

EL SOMETIMIENTO DE LAS ADQUISICIONES MINORITARIAS QUE NO OTORGAN EL CONTROL A LAS NORMAS SOBRE EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES

THE CONTROL UNDER MERGER RULES OF ACQUISITIONS OF NON-CONTROLLING MINORITY SHAREHOLDINGS

NATIVIDAD GOÑI URRIZA

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad Pública de Navarra

orcid ID: 0000-0003-0119-3249

Recibido: 04.09.2017 / Aceptado: 15.09.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3875>

Resumen: El trabajo aborda la conveniencia de someter al control de concentraciones las adquisiciones minoritarias que no otorgan el control del objetivo tanto a nivel europeo como nacional. La Comisión Europea propone la modificación del Reglamento de concentraciones con el fin de introducir un sistema de transparencia selectivo y evaluar estas adquisiciones aplicando el criterio de la restricción significativa de la competencia. El artículo analiza la conveniencia de reformar también la LDC en el mismo sentido.

Palabras clave: adquisiciones de participaciones minoritarias, control de concentraciones, reforma reglamento de concentraciones y LDC, mecanismos de remisión.

Abstract: The article handle with the need to extend the Merger control rules to the acquisition of non-controlling minority shareholdings at European and national level. The Commission proposes to modify de Merger Regulation in order to introduce the transparency system and apply the substantive test for mergers: the significant restriction of competition. This work analyses the convenience of the reform of the LDC as well.

Keywords: acquisition of non-controlling minority shareholdings, merger control, merger regulation and LDC reform, case referrals.

Sumario: I. Introducción. II. La adquisición de participaciones minoritarias que no otorgan el control. III. Riesgos para la competencia y los consumidores. 1. Efectos anticompetitivos en adquisiciones horizontales. A) Efectos anticompetitivos no coordinados. B) Efectos anticompetitivos coordinados. 2. Efectos anticompetitivos en adquisiciones no horizontales. A) Efectos anticompetitivos no coordinados. B) Efectos anticompetitivos coordinados. IV Posibles soluciones. 1. La aplicación de las disposiciones que prohíben las ententes y los abusos de posición de dominio. 2. Sistema de transparencia selectivo. 3. Procedimiento propuesto y modificaciones legales necesarias. A) Encaje del sistema de transparencia selectivo en la LDC. B) El sistema de transparencia selectivo y los mecanismos de remisión de los asuntos. a) Supuestos de remisión previa a la notificación. b) Supuestos de remisión después de la notificación. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. Numerosos son los desafíos que la concentración económica presenta actualmente para el legislador europeo y estatal y para las autoridades de competencia encargadas de preservar que la estructura de mercado garantice su buen funcionamiento¹.

Estos retos son de naturaleza diversa, algunos afectan al ámbito de las operaciones que deben ser sometidas al control previo, otros hacen referencia a las cuestiones jurisdiccionales y otros a la irrupción tecnológica que está cambiando los procesos productivos y el funcionamiento de los mercados y que hacen necesario replantearse los criterios de atribución de jurisdicción y los criterios de evaluación.

2. La cuestión del sometimiento de las adquisiciones minoritarias que no otorgan el control a las reglas de las concentraciones se presenta en un momento de reflexión sobre la necesidad de reforma de la normativa tanto estatal como europea de control de concentraciones².

Este y otros retos se han puesto de manifiesto por la Comisión Europea en su libro blanco “para un control más eficiente de las concentraciones en la UE” (2014).

Asimismo, la CNMC ha iniciado un proceso de reflexión para la reforma de la LDC que se encuentra en una fase muy primaria en la que se ha invitado a los agentes sociales a participar³.

Hasta el momento la única modificación de las disposiciones de esta norma referida a las concentraciones ha sido la operada por la Ley de Economía Sostenible en el año 2011⁴. Esta Ley añadió el segundo párrafo a la letra a del número 1 del artículo 8 con el fin de eximir del procedimiento de control a todas aquellas concentraciones económicas que, aun cumpliendo el requisito de la cuota de mercado, el “umbral del volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros, siempre y cuando las partes no tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50 por ciento en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo”.

Con este proceso la CNMC daría cumplimiento a la obligación de las Administraciones Públicas de revisar periódicamente su normativa para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar si son aptas para cumplir los objetivos para los que fueron adoptadas (Artículo 130 de la LPACAP)⁵.

¹ Algunos de estos retos ya han sido afrontados mediante el inicio de cambios legislativos para revisar los aspectos jurisdiccionales como Francia, o se está en proceso de revisión de distintos aspectos de la normativa, como el iniciado por la CNMC en España. La afectación de los cambios tecnológicos a la economía ha provocado también un proceso de reflexión internacional en el que la OCDE, las autoridades de competencia de otros países y algunas autonómicas han elaborado informes sobre su afectación a los mercados y al control que estas instituciones deben realizar de la concentración económica. La Comisión ha enfrentado los cambios en los mercados mediante la práctica decisoria y otros han sido meramente señalados por distintas instituciones, autoridades de competencia y la OCDE. COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco: Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE*, 9 de julio 2014, COM (2014) 449 final; DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS COMPETITION COMMITTEE, *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*, 29-30 noviembre 2016; [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2016\)2/ANN2/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)2/ANN2/FINAL/en/pdf)

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE/BUNDESKARTELLAMT, *Droit de la concurrence des données*, 10 mai 2016; http://www.autorite-de-la-concurrence.fr/user/standard.php?id_rub=629&id_article=2769

AUTORIDAD CATALANA DE LA COMPETENCIA. *La economía de los datos. Retos para la competencia*, Noviembre 2016, REF. nº: Es 12/2016. http://acco.gencat.cat/web/.content/80_accu/documents/arxiu/actuacions/Eco-Datos-y-Competencia-ACCO.pdf

² EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document Accompanying the document White Paper: Towards more effective EU merger control*, Brussels 9.7.2014, SWD (2014) 221 final.

³ El párrafo tercero de su disposición final de la LDC autoriza al Gobierno en para que, previo informe de la autoridad de competencia modifique los umbrales establecidos en el artículo 8. Igualmente, la LDC obliga a la autoridad de competencia a la realización de una valoración de la aplicación de esos umbrales cada tres años con el fin de proponer, en su caso, su modificación. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE nº 159, de 4 de julio de 2007; modificada por Ley 39/2010, de 22 de diciembre, BOE-A-2010-19703; Ley 2/2011, de 4 de marzo, BOE-A-2011-4117, y Ley 3/2013, de 4 de junio, BOE-A-2013-5940. Texto consolidado <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>.

⁴ Ley de 4 de marzo de 2011, de Economía Sostenible, 2/2011, BOE 5 marzo 2011, núm. 55.

⁵ Ley de 1 de octubre de 2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 39/2015, BOE 236 de 15 de octubre. Para un análisis de este precepto véase J.A. SANTAMARÍA PASTOR, “Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175/2016 parte Estudios, 2016, pp.32-55.

3. Debe por tanto plantearse si la actual regulación del control de concentraciones otorga a la CNMC los mecanismos necesarios para impedir cualquier fuente de daño a la competencia cuando se producen los cambios en la propiedad de las empresas mediante adquisiciones minoritarias que no implican la adquisición del control de su objetivo. Podría incluso plantearse, aunque no será objeto de este trabajo, si el actual sistema de control de concentraciones previsto en la LDC es respetuosa con los principios de buena regulación y si cumple con el mandato de evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas a la actividad económica (Artículo 130. 2 de la LPACAP).

Esta cuestión afecta por igual al control de las concentraciones de empresas de dimensión comunitaria como al realizado a nivel nacional por la CNMC en aplicación de la LDC de tal modo que este trabajo tratará las cuestiones de fondo y de procedimiento relativas a las dos jurisdicciones.

4. Este trabajo tiene como objetivo analizar la conveniencia de controlar las adquisiciones de participación minoritaria que no otorgan el control a la empresa adquirente cuestionando el alcance de las operaciones que deben ser objeto de control por parte de la Comisión Europea y de la CNMC. Para ello se tendrán en cuenta los siguientes principios que deben presidir la normativa del control de concentraciones: el principio de subsidiariedad, la ventanilla única, la evaluación por parte de la autoridad mejor situada y la minimización de las cargas a las empresas y a las autoridades de competencia.

II. La adquisición de participaciones minoritarias que no otorgan el control

5. Al contrario de lo que ocurre en otros países de la UE –Austria, Alemania y Reino Unido– y en algunos países extracomunitarios, por ejemplo Japón, Canadá, Chile y EEUU, el Reglamento europeo de concentraciones y la LDC impiden el examen previo de transacciones consistentes en adquisiciones de una participación minoritaria no supone la adquisición del control de la empresa adquirida⁶.

El Reglamento europeo define una operación de concentración como la adquisición del control, directo o indirecto de una o varias empresas sobre otra u otras (artículo 3.1, letra b)⁷. La LDC en el artículo 7.1 también exige para denominar concentración económica la adquisición del control sobre la adquirida. Ambas normas dejan, por tanto, fuera de la vigilancia de las autoridades de competencia una posible fuente de daño a la competencia y los consumidores⁸.

6. La cuestión de realizar un control previo de las adquisiciones de participaciones minoritarias se plantea por la necesidad de dotar a las autoridades de competencia de todos los métodos y mecanismos para luchar contra todas las fuentes de daño a la competencia y, por tanto, a los consumidores.

⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco: Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE*, 9 de julio 2014, COM (2014) 449 final, pp: 10-11 y COMPETITION & MARKETS AUTHORITY, *Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure*, p. 15. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/384055/CMA2_Mergers_Guidance.pdf COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco...*, pp: 10-11.

⁷ Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (“Reglamento comunitario de concentraciones”), DOUE L 24 de 29 de enero de 2004, p. 1. Véase la interpretación de esta disposición en STG (Sala tercera) de 6 de julio de 2010, *Aer Lingus Group plc c. Comisión Europea y Ryanair Holdings plc*, T-411/07.

⁸ La Comisión europea puede analizar los efectos de una adquisición minoritaria preexistente en una empresa cuando ésta es parte en una operación en la que se adquiere el control pero no cuando la adquisición minoritaria se produce en un momento posterior. Véase el ejemplo en la Decisión de la Comisión 13 marzo 2009, *IPIC/MAN Ferrostaal AG*, COMP/M.5406. En cambio la Comisión no pudo analizar una adquisición minoritaria en la Decisión de la Comisión de 27 junio 2007, *Ryanair/AerLingus I*, Asunto COM/M.4439 y fue la Comisión de Competencia del Reino Unido la que obligó a Ryanair a limitar a menos de un 5% su adquisición.

Aunque Ryanair recurrió la decisión ésta fue confirmada en Judgment Court of Justice (Civil) de 12 febrero, *Ryanair Holdings plc v Competition and Markets Authority - Aerlingus Group plc* Case No: C3/2014/1376.

Véase también los efectos anticompetitivos no coordinados que obligaron a asumir ciertas obligaciones para que la adquisición minoritaria de la Decisión de la Comisión de 19 de septiembre de 2006, *Toshiba/Westinghouse*, COM/M.4153. Esta adquisición fue evaluada por la Comisión por su vinculación con la operación en la que si se adquirió el control de la empresa adquirida. http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4153_20060919_20212_en.pdf

La Comisión Europea puso de manifiesto en el libro blanco sobre las concentraciones económicas de 2014 los problemas que surgían por la imposibilidad de someter a estas adquisiciones a un control previo⁹.

III. Riesgos para la competencia y los consumidores

7. La experiencia de la Comisión y de los países citados anteriormente muestra que estas operaciones en las que no se adquiere el control de la empresa objetivo también pueden perjudicar la competencia y a los consumidores¹⁰. Los efectos anticompetitivos no coordinados y coordinados se producirán en el caso de que estas adquisiciones impliquen un incremento significativo del poder de mercado de las partes en la transacción¹¹.

8. En la valoración de los riesgos para la competencia pueden tenerse en cuenta ciertas características de los socios, por ejemplo si éstos son entidades privadas o públicas. Este criterio en cuestión se utilizó para valorar la capacidad de influencia real de una participación minoritaria en el asunto *VEBA/VIAG*¹². La Comisión consideró que la capacidad de influir de forma decisiva del socio minoritario con intereses empresariales en la política de la adquirida puede acentuarse si los socios mayoritarios son instituciones públicas (municipios) que, por lo general, están representados en sus órganos por un mandatario político. Este hecho hace, a juicio de la Comisión, que el interés empresarial esté concentrado exclusivamente en las empresas privadas que poseen la participación minoritaria. Esto puede ocasionar que, en la práctica el peso de la participación y representación de las entidades privadas pueda ser muy superior al que expresan nominalmente las participaciones y la presencia cuantitativa en los órganos de las empresas.

1. Efectos anticompetitivos en adquisiciones horizontales

A) Efectos anticompetitivos no coordinados

9. Se denomina efectos no coordinados o unilaterales a los producidos tras la concentración o la transacción minoritaria que permite a la nueva entidad o entidades aumentar su poder de mercado e incrementar los precios unilateralmente¹³. El libro blanco concluye que los efectos anticompetitivos no

⁹ Esta imposibilidad de control impedía tener en consideración los intereses de las empresas con previas participaciones minoritarias en competidores y las que actúan mercado arriba o abajo de las partes en una concentración salvo en el caso de una notificación de una adquisición de control distinta. Tampoco es posible controlar las adquisiciones de participación minoritarias que se produzcan tras la evacuación en aplicación del Reglamento de concentraciones de una operación en la que se adquiere el control. European Commission, *Commission staff working document. White paper. Towards more effective EU merger control*, 9 julio 2014, COM (2014) 449 final, p. 17.

¹⁰ Decisión de la Comisión de 13 de julio de 2005, *Siemens/VA Tech*, COMP/M.3653 y otros asuntos citados en el Anexo II del documento de consulta de la comisión Europea. http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3653_20050713_20600_en.pdf. Y las decisiones de las autoridades de otros Estados citadas en el documento de trabajo para la elaboración del libro blanco de la Comisión, European Commission, *Commission staff working...*, pp:17-22.

¹¹ Para un estudio detallado de la evaluación de los daños que las concentraciones producen para el bienestar general y de los consumidores y la separación de los daños en coordinados y no coordinados véase, M. MOTTA, *Competition policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, pp: 231-301. Después de la publicación de esa obra la Comisión adoptó dos comunicaciones para orientar a las empresas sobre la evaluación de los daños que las operaciones de concentración. Estas directrices se siguen también por la CNC –y CNMC– actualmente para la aplicación de la LDC. COMISIÓN EUROPEA, *Directrices para la evaluación de las de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*, DO C 265 de 18 octubre 2008, pp: 6-24 y COMISIÓN EUROPEA, *Directrices para la evaluación de las de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*, DO C 31 de 5 febrero 2004, pp: 5-18. Sobre la aplicación de los efectos de las concentraciones y su análisis en aplicación del artículo 10 LDC, véase J. FOLGUERA/P. VIDAL, “Artículo 10”, en J. MASSAGUER/J. FOLGUERA/J.M. SALA ARQUER/A. GUTIÉRREZ, (DIR.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Thomson-Civitas, 3ª ed., 2012, pp: 431 y ss.

¹² Decisión de la Comisión de 13 junio 2000, *VEBA/VIAG*, COMP.M.1673, p. 39.http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1673_20000613_600_es.pdf

¹³ Véase el estudio de estos efectos en las concentraciones horizontales en aplicación del Reglamento de concentraciones hasta el año 2004 en M. MOTTA, *Competition policy...* pp: 233-250.

coordinados se pueden producir al incrementar los incentivos y la capacidad del adquirente de aumentar los precios o limitar la producción¹⁴.

- En caso de que el comprador tenga un incentivo financiero en los beneficios de su competidor puede decidir internalizar el incremento de los beneficios que resultarían del incremento de los precios de sus productos o la reducción de su propia producción¹⁵.
- La gravedad de los problemas de competencia se acentúan cuando el comprador adquiere capacidad de influencia en las decisiones de la adquirida y esto le permite utilizar su posición para limitar las estrategias competitivas de ésta última. La debilita así como fuerza competitiva¹⁶.

La capacidad de influencia en el competidor puede obtenerse de forma directa o indirecta (a través de otra empresa del grupo) y mediante la adquisición de derechos de voto, derechos de información o la capacidad de influir en la toma de decisiones estratégicas –necesarias para aprobar inversiones, innovar en los productos o la decisión del ámbito geográfico de ventas–¹⁷.

B) Efectos anticompetitivos coordinados

10. Las adquisiciones minoritarias que no otorgan el control sobre el objetivo pueden producir también efectos anticompetitivos coordinados¹⁸. Se denominan efectos coordinados anticompetitivos o *pro-collusive effects* a los posibles efectos derivados no del comportamiento de una única empresa sino los generados por el establecimiento de unas condiciones más favorables para la colusión en el mercado¹⁹. Este efecto no sólo depende de la adquisición minoritaria o la concentración, sino de otros factores como las barreras de entrada, los vínculos de propiedad entre competidores, las posibilidades de intercambio de información entre las empresas, la regularidad y frecuencia de las conexiones en el mercado y la ausencia de otras presiones competitivas.

El Tribunal de Primera Instancia ya determinó en el asunto *Air Tours/FirstChoice* el estándar de prueba en las evaluaciones de las concentraciones para considerar más probable la coordinación de las empresas restantes en el mercado tras la operación²⁰. Las condiciones que deben cumplirse para que una autoridad de competencia impida una operación de concentración por el riesgo de coordinación son:

1. El nivel de transparencia tiene que ser tal que “cada miembro del oligopolio tiene que tener la capacidad de conocer cómo se están comportando los otros con el fin de controlar si están adoptando la política colusoria común”.
2. Los “mecanismos de castigo o de represalia que disuadan a los miembros del oligopolio de alejarse de la política común”: tienen que ser creíbles y de posible ejecución.
3. Los competidores actuales y futuros así como los consumidores no son capaces de poner en peligro los resultados esperados de la política común”.

¹⁴ Véase el análisis realizado por la autoridad británica de la competencia en su examen de la adquisición minoritaria de Ryanair sobre AerLingus que no pudo ser evaluada por la Comisión europea en aplicación del Reglamento de concentraciones. COMPETITIONCOMMISSION en su *Informe final de 28 de agosto de 2013, Ryanair Holdings plc and AerLingus Group plc*, pp: 35-70. http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402162742/http://www.competition-commission.org.uk/assets/competition-commission/docs/2012/ryanair-aer-lingus/130828_ryanair_final_report.pdf.

¹⁵ Este efecto se produciría en el caso de que la participación minoritaria otorgara influencia al comprador sobre las decisiones del objetivo (adquisición activa) o no se la otorgara (adquisición minoritaria pasiva). COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco...*, p. 11.

¹⁶ Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2007, *Ryanair/AerLingus I*, Asunto COMP/M.4439 confirmada por el Tribunal General en STG 6 julio de 2010, *Ryanair Holdings plc c. Comisión Europea*, Rec. 2010, p. II- 3457.

¹⁷ Véase también los efectos anticompetitivos no coordinados derivados de los derechos de veto y de la posibilidad de obtener información de un competidor que obligaron a las partes a asumir ciertas obligaciones para que la adquisición minoritaria de la Decisión de la Comisión de 19 de septiembre de 2006, *Toshiba/Westinghouse*, COM/M.4153, pp: 20 y ss. http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4153_20060919_20212_en.pdf

¹⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco...*, p. 12.

¹⁹ M. MOTTA, *Competition policy* ... pp. 250-264.

²⁰ STPI de 6 junio de 2002 *Air Tours plc c. Comisión Europea*, T-342/99, Rec. 2002, II-2592.

11. La experiencia de la Comisión demuestra que las adquisiciones minoritarias pueden aumentar la transparencia y con ello incentivar la colusión tácita o explícita para obtener beneficios supracompetitivos²¹. Asimismo, cuando la adquisición minoritaria otorga al comprador acceso privilegiado a las actividades comerciales de su objetivo puede incrementar la credibilidad y la eficacia de la amenaza de represalias en caso de que este último se aleje del comportamiento colusorio.

Esto puede producirse en el caso de que la operación otorgue al socio minoritario representación en el consejo de vigilancia de un competidor que le permitirá tener capacidad de influencia en la toma de decisiones y estrategias más importantes²².

2. Efectos anticompetitivos en adquisiciones no horizontales

12. Las adquisiciones minoritarias no horizontales también pueden plantear problemas de competencia relacionados con la posibilidad de bloquear los insumos o los clientes²³. La Comisión Europea considera que el daño por el bloqueo de los insumos puede ser incluso más probable en las adquisiciones minoritarias que en las concentraciones en las que se adquiere el control ya que la empresa compradora sólo asume una parte de la pérdida de los beneficios producida como consecuencia de las prácticas exclusionarias²⁴.

De la experiencia administrativa de la Comisión se deriva que las adquisiciones minoritarias no horizontales pueden producir tanto efectos coordinados como no coordinados contrarios a la competencia y a los consumidores²⁵.

A) Efectos no coordinados

13. La operación producirá un daño en la competencia si la entidad resultante adquiere la capacidad y los incentivos para impedir a los competidores el acceso a insumos, productos o servicios que ésta hubiera suministrado de no producirse la concentración. Este bloqueo puede elevar los costes de los competidores o incluso limitar su capacidad de expansión si se trata, como se demostró en el asunto *IPIC/MAN Ferrostaal*, de la tecnología para producir un producto²⁶.

— La capacidad para impedir el acceso a la tecnología para fabricar un producto.

14. La capacidad para cerrar el mercado impidiendo el acceso a los insumos depende de un elemento relativo a la adquisición minoritaria. Ésta tiene que otorgar la posibilidad de tener una influencia decisiva en la participada. La posibilidad de ejercer una influencia decisiva en la empresa a través de una adquisición minoritaria (menor al 30%) puede ser posible si el acuerdo contempla disposiciones que otorgan derechos de protección que van más allá del ámbito normal de los derechos de un accionista minoritario. La utilización de esos derechos puede permitir el ejercicio de una influencia en la toma de decisiones importantes sobre los contratos de cesión de licencias y desarrollo de proyectos competitivos de la adquirida. Si la entidad resultante compite con los licenciarios en fases sucesivas del proceso productivo esta cuestión puede debilitar la capacidad de competir del resto de empresas.

²¹ Decisión de la Comisión de 13 junio 2000, *VEBA/VIAG*, COMP.M.1673, p. 3. http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1673_20000613_600_es.pdf

²² La participación le puede ofrecer la posibilidad de obtener información sobre los precios, volúmenes de compra, etc. *Ibidem*

²³ La referencia a las concentraciones no horizontales incluye las verticales y las conglomeradas tal y como las distingue y ofrece orientación para su análisis la Comunicación sobre concentraciones no horizontales, COMISIÓN EUROPEA, *Directrices para la evaluación de las de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*, DO C 265 de 18 octubre 2008, p. 6.

²⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco* ..., p. 12.

²⁵ M. IVALDI, B. JULLIEN, P. REY, P. SEABRIGHT, J. TIROLE, *The Economics of Tacit Collusion*, IDEI, Toulouse, March 2003, Final Report for DG Competition, European Commission. http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf

²⁶ La tecnología y también la melanina que se produce con ella son el insumo en el supuesto analizado por la Comisión Europea en el asunto *IPIC/MAN Ferrostaal*. Decisión de la Comisión de 13 de marzo de 2009, *IPIC/MAN Ferrostaal*, COMP/M.5406, p. 9. http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5406_20090313_20212_en.pdf

Además, tal y como se puso de manifiesto en el asunto mencionado, en el supuesto de que la adquisición afecte a derechos de propiedad industrial los acuerdos de accionistas pueden otorgar al accionista minoritario amplios derechos de información, lo que puede tener efectos disuasorios sobre la contratación de licencias en los clientes actuales y potenciales dado que la importante información que hay que intercambiar en los contratos de cesión de tecnología puede acabar en manos del competidor del futuro licenciario. Tras la operación la entidad resultante puede tener la posibilidad de limitar la capacidad de crecimiento o retrasar los proyectos de competidores actuales que utilicen esa tecnología o impedir la entrada de nuevos competidores.

15. El efecto dañino sobre la competencia en las adquisiciones minoritarias no horizontales dependerá también de la estructura del mercado. La capacidad para impedir el acceso al input -la tecnología necesaria para la producción de una materia prima o producto intermedio- puede plantear problemas de competencia si se refiere a un input importante para el mercado aguas abajo y si los competidores -la entidad integrada verticalmente- tienen un poder de mercado significativo en el mercado aguas arriba²⁷.

La tecnología puede ser un input importante para el mercado aguas abajo si la mayoría de los productores utilizan esa tecnología para construir a nivel mundial las fábricas de producción. Si no existe otra tecnología alternativa que sea considerada viable por los fabricantes, el incremento de la capacidad productiva del producto final o la entrada de nuevos fabricantes sólo parece posible si tienen acceso a esa tecnología.

16. Será necesario valorar también si la entidad sobre la que ahora se puede ejercer la influencia decisiva es una entidad que tiene un poder de mercado significativo. Por ejemplo, si se trata de la única entidad que al no estar integrada verticalmente ofrece y otorga licencias de la tecnología necesaria para la producción de un producto a terceros. Esto puede ocurrir en el caso de que el resto operadores poseen su propia tecnología y no la ceden porque la usan ellas mismas -están integradas verticalmente u operan en jointventures en las que el propietario de la tecnología tiene una gran cuota- o la tecnología que poseen no constituye una opción viable para los productores²⁸.

— Incentivos para impedir el acceso a la tecnología.

17. La adquisición minoritaria puede crear incentivos para impedir el acceso a los insumos. Para determinar si éstos existen hay que valorar el beneficio que este bloqueo otorgue²⁹. La autoridad de competencia tendrá que analizar las condiciones del mercado para averiguar si estos incentivos resultarán de la concentración. Por un lado, la Comisión evalúa la pérdida de beneficios aguas arriba por la reducción de las licencias que la filial dejaría de otorgar y, por otro, el beneficio obtenido por la expansión de las ventas o el incremento de los precios en el mercado del producto fabricado por otras empresas del grupo integradas verticalmente -y que disponen de su propia tecnología-.

Si el cierre del mercado de la tecnología provoca un aumento de los precios y la empresa poseedora de la participación minoritaria sólo soporta una parte (inferior al 30%) de las pérdidas del licenciante no hace falta que los precios se eleven sustancialmente en caso de que el competidor que se beneficia tiene una cuota importante de mercado³⁰. Esta posibilidad también dependerá de la situación de la demanda en el mercado y su previsión en el futuro.

18. Finalmente el análisis exige valorar el impacto global en la competencia efectiva de la participación minoritaria. Para ello habrá que evaluar si el bloqueo de los insumos dará lugar a un incremento de los precios en el mercado descendente.

²⁷ Decisión de la Comisión de 13 de marzo de 2009, *IPIC/MAN Ferrostaal*, ... p. 9.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Directrices para la evaluación de las de las concentraciones no horizontales*..., pp. 12 y ss.

³⁰ *Ibidem*.

B) Efectos anticompetitivos coordinados

19. Las adquisiciones minoritarias verticales pueden también producir efectos coordinados si la transacción erige barreras de entrada e incrementa la dependencia de los actuales productores –que utilizan la tecnología de la adquirida– de la empresa adquirente. La producción de estos efectos dependerá de la estructura de mercado tras la operación, si la operación elimina la presión competitiva de la empresa sobre la que se puede tener esa influencia se puede aumentar la probabilidad de coordinación del comportamiento de las empresas restantes³¹.

Esto es probable si, como también se puso de manifiesto en el asunto *IPIC/MAN Ferrostaal*, el mercado está altamente concentrado -solo permanecerían dos oferentes del input-, el producto es muy homogéneo, el mercado es muy transparente, operadores restantes son simétricos en cuanto de mercado, capacidad e incentivos.

La probabilidad de realizar comportamientos colusorios dependerá también de la posibilidad de su descubrimiento y sanción, en su caso. Si el mercado está altamente concentrado –restan dos operadores– la colusión tácita es fácil de organizar de forma eficiente y difícil de detectar.

Finalmente, la generación de estos efectos dependerá de si los clientes son capaces de cambiar de suministrador hacia proveedores alternativos y éstos tienen la posibilidad de incrementar su capacidad para servir a esta nueva demanda.

IV. Posibles soluciones

1. La aplicación de las disposiciones que prohíben las ententes y los abusos de posición de dominio

20. Una primera opción que debe plantearse para resolver los posibles daños a la competencia de las adquisiciones minoritarias es la posibilidad de aplicar las disposiciones relativas a la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia y los abusos de posición dominante. La aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE –y de los artículos 1 y 2 de la LDC para las que no alcancen dimensión comunitaria– para controlar las adquisiciones minoritarias plantea los inconvenientes que ya se pusieron de manifiesto en el periodo previo a la adopción del Reglamento de concentraciones en el año 1989. En ese momento se estudió la utilización de los entonces artículos 85 y 86 del Tratado de Roma para controlar las concentraciones entre empresas³².

Las dificultades de aplicación del 101 TFUE se refieren por un lado, a la dificultad de calificar como “acuerdo” los instrumentos jurídicos con los que se instrumenta la adquisición de una participación minoritaria, piénsese, por ejemplo, en las adquisiciones de acciones en el mercado de valores³³. Y, por otro lado, en la necesidad de demostrar que dicho acuerdo tiene como objeto o por efecto restringir la competencia³⁴.

La aplicación del artículo 102 TFUE requiere que la empresa adquirente ostente posición de dominio y que la compra minoritaria constituya un abuso de esa posición. Esto hace que el control de estas adquisiciones no pueda realizarse en todos los casos³⁵.

³¹ M. IVALDI, B. JULLIEN, P. REY, P. SEABRIGHT, J. TIROLE, *The Economics of...*, p. 65.

³² R. ALONSO SOTO, “La aplicación del artículo 85 del Tratado CEE a las concentraciones de empresas (Comentario a la Sentencia Philip Morris, de 17 de noviembre de 1987), *RIE*, 1988, pp: 769-788 y N. GOÑI URRIZA, *Problemas de aplicabilidad del Reglamento (CEE) 4064/89 sobre el control las operaciones de concentración entre empresas*, Granada, Comares, 1997, pp: 50-89.

³³ Comisión europea destaca la limitada capacidad de los artículos 101 y 102 del TFUE para controlar las adquisiciones minoritarias y sus inconvenientes procedimentales, EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document Accompanying the document White Paper: Towards more effective EU merger control*, Brussels 9.7.2014, SWD (2014) 221 final, p. 23.

³⁴ Sentencia TJCE de 17 de noviembre de 1987, *British American Tobacco Company Ltd y otros/Comisión*, 142 y 156/84, Rec. 4566 y ss. Véase el análisis de este caso en N. GOÑI URRIZA, *Problemas de aplicabilidad*, ...pp: 79 y ss. y la doctrina citada en la nota 190.

³⁵ Decisión de la Comisión de 9 diciembre 1971, *Continental Can*, 72/21/CEE, JOCE7/25 de 8 de enero y sentencia del 21 febrero 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. C. Commission des Communautés européennes*, 6/72, ECR p. 216. Y STJUE 6 julio 2010, *AerLingus v. Commission*, asunto T-411/07, ECR II-3691, 2010.

21. Las adquisiciones minoritarias suponen un cambio estructural duradero en el mercado, no constituyen comportamientos conductuales, por ello los efectos perjudiciales que pueden producir son similares a las adquisiciones que otorgan el control de la empresa adquirida. Esto hace que la evaluación de sus efectos encaje más con el test de la *restricción significativa de la competencia efectiva* –test RSCE– previsto en el artículo 2 del Reglamento de concentraciones o el de la *obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva* del artículo 10 de la LDC que con el análisis realizado en aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE o en los artículos 1 y 2 de la LDC³⁶.

22. Otras razones relativas a la seguridad jurídica aconsejan también someter estas adquisiciones a las disposiciones previstas para las concentraciones en la LDC y al Reglamento comunitario de concentraciones. Por un lado, la aplicación de las reglas prohibitivas de los acuerdos y el abuso de posición de dominio requeriría que las empresas partes de la adquisición autoevaluaran su compatibilidad con las reglas de competencia y asumieran el riesgo de la intervención de las autoridades nacionales o estatales de la competencia con posterioridad. En estos casos en los que hay que evaluar los efectos en el futuro de los cambios duraderos que suponen las adquisiciones minoritarias, este procedimiento parece garantizar en menor medida la seguridad jurídica que el previsto en el Reglamento y en la LDC para las concentraciones. En virtud de estas normas la autoridad de competencia debe adoptar una decisión de autorización o prohibición en un plazo breve y legalmente obligatorio³⁷.

2. Sistema de transparencia selectivo

23. Por todas las razones expuestas en el apartado anterior parece conveniente el sometimiento de estas operaciones al sistema europeo y español de control de concentraciones establecido en los dos ordenamientos jurídicos para las operaciones con y sin dimensión comunitaria, respectivamente.

La Comisión Europea considera en el libro blanco que el sistema que se adoptara debiera respetar tres principios básicos. En primer lugar, debe permitir el control *ex ante* de las operaciones potencialmente dañinas para la competencia. En segundo lugar, el sistema no debe crear cargas burocráticas desproporcionadas ni para las empresas participantes ni para las autoridades de competencia. En tercer lugar, el sistema debe ajustarse al sistema actual de atribución de casos y reenvío de casos entre la Comisión y las Autoridades Nacionales de la Competencia.

24. Para cumplir con el primer principio la Comisión Europea y la CNMC sólo debieran controlar las adquisiciones minoritarias susceptibles de causar un daño al mercado. Atendiendo a los potenciales perjuicios o “teoría del daño” identificadas por la teoría económica y la Comisión europea en su libro blanco sólo ciertas adquisiciones minoritarias entre competidores o entre empresas en las que exista una relación directa vertical son potencialmente anticompetitivas. De entre ellas, solo las transacciones en las que se adquiere cierta influencia sobre el comportamiento competitivo de la empresa objetivo o las transacciones que crean incentivos en la empresa adquirida de adaptar su comportamiento competitivo deberían ser objeto de evaluación previa. De este modo se garantizaría el análisis de las adquisiciones problemáticas pero sólo de éstas.

El criterio de la notificación previa de todas las adquisiciones minoritarias que superaran determinados umbrales –como está previsto ahora para las concentraciones en el Reglamento europeo y en la LDC– crearía una carga desproporcionada tanto para las empresas como para las autoridades de competencia.

³⁶ Véase la aplicación de este criterio de evaluación por la extinta CNC en una concentración de compra de activos. Resolución CNC de 18 febrero de 2009, *Caso Productos del Café/Cafés Castel*, Expte. C-0132/09.

³⁷ Está generalmente admitido la ventaja que supone el sometimiento de la prohibición de las concentraciones a unos plazos breves previstos en el artículo 36.2 LDC –de un mes para la primera fase y de dos meses para la segunda fase– y en el Reglamento de concentraciones –35 y 90 días respectivamente– (artículo 10). Aunque ambas normas prevén la posibilidad de ampliar o suspender estos plazos por causas tasadas los efectos del silencio administrativo son de autorización.

25. La Comisión ha propuesto un sistema al que ha denominado *sistema de transparencia selectivo*³⁸. Este sistema le otorgaría competencia para evaluar, en aplicación del Reglamento de concentraciones, un número limitado de casos, solo las adquisiciones minoritarias potencialmente anticompetitivas³⁹.

Para que una adquisición minoritaria pueda ser considerada potencialmente anticompetitiva debe cumplir dos condiciones:

- 1) La transacción tiene que afectar a competidores o a empresas que actúan en mercados relacionados verticalmente. En esta fase no se trataría de determinar el mercado relevante y analizar si las partes son competidoras en él sino de considerar si son activas en el mismo sector económico y en el mismo ámbito geográfico y si el adquirente tiene una relación de competencia con la adquirida⁴⁰.
- 2) La vinculación entre las empresas participantes debe ser significativo. Se requeriría un nivel mínimo de participación (alrededor del 20% o si es inferior pero superior al 5% que la operación otorgue –alternativa o cumulativamente– ciertos derechos adicionales). Esos derechos –derechos de bloqueo, nombramientos en el consejo de administración, acceso a información sensible de un competidor, etc.– pueden conferir a la empresa adquirente cierta influencia sobre la adquirida o acceso a información sensible.

La concurrencia de estos elementos crearía lo que el libro blanco denomina *vínculo significativo desde el punto de vista de la competencia*. Este vínculo justificaría, atendiendo a la práctica en otras jurisdicciones y la teoría del daño establecida por los economistas, la exigencia del control previo de las autoridades de competencia.

- La Comisión propone el umbral de participación en el 20% para considerar la existencia de un vínculo significativo⁴¹.
- Si la cuota de participación adquirida se encuentra entre el 5 y el 20% se requeriría que operación otorgara a la compradora ciertos derechos –nombrar a miembros del consejo de administración, la posibilidad de ejercer influencia u obtener acceso a información de la adquirida, sensible para competir en el mercado–. En estas condiciones la adquisición crearía el vínculo significativo desde el punto de vista concurrencial⁴².

3. Procedimiento propuesto y modificaciones legales necesarias

26. El procedimiento propuesto por la Comisión en el Libro blanco tiene varias fases⁴³: En primer lugar, las partes se autoevaluarán para decidir si la transacción proyectada crea ese vínculo significativo desde el punto de vista de la competencia.

³⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco*..., pp: 26-35.

³⁹ Únicamente entre 20 y 30 adquisiciones minoritarias al año serían sometidas al control previo en aplicación de este nuevo sistema. *Ibidem* ..., p: 27.

⁴⁰ Este criterio permitiría a la Comisión europea valorar las cuestiones de competencia que plantean las adquisiciones minoritarias sobre empresas con las que no se compite directamente pero que disponen de una participación minoritaria en una o más empresas que si compiten con la adquirida. Supuesto semejante al evaluado por la Comisión europea en el asunto *IPIC/Ferrostaal AG* en aplicación del Reglamento de concentraciones tras una adquisición del control de una empresa. Decisión de la Comisión de 13 de marzo de 2009, *IPIC/MAN FerrostaalAG*, COMP/M.5406.

⁴¹ A partir de esta participación algunas legislaciones nacionales en materia societaria confieren derechos a los accionistas para bloquear resoluciones estratégicas lo que le permite influir en la estrategia de la empresa adquirida. Aunque la participación mínima para tener esa capacidad difiere entre Estados y en cada uno de ellos de la forma societaria, es necesario atender también a elementos fácticos que influyen en los derechos de los accionistas. COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco* ..., p: 28.

⁴² A partir de esos umbrales los incentivos financieros de la empresa pueden cambiar y afectar a los incentivos de las empresas para competir

⁴³ COMISIÓN EUROPEA, *Libro blanco* ..., p. 31. Los cambios propuestos suponen la modificación del Reglamento europeo de concentraciones lo que requiere la unanimidad de los Estados miembros.

En segundo lugar, si la operación creara ese vínculo las partes tendrían la obligación de comunicar el proyecto a la Comisión, a través de una nota informativa⁴⁴. La Comisión tendría así la oportunidad de pronunciarse sobre si la operación es problemática y, tras la publicación de la comunicación, se daría la opción a los EEMM y a otros operadores de manifestar sus observaciones. Los Estados miembros podrían asimismo solicitar, en su caso, la remisión. Para que el reenvío del artículo 9 pueda ser puesto en marcha por parte de los Estados miembros, la legislación nacional debe permitir el control de las adquisiciones minoritarias que no otorgan el control de la empresa comprada.

Finalmente, en caso de que la Comisión considerara que la operación requiere una investigación formal en aplicación del Reglamento de concentraciones solicitaría a las partes una notificación formal que diera lugar al inicio de la fase I del procedimiento. Por el contrario, si esta comunicación de transparencia no planteara problemas de competencia las partes, tras un periodo de tiempo podría ejecutar la transacción⁴⁵.

27. El encaje de este procedimiento en el ordinario del Reglamento de concentraciones requiere el establecimiento de la suspensión de la ejecución de la operación (artículo 7 Reglamento) para que en un plazo de 15 días la Comisión pueda evaluar la conveniencia de solicitar a las partes una notificación formal y los Estados miembros solicitar la remisión del asunto en aplicación del artículo 9⁴⁶.

Para permitir que el resto de operadores presenten sus observaciones la Comisión sugiere el establecimiento de un periodo tras la ejecución de la transacción en el cual se pudiera iniciar de nuevo la evaluación. Ese periodo de “prescripción” es de 4 meses en la legislación del Reino Unido (Section 24 Enterprise Act)⁴⁷.

A) Encaje del sistema de transparencia selectivo en la LDC

28. Al igual que ocurre en el ámbito europeo, la actual regulación del artículo 9.4 LDC no obliga a notificar a la CNMC una transacción que consista en la compra de una participación que no suponga la adquisición del control sobre su objetivo. Por tanto, hoy en día los efectos perjudiciales de estas operaciones escapan al control de la CNMC⁴⁸.

El concepto de concentración y de control de la LDC es el mismo que el del Reglamento de concentraciones; este último se refiere a la capacidad de “ejercer una influencia decisiva” sobre la compañía⁴⁹.

Pero las razones expuestas sobre los posibles efectos negativos para los consumidores de las adquisiciones minoritarias –que sin llegar a otorgar el control pueden limitar la capacidad de las empresas para competir o modificar los incentivos financieros– son trasladables al mercado español y a las adquisiciones que no tienen dimensión comunitaria. Por ello, en estos momentos de reflexión para la modificación de la LDC sería conveniente plantearse esta cuestión y no perder la oportunidad de dotar a la CNMC de todos los mecanismos necesarios para garantizar el adecuado funcionamiento de los mercados⁵⁰.

⁴⁴ Voluntariamente las partes podrían realizar una notificación formal –en el sentido del artículo 4.1 del Reglamento de concentraciones– dando inicio de este modo el procedimiento ordinario del control de concentraciones.

⁴⁵ La Comisión europea considera necesario que la comunicación de transparencia suministre información, como mínimo, sobre las partes, su volumen de negocios, detalles de la transacción, la participación de la adquirente antes y después de la operación y los derechos que se otorguen al comprador sobre la empresa adquirida. Asimismo debiera conocerse información sobre el mercado y sus principales competidores: las cuotas de mercado de las partes en aquéllos mercados donde se supere la cuota de mercado combinada del 20%. Similar información se requiere en aplicación de la normativa alemana y de los USA para el control de adquisiciones minoritarias. *Ibidem*.

⁴⁶ Este es el periodo de tiempo previsto en el artículo 9 del Reglamento para que las autoridades de competencia de los Estados miembros soliciten la remisión porque consideran que la operación afecta o puede afectar a un mercado definido, dentro de ese Estado.

⁴⁷ COMPETITION & MARKETS AUTHORITY, *Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure*, p. 28. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/384055/CMA2__Mergers__Guidance.pdf

⁴⁸ RCNC de 7 septiembre 2011, *Gestamp/Essa Palau*, Exp. C-0382/11. Y comentario FOLGUERA/P. VIDAL, “Artículo 10”, en J. MASSAGUER/J. FOLGUERA/J.M. SALA ARQUER/A.GUTIÉRREZ, (DIR.), *Comentario a la Ley* ..., pp: 380-381.

⁴⁹ Esta afirmación se deduce de la comparación de los artículos 7 apartados 1 y 2 de la LDC y el artículo 3.1 del Reglamento de concentraciones y de la aplicación de los mismos por las autoridades y tribunales correspondientes.

⁵⁰ Los criterios para atribuir jurisdicción sobre las operaciones de concentración del sistema de control de la LDC debe permitir que la CNMC pueda examinar las operaciones potencialmente peligrosas para el mantenimiento de la competencia efectiva pero no deben someter al control las operaciones que no lo son. Las cifras de notificaciones de cada año a la CNMC y

29. Para que la vigilancia de la CNMC pudiera alcanzar estas operaciones sería necesario modificar la LDC para atribuir jurisdicción sobre las adquisiciones minoritarias que crearan ese *vínculo significativo desde el punto de vista de la competencia* y superaran uno de los umbrales previstos en el artículo 8.1 LDC⁵¹. Esta modificación debiera respetar igualmente los principios planteados para la modificación del Reglamento de concentraciones: permitir el control *ex ante*, la no imposición de cargas burocráticas desproporcionadas ni para las empresas participantes ni para la CNMC y ajustarse al sistema actual de atribución de casos y reenvío de casos entre la Comisión y las Autoridades Nacionales de la Competencia⁵².

Esta modificación es deseable porque conseguiría también un control de concentraciones español armonizado con el previsto en la legislación europea y nos acercaría al deseable objetivo de que todas las autoridades de competencia en Europa aplicaran la misma legislación en materia de concentraciones.

30. El criterio de evaluación previsto en la LDC para impedir las concentraciones que obstaculicen la competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional (artículo 10.1 LDC) aplicado por la CNMC -siguiendo los criterios de la Comisión europea en aplicación del Reglamento europeo- es el más adecuado para evaluar las adquisiciones de participaciones minoritarias en España también porque no requiere la demostración de la posición de dominio y el abuso de la misma⁵³.

Este criterio es el que se utiliza también por las legislaciones europeas que controlan las adquisiciones minoritarias⁵⁴. Por ello, la modificación de la LDC en el sentido propuesto en este trabajo alinearía el control de las adquisiciones minoritarias con los países de nuestro entorno y con la UE desde el punto de vista sustantivo.

31. El sistema previsto para la comunicación de las adquisiciones minoritarias debe encajar en el procedimiento del control de las concentraciones establecido en los artículos 55 y siguientes de la LDC. Se requeriría la modificación de la LDC para que las partes de una adquisición minoritaria que no otorgara el control a la adquirente pero que creara esos vínculos significativos desde el punto de vista de la competencia y que superara los umbrales del artículo 8 tuvieran la obligación de presentar una comunicación a la CNMC. La comunicación se realizaría tras una autoevaluación de las partes aunque la CNMC podría solicitar la presentación de la misma si tuviera conocimiento de la existencia de la adquisición y ésta no se hubiera realizado.

el número de autorizaciones en primera fase sin compromisos –más del 95% en el año 2016– parece recomendar la revisión de los umbrales del artículo 8 LDC. Esto permitiría que la competencia de la CNMC para evaluar las adquisiciones minoritarias no la sobrecargara excesivamente. Véanse las cifras sobre las notificaciones y las resoluciones del Consejo de la CNMC en COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *Memoria 2016*, p.26.

⁵¹ La CNMC es competente para evaluar las concentraciones que afecten a empresas de cierta envergadura. Alternativamente se deben superar uno de los dos umbrales previstos en el artículo 8.1 letras a y b LDC. La letra a) requiere que tras la operación la entidad adquiera una cuota de mercado igual o superior al 30 % del mercado relevante.

⁵² En cuanto a la carga que puede suponer para la CNMC, los datos publicados en la memoria del año 2016 reflejan que el número de las operaciones notificadas fueron 104, de ellas 54 operaciones fueron notificadas mediante el procedimiento simplificado, que reduce la carga de trabajo y exigencias de información de los notificantes y acelera su resolución. Por su parte, el Consejo resolvió un total de 102 operaciones de concentración en 2016 de las que 96 fueron autorizadas en primera fase sin compromisos y 5 se autorizaron en primera fase con compromisos. Una notificación fue archivada por desistimiento de las partes. No hubo por tanto, operaciones que exigieran un análisis en segunda fase. *Ibidem*.

⁵³ La CNMC y la CNC antes han aplicado la teoría del daño y los principios establecidos en las comunicaciones de la Comisión europea que contienen las directrices para la evaluación de las concentraciones horizontales y verticales, COMISIÓN EUROPEA, *Directrices para la evaluación de las de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*, DO C 265, de 18 octubre 2008 y COMISIÓN EUROPEA, *Directrices para la evaluación de las de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*, DO C 31, de 5 febrero 2004. *Vid. per omnia*: Resolución CNC de 10 junio 2009, *Distritutas/Gelesa/Siglo XXI/Logintegra*, Exp. C-119/08, Resolución CNC de 14 marzo 2010, *Redsys/Redys*, Exp. C-0119/08 y Resolución CNC de 30 junio 2010, *Prisa/Telefónica/Telecinco y Telecinco/Cuatro*, Expts. acumulados C-0231/10 y C-0230/09.

⁵⁴ Véanse la descripción de la aplicación de este criterio en COMPETITION & MARKETS AUTHORITY, *Mergers: Guidance on the CMA's jurisdiction and procedure*, p. 129. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/384055/CMA2_Mergers_Guidance.pdf y más detalladamente en COMPETITION COMMISSION AND THE OFFICE OF FAIR TRADING, *Merger Assessment Guidelines* (OFT1524/CC2)), pp:19-65. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284449/OFT1254.pdf

Para no alargar los plazos y poder ejecutar la adquisición, la CNMC debiera contestar en un breve plazo (la Comisión propone 15 días naturales). En ese período debiera mantenerse la obligación de suspensión de la adquisición. La CNMC podría adoptar dos tipos de decisión: autorizar la adquisición minoritaria o si considera necesario iniciar el procedimiento ordinario, solicitar a las partes una notificación ordinaria y dar comienzo así a la primera fase del procedimiento del artículo 57 LDC.

En esos 15 días la CNMC podría plantearse solicitar una remisión a la Comisión en aplicación del artículo 22 del Reglamento de concentraciones.

La propuesta de la Comisión Europea en el libro blanco otorga a la presentación de la comunicación de transparencia ciertos efectos de la notificación, en particular la obligación de ejecución de la suspensión. Pero esto no impediría alinear esta fase con el procedimiento de prenotificación previsto en el artículo 56.2 LDC con el fin de no alargar más los plazos para obtener la autorización de la CNMC⁵⁵.

32. La no adopción por parte de la LDC –o de todos los países de la UE– de la competencia para controlar las adquisiciones minoritarias que impliquen un riesgo para la competencia puede ocasionar una aplicación desigual de los sistemas de reenvío previstos en el Reglamento de concentraciones. Unos países podrían, alegando el principio de subsidiariedad, solicitar la remisión del artículo 9 y otros, en cambio, no. Igualmente, si en aplicación de las normas nacionales, una autoridad estatal no conoce de una adquisición minoritaria tampoco puede la Comisión europea atribuirse competencia en virtud de los artículos 22 y 4.5 del Reglamento.

Este fenómeno nos alejaría del reto de la creación del *espacio europeo de operaciones de concentración* definido en el libro blanco como el espacio en que sea cual sea la autoridad que controle la compatibilidad de una concentración con el mercado único se aplique el mismo texto normativo.

B) El sistema de transparencia selectivo y los mecanismos de remisión de los asuntos

33. Es necesario evaluar la incidencia que tendría la incorporación del sistema de transparencia selectivo para examinar las adquisiciones minoritarias en la UE y en España en los diversos mecanismos de remisión de asuntos entre las Autoridades Nacionales de la Competencia (ANC) y la Comisión (artículos 4, 9 y 22 del Reglamento de concentraciones).

Algunos desajustes en la aplicación de estos mecanismos derivarán si se mantienen las diferencias entre la regulación estatal de los Estados miembros y el Reglamento europeo sobre la posibilidad de controlar las adquisiciones minoritarias.

a) Supuestos de remisión previa a la notificación

34. La propuesta de la Comisión otorga a la nota informativa que las partes de la adquisición minoritaria le presentarían algunos efectos similares a la notificación formal del actual artículo 4.1 del Reglamento de concentraciones⁵⁶. El sistema de transparencia selectivo obligaría a las empresas a no ejecutar la transacción antes de la autorización europea –obligación de suspensión de la operación–. Asimismo contempla la posibilidad de que en los 15 días de plazo que la Comisión tiene para contestar tras la presentación de la nota informativa los Estados soliciten la remisión del asunto en virtud del artículo 9 del Reglamento.

35. La actual redacción del artículo 4.4 del Reglamento de concentraciones permite que las empresas intervinientes en un proyecto de concentración con dimensión comunitaria que todavía no

⁵⁵ Este procedimiento se empleó en el año 2016 en 94 de las 104 operaciones, lo que demuestra su utilidad tanto para las empresas notificantes como para la CNMC. El único inconveniente que puede reprochársele es el alargamiento de los plazos en los que se obtiene la resolución de autorización de la CNMC en el caso de que no haya servido para evitar la suspensión de los plazos con requerimientos de información una vez presentada la notificación formal. Véase, COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, *Memoria 2016, Actuaciones 2016*, pp. 8-11 y sobre la conveniencia de este instrumento para las empresas, E. NAVARRO VARONA, “Artículo 55”, J. en J. MASSAGUER/J. FOLGUERA/J.M. SALA ARQUER/A. GUTIÉRREZ, (DIR.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Thomson-Civitas, 3ª ed., 2012, pp: 916-917.

⁵⁶ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document ...*, pp: 31 y 32.

se ha notificado a la Comisión, alegando que la operación puede afectar de manera significativa a la competencia en un mercado de un Estado miembro que presenta todas las características de un mercado definido, soliciten que ésta se evalúe por dicho Estado miembro⁵⁷. La aplicación de este precepto tendría resultados diferentes dependiendo de si el Estado miembro para el que se solicita el reenvío puede, en aplicación de su legislación interna, evaluar la adquisición minoritaria proyectada. En caso de que la legislación nacional del Estado en cuestión no contemplara esa posibilidad la remisión sería imposible y la aplicación del artículo 4.4 del Reglamento devendría no uniforme.

Por otro lado, la aplicación de esta norma –tal y como está redactada actualmente– supondría solicitar la remisión en un momento en el que todavía no se conoce si la Comisión considera que la transacción crea el vínculo significativo desde el punto de vista de la competencia y merece la revisión en aplicación del Reglamento de concentraciones. Este inconveniente podría evitarse si la modificación normativa permitiera a las partes solicitar en el mismo escrito de la nota informativa la remisión a un Estado miembro que tuviera jurisdicción para controlar este tipo de transacciones para el caso de que la Comisión considerase la necesidad de evaluarla⁵⁸.

36. El artículo 4.5 del Reglamento, por su parte, establece la posibilidad para las empresas de solicitar la remisión, antes de la notificación formal, de los asuntos que no alcanzando los umbrales de la dimensión comunitaria (artículo 1 del Reglamento de concentraciones) tienen que ser notificados en, al menos, tres Estados miembros. En virtud de esta disposición, si uno de los Estados miembros veta en el plazo de 15 días el reenvío solicitado, el asunto no se remitirá a la Comisión⁵⁹.

En caso de producirse la reforma del Reglamento de concentraciones sin la modificación de todas las legislaciones nacionales de los Estados miembros, este mecanismo podría aplicarse únicamente, cuando la operación deba ser notificada en Alemania, Austria y Reino Unido, los tres únicos Estados miembros que otorgan a sus ANC competencia para evaluar las adquisiciones minoritarias. En este supuesto si ninguno de esos tres Estados manifiesta su disconformidad la Comisión podría tener la jurisdicción para evaluar si la operación crea esos vínculos significativos para la competencia, respetándose así el principio de la ventanilla única.

En cambio, si la transacción no debe ser notificada a alguno de tres Estados miembros sino a otros –bastaría con que uno fuera diferente a los tres mencionados–, la Comisión no podrá controlar las adquisiciones minoritarias que no alcancen los umbrales del artículo 3 del Reglamento. Estas operaciones serán sometidas únicamente al control previo de aquéllas Autoridades Nacionales cuya legislación les atribuya competencia. La diferente regulación nacional impediría así el control por una única autoridad –la ventanilla única–, aumentaría la carga administrativa para las empresas que se verían sometidas a múltiples procedimientos y se correría el riesgo de obtener decisiones contradictorias al someter la misma operación a distintas reglas. Incluso puede producirse la situación en la que una adquisición de una participación minoritaria que no otorga el control puede someterse al control previo en ciertos Estados y no en otros.

Por tanto, si en el futuro el Reglamento europeo y ciertas legislaciones nacionales someten al control de las autoridades de competencia estas operaciones y otros ordenamientos jurídicos no lo hacen pueden verse afectados los mecanismos de remisión y, por tanto la seguridad jurídica y el principio de ventanilla única.

⁵⁷ Para ello se requiere la presentación de un escrito motivado que no se puede evitar. La redacción actual ha sido interpretada por los operadores como un requisito de autoincriminación y ha podido ser disuasorio para la solicitud de este tipo de remisión a las autoridades nacionales por lo que la Comisión prevé eliminarlo y exigir exclusivamente que la concentración probablemente afectará a un mercado distinto dentro de un Estado miembro.

⁵⁸ Ni en el libro blanco ni en el documento de trabajo de la Comisión se prevé esta posibilidad.

⁵⁹ La comisión ha puesto de manifiesto la carga que supone la presentación de dos formularios para que funcione este mecanismo de remisión y que puede estar siendo desincentivador para las partes obligadas a la notificación. Ello impide las notificaciones múltiples y el pleno ejercicio del principio de la ventanilla única.

b) Supuestos de remisión después de la notificación

37. El principio de subsidiariedad requiere que los sistemas de remisión previstos también para un momento posterior a la notificación formal puedan también aplicarse para asegurar que las adquisiciones minoritarias son evaluadas por la autoridad más apropiada⁶⁰.

El reenvío previsto en el artículo 9 no podrá solicitarse desde la CNMC si la Ley española no le atribuye jurisdicción para valorar las adquisiciones minoritarias que planteen cuestiones de competencia en el mercado español siendo éste un mercado definido. Estas transacciones quedarán bajo la jurisdicción de la Comisión porque la Ley española no ha otorgado a la autoridad nacional las herramientas necesarias para mantener una competencia efectiva en el mercado geográfico nacional.

38. La remisión prevista en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones, desde una o más autoridades nacionales de competencia hacia la Comisión de las operaciones sin dimensión comunitaria que puedan afectar al comercio entre Estados Miembros será posible únicamente para los casos en los que la adquisición minoritaria debe ser notificada a la ANC en virtud de la legislación nacional.

Este sistema de atribución de casos es especialmente útil para asignar la evaluación de la operación a la Comisión cuando el mercado afectado desborda el nacional o debe ser revisado en sólo dos países. Será por tanto posible su utilización cuando la adquisición minoritaria no alcance dimensión comunitaria y deba ser notificada en dos de los tres países europeos que actualmente tienen competencia para analizarlos.

El plazo de 15 días previsto en el Reglamento para la presentación de la solicitud a la Comisión desde que la ANC tiene conocimiento de la concentración podría ser utilizado también para que la primera evaluara no sólo la conveniencia de la remisión sino si la futura adquisición minoritaria que crea un vínculo significativo desde el punto de vista de la competencia requiere un análisis más profundo.

La utilización de este mecanismo de remisión puede evitar la adopción de decisiones incompatibles por las ANC competentes.

V. Conclusiones

Primera. La propuesta de la Comisión de modificar el Reglamento europeo de concentraciones para someter todas las adquisiciones potencialmente dañinas para la competencia –que crean un *vínculo significativo desde el punto de vista de la competencia* entre las partes– parece necesaria para dotar a ésta de todos los mecanismos necesarios de lucha contra todas las fuentes de daño a la competencia y los consumidores.

Segunda. El principio de subsidiariedad se reforzaría con la modificación en el mismo sentido de las leyes nacionales que no permiten actualmente el control de las adquisiciones minoritarias que no otorgan el control. Esta alineación de las legislaciones nacionales con la futura modificación del Reglamento de concentraciones permitiría una aplicación eficaz de los mecanismos de reenvío y garantizaría que los casos son evaluados por la autoridad más apropiada.

Tercera. La no modificación simultánea y coherente de las leyes nacionales de la competencia que no prevean el control de las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan el control ocasionaría desajustes en la aplicación de los mecanismos de remisión tanto antes como después de la notificación y afectaría a la seguridad jurídica.

⁶⁰ Este mecanismo para asignar concentraciones de dimensión comunitaria parece haber funcionado adecuadamente con carácter general. La única cuestión que se ha puesto de manifiesto por parte de la Comisión es la necesidad de flexibilizar los plazos que tiene para negar el reenvío a una Autoridad Nacional en la segunda fase del procedimiento. Ahora mismo tiene 65 días laborables para otorgar el reenvío o adoptar el pliego de concreción de hechos.

Cuarta. La alineación de la LDC con la propuesta de reforma del Reglamento de concentraciones requeriría, como mínimo, la modificación de los artículos 8.1 y 55 de la ley estatal. Las teorías del daño y la experiencia de otras jurisdicciones hacen recomendable extender el control previo de la CNMC a las adquisiciones minoritarias que no suponen la adquisición del control de la empresa adquirida.

Quinta. La alineación de la regulación de la LDC con la del Reglamento de concentraciones nos acercaría al objetivo de la creación del *espacio europeo de operaciones de concentración* definido como el espacio en que sea cual sea la autoridad que evalúe una concentración se aplique el mismo texto normativo.