El control de las concentraciones empresariales en España

Antonio Guerra Fernández

PID_00160475

UOC
Universitat Oberta de Catalunya
www.uoc.edu

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea éste eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares del copyright.

Índice

Introducción 5

1. Marco legal: ley, reglamento y comunicaciones interpretativas 9

2. Marco institucional 13
2.1. Comisión Nacional de la Competencia 13
2.2. Consejo de Ministros 14
2.3. Órganos autonómicos de defensa de la competencia 16
2.4. Órganos reguladores sectoriales 17

3. Aspectos jurisdiccionales 20
3.1. Concepto de concentración 22
3.1.1. Tipología de operaciones 22
3.1.2. Concepto de control 25
3.1.3. Cambio en la estructura de control 26
3.2. Umbrales de notificación 27
3.2.1. Doble umbral del sistema español 27
3.2.2. Cálculo del volumen de negocios 29
3.2.3. Cálculo de la cuota de mercado 29

4. Aspectos procedimentales 31
4.1. Contenido de la notificación 31
4.2. Obligación de suspensión 32
4.3. Procedimiento: primera fase y segunda fase 33
4.4. Tipología de resoluciones 34

5. Aspectos sustantivos 37
5.1. Elemento del análisis sustantivo 37
5.1.1. Mercado relevante 38
5.1.2. Estructura de la oferta 42
5.1.3. Estructura de la demanda 43
5.1.4. Barreras a la entrada 43
5.1.5. Eficiencias 45
5.2. Tipología de operaciones 46
5.2.1. Horizontales 48
5.2.2. Verticales 51
5.2.3. Conglomerales 53

6. Caso práctico 54

6.1. Cuestiones relacionadas con los sectores afectados por la operación 55
6.2. Preguntas 56
6.3. Respuestas 56

Resumen..... 58

Ejercicios de autoevaluación..... 61

Solucionario..... 63

Introducción

El derecho de la competencia se asienta, fundamentalmente, sobre dos pilares: la represión de las conductas restrictivas de la competencia (cárteles, abusos de posición de dominio...) y el control preventivo de las concentraciones empresariales. La razón de ser de la persecución y sanción de las conductas restrictivas de la competencia no deja lugar a dudas: se trata de comportamientos de agentes económicos que distorsionan el funcionamiento de la libre competencia, causando un perjuicio directo o indirecto a los consumidores. Nada más que añadir al respecto.

Este módulo se centra en el otro pilar básico de cualquier sistema de defensa de la competencia: el control de las concentraciones empresariales. Se trata de operaciones de compraventa de empresas, de tomas de participaciones accionariales de control o de creación de empresas en participación que, cumpliendo determinados requisitos, no pueden ejecutarse hasta no ser autorizadas por los organismos de defensa de la competencia.

En España, como en la gran mayoría de jurisdicciones del mundo, existe desde 1999 un sistema según el cual este tipo de operaciones ha de notificarse obligatoriamente a la autoridad de defensa de la competencia antes de su ejecución, y esperar a obtener la correspondiente autorización, cuando se cumplen determinados requisitos fijados en la ley. La lógica que subyace a esta obligación de notificación, y suspensión de la ejecución a la espera de obtener la autorización es que, aunque dichas operaciones no constituyen infracciones a las normas de defensa de la competencia, sin embargo pueden afectar al funcionamiento competitivo de los mercados en la medida que conlleven cambios estructurales de la oferta o la demanda de dichos mercados que, por ejemplo, creen o refuercen una posición de dominio o reduzcan los incentivos de los operadores presentes en el mismo para competir.

Teniendo presente lo anterior, se ha considerado más eficaz analizar, antes de que las partes afectadas ejecuten la operación correspondiente, el impacto que ésta podría tener en el funcionamiento competitivo de los mercados, que, alternativamente, esperar a que los posibles efectos negativos de la misma se materialicen en alguna de las formas previstas en el marco de las conductas prohibidas por las normas de defensa de la competencia y, en ese caso, aplicar las sanciones correspondientes.

Existe un consenso generalizado a escala mundial que estima que la actuación preventiva propia del control de concentraciones es el sistema que mayor seguridad jurídica ofrece a las partes y mayor eficacia conlleva para evitar daños a la competencia. No obstante, también se reconoce que este modelo introduce mayores cargas regulatorias a las empresas, que se traducen en incrementos en los costes económicos asociados a este tipo de transacciones.

Costes económicos

Por ejemplo, retraso en la ejecución de la operación y costes asociados al procedimiento de obtención de la autorización administrativa

Teniendo en cuenta todo lo anterior (pros y contras del control *ex ante*), desde el punto de vista del interés general, se considera que todo sistema de defensa de la competencia debe contar con un mecanismo de control de las concentraciones económicas pero, al mismo tiempo, que éste no puede diseñarse de cualquier forma sino que debe atender a una serie de principios generales que garanticen la satisfacción adecuada de sus objetivos públicos y, en paralelo, el respeto a los derechos e intereses de las empresas afectadas.

A partir de ahí, a grandes rasgos, los principios generales que deben inspirar cualquier sistema de control de concentraciones son:

1) Transparencia: traducida en la consistencia, previsibilidad e imparcialidad de las actuaciones y decisiones de las autoridades de defensa de la competencia.

2) Eficiencia: en el sentido de no imponer costes innecesarios a los agentes económicos afectados.

3) Contradicción: garantizando la participación en los procedimientos de todas las empresas que se puedan ver afectadas por las operaciones analizadas.

4) Oportunidad: adecuando las características del procedimiento de control de concentraciones al de otras normas aplicables a las operaciones afectadas (por ejemplo, normativa sectorial).

5) Eficacia: adoptando decisiones en un tiempo razonable que no retrase la ejecución de la operación innecesariamente.

6) Coordinación: entre las autoridades de defensa de la competencia y otros órganos con competencias relacionadas con la ejecución de la operación tanto en el ámbito nacional como internacional.

7) Protección de la información confidencial aportada durante los procedimientos.

Las características específicas y la forma en que se trasladen estos principios a cada legislación dependen de una gran diversidad de factores, pero todas las legislaciones deben respetar dichos principios para lograr que el sistema de control de concentraciones cumpla sus objetivos y satisfaga el interés general.

En este módulo, se analizan en detalle las características del sistema español de control de concentraciones vigente en la actualidad, abarcando todos los aspectos relativos al mismo: institucionales, jurisdiccionales, procedimentales y sustantivos, en aras a lograr una visión completa sobre esta materia tanto desde la perspectiva jurídica como económica.

1. Marco legal: ley, reglamento y comunicaciones interpretativas

Como se señalaba anteriormente, el sistema de notificación obligatoria de determinadas operaciones de concentración empresarial está vigente en España desde 1999. Desde esa fecha, los elementos principales del sistema se han mantenido estables, reduciéndose las modificaciones llevadas a cabo desde entonces a aspectos no fundamentales del modelo.

Novedad relevante

La novedad más relevante en esta materia, sin embargo, introducida por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia según la cual la Comisión Nacional de la Competencia es el órgano competente para adoptar las resoluciones definitivas en este ámbito (salvo determinados casos tasados en la Ley), a diferencia de lo que ocurría en el sistema anterior (vigente hasta el 1 de septiembre del 2007) en el que era el Consejo de Ministros el que otorgaba la autorización en el caso de las operaciones que habían pasado a la segunda fase del procedimiento.

El diseño del sistema actual viene conformado por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia[1], que se completa con lo previsto en el Real Decreto 262/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia[2].

(1)LDC

(2)RDC o Reglamento

Estas normas diseñan el marco de reparto de competencias entre instituciones, contienen los aspectos jurisdiccionales más relevantes y detallan el procedimiento a seguir desde la notificación de la operación a la autoridad competente hasta la resolución definitiva del expediente, así como el criterio de prohibición sobre el que se basará el análisis sustantivo a realizar.

La LDC dedica el capítulo II de su título I a las concentraciones económicas (artículos 7 a 10). En este capítulo, se contienen:

1) La definición de concentración económica.

2) Los umbrales para determinar si existe obligación o no de notificar una operación a las autoridades de defensa de la competencia.

3) La obligación de suspensión de la ejecución de la operación hasta la obtención de la autorización correspondiente y la identidad de los sujetos obligados a proceder a la notificación.

4) Los criterios que tomará en consideración la autoridad de defensa de la competencia en el análisis sustantivo (de fondo) de la operación.

Por su parte, el capítulo III del título IV de la LDC (artículos 55 a 60) se dedica a detallar el procedimiento a desarrollar ante la autoridad de defensa de la competencia en relación tanto con la propia notificación (sección 1.ª) como con la instrucción y resolución del expediente (sección 2.ª).

La LDC contiene también otras referencias a aspectos relacionados con el control de concentraciones, como, por ejemplo, las competencias de las autoridades autonómicas de defensa de la competencia y los órganos reguladores sectoriales, la obligación del pago de una tasa por la notificación de la operación, los plazos de los procedimientos o la política de sanciones asociadas a las infracciones en esta materia.

Por tanto, la LDC constituye la norma configuradora del marco básico de la regulación del control de concentraciones en España. Un sistema basado, a grandes rasgos, en:

1) La obligación de notificar a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) las operaciones que superan unos determinados umbrales.

2) La obligación de suspensión de la ejecución de la operación hasta la obtención de la autorización por parte de la CNC.

3) El reconocimiento de las competencias resolutivas en esta materia a un órgano independiente especializado, como es la CNC, salvo excepciones tasadas en la ley en las que puede intervenir el Consejo de Ministros.

4) El otorgamiento de competencias consultivas en esta materia a las autoridades autonómicas de defensa de la competencia y los órganos reguladores sectoriales.

5) El establecimiento de unos plazos ágiles para la resolución de estos expedientes.

Se trata de un sistema que, en líneas generales, coincide con los de la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea.

Las previsiones de la LDC se completan con lo previsto en el RDC. El Reglamento dedica el capítulo III de su título II (artículos 54 a 71) a detallar el procedimiento a seguir en la notificación, instrucción y resolución de las operaciones de concentración empresarial. Entre los aspectos más relevantes previstos por el Reglamento, se encuentran:

1) La posibilidad de utilizar un formulario abreviado de notificación en determinadas circunstancias (en las que el riesgo de daño a la competencia ocasionado por la operación sea altamente improbable).

2) La posibilidad de plantear consultas a la CNC en relación con la existencia o no de obligación de notificar una determinada operación.

3) Algunos detalles del procedimiento, tales como la solicitud de condición de interesado, la confidencialidad del expediente o la celebración de vista ante el Consejo de la CNC.

Las previsiones del Reglamento en esta materia se completan con la inclusión como anexos II y III al mismo de los formularios tipo (ordinario y abreviado) para la notificación de las operaciones, en los que se incluye toda la información que debe facilitarse a la CNC en el momento de la notificación de la operación.

Adicionalmente, es importante resaltar que la Comisión Europea ha venido publicando, en estos últimos años, una serie de comunicaciones y directrices orientadoras sobre aspectos de la aplicación de las normas de defensa de la competencia que, aunque, en principio, sólo vinculan al órgano comunitario, en la práctica son asumidos también como propios por las autoridades nacionales de defensa de la competencia, entre ellas, la CNC, que las utilizan como guías de interpretación de los conceptos y asuntos tratados en las mismas.

Entre estas **comunicaciones** destacan, en el marco del control de concentraciones, las siguientes:

1) La Comunicación Consolidada de la Comisión sobre Cuestiones Jurisdiccionales en Materia de Competencia realizada de conformidad con el Reglamento (CE) número 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Comunicación jurisdiccional") en la que, sobre todo, se incluyen orientaciones fundamentales relativas al concepto de concentración (vid. *infra* apartado 3.1).

2) Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de concentraciones entre empresas de 18 de octubre del 2008 (2008/C 265/07) ("Directrices no horizontales") en las que se detallan los principales riesgos asociados a las operaciones de tipo vertical y conglomeral (vid. *infra* apartados 5.2.2 y 5.2.3).

3) Directrices para la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de concentraciones entre empresas de 5 de febrero del 2004 (2004/C 31/03) ("Directrices horizontales") en las que se detallan los principales riesgos asociados a las operaciones de tipo horizontal (vid. *infra* apartado 5.2.1).

4) Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia de 9 de diciembre de 1997 (97/C 372/03) ("Comunicación sobre mercado relevante") en la que se detallan los criterios para definir los mercados afectados por una operación (vid. *infra* apartado 5.1.1.).

5) Comunicación de la Comisión sobre soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) número 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) número 802/2004 de la Comisión (2008/C 267/01) ("Comunicación sobre remedios") en la que se analizan los remedios adecuados para solucionar los posibles problemas de competencia derivados de una operación de concentración y, de esta forma, evitar la prohibición de la misma (vid. *infra* apartado 4.4).

Por tanto, las previsiones de la LDC y el RDC, junto a las directrices orientadoras de las comunicaciones de la Comisión Europea, constituyen el marco legal en el que se desarrolla el control de concentraciones empresariales en España.

Lecturas recomendadas

Tanto los textos íntegros de la LDC y el RDC como los vínculos a las versiones en castellano de las comunicaciones y directrices de la Comisión Europea pueden encontrarse en la página web de la CNC.

Este marco legal puede subdividirse, a su vez, para su análisis en cuatro grandes áreas:

1) Marco institucional, en el que se define la distribución de competencias de los organismos que intervienen en este ámbito.

2) Aspectos jurisdiccionales, en los que se incluyen los elementos para analizar la existencia de obligación de notificar una operación de concentración empresarial a la CNC.

3) Aspectos procedimentales, en los que se detallan los pasos y elementos del procedimiento a seguir ante la CNC, desde la notificación de la operación hasta la adopción de la resolución definitiva.

4) Cuestiones sustantivas, en las que se basa el análisis a llevar a cabo por parte de la CNC en relación con los hipotéticos riesgos de daño a la competencia derivados de la operación de concentración notificada.

Cada uno de esos elementos se analiza en profundidad a lo largo de los siguientes apartados.

2. Marco institucional

Aunque las principales competencias en materia de instrucción y resolución de los expedientes de control de concentraciones están asignadas por la LDC a la CNC, otros organismos también desempeñan distintos papeles en este campo como es el caso de los órganos autonómicos de defensa de la competencia, los órganos reguladores sectoriales y el Consejo de Ministros.

2.1. Comisión Nacional de la Competencia

El artículo 20 de la LDC señala que los órganos de la CNC son: el presidente, el Consejo y la Dirección de Investigación. En relación con la instrucción y resolución de los expedientes de control de concentraciones, las funciones se reparten entre el Consejo y la Dirección de Investigación.

La regla principal de distribución de funciones entre ambos órganos es la siguiente: la Dirección de Investigación se ocupa de las labores de investigación e instrucción de los expedientes, y el Consejo, de la resolución de éstos.

En concreto, en el ámbito del control de concentraciones, la **Dirección de Investigación** es competente, entre otras cuestiones, para:

1) Instruir y elevar la correspondiente propuesta de resolución al Consejo tanto durante la primera fase de los procedimientos como, en su caso, durante la segunda fase (vid. *infra* apartado 4.3).

2) Resolver las cuestiones incidentales que puedan suscitarse en el marco de la instrucción de los expedientes (distintas, por ejemplo, del reconocimiento de parte interesada durante la segunda fase del procedimiento).

3) Vigilar la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley, así como de las resoluciones dictadas por la CNC y, en su caso, elevar los informes correspondientes al Consejo.

4) Requerir de oficio la notificación de una concentración que cumpla los requisitos previstos en la LDC y que no haya sido notificada voluntariamente por las empresas afectadas.

5) Considerar que una notificación ha sido presentada de manera formalmente correcta y, por tanto, iniciar el procedimiento de instrucción del expediente.

6) Solicitar, en su caso, los informes preceptivos a los reguladores sectoriales y los órganos autonómicos de defensa de la competencia (vid. *infra* apartados 2.3 y 2.4).

Por su parte, las principales **funciones del Consejo** en este campo son:

1) Resolver los expedientes sobre control de concentraciones prohibiendo la operación, autorizándola o supeditando su autorización al cumplimiento de determinados compromisos por parte de las empresas notificantes (vid. *infra* apartado 4.4).

2) Solicitar o acordar el envío de expedientes de control de concentraciones que entren en el ámbito de aplicación de la LDC a la Comisión Europea, según lo previsto en los artículos 9 y 22 del Reglamento (CE) número 139/2004 del Consejo, de 20 de enero del 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Reglamento 139/2004").

3) Acordar el levantamiento de la obligación de suspensión de la ejecución de una concentración económica (vid. *infra* apartado 4.2).

4) Resolver sobre el correcto cumplimiento de las resoluciones (por ejemplo, de los compromisos a los que se haya supeditado la autorización de una operación).

5) Resolver las consultas previas a las que se refiere el artículo 55.2 de la LDC.

6) Resolver sobre la iniciación de la segunda fase de los procedimientos.

7) Resolver las solicitudes de reconocimiento de la condición de interesado durante la segunda fase de los procedimientos.

8) Resolver sobre las solicitudes de celebración de vista oral hechas por la empresa notificante.

En fin, las principales funciones de instrucción se centran en la Dirección de Investigación, y las correspondientes a la resolución de los expedientes, en el Consejo.

2.2. Consejo de Ministros

El artículo 14 de la LDC establece que:

> "el Consejo de Ministros podrá intervenir en el procedimiento de control de concentraciones económicas de acuerdo con lo previsto en el artículo 60 de la presente Ley".

A su vez, el artículo 60 de la LDC fija los términos de la intervención[3] del Consejo de Ministros en relación con:

(3)La intervención del Consejo de Ministros se lleva a cabo a iniciativa del Ministerio de Economía y Hacienda.

1) Los supuestos en los que cabe su intervención: exclusivamente cuando, por razones de interés general, y, en los casos en los que, durante la segunda fase de los procedimientos, el Consejo de la CNC haya resuelto prohibir una operación o subordinar su autorización al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes, o condiciones. Esto es, la intervención del Consejo de Ministros no podrá producirse en las operaciones aprobadas en primera fase (vid. *infra* apartado 4.3) ni cuando la operación haya sido autorizada en segunda fase sin ser sometida a condición alguna.

2) Las decisiones que puede adoptar el Consejo de Ministros: en concreto, confirmar la resolución del Consejo de la CNC o autorizar la operación, con o sin condiciones. La redacción del artículo 60.3.b) de la LDC ha dado lugar a dudas interpretativas en el sentido de si el Consejo de Ministros, en el supuesto de que la decisión de la CNC fuera de autorización de la operación con condiciones, podría añadir condiciones adicionales a las impuestas por el órgano de defensa de la competencia. Sin embargo, no cabe duda alguna respecto a que el Consejo de Ministros no puede prohibir una operación autorizada con condiciones por la CNC.

Del tenor literal de dicho artículo se desprende la posibilidad de considerar esta interpretación como válida pero, sin embargo, si se toma en consideración que el espíritu de la intervención del Consejo de Ministros en este ámbito está relacionado, de alguna manera, con un "alivio" de las cargas impuestas por la CNC a los notificantes para que, por razones de interés general, la operación pueda desarrollarse sin obstáculos innecesarios; lo más razonable es sostener que el sentido de la intervención del Consejo de Ministros sólo puede ser el de eliminar todas (o algunas) de las condiciones a las que se ha supeditado la autorización de una operación por parte de la CNC; o autorizar, con o sin condiciones, una operación prohibida por la CNC.

Alivio

Como se ha señalado, el legislador, en ningún caso, contempla la posibilidad de que el Consejo de Ministros pueda prohibir una operación autorizada por la CNC.

Por su parte, el artículo 10.4 de la LDC contiene un listado de los "criterios de interés general" en que podrá basarse la intervención del Consejo de Ministros: defensa y seguridad nacional; protección de la seguridad o salud públicas; libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio nacional; protección del medio ambiente; promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos; y garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial.

Tanto por el carácter inherentemente genérico de estos criterios, en especial, el último de ellos, como por el hecho de que el listado no es de carácter cerrado sino que contiene meros ejemplos[4] de lo que han de entenderse como

(4)La lista no viene encabezada por la frase: "Los criterios de interés general serán", sino por la frase: "En particular, se entenderá como tales los siguientes".

criterios de interés general, es razonable considerar que, en términos legales, el Consejo de Ministros disfruta de un cierto margen de libertad para valorar su intervención en estos expedientes.

No obstante, desde la fecha de entrada en vigor de la Ley hasta el momento de elaboración de estas líneas, no se ha hecho uso de esta previsión en ninguna operación examinada por la CNC, por lo que el Consejo de Ministros no ha tenido intervención alguna y, por tanto, todas las decisiones definitivas en esta materia han sido adoptadas por la autoridad independiente especializada.

Por último, a este respecto, debe tenerse en cuenta que, dado que el artículo 36.3 de la LDC establece que el Ministerio de Economía y Hacienda dispone de un plazo de quince días para decidir si interviene el Consejo de Ministros en los términos previstos en el artículo 60 de la LDC, una operación de concentración autorizada con condiciones, por parte de la CNC, no será inmediatamente ejecutable por las partes, sino que habrán de esperar al transcurso de esos quince días o, en su caso, a que haya una decisión expresa del Ministerio de Economía y Hacienda que indique su intención de no elevar el expediente al Consejo de Ministros.

Intervención del Consejo de Ministros

Por otro lado, en el supuesto de que el Consejo de Ministros interviniera, éste dispone de un plazo máximo de un mes para adoptar y notificar su acuerdo, contado desde la resolución del ministro de Economía y Hacienda de elevar la operación al Consejo de Ministros.

2.3. Órganos autonómicos de defensa de la competencia

La Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en Materia de Defensa de la Competencia ("Ley 1/2002") reconoce, en su artículo primero, que las comunidades autónomas tienen competencias para resolver los expedientes referidos a las conductas prohibidas por la LDC que afecten al ámbito geográfico de una comunidad autónoma.

Sin embargo, esta ley no contiene referencia alguna en materia de control de concentraciones. En este ámbito la competencia sigue siendo exclusiva del órgano estatal de defensa de la competencia, esto es, la CNC.

No obstante, la LDC ha otorgado a las autoridades autonómicas de defensa de la competencia una función consultiva, no resolutoria, en esta materia similar a la de los órganos reguladores sectoriales (vid. *infra* apartado 2.4).

El artículo 58.1 de la LDC prevé que, en aquellos expedientes que pasan a la segunda fase del procedimiento (vid. *infra* apartado 4.3) y en los que la operación notificada "incida de forma significativa en el territorio de una comunidad autónoma", la CNC habrá de solicitar un informe preceptivo, no vinculante, a dicha comunidad autónoma. Por tanto, a diferencia de lo que ocurre

en el mecanismo de coordinación y colaboración con los órganos reguladores sectoriales, la solicitud de informe a las comunidades autónomas en el marco del control de concentraciones sólo se llevará a cabo en los expedientes que accedan a la segunda fase del procedimiento (*de facto*, menos del 10% del total de las operaciones notificadas).

La comunidad autónoma dispone de un plazo de veinte días para la emisión de dicho informe y la CNC habrá de remitirle copia del escrito de notificación de la operación, así como del informe elaborado por la Dirección de Investigación en la primera fase del procedimiento, para que pueda contar con todos los elementos de hecho, y valoraciones preliminares, para elaborar su informe.

Aunque no se contiene ninguna referencia al respecto en el artículo 58 de la LDC, todo parece indicar que el enfoque del informe a elaborar por la comunidad autónoma, en la medida que, de hecho, será elaborado por el órgano de defensa de la competencia correspondiente, será similar al de la propia CNC, esto es, analizar el impacto de la operación en las condiciones de competencia del mercado, pero limitado geográficamente al ámbito autonómico correspondiente.

2.4. Órganos reguladores sectoriales

Como ya se ha señalado, la CNC es el órgano responsable de la resolución de los expedientes de concentraciones económicas cualesquiera sea el sector afectado. Es decir, a diferencia de lo que ocurre en otras jurisdicciones, las competencias de la CNC en esta materia se extienden a todos los ámbitos de la actividad económica.

Sin embargo, en determinados casos, la CNC debe solicitar un informe, preceptivo pero no vinculante, a los organismos reguladores sectoriales antes de adoptar una decisión.

El artículo 17.2.c) de la LDC señala lo siguiente:

> "La Comisión Nacional de la Competencia solicitará a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes de control de concentraciones de empresas que realicen actividades en el sector de su competencia".

Esta previsión se completa con el artículo 63.1 del RDC que determina la información que la Dirección de Investigación de la CNC debe enviar al regulador sectorial correspondiente para la emisión de su informe. Asimismo, el artículo 37.2.d) de la LDC establece que el plazo para la emisión de dicho informe no podrá ser superior a tres meses, y que la solicitud del mismo conlleva la suspensión del plazo máximo del que dispone la CNC para resolver el expediente.

Artículo 63 del RDC

El artículo 63 del RDC señala que la Dirección de Investigación, en el momento de la solicitud del informe, fijará el plazo máximo (no superior a tres meses) para su elaboración por parte del regulador sectorial.

La regulación de este mecanismo de coordinación y colaboración entre la CNC y los órganos reguladores sectoriales en esta materia adolece de mayor precisión en, al menos, tres puntos:

1) No se señala en qué momento del procedimiento la CNC debe solicitar el informe a los reguladores sectoriales. Ante la ausencia de previsión al respecto y, dado que parece conveniente que los interesados en el expediente conozcan con la mayor antelación posible las opiniones expresadas en el informe del regulador sectorial para, en su caso, hacer las observaciones y alegaciones convenientes, lo más razonable es que el informe sea solicitado por la Dirección de Investigación de la CNC inmediatamente después de haber recibido el escrito de notificación de la operación, una vez:

a) identificado el sector afectado;

b) determinado que se trata de una concentración económica;

c) analizado que se cumplen los umbrales para su notificación a la CNC; y

d) concluido que la operación no tiene dimensión comunitaria y, por tanto, la CNC es el órgano competente para la tramitación del expediente.

2) No se identifican los reguladores sectoriales afectados por esta previsión. En base a lo previsto por el artículo 17.2.c) de la LDC, la obligación de solicitar el informe no surge porque el mercado afectado sea un sector en el que el desempeño de los agentes económicos presentes en el mismo esté sometido a una regulación específica, sino porque en relación con dicho mercado existe un regulador sectorial. Sin embargo, ni la LDC ni el RDC contienen una definición del término "regulador sectorial" ni un listado de los potenciales reguladores sectoriales afectados por esta previsión.

Ante esta situación, lo más razonable parece ser considerar que "regulador sectorial" es, a estos efectos, todo organismo público independiente que tiene encomendadas, en sentido amplio, tareas de supervisión o vigilancia del funcionamiento de un determinado mercado. De esta forma, los reguladores sectoriales afectados por esta previsión serían, por ejemplo y sin ánimo de ser exhaustivo, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, el Banco de España, la Comisión Nacional del Sector Postal, el Comisionado para el Mercado de los Tabacos o la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Asimismo, los sectores afectados por esta previsión serán todos aquellos sobre los que estos reguladores ejerzan funciones de supervisión y vigilancia.

Por tanto, en todos los casos en los que la CNC reciba una notificación de una operación que afecte a alguno de estos mercados, deberá solicitar el informe previsto por el artículo 17.2.c) al regulador correspondiente antes de adoptar su resolución.

Por el contrario, departamentos ministeriales como, por ejemplo, la Dirección General de Seguros del Ministerio de Economía y Hacienda o la Dirección General de la Marina Mercante del Ministerio de Fomento, aunque tienen encomendadas funciones de supervisión y vigilancia de determinados mercados, no deberían considerarse "reguladores sectoriales" a los efectos del artículo 17.2.c) de la LDC.

3) No se incluye referencia alguna al enfoque que ha de tener el informe de los reguladores sectoriales. Ni la LDC ni el RDC contienen mención alguna a este respecto. Por ello, se plantean dos posibilidades:

a) que el regulador sectorial elabore un informe con su opinión del impacto que la operación analizada tendría en el funcionamiento competitivo del mercado correspondiente, o

b) que el regulador sectorial elabore un informe con su opinión del impacto que la operación analizada tendría en el marco del cumplimiento de los objetivos de la regulación correspondiente.

Competencias relevantes

Esta cuestión es especialmente relevante en aquellos casos en los que reguladores sectoriales también tienen competencias relevantes de carácter decisorio en el marco de las operaciones de concentración entre empresas, al margen de la LDC, como es el caso de la célebre "función decimocuarta" de la Disposición adicional undécima, tercero, 1 de la Ley del Sector de los Hidrocarburos, en relación con la Comisión Nacional de la Energía.

3. Aspectos jurisdiccionales

Una vez analizado el marco institucional en el que se desarrolla el control de concentraciones en España, es preciso proceder al estudio del primer elemento a tomar en consideración en este ámbito, esto es, la existencia o no de obligación de notificar una determinada operación entre empresas a la CNC.

En este punto, el análisis se compone de dos elementos. En primer lugar, deberá estudiarse si la operación constituye una "concentración económica" en el sentido del artículo 7 de la LDC. En caso de que así sea, deberá, en segundo lugar, procederse a verificar si dicha concentración económica cumple alguno de los requisitos previstos por el artículo 8.1 de la LDC.

Dimensión comunitaria

No es objeto de análisis en este módulo, pero es conveniente señalar que, exactamente, el mismo procedimiento habrá de seguirse para verificar si la operación tiene "dimensión comunitaria", esto es, si cumple los requisitos para su notificación obligatoria a la Comisión Europea. En el caso de que la operación tuviera que notificarse a la Comisión Europea por el cumplimiento de los umbrales definidos en el artículo 1 del Reglamento 139/2004, la normativa española no resultaría de aplicación.

Sólo en el supuesto de que la operación constituya una concentración económica y, al mismo tiempo, cumpla alguno de los dos umbrales establecidos en el artículo 8.1, existirá obligación de notificar dicha operación a la CNC.

La correcta realización de este análisis es fundamental porque, en el caso de que existiera obligación de notificar una operación, pero esta notificación no se hubiera llevado a cabo por las empresas afectadas y la operación se hubiera ejecutado sin obtener la autorización preceptiva de la CNC, el artículo 62.3.d) de la LDC considera que esta actuación constituye una infracción grave que puede llevar aparejada, en virtud del artículo 63.1.b) de la LDC, una multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de la/s empresa/s sobre la/s que recayera la obligación de notificar la operación en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

El artículo 9.4 de la LDC establece quién/es es/son la/s empresa/s obligada/s a notificar la operación en caso de que se cumplan los requisitos señalados en los párrafos anteriores:

"Están obligados a notificar:

a) Conjuntamente las partes que intervengan en una fusión, en la creación de una empresa en participación o en la adquisición del control conjunto sobre la totalidad o parte de una o varias empresas.

b) Individualmente, la parte que adquiera el control exclusivo sobre la totalidad o parte de una o varias empresas".

En caso de incumplimiento de la obligación de notificación de la operación, será sobre estas empresas sobre las que recaiga la sanción prevista por el artículo 63.1.b) de la LDC.

Una vez determinada la obligación de notificar una operación, las partes obligadas a ello podrán proceder a dicha notificación desde el momento en que exista un acuerdo vinculante entre ellas que contenga los elementos básicos de la operación (forma, plazo, precio, condiciones, etc.).

Consulta

El artículo 55.2 de la LDC prevé que las partes pueden consultar a la CNC si tienen dudas sobre el cumplimiento de alguno de los requisitos que conllevan la obligación de notificar una operación (es decir, la consulta puede versar tanto sobre la existencia de concentración económica como sobre la interpretación de los umbrales contenidos en el artículo 8 de la LDC). El procedimiento de tramitación y resolución de esta conducta viene desarrollado en el artículo 59 del RDC.

En concreto, el artículo 54 del RDC señala que la notificación "podrá realizarse desde que exista proyecto o acuerdo de concentración", considerándose que:

"**a)** En los supuestos de adquisición del control, existe proyecto o acuerdo de concentración desde el momento en que los partícipes consientan en realizar la operación que origine la concentración, y determinen la forma, el plazo y las condiciones en que vaya a ejecutarse.

Cuando los partícipes sean sociedades, se considerará que el acuerdo existe cuando haya sido adoptado por el órgano de administración, aun cuando por aplicación de normas legales o estatutarias fuera necesaria su adopción o ratificación posterior por otro órgano societario.

b) Cuando se trate de una oferta pública de adquisición, siempre que exista acuerdo del Consejo de Administración de las oferentes y se haya anunciado públicamente su intención de presentar tal oferta.

c) En el caso de fusiones de sociedades se entenderá que existe proyecto o acuerdo de concentración cuando se cumpla lo dispuesto en la normativa societaria".

En la práctica, se admite la notificación de una operación en base a la remisión de preacuerdos firmados por ambas partes en forma, por ejemplo, de *memorandum of understanding* (MOU), cartas de intención, etc., que contengan los elementos básicos de la operación (estructura de control, plazos, condiciones y precio).

Se trata, en todo caso, del momento a partir del cual puede procederse a la notificación de la operación. A diferencia de lo que ocurre en otras jurisdicciones, en España no existe un límite temporal máximo para notificar la operación, siempre y cuando se respete la obligación de suspender su ejecución hasta la obtención de la correspondiente autorización.

De esta forma, las partes podrán proceder a la notificación de la operación en cualquier momento, desde que existe un acuerdo vinculante entre ellas en los términos previstos por el artículo 54 del RDC y siempre antes de proceder a la ejecución de la operación.

Esta regla general, sin embargo, tiene una excepción: en el caso de las ofertas públicas de adquisición (OPA), según el artículo 9.3.a) de la LDC, la operación habrá de notificarse a la CNC en un plazo máximo de cinco días desde la presentación de la solicitud de autorización de la oferta a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

En el resto de supuestos, el momento preciso de la notificación se deja a la libre elección de las partes afectadas dentro del arco temporal señalado en los párrafos anteriores.

A continuación, se analizan por separado los dos elementos que determinan la obligación de notificación de una operación empresarial a la CNC: la existencia de concentración económica y el cumplimiento de los umbrales previstos en el artículo 8.1 de la LDC.

3.1. Concepto de concentración

El artículo 7.1 de la LDC señala:

> "A los efectos previstos en esta Ley se entenderá que se produce una concentración económica cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de:
>
> **a)** la fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, o
>
> **b)** la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas,
>
> **c)** la creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición de control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma".

De este artículo se derivan tres puntos que no hay que olvidar:

1) La normativa de defensa de la competencia contiene una definición legal precisa del concepto de "concentración económica".

2) La tipología de operaciones empresariales que pueden constituir una concentración económica es variada.

3) El elemento determinante para la existencia de concentración económica es que "tenga lugar un cambio estable en el control de la totalidad o parte de una o varias empresas".

3.1.1. Tipología de operaciones

La tipología de operaciones empresariales que pueden constituir una concentración económica, a los efectos de la aplicación de la LDC, es muy variada. En concreto, pueden constituir una concentración económica operaciones tales como:

1) La fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, ya sea una fusión impropia o una fusión por absorción.

2) La adquisición (directa o indirecta) de una empresa del control (conjunto o exclusivo) de otra empresa o una parte de ésta que normalmente se lleva a cabo mediante la adquisición de la titularidad del capital social, activos (materiales o inmateriales) o ramas de negocio de una empresa.

3) La creación de una empresa en participación (*joint venture*) con plenas funciones.

El primer supuesto contempla las concentraciones económicas consistentes en la fusión entre dos empresas anteriormente independientes, ya sea mediante una fusión entre iguales o mediante la absorción de una empresa por parte de la otra.

En el segundo supuesto, el elemento determinante de la existencia de concentración económica es el cambio duradero en la estructura de control de una empresa (paso de control conjunto a control exclusivo o viceversa). En este sentido, el concepto de control se asocia a la capacidad de tener una influencia decisiva en la estrategia comercial de la compañía y, por tanto, difiere del de otras áreas del derecho (como, por ejemplo, el concepto de control previsto en el Código de Comercio o en la normativa del mercado de valores) (vid. *infra* apartado 3.1.2).

Respecto a los supuestos de creación de una empresa en participación, ésta se considerará una concentración económica siempre y cuando tenga plenas funciones o, como señala el artículo 7.1.c) de la LDC, cuando la empresa en participación desempeñe "de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma".

Según la Comunicación Jurisdiccional (párrafos 91 y siguientes), se entiende que una empresa en participación tiene plenas funciones, o desempeña de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma, cuando:

1) Dispone de recursos suficientes (financieros, humanos y activos materiales e inmateriales) para funcionar independientemente en un mercado.

2) Desarrolla acciones que exceden una función concreta de las empresas matrices y, por tanto, tiene acceso y presencia propia en el mercado.

3) Tiene vocación de permanencia. No se considera que una empresa en participación tiene carácter permanente cuando se crea con una duración determinada y breve.

Precedentes

Existen precedentes en los que se ha considerado que períodos de ocho o doce años imprimen permanencia al proyecto. Ved el asunto de la Comisión Europea COMP./M.2903 - DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV, de 30 de abril del 2003, o el asunto COMP/M.2632 - Deutsche Bahn/ECT International/United Depots/JV, de 11 de febrero del 2002.

Ejemplo de concentración económica

La empresa Cinecine se dedica a la explotación cinematográfica. Asimismo, Supercine es una empresa cuya actividad es la producción de películas y es titular de un multicine con siete salas.

Pese a ser una de las cadenas de cines más reputadas del sector, las salas de Cinecine se han quedado obsoletas. Por su parte, Supercine está pensando abandonar la actividad de exhibición de películas porque le está generando pérdidas.

Para intentar paliar estos efectos, y como alternativa al cierre de los multicines, Cinecine y Supercine han planteado constituir una empresa conjunta a la que aportarán sus respectivos negocios y en la que cada una ostentará el 50% de los derechos de voto y los miembros del consejo de administración.

Esta operación sería considerada una concentración económica al entrar dentro del supuesto previsto por el artículo 7.1.c) de la LDC.

Por su parte, las operaciones de reestructuración societaria, dentro de un mismo grupo empresarial, no se consideran concentraciones económicas. En este sentido, el artículo 7.3.a) de la LDC establece que no tendrá la consideración de concentración "la mera redistribución de valores o activos entre empresas de un mismo grupo". Se entiende que no se ha producido un cambio en la estructura de control último de dichos valores o activos dado que continúa descansando en el grupo matriz y, por tanto, simplemente, se ha modificado el vehículo societario por medio del cual se ejerce dicho control.

Tres supuestos específicos

El artículo 7.3 de la LDC contiene otros tres supuestos específicos en los que, a pesar de que existe un cambio aparente en el control de una empresa, no se considera que constituyan una concentración económica. En concreto, se trata de:

"**b)** La tenencia con carácter temporal de participaciones que hayan adquirido en una empresa para su reventa por parte de una entidad de crédito u otra entidad financiera o compañía de seguros cuya actividad normal incluya la transacción y negociación de títulos por cuenta propia o por cuenta de terceros, siempre y cuando los derechos de voto inherentes a esas participaciones no se ejerzan con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa o sólo se ejerzan con el fin de preparar la realización de la totalidad o de parte de la empresa o de sus activos o la realización de las participaciones, y siempre que dicha realización se produzca en el plazo de un año desde la fecha de la adquisición. Con carácter excepcional, la Comisión Nacional de la Competencia podrá ampliar ese plazo previa solicitud cuando dichas entidades o sociedades justifiquen que no ha sido razonablemente posible proceder a la realización en el plazo establecido.

c) Las operaciones realizadas por sociedades de participación financiera en el sentido del apartado 3 del artículo 5 de la cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, que adquieran con carácter temporal participaciones en otras empresas, siempre que los derechos de voto inherentes a las participaciones sólo sean ejercidos para mantener el pleno valor de tales inversiones y no para determinar el comportamiento competitivo de dichas empresas.

d) La adquisición de control por una persona en virtud de un mandato conferido por autoridad pública con arreglo a la normativa concursal".

Ejemplo

El grupo Comunicaciones Ágiles S. A. está compuesto por tres empresas: Televisión Ágil S. A., Internet Ágil y Telefonía Ágil. Este grupo mantiene una participación del 80% en

cada una de estas empresas, correspondiendo el 20% restante a Unidimensión, empresa de comunicación.

Comunicaciones Ágiles y Unidimensión deciden cerrar la empresa Internet Ágil y trasladar todos sus activos a Telefonía Ágil.

Esta operación constituiría una redistribución de activos entre empresas de un mismo grupo y, por tanto, no supondría una concentración económica. No se ha producido cambio de control alguno en dichos activos: la estructura última de control sigue siendo la misma que antes de la reestructuración.

3.1.2. Concepto de control

El artículo 7.2 de la LDC señala que:

"el control resultará de los contratos, derechos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa".

Por tanto, el concepto de control en el marco del control de concentraciones empresariales se refiere a la capacidad para ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; entendiéndose como influencia decisiva, según la Comunicación Jurisdiccional, la capacidad de determinar la adopción de las decisiones sobre su estrategia y comportamiento competitivo o la capacidad de vetar la adopción de estas decisiones.

Sólo las decisiones que afectan a la estrategia y comportamiento competitivo de una empresa se consideran relevantes a estos efectos. De esta forma, no confiere control la influencia sobre decisiones de menor relevancia asociadas a la gestión diaria de la empresa o sobre aquellas orientadas a proteger los intereses financieros de los accionistas minoritarios.

Decisiones de menor relevancia a los efectos de control

Como, por ejemplo, las relativas a la disolución o escisión de una empresa, la modificación de su capital social, el cambio del objeto social o las inversiones que puedan descapitalizar la compañía.

No existe ni en la legislación española ni en la Comunicación Jurisdiccional un listado cerrado de las decisiones que confieren influencia decisiva sobre una compañía, por lo que su análisis debe hacerse caso a caso en base a los precedentes y a la naturaleza de los posibles acuerdos entre los accionistas que pudieran existir.

No obstante, tradicionalmente, se han considerado, dentro de este ámbito, las decisiones que afectan a materias tales como:

1) El nombramiento de los miembros del consejo de administración, de los directivos y del personal clave.

2) La aprobación del presupuesto anual.

3) La aprobación de los planes de negocio (anuales o plurianuales).

4) La realización de ciertas inversiones estratégicas.

Por otro lado, la influencia puede ser "positiva" (asociada con la capacidad de decidir) o "negativa" (asociada con la capacidad de vetar las decisiones adoptadas por otras partes). Por tanto, un accionista con una participación minoritaria en una compañía pero que, a través de acuerdos entre accionistas, disfrute de derechos para vetar la adopción de decisiones sobre las materias señaladas en el párrafo anterior, tendría a los efectos del control de concentraciones influencia decisiva, y por tanto control, sobre dicha compañía.

3.1.3. Cambio en la estructura de control

El elemento determinante para la existencia de una concentración económica en el supuesto previsto por el artículo 7.1.b) de la LDC es que se produzca un cambio duradero en la estructura de control de una empresa.

Este cambio de control, según el artículo 7.2 de la LDC, puede llevarse a cabo de varias formas y, en concreto, mediante:

> "**a)** derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de parte de los activos de una empresa,
>
> **b)** contratos, derechos o cualquier otro medio que permita influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de la empresa".

Por tanto, la forma en la que se produce el cambio de control es irrelevante: el control puede obtenerse tanto mediante títulos de propiedad como de contratos u otro tipo de derechos.

En este punto, es necesario analizar los acuerdos que pudieran existir entre los accionistas para determinar si una compañía está sometida a control conjunto o a control exclusivo.

La fórmula jurídica más común de control conjunto es la consistente en que dos accionistas mantienen cada uno la titularidad del 50% del capital social de una sociedad y disfrutan de igualdad de derechos de voto y de representación en los órganos directivos. Sin embargo, también puede existir control conjunto cuando la distribución del capital social es asimétrico, pero los acuerdos entre los socios otorgan al accionista minoritario influencia decisiva sobre la compañía (positiva o negativa) en el sentido analizado en el apartado anterior.

Como se ha señalado anteriormente, cada caso habrá de analizarse individualmente a partir de las herramientas identificadas en los apartados previos.

Por último, el cambio en el control de la compañía se puede producir, fundamentalmente, en **tres escenarios distintos**:

1) Una empresa pasa de estar controlada en exclusiva por un accionista a estarlo conjuntamente por dos o más accionistas (paso de control exclusivo a control conjunto).

2) Una empresa pasa de estar controlada conjuntamente por dos o más accionistas a estar en exclusivo por uno solo de ellos (paso de control conjunto a control exclusivo).

3) Una empresa pasa de estar controlada conjuntamente por dos o más accionistas a seguir estando controlada conjuntamente pero por algún o algunos accionistas diferentes (cambio en la estructura de control conjunto).

En todos estos escenarios, se producirá una situación de cambio de control de la compañía que dará lugar a la existencia de concentración económica en los términos previstos por el artículo 7 de la LDC.

Ejemplo

La empresa española Supervídeo, S. A., dedicada a la edición de vídeos y DVD de series de ficción, está participada por la sociedad T-MEN, S. L., que es titular del 65% de las acciones, y se dedica a la edición de cómics y vídeos de superhéroes, y por la empresa Markel Ibérica, S. L., titular del 35% restante, dedicada a la edición de cómics. La empresa T-MEN, S. L. ha decidido comprar a Markel Ibérica, S. L. su porcentaje de participación en Supervídeo, S. A.

Esta operación constituirá una concentración económica si la titularidad del 35% de las acciones que Markel Ibérica, S. L. tenía en Supervídeo, S. A. le otorgaba influencia decisiva sobre el comportamiento estratégico y competitivo de la compañía. En este caso, Supervídeo, S. A. pasaría de estar controlada conjuntamente por Markel Ibérica, S. A. y T-MEN, S. L. a estarlo en exclusiva por esta última. Por tanto, se produciría una situación de cambio de control que daría lugar a una concentración económica en los términos previstos por el artículo 7 de la LDC.

3.2. Umbrales de notificación

Una vez determinado que una operación empresarial constituye una concentración económica en base a lo señalado en los apartados anteriores, es preciso proceder al segundo paso del análisis, esto es, si dicha operación cumple alguno de los umbrales previstos por el artículo 8.1 de la LDC que conllevan la existencia de obligación de notificar la operación a la CNC.

Sólo habrán de notificarse a la CNC las operaciones que constituyan una concentración económica y cumplan alguno de los requisitos previstos en dicho artículo 8.1.

3.2.1. Doble umbral del sistema español

En la mayoría de jurisdicciones del mundo, la legislación de control de concentraciones prevé un único umbral para la notificación obligatoria de las concentraciones económicas a las autoridades de defensa de la competencia basado, normalmente, en las cifras de facturación de las empresas afectadas (tanto conjunta como individualmente) en el ejercicio anterior. Sin embargo, la legislación española, desde su nacimiento, ha contemplado un doble umbral: uno, basado en la cuota de mercado de las empresas; y, otro, en las cifras de facturación.

Así, el artículo 8.1 de la LDC prevé que una concentración económica deberá notificarse a la CNC:

> "cuando concurra al menos una de las dos circunstancias siguientes:
>
> **a)** Que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30% del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.
>
> **b)** Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros".

De esta forma, una concentración económica que cumpla uno de los dos requisitos anteriores habrá de notificarse a la CNC.

Excepción

Salvo que, al mismo tiempo, tenga dimensión comunitaria y, por tanto, haya de notificarse a la Comisión Europea. En este caso, no será de aplicación la legislación española de control de concentraciones.

A los efectos de determinar si se cumplen estos umbrales, es preciso identificar las empresas partícipes respecto a las cuales se habrán de calcular, por un lado, la cuota de mercado y, por otro, el volumen de facturación.

Ni la LDC ni el RDC contienen una definición precisa del concepto de "empresa partícipe" a estos efectos. Sin embargo, la Comunicación Jurisdiccional (párrafos 133 a 153) ofrece unas directrices útiles que, de hecho, son seguidas también por las autoridades nacionales de defensa de la competencia.

En esencia, según esta comunicación, se consideran empresas partícipes en una concentración económica las siguientes:

1) En las operaciones consistentes en la adquisición de control conjunto, serán empresas partícipes todas las que adquieren dicho control conjunto y la empresa o negocio sobre la que se adquiere el control.

2) En las operaciones consistentes en la adquisición de control exclusivo, se consideran empresas partícipes la que adquiere dicho control exclusivo y la empresa o negocio adquiridos.

3) En las operaciones consistentes en la adquisición de control por parte de una empresa en participación sobre otra empresa, se consideran empresas partícipes la empresa en participación y la empresa adquirida. No obstante, si la empresa en participación no tuviera plenas funciones (vid. *supra* apartado 3.1.1), y fuera un mero vehículo de inversión de sus matrices, se considerará que las empresas partícipes son estas últimas y la empresa adquirida.

El concepto de empresa partícipe, en el sentido del cálculo de la cuota de mercado y del volumen de facturación a los efectos de aplicación del artículo 8 de la LDC, incluye las operaciones de todo el grupo de empresas de cada una de las empresas afectadas.

Por otro lado, en el supuesto de que lo adquirido no sea la totalidad de una empresa sino una rama de actividad, unidad de negocio, establecimiento u otra parte de dicha empresa, sólo se tendrá en cuenta el volumen de negocios relativo a la parte objeto de la adquisición (artículo 5.5 del RDC).

3.2.2. Cálculo del volumen de negocios

A la hora de determinar con precisión la cifra a tomar en consideración para el cálculo del volumen de negocios, el artículo 5.1 del RDC establece que:

> "el volumen de negocios global en España comprenderá la cifra resultante de la venta de productos y de la prestación de servicios que correspondan a las actividades ordinarias de las empresas partícipes en la operación de concentración en el último ejercicio contable, previa deducción del importe de las bonificaciones y de demás reducciones sobre las ventas, del Impuesto sobre el Valor Añadido y de los demás impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios".

A estos efectos, la CNC suele exigir cifras basadas en las cuentas auditadas de las empresas partícipes.

Asimismo, para los supuestos habituales en los que la empresa partícipe esté controlada por otras empresas o controle otras empresas, el artículo 5.2 del RDC incluye la regla para determinar las sociedades cuya facturación habrá de tomarse en consideración para el cálculo del umbral del artículo 8.1.b) de la LDC:

> "Para el cálculo del volumen de negocios de una empresa partícipe se sumarán los volúmenes de negocios de las empresas siguientes:
>
> **a)** la empresa partícipe,
>
> **b)** las empresas controladas por la empresa partícipe en exclusiva o conjuntamente, y
>
> **c)** las empresas que controlen exclusivamente o conjuntamente a la empresa partícipe".

El apartado 3 del artículo 5 del RDC completa el método de cálculo al señalar:

> "El volumen de negocios total de una empresa partícipe no tendrá en cuenta las transacciones que hayan tenido lugar entre empresas de un mismo grupo".

Por último, el artículo 5.7 del RDC prevé reglas específicas para el cálculo del volumen de negocios en los casos en los que las empresas partícipes sean fondos de inversión, entidades de crédito y financieras o entidades aseguradoras.

3.2.3. Cálculo de la cuota de mercado

El artículo 4.1 del RDC indica:

> "La cuota de mercado resultante de una operación de concentración en un mercado relevante será la suma de las cuotas de mercado en el mismo de las empresas partícipes en la operación".

Es importante señalar que el umbral de cuota de mercado sólo se cumpliría cuando, como señala el propio artículo 8.1.a) de la LDC, "se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30%", esto es, si la empresa adquirente disfruta antes de la operación de una cuota superior al 30% y dicha operación no supone incremento alguno de dicha cuota porque la empresa adquirida no está presente en el mismo mercado, no se cumpliría este requisito.

Sin embargo, en el caso contrario sí se cumpliría: la empresa adquirida tiene una cuota de mercado superior al 30% y la empresa adquirente no está presente en dicho mercado. Y ello es así porque, mediante la operación, la adquirente adquiriría una cuota superior al 30%. Por tanto, se puede obtener una cuota del 30% de un mercado, en el sentido previsto por el artículo 8.1.a) de la LDC, sin necesidad de que exista solapamiento en las actividades de las empresas adquirida y adquirente.

Por otro lado, el artículo 4.2 de la RDC identifica dos supuestos específicos en los que existiría adquisición de cuota:

> "**a)** Existe adquisición de cuota cuando aun existiendo control previo por parte de la adquirente se produjera como consecuencia de la concentración económica un cambio en las características del control, sea éste conjunto o exclusivo.
>
> **b)** Asimismo, existe adquisición de cuota cuando se produce la creación de una empresa en participación y las matrices aporten todo o parte de su negocio a la entidad de nueva creación".

A los efectos del cálculo de la cuota, éste debe hacerse en relación con el mercado de producto afectado (vid. *infra* apartado 5.1.1) y con el mercado español o, en su caso, una parte dentro del mismo, independientemente de la definición de mercado geográfico que sea aplicable en el análisis sustantivo de la operación. Asimismo, el período de referencia a tomar en consideración debe ser el más reciente sobre el que se tengan datos adecuados (en ningún caso se admiten previsiones futuras de cuotas de mercado).

Por último, la práctica habitual de la CNC es calcular las cuotas de mercado tomando en consideración las cifras de ventas en valor aunque, en ocasiones, se han admitido otros parámetros tales como unidades vendidas, metros cuadrados de locales de negocio, etc. En todo caso, el parámetro válido será aquel que mejor refleje la posición de las empresas afectadas en el mercado correspondiente.

4. Aspectos procedimentales

Si la operación constituye una concentración económica y cumple, al menos, uno de los dos umbrales previstos en el artículo 8.1 de la LDC, dicha operación habrá de notificarse obligatoriamente a la CNC y no podrá ejecutarse hasta obtener la autorización preceptiva de ésta.

El procedimiento se inicia mediante la remisión del escrito de notificación a la CNC que da pie a la instrucción del expediente y, en último término, a la adopción de la resolución por parte del Consejo de la CNC.

4.1. Contenido de la notificación

El procedimiento ante la CNC no se inicia hasta la presentación en forma del escrito de notificación de la concentración económica. Si la notificación no se presenta de forma adecuada, la Dirección de Investigación de la CNC puede, en virtud del artículo 56.4 del RDC, "dictar resolución de inadmisión a trámite de la notificación".

Como alternativa a la inadmisión, y de hecho lo más habitual, la CNC, según el artículo 55.4 de la LDC, puede requerir al notificante para que, en el plazo de diez días, subsane cualquier falta de información o de documentos preceptivos y complete, en su caso, el formulario de notificación.

El contenido de la notificación viene recogido con todo detalle en el anexo II del RDC y persigue que la CNC disponga de toda la información necesaria para valorar el impacto que la operación podría tener en el funcionamiento competitivo de los mercados.

Entre otros aspectos, el escrito de notificación debe contener:

1) Información sobre las partes (datos, descripción de actividades, información económica, etc.).

2) Descripción de la naturaleza de la operación que incluya sus aspectos jurídicos (por ejemplo, contratos) y económico-financieros. Habrá de aportarse el documento vinculante en el que se materialice la naturaleza de la operación.

3) Identificación de los mercados afectados por la operación y descripción del funcionamiento de éstos (estructuras de oferta y demanda, barreras a la entrada...) y del papel que las empresas partícipes desempeñan en los mismos, así como sus principales competidores.

4) En su caso, detalle de las eficiencias económicas derivadas de la operación notificada.

El artículo 56 de la LDC prevé que, en determinados supuestos, las empresas notificantes podrán presentar un formulario abreviado de notificación que contiene menores niveles de información que los incluidos en el formulario ordinario. Se trata de supuestos[5] en los que, en principio, la operación no debería ocasionar riesgos para el funcionamiento competitivo de los mercados afectados y, por tanto, el análisis a realizar por parte de la CNC se simplifica. En todo caso, el apartado segundo de este artículo faculta a la CNC a exigir la presentación del formulario ordinario de notificación cuando "determine que es necesario para una investigación adecuada de los posibles problemas de competencia".

(5)Estos supuestos vienen detallados en los artículos 56 de la LDC y 57 del RDC.

El contenido del formulario abreviado se incluye como anexo III del RDC y la principal diferencia en relación con el formulario ordinario se refiere a la menor información relativa a los mercados relevantes que el notificante ha de aportar en caso de acogerse al formulario abreviado.

4.2. Obligación de suspensión

El artículo 9.2 de la LDC establece que, cuando una operación haya de notificarse a la CNC,

> "no podrá ejecutarse hasta que haya recaído y sea ejecutiva la autorización expresa o tácita de la Administración en los términos previstos en el artículo 38".

No obstante, dicha suspensión de ejecución de la operación podrá levantarse por la CNC a solicitud de las partes notificantes y, según el artículo 9.6 de la LDC:

> "previa ponderación, entre otros factores, del perjuicio que causaría la suspensión de la ejecución a las empresas partícipes en la concentración y del que la ejecución de la operación causaría a la libre competencia".

Actitud poco proclive

La CNC se ha mostrado, hasta el momento, poco proclive a levantar la suspensión de la ejecución de la operación. Por ejemplo, en el expediente C-0110/08, Abertis/Axión, se denegó la petición del notificante de levantamiento de la suspensión por no haberse acreditado perjuicio significativo y por existir un riesgo de daño a la competencia (Resolución de 2 de febrero del 2009).

Es decir, la CNC realiza una ponderación paralela de los daños que el mantenimiento de la suspensión de la operación podría ocasionar a las partes (por ejemplo, por la situación financiera de la empresa adquirida o por la naturaleza de algunos contratos en vigor) y los que podría ocasionar su levantamiento al funcionamiento del mercado.

Por otro lado, la obligación de suspensión de la ejecución de la operación, según el artículo 9.3 de la LDC, no impide la realización de una oferta pública de adquisición de acciones admitidas a negociación en una bolsa de valores siempre y cuando:

1) la concentración se notifique a la CNC en el plazo de cinco días desde que se presenta la solicitud de autorización de la oferta a la Comisión Nacional del Mercado de Valores; y

2) el comprador no ejerza los derechos de voto inherentes a los valores en cuestión, o sólo los ejerza para salvaguardar el valor íntegro de su inversión siempre que reciba la dispensa correspondiente de la CNC.

4.3. Procedimiento: primera fase y segunda fase

El procedimiento ante la CNC se inicia, formalmente, con la presentación del formulario de notificación completo y termina con la resolución de la CNC autorizando, prohibiendo o sometiendo la concentración al cumplimiento de condiciones (vid. *infra* apartado 4.4).

Los artículos 57 y 58 de la LDC y la sección segunda del capítulo III del título II del RDC detallan las características y pormenores del procedimiento a seguir ante la CNC en el análisis de las concentraciones económicas, incluyendo los plazos previstos para cada trámite.

En síntesis, el procedimiento se estructura en una doble fase:

1) Primera fase. De una duración de un mes desde la fecha de presentación de la notificación de la operación a la CNC. La Dirección de Investigación analiza la concentración y elabora una propuesta de resolución que remite al Consejo. Si la operación no plantea problemas de competencia, la Dirección de Investigación propondrá la autorización de la misma. Si, por el contrario, tras este primer análisis, se considera que existen riesgos de que la operación plantee problemas de competencia, la Dirección de Investigación propondrá al Consejo el inicio de la segunda fase del procedimiento para analizar en profundidad los posibles riesgos que se hubieran detectado durante esta primera fase.

Contenidos adicionales

La propuesta de resolución de la Dirección de Investigación puede tener dos contenidos adicionales: la propuesta de remisión de la concentración a la Comisión Europea; o la propuesta de acuerdo de archivo de las actuaciones por desistimiento de las partes.

2) Segunda fase. De una duración de dos meses. La Dirección de Investigación analiza en profundidad los posibles riesgos sobre la competencia que se hubieran identificado durante la primera fase. Durante esta segunda fase, la Dirección de Investigación elabora, en primer lugar, una nota sucinta sobre los elementos esenciales de la operación a fin de que todas las empresas (o personas físicas) que pudieran verse afectadas por la misma tengan la posibilidad de enviar sus observaciones a la CNC. Asimismo, la CNC elabora un pliego de concreción de hechos en el que se incluyen los principales riesgos para la competencia identificados durante el análisis de la primera fase, que se remite a los notificantes para que formulen alegaciones y, en su caso, presenten los compromisos que consideren adecuados para solucionar dichos riesgos (vid. *infra* apartado 4.4). Esta segunda fase finaliza, una vez analizadas las alegaciones de los notificantes y, en su caso, del resto de partes interesadas, con la remisión de la propuesta de resolución definitiva de la Dirección de Investigación al Consejo y la adopción (siguiendo o no la propuesta de la Dirección de

Condición de interesados

Adicionalmente, en virtud del artículo 66 del RDC, las personas físicas o jurídicas que puedan resultar afectadas por la operación, y cumplan los requisitos previstos por el artículo 31 de la Ley 30/1992, podrán solicitar que sea reconocida su condición de interesados una vez iniciada la segunda fase del procedimiento, lo que implica tener acceso al expediente y poder remitir alegaciones a la CNC.

Investigación) por parte de éste de dicha resolución definitiva autorizando la operación, prohibiéndola o sometiendo su autorización al cumplimiento de determinados compromisos.

La iniciación del expediente de control de concentraciones es pública y, de hecho, la CNC publica en su página web información sobre la presentación de la notificación correspondiente en la que se incluyen la fecha de la presentación del escrito de notificación, la identidad de las empresas partícipes, el sector económico afectado y una descripción breve de la operación.

Sin embargo, las actuaciones que se llevan a cabo en el marco del procedimiento tienen carácter confidencial hasta la adopción de la resolución definitiva por parte del Consejo de la CNC. Asimismo, dado que durante la segunda fase del procedimiento pueden existir partes interesadas en él distintas de los notificantes, que tengan acceso al expediente, éstos podrán solicitar que determinados datos o documentos aportados en el marco del procedimiento sean considerados confidenciales y no se dé acceso a los mismos a dichos terceros interesados.

Confidencialidad

La Dirección de Investigación formará pieza separada confidencial con dicha información a la que no dará acceso a los terceros interesados.

4.4. Tipología de resoluciones

El artículo 58.4 de la LDC contiene el tipo de resoluciones que el Consejo de la CNC puede adoptar en relación a la operación de concentración notificada:

"**a)** Autorizar la concentración.

b) Subordinar la autorización de la concentración al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes o condiciones.

c) Prohibir la concentración.

d) Acordar el archivo de las actuaciones en los supuestos previstos en la presente Ley".

Archivo de las actuaciones

El archivo de las actuaciones se producirá, fundamentalmente, en dos supuestos: cuando la operación notificada no constituya una concentración económica o no cumpla los requisitos previstos por el artículo 8.1 de la LDC y, por tanto, no exista obligación de notificarla; o cuando las partes desistan de la operación antes de haberse adoptado decisión por parte del Consejo de la CNC.

La autorización de la operación podrá subordinarse al cumplimiento de determinados compromisos que pongan fin a los riesgos sobre la competencia detectados por la CNC. El tipo de compromisos a los que puede subordinarse la autorización de la operación se ha clasificado, tradicionalmente, en dos categorías:

1) Estructurales, cuando conllevan modificaciones de mercado de carácter irreversible.

2) De comportamiento, cuando conllevan obligaciones de conducta para las partes afectadas.

Dentro de los compromisos de carácter estructural, los más habituales son las obligaciones que conllevan la desinversión o cesión de determinados activos materiales (por ejemplo, fábricas) o inmateriales (por ejemplo, marcas) de las

empresas que se concentran o la eliminación de relaciones accionariales o estructurales con terceros (por ejemplo, mediante la venta de las participaciones accionariales correspondientes).

Cuando una concentración amenaza con crear o reforzar una posición de dominio por la adición de cuotas de mercado, la venta de ciertos negocios, ramas de actividad o activos de las empresas afectadas suele ser la manera más eficaz para restablecer la competencia efectiva en el mercado. Ello es así porque dicha venta permite la entrada de nuevos competidores a ese mercado o el mejoramiento de la posición de los competidores ya presentes en el mismo.

Por otro lado, la existencia de vínculos accionariales de las empresas que se concentran y sus competidores o empresas que operan en mercados conexos puede repercutir negativamente en su capacidad e incentivos para competir, además de facilitar el acceso a información comercial sensible de dichos competidores que permita alinear tácitamente sus comportamientos y estrategias en detrimento de la competencia. Por ello, las autoridades de defensa de la competencia han condicionado, en diferentes ocasiones, la autorización de una operación a la supresión de los vínculos estructurales que mantenían las empresas que se concentraban con sus competidores o con otras empresas en mercados vecinos.

Por su parte, dentro de la categoría de compromisos de comportamiento se incluirían obligaciones de modificación de relaciones contractuales actuales o futuras. Por ejemplo, cuando la operación conlleva riesgos de cierre de mercado para los competidores debido a las dificultades de acceso a determinados insumos o activos que controlan las partes afectadas por la concentración, es frecuente que las autoridades de defensa de la competencia sometan la aprobación de la operación a condiciones que garanticen el acceso a estos insumos a terceros dentro de un plazo temporal razonable.

En algún caso, se ha considerado que la autorización de una operación debería supeditarse a limitaciones en los precios aplicados por las partes, límites al crecimiento futuro de las mismas u obligaciones de realizar determinadas inversiones o reestructuraciones estratégicas.

En todo caso, los compromisos de comportamiento suelen ser de una naturaleza muy variada adaptada a las características de cada operación y de los problemas de competencia derivados de la misma.

Los compromisos suelen fijarse por un período de tiempo determinado: habitualmente entre tres y cinco años.

Remoción

Si las condiciones de mercado, o la posición de las partes afectadas en el mismo, se modificaran, podría solicitarse a la CNC la remoción de alguna, o todas, de las condiciones impuestas antes de la finalización del período de tiempo prefijado en la resolución de autorización.

Ejemplo de compromisos

Desde la entrada en vigor de la actual LDC hasta el momento de elaboración de estas líneas, son escasas las resoluciones de la CNC en las que se supedita la autorización de la operación a la adopción de una serie de compromisos por parte de los notificantes. Entre estos escasos ejemplos, destaca la Resolución de 11 de febrero del 2009 (Expediente C/0098/08, Gas Natural/Unión Fenosa) en la que se incluían compromisos tanto de naturaleza estructural como de comportamiento (cada uno de ellos orientado a poner fin a los riesgos para la competencia que la CNC había identificado durante su análisis en cada uno de los mercados afectados).

Dado el carácter variado y amplio de estos compromisos y, por tanto, su valor didáctico en relación con la tipología de condiciones aceptables por la CNC, a continuación se reproducen íntegramente las condiciones a las que ésta supeditó la adquisición de Unión Fenosa por parte de Gas Natural:

1) Venta de redes de distribución de gas por un total de 600.000 puntos de distribución de gas natural que se encontraran en provincias en que se solaparan redes de Gas Natural y de Unión Fenosa y que constituyeran redes de distribución completas (equivalentes al 9% del total nacional). La venta incluía los recursos necesarios para el funcionamiento, tales como el personal, la red, las instalaciones, los contratos con usuarios y las autorizaciones.

2) Cesión de 600.000 pequeños clientes de gas. Además, Gas Natural se comprometía a suministrar al comprador el gas natural que precisara para atender al consumo de dichos clientes durante un periodo de dos años. La cesión de dichos clientes incluiría los recursos necesarios, así como el personal.

3) Venta de 2.000 MW de centrales de generación de electricidad de ciclo combinado con los siguientes requisitos:

a) que la(s) planta(s) estuviera(n) en funcionamiento,

b) se ubicara en Andalucía, Galicia, Centro, Levante y Cataluña,

c) Gas Natural suministre gas natural al comprador durante un periodo de dos años en condiciones de mercado,

d) Gas Natural no permanezca como accionista de los activos desinvertidos ni participe en su gestión.

4) Adopción de medidas que permitieran mantener la autonomía de Unión Fenosa Gas en el suministro de gas a terceros en España.

5) Venta de la participación de Gas Natural en Enagás. El Consejero dominical de Enagás propuesto por Gas Natural presentaría su renuncia en un mes desde la toma de control efectiva.

6) Reducción de presencia en Cepsa, saliendo del consejo de administración y renunciando a obtener información comercial sensible.

Estos compromisos se encaminaban a poner fin tanto a los efectos horizontales derivados de la operación (adición de cuotas de las partes en los mismos mercados) como a los de carácter vertical (por ejemplo, el uso del gas como *input* de las centrales eléctricas de ciclo combinado) o de conglomerado (por ejemplo, derivado de la venta conjunta de gas natural y electricidad a los consumidores finales) (vid. *infra* apartado 5.2, para un mayor detalle sobre la naturaleza de cada uno de estos riesgos para la competencia).

Otro ejemplo

Otro ejemplo es la adquisición de Galerías Primero por parte de Supermercados Sabeco (Expediente C-0113/08). La Resolución de la CNC supeditó la autorización de la operación a la venta de determinados supermercados de la empresa adquirida.

5. Aspectos sustantivos

El artículo 10 de la LDC establece:

> "La Comisión Nacional de la Competencia valorará las concentraciones económicas atendiendo a la posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional".

El mismo artículo 10 señala que, en esta valoración, se incluirán:

> "**a)** la estructura de todos los mercados relevantes,
>
> **b)** la posición en los mercados de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera,
>
> **c)** la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera del territorio nacional,
>
> **d)** las posibilidades de elección de proveedores y consumidores, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados,
>
> **e)** la existencia de barreras para el acceso a dichos mercados,
>
> **f)** la evolución de la oferta y de la demanda de los productos y servicios de que se trate,
>
> **g)** el poder de negociación de la demanda o de la oferta y su capacidad para compensar la posición en el mercado de las empresas afectadas,
>
> **h)** las eficiencias económicas derivadas de la operación y, en particular, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización así como a la competitividad empresarial, y la medida en que dichas eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales, en concreto, en la forma de una mayor o mejor oferta y de menores precios".

Una vez analizados todos estos aspectos, y concluido si la operación conllevará o no un riesgo de obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados afectados, como se ha señalado, la CNC adopta su resolución definitiva autorizándola, prohibiéndola o sometiendo su autorización al cumplimiento de determinadas condiciones.

A continuación, se analiza cada uno de los elementos que la CNC toma en consideración en la valoración sustantiva de los efectos de la concentración económica antes de adoptar su decisión.

5.1. Elemento del análisis sustantivo

Los elementos principales del análisis sustantivo realizado por la CNC en el marco del control de concentraciones son, por este orden: la determinación de los mercados afectados por la operación; el análisis de la estructura de la oferta y la demanda de dichos mercados; la investigación de la existencia o

no de barreras a la entrada en estos mercados; y, por último, si la operación analizada despliega eficiencias económicas de las que puedan beneficiarse los consumidores.

En los apartados siguientes se analizan uno a uno estos aspectos del análisis sustantivo propio del control de concentraciones empresariales.

5.1.1. Mercado relevante

Como se señalaba anteriormente, y recoge el artículo 10 de la LDC, el criterio fundamental para que la CNC resuelva si una operación debe autorizarse o prohibirse es el de determinar si de ella se deriva una "posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva" en los mercados afectados por la misma.

Por tanto, el primer elemento del análisis a llevar a cabo por la CNC es el de definir los mercados afectados por la operación, puesto que será, respecto a estos mercados, donde se valore la posición de las partes que protagonizan la operación y se realice el análisis para identificar si existe o no riesgo de obstaculización de la competencia efectiva.

El concepto de mercado afectado o mercado relevante en el marco de la aplicación de las normas de defensa de la competencia tiene características propias que lo alejan del concepto de "mercado" propio de la actividad comercial o estratégica de la empresa. De esta forma, a modo de ejemplo, una empresa puede considerar que su mercado objetivo es el de bebidas y, sin embargo, a los efectos de la aplicación de las normas de defensa de la competencia, la definición del mercado afectado por una operación en la que esté implicada dicha empresa no coincidir, siendo, por ejemplo, el de bebidas refrescantes con gas. En este caso, los efectos de la operación notificada no se analizarían por parte de la CNC sobre el mercado de las bebidas, sino sólo sobre el de las bebidas refrescantes con gas, lo que puede ser de extraordinaria relevancia.

En realidad, el "mercado relevante" en el marco del control de concentraciones empresariales es un concepto jurídico (y, por tanto, no necesariamente el mismo que el que marca la realidad comercial de la compañía) basado en una racionalidad económica.

No obstante, la definición de mercado relevante no se encuentra ni en las normas españolas ni en las comunitarias de defensa de la competencia, sino que ha sido la jurisprudencia europea[6] la que ha pavimentando el camino hacia la determinación precisa del concepto de mercado relevante a lo largo de las últimas décadas.

(6)A partir, fundamentalmente, de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de febrero de 1979 en el caso Hoffman-La Roche.

Por su parte, la Comisión Europea recopiló este bagaje doctrinal en la comunicación sobre la definición del mercado relevante de 9 de diciembre de 1997. En ella la Comisión señala, en primer lugar, que la definición del mercado relevante debe hacerse desde una doble vertiente: de producto y geográfico.

De esta forma, según la comunicación comunitaria, se entenderá que forman parte del mismo **mercado relevante de producto** "la totalidad de productos y servicios que los consumidores consideran intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos".

Por su parte, se entenderá que forman parte del mismo **mercado relevante geográfico** "la zona en 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".

El concepto jurídico no ofrece demasiadas dudas aunque, por ejemplo, la propia definición del mercado relevante de producto ha evolucionado desde una consideración exclusiva de la sustituibilidad desde la perspectiva del consumidor a una más amplia que incluye, asimismo, la sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta.

Es, sin embargo, en la aplicación práctica de estos conceptos donde surgen las mayores complicaciones. ¿Qué herramientas fiables se pueden utilizar para medir un concepto tan complejo como el de la sustituibilidad? Desde hace varias décadas, se viene realizando un esfuerzo importante por identificar herramientas económicas útiles a estos efectos. Este esfuerzo ha llevado a las autoridades de casi todo el mundo a identificar el denominado test SSNIP[7] o test del monopolista hipotético como uno de los más eficaces desde el punto de vista de su aplicación práctica.

(7) *Small but significant non-transitory increase in prices*, según las siglas en ingles.

En Estados Unidos y la UE

En 1992 fue adoptado, por primera vez, por el Departamento de Justicia de Estados Unidos por medio de las *US Horizontal Merger Guidelines* y, cinco años después, lo fue por la Comisión Europea en la Comunicación sobre la definición del mercado relevante.

El test SSNIP parte de la lógica del comportamiento de un hipotético monopolista y las posibilidades que tiene de abusar de su privilegiada posición de mercado en función de la elasticidad de la demanda a las variaciones en el precio. Se entiende que la demanda es elástica si un incremento del 1% en el precio del producto X provoca una caída de la demanda superior al 1%. Por el contrario, se estima que la demanda es inelástica si, ante ese mismo incremento, la caída de la demanda es inferior al 1%.

Por tanto, cuanto menos elástico sea el comportamiento de la demanda a variaciones del precio, más incentivos tendrá un hipotético monopolista de ese producto X para situar los precios por encima del nivel propio de una situación de competencia efectiva (próximos al coste marginal de producción).

Ejemplo de aplicación práctica del test SSNIP

Suponiendo que existiera un único vendedor de plátanos, ¿sería rentable para este vendedor elevar los precios de los plátanos un 5%-10% respecto a la situación actual de forma duradera? Es decir, ¿los beneficios que obtendría del incremento de los precios compensarían la hipotética pérdida de clientes? Si la respuesta a esta pregunta fuera afirmativa, entonces los plátanos no estarían sujetos a presiones competitivas de otro tipo de frutas y, por tanto, formarían un mercado relevante propio.

Si, por el contrario, los clientes pasaran a consumir otro tipo de frutas, no haciendo rentable para el vendedor de plátanos el incremento de los precios, entonces tendríamos que considerar que esas otras frutas forman parte del mismo mercado relevante que los plátanos. En este caso, de nuevo, habría que aplicar el test para comprobar si el mercado debería seguir ampliándose o quedaría acotado definitivamente por los plátanos y las frutas identificadas como sus sustitutivas a raíz del primer test.

Tradicionalmente, el test SSNIP ha buscado analizar la reacción de los consumidores ante un incremento de los precios, pero, en ocasiones, este test también es aplicable a la reacción de los oferentes[8]. Este planteamiento es congruente con el enfoque jurídico de la definición del mercado relevante que se basa en el concepto de sustituibilidad no sólo de la demanda sino también de la oferta.

(8)La Comisión Europea aplicó, por primera vez, esta lógica en su Decisión de 24 de febrero de 1992 en el caso Torras/Sarriá.

En líneas generales, este test ha servido a la Comisión Europea y a las autoridades nacionales de defensa de la competencia para definir, con bastante precisión, los mercados afectados en casos de concentraciones empresariales. Incluso en aquellas ocasiones en las que no se disponían de series de datos adecuadas para aplicar correctamente el test, se ha intentado hacer de forma intuitiva, preservando la filosofía que subyace al mismo.

Sin embargo, este reconocimiento generalizado del valor del test SSNIP no debe hacer olvidar que su aplicación práctica conlleva diferentes dificultades, entre las que destaca la que se conoce como la "falacia del celofán". Esta falacia tiene su origen en el debate originado por la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso Du Pont[9]. La sentencia consideraba que la elevada elasticidad cruzada mostrada por la demanda de celofán en relación con la de otros materiales para envolver (por ejemplo, papel) obligaba a considerar todos estos productos dentro de un mismo mercado relevante.

(9)Caso United Status v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 76 S. Ct 994 (1956).

Sin embargo, esta sentencia fue objeto de una fuerte polémica, derivada de que dicha elasticidad había sido apreciada a partir de los datos de precios del celofán vigentes en el momento de la denuncia, que podrían ser excesivamente elevados. La lógica que habría detrás de las críticas a la aplicación del test en este caso sería la siguiente: si la empresa Du Pont disfrutó de una situación de poder de mercado durante un determinado período de tiempo, este poder le habría permitido fijar los precios del celofán a un nivel superior al de una situación de competencia. De esta forma, el precio del celofán, que se habría

tenido en cuenta a la hora de medir su sustituibilidad en relación con otros tipos de envoltorios, sería muy superior al caracterizado por un entorno competitivo, fruto de la situación de poder de mercado de la que venía disfrutando Du Pont. Así, los consumidores, en realidad, sólo considerarían sustituibles los envoltorios de papel en un escenario de precios del celofán muy elevados. Por el contrario, en una situación de precios competitivos (próximos al coste marginal), los consumidores no percibirían como intercambiables unos tipos de envoltorios y otros y el celofán debería considerarse como un mercado específico.

Hoy día, cualquier economista acepta la existencia de esta falacia y, por tanto, no debe obviarse a la hora de aplicar el test SSNIP, si no queremos obtener datos de elasticidades distorsionados por el propio ejercicio de poder de mercado.

En cualquier caso, lo más relevante es que en la práctica el concepto de sustituibilidad entre productos o servicios es el elemento clave para la determinación de los productos o servicios que forman parte del mismo mercado y, por tanto, respecto al cual se analizarán los efectos de la operación notificada.

Ejemplos de definición del mercado de producto

Las características del producto o servicio y el uso que esté previsto hacerse de él es el criterio más común para definir el mercado de producto desde el punto de vista de la demanda. En principio, se ha considerado que pertenecen a un mismo mercado los productos y servicios cuyas características y funciones desde el punto de vista de los clientes sean similares o intercambiables.

Las preferencias de los clientes y consumidores por un tipo de servicio o producto respecto a otros, aunque cumplan una finalidad similar, también ha sido considerado un elemento relevante para distinguir mercados.

En ocasiones, los distintos canales de comercialización utilizados por los productos o servicios para llegar a los consumidores también ha sido un elemento determinante para distinguir mercados de producto.

He aquí algunos ejemplos:

1) Sector de seguros. En el sector de los seguros se han distinguido varios mercados de producto en función de la naturaleza del riesgo asegurado, de los ramos de seguro contratados y de que sean seguros privados o públicos (ved informes del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de noviembre del 2006, Adeslas/Global Consulting/Lince (Expte. C-101/06); o de 26 de septiembre del 2005, Igualatorios Médicos (Expte. C-89/05)).

2) Sector farmacéutico. En el sector farmacéutico se han distinguido, tradicionalmente, distintos mercados en función de la finalidad terapéutica, indicaciones y propiedades farmacológicas de cada medicamento (ved informes del antiguo Servicio de Defensa de la Competencia de 3 de septiembre del 2003, IDEC/Biogen (Expte. N-3041); de 15 de noviembre del 2001, Baxter/Asta Médica Oncología (Expte. N-194); y de 28 de junio del 2002, Advent International/Viatris (Expte. N-254)).

3) Sector publicitario. En el sector publicitario se han distinguido mercados en función de los medios publicitarios empleados (ved informe del antiguo Servicio de Defensa de la Competencia de 13 de junio del 2003, Kort Geding/Antena 3 TV (Expte. N-03023)).

4) Sector comercial. En el sector de comercialización de productos al consumidor final se ha distinguido entre el canal "horeca" (bares, hoteles, restaurantes, cafeterías y otros establecimientos de consumo similares) y el canal "alimentación" (supermercados, hipermercados, etc.) (ved informes del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de marzo del 2007, Mahou San Miguel/Alhambra (Expte. C-103/07); o de 2 de diciembre de 1999, Heineken/Cruzcampo (Expte. C-44/99)).

Por su parte, la delimitación del mercado geográfico relevante tiene por objeto examinar si los clientes de la empresa resultante de la concentración estarán en disposición de adquirir productos procedentes de otras zonas geográficas, en el caso de que esta última decidiera incrementar sus precios o empeorar la calidad de sus productos o servicios.

Para ello, se hace un análisis prospectivo para verificar cuál sería el comportamiento de los oferentes territorialmente próximos ante un hipotético incremento de los precios en el territorio en el que actúan las empresas partícipes en la concentración. Se trata, a fin de cuentas, de un análisis basado en una lógica similar al de la sustituibilidad de la oferta, que veíamos antes, para la definición del mercado de producto.

En este análisis son distintos los elementos que se toman en consideración por las autoridades de defensa de la competencia:

- Distribución de cuotas de mercado, diferencias en la estructura de la oferta, en los precios y en las estrategias de negocio entre unas zonas geográficas y otras.

- Flujos históricos de intercambios comerciales entre zonas adyacentes.

- Características de la demanda: preferencias de los clientes, marcas, hábitos culturales, etc.; que se comparan entre unas zonas y otras.

- Existencia o inexistencia de obstáculos para enviar pedidos a empresas establecidas en otras áreas.

- Diferencias regulatorias entre áreas geográficas.

5.1.2. Estructura de la oferta

Una vez definidos los mercados afectados por la operación, la CNC analiza la estructura de la oferta de esos mercados. En concreto, identifica:

- los principales competidores;
- las cuotas de mercado correspondientes a cada uno de ellos;
- los canales y redes de distribución existentes en estos mercados, así como los utilizados por cada uno de los competidores;
- la capacidad de producción total del mercado y la correspondiente a cada uno de los competidores;
- las perspectivas futuras de evolución de la capacidad de producción del mercado;
- la existencia de novedades recientes (nuevos productos o servicios) en el mercado;

- la estructura de costes de los productos o servicios que comprenden los mercados afectados, y las perspectivas de variación futura de los mismos; y
- los niveles de precios practicados en los últimos años y las diferencias entre competidores a este respecto.

Tras analizar todas estas variables, la CNC valora la forma en la que la operación notificada puede afectar a la estructura de la oferta del mercado y, por ende, a la dinámica competitiva de éste.

Ved también

A este respecto, los diferentes riesgos para la competencia que pueden derivarse en función del tipo de operación analizada (horizontales, verticales o conglomerales) se detallan en el apartado "Tipología de las operaciones".

5.1.3. Estructura de la demanda

Por su parte, en el análisis de la estructura de la demanda de los mercados afectados, la CNC toma en consideración los siguientes elementos:

- características de los principales clientes, incluyendo sus porcentajes de participación en el volumen total de las empresas partícipes en la operación;
- estimaciones de las tasas de crecimiento del mercado;
- papel desempeñado por la diferenciación de producto a la hora de medir la sustituibilidad desde el punto del consumidor;
- relevancia de los contratos de distribución exclusiva o de otros contratos de largo plazo que pudieran existir en el mercado; e
- identificación de los costes que han de asumir los clientes para cambiar de proveedor.

Todo ello orientado, fundamentalmente, a medir las posibilidades que tendría la empresa fusionada de distorsionar las condiciones de competencia gracias a la posición de mercado obtenida tras la concentración.

Ved también

Los principales efectos asociados a cada tipo de operación en relación con la estructura de la demanda se analizan, con mayor detalle, en el apartado "Tipología de las operaciones".

5.1.4. Barreras a la entrada

Uno de los elementos más importantes a la hora de considerar si las empresas que se concentran pueden alcanzar suficiente poder de mercado para distorsionar el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados afectados (objetivo principal del análisis que realiza la CNC en este ámbito), consiste en determinar si su situación en dichos mercados es "expugnable" o "contestable" por parte de sus competidores actuales o potenciales. La "expugnabilidad" o "contestabilidad" de los mercados está directamente relacionada con la existencia o no de barreras de entrada a los mismos.

Las barreras a la entrada (su existencia o inexistencia) juegan un papel complementario al de las cuotas de mercado de las empresas partícipes de la concentración a la hora de valorar su posición en el mercado correspondiente. En este

sentido, si una concentración da lugar a cuotas de mercado elevadas pero se pone de manifiesto que, durante los últimos años, han entrado competidores nuevos al mercado, esta circunstancia compensaría los posibles riesgos derivados del incremento de las cuotas de mercado, puesto que la empresa fusionada estaría sometida a una presión competitiva potencial de nuevos entrantes y, por tanto, no tendría incentivos para incrementar los precios o deteriorar la calidad de sus productos o servicios, pues ello atraería a nuevos oferentes.

Basado en esta lógica, se consideran barreras de entrada aquellas dificultades significativas a las que tendría que enfrentarse un nuevo competidor a la hora de acceder al mercado afectado respecto de las que, en su caso, tienen que afrontar las empresas que ya están presentes en el mismo.

No existe una única categorización de las posibles barreras de entrada existentes ni las legislaciones española o europea de competencia contienen un listado a este respecto. No obstante, en base a los precedentes de las autoridades de defensa de la competencia, éstas pueden agruparse de la siguiente forma:

1) Barreras de carácter regulatorio derivadas de la legislación aplicable al sector correspondiente que, por ejemplo, puede ser limitativa de la importación de productos, o someter el ejercicio de una actividad concreta a un régimen de concesión u obtención de licencias. En este grupo de barreras también pueden incluirse las normas técnicas que determinan los requisitos que han de cumplir los productos para su comercialización, si dichas normas imponen obstáculos no habituales a potenciales nuevos entrantes a ese mercado.

2) Barreras de carácter económico, entre las que destacan las inversiones que es preciso realizar para comenzar a desarrollar una actividad (por ejemplo, infraestructuras, adquisición de activos o disposición de una determinada capacidad financiera). En este grupo, también podrían incluirse como barreras u obstáculos relevantes los gastos de promoción y publicidad necesarios para acceder a un nuevo mercado, como puede ocurrir, por ejemplo, en mercados muy marquistas o en los que es necesario realizar un esfuerzo promocional significativo en las primeras etapas de acceso.

3) Barreras de carácter tecnológico, entre las que se encuentran las derivadas de la necesidad de acceder a determinadas innovaciones tecnológicas, desarrollos técnicos o derechos de propiedad industrial de terceros (por ejemplo, patentes) para poder actuar en un mercado, o de la necesidad de acceder a equipos de alta tecnología para lograr ser competitivo.

4) Barreras de acceso a la demanda, entre las que se encuentran, por ejemplo, las derivadas de la existencia de contratos en exclusiva con clientes que incrementan los denominados "costes de cambio de proveedor" para dichos clientes y, por tanto, obstaculizan el acceso a los mismos para los nuevos entrantes. Otro ejemplo de este tipo de barreras se produce en los mercados de licitación en los que los concursos se convocan por un período largo de tiempo.

En estos casos, la competencia no se lleva a cabo "en el mercado" sino "por el mercado", y el mayor o menor dinamismo de ésta dependerá de la frecuencia y el número de convocatorias que se celebren.

5) Barreras de acceso a insumos o infraestructuras esenciales: en determinadas actividades económicas, los nuevos entrantes necesitan acceder a insumos o infraestructuras básicas para desarrollar su actividad (por ejemplo, redes de transporte de electricidad, *slots* en aeropuertos).

Ejemplos de mercados con barreras a la entrada

1) Mercado de comercialización de refrescos. Barreras de carácter económico (necesidad de incurrir en elevados gastos de publicidad y promoción, dado que se trata de un mercado muy marquista).

2) Mercado de generación de electricidad. Barreras de carácter económico (necesidad de incurrir en fuertes inversiones para la construcción de centrales de generación).

3) Mercado de transporte aéreo. Barreras de acceso a infraestructuras (necesidad de disponer de derechos de despegue y aterrizaje en aeropuertos).

4) Mercado de la televisión. Barreras de carácter regulatorio (necesidad de disponer de las correspondientes licencias para poder emitir un canal de televisión).

5) Mercado de software (sistemas operativos). Barreras de acceso a la demanda (se trata de un mercado de elevados costes de cambio, dado que los consumidores son poco proclives a cambiar de sistema operativo).

5.1.5. Eficiencias

El artículo 10.1.h) de la LDC establece que la CNC habrá de tomar en consideración, a la hora de analizar las operaciones de concentración empresarial notificadas, las eficiencias económicas derivadas de las mismas.

Entre las posibles eficiencias que pueden derivarse de una concentración empresarial, destacan:

1) Mejoras de los sistemas de producción, por ejemplo, por medio de una mejor coordinación de la producción y la capacidad de distribución (con ahorros de costes); por medio de una reducción de la duplicidad de márgenes comerciales en los casos de integraciones de carácter vertical (vid. *infra* apartado.5.2.2); por medio de un incremento en la eficiencia de las actividades de I+D; por medio de la generación de economías de alcance o de escala que reduzcan costes; o por medio de la racionalización o maximización de la utilización de activos o de la gestión conjunta de infraestructuras.

2) Mejoras de los sistemas de comercialización, por ejemplo, mediante el desarrollo de nuevas marcas o gamas de producto, o la ampliación del ámbito geográfico de la red de distribución o de los puntos de venta.

3) Mejoras de otros aspectos de competitividad, por ejemplo, mediante la apertura de nuevos mercados de exportación o de la reducción de los costes derivados de la externalización de procesos productivos.

Todos estos tipos de eficiencias han sido valoradas, en algún momento, por las autoridades españolas, y comunitarias, de defensa de la competencia en el análisis sustantivo de las concentraciones empresariales. No obstante, la jurisprudencia exige que, para ello, estas eficiencias deben cumplir los siguientes requisitos:

1) Sean alegadas por las partes notificantes, es decir, la autoridad de defensa de la competencia no analiza "de oficio" las eficiencias.

2) Sean objetivas y cuantificables, esto es, su materialización no debe depender de la voluntad de las partes y debe ser posible cuantificar su valor (por ejemplo, en términos de ahorro de costes).

3) Deben derivarse de forma específica de la concentración, es decir, no se hubieran llevado a cabo de no ser por la existencia de la operación notificada.

4) Deben trasladarse a los consumidores en la forma de una mayor o mejor oferta y de menores precios (art. 10.1.h) de la LDC).

Sólo si las eficiencias cumplen los anteriores requisitos, serán valoradas por la CNC como elemento compensatorio de los posibles riesgos para el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados que se deriven de la operación analizada.

5.2. Tipología de operaciones

En función de los efectos que la concentración económica puede tener en los mercados afectados, las operaciones se han clasificado tradicionalmente en tres categorías:

Cuarta categoría

En la práctica, existe una cuarta categoría de operaciones que es aquella en la que los mercados en los que están presentes las empresas no tienen relación alguna entre sí. Un ejemplo de este tipo de operaciones es la toma de control de una empresa fabricante de cualquier producto por parte de un fondo de inversión o *private equity* sin presencia en ese mercado. Dado que estas operaciones, en principio, no conllevan problemas de competencia, no se analizan con el mismo grado de detalle que las otras tres categorías.

1) Operaciones "horizontales": aquellas en las que las empresas están presentes en los mismos mercados y la operación conlleva un solapamiento de actividades, y, por ende, de cuotas de mercado, entre ellas.

Por ejemplo, la fusión de dos empresas fabricantes de calzado deportivo.

2) Operaciones "verticales": aquellas en las que las empresas no operan en el mismo mercado, sino que una de ellas está presente en un mercado ascendente o descendente en relación con el mercado en el que está presente la otra empresa.

Por ejemplo, la fusión de una empresa fabricante de PVC y una empresa fabricante de ventanas de PVC: la fabricación de PVC, en la medida que es un insumo para la fabricación de ventanas de PVC, se considera un mercado ascendente en relación a este último.

3) Operaciones "conglomerales" o "de conglomerado": aquellas en las que las empresas no operan en el mismo mercado y tampoco en mercados verticalmente relacionados. Sin embargo, operan en mercados en los que puede existir una cierta complementariedad.

Por ejemplo, la fusión de una empresa aseguradora y una entidad de crédito: aunque los seguros y los préstamos sean productos distintos, la nueva empresa podría, de alguna forma, comercializarlos conjuntamente a sus clientes.

A continuación, se analiza cada uno de estos tipos de operaciones con los efectos más habituales sobre el funcionamiento competitivo de los mercados que se pueden derivar de cada una de ellas. En todo caso, es importante señalar que, en muchas ocasiones, una operación presenta tanto aspectos horizontales como verticales o, incluso, de conglomerado. Es el caso, por ejemplo, de la adquisición de Unión Fenosa por parte de Gas Natural (Resolución de la CNC de 11 de febrero del 2009 (Expediente C/0098/08, Gas Natural/Unión Fenosa)) en la que las empresas partícipes de la operación competían en los mismos mercados (comercialización de electricidad), es decir, tenían una relación de carácter horizontal, pero, al mismo tiempo, mantenían una relación vertical en la medida que el gas natural se utiliza como insumo para la generación de electricidad en las centrales de ciclo combinado de Unión Fenosa.

A este respecto, como se señalaba anteriormente, es de extrema utilidad el análisis de las directrices publicadas por la Comisión Europea para la evaluación de las concentraciones no horizontales (verticales y conglomerales) de 18 de octubre del 2008 (2008/C 265/07) ("Directrices no horizontales") y las directrices, también elaboradas por la Comisión Europea, para la evaluación de las concentraciones horizontales de 5 de febrero del 2004 (2004/C 31/03) ("Directrices horizontales") que, aunque en principio únicamente vinculan de manera formal a la Comisión Europea, en la práctica son seguidas también por las autoridades nacionales de defensa de la competencia, entre ellas, la CNC y, por tanto, constituyen un marco de referencia muy adecuado para que los agentes económicos puedan anticipar los elementos que la autoridad de defensa de la competencia tomará en consideración a la hora de analizar la operación.

5.2.1. Horizontales

Las operaciones de carácter horizontal son las que, teóricamente, mayores problemas de competencia pueden conllevar en la medida que suponen la eliminación de un competidor directo y, por ende, el fortalecimiento de la posición de mercado de la empresa resultante de la operación, que ve incrementada su cuota de mercado y desaparecido a uno de sus competidores. Esta situación, potencialmente, puede provocar un deterioro de las condiciones de competencia en forma de la aplicación por parte de la empresa fusionada de mayores precios, menor oferta o peor calidad de sus productos o servicios, en detrimento de los clientes y consumidores finales.

Las concentraciones horizontales pueden tener un doble efecto dañino para la competencia: unilateral o coordinado.

Los potenciales efectos unilaterales se basan en que la operación supone la eliminación de una parte de la presión competitiva sobre la empresa resultante de la misma, lo que le otorga un mayor poder de mercado que puede utilizar en detrimento de sus clientes o consumidores finales.

El análisis de los **efectos unilaterales** se centra en determinar en qué medida la integración de las empresas que se concentran les permite incrementar, de forma eficaz y duradera, los precios o imponer peores condiciones a sus clientes o proveedores sin que los competidores o los clientes puedan disciplinar su comportamiento. Si ello fuera así, el riesgo de deterioro de las condiciones de competencia en el escenario posterior a la concentración sería elevado y, por tanto, la autoridad de defensa de la competencia podría decidir prohibir la operación en aras a preservar la competencia efectiva en los mercados afectados.

Para verificar si el riesgo existe o no, es preciso analizar con detalle las características de la estructura de la oferta y la demanda del mercado afectado en el sentido de intentar identificar si existen los incentivos y la capacidad adecuados para que se materialice dicho riesgo.

Respecto a la capacidad para distorsionar la competencia desde la óptica de la estructura de la oferta, es de gran relevancia analizar las posibilidades del resto de competidores de reaccionar ante un comportamiento dañino de la competencia por parte de la empresa resultante de la operación (reduciendo sus propios precios e incrementando la producción para arrebatar ventas a dicha empresa). Si los competidores tienen el incentivo de disciplinar a la empresa resultante de la operación, es improbable que ésta tenga el incentivo de dañar la competencia.

Respecto al análisis de la estructura de la demanda, es preciso estudiar con detalle el tipo de clientes existentes en este mercado y su poder de negociación. Si los clientes de la empresa resultante de la operación disfrutan de un notable poder de negociación, éste actuará como elemento compensador del mayor poder de mercado adquirido por la empresa fusionada que, difícilmente, podrá utilizar dicho mayor poder para distorsionar la competencia en el mercado. Este poder compensatorio de la demanda dependerá del grado de concentración de la misma, del poder financiero de los clientes e, incluso, de la posibilidad de que algunos de ellos estén integrados verticalmente teniendo acceso directo, por tanto, a determinados insumos de producción y siendo menos dependientes de los productos ofrecidos por la empresa fusionada.

Por su parte, el riesgo de **efectos coordinados** se deriva de que la operación puede cambiar la naturaleza de la competencia en el mercado afectado, de tal manera que resulte mucho más probable que competidores que previamente no coordinaban su comportamiento pasen a coordinarse y subir los precios o perjudicar por otros medios la competencia efectiva y, por ende, a los consumidores finales.

Coordinación entre empresas

Una concentración de carácter horizontal también puede facilitar o hacer más estable o efectiva la coordinación entre empresas que ya se coordinaban antes de la concentración.

No obstante, ello no quiere decir que todas las operaciones en las que se produzca un solapamiento de actividades entre las empresas afectadas conllevan automáticamente este tipo de riesgos, sino que ello dependerá de una gran diversidad de variables (tanto de las propias empresas como de la estructura de los mercados afectados).

A la hora de analizar la posibilidad de que se produzca un efecto unilateral contrario a la competencia, el primer elemento que se toma en consideración es la cuota de mercado de la empresa resultante de la operación. Las directrices horizontales contienen un sistema de presunciones según el cual:

1) Cuotas superiores al 50% pueden probar por sí mismas la existencia de una posición de dominio y, por tanto, de un riesgo elevado de distorsión de la competencia.

2) Cuotas entre el 25% y el 50% podrían plantear problemas de competencia, pero es preciso analizar otros factores.

3) Cuotas inferiores al 25% hacen altamente improbable que la operación vaya a suponer un obstáculo al funcionamiento de la competencia efectiva.

Sin embargo, el resultado del análisis de las cuotas de mercado debe matizarse en base a **otros elementos** como, por ejemplo:

1) El **grado de estabilidad temporal de las cuotas**: si las cuotas de mercado de los principales competidores han variado ostensiblemente en el tiempo, las conclusiones basadas en este parámetro serán de menor relevancia.

2) El grado de innovación del mercado: mercados sometidos a altos niveles de innovación conllevan cambios bruscos de la posición de cada uno de los competidores, por lo que la relevancia de las cuotas de mercado correspondientes en un momento temporal concreto es limitado a la hora de determinar si existe un riesgo de efecto unilateral contrario a la competencia.

3) El grado de rivalidad de las empresas que se concentran: por ejemplo, si las empresas que se concentran son la primera y segunda opción de compra de un determinado producto, normalmente tendrán mayores posibilidades de rentabilizar un incremento de precios y, de esta forma, distorsionar la competencia; pero si, por el contrario, dichas empresas no son competidoras inmediatas porque sus respectivos productos tienen ciertos elementos de diferenciación, es menos probable que se produzca un efecto negativo para la competencia.

4) El grado de atomización del mercado: una misma cuota de mercado puede tener un efecto muy distinto en la posición de la empresa correspondiente en el mercado en función de que el número de competidores sea elevado o reducido.

No obstante, con toda seguridad, el elemento más relevante a la hora de matizar la importancia de una determinada cuota de mercado es el análisis de la expugnabilidad o contestabilidad del mercado correspondiente, esto es, si existen o no barreras a la entrada. Una cuota de mercado elevada será menos preocupante desde el punto de vista del daño potencial a la competencia efectiva si no existen barreras a la entrada a dicho mercado para nuevos competidores. En este caso, la empresa resultante de la operación estaría sujeta a la presión competitiva derivada de la potencial entrada de nuevos competidores a ese mercado fruto de la ausencia de barreras a la entrada (vid. *supra* apartado 5.1.4).

En fin, la cuota de mercado de la empresa fusionada es sólo el punto de partida para analizar los riesgos potenciales para la competencia derivados de una operación de carácter horizontal. El análisis de las cuotas debe completarse con otros elementos que permitan conocer, con detalle, la estructura de la demanda y de la oferta de los mercados correspondientes y anticipar, de esta forma, la mayor o menor probabilidad de que se produzca una distorsión de la competencia efectiva.

5.2.2. Verticales

Las operaciones de carácter vertical son aquellas que conllevan la integración de empresas situadas en distintos niveles de la cadena de producción o distribución. El caso típico de este tipo de integraciones es aquel en el que un fabricante adquiere a su distribuidor o en los que un operador adquiere el control de un proveedor de determinadas materias primas.

En principio, como reconocen las propias comunicaciones de la Comisión Europea, las operaciones no horizontales tienen una menor propensión teórica a distorsionar el funcionamiento competitivo de los mercados, y la materialización de eficiencias es más probable.

Sin embargo, esto no quiere decir que, en determinadas ocasiones, no puedan producirse también algunos riesgos de daño a la competencia. El principal riesgo en las operaciones de carácter vertical es el que se conoce como el "efecto de cierre de mercado", que puede materializarse de una doble forma:

1) En el mercado descendente (aguas abajo) o *input foreclosure*: la operación podría elevar los costes de las empresas competidoras en un mercado descendente al mercado afectado por la operación restringiendo, o dificultando el acceso a *inputs* importantes para su actividad.

2) En el mercado ascendente (aguas arriba) o *customer foreclosure*: la operación podría restringir el acceso de los competidores de las empresas notificantes a una base suficiente de clientes para poder hacer rentable su actividad.

En síntesis, el riesgo de un efecto de cierre de mercado se produce cuando la operación provoca la adquisición de control sobre un recurso importante para competir en alguno de los mercados descendentes en los que opera alguna de las empresas que se concentran o sus matrices.

Para que se pueda producir un efecto de cierre en el mercado descendente es preciso que se cumplan, a su vez, **tres requisitos**:

1) Que las empresas tengan aptitud para llevar a cabo este cierre de mercado (en función de la naturaleza del insumo y en forma, por ejemplo, de incremento de los precios, empeoramiento de las condiciones comerciales o deterioro de la calidad de los insumos).

2) Que las empresas tengan incentivos para llevar a cabo este cierre de mercado, esto es, que los beneficios que obtienen en el mercado descendente (incrementando, por ejemplo, su base de ventas) sean superiores a las posibles pérdidas del mercado ascendente (el de suministro del insumo correspondiente).

3) Que el cierre de mercado tenga efectos sustanciales en la actividad de otros competidores (en el sentido de que el número de empresas afectadas sea relevante, así como los efectos del incremento de los costes en la estructura de precios).

Los mismos tres requisitos han de estar presentes también para que se produzca un efecto de cierre en el mercado ascendente: aptitud, incentivos y efectos sustanciales.

Por último, de las operaciones de carácter vertical también puede derivarse un riesgo para la competencia en forma de un incremento en los incentivos para la coordinación entre competidores (efectos coordinados) en la medida que la operación provoque una mayor simetría entre las empresas presentes en el mercado.

La teoría económica ha enseñado que este tipo de efectos se producen con mayor facilidad en determinadas **circunstancias**:

- si el mercado es estable;
- si existen pocos competidores;
- si el producto es homogéneo;
- si el mercado está sometido a reducidos niveles de innovación;
- si existe disponibilidad pública de información (por ejemplo, por medio de asociaciones sectoriales);
- si hay participaciones accionariales cruzadas entre competidores;
- si las estructuras de costes de los competidores son similares; o
- si los competidores tienen similares niveles de capacidad productiva.

Otros elementos que facilitan también la existencia de este tipo de efectos coordinados son:

- la posibilidad de controlar y supervisar las empresas que siguen un comportamiento paralelo y las que se desvían del mismo; o
- la existencia de mecanismos de disuasión frente a posibilidades de desvío de dicho comportamiento paralelo.

5.2.3. Conglomerales

Las concentraciones empresariales pueden dar lugar a efectos conglomerales cuando las empresas que se concentran realizan actividades complementarias entre sí. La empresa resultante de la operación puede ver reforzada su posición de mercado gracias al incremento de su cartera de productos o marcas, lo que le otorga una ventaja competitiva respecto a otros competidores que no dispongan de una cartera (portafolio) de esas características. Esta situación podría llevar a la empresa a crear o reforzar las barreras a la entrada de otros competidores y afectar negativamente el funcionamiento de la competencia efectiva en el mercado correspondiente.

De nuevo, el análisis del riesgo para la competencia derivado de estos potenciales efectos se basa en las mismas premisas que en el caso de las operaciones de carácter vertical, esto es, verificar si la empresa resultante de la operación tiene aptitud e incentivos para cerrar el mercado y, en su caso, si este cierre de mercado tendría efectos sustanciales sobre el funcionamiento de la competencia. Elementos como la cuota de mercado, el poder de negociación de los clientes de la empresa resultante de la operación o la situación del resto de competidores son determinantes para valorar si dichos requisitos se cumplen en cada caso concreto.

6. Caso práctico

Oxígenos España, S. A. ("OESA") es una sociedad anónima española, integrada en el grupo estadounidense de productos hospitalarios y farmacéuticos Painless Inc. ("Grupo Painless"). OESA se dedica a la distribución de oxígeno para fines hospitalarios en el mercado español. OESA tiene también una participación minoritaria (del 20%) en el capital de la compañía Materiales Talavera, S. A. ("MTSA"). El resto del capital de MTSA está en manos de la empresa francesa Le Moulin (un 30%) y del señor Javier Romanes (un 50%). Según los Estatutos sociales de MTSA, la adopción de decisiones estratégicas relativas a inversiones, presupuesto o planes de negocio, requieren una mayoría de votos equivalente al 51% del capital accionarial.

MTSA se dedica a la fabricación y distribución de material hospitalario desechable como gasas, jeringuillas, esparadrapos, compresas, vendas, etc. Tiene una fábrica en Talavera de la Reina (Toledo) desde la que vende el 90% de su producción en el mercado español, y el 10% restante, en Marruecos.

Le Moulin es un fondo de capital riesgo, con sede en Francia, sin otros intereses en el mercado del material hospitalario.

El Grupo Painless cuenta con sociedades en más de veinte países dedicadas a la fabricación de productos hospitalarios y farmacéuticos. Cuenta con la licencia exclusiva para el uso de la patente relacionada con varios medicamentos.

Tras varias conversaciones informales, el presidente de OESA envía un fax al señor Romanes en el que le propone la adquisición de la totalidad de su participación accionarial en MTSA.

El señor Romanes se muestra, en principio, abierto a la oferta y concierta una reunión con el presidente de OESA y sus representantes legales al objeto de discutirla en profundidad. Una semana después, vuelven a reunirse ambas partes y firman un acuerdo de intenciones en el que sientan las bases para la negociación de la operación.

Tras varias reuniones adicionales, el señor Romanes accede a vender su participación accionarial en MTSA a OESA. Ambas partes firman un acuerdo en el que se recogen las condiciones básicas de la operación (precio y plazos de ejecución), difiriendo la negociación de otras cuestiones incidentales hasta la firma del contrato de compraventa.

Finalmente, las partes se ponen de acuerdo en todos los aspectos de la operación y suscriben un acuerdo de compraventa.

6.1. Cuestiones relacionadas con los sectores afectados por la operación

1) Datos de volumen de negocio (millones de euros)

	Grupo Painless	Oesa	MTSA
Mundial	**3.000**	**80**	**120**
Unión Europea	**800**	**80**	**100**
España	**140**	**80**	**100**

2) Cifras de facturación de los principales operadores en España en el mercado de distribución de oxígeno con fines médicos y de material hospitalario desechable (millones de euros):

Oxígeno fines médicos	Facturación
Oxygen Spain	120
OESA	80
Gases Hospitalarios	75
Total	**275**

Material hospitalario desechable	Facturación
MTSA	200
Sanidad para Todos, Materiales, S.A.	150
Roa Materiales, S.A.	120
Importaciones	40
Otros	90
Total	**600**

3) Los hospitales, tanto privados como públicos, son los principales consumidores de material hospitalario desechable con un 60% de las compras totales. En segundo lugar, se encuentran las farmacias, con un 15% de las compras y, en tercer lugar, las grandes empresas (para sus servicios sanitarios), con un 5%. Otros compradores relevantes de este material son, por ejemplo, el Ejército, la Cruz Roja, el Cuerpo de Bomberos, etc.

4) Los hospitales, y los departamentos de la Administración pública y empresas públicas, gestionan sus compras mediante la celebración de concursos públicos periódicos a los que se presentan todos los proveedores interesados. El

adjudicatario del concurso firma un contrato de aprovisionamiento a largo plazo (normalmente, por cinco años) en el que se fijan las condiciones, cantidades y precios de los envíos.

5) MTSA es el líder del mercado con ventas anuales de 200 millones de euros, seguido de cerca por la compañía Sanidad para Todos, Materiales, S. A. (150 millones de euros). Sanidad para Todos, Materiales, S. A. es una filial de la aseguradora médica, Sanidad para Todos. El tercer competidor de este mercado es Roa Materiales, S. A., que pertenece al grupo propietario de una cadena de hospitales privados en España llamada Roa Hospitales, S. A.

6) Respecto a la distribución de oxígeno con fines médicos, el 80% de las ventas se realizan a los hospitales, y el 20% restante a los usuarios finales (mediante convenios con entidades aseguradoras). En el caso de los hospitales, se utiliza el mismo sistema señalado anteriormente para la compra de material desechable.

7) El mercado de oxígeno con fines médicos en España está liderado por la filial del grupo japonés Yakubo, denominada Oxygen Spain.

6.2. Preguntas

1) Indicad si la operación debe ser notificada a la CNC.

2) En el caso de que la operación deba ser notificada a la CNC, señalad quién debe presentar la notificación y a partir de qué momento sería posible para el notificante presentar dicha notificación.

3) Justificad cuál sería el mercado (o mercados) relevante(s) afectado(s) por la operación.

4) Valorad, en su caso, los problemas de competencia (horizontales, verticales o conglomerales) que se podrían derivar de la operación.

6.3. Respuestas

1) La operación debería notificarse a la CNC. En primer lugar, porque constituye una concentración económica: OESA adquiere el control exclusivo de MTSA. Y, en segundo lugar, porque se cumplen los umbrales para la notificación obligatoria (tanto los de facturación –las empresas facturan conjuntamente más de 240 millones de euros en España e individualmente, más de 60 millones de euros– como los de cuota de mercado –MTSA tiene una cuota del 33% en el mercado de material hospitalario desechable).

2) El responsable de notificar la operación es OESA, y la notificación podría llevarse a cabo desde el momento en que OESA y el señor Romanes firman un acuerdo en el que se recogen las condiciones básicas de la operación.

3) El mercado afectado sería el de material hospitalario desechable de ámbito español.

4) El principal efecto de la operación sería de tipo conglomerado. No se trata de una operación de carácter horizontal dado que OESA y MTSA participan en mercados distintos (oxígeno con fines médicos y material hospitalario desechable). Tampoco sería de carácter vertical, puesto que la relación entre estos dos mercados no es la propia de un distribuidor y un proveedor. Sin embargo, en la medida que los clientes son los mismos (hospitales, principalmente), la operación sí podría tener un efecto de conglomerado puesto que, tras la operación, OESA podría intentar comercializar conjuntamente a sus clientes el oxígeno y el material hospitalario desechable.

Resumen

En España, como en la gran mayoría de las jurisdicciones del mundo, existe desde 1999 un sistema según el cual las operaciones de compraventa de empresas y, en algunos casos, de creación de empresas mixtas están sujetas a la autorización de las autoridades de defensa de la competencia cuando se cumplen determinados requisitos fijados en la ley.

La lógica que subyace a esta obligación de notificación, y suspensión de la ejecución a la espera de obtener la autorización, es que, aunque dichas operaciones no constituyen infracciones a las normas de defensa de la competencia, sin embargo, pueden afectar al funcionamiento competitivo de los mercados en la medida en que supongan cambios estructurales de la oferta o la demanda de dichos mercados que, por ejemplo, creen o refuercen una posición de dominio o reduzcan los incentivos de los operadores presentes en él para competir.

El sistema de control de concentraciones empresariales instaurado por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC"), que se completa con lo previsto en el Real Decreto 262/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia ("RDC"), prevé que la autoridad competente para recibir la notificación de estas operaciones y decidir sobre su autorización es la Comisión Nacional de la Competencia ("CNC"). La LDC prevé asimismo que los órganos autonómicos de defensa de la competencia y los organismos reguladores sectoriales desempeñen un papel consultivo en determinadas circunstancias.

A la hora de decidir si una operación de concentración empresarial ha de notificarse a la CNC, debe realizarse un análisis de dos fases: en primer lugar, determinar si la operación constituye una concentración en el sentido de las normas de defensa de la competencia y, en ese caso, en segundo lugar, se habrá de verificar si la concentración cumple los umbrales (de facturación o de cuota de mercado) previstos por la LDC para su notificación obligatoria a la CNC.

Las competencias de la CNC y de la Comisión Europea en materia de control de concentraciones son excluyentes. Esto significa que si una operación cumple los umbrales para su notificación a la Comisión Europea y, al mismo tiempo, también cumple los umbrales para su notificación a la CNC, la competencia para decidir sobre la autorización de la operación será exclusiva de la Comisión Europea. Asimismo, puede darse la circunstancia de que una operación no cumpla los umbrales para su notificación a la Comisión Europea pero sí cumpla los umbrales para su notificación a la CNC y a las autoridades de otros Estados miembros de la Unión Europea; en ese caso, en principio, habrá de notificarse en cada una de estas jurisdicciones.

Una vez que se notifica la operación a la CNC se inicia un procedimiento regulado detalladamente en la LDC y el RDC que se caracteriza por su elevado nivel de transparencia, por garantizar el acceso a éste de todos los interesados y por la elevada predictibilidad respecto a su duración. En relación con este último punto, la LDC garantiza que aquellas operaciones que no plantean problemas de competencia, que en la práctica son la gran mayoría, sean aprobadas en un período muy corto de tiempo (un mes) durante la denominada primera fase del procedimiento. Sólo aquellas operaciones que plantean problemas de competencia y requieren un análisis más detallado de sus efectos pasan a la segunda fase del procedimiento y el período para su autorización o, en su caso, prohibición se extiende más allá de un mes.

La LDC también prevé un sistema muy transparente y ágil para que las empresas y la CNC puedan intercambiar visiones respecto a las soluciones que podrían eliminar o minimizar los problemas de competencia que pueda suscitar una operación. Estos problemas de competencia son de muy variada índole: efectos horizontales, efectos verticales y efectos de conglomerado.

La CNC analiza la estructura de los mercados para verificar si existen riesgos de que la concentración derive en algún efecto restrictivo de la competencia y, en ese caso, estudia, junto con las partes notificantes, si existen soluciones para paliar dichos efectos restrictivos que sean menos drásticas que la prohibición directa de la operación.

En fin, el modelo español de control de concentraciones se caracteriza por su transparencia, garantías de acceso de todos los interesados, eficacia y eficiencia; lo que provoca que sea un modelo perfectamente equiparable al de los Estados miembros de la Unión Europea con mayor experiencia en esta materia.

Ejercicios de autoevaluación

1. Identificad cuál de las siguientes afirmaciones es correcta.

a) Las competencias resolutorias en materia de control de concentraciones se encuentran compartidas entre las comunidades autónomas y el Estado.
b) La Comisión Nacional de la Competencia tiene competencias para la instrucción de los expedientes de control de concentraciones, siendo el Consejo de Ministros el órgano que resuelve dichos expedientes.
c) La Comisión Nacional de la Competencia instruye y resuelve los expedientes sobre control de concentraciones económicas, salvo en los casos en los que el mercado afectado se encuentre regulado. En estos supuestos, el órgano regulador sectorial es el encargado de otorgar, en su caso, la autorización correspondiente para la ejecución de la operación.
d) La Comisión Nacional de la Competencia instruye y resuelve todos los expedientes sobre control de concentraciones, independientemente de cuál sea el sector o actividad económica afectada.

2. Identificad cuál de las siguientes afirmaciones es correcta.

a) La fusión entre dos empresas cuya cuota conjunta en el mercado europeo supere el 30% debe notificarse a la Comisión Nacional de la Competencia.
b) La fusión entre dos empresas españolas cuya facturación conjunta en España sea inferior a 240 millones de euros, pero cuya cuota conjunta en el mercado español supere el 30% debe notificarse a la Comisión Nacional de la Competencia.
c) La fusión entre dos empresas españolas cuya facturación conjunta en España supere los 300 millones de euros debe notificarse a la Comisión Nacional de la Competencia.
d) La fusión entre dos empresas españolas cuya facturación individual en España es de 90 y 65 millones de euros, respectivamente, debe notificarse a la Comisión Nacional de la Competencia.

3. ¿Cuál de los siguientes supuestos no constituye una concentración económica?

a) La empresa A se encuentra controlada conjuntamente por B y C; C vende su participación accionarial en A a B.
b) La empresa A se encuentra participada en un 80% por B y en un 20% por C. Ambas compañías ostentan los derechos de voto correspondientes a su participación accionarial. Existe un acuerdo parasocial entre B y C según el cual la aprobación de los presupuestos, el nombramiento de directivos y la adopción de decisiones relativas a inversiones mayores a 20 millones de euros en A requieren el 85% de los votos del consejo de administración. C vende su participación en A a B.
c) El mismo supuesto anterior pero, en este caso, es B quien vende su participación en A a C.
d) El mismo supuesto de b) pero no existe acuerdo parasocial entre B y C, y todas las decisiones en A se adoptan mediante mayoría simple de los votos del consejo de administración.

4. A lanza una OPA sobre B. La operación debe notificarse a la Comisión Nacional de la Competencia. ¿Cuál de las siguientes afirmaciones es incorrecta?

a) Antes de enviar la solicitud de autorización de la OPA a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, A debe notificar la operación a la Comisión Nacional de la Competencia.
b) A debe notificar la operación a la Comisión Nacional de la Competencia inmediatamente después (en un plazo máximo de cinco días) de presentar la solicitud de autorización de la OPA a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
c) La operación no puede ejecutarse hasta recibir la autorización de la Comisión Nacional de la Competencia a la operación notificada.
d) La responsabilidad de notificar la operación a la Comisión Nacional de la Competencia recae exclusivamente en A.

5. ¿Cuál de las siguientes afirmaciones es incorrecta?

a) La notificación de una concentración económica a la Comisión Nacional de la Competencia tiene efectos suspensivos salvo en los casos de las OPA.
b) Una operación entre dos empresas que no están activas en el mismo mercado puede constituir una concentración económica.
c) La Ley de Defensa de la Competencia prevé multas de hasta el 5% de la facturación de la compañía infractora, en caso de ejecución de una concentración económica sin esperar a recibir la autorización de la Comisión Nacional de la Competencia.

d) El plazo máximo para la aprobación, por parte de la Comisión Nacional de la Competencia, de las concentraciones económicas que no plantean problemas aparentes de competencia es de un mes.

6. ¿Cuál de las siguientes afirmaciones es incorrecta?

a) El procedimiento español de control de concentraciones se basa en un sistema de dos fases, según el cual las operaciones que no plantean problemas de competencia se autorizan durante la primera fase del procedimiento.
b) La autorización de una concentración económica puede someterse al cumplimiento de una serie de condiciones tanto de carácter estructural como de comportamiento.
c) Sólo las empresas notificantes de una operación tienen acceso al expediente de la Comisión Nacional de la Competencia.
d) La suspensión de la ejecución de una operación de concentración notificada a la Comisión Nacional de la Competencia puede levantarse, previa solicitud de las partes notificantes y valoración por parte de la Comisión del perjuicio que causaría la suspensión de la ejecución a las empresas partícipes en la concentración y del que la ejecución de la operación causaría a la libre competencia.

7. ¿Cuál de las siguientes afirmaciones es incorrecta?

a) La definición del mercado de producto relevante se basa, fundamentalmente, en la medición de la sustituibilidad entre dos productos desde el punto de vista del consumidor.
b) La definición del mercado relevante debe hacerse desde una doble perspectiva: de producto y temporal.
c) El concepto de mercado relevante, desde el punto de vista de las normas de defensa de la competencia, no coincide necesariamente con el concepto de mercado desde el punto de vista de la estrategia comercial de la compañía.
d) El análisis de las autoridades de defensa de la competencia, en el caso de concentraciones entre dos competidores, toma en consideración otros elementos además de la cuota de mercado de las compañías.

8. ¿Cuál de las siguientes afirmaciones es correcta?

a) Para que la Comisión Nacional de la Competencia valore las eficiencias alegadas por las empresas notificantes de una concentración empresarial, éstas únicamente deben demostrar que dichas eficiencias se materializan en un ahorro en los costes de producción.
b) Sólo las eficiencias basadas en ahorros de costes pueden ser valoradas por la Comisión Nacional de la Competencia.
c) Sólo las eficiencias alegadas por las partes notificantes de una concentración empresarial pueden ser valoradas por la Comisión Nacional de la Competencia.
d) La Comisión Nacional de la Competencia únicamente toma en consideración las eficiencias en concentraciones en las que se produce un solapamiento de actividades entre empresas.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. d

2. b

3. d

4. a

5. a

6. c

7. b

8. c