

Tema 7. Control de concentraciones

7.1 Introducción

A través del control de las concentraciones, las autoridades de competencia se dotan de un sistema preventivo que les permita controlar las modificaciones estructurales que se produzcan en el mercado como consecuencia de una concentración entre empresas y que podrían alterar la situación competitiva de manera contraria al interés general.

En este sentido, el documento *“Elementos esenciales de análisis de las concentraciones económicas por parte del Servicio de Defensa de la Competencia”* señala que:

“El objetivo último del control de concentraciones no consiste en impedir las decisiones empresariales que llevan al aumento del tamaño de los operadores o a la modificación de su estructura de control en respuesta a los cambios en los mercados, sino adoptar las medidas oportunas para que de ellas no se deriven efectos negativos para la competencia efectiva, para la competitividad empresarial, para el bienestar de los consumidores y, en definitiva, para el interés general”.

De lo anterior se pueden extraer las siguientes **conclusiones preliminares**:

- Las concentraciones entre empresas, como el resultado de la competencia dinámica en el mercado, son normalmente procompetitivas en la medida en que responden a la adaptación de las empresas a las modificaciones en el entorno competitivo;
- Sólo en estos casos, puede justificarse la intervención por parte de las autoridades de competencia, bien sujetando la autorización al cumplimiento de determinadas condiciones o compromisos, bien prohibiendo directamente la misma.
- Sólo en supuestos muy excepcionales, las concentraciones pueden presentar problemas, al suponer una *amenaza para el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado* o un refuerzo de la posición de dominio en un mercado (criterio mixto utilizado por las autoridades españolas).

7.2 La obstaculización a la competencia; el test comunitario

El Reglamento (CE) Nº 139/2004 señala que para garantizar un régimen de competencia no distorsionada en el mercado común en desarrollo de una política guiada por el principio de una economía de mercado abierta con libre competencia, el presente Reglamento debe permitir un control efectivo de todas las concentraciones desde el punto de vista de su efecto sobre la competencia en la Comunidad. En consonancia, el Reglamento (CEE) no 4064/89 estableció el principio de que una concentración de dimensión comunitaria que crease o reforzase una posición dominante a consecuencia de la cual se obstaculizase de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo debía declararse incompatible con el mercado común.

Habida cuenta de las consecuencias que las concentraciones pueden tener en estructuras de mercado oligopolísticas, resulta particularmente necesario preservar la competencia efectiva en estos mercados. Si bien muchos mercados oligopolísticos presentan un elevado grado de competencia, en determinadas circunstancias las concentraciones que implican la desaparición de importantes presiones competitivas que las partes en la concentración ejercían entre sí, así como una reducción de la presión competitiva sobre los competidores restantes, pueden, incluso en ausencia de la probabilidad de coordinación entre los miembros del oligopolio, llegar a ser un obstáculo significativo para la competencia.

Sin embargo, los Tribunales comunitarios no han interpretado expresamente, hasta ahora, que el Reglamento (CEE) no 4064/89 requiera que las concentraciones que dan lugar a estos efectos no coordinados sean declaradas incompatibles con el mercado común. Así pues, y en aras de la seguridad jurídica, debería aclararse que este Reglamento permite un control efectivo de tales concentraciones al establecer que toda concentración que obstaculice de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo debería declararse incompatible con el mercado común. El concepto de obstaculización significativa de la competencia efectiva establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 2 debe ser interpretado haciéndolo extensivo, más allá del concepto de posición de dominio, sólo a los efectos anticompetitivos de una concentración que resulten de un comportamiento no coordinado entre empresas que no tengan una posición dominante en el mercado relevante.

Los obstáculos significativos a la competencia efectiva se derivan de la creación o refuerzo de una posición dominante. A fin de preservar la orientación que cabe extraer de pasadas sentencias de los Tribunales europeos y de decisiones de la Comisión en relación con el Reglamento (CEE) no 4064/89 y mantener a la vez la coherencia con los estándares de perjuicio para la competencia aplicados por la

Comisión y los Tribunales comunitarios en relación con la compatibilidad de las concentraciones en el mercado común, el presente Reglamento debe en consecuencia consagrar el principio de que una concentración de dimensión comunitaria que obstaculice de forma significativa la competencia efectiva, en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular cuando ello resulte de la creación o refuerzo de una posición dominante, ha de ser declarada incompatible con el mercado común.

7.3. Normativa aplicable

a) Normativa comunitaria: En el ámbito comunitario, el régimen jurídico se contiene fundamentalmente en el **Reglamento 139/2004** del Consejo, de 20 de enero, sobre control de concentraciones¹; así como en el Reglamento 802/2004, de 7 de abril, de aplicación del anterior².

b) Normativa española: En el ámbito nacional, la normativa de control de concentraciones se contiene en la **Ley 15/2007**, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, la LDC) y en el RD 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, el Real Decreto), sobre control de concentraciones

c) Competencias

1. El Reglamento 139/2004 sobre concentraciones se basa en una delimitación de competencias entre la Comisión, a la que atribuye **de manera exclusiva la potestad para evaluar las concentraciones de dimensión comunitaria**, y las autoridades nacionales de defensa de la competencia, que evaluarán las operaciones de concentración de dimensión nacional (siempre que no tengan dimensión comunitaria).
2. Existen, no obstante, dos excepciones a este principio de competencia exclusiva, recogidas en el Reglamento 139/2004 (posibilidades de remisión):
 - La *Cláusula holandesa*: posibilidad de remitir una concentración de dimensión nacional a las autoridades comunitarias; y,
 - La *Cláusula alemana*: posibilidad de remitir (total o parcialmente) una concentración de dimensión comunitaria a las autoridades nacionales.

¹http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/oj/2004/l_024/l_02420040129es00010022.pdf

²http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/oj/2004/l_133/l_13320040430es00010039.pdf

7.4. Elementos determinantes en las operaciones de concentración

De acuerdo con la normativa de control de concentraciones, con carácter general se acepta que existe una operación de concentración cuando se produce **cualquier modificación estable de una estructura de control sobre una empresa o parte de una empresa**. Son pues tres los conceptos relevantes: control, modificación y estabilidad.

a) Noción de control

El concepto de control se define tradicionalmente como la capacidad de ejercer una influencia decisiva sobre la empresa en cuestión. Así, el concepto de control es un concepto amplio que abarca tanto las situaciones de control exclusivo como las de control conjunto.

En lo que se refiere al control exclusivo, los supuestos analizados no se limitan a la adquisición de un paquete mayoritario de los derechos de voto de una determinada sociedad sino que abarcan todas aquellas otras ocasiones en las que un determinado operador adquiere la posibilidad de *ejercer esa influencia decisiva sobre las actividades de la empresa*: por ejemplo, la adquisición de un paquete accionarial minoritario (5-10%), en una sociedad de capital muy disperso, que permita controlar los órganos de administración (supuestos de control de hecho – minoría cualificada). En este sentido, la Comunicación consolidada sobre jurisdicción en materia de control de concentraciones³:

“El control se define en el artículo 3(2) del Reglamento de Concentraciones como la posibilidad de ejercer una influencia sobre una empresa. Por tanto, no es necesario demostrar que la influencia decisiva es o será ejercida realmente. Asimismo, el artículo 3(2) establece que la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa podrá existir mediante derechos, contratos o por cualquier otro medio, ya sea por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las correspondientes consideraciones de hecho y de derecho. Por tanto, una concentración depende de una serie de circunstancias de hecho y de derecho, puede adoptar la forma de control exclusivo o conjunto, y extenderse a la totalidad o parte de una o más empresas (cf. artículo 3(1)(b) ”.

En este sentido, existe control conjunto cuando son dos o más los accionistas los que se tienen que poner de acuerdo para decidir sobre aquellos aspectos fundamentales que determinan la estrategia competitiva de la empresa. Es más, la

³ http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/jn_en.pdf

situación de control conjunto no requiere que exista un acuerdo expreso entre las entidades que ostentan dicho control para dirigir la compañía, sino que abarca incluso los casos de control negativo, vía derechos de veto. Así, cuando un accionista, por las razones que fueren, tenga la posibilidad (ni siquiera se exige que la ejerza) de vetar determinadas “*decisiones relevantes*” para la dirección y posicionamiento de la empresa, entonces se entenderá que dicho accionista sí tiene un control sobre esta (individual o conjuntamente).

En lo que se refiere a cuáles son las “*decisiones relevantes*” que determinan la existencia de control conjunto, el enfoque de las autoridades de competencia suele ser bastante flexible, en la medida en que se pretende adaptar a cada tipo de empresa y a cada sistema de adopción de acuerdos concreto.

Así, sin necesidad de entrar a analizar los diferentes criterios seguidos por las autoridades de competencia, baste señalar que la capacidad para influir – insistimos, de manera positiva o mediante un derecho de veto – en aquellas decisiones que afecten a cuestiones tan trascendentales como al Plan de Negocios o el Presupuesto Anual son consideradas como suficientes para determinar la existencia de una situación de control.

b) Modificación de la estructura de control de una empresa

La modificación en la estructura de control tiene lugar habitualmente en el caso de fusiones de empresas, así como en el caso de la adquisición de un paquete accionarial en una sociedad. No obstante, existen además **otros muchos supuestos** que pueden dar lugar a una operación de concentración económica como la transformación del control conjunto en control exclusivo (o *viceversa*) mediante la celebración de acuerdos entre los socios; la modificación del accionariado en casos de control en común de una empresa en participación ya existente; la desconcentración y la segregación de empresas; la adquisición del control por particulares o la compra de una empresa por sus directivos; etc.

Por otro lado, el concepto de empresa también se interpreta ampliamente – no se requiere la existencia de personalidad jurídica – por lo que entran dentro de la operación de concentración la adquisición de ramas de actividad o, incluso, de activos, que tengan entidad suficiente para ser percibidos como *empresas* en el mercado.

c) Exigencia de estabilidad en la modificación

Como se ha dicho anteriormente, no basta con que tenga lugar la modificación de la estructura de control, sino que esa modificación debe revestir un carácter permanente. Sin perjuicio de que no se ha dado una respuesta precisa sobre cuál es el plazo de tiempo que determina que una operación tenga carácter permanente,

de la práctica de la Comisión se puede inferir que ha considerado como tales aquellas operaciones que tengan un período superior a 3 años.

d) Caso particular: empresa en participación

Las empresas en participación constituyen un caso particular, en la medida en que la normativa sobre control de concentraciones no se aplica *prima facie* a todas las empresas en participación ("*joint ventures*"), sino únicamente a aquellas que desempeñen de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma, es decir, a aquellas empresas en participación que tengan la condición de empresas en participación con plenas funciones.

De acuerdo con la Comunicación consolidada sobre jurisdicción en materia de control de concentraciones, una empresa en participación tendrá la condición de empresa con plenas funciones si tiene:

- (i) vocación de **permanencia** en el mercado;
- (ii) **autonomía interna**, es decir, órganos de gestión, empleados y recursos propios para desarrollar la actividad empresarial de forma duradera; y
- (iii) **autonomía externa** o comercial de la empresa, es decir que cuenta con todos los recursos para operar de forma independiente en el mercado (un elemento significativo para determinar la autonomía externa es el peso específico de las compras o ventas de o a las matrices dentro de la actividad de la empresa en participación).

7.5. Los umbrales de notificación

Las operaciones de concentración sólo están sujetas a la obligación de notificación cuando superan determinados umbrales fijados en la legislación comunitaria y en las distintas legislaciones nacionales, umbrales relacionados normalmente con el volumen de facturación de las empresas afectadas.

a) Umbrales comunitarios

De acuerdo con el artículo 1 del Reglamento, una operación de concentración será de dimensión comunitaria cuando se cumplan cualquiera de los dos umbrales siguientes.

Primer umbral: (i) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5.000 millones de euros; (ii) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones

de euros; (iii) salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro.

Segundo umbral: (i) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 2.500 millones de euros; (ii) en al menos 3 Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros; (iii) en al menos 3 Estados miembros contemplados a efectos del apartado anterior el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos 2 de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros; (iv) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos 2 de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros; y (v) salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro.

b) Umbrales nacionales

Conforme al artículo 8 LDC, se habrán de notificar a las autoridades nacionales de competencia las operaciones de concentración que cumplan **con cualquiera** de los dos siguientes umbrales:

Primer umbral: Cuando se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por 100 del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional, o en un mercado geográfico definido dentro del mismo;

Segundo umbral: Cuando el volumen de ventas 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 ventas superior a 60 millones de euros.

c) Conceptos relevantes para el cálculo de los umbrales

De lo dispuesto en los apartados anteriores, se infiere la existencia de dos conceptos relevantes a la hora de determinar si se alcanzan o no los umbrales de notificación. El primero de ellos es el concepto de **empresa afectada**. A estos efectos, con carácter general se consideran empresas afectadas, las empresas adquirentes y la empresa adquirida. El vendedor no tiene tal consideración, salvo que mantenga el control en común con la empresa o empresas adquirentes. Y el otro concepto es el **volumen de negocios**. Por volumen de negocios, se entiende el importe neto de la cifra de negocios correspondiente a las actividades ordinarias

de las empresas afectadas. A este respecto, interesa señalar que cuando una de las empresas afectadas por la concentración pertenece a un grupo se tendrá en cuenta el volumen de negocios del grupo en su conjunto para determinar si se cumplen o no los umbrales.

7.6. Análisis de una operación de concentración

A) Delimitación del mercado relevante

La delimitación del mercado relevante – tanto de producto como geográfico – permite conocer las limitaciones que afrontan las empresas desde el punto de vista de la competencia, al posibilitar la identificación de aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva.

El **mercado de producto** comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos. El mercado **geográfico** comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevaecientes son sensiblemente distintas a aquéllas.

Para la delimitación del mercado de referencia, la Comisión considera que las empresas se ven sometidas a 3 fuentes principales de presiones: *sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial*. Desde una perspectiva económica, para la definición de mercado de referencia, la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios. Las presiones derivadas de la sustituibilidad de la oferta y de la competencia potencial son generalmente menos inmediatas y, en cualquier caso, requieren el análisis de otros factores. Por esta razón, estas presiones se contemplan en la fase de valoración del análisis de los asuntos de competencia.

B) Análisis de la afectación a la competencia

1) Estructura y características del mercado

Delimitado el mercado relevante, se procede a analizar como incide la operación de concentración en el mismo. Para ello, se analizan las características del

mercado, particularmente las cuotas de mercado y el grado de concentración del mismo, el poder compensatorio de la demanda y el alcance de las barreras de entrada.

Las **cuotas de mercado y el grado de concentración** del mercado proporcionan unas indicaciones preliminares de la estructura del mercado y de la importancia competitiva tanto de las partes de la concentración como de sus competidores. Para medir el grado de concentración del mercado, se suele aplicar el índice IHH, que se calcula sumando los cuadrados de las cuotas de mercado de cada una de las empresas presentes en el mismo.

El IHH otorga proporcionalmente un mayor peso a las cuotas de mercado de las empresas más grandes. Aunque lo ideal es incluir a todas las empresas en el cálculo, la falta de información sobre empresas muy pequeñas puede carecer de importancia ya que éstas apenas influyen en el IHH. Mientras que el nivel absoluto del IHH puede dar una indicación inicial de la presión competitiva en el mercado tras la concentración, un cambio en el IHH (denominado "delta") es un indicador del cambio en el grado de concentración del mercado directamente derivado de la operación.

Asimismo, se han de valorar los cambios que se producen como consecuencia de la operación en el grado de concentración del mercado. En segundo término, se analizará la situación de los competidores reales de los operadores y su capacidad para disciplinar la conducta de la empresa resultante de la concentración.

Téngase en cuenta que todo este análisis ha de ser **dinámico**, analizando la situación pasada y las perspectivas de desarrollo futuro. En este sentido y como principio general, se puede señalar que las operaciones de concentración plantearán más problemas en mercados maduros o de bajo crecimiento que en mercados de gran crecimiento (por ser un producto nuevo o por la existencia de innovación) o muy dinámicos (en los que las cuotas de mercado varían de manera considerable en el tiempo).

En todo caso, si bien las cuotas de mercado son el primer indicio a tener en cuenta a la hora de analizar los problemas derivados de una operación de concentración, no se pueden tomar como una referencia absoluta, existiendo multitud de otros factores relevantes a tener en cuenta: las características del mercado; la existencia de poder compensatorio de la demanda; y sobre todo la ausencia de barreras de entrada.

En cuanto a las **características del mercado**, ya hemos señalado que las consecuencias a extraer del análisis son muy diferentes si estamos ante mercados maduros o ante mercados de gran crecimiento. Por otro lado, hay que tener en cuenta la existencia de mercados en los que lo normal es que exista una situación de monopolio, bien porque se trate de un monopolio natural (i.e. la distribución eléctrica); bien porque se trate de mercados en los que la competencia se organiza *ex-ante* (mercados de subastas – *“the winner takes it all”*).

El **poder de negociación** de la demanda se puede definir como la capacidad de negociación comercial que tiene el comprador frente al vendedor gracias a su tamaño, a su importancia comercial desde la óptica del vendedor y a su capacidad para cambiar de proveedor. La importancia de este concepto deriva de que es posible que ni siquiera las empresas con cuotas de mercado muy altas estén, después de la concentración, en condiciones de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, en particular actuando en una medida apreciable con independencia de sus clientes si éstos disponen de poder de negociación.

Las **barreras de entrada** se pueden definir como todo lo que permita obtener beneficios extraordinarios sin la amenaza de competidores. El análisis de las barreras de entrada constituye uno de los elementos más importantes de la evaluación global de la situación competitiva, toda vez que cuanto más fácil resulte la entrada en el mercado más improbable es que una operación vaya a plantar un riesgo anticompetitivo importante. En esta sede, para que la entrada de nuevos competidores en el mercado pueda considerarse una presión competitiva suficiente sobre las partes de la concentración ha de mostrarse que dicha entrada es probable, que se producirá con prontitud y que será suficiente para disuadir o impedir los efectos anticompetitivos potenciales de la concentración.

2) Efectos anticompetitivos y eficiencias

Como se señalaba, las concentraciones pueden obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, en particular al crear o reforzar una posición dominante. Así, por ejemplo:

- Eliminando gran parte de la presión competitiva sobre una o varias empresas, que en consecuencia aumentarán su poder de mercado, sin necesidad de recurrir a un comportamiento coordinado;
- Modificando la estructura del mercado de forma que aumente la probabilidad de que empresas que no coordinaban sus comportamientos pasen a coordinarse;
- Creando o reforzando una posición de dominio, al conferir a una empresa un poder de control sobre los mercados ascendentes (insumos) o descendentes (distribución) en detrimento de sus competidores;

Por último, el análisis de competencia también exige tener en cuenta las eficiencias derivadas de una operación de concentración (aspectos positivos), las cuales deben beneficiar a los consumidores, ser inherentes a la operación de concentración y poder ser verificadas.

3) Tipos de concentraciones que pueden analizarse

Las concentraciones pueden ser clasificadas de acuerdo a los efectos que su realización produce en el mercado, de tal manera que podemos distinguir entre: concentraciones horizontales, verticales y de efecto conglomerado.

Se produce una **concentración horizontal** cuando las empresas afectadas en una concentración son competidores reales o potenciales en el mismo mercado/s relevante/s.

Las **concentraciones verticales** se producen cuando las empresas que se concentran operan en distintos niveles de la cadena de producción.

Finalmente las **concentraciones de efecto cartera o conglomerado**, son concentraciones en las que las empresas que se concentran operan en mercados estrechamente relacionados, por ejemplo, concentraciones que afectan a empresas que fabrican productos complementarios o a distintos productos, relativamente sustitutivos, de una misma gama.