de las partes en la concentración por lo que se refiere al suministro de insumos u otras formas de cooperación, salvo durante un período transitorio”.

Asimismo, solo se logrará el efecto previsto cuando se transfiera la actividad empresarial a un comprador adecuado que haga de la misma una fuerza competitiva activa en el mercado. Para garantizar que la actividad se transfiera a un comprador adecuado, los compromisos deberán apoyarse en criterios para definir su conveniencia que permitan a la Comisión determinar que la cesión a dicho comprador eliminará probablemente los problemas de competencia identificados<sup>160</sup>.

---

158 ALLENDESALAZAR CORCHO, R.: “Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia”, cit.

159 COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación relativa a las soluciones admisibles*, cit., apartado 22.

160 *Ibíd.* Apartado 47.



En este sentido, en la Comunicación citada se recogen unos requisitos básicos relativos a la conveniencia del comprador:

- “(1) El comprador deberá ser independiente de las partes y no tener vínculos con ellas;
- (2) el comprador deberá poseer recursos financieros y experiencia pertinente probada, y tener motivación y capacidad para mantener y desarrollar la actividad empresarial cedida como una fuerza competitiva viable y activa en competencia con las partes y otros competidores; y
- (3) la adquisición de la actividad empresarial por el comprador propuesto no deberá conllevar el riesgo de crear nuevos problemas de competencia ni de retrasar la ejecución de los compromisos. Por lo tanto, se debe esperar razonablemente que el comprador propuesto obtenga todas las aprobaciones necesarias de las autoridades reglamentarias pertinentes para la adquisición de la actividad empresarial que vaya a ser cedida”

Conviene señalar la posibilidad de que la aplicación de la cesión propuesta plantee incertidumbres considerables. Pueden existir, por ejemplo, derechos preferentes de terceros sobre el activo en cuestión o dudas sobre la transmisibilidad de contratos o derechos de propiedad intelectual. En este contexto, puede resultar necesario establecer en el compromiso una propuesta alternativa, así como un calendario preciso respecto de la ejecución de dicha propuesta<sup>161</sup>.

## **2.- Supresión de vínculos con los competidores**

En aquellas situaciones en que los vínculos existentes entre las partes y los competidores contribuyan a los problemas de competencia planteados por la concentración, podrán adoptarse compromisos de cesión con el objetivo de suprimir dichos vínculos y restaurar la competencia efectiva. Para zanjar una relación estructural con un fuerte competidor puede ser necesario recurrir a la cesión de una participación minoritaria en una empresa en participación o la cesión de una participación minoritaria en un competidor<sup>162</sup>.

Si bien aunque lo idóneo en estas circunstancias es que se cedan las participaciones íntegramente, la Comisión puede aceptar excepcionalmente la renuncia a los derechos vinculados a

---

161 BENEYTO PÉREZ, J.M.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, cit., pág. 727.

162 COMISIÓN EUROPEA: *Comunicación relativa a las soluciones admisibles*, cit., apartado 58.



---

participaciones minoritarias en un competidor cuando pueda excluirse que los beneficios financieros derivados de una participación minoritaria en un competidor plantearían por sí mismos problemas de competencia<sup>163</sup>. En este contexto, la Comunicación relativa a las soluciones admisibles recoge lo siguiente:

“En tales circunstancias, las partes deberán renunciar a todos los derechos vinculados a dicha participación que influyan en el comportamiento en términos de competencia, tales como la representación en el consejo de administración, los derechos de veto y los derechos de información. La Comisión sólo podrá aceptar que se corte dicho vínculo con un competidor cuando se renuncie a esos derechos en su totalidad y de manera permanente”.

Por otra parte, en el supuesto de que los problemas de competencia se deriven de acuerdos con empresas que suministran los mismos productos o proporcionan los mismos servicios, la solución puede encontrarse en la finalización de dichos acuerdos. Se trata de casos en los que exista, por ejemplo, un acuerdo de distribución con competidores o un acuerdo que de lugar a la coordinación de determinados comportamientos comerciales<sup>164</sup>. Sin embargo, para poder dar por extinguidos los problemas de competencia mediante la supresión de un acuerdo, la Comunicación anterior establece algunas condiciones:

“la terminación de un acuerdo de distribución por sí solo únicamente eliminará los problemas de competencia si se garantiza que también en el futuro se distribuya el producto de un competidor y ejerza una presión competitiva efectiva en las partes”.

### **3.- Otras soluciones**

La Comisión puede aceptar otro tipo de compromisos distintos de las cesiones o la supresión de vínculos con los competidores, pero sólo en circunstancias en que la solución alternativa sea por lo menos equivalente en sus efectos a una cesión.

La primera de las soluciones alternativas se encuentra en la concesión de acceso a infraestructura clave; redes; tecnología clave, incluidas patentes; conocimientos técnicos u otros derechos de propiedad intelectual; e insumos esenciales. Generalmente, las partes han de posibilitar

---

163 Ibid. apartado 59.

164 Ibid. apartado 60.



---

dicho acceso a terceros de forma transparente y no discriminatoria puesto que el objetivo de estas concesiones es permitir la entrada de nuevos competidores en el mercado<sup>165</sup>. Así, la comunicación relativa a las soluciones admisibles establece una exigencia en este sentido:

“Dichos compromisos podrán ser aceptables para la Comisión cuando esté suficientemente claro que se producirá una entrada real de nuevos competidores que eliminará cualquier obstáculo importante a la competencia efectiva”.

Es frecuente que no se logre una reducción suficiente de barreras de entrada con medidas individuales. En estas circunstancias, puede resultar necesario un paquete que incluya tanto soluciones de cesión como compromisos de acceso, o un paquete de compromisos dirigido a hacer más fácil la entrada de competidores mediante una gama completa de medidas. La Comisión solo aprobará dicho paquete en caso de que los compromisos en él recogidos produzcan realmente una entrada oportuna y probable de suficientes nuevos competidores, de tal modo, que se pueda considerar que tienen un efecto en la competencia similar al que produciría una cesión<sup>166</sup>.

Por otra parte, en casos de contratos exclusivos a largo plazo, como por ejemplo acuerdos exclusivos de suministro, la terminación o el cambio de dichos acuerdos pueden considerarse apropiados para acabar con los problemas de competencia. No obstante, las partes deberán demostrar claramente que no se mantendrá ninguna exclusividad *de facto*. Además, dicho cambio de acuerdos a largo plazo sólo será aprobado por la Comisión si forma parte de un paquete de soluciones para eliminar los problemas de competencia detectados<sup>167</sup>.

## II.- Restablecimiento de la competencia efectiva

En la mayor parte de los casos resulta suficiente la no concesión de autorización respecto de aquellas operaciones susceptibles de causar los efectos anticompetitivos que se recogen en el Reglamento Comunitario de Concentraciones. Sin embargo, en determinados supuestos, la Comisión deberá adoptar una conducta más activa, sobrepasando los límites de la mera prohibición,

---

165 *Ibid.* apartado 62.

166 *Ibid.* apartado 63.

167 *Ibid.* apartado 68.





---

para asegurar la restauración de la competencia<sup>168</sup>.

El Reglamento 4064/89 se limitaba a sancionar que la Comisión podía ordenar, en el marco de su decisión de prohibición o de una decisión posterior, la separación de empresas o activos agrupados, el cese del control común o la adopción de cualquier otra medida que permite el restablecimiento de la competencia efectiva. No obstante, en el año 2004, con la entrada en vigor del Reglamento comunitario de concentraciones actualmente en vigor, se introdujeron importantes precisiones en relación con los poderes de decisión de la Comisión en este ámbito, en particular, respecto al supuesto en el que una concentración se haya ejecutado contraviniendo alguna condición

<sup>169</sup>

En principio, será necesario que la concentración en cuestión sea previamente declarada incompatible con el mercado común. Esta decisión puede encontrar fundamento tanto en los supuestos de revocación de una decisión de autorización como en los casos en los que la operación se haya llevado a cabo contraviniendo alguna de las condiciones impuestas<sup>170</sup>. En estas circunstancias, el artículo 4 del Reglamento comunitario de concentraciones dispone que la Comisión podrá:

“(1) exigir a las empresas afectadas, que disuelvan la concentración, en particular mediante la disolución de la fusión o la enajenación de todas las acciones o activos adquiridos, de tal manera que quede restablecida la situación previa a la ejecución de la concentración. Si las circunstancias no permiten el restablecimiento de la situación previa a la ejecución de la concentración, mediante la disolución de la misma, la Comisión podrá adoptar cualquier otra medida apropiada para lograr tal restablecimiento en la medida de lo posible;

(2) ordenar cualquier otra medida apropiada para garantizar que las empresas afectadas disuelvan la concentración o adopten cualesquiera otras medidas encaminadas a restablecer la situación previa, conforme a lo dispuesto en su decisión”.

Sin embargo, en el caso de aquellas concentraciones que hayan sido ejecutadas en contravención de una de las condiciones a las que se había supeditado su autorización, no resulta

---

<sup>168</sup> BENEYTO PÉREZ, J.M.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, cit., pág. 728.

<sup>169</sup> *Ibidem*.

<sup>170</sup> Reglamento comunitario de concentraciones, artículo 4.



---

necesario que la Comisión adopte una decisión de prohibición antes de ordenar la separación. Tras la violación de de una determinada condición, la decisión de autorización se convierte en una prohibición. En estos casos, la Comisión no está obligada a realizar de nuevo un análisis de los efectos de la operación y puede optar directamente por la vía de la separación con el objetivo de restaurar la competencia efectiva<sup>171</sup>.

En relación con este último objetivo, en una mesa redonda celebrada el año 2007 en el seno de la OCDE sobre remedios y sanciones en el ámbito de las conductas unilaterales se llevó a debate si las autoridades de la competencia podían imponer remedios que produjesen en el mercado un grado de competencia incluso mayor que el que hubiese existido de no haberse producido la práctica prohibida. En principio, dicha función no debe recaer sobre las autoridades de competencia sino en los órganos reguladores, en su caso, o en el legislador<sup>172</sup>. Así, lo confirma la ya citada sentencia del TPI en el asunto *Alrosa* que pone de relieve el principio de proporcionalidad:

“La obligación impuesta a las empresas de poner fin a las infracciones a las normas de la competencia no puede exceder de lo necesario para alcanzar este fin, que no es otro que el cumplimiento de las normas infringidas”.

En definitiva, en cualquier supuesto en el que la Comisión decida prohibir una concentración, deberá también plantearse si resulta conveniente restablecer la competencia efectiva mediante una orden de desinversión u otro mecanismo apropiado utilizando las herramientas que el Reglamento pone a su disposición. No obstante, finalmente, cabe mencionar que hasta la fecha son escasos los ejemplos de decisiones de separación por parte de la Comisión<sup>173</sup>.

### **III.- Poder sancionador y coercitivo de la Comisión**

La Comisión, de acuerdo con lo establecido en el apartado 3 del artículo 6 del Reglamento comunitario de concentraciones, tiene autoridad para revocar las decisiones de autorización de concentraciones cuando descubra que la información proporcionada es falsa o se ha obtenido de

---

171 BENEYTO PÉREZ, J.M.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, cit., págs. 730 y 731.

172 ALLENDESALAZAR CORCHO, R.: “Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia”, cit.

173 BENEYTO PÉREZ, J.M.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, cit., págs. 730 y 731.



---

forma fraudulenta, o las empresas incumplen una obligación impuesta en la decisión. En este sentido, el texto actualmente vigente del Reglamento comunitario de concentraciones ha supuesto una ampliación del elenco de poderes de investigación sobre las empresas y asociaciones de empresas atribuidos a la Comisión. Las inspecciones podrán extenderse a libros y documentos, cualquiera que sea su soporte material, pudiendo hacerse copias en cualquier formato. La Comisión podrá también precintar todos los locales y libros o documentos de la empresa durante el tiempo y en la medida que considere oportuno, así como solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas. Estos poderes de inspección se atribuyen también a los agentes de las autoridades competentes de los Estados miembros que asistan a los agentes de la Comisión<sup>174</sup>.

En presencia de las circunstancias mencionadas, la Comisión podrá imponer multas sancionadoras, tal y como señala el artículo 14 del Reglamento. Por un lado, estas multas podrán ser del 10% del volumen de negocios de las empresas afectadas cuando éstas, deliberadamente o por negligencia incumplan el deber de notificar la operación, ejecuten una operación antes de su notificación, ejecuten una operación que ha sido declarada incompatible por la Comisión, o incumplan una condición u obligación impuesta mediante decisión. Por otro lado, el importe de la multa será del 1% del volumen de negocios cuando las empresas afectadas suministren información incorrecta o engañosa, presenten documentación incompleta, omitan rectificar tal información o rompan los precintos colocados por los agentes de la Comisión en el marco de una inspección domiciliaria<sup>175</sup>.

Asimismo, la Comisión podrá imponer multas coercitivas, las cuales se encuentran reguladas en el artículo 15 del Reglamento. Pueden ser de hasta un 5% del volumen de negocios y su objetivo es obligar a las empresas a suministrar información correcta y completa, cumplir con

---

174 BELLO-MARTÍN CRESPO, M.P.: *Actas de Derecho Industrial. La reforma de las normas comunitarias sobre el control de concentraciones empresariales*, págs 351 y 352.

175 VIÑUELAS FERREIRO, S.: “Aspectos procedimentales del sistema europeo de control de concentraciones”, cit., pág. 9.



---

una decisión que impone una obligación o cumplir las medidas de disolución de una concentración<sup>176</sup>.

De este modo, siempre que la Comisión pretenda adoptar una decisión imponiendo una multa, deberá consultar al Comité consultivo de concentraciones y escuchar a las partes que resulten afectadas. Las empresas afectadas podrán asimismo presentar sus alegaciones en una audiencia formal si así lo han solicitado en sus comentarios escritos. Estas decisiones se publicarán en el Diario Oficial de la Unión Europea<sup>177</sup>.

---

176 *Ibíd.* artículo 15.

177 VIÑUELAS FERREIRO, S.: “Aspectos procedimentales del sistema europeo de control de concentraciones”, *cit.*, pág. 9.



---

## CONCLUSIONES FINALES

De la investigación desarrollada a lo largo de este trabajo, se pueden extraer las conclusiones siguientes:

**I. CONCLUSIÓN PRIMERA. Sobre la tendencia a la ampliación competencial por parte de la Comisión.** La reforma de las normas sobre concentraciones culminó con la adopción del texto actual del Reglamento comunitario de concentraciones en el año 2004. Las modificaciones introducidas por este Reglamento significan una clara ampliación de las competencias de la Comisión, como ocurriera en la anterior reforma de 1997. En este sentido, el objetivo de tales modificaciones se identifica con la tendencia de sometimiento al control de la Comisión de un número cada vez mayor de operaciones de concentración.

**II. CONCLUSIÓN SEGUNDA. Sobre el sometimiento de un número cada vez mayor de concentraciones al control de la Comisión.** La tendencia de aglutinación de competencias por parte de la Comisión, se manifiesta en las últimas modificaciones de los mecanismos de remisión a autoridades distintas de las que correspondería en función del criterio del volumen de negocios. De este modo, mientras que las novedades en materia de remisión de concentraciones de dimensión comunitaria a los Estados miembros son escasas, por el contrario, se facilita notablemente la solicitud de remisión de concentraciones carentes de dimensión comunitaria a la Comisión. No obstante, en general, estas decisiones siguen siendo discrecionales tanto para los Estados como para la Comisión. Se trata de dar respuesta a través del principio de subsidiariedad a una problemática que si bien constituye una excepción a la regla general, no debemos olvidar que se corresponde con la realidad. El fin principal ha de ser, por consiguiente, la protección efectiva de la competencia en todos los mercados afectados, de modo que, en aquellos casos de operaciones que produzcan efectos en más de un Estado, la Comisión será la autoridad más apropiada respecto a lo que a su control se refiere.

**III. CONCLUSIÓN TERCERA. Sobre la evolución de la definición del mercado relevante.** La definición del mercado relevante juega un papel esencial en el ámbito del Derecho de la Competencia, permitiendo realizar una primera aproximación sobre la eventual posición de



dominio de la empresa objeto de investigación en el contexto competitivo donde se desenvuelve su actividad. En este punto, resulta imprescindible la toma en consideración de la transformación que este concepto ha sufrido en los últimos años como consecuencia de la globalización de los mercados, lo que ha supuesto, entre otros factores, la reducción de los costes de transporte y comunicación, así como el desmantelamiento de las barreras artificiales. Esta situación ha propiciado una integración mucho más estrecha entre los países de la Unión Europea y, en consecuencia, habrá de tenerse en cuenta a la hora de delimitar los mercados.

**IV. CONCLUSIÓN CUARTA. Sobre la adopción del criterio de la obstaculización significativa de la competencia efectiva.** En un primer momento, la Comisión evaluaba únicamente las operaciones de concentración que creaban o reforzaban una posición de dominio individual. Pero, posteriormente, debido a los conflictos suscitados en torno a los oligopolios, se hizo necesario el desarrollo de la posición de dominio colectiva. En este contexto, no cabe obviar la sentencia *Airtours*, que fue de vital importancia en el debate sobre el cambio del criterio sustancial de evaluación. En ella, el Tribunal expresó sus críticas a la Comisión por el uso extensivo de la posición de dominio colectiva, tratando de englobar dentro de la misma a los denominados oligopolios no colusorios. Finalmente, se llegó a una solución consensuada a favor de la adopción del criterio de la obstaculización significativa de la competencia efectiva mediante la creación o el reforzamiento de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. De este modo, se consiguen abarcar todos los efectos anticompetitivos susceptibles de producirse como consecuencia de las operaciones de concentración, colmando así las lagunas existentes pero sin renunciar, al mismo tiempo, al criterio del dominio, cuyo abandono, desde mi humilde punto de vista, hubiera supuesto una ruptura con la doctrina de la Comisión y la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, generando inseguridad jurídica.

**V. CONCLUSIÓN QUINTA. Sobre los efectos positivos de las concentraciones.** Aunque las concentraciones de empresas originan frecuentemente efectos negativos que ponen en riesgo el normal funcionamiento de la libre competencia, también desempeñan un rol fundamental en lo relativo al crecimiento de las empresas puesto que contribuyen a incrementar el valor de mercado de la empresa resultante y mejorar los sistemas de producción y distribución, lo cual conduce



generalmente a una disminución de los precios. Por este motivo, en la toma de decisiones relativas a la autorización o no de concentraciones deben considerarse diversos factores compensatorios que contribuyan a recuperar el equilibrio competitivo tales como el poder de negociación de los clientes, la aparición de nuevos competidores, las eficiencias económicas o la defensa de la empresa en crisis. Asimismo, gozarán de aceptación determinadas cláusulas que, a pesar de su carácter restrictivo de la competencia, estén directamente relacionadas y sean necesarias en la conclusión de un proceso de concentración empresarial.

**VI. CONCLUSIÓN SEXTA. Sobre la ampliación del poder de investigación y sancionador de la Comisión.** Siguiendo la postura ya mencionada de acumulación de poder y competencias por parte de la Comisión, el nuevo Reglamento de 2004 supone además una ampliación de los poderes de investigación e información atribuidos a ésta, así como del elenco de incumplimientos que pueden verse sancionados con las multas.

**VII. CONCLUSIÓN SÉPTIMA. Sobre la toma en consideración del criterio de la eficiencia económica.** A todas las conclusiones anteriores, hemos de añadir una última, a modo de cierre de este trabajo, que versa sobre el eterno debate existente en torno a la ponderación y valoración del criterio de la eficiencia económica. El Reglamento de 2004 reconoce expresamente la importancia de la toma en consideración de las eficiencias económicas que en muchos casos ayudan a compensar los efectos anticompetitivos derivados de las operaciones de concentración. En este contexto, la acogida del nuevo criterio sustantivo de evaluación ha desempeñado un papel central puesto que no solo ha permitido evaluar las ventajas económicas, sino que también ha contribuido, en consecuencia, a consolidar esta doctrina de la excepción de la eficiencia económica.



---

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros:

BROSETA PONT, M. / MARTÍNEZ SANZ, F.: *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, Tecnos, 2016.

BENEYTO PÉREZ, J.M.: *Tratado de Derecho de la Competencia*, Barcelona, Bosch, 2004.

RÚÍZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A.: *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2007.

GUARDIOLA SACARRERA, E.: *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, Barcelona, Bosch, 1998.

CALVO CARAVACA, A.L. / GOÑI URRIZA N.: *El control de las concentraciones de empresas en Europa*, Madrid (Universidad Carlos III de Madrid), 1999.

WHISH, R.: *Competition Law*, Londres (LexisNexis), 2003.

BELLO-MARTÍN CRESPO, M.P.: *Actas de Derecho Industrial. La reforma de las normas comunitarias sobre el control de concentraciones empresariales*, Madrid (MaricalPons), 2005.

### Artículos de revistas:

SABOGAL BERNAL, L.F.: “Evaluación y desarrollo del criterio sustancial de evaluación de las concentraciones empresariales en el derecho comunitario europeo”, en *E-mercatoria*, volumen 7, nº1, 2008, páginas 8 a 28.





VIÑUELAS FERREIRO, S.: “Aspectos procedimentales del sistema europeo de control de concentraciones”, en *Revista General de Derecho Administrativo* (Iustel), nº42, 2016, páginas. 2 a 9.

**Artículos de opinión en la web:**

ENGRA, J.C. / RODRÍGUEZ ENCINAS, A.: “El sistema de control de las concentraciones en la Unión Europea” disponible en <http://www.uria.com> (consultado por última vez el día 5 de abril de 2017).

FOLGUERA CRESPO, J. / MARTÍNEZ CORRAL, B.: “ La posición de dominio colectiva: estado actual de una larga evolución”, disponible en <http://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/> (consultado por última vez el día 10 de abril de 2017).

FOLGUERA CRESPO, J.: “Airtours: control de concentraciones y revisión judicial” en [http://elpais.com/diario/2002/06/16/negocio/1024232607\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2002/06/16/negocio/1024232607_850215.html) (consultado por última vez el día 1 de abril de 2017).

GARCÍA PÉREZ, M.: “Test de dominancia vs. test de disminución sustancial de la competencia: a debate el criterio para prohibir una concentración”, disponible en [http://www.ideo.ceu.es/Portals/0/Actividades/II\\_seminario\\_Mercedes\\_garcia.pdf](http://www.ideo.ceu.es/Portals/0/Actividades/II_seminario_Mercedes_garcia.pdf). (consultado por última vez el día 12 de abril de 2017).

FERNÁNDEZ VICIEN, C.: “ La supervivencia de las compañías en crisis”, disponible en [http://www.frdelpino.es/wp-content/uploads/2014/10/en\\_6-Cani-Fernández.pdf](http://www.frdelpino.es/wp-content/uploads/2014/10/en_6-Cani-Fernández.pdf). (consultado por última vez el día 13 de abril de 2017).



---

NAVARRO VARONA, E. / BACHES OPI, S.: “El nuevo sistema comunitario de control de concentraciones” disponible en [http:// www.uria.com/documentos/publicaciones/](http://www.uria.com/documentos/publicaciones/) (consultado por última vez el día 20 de abril de 2017).

ALLENDESALAZAR CORCHO, R.: “Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia”, disponible en <http://www.marcialpons.es/static/pdf/> (consultado por última vez el día 6 de mayo de 2017).

### **Decisiones de la Comisión:**

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Decisión de 18 de octubre de 2013, asunto COMP/M.7054 – Cemex/Holcim Assets*, considerando 13 y siguientes, disponible en [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7054\\_2013.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7054_2013.pdf).

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Decisión de 5 de diciembre de 2007 (asunto núm. COMP/M.4685 – Enel/Acciona/Endesa), relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 21 del Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004 ( LCEur 2004, 278)\_*, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L24, p1), disponible en [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4685-43\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4685-43_2.pdf).

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Decisión de 2 de octubre de 1991 núm. IV/M.053, As. Aerospacial Alenia/De Havilland.*, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31991D0619>.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Decisión de 22 de julio de 1992 núm. IV/M.190, As. Nestlé/Perrier*, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31992D0553>.



---

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Decisión de 22 de septiembre de 1999 núm. IV/M.1524, Asunto Airtours/First Choice, C-342/99*, disponible en [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1524\\_19990922\\_610\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1524_19990922_610_en.pdf).

### **Jurisprudencia del TJUE y del TPI:**

STJUE de 11 de julio de 2007, Asunto C-170/06 (*Alrosa Company Ltd contra Comisión de las Comunidades Europeas*), disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=T-170/06>.

STJCE de 14 de febrero de 1998, Asunto C-27/76 (*United Brands contra Comisión de las Comunidades Europeas*), disponible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89300&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=788649>

STPI de 6 de junio de 2002, Asunto C-342/99 (*Airtours plc. contra Comisión de las Comunidades Europeas*), disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A61996TJ0102>.

STJCE de 20 de noviembre de 2002, Asunto C-251/00 (*Lagardère y Canal+ SA contra Comisión de las Comunidades Europeas*), disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-251/00>.

STJCE de 25 de octubre de 2002, Asunto C-5/02 (*Tetra Laval BV contra Comisión de las Comunidades Europeas*), disponible en <https://www.iberley.es/jurisprudencia/sentencia-supranacional-n-t-5-02-tjue-25-10-2002-12447391>.

STJCE de 31 de marzo de 1998, Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 (*República Francesa y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*), disponible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30db2803b39de89e4fa28832d22b99bf>



[2a95.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKb3n0text=&docid=43511&pageIndex=0&doclang=ES&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=657380](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0085)

STJCE de 13 de febrero 1979, Asunto C-85/76 (*Hoffman-La Roche & Co. AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*), disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0085>.

### **Legislación:**

Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Reglamento comunitario de concentraciones"), disponible en [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52004XC0205\(02\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52004XC0205(02)).

Reglamento (CE) 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas (el "Reglamento de aplicación"), disponible en <http://www.boe.es/doue/2004/133-L00001-00039.pdf>.

Código de Buenas Prácticas en la tramitación de los procedimientos de control de concentraciones, disponible en [www.europa.eu.int/comm](http://www.europa.eu.int/comm).

Directrices de la Comisión, de 5 de febrero de 2004, sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO C 31/03 de 5 de febrero de 2004) (denominadas las "Directrices Horizontales"), disponibles en [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52004XC0205\(02\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52004XC0205(02)).

Comunicación de la Comisión, de 5 de marzo de 2005, sobre el procedimiento simplificado



para tramitar determinadas concentraciones en virtud del Reglamento (CE)

139/2004 del Consejo (DO C 56/32 de 5 de marzo de 2005), disponible en [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52005XC0305\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52005XC0305(01)).

Comunicación de la Comisión, de 5 de marzo de 2005, sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (DO C 56/24 de 5 de marzo de 2005) (la “Comunicación sobre restricciones accesorias”), disponible en [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52005XC0305\(02\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52005XC0305(02)).

Comunicación de la Comisión, de 5 de marzo de 2005, sobre la remisión de asuntos de concentraciones (DO C 56/02 de 5 de marzo de 2005), disponible en [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52005XC0305\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52005XC0305(01)).

Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (la “Comunicación sobre el control de las concentraciones entre empresas”) disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/>.

Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03), disponible en [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31997Y1209\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31997Y1209(01)).

Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) n° 802/2004 de la Comisión, disponible en [http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files\\_remedies](http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies).