



INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS
CENTRO DE POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

**EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN ESPAÑA:
UN NUEVO MARCO LEGISLATIVO PARA LAS EMPRESAS**

JOSÉ MARÍA BENEYTO

Nº 1 - 2001

JOSÉ MARÍA BENEYTO PÉREZ

**Catedrático de Derecho Internacional Público y
Cátedra Jean Monnet de Integración Europea**

Enero de 2001

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN

2. EVOLUCIÓN DE LAS CONCENTRACIONES Y NOTIFICACIONES EN ESPAÑA. REFERENCIA AL CONTROL EN EUROPA.

2.1. Causas del aumento de las notificaciones de operaciones de concentración.

a) Situación del mercado: mundialización de la economía y cooperación internacional.

b) Cambios legislativos: obligatoriedad de la notificación de concentración.

2.2. Evolución de las notificaciones al Servicio de Defensa de la Competencia. Comparación con la actividad de la Comisión.

3. LAS PRINCIPALES INNOVACIONES INTRODUCIDAS POR LA REFORMA EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES.

3.1. Delimitación del concepto de “concentración económica”.

3.2. Notificación obligatoria y autorización tácita.

3.3. Requerimiento de oficio por ausencia de notificación.

3.4. Ampliación a restricciones accesorias y remisión a acuerdo entre empresas.

3.4. Terminación convencional.

3.5. Intervención del Tribunal de Defensa de la Competencia en el procedimiento.

3.7. Competencia del Gobierno en el procedimiento.

3.8. Sanciones por incumplimiento.

3.9. Funciones del SDC y de su Director

4. CUESTIONES PLANTEADAS POR LA NOTIFICACIÓN A LA LUZ DE LA NORMATIVA COMUNITARIA.

4.1. Concepto de concentración y de empresas afectadas.

(i) *Adquisición del control exclusivo*

(ii) *Adquisición del control en común*

(iii) *Adquisición de control por una empresa en participación*

- (iv) Paso de control en común a control exclusivo y modificaciones en el accionariado de una empresa en participación con plenas funciones.*
- e) Otras formas de reestructuración societaria*

4.2. Cálculo del volumen de negocios.

4.3. Delimitación del mercado relevante.

4.4. Problemas prácticos de la notificación.

5. SOBRE LAS FORMAS DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

5.1. Terminación por aprobación incondicional en Consejo de Ministros

5.2. Autorización condicionada en Consejo de Ministros.

1. INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista del control de concentraciones, el año 1999 aportó importantes novedades legislativas en España, al entrar en vigor el Real Decreto-ley de 16 de abril, por el que se modificó la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, así como, pocos días antes de finalizar el año, y tras un trámite parlamentario no exento de vicisitudes y una Sentencia del Tribunal Constitucional que ha puesto radicalmente en cuestión el principio de competencia estatal exclusiva en materia de normativa concurrencial, la esperada reforma de la Ley¹.

Este nuevo contexto normativo español tiene lugar poco tiempo después de que el propio marco comunitario de control de concentraciones fuera modificado por el Reglamento 1310/97, y paralelamente a la profunda transformación del derecho de la competencia que propugna el Libro Blanco de la Comisión sobre modernización y descentralización de la política concurrencial, hecho público asimismo en 1999².

Estas modificaciones de la legislación tanto comunitaria como española no hacen sino avalar el acelerado aumento de operaciones de concentración que están teniendo lugar en los últimos años, así como la dimensión cada vez más central que las fusiones y adquisiciones han adquirido en unas estrategias empresariales crecientemente internacionalizadas y sometidas a influencias competitivas globales.

¹ Real Decreto-ley 6/1999 de 16 de abril, publicado en BOE 92 de 17 de abril de 1999. Ley 52/1999, de 28 de Diciembre, publicada en BOE 311 de 29 de diciembre de 1999.

² Reglamento CE 1310/1997, DOCE nº L 180 de 9 de Julio de 1997; *Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE*, Programa para la Comisión 99/027, aprobado el 28 de abril de 1999.

Así, en la Exposición de Motivos de la citada Ley 52/1999, de 28 de diciembre, se afirma que: “La profundización en el proceso de liberalización de los mercados que afronta la economía española hace necesario potenciar una política de defensa de la competencia, que garantice la efectividad del esfuerzo liberalizador, evitando que el comportamiento de los operadores económicos desvirtúe el adecuado funcionamiento de los mercados y prive a los consumidores de sus ventajas. Con este fin, (...) se fijó como uno de los objetivos prioritarios del Gobierno la reforma del sistema de defensa de la competencia, objetivo al que responde la presente Ley, que culmina el proceso de reforma iniciado con el Real Decreto-ley 6/1999 (...) en materia de control de concentraciones”.

La tendencia de los operadores económicos hacia la adquisición de mayor tamaño en el mercado por medio de fusiones, adquisiciones y “joint ventures”, se ha visto de esta manera compensada por un mayor control y participación en los procesos concentrativos de las autoridades competentes en la materia (el Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia en España; la Dirección General IV de la Comisión en la Unión Europea).

Dentro de la tendencia hacia un mayor control de las concentraciones económicas en España durante los últimos años -paralela al aumento de actividad concentrativa en el mercado y demandada desde ópticas muy distintas- (3), el primer elemento a resaltar es sin duda la trascendental novedad que supone la *notificación obligatoria* a partir de ciertos umbrales mínimos fijados por el legislador, quien en este, como en otros muchos aspectos ha seguido las pautas trazadas por la legislación comunitaria en la materia.

Del cambio hacia un sistema de notificación obligatoria, se derivan toda una serie de cuestiones que serán analizadas a su vez a la luz de las disposiciones y la práctica comunitarias, tales como la evaluación efectiva de la necesidad de

notificar o no notificar a partir del cálculo del volumen de negocios, los problemas prácticos que se pueden plantear a las empresas a la hora de notificar, o las consecuencias que cabe esperar del hecho de notificar.

Asimismo, y, una vez expuestos el contenido de la reforma en materia de control y notificación de concentraciones, teniendo en cuenta las perspectivas suministradas por la normativa comunitaria, nos detendremos brevemente en el análisis de las formas de terminación del procedimiento más habituales, destacando el papel que en el futuro han de desarrollar el procedimiento negociado y la autorización subordinada a la observancia de ciertas condiciones, cuestión de particular relevancia para el futuro.

2. EVOLUCIÓN DE LAS CONCENTRACIONES Y NOTIFICACIONES EN ESPAÑA. REFERENCIA AL CONTROL EN EUROPA.

2.1. Causas del aumento de las notificaciones de operaciones de concentración.

Se puede afirmar que el paulatino crecimiento de las operaciones notificadas responde a dos factores diferenciados:

a) Situación del mercado: mundialización de la economía y cooperación internacional.

Por una parte, se producen más notificaciones porque ha aumentado el número de operaciones concentrativas en el mercado, impulsadas a nivel mundial por la globalización de la economía, que demanda mayor tamaño de las empresas,

por la situación de determinados mercados en expansión, como los de nuevas tecnologías, y, en Europa adicionalmente por la introducción del euro.

La mundialización permite aprovechar las economías de escala dado que el aumento del ámbito de actuación comporta previsiblemente un ahorro de costes y una consolidación de mercados. A su vez, el incremento de las fusiones y adquisiciones de empresas demanda un desarrollo de las normas supranacionales de control de la competencia y una mayor colaboración entre Estados. De hecho, una de las áreas de mayor expansión dentro de la DG IV en los últimos años han sido justamente sus relaciones internacionales y la necesidad de coordinar la política comunitaria de control de concentraciones con las normas nacionales de los Estados miembros. A este fin responde el mecanismo de remisión del artículo 9 del Reglamento CE 4064/89³ (reformado por el 1310/97 cit.sup.), que, por ejemplo, ha permitido a la Comisión durante el año 1999 remitir a las autoridades españolas el examen de la adquisición por el Grupo *Heineken* del Grupo *Cruzcampo*⁴.

Un ejemplo claro de la cooperación internacional, por otra parte, son los llamados acuerdos de “cortesía activa” y “cortesía tradicional” de los años 1991 y 1998 con los EEUU, que, aunque en ocasiones no han evitado controversias o decisiones contradictorias (caso *Boeing/MDD*), en otros momentos han sido de gran utilidad, como en el asunto *WorldCom/MCF*.

³ Reglamento CEE n° 4064/89 del Consejo de 21 de diciembre de 1989 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas; DOCE n° L 257 de 21 de septiembre de 1990.

⁴ Caso n° IV/M.1555- Heineken / Cruzcampo; Decisión en virtud del artículo 9.3 de 17 de agosto de 1999. Esta operación de concentración tiene su origen en el intento de adquisición por parte de HEINEKEN (que en España actúa a través de su filial EL ÁGUILA,S.A) del 88'21% del grupo británico DIAGEO, lo que implicaba la adquisición del 10'53% de las acciones de CRUZCAMPO. Otros casos relevantes han sido la remisión de parte del Asunto IV/M 1060 Vendex/KBB a los Países Bajos; o la del asunto KRAUSS MAFFEI /WEGMANN IV/M 1153 a Alemania en lo referente a vehículos militares blindados.

⁵ Así lo afirmaba el Comisario Karel von Miert en la Introducción al Informe de Política de Competencia de la Comunidad Europea correspondiente al año 1998.

Finalmente, de manera principal para Europa, pero también con consecuencias significativas sobre el resto del mundo, la introducción y generalización del uso del euro a partir del 2001/2002 favorecerá claramente las fusiones y adquisiciones transfronterizas, al eliminarse el riesgo de tipo de cambio, reducirse los costes de transacción resultantes de los cambios de divisa, y verse incrementada la transparencia de precios. Estos factores previsiblemente dificultarán los intentos de compartimentación de los mercados mediante la fijación de diferencias de precios artificiales.

b) Cambios legislativos: obligatoriedad de la notificación de concentración.

De acuerdo con el artículo 14 del Real Decreto-ley, la notificación de la concentración al Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) pasa a ser obligatoria, cuando se cumpla, alternativamente, alguno de los siguientes umbrales:

(i) cuando se adquiera por la concentración más de un 25% de cuota del mercado nacional, o de un mercado geográfico o de producto definido; o

(ii) cuando el volumen de ventas de todos los partícipes se eleve por encima de 40.000 millones de pesetas en el último ejercicio contable, y siempre que al menos dos de los intervinientes, individualmente, superen los 10.000 millones de volumen de ventas en España.

La reforma española ha introducido, siguiendo el esquema adoptado por la normativa comunitaria en materia de concentraciones, un criterio de diferenciación basado en umbrales cuantitativos. Así, la obligación de notificación no afecta a aquellas operaciones de concentración que estén sometidas al ámbito de aplicación del Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo, modificado por el

Reglamento 1310/97, según el cual la dimensión comunitaria se define en virtud de los siguientes parámetros:

(i) el volumen de negocios a nivel mundial de las empresas que se concentran debe superar los 5000 millones de Euros,

(ii) siempre que al menos dos de ellas realicen individualmente en la UE más de 250 millones de Euros. Asimismo están sometidas al ámbito comunitario aquellas operaciones en que las empresas tuvieran una cifra de negocio mundial de 2.500 millones de Euros y existan ventas totales de más de 100 millones de Euros en cada uno de por lo menos tres países miembros, ventas individuales de al menos 25 millones de Euros dentro de esos tres países realizadas por, al menos, dos empresas, o ventas individuales en la Comunidad de al menos 100 millones de Euros de por lo menos dos empresas.

Ambos umbrales tienen la excepción de que cada una de las empresas realice más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro, en cuyo caso contrario conocerán las autoridades de este Estado.

2.2. Evolución de las notificaciones al Servicio de Defensa de la Competencia. Comparación con la actividad de la Comisión.

El número de expedientes iniciados mediante notificación –ya sea voluntaria u obligatoria, en función de la reforma introducida por el RDL 6/1999- en virtud de los artículos 14 y 15 de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, “LDC”), ha sido en 1999 de cuarenta y dos, confirmando la tendencia ascendente de la última década. Pero resulta evidente que, si bien durante los últimos años, el aumento de notificaciones se debía a la razón puramente

cuantitativa de la “oleada de fusiones” originada a partir de 1996, el récord de 1999 responde fundamentalmente al carácter obligatorio de las notificaciones de concentraciones que superen los nuevos umbrales:

Notificación de concentraciones en España⁶

	Expedientes notificados	Expedientes iniciados de oficio	Expedientes remitidos al TDC	Expedientes previos a la iniciación de oficio	Acuerdos Consejo de Ministros
1990	8	0	3	0	3
1991	11	0	0	0	1
1992	18	0	7	0	8
1993	15	1	4	1	3
1994	13	0	1	16	2
1995	20	0	5	8	5
1996	23	0	2	27	-
1997	19	0	7	27	3
1998	31	0	5	24	5
1999	42	0	6	-	9
TOTAL	200		40		39

Esta evolución ascendente del control de concentraciones en España es, asimismo, un reflejo de la tendencia europea hacia el incremento de las notificaciones y decisiones de la Comisión. En Europa se ha pasado de 12 notificaciones en 1990, primer año de la entrada en vigor del Reglamento Comunitario, a 235 en 1998, resolviéndose en un solo año 238 asuntos, pues algunos venían acumulados del ejercicio anterior:

⁶ Fuente: Servicio de Defensa de la Competencia. Informes anuales de 1996, 1997, 1998. Datos de 1999 a través de la página web del Ministerio de Economía y Hacienda: ‘www.meh.es’.

Notificación de concentraciones en Europa

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
Notificaciones	60	58	95	110	131	172	235
Decisiones finales de la Comisión (Reglam.4064/89)	61	57	91	109	125	142	238

Fuente: XVIII Informe de la Política de la Competencia de la Comisión Europea -1998.

Desde un punto de vista práctico, se puede observar que la Memoria de Actividades del Servicio de Defensa de la Competencia (“SDC”) de 1998, reflejaba que la mayoría de las concentraciones respondieron a adquisiciones (en torno al 74%), mientras que los porcentajes para supuestos de empresas en participación y fusiones fueron menores (un 16’13% y 3’23%, respectivamente). El año anterior, sin embargo, hubo más adquisiciones (un 84%), por sólo un 5’26% de “joint ventures” y un 10% de fusiones.

En todo caso, se observa que la tipología de concentración preponderante es la ejercida por medio de adquisición. Así lo demuestra el año 1999, que vuelve a ser de predominio total de las adquisiciones (sobre el 78%). La relativa escasez de empresas en participación bien puede responder a que los mecanismos y alcance pro o anti-competitivo de las “joint ventures” siguen siendo relativamente poco conocidos en España. En Europa, sin embargo, el tipo de operación notificada más extendido es precisamente el de creación de empresas conjuntas⁷.

En cuanto a los sectores afectados, los más habituales son los de distribución comercial, electrónica y material eléctrico, papel, industria química, telecomunicaciones...

⁷ Así se refleja en el gráfico de “distribución por tipos de operaciones (1992-1998), en la página 71 del Informe de Política de la Competencia en la Comunidad Europea de 1998, donde las operaciones referidas a empresas de participación-control conjunto son un 48%, por un 38% de toma de participación mayoritaria, y un 8% de OPAs.

Ya hoy y en un futuro inmediato empiezan a destacar las notificaciones en materias relacionadas con el comercio electrónico, las telecomunicaciones y las nuevas tecnologías, con “megafusiones” como las de *Olivetti-Telecom Italia*, *ATT-MediaOne*, *Vodafone-Airtouch* o las más recientes *AOL - Time Warner*, *Warner Music – EMI*, *Vodafone-Mannesmann*, o la amplia alianza en negocios específicos entre *Telefónica* y *el BBVA*.

Se demuestra que las fusiones y concentraciones empresariales han pasado a ser un instrumento estratégico de primer orden en el contexto económico internacional y doméstico.

3. LAS PRINCIPALES INNOVACIONES INTRODUCIDAS POR LA REFORMA EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES.

Junto a la notificación obligatoria y los nuevos umbrales señalados en el epígrafe anterior, la reforma de la Ley a través del Real Decreto-ley 6/1999 ha introducido las siguientes novedades relevantes:

3.1. Delimitación del concepto de “concentración económica”.

El concepto de “concentración económica”, que en la redacción del antiguo art. 14 no se hallaba definido (el tenor literal de la Ley hablaba de “operación de concentración de empresas o de toma de control de una o varias empresas”) se delimita ahora sobre la base de la normativa y la jurisprudencia comunitarias, y comprende todas aquellas operaciones “que supongan una modificación estable de la estructura de control de las empresas partícipes mediante:

(a) La fusión de dos o más empresas anteriormente independientes;

(b) La toma de control de la totalidad o de parte de una empresa o empresas mediante cualquier medio o negocio jurídico;

(c) La creación de una empresa en común y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una empresa, cuando ésta desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no tenga por objeto o efecto fundamental coordinar el comportamiento competitivo de empresas que siguen siendo independientes”.

3.2. Notificación obligatoria y autorización tácita.

El artículo 15 establece la obligación de la notificación de las operaciones comprendidas dentro del ámbito del artículo 14, notificación al SDC que ha de producirse con carácter previo a la operación, o hasta un mes después de la conclusión del acuerdo de concentración. Sin embargo, como en la antigua Ley, y en contra del criterio comunitario, la notificación sigue sin ser suspensiva de la ejecución de la concentración, lo que en principio podría resultar coherente con un sistema en el que se ha querido primar las técnicas de consulta previa, terminación convencional y autorización condicionada.

Cabe asimismo recordar que, antes de la reforma, el plazo de notificación voluntaria que se contemplaba era sólo de hasta tres meses después de haberse realizado la operación. Al haberse pasado de un régimen de notificación voluntaria a un régimen de notificación obligatoria, ahora no existe ningún plazo para notificar después de realizada la operación, por entender que el requerimiento de oficio en caso de no notificación, como en el sistema comunitario, no está sujeto a plazos de caducidad. Aunque no se especifican en la nueva redacción de

la Ley los sujetos que deben notificar (antes, una o varias de las empresas partícipes), se entiende que pueden hacerlo una o varias de las empresas que son parte de la concentración, de forma separada o conjunta.

La *autorización tácita* en este primer estadio se regula en el artículo 15 bis, 2, del que se deriva que la Administración no se habrá opuesto a la operación si transcurrido un mes desde la notificación al Servicio, no se hubiera remitido la misma al Tribunal.

Una diferencia importante respecto al régimen anterior es que el hecho de la notificación (aunque no su contenido) se debe hacer ahora público inmediatamente, cuando anteriormente era confidencial, al menos hasta la publicación oficial de la decisión. Se ha introducido asimismo una modificación en el nuevo artículo 15.4 por la que se prevé la posibilidad de consulta previa al SDC sobre si la operación supera los umbrales del 14.1. Tal consulta suspende el plazo de un mes para la notificación, hasta que las partes obtengan respuesta a la consulta.

3.3. Requerimiento de oficio por ausencia de notificación.

El artículo 15 bis, 4º regula el supuesto de no notificación de una concentración que sobrepase los umbrales del artículo 14. En tal caso, el SDC podrá de oficio requerir a las partes para que notifiquen en un plazo no superior a 20 días desde la recepción del requerimiento. Si no se presenta en plazo la notificación, se producen las consecuencias del artículo 18.2, una sanción impuesta por el Director del Servicio de hasta 2.000.000 de pesetas por día de retraso en la notificación cuando ésta haya sido requerida por el Servicio. Además, las operaciones que tengan que ser notificadas a requerimiento del SDC no podrán gozar del privilegio de la autorización tácita.

3.4. Ampliación a restricciones accesorias y remisión a acuerdo entre empresas.

La reforma ha recogido explícitamente la práctica comunitaria sobre restricciones accesorias, al establecer en el art. 15 bis, 5 que “podrán entenderse comprendidas dentro de la operación determinadas restricciones a la competencia accesorias, directamente vinculadas a la operación y necesarias para su realización”.

Asimismo, se regula la posibilidad de que la operación –notificada en plazo o no notificada- no reúna todas las condiciones de una concentración, y que por tanto pueda ser analizada como acuerdo entre empresas, sometido al art. 3 de la Ley y al procedimiento del art. 38, que excluye en todo caso la autorización tácita.

3.5. Terminación convencional.

El Artículo 15, ter de la reforma recoge una práctica análoga a las autorizaciones condicionadas, pero con carácter previo a la remisión del expediente al Tribunal (TDC), lo que supone una importante novedad. Esta situación se produce cuando una operación de concentración que no supone en sí la creación o el reforzamiento de una posición de dominio, puedan derivarse obstáculos a la competencia que sean “fácilmente subsanables”. El Ministro de Economía y Hacienda, previo informe del SDC, puede solicitar de las partes a estos efectos la presentación de compromisos o modificaciones de la operación. Las partes no gozarán del beneficio de la autorización tácita y deberán contestar en el plazo de un mes. A la vista de los compromisos presentados por las partes, y previo informe del SDC, el Ministro podrá decidir entre autorizar la concentración o remitir el expediente al TDC.

Con esta modalidad parece que se pretende dotar de mayor flexibilidad y rapidez al procedimiento. Pero la formulación legal puede presentar problemas, porque no delimita estrictamente el concepto de “creación o reforzamiento de una posición de dominio”, que debe ser apreciada por el Ministro, observándose también que se exigen dos informes del SDC, sin aclarar el plazo para los mismos.

3.6. Intervención del Tribunal de Defensa de la Competencia en el procedimiento.

El artículo 15 ter reitera que una vez remitido el Informe al Tribunal, el TDC dispone de tres meses para emitir su dictamen. Pero, frente a la versión antigua de la Ley, la reforma no recoge la consecuencia de la autorización tácita para el caso de no emisión de dictamen por el TDC en esos tres meses (el antiguo art.15.4 afirmaba que se entendía que la Administración no se oponía a la concentración si el TDC no emitía el dictamen previsto en el plazo de tres meses). Esto se soluciona de forma poco satisfactoria, como veremos enseguida, en el nuevo artículo 17, pues aunque ahora se prevé la autorización tácita para el caso de que el Consejo de Ministros no se haya pronunciado en el plazo de tres meses tras recibir el informe del Ministro de Economía y Hacienda, ello no equilibra completamente la ausencia de la posibilidad de autorización tácita por parte del Tribunal.

Otra novedad en la actuación del TDC se refiere al análisis que deberá efectuar el TDC en los casos de empresas en participación, en que se tendrán especialmente en cuenta los posibles efectos restrictivos de la competencia derivados de la presencia de la empresa participada y de las matrices en un mismo mercado o en mercados ascendentes, descendentes o próximos (artículo 16.2).

Por último, en un deseo de dotar de mayor transparencia a la decisiones del TDC, el artículo 16.3 establece que el contenido del informe será público, pero únicamente una vez que el Consejo de Ministros adopte su decisión sobre la operación.

3.7. Competencia del Gobierno en el procedimiento.

El TDC remitirá su dictamen al Ministro de Economía y Hacienda, quien lo elevará al Gobierno, para que en un plazo máximo de tres meses éste pueda decidir entre (i) no oponerse a la operación de concentración, (ii) subordinar su apreciación a la observancia de condiciones que compensen en forma suficiente los efectos restrictivos sobre la competencia de la operación, ó (iii) establecer el efecto concentrativo negativo de la operación.

El efecto de la declaración de improcedencia de la concentración por parte del Gobierno puede llevar a que se prohíba la concentración, si no se había iniciado la misma, o bien a ordenar las medidas apropiadas para el establecimiento de la competencia efectiva, incluida la desconcentración. Dentro de la opción de desconcentración, se incluye ahora “la cesación de control”, que en la redacción antigua aparecía como una alternativa diferenciada de la reversión de la operación. En todo caso, la desconcentración debe entenderse referida a cualquiera de las modalidades incluidas en la definición del artículo 14.

El último párrafo del artículo 17 establece que, si transcurren tres meses desde que se reciba el dictamen del Tribunal, sin que el Consejo de ministros hubiere adoptado su decisión, la operación se entenderá autorizada tácitamente. Lo mismo sucede también para aquellos casos en los que caduque el plazo de tres meses previstos para que el Tribunal emita su dictamen, y en el nuevo plazo de tres meses posteriores el Consejo de Ministros no hubiere adoptado su decisión.

Este régimen introduce dos novedades procedimentales importantes respecto a la normativa anterior. Por una parte, ahora puede autorizarse tácitamente la operación en dos supuestos distintos: a) si transcurre un mes sin que el SDC remita el expediente al TDC, salvo que el SDC haya solicitado de oficio la iniciación del expediente, en cuyo caso se pierde esta posibilidad; y b) si transcurren seis meses desde que el expediente entra en el TDC (siete en total desde la notificación) sin que haya adoptado su decisión el Gobierno.

En todo caso, hay que esperar la decisión del Gobierno (o la ausencia de dicha decisión) para que se dé por concluido el procedimiento. Frente al sistema anterior, el régimen de notificación obligatoria no permite ahora la conclusión por autorización tácita del TDC. Es el Gobierno quien tiene la última palabra, con lo que se ha visto reforzada la intervención gubernamental.

3.8. Sanciones por incumplimiento.

Mientras que en la anterior redacción de la Ley, las sanciones se imponían exclusivamente como resultado de no cumplir con las decisiones de condicionamiento o de desconcentración, la nueva normativa introduce multas de hasta cinco millones de pesetas ya para el caso de incumplimiento de la obligación de notificar, además de una sanción de hasta dos millones de pesetas *por día* de retraso en no cumplir con el requerimiento de notificación realizado de oficio. En ambos casos, dichas sanciones podrán ser impuestas por el Director del SDC, sin que se especifiquen los criterios de cuantificación, lo que en principio otorga una amplia discrecionalidad. Además, el Director puede imponer, como ya hemos

citado anteriormente, hasta 2.000.000 de sanción por día de retraso en la notificación requerida conforme al 15, bis 4º⁸.

Por otra parte, se detalla el contenido del antiguo artículo 18 en el nuevo 18.3, al añadir a la anterior redacción que el SDC “vigilará la ejecución y cumplimiento de los acuerdos del Consejo de Ministros”. Las multas a imponer por el SDC en caso de incumplimiento de la decisión del Gobierno, que pueden alcanzar, como en la anterior regulación, el 10% del volumen de ventas de cada una de las empresas afectadas, se concreta ahora que se refieren al “ejercicio en que se hubiera producido la operación de concentración”.

3.9. Funciones del SDC y de su Director

El Real Decreto-ley refuerza las facultades del SDC y del Director General de la Competencia. En lo que hace referencia a las concentraciones, además de las funciones relacionadas con el procedimiento de notificación, se ha conferido al SDC la función de colaborar con la Administración española y la Comisión europea para la aplicación en España de la normativa comunitaria de la competencia (nuevo apartado g) del artículo 31), y la función de cooperar con organismos extranjeros e instituciones internacionales en materia de competencia. Además, el Director del Servicio goza de amplias facultades consultivas e informativas plasmadas en el nuevo artículo 31 bis.

En resumen, e independientemente de las matizaciones que puedan realizarse, las reformas apuntadas, si se llevan correctamente a cabo, supondrán

⁸ Ya en el año 1998 la Comisión Europea impuso la primera multa a una empresa por no notificar a tiempo una operación de concentración y llevarla a cabo sin autorización de la Comisión (Asunto IV/M.920 *Samsung-AST Research*). La multa fue de 33.000 euros (unos cinco millones de pesetas).

una serie de consecuencias para los operadores económicos, entre las que cabe resaltar las siguientes:

- (i) Una mayor seguridad para los operadores económicos y un mayor control del mercado, al ser obligatoria la notificación de la concentración a partir de ciertos umbrales.
- (ii) Un procedimiento más sumario y flexible, que beneficiará a las empresas notificantes al poder incluso someter la operación a la condición suspensiva de la conformidad de la misma por las autoridades de la competencia, sin que ello suponga una dilación importante de la operación;
- (iii) Mayor control, participación y autonomía del Servicio de Defensa de la Competencia a través del procedimiento de terminación convencional, en línea con la autonomía y el poder de negociación de los que tradicionalmente ha gozado la “Merger Task Force” de la Comisión.
- (iv) Una mayor presencia y control del Gobierno sobre las operaciones de concentración, a través del mecanismo de la decisión obligatoria del Consejo de Ministros en la gran mayoría de los casos (con la excepción de las notificaciones voluntarias que no sean transmitidas al TDC), y de la mayor flexibilidad que otorga la generalización del procedimiento de autorización condicionada.

4. CUESTIONES PLANTEADAS POR LA NOTIFICACIÓN A LA LUZ DE LA NORMATIVA COMUNITARIA.

4.1. Concepto de concentración y de empresas afectadas.

Toda una serie de cuestiones que plantea la nueva normativa española de concentraciones pueden ser interpretadas, de acuerdo con la práctica habitual del SDC y del TDC, a partir de la correspondiente legislación y práctica comunitaria. Las Comunicaciones de la Comisión sobre los conceptos de “concentración” y de “empresas afectadas” que aparecen en el Reglamento 4064/1989, ambas de 2 de marzo de 1998⁹, pueden ayudar a delimitar esta cuestión inicial. Tal y como afirma la primera Comunicación citada, su objeto es permitir a las empresas determinar con mayor rapidez (y antes de entrar en contacto con los servicios de la Comisión) si, y en qué medida, sus operaciones quedan sometidas al control comunitario de las operaciones de concentración.

Es claro que el concepto de concentración implica necesariamente que la operación que se lleve a cabo suponga una modificación permanente de la estructura de las empresas participantes. Y ésta última a su vez sólo se produce cuando dos empresas anteriormente independientes se fusionan o cuando se adquiere el control sobre la totalidad o parte de una empresa. Sobre esta base, la Comisión elabora una noción de concentración en la que da preferencia a los criterios cualitativos sobre los cuantitativos, y donde el efecto concentrativo puede manifestarse por vehículos jurídicos o a través de una situación concentrativa de hecho.

⁹ *Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento CEE n° 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas y Comunicación de la Comisión sobre el concepto de empresas afectadas con arreglo al Reglamento CEE n° 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas.* DOCE n° C66, de 2 de marzo de 1998.

Así, en las adquisiciones articuladas a través de una fusión por absorción o una fusión por constitución de una nueva sociedad, la Comisión considera que en estas operaciones las dos empresas anteriormente independientes forman una sola y dejan de existir como entidades jurídicas diferenciadas, con lo que el efecto concentrativo es palpable. Pero la Comisión va más allá, y entiende que la operación también es concentrativa en aquellos supuestos en los que dos o más empresas autónomas establecen mediante contrato una gestión económica conjunta. La existencia de una gestión económica única y permanente genera una concentración *de facto*, que deberá ser notificada. Dado que el contrato entre las empresas puede ser estrictamente privado, y éstas quizá opten por no hacer pública la alianza, la Comisión considera que determinadas situaciones pueden ser *prima facie* pruebas de la integración realizada, como por ejemplo, (i) la compensación de créditos o la compensación interna de pérdidas y ganancias –en definitiva, la existencia de cuentas consolidadas-, (ii) la adquisición cruzada de participaciones sociales entre las empresas sujetas al pacto, o (iii) la responsabilidad solidaria frente al exterior.

Por otra parte, la concentración también puede producirse cuando una o más empresas adquieren el control de forma individual o conjunta sobre otra u otras empresas, o sobre ramas de actividad de las mismas, sin que quepa confundirla mera reestructuración interna de un Grupo con una adquisición de control. Esta confusión fue la que se produjo en el expediente N-004/99 de notificación al SDC, que tenía su base en la reestructuración interna del grupo de empresas perteneciente a *Agfras Holding* como resultado de la adquisición por *Allianz AG* de *AGF*, notificada a la Comisión y en la que el SDC confirmó que no se cumplía lo previsto en el artículo 14.2 de la Ley 16/1989, esto es, que la operación no suponía una modificación estable de la estructura de control de las empresas partícipes.

Es interesante también tener en cuenta que el Reglamento y las Comunicaciones no distinguen entre el sector público y privado a la hora de evaluar las concentraciones. Se plantea así la posibilidad de que ambas empresas partícipes sean propiedad del Estado o del mismo ente público. En este caso se hablará de concentración cuando las empresas formen parte de entidades económicas distintas con poder de decisión autónomo.

Un segundo bloque de problemas se plantean también, tanto en la práctica comunitaria como en la española, a la hora de definir lo que debe entenderse por las “empresas afectadas” que deben realizar la notificación. Las empresas afectadas son las que participan directa o indirectamente en la operación de fusión o adquisición de control, ya sea en este último caso mediante contrato o por cualquier otro medio (punto 5 de la Comunicación). Sólo a partir de la delimitación de cuáles son las empresas afectadas se puede calcular el volumen de negocios para determinar la jurisdicción competente, comunitaria o española. Y en este sentido es esencial recordar que cuando las empresas inicialmente afectadas pertenezcan a un Grupo de empresas, habrá de incluirse el volumen de negocios para esa actividad de todo el Grupo. El concepto de “volumen de negocios de las empresas afectadas” del Reglamento 4964/89 debe por tanto interpretarse expansivamente.

La delimitación de las empresas afectadas puede plantear dudas en algunos tipos de operaciones:

(i) *Adquisición del control exclusivo*

Esta modalidad no plantea problema alguno si se trata de la adquisición de la totalidad de una empresa. Sin embargo, cuando se refiere a la adquisición de parte de una empresa, conviene puntualizar que sólo se

considerarán *afectadas* las partes efectivamente sujetas a la transacción. “Partes” pueden ser filiales, activos concretos –incluidas marcas o derechos de propiedad industrial-, una rama de actividad, etc. siempre que se les pueda atribuir claramente un volumen de negocios en el mercado. Podemos citar ejemplos recientes que ilustran lo anterior acaecidos en 1999, como la adquisición por *Dana* del negocio de árboles de transmisión medios y pesados de *GKN*, o la adquisición por parte de *Xerox España, S.A.* de los activos de la división de imagen e impresión en color de *Tektronix Española, S.A.* (expedientes 38 y 32 del SDC, respectivamente).

En ocasiones se adquiere el control exclusivo sobre una empresa a través de una filial cuya matriz pertenece a un gran Grupo. Este es el caso de la adquisición por la división *SYNETIX* perteneciente a la empresa alemana *Unichema Chemie GmbH* del negocio mundial de catalizadores utilizados en las industrias de aceite comestible y oleoquímica propiedad de la empresa alemana *Celanese Chemicals Europe GmbH*, que se notificó al SDC en España en lo concerniente a activos españoles (expediente N-031 de 12 de noviembre de 1999), o de la adquisición por *Medtronic*, a través de su filial al 100% *MXS Merger Corp.*, de la totalidad del capital de *Xomed Surgical Products*, constituyendo la nueva empresa *Somed Surgical Products, Inc.*

Un caso que aúna todas las formas de adquisición de control anteriores es la adquisición en España de la sociedad *Editorial Aranzadi, S.A.* por la sociedad *AT&T Publicaciones Profesionales*, filial de *The Thomson Corporation*, a través de la sociedad *Thomsom Cruppon* (expediente 11/1999 del SDC).

En estos casos, las empresas afectadas son la filial y la adquirida, aunque la notificación pueda realizarla la matriz. De hecho, las posibles consideraciones en torno a la identidad y la autonomía de la filial y la matriz

como unidad económica única u operadores diferenciados quedan relegadas a un segundo plano, pues, como hemos visto anteriormente, el Reglamento establece que a efectos del cálculo del volumen de negocios se tendrá en cuenta el conjunto del volumen de negocio de todo el Grupo para esa actividad concreta.

(ii) Adquisición del control en común

Si lo que se adquiere es el control de una empresa de nueva creación, las empresas afectadas son las que la adquieren, pero no la nueva empresa, a la que aún no se le puede atribuir un volumen de negocios propio. Evidentemente, si la empresa cuyo control se adquiere ya existía, también se la considerará como empresa afectada.

Un caso particular dentro de esta modalidad es la unión de dos empresas para adquirir otra y repartirse proporcionalmente los activos adquiridos. En este caso no hay concentración de poder económico, pues en puridad los bienes adquiridos se controlan en común durante el breve lapso que media entre el otorgamiento de una escritura y la siguiente. Más complejidad puede plantear la situación en la que la distribución de los activos no se realice de forma proporcional.

(iii) Adquisición de control por una empresa en participación

En los supuestos de adquisición del control a través de una *joint venture*, lo determinante es concretar si la empresa adquirente es efectivamente la empresa en participación, o si lo son las dos empresas matrices. Cuando quien realice la adquisición sea una empresa en

participación con funciones plenas¹¹, serán empresas afectadas tanto ella como la adquirida.

Sin embargo, cuando la empresa en participación haya sido creada como mero vehículo para la adquisición, se considerarán empresas afectadas la adquirida y las dos matrices. Estos casos de constitución para llevar a cabo una adquisición entiende la Comisión que pueden responder a la intención de eludir la pertinente notificación, sobre todo si se demuestra que la empresa conjunta no tiene actividad, o realiza un volumen de negocios anormalmente reducido.

En los supuestos de empresa en participación con plenas funciones, es fácil comprobar si la adquisición comporta una diversificación sustancial de su actividad habitual, lo que viene a ser un indicio de la intervención de las matrices¹².

En general, existe la presunción de que son las matrices las que realmente están adquiriendo la empresa *target* a través de una empresa en participación cuando, por ejemplo, la *joint venture* se crea específicamente para adquirir la empresa (ésta aún no ha empezado a funcionar –y por tanto no ha demostrado su autonomía); o cuando las matrices son las verdaderas artífices de la operación, lo que se aprecia sobre todo en el hecho de que la

¹¹ Sobre este concepto, vid. *Comunicación de la Comisión relativa al concepto de empresa en participación con plenas funciones con arreglo al Reglamento CEE n° 4064/89 del Consejo*, DOCE n° 66, de 2 de marzo de 1998.. Esta Comunicación ha venido a superar la tradicional clasificación de las empresas conjuntas entre “cooperativas” y “concentrativas”, considerando como empresas en participación con plenas funciones a todas las que desempeñen con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente.

¹² Por ejemplo, Asunto IV / M.102 TNT / Canadá Post y otros, de 2 de diciembre de 1991, en el que se pretendía adquirir el control conjunto de una empresa en participación (JVC) por otra empresa en participación, CD NET BV, y TNT Ltd. La Comisión apreció que la empresa en participación adquirente era un mero vehículo para unificar la actuación de las cinco administraciones de correos que la integraban, con el fin de impedir que TNT ejerciera un control exclusivo de hecho.

empresa objeto de la adquisición tenga una actividad sustancialmente diversa de la empresa en participación (distinto mercado de producto).

(iv) Paso de control en común a control exclusivo y modificaciones en el accionariado de una empresa en participación con plenas funciones.

Cuando una de las partícipes en la empresa común adquiere todas las participaciones, la Comisión entiende que se produce un cambio duradero en la estructura de las empresas afectadas, pero sólo considera como “empresas afectadas”, a los efectos de notificación, a la adquirente y a la empresa que hasta ahora era participada, no a la vendedora o vendedoras¹³.

En los supuestos en que sólo se producen cambios en la composición del accionariado, el criterio decisivo, que requiere un análisis caso por caso, es si el cambio supone una alteración de la estructura de control de la empresa en participación. Aquí pueden tenerse en cuenta los siguientes criterios:

- Los pequeños accionistas minoritarios que carezcan de control antes y/o después del cambio estructural no se considerarán “empresas afectadas”.
- En los demás casos será necesario comprobar si se afecta al control efectivo. Se presume en principio que, salvo que entren nuevos accionistas, no cambia esencialmente el control y por lo tanto no hay que notificar la operación. Sin embargo, aunque no cambien los accionistas, en determinados casos la reducción del número de los mismos sí lleva a un cambio en la estructura de control y por tanto a la necesidad de notificación¹⁴.

¹³ Ejemplo, Asunto IV /M.023 ICI / Tioxide, de 28 de noviembre de 1990.

¹⁴ Asunto IV / M.452 Avesta II, de 20 de septiembre de 1994. En este caso, la reducción del número de accionistas de cuatro a tres comportó que uno de los accionistas adquiriera derechos de veto de los que carecía anteriormente, en virtud de un pacto de accionistas. Tal adquisición de derechos de veto plenos constituye un cambio de control a los ojos de la Comisión.

- Las empresas afectadas serán los accionistas (nuevos y anteriores) que ejercen el control en común, pero no los minoritarios, como ya hemos señalado anteriormente.

e) Otras formas de reestructuración societaria

La Comisión considera también otros cambios en la estructura societaria, tales como:

- La segregación de empresas. En este caso se está ante un cambio en la estructura de control -y por tanto ante la posibilidad de una concentración- cuando dos empresas se fusionan o forman una tercera en participación y, acto seguido, se escinden o disuelven ésta para repartirse los activos. En estos supuestos, son partes afectadas ambas empresas y los activos o unidades de producción que les son adjudicados y que tengan forma societaria.
- La permuta de activos: aunque se suele articular en un solo negocio jurídico, constituye dos operaciones de concentración que deben ser analizadas separadamente.
- La adquisición de control por particulares: el artículo 3.1 del Reglamento comunitario de concentraciones exige, para que exista concentración, que la persona/s que adquiera/n el control “...controlen una empresa”. Por lo tanto, el particular que adquiere una participación en una empresa sólo afecta al control de esta si tiene una actividad económica propia¹⁵. Lo mismo sucede cuando

¹⁵ Asunto IV/M.082 Asko-Jacobs-Adia, de 16 de mayo de 1991, en el que se consideró al Sr. Jacobs como empresa afectada y no particular pues tenía intereses en el sector industrial de chocolates, dulces y café.

son los directivos los que adquieren su propia empresa; tal operación no tendrá transcendencia concentrativa salvo que utilizaran para ello una empresa instrumental, o estuvieran financiados por una compañía a cambio de, por ejemplo, una participación significativa en el nuevo accionariado o un puesto directivo.

4.2. Cálculo del volumen de negocios.

Otra serie de problemas interpretativos que se plantean a nivel tanto comunitario como español hacen referencia al cálculo de la cifra de negocios. Recordemos que si efectivamente se está realizando una concentración –conforme al artículo 14.2 de la Ley de Defensa de la Competencia o el artículo 3 del Reglamento 4064/89- y concurren unos determinados volúmenes de negocio de las empresas concurrentes –artículos 14.1 español y 1.2 y 1.3 del Reglamento-, será necesario notificar, al SDC o la Comisión, dependiendo de que el ámbito sea España o la Comunidad Europea.

La determinación del volumen de negocios es por tanto en primer lugar esencial para delimitar el órgano competente a efectos de conocer sobre la concentración. La Ley española excluye expresamente la notificación en nuestro país cuando la operación caiga dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 4064/89 (artículo 14.1 in fine LDC). Por otra parte, ya vimos anteriormente que el Reglamento excluye el control comunitario cuando las partes en la operación facturan más de dos tercios en un solo Estado miembro, con el fin de identificar operaciones puramente nacionales.

Tal y como afirman los primeros puntos de la Comunicación de la Comisión sobre esta materia¹⁶, el cálculo de los umbrales es relevante sólo para delimitar los ámbitos de competencia –y, por ende, la necesidad de notificar-, pero no para evaluar la posición en el mercado de las partes que intervienen en la operación, ni las repercusiones de la misma. Efectivamente, es el grado de concentración del mercado de referencia, y por tanto la cuota de las empresas en el mismo, el que da indicios del poder de mercado de los operadores, y no un elevado volumen de negocios en sí, que no implica necesariamente una gran cuota de mercado.

El artículo 5 del Reglamento 4064/1989 establece las normas para calcular el volumen de negocios según el artículo 1.2. Paralelamente, el artículo 2 del Real Decreto-ley 1080/1992, incorpora de manera casi literal el texto de la norma comunitaria, para las concentraciones sometidas a jurisdicción española.

Desde un punto de vista general, el volumen de negocios total incluye los importes resultantes de la venta de productos y la prestación de servicios realizados por las empresas afectadas durante el último ejercicio que correspondan a sus actividades ordinarias, previa deducción de los descuentos sobre ventas, así como el IVA y otros impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios –esto es, el volumen neto-, y vendidos o prestados a empresas o consumidores en la Comunidad o el Estado miembro¹⁷.

Si la concentración consiste en la adquisición de partes de una o más empresas, sólo se tendrá en cuenta el volumen de negocios relativo a las partes que son objeto de la transacción. En caso de que las adquisiciones se dilaten en el

¹⁶ Comunicación de la Comisión relativa al cálculo del volumen de negocios con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento (CEE) 4064/1989 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DOCE n° C66 de 2 de marzo de 1998).

tiempo¹⁸ hasta un máximo de dos años, se considerarán como una sola operación con fecha de la última adquisición. La consideración por el Reglamento CE de estas operaciones *fragmentadas* –las que se realizan en un período de hasta dos años- tiene como finalidad evitar que las partes se sustraigan a la aplicación del Reglamento. Esta mención no se efectúa en la normativa española, lo que viene a suponer una laguna importante. En este sentido, en el año 1999 se ha aprobado la fusión en dos fases de la *Caja de Ahorros Municipal de Vigo*, *Caja de Ahorros Municipal de Ourense* y *Caja de Ahorros Municipal de Pontevedra*, fusión que sin embargo se ha notificado en su primera fase, y no en la segunda.

El artículo 2.2 del Real Decreto 1080/1992 y los apartados 4 y 5 del artículo 5 del Reglamento CE contemplan el cálculo del volumen cuando alguna de las empresas involucradas pertenece a un Grupo. En este supuesto, al volumen de ventas de la empresa afectada se une el de las empresas de su Grupo –matrices, filiales, participadas- para la misma actividad, sin tener en cuenta las transacciones “intragrupo” y, en el caso español, tampoco las realizadas fuera de España (artículo 2.2. in fine del citado Real Decreto).

Sin embargo, el Reglamento comunitario precisa la delimitación de las empresas a considerar respecto al volumen de negocios, al incluir, además de la empresa en cuestión, las empresas en las que ésta disponga de: (i) más de la mitad del capital o el capital circulante; (ii) más de la mitad de los derechos de voto; (iii) el poder de designar más de la mitad de los miembros del Consejo de administración u órganos análogos; o (iv) el derecho a determinar las actividades de la empresa; y, por extensión, todas las empresas que dispongan en la empresa afectada, o entre sí, siendo de las controladas por la afectada, de los derechos

¹⁷ Se excluyen las concentraciones que afectan a entidades de crédito o de seguros tienen sus propias reglas para calcular el volumen de ventas, como excepción a lo anterior (artículos 2.2 b) y c) del Real Decreto, y 1.3 a) y b) del Reglamento CE).

¹⁸ Por tratarse de sucesivas operaciones, o de un solo contrato de compraventa, pero sometido al cumplimiento de ciertas condiciones suspensivas para la adquisición de determinados activos, o de un cumplimiento sucesivo en el tiempo (artículo 5.2 del Reglamento CE).

enunciados. Como vemos, el Reglamento no hace sino definir de forma prolija todas las empresas que se pueden considerar incluidas en un Grupo conforme al artículo 42 del Código de Comercio español, generando una red de empresas que, sin ser *afectadas* a efectos de notificar, deben aportar su volumen de negocios en lo que se refiere a la determinación del ámbito de control. El concepto de “Grupo” del Reglamento es omnicomprendivo y más exhaustivo que el español, que viene definido en términos muy generales. Pero nada impide seguir la directriz que marca el Reglamento en este sentido, incluyendo en el Grupo, de forma sistemática a:

- (i) la empresa afectada;
- (ii) las filiales de la afectada y las filiales de éstas;
- (iii) las sociedades matrices de la empresa afectada y las matrices de éstas;
- (iv) otras filiales de las sociedades matrices de la empresa afectada; y
- (v) empresas controladas conjuntamente por dos o más empresas del grupo.

En este caso de las empresas en participación controladas conjuntamente, su volumen de negocios se imputará a prorrata entre las que la controlan, con el fin de reflejar contablemente el control conjunto¹⁹.

4.3. Delimitación del mercado relevante.

En cuanto a la definición del mercado relevante, y teniendo en cuenta que no hay mención expresa alguna a la materia en el ordenamiento español, tanto el SDC como el TDC adoptan regularmente los criterios de la Comunicación de la

¹⁹ Aquí la Comunicación recuerda, como ya se hiciera al hablar de las empresas afectadas, que no hay distinción entre el sector público y privado. El mero hecho de que dos empresas sean de propiedad estatal no debe, sin embargo, llevarnos a la consideración apriorística de que pertenezcan al mismo Grupo. El criterio decisivo es considerar su autonomía de decisión y su carácter de unidad económica independiente, sin tener en cuenta a quién pertenezca su capital o las normas de tutela administrativa que le sean aplicables.

Comisión relativa a la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia²⁰.

La Comunicación, basándose en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, así como en las Decisiones de la Comisión, define el mercado de referencia de producto como “aquél que comprende la totalidad de 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”.

A su vez, el mercado geográfico de referencia se define como “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

²⁰ Comunicación 97/C 372/03.

zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas”.

La combinación de ambas definiciones delimita el marco en que se analiza los efectos de la concentración en un mercado determinado.

En este sentido, la empresa o empresas notificante(s) deben justificar ante la autoridad de la competencia de que se trate en qué medida la operación puede incidir sobre tres elementos de la estructura del mercado: (i) la sustituibilidad de la demanda; (ii) la sustituibilidad de la oferta; y (iii) la competencia potencial.

La sustituibilidad de la demanda está relacionada con la posibilidad de fijar los precios por la empresa que goza de poder de mercado suficiente para ello o que va a adquirirlo en virtud de la concentración. Si se puede demostrar que la demanda es muy elástica –es decir, que ante un incremento del precio de mercado de entorno al 5-10%, los clientes cambiarían a otro producto análogo dentro del mismo mercado geográfico-, la empresa no tiene en principio un poder de mercado elevado.

Similarmente, la sustituibilidad de la oferta supone que los proveedores de productos análogos podrían fabricar el producto del mercado relevante sin necesidad de grandes inversiones o incursión en riesgos, en caso de que el producto o productos relevantes incrementaran su precio. Tal capacidad de producción, o lo que es lo mismo, la inexistencia de barreras de entrada de carácter técnico o financiero para nuevos competidores, constituye otro ingrediente que diluye el supuesto poder de mercado de la empresa que desea realizar una operación de concentración. Estos elementos compensadores de los posibles efectos restrictivos de la competencia son usualmente argumentados por las partes en la notificación. Así, por ejemplo, en la concentración *Hoesch Industria Española de Suspensiones S.A. (INDUSA) – Freid Krupp AG – Hoesch*

AG, las partes exponían al TDC las consideraciones en torno a la inexistencia de barreras de entrada, progreso tecnológico, facilidad de transporte, posibilidad de cambio de suministrador por parte de los clientes, con el fin de diluir los efectos anticompetitivos de la concentración. En otros casos se han alegado razones productivas (*Caso Cervecería de Canarias*) o de calidad técnica y diversificación de riesgos (*Voith- Scapa*).

En cuanto a la competencia potencial, está íntimamente relacionada con la idea anterior de las barreras de entrada, pero con una visión más periférica, en el sentido de que se refiere a potenciales competidores actualmente ajenos al mercado definido pero que en su caso podrían responder a una situación de aumento de precios en el mismo²¹. Este es también el caso en que los competidores puedan adquirir con relativa facilidad la tecnología necesaria para fabricar el producto cuyo mercado relevante se ve afectado por la operación.

Por lo que hace referencia a la delimitación concreta de los mercados, la Comisión suele seguir criterios restrictivos y empíricos, en aras de evitar que la excesiva amplitud de los mercados estudiados permita diluir las cuotas y eventualmente maquillar el carácter anticompetitivo de una concentración.

Por lo que se refiere al mercado del producto, la Comisión evalúa en qué medida hay elementos que permiten la sustitución. Así, a la luz de los datos suministrados por las partes, la Comisión selecciona una serie de productos alternativos y trata de analizar su sustituibilidad. Aunque es más habitual que sean las partes las que propongan un mercado de producto, y la Comisión o la autoridad española las que deban comprobar si todos los productos que se alegan

²¹ Sería el caso, por ejemplo, de empresas que pudieran importar a bajo coste al mercado geográfico en cuestión productos análogos de terceros países –u otros países comunitarios, en el caso de España–.

como intercambiables efectivamente lo son, o si el mercado propuesto no puede desglosarse en una serie de sub-mercados de producto²².

En lo que respecta al mercado geográfico, la Comisión lleva a cabo una investigación similar a la anterior, pues comprueba las cuotas de mercado de las empresas afectadas y sus competidores, y los precios existentes en el mercado relevante y limítrofes.

Si es necesario, además del precio, la Comisión estudia la existencia de barreras de entrada tales como requisitos de calidad –normas técnicas-, acceso a redes de distribución, control por la Administración, etc. a efectos de reducir o ampliar el mercado geográfico. Cuantas menos barreras de entrada y mayor igualdad de precios existan, mayor “intercambiabilidad de territorios” apreciará la Comisión, y por tanto mayor será el ámbito geográfico del mercado.

En definitiva, la Comisión sigue un criterio de cadenas de sustituibilidad, en el que el mercado relevante se expande o contrae en función de los mercados geográficos limítrofes o los productos de los mismos que sean sensibles a los cambios de precio o a las condiciones de suministro de dicho mercado relevante.

Para todo lo anterior, la Comisión utiliza una serie de elementos de prueba que han sido seguidos en general por las autoridades españolas en el análisis de las operaciones de concentración. Estos elementos son, entre otros: a) los movimientos empresariales u operaciones similares llevadas a cabo en el mercado concreto en el pasado y sus efectos; b) el cálculo de elementos cuantitativos, como la elasticidad cruzada de la demanda, o el índice Herfindal-Hirschman; c) las

²² Por ejemplo, en una notificación referida a la concentración de empresas en el sector de los refrescos, las empresas afectadas tenderían a definir el mercado como el “mercado español de refrescos”, para diluir su cuota en el mismo. Sin embargo, la autoridad en materia de competencia entraría en disquisiciones del tipo “mercado de refrescos de cola” en el que se encuentran los siguientes sub-mercados: “refrescos de cola embotellados”; “refrescos de cola en lata”, “refrescos de cola en barril para su uso en bares”, etc...

opiniones motivadas de clientes y competidores; d) las encuestas sobre preferencias de los consumidores; e) los costes del desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos; y f) la posibilidad de discriminación de precios entre distintos grupos de clientes.

4.4. Problemas prácticos de la notificación.

Una cuestión práctica de cierta importancia atañe al problema de las notificaciones incompletas.

El artículo 4.2 del Reglamento CE 447/1998 afirma que “si la información contenida en la notificación, incluidos los documentos, está incompleta en un punto esencial, la Comisión informará sin demora y por escrito a las partes notificantes o a sus representantes y fijará un plazo adecuado para que pueda completarse. En este supuesto, la notificación surtirá efecto en la fecha en que la información completa sea recibida por la Comisión”.

Por su parte, el tenor del artículo 5 del Real Decreto 1080/1992 es análogo en su primera mitad, pero en la norma española la solicitud de información adicional por el SDC no supone iniciar un nuevo plazo, sino que se deberá subsanar la falta en un plazo de diez días, quedando suspendido el plazo de un mes para la autorización tácita, hasta que se cumplimente el requerimiento. Tal requerimiento incluirá el apercibimiento de que si no se cumplimentase, la notificación no surtirá efecto alguno como supuesto de autorización tácita de la operación por el SDC.

Desde un punto de vista estadístico, no son excesivas las notificaciones que se declaran incompletas en el ámbito comunitario, pues hubo 17 (de un total de 172 notificaciones) en 1997, y 17 (de un total de 196 notificaciones) en 1998.

En España, sin embargo, se puede deducir que han sido al menos 8 durante el año 1999, lo cual da un porcentaje mucho mayor (en torno a un 20%)²³.

Ante el aumento de notificaciones incompletas en los últimos años, la Comisión ha emitido unos “Criterios prácticos”²⁴, con el fin de ayudar a solventar las dificultades que puedan plantearse a las empresas. La Merger Task Force de la Dirección General IV de la Comisión ha explicado las principales razones por las que las notificaciones se declaran incompletas: a) en algunos casos no era técnicamente posible aceptar la notificación, como cuando faltaban en la misma empresas afectadas, o no existían acuerdos legalmente vinculantes que debían producir la concentración; b) la información suministrada era pobre; c) la Merger Task Force encontró en algún momento en el estadio de negociaciones o en la propia notificación que faltaban en la misma mercados potencialmente afectados que deberían haberse incluido en la información suministrada.

A la vista de estas causas, la Comisión ha propuesto unas líneas de actuación que, si son observadas por las partes afectadas, disminuyen las posibilidades de remitir una notificación incompleta y favorecen la flexibilidad y claridad del procedimiento:

- (i) En primer lugar, siempre es conveniente, incluso para casos supuestamente claros, tener contactos con carácter previo a la notificación con el correspondiente equipo de la Merger Task Force. Las partes notificantes deberían remitir un breve informe con al menos tres días de antelación a la primera reunión, y ésta debería tener lugar al menos una semana antes de la

²³ Se sabe si ha sido aplicado el artículo 5 del Real Decreto por la dilación del período de autorización tácita más allá de un mes de duración. Así, tardaron más de un mes en aprobarse tácitamente, y por lo tanto puede inferirse que el SDC solicitó más información a las partes, las notificaciones que involucraron a las siguientes partes afectadas: *GESTAMP-METALBAGÉS*; *EG&G PENINSULAR-PERKIN-HELMER HISPANIA*; *LUXOTTICA-BAUSCH&LOMB*; *FERAZ SHAWMUT-GOULD ELECTRIC*; *HAVAS-MEDIMEDIA-MEDICOM, S.A.*; *SYNETIX-CELANESE*.

²⁴ “Merger: Best Practice Guidelines”, en página web <http://europa.eu.int/dg04/merger>.

notificación. Tal período pre-notificación podría prolongarse si lo requiriesen las circunstancias.

- (ii) De las reuniones previas podría salir un borrador de notificación (formulario CO), a la luz de lo que se decidiera que debe o no incluirse en la notificación. En cualquier caso, las propuestas de las partes de omitir información o sobre la necesidad de datos concretos debería discutirse con la Merger Task Force con antelación.
- (iii) Todos los mercados afectados deberían discutirse, en el marco de la claridad y la buena fe, con el equipo encargado del caso, incluso si las empresas afectadas difieren en cuanto al enfoque del mercado. En todo caso, lo más prudente es elaborar las cuotas de mercado sobre diferentes bases, como por ejemplo los diferentes mercados nacionales y el comunitario, o varios mercados de producto.
- (iv) Las empresas y sus representantes deben cerciorarse de que la documentación aportada es veraz, y que los datos obtenidos de clientes o competidores son ciertos o de que se trata de estimaciones de buena fe que no dilatarán el trabajo de la Comisión. En general, es conveniente que los asesores comerciales y jurídicos de las empresas afectadas acudan a las reuniones citadas, pues son ellos los que conocen los mercados relevantes y los criterios de delimitación de los mismos.
- (v) Si se cumplen estos criterios, el equipo a cargo del asunto estará en condiciones de confirmar informalmente la idoneidad del borrador de notificación antes de efectuar ésta, o indicar los aspectos aún no cerrados.

En España, el SDC no ha emitido sugerencias similares. Sin embargo, no es desdeñable el hecho de que alrededor de un 20% de las notificaciones del año

1999 requirieron de información adicional, lo que puede inferirse del retraso operado en la autorización tácita de numerosos expedientes, indicativo de que el SDC requirió más información a las partes, interrumpiendo el transcurso del plazo de un mes necesario sin manifestación alguna por parte del SDC para entender concedida dicha autorización tácita (Casos *PPG Industries-Imperial Chemical Industries*; *Gestamp-Metalbagés*; *EG&G Peninsular-Perkin Elmer Hispania*; *Deutsche Post-Guipuzcoana*; *Luxoticca-Bausch&Lomb*; *Feraz Shawmut-Gould Electric*, entre otros) . Por tanto, es razonable pensar que, dada la mayor autonomía que la reforma concede al SDC, la flexibilidad del procedimiento, y el carácter bastante sumario del mismo una vez efectuada la notificación, estos contactos previos a la misma para discutir aspectos sustanciales serían muy convenientes, permitiendo a las partes incluso evaluar la conveniencia de no seguir adelante en caso de clara contravención de la situación competitiva de un sector, o conocer qué tipo de condiciones podrían ser impuestas a la operación si se llegara a su aprobación por el Consejo de Ministros.

Por otra parte, aunque sea de forma residual, no deja de ser interesante clarificar si se debe notificar y con qué contenido, antes de desembolsar el canon por estudio de operación notificada que ha instaurado la reforma de la LDC por la citada Ley 52/1999: la notificación comporta el pago de una tasa por el análisis y estudio de las operaciones de concentración (nuevo artículo 57 de la Ley 16/1989), que por otra parte constituye un hecho imponible. Así, las empresas notificantes deberán abonar: a) 500.000 pesetas si el volumen de ventas en España del conjunto de los partícipes en la operación no supera o es igual a 40.000 millones de pesetas; b) 1.000.000 pesetas si el citado volumen está entre los 40.000 y los 80.000 millones; c) 2.000.000 pesetas si superan los 80.000 millones.

5. SOBRE LAS FORMAS DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

De acuerdo con el Real Decreto-Ley 6/1999, analizado más arriba, la terminación del procedimiento puede adoptar las siguientes formas:

- (i) *Expresa*: Por resolución adoptada por el Gobierno en Consejo de Ministros, a la vista del expediente remitido por el Tribunal de Defensa de la Competencia. Puede consistir en una aprobación simple o condicionada de la operación, o en la no aprobación.

- (ii) *Tácita*: Se produce cuando transcurre 1 mes desde la notificación al SDC sin que éste remita el expediente al TDC; ó 7 meses desde la notificación sin decisión del Gobierno. Hasta la fecha de este comentario (febrero de 2000), las aprobaciones tácitas en aquel primer estadio son mayoría abrumadora, y así lo demuestran los datos del ejercicio 1999: de 42 concentraciones notificadas, 27 se han aprobado tácitamente en su fase de tramitación ante el SDC, seis se han remitido al TDC y solventado en Consejo de Ministros, 1 se entendió que no necesitaba ser notificada, y 8 están pendientes de decisión. Algunas de las operaciones aprobadas tácitamente son incluso de cierta entidad. Se pueden citar las protagonizadas por las empresas *Decaux-Vivendi*; *Deutsche Post-Guipuzcoana*; *Luxottica-Bausch&Lomb*; *AT&T* y *Editorial Aranzadi*; *Novartis Seeds* y *Koipesol*; *Tubacex* y *Schoeller-Bleckmann*; *Obrascon Huarte-Lain*, *Menzolit Fibron GmbH* y *DSM Compounds Vitroplast*.

- (iii) *Convencional*: Supone una terminación previa a la remisión del expediente al TDC. Se produce una negociación entre el Ministro de Economía y Hacienda y las partes, que acuerdan unos compromisos. El Ministro puede dar su aprobación a la concentración o remitir al TDC el asunto en el plazo de 1 mes. Esta modalidad es una novedad introducida por el RDL

6/1999, por lo que no es posible conocer su operatividad y eficacia, pero sin duda puede convertirse en un elemento valioso tanto para las autoridades como para las empresas, que, gracias a ella, pueden ver disminuido sustancialmente el tiempo del procedimiento y con ello los riesgos de tener que dar marcha atrás en operaciones que suelen conllevar elevados costes de negociación y gestión²⁵.

Cabe reseñar que cuando los expedientes llegan al Gobierno generalmente no se finaliza el procedimiento con una autorización tácita, sino expresa. Dentro del conjunto de las decisiones adoptadas en los últimos años por el Consejo de Ministros, es relativamente habitual la aceptación incondicionada de la operación notificada, y menos frecuente, la autorización condicionada. A la autorización condicionada se recurre cuando la transacción entraña efectos anticompetitivos que pueden ser compensados mediante la adopción de ciertas medidas o cuando la operación comporta una posición de dominio en el mercado, pero por producirse en un sector estratégico para la economía nacional, su viabilidad interesa al Gobierno.

Hasta ahora, y a diferencia de las autoridades comunitarias, el Gobierno español raramente se ha manifestado contrario a una operación de concentración, prohibiéndola, aunque pueden encontrarse algunos casos: recientemente se ha producido la prohibición de la operación de toma de control conjunto de “*Gas Aragón, S.A.*” por “*Endesa, S.A.*” y “*Gas Natural SDC, S.A.*”, y la toma de una participación del 20% en “*Gas Andalucía, S.A.*” por *Endesa*, mediante la transferencia de los activos de *Megasa*, filial de *ENDESA*, a *Gas Andalucía*. El

²⁵ La terminación convencional se ha importado de la normativa comunitaria. En la experiencia comunitaria, la formalización de compromisos en la primera fase ha demostrado ser útil para las partes y la Comisión, dado que reduce los retrasos y el grado de incertidumbre en torno al resultado. En estos casos, las partes incluso reconocían abiertamente la existencia de problemas de competencia, y su voluntad de ofrecer reparaciones específicas y cooperar con la Comisión. Por otra parte, la propia Comisión ha manifestado que no puede permitir que este procedimiento se convierta en una vía para eludir un control más riguroso posterior (Informe de Política de la Competencia, 1998).

TDC se manifestó negativamente sobre la cuestión, y el Gobierno ratificó el dictamen del TDC²⁶.

En España todavía se observa que cuando las empresas saben que la concentración afecta a una cuota del mercado relevante o un alto volumen de negocios, o bien desisten directamente de la operación, por ser la misma claramente anticompetitiva, o bien notifican con la confianza de obtener el visto bueno sometido a condiciones.

5.1. Terminación por aprobación incondicional en Consejo de Ministros

En los casos analizados en que el TDC ha remitido un informe positivo sobre la operación de concentración, el Gobierno la ha autorizado sin someterla a condiciones. A continuación exponemos algunos de los supuestos más relevantes de los últimos años, y en especial en relación al último bienio, con los argumentos esgrimidos por el TDC a favor y en contra de la autorización:

- (i) *Concentración 12/93 Cerveceras Canarias*: El TDC dictaminó no oponerse a la concentración a pesar del alto grado de concentración del mercado cervecero en Canarias, teniendo en cuenta la fuerte competencia extranjera y peninsular, instando al SDC a hacer estudios sobre el sector, y previniendo a las partes de que no se asociaran con otros grupos cerveceros en el futuro.
- (ii) *Concentración C14/93 Techpack*: En este caso se trataba de la constitución de una empresa común por dos empresas antes competidoras, que fabricaban envases para cosméticos. El Tribunal consideró que los posibles efectos de la operación sobre la competencia, traducidos en un refuerzo de

²⁶ Acuerdo de Consejo de Ministros de 31 de julio de 1999, publicado por orden de 6 de septiembre de 1999, por el que se decide declarar improcedentes, y, en consecuencia, ordenar que no se lleven a efecto las operaciones de concentración económica citadas.

la posición de dominio sobre el mercado español, resultaban contrarrestados por la ausencia de obstáculos al comercio exterior, costes de transporte reducidos y la ausencia de barreras de entrada.

Por otra parte, el Tribunal estimó que la concentración mejoraría la competitividad individual y conjunta de las empresas y ampliaría su número de clientes internacionales.

- (iii) Concentración 16/95 *Baterías*: Por esta operación *Exide Corporation* adquiría el 99,7% del capital de *CEAC*, perteneciente al grupo *FIAT*. *Exide* era propietaria de *Tudor* España. Esta operación tenía la peculiaridad de haber sido notificada en diez países europeos, pues no reunía las condiciones para alcanzar la dimensión comunitaria definida en el art.1 del Reglamento CE 4064/89.

El TDC apreció posibles efectos anticompetitivos de la operación para los consumidores de baterías de coches e industriales, pero valoró no obstante efectos favorables compensatorios, como la unificación de la marca TUDOR que permitiría importaciones paralelas y por lo tanto la rebaja de precios, y las transferencias tecnológicas.

- (iv) Concentración 20/95 *Elf-Atochem*: El Tribunal consideró en este caso que el mercado relevante era el de los compuestos de PVC plastificados y rígidos, y que, aunque desde el punto de vista de la producción el mercado geográfico relevante era el europeo, desde el punto de vista de la comercialización era el español.

Esta operación reforzaba el poder de mercado de la empresa adquirente, ELF. Pero de la estructura y características del mercado se derivaban factores que contrarrestaban el dominio real que el operador podía

ejerger en el mercado: competencia internacional muy activa, inexistencia de barreras de entrada, presencia de operadores competitivos y la existencia de productos sustitutivos.

- (v) Concentración C24/97, *Entrecanales – Cubiertas*: Se trató de una operación de fusión por absorción que suponía la extinción de *Entrecanales y Távora S.A.* y *Eursa S.A.*, a favor de *Cubiertas y M.Z.O.V., S.A.* El grupo resultante actuaría bajo el nombre de *Acciona*. Las empresas notificantes, ya fuera a título individual o conjuntamente, estaban presentes en multitud de mercados, y pasaban a ser en virtud de la operación el primer operador en el mercado de la construcción de obra civil, especialmente grandes proyectos.

Con la fusión en cuestión se reforzaba una posición de mercado y se aumentaba la concentración en el mismo, con unas fuertes barreras de entrada debidas sobre todo a los rigurosos requisitos de las licitaciones oficiales. Sin embargo, el Tribunal entendió que el gran poder de la demanda, la internacionalización de este mercado y la presencia de fuertes competidores en el mismo, eran elementos suficientes para no oponerse a la operación, posición que ratificó el Gobierno en Consejo de Ministros de 27 de junio de 1997.

En esta línea, hay numerosos acuerdos recientes del Consejo de Ministros aprobando sin condiciones la operación notificada de acuerdo con el expediente favorable del TDC, así el caso *Luzenac-Set /Ibetasa*, aprobado el 11 de marzo de 1998; o, ya en el año 1999: a) la toma de control del *Grupo Anaya* por la francesa “*Havas, S.A.*” mediante OPA, aceptada el 19 de febrero; b) la adquisición por “*Parmalat, SpA*” del control mayoritario de “*Clesa, S.A.*”, aprobada en Consejo de 5 de marzo; c) la aprobación de la adquisición de una rama de actividad de “*TH. Goldschmidt AG*” por “*Elf Atochem Vlissingen B.V.*”, aprobada el 21 de

mayo; d) la adquisición por “Puleva S.A.” de “Agroinves Lacteas, S.L.”, matriz de *Leyma-Ram*, aprobada el 24 de septiembre.

5.2. Autorización condicionada en Consejo de Ministros.

La aprobación condicional, que es la más habitual cuando la operación reviste ciertos efectos anticompetitivos que no son suficientes para declararla incompatible con el ordenamiento vigente, no siempre conlleva las mismas limitaciones a los operadores, dependiendo del mercado y la concentración de que se trate. Las condiciones impuestas más habituales son las siguientes:

a) Obligación de vender una rama de actividad o filial.

Esta condición se impuso en el CASO 10/92 *Ausonia Higiene*, en el que estaban involucradas *Procter&Gamble* y *Arbora Holding*. Se acordó ordenar la enajenación a un tercero de la parte de negocio relativa a los pañales infantiles, incluyendo activos y cesión de marcas por un plazo de tres años.

b) Obligación de modificar cláusulas contractuales de no competencia o sistemas de distribución.

En el caso citado en el punto anterior, la concentración se condicionó también a la supresión del contrato de exclusiva que existía entre *Arbora* y *Tambrands*. Ésta fue autorizada a contratar con terceras partes, estableciéndose que *Arbora* en todo caso dejaría de gozar de la distribución exclusiva de la marca “Tampax”. El TDC impuso a *Procter Gamble Co.*, la otra empresa afectada, la designación de, al menos, un distribuidor de “Tampax” totalmente independiente de *Arbora Holding* y sus filiales, sus participadas y sus socios. Asimismo, *Procter Gamble Co.* debía asegurar que los distribuidores independientes obtendrían el producto en las mismas condiciones que *Arbora* y sus filiales.

Una condición similar se impuso en el Caso 21/95 *Cablevisión*. En este asunto *Telefónica*, *Canal Plus* y *Sogecable*, crearon la empresa conjunta *Cablevisión*. Ésta debía permitir a los Operadores Locales de Telefonía contratar con programadores diferentes de *Canal Plus*.

En el Caso 25/97, *Johnson-Schmalbach*, la compañía alemana *Schmalbach-Lubeca* adquirió todas las acciones de *Johnson Controls España*, S.A., una filial de *Johnson Control Plastics* S.A. El TDC limitó el alcance de la cláusula de no competencia existente a los productos objeto del acuerdo (envases de PET) y a un período de tres años.

Por su parte, la aprobación en Consejo de Ministros de 27 de marzo de 1998 de la operación de adquisición por parte del Grupo *Unilever*, a través de “*Unilever España*, S.A.” y su filial “*Agra*, S.A.” de los derechos del Grupo *Koipe* en el negocio de las margarinas, también se subordinó a que se modificara la cláusula de no competencia prevista, limitando su plazo de vigencia a un máximo de tres años desde el contrato de compraventa.

En el mismo sentido se resolvía la operación de adquisición por *Sara Lee/D.E. España*, S.A. al grupo “*Reckitt&Colman*” de las marcas de éste, “*Nugget*” y “*Kanfort*”, y otros activos: la cláusula de competencia se limitó a tres años, y, transcurrido un cierto plazo, se autorizaba a *Reckitt&Colman* a suministrar sus productos para cuero a terceros bajo marcas distintas de las citadas²⁸. Asimismo, *Sara Lee* deberá abstenerse de aplicar en sus relaciones con clientes cualesquiera condiciones de exclusividad en los productos a distribuir y comercializar en el territorio nacional.

²⁸ Acuerdo de Consejo de Ministros de 12 junio 1998, publicado por orden de 29 de junio del mismo año.

Igualmente, en el Acuerdo de Consejo de Ministros que aprobó la adquisición por el *Grupo Heineken* del 21% del *Grupo Cruzcampo*²⁹, ya en 1999, se exigía al nuevo Grupo que en el plazo de tres meses desde la notificación del acuerdo, eliminara toda condición de exclusividad de los contratos o acuerdos que mantuviera con los concesionarios o distribuidores del mercado de la comercialización de cerveza a través del canal “horeca”, y que no realizara ningún nuevo contrato con concesionarios o distribuidores de sus productos que contenga cláusulas de exclusividad, durante un período de cinco años.

c) Limitaciones en la cuota de mercado o en la presencia comercial en general.

Este fue el caso en el Asunto 10/93 RADIOS: el TDC sugirió al Gobierno que impusiera condiciones que garantizaran la presencia de competidores en el mercado, y un límite a la presencia de las empresas que se asociaban, que eran dos emisoras de radio de amplio seguimiento, sugerencias que fueron aceptadas.

En el caso *Cablevisión*, se impusieron limitaciones cuantitativas a *Telefónica* en cuanto al número de abonados que podía contratar para este servicio.

En el caso *Ebro-Azucarera*, se tomaron diversas medidas orientadas a atenuar los efectos anticompetitivos que conllevaba la alta cuota de mercado que suponía la fusión notificada, y permitir a los competidores el ejercicio de una competencia efectiva³⁰.

²⁹ Caso IV/M 1555 remitido por la Comisión.

³⁰ Acuerdo de Consejo de Ministros de 25 de septiembre de 1998, publicado por orden de 5 de octubre. Entre las condiciones impuestas podemos citar: a) La elaboración de un plan de reconversión industrial por Azucarera Ebro Agrícolas; b) Reasignación por la administración de 30.000 toneladas métricas de la cuota correspondiente a Azucarera por medio de pública subasta; c) Para permitir la entrada de nuevos operadores en el mercado, Azucarera deberá renunciar a realizar durante un plazo de tres años desde la publicación de este Acuerdo, directa o indirectamente, compras de azúcar en los mercados comunitarios de manera habitual y generalizada, sometiendo las compras puntuales al SDC.

En el expediente de concentración sobre la fusión por absorción entre el *Banco Central Hispano* y el *Banco Santander* para formar el *BSCH*, la autorización del Consejo de Ministros de 16 de julio de 1999 se subordinó al cumplimiento de varias condiciones, entre ellas el que, durante un plazo de cinco años, cuando el *BSCH* participe, directa o indirectamente (definido con gran amplitud), en dos o más operadores competidores en los mercados de generación y distribución de energía eléctrica, en el de hidrocarburos, en telefonía portátil o en telefonía fija, (i) su participación accionarial directa o indirecta no puede superar un 3% en más de uno de los principales operadores en cada mercado; (ii) sólo podrá designar miembros del Consejo de Administración de uno de los principales operadores del mercado. A estos efectos, se considerará “gran operador” cualquiera que represente uno de los cinco con mayor cuota del mercado³¹.

d) Condiciones sobre los términos de suministro.

Como en el Caso 22/96 *Hexcel-Hércules*, algunas veces el TDC propone medidas que aseguren el suministro a los distribuidores en las mismas condiciones que antes de la concentración (relaciones verticales), durante un período de tiempo y en unas condiciones mínimas.

e) Remisión periódica de información al SDC.

Esta condición es muy usual, y se puede encontrar en numerosas autorizaciones condicionadas, entre las más recientes, las citadas *Arbora Higiene*, *Unilever*, *Sara Lee-Reckitt&Colman*, *Azucarera-Ebro Agrícolas*, *BSCH*, etc.

³¹ Esta condición obligó al *BSCH* a vender su participación en *Retevisión*, y la remodelación subsiguiente del accionariado de *Airtel*.

Suele consistir en el envío de información bien cada cierto período de tiempo para documentar el cumplimiento de las condiciones impuestas a la concentración y la marcha del mercado –precios, importaciones, ventas, etc.-.

A veces la información requerida por el TDC es muy exhaustiva, como en el caso *Azucarera*, en que se exigió a *Azucarera Ebro Agrícolas* que informara semestralmente y durante tres años de “*las condiciones de adquisición de la remolacha, con especial referencia a las cantidades, los proveedores y precios, así como sobre las condiciones de comercialización del azúcar que venga aplicando a la industria, almacenistas, grandes superficies y consumo directo...*”.

En otras ocasiones, la información será sólo puntual y no periódica, como en la concentración *BSCH*, en la que sólo se requiere la oportuna comunicación en caso de modificación de la participación del *BSCH* en cualquier empresa.

f) Otras condiciones específicas.

El Consejo de Ministros ha impuesto ocasionalmente otras condiciones específicas según el tipo de operación, como:

(i) Obligaciones de reestructuración: El *BSCH*, por ejemplo, se vio obligado a presentar al SDC en un plazo de dos meses desde la aprobación del acuerdo de concentración un programa de desinversiones y actuaciones que aseguraran el cumplimiento de las condiciones sobre participación de la nueva empresa en ciertas compañías.

(ii) Cuestiones de propiedad intelectual: En la concentración *Heineken-Cruzcampo*, cit. sup., se exigió al Grupo Heineken vender todas las marcas distintas de El Águila, Heineken y Cruzcampo, exceptuando las referentes a

cervezas sin alcohol y las que eran propiedad de este Grupo ya antes de la operación.

Tampoco es inhabitual establecer medidas tendentes a evitar el control de los precios o las ventas a pérdida, mediante el reforzamiento de la competencia (Caso *Azucarera*), y, en general, cualquier medida específica demandada por el mercado concreto y la estructura de las empresas que son partes en la operación, y que asegure el correcto funcionamiento del mercado conforme a criterios de competencia efectiva tras dicha operación.