



Universidad de Valladolid

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, JURÍDICAS Y DE LA
COMUNICACIÓN**

GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

**EL CONTROL DE CONCENTRACIONES DE
EMPRESAS EN EUROPA: NOCIÓN DE
CONCENTRACIÓN**

Alumno: Eliseo Ondo EDÚ MBANG

Tutora: Dra. Carmen HERRERO SUÁREZ

2014

RESUMEN

Desde el Tratado CECA al Reglamento de Concentraciones la noción de concentración siempre se ha vinculado a las operaciones que implican una modificación permanente de la estructura de las empresas participantes. Esta modificación puede producirse por cambios en la gestión o en las relaciones de propiedad que producen la pérdida de la independencia económica de una de las partes implicadas. Queda así excluida de la noción de concentración, y por lo tanto de la aplicación del Reglamento de concentraciones, toda operación que sólo tenga por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo empresas que continúan siendo independientes.

Palabras claves: concentración, empresa, control, fusión, acuerdos

ABSTRACT

From the CECA Treaty Merger Regulation the notion of concentration has always been linked to transactions involving a permanent change in the structure of the participating companies. This modification may result from changes in management or ownership relations that produce the loss of economic independence of one of the parties involved. It is excluded from the concept of concentration, and therefore from the application of Merger Regulation, any operation that only has the purpose or effect of coordinating the competitive behavior of undertakings, which remain independent.

Keywords: concentration, company, control, merger, agreements.

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	4
2.	LA CONCENTRACIÓN COMO CATEGORÍA JURÍDICA DIFERENCIADA DENTRO DEL DERECHO <i>ANTITRUST</i>	8
2.1.	Consideraciones generales	8
2.2.	El control de conductas anticompetitivas.....	10
2.2.1.	<i>Los acuerdos restrictivos</i>	10
2.2.2.	<i>El abuso de posición dominante</i>	11
2.3.	El control de concentraciones de empresas.....	13
2.4.	Categorías diferenciadas y excluyentes	17
3.	NOCIÓN DE CONCENTRACIÓN EN EL DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA.....	19
3.1.	Régimen anterior al Reglamento de concentraciones.....	19
3.1.1.	<i>Noción de concentración en el Tratado CECA</i>	19
3.1.2.	<i>Noción de concentración en el Tratado CE</i>	23
3.2.	Noción de concentración en el Reglamento de concentraciones.	35
3.2.1.	<i>Reglamento 4064/89</i>	35
3.2.2.	<i>Reglamento 139/2004</i>	50
4.	OPERACIONES QUE TIENEN POR OBJETO UNA CONCENTRACIÓN	62
4.1.	La fusión económica	62
4.1.1.	<i>Noción de fusión</i>	62
4.1.2.	<i>Clases de fusión</i>	64
4.2.	La adquisición del control.....	68
4.2.1.	<i>Noción de control</i>	69
4.2.2.	<i>El control conjunto</i>	73
4.2.3.	<i>Formas de adquirir el control</i>	75
4.3.	La empresa común con plenas funciones.....	81
4.3.1.	<i>Noción de empresa común</i>	81
4.3.2.	<i>Requisito para la calificación de la empresa común como operación de concentración: la entidad económica autónoma</i>	85
5.	OPERACIONES EXCLUIDAS DE LA NOCIÓN DE CONCENTRACIÓN	89
5.1.	Adquisición de acciones por entidades de crédito, financieras, de seguros o de participación financiera	89
5.2.	Operaciones realizadas por mandato público.....	90

6.	CONCLUSIÓN.....	91
7.	BIBLIOGRAFÍA.....	92

1. INTRODUCCIÓN

La unificación legal de la propiedad de activos por empresas anteriormente separadas es una constante de la economía industrial. Los beneficios derivados de la mayor dimensión de la empresa en una economía de libre mercado, a lo que se añade la supresión de barreras comerciales dentro del amplio Espacio Económico Europeo, constituyen un incentivo constante a la reestructuración de empresas. En efecto, la ampliación de la cuota de mercado no sólo otorga mejor posición para competir, sino que también aumenta las expectativas de beneficios incluso más allá de las fronteras nacionales.

Sin embargo, las razones por las que las empresas recurren a la concentración no se agotan en el interés por ampliar la cuota de mercado y ganar dimensión. Muchas concentraciones se han justificado por motivos de ahorro de costes de transacción y organización, la mejora de la eficiencia y la diversificación de la producción, que permite producir los bienes conjuntamente a un precio menor que cuando se producen de forma separada. Tampoco puede olvidarse que muchas empresas recurren a la concentración motivadas por el miedo a perder en la carrera competitiva con la pena máxima de abandonar el mercado. Estas empresas encuentran en la concentración la vía más eficaz de garantizar la propia supervivencia a las constantes amenazas de la competencia¹.

En un sentido, el crecimiento externo empresarial en forma de concentración puede ser beneficioso para la economía pero también nocivo para la libre competencia o socialmente perjudicial.

Entre los efectos beneficiosos se señala la mejora de la eficiencia y la competitividad de las empresas nacionales frente a las extranjeras. Se entiende que el gigantismo empresarial fortalece la economía nacional y fomenta la competitividad. Por otra parte, las grandes empresas tienen poca sensibilidad a las violentas rupturas del equilibrio económico. En efecto, en periodos de depresión económica, ante la caída de la demanda, es más factible que la pequeña y la mediana empresa tengan una mayor sensibilidad y un alto riesgo de caída. De igual forma, juega a favor el que las grandes empresas, al contar con un alto capital, disponen de una solvencia que les posibilita invertir en la investigación y el desarrollo.

¹ Sobre los motivos económicos para la concentración, Vid. CALCO CARAVACA/CARASCOSA GONZÁLEZ: *Las concentraciones de empresas.*, Colex 2006. Pgs 32 a 35. BELLO-MARTÍN CRESPO: *Concentración de empresas de dimensión comunitaria.*, 1997. Pgs 29 a 30.

Estos efectos, no obstante, encuentran sus factores de contrapeso en el hecho de que la acumulación de un poder económico implica la adquisición de una posición de superioridad en el mercado. Una superioridad que puede ser utilizada de forma contraria a las exigencias de libre competencia en perjuicio de los demás competidores, de los consumidores y del bienestar general. Por otra parte, una concentración puede dar lugar a la creación o reforzamiento de un oligopolio, con el consiguiente riesgo de una anticompetitiva coordinación tácita de precios. Todo ello sin olvidar que la reducción del número de competidores en el mercado, hecho consustancial a muchas concentraciones, puede dar lugar a una estructura de mercado menos competitiva (*less-competitive market structure*)².

Estas consideraciones no han merecido nula respuesta desde el punto de vista del Derecho europeo de la competencia, al que se encomienda la tarea de velar porque la competencia no sea falseada dentro del mercado común³. La articulación de una normativa *antitrust* que regule esta materia en el mayor bloque económico mundial se ha visto como un hecho necesario. El legislador se ha encontrado, sin embargo, en una encrucijada de intereses anti y pro competitivos que desaconsejan tanto la aquiescencia como la adopción de una postura radicalmente prohibitiva. En virtud de estas circunstancias, las operaciones de concentración se han sometido a un régimen de control previo a su realización, autorizándolas salvo que afecten gravemente a la estructura competencial del mercado. La determinación de estos últimos efectos merece, no obstante, un estudio riguroso de cada caso concreto. Es por ello que el Derecho de defensa de la competencia adopta el sistema de control preventivo con el fin de valorar los potenciales efectos de la operación en el mercado común.

Pues bien, una concentración proyectada debe ser notificada a la autoridad competente (que será la Comisión en el caso de que la operación alcance umbrales de dimensión comunitaria). Se trata de un procedimiento de suma complejidad que se inicia con la valoración de la operación efectuada para decidir si estamos ante una operación de concentración o un simple acuerdo de coordinación competitiva entre empresas. A esta valoración le sigue un análisis riguroso, de contenido netamente económico, en el que se estudia en profundidad las características del mercado o mercados afectados por la operación y las circunstancias que concurren en los actores principales. El procedimiento

² Vid. MIRANDA SERANO, *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*. La Ley, Madrid. 1994, pgs 32 y ss. CALVO CARAVACA/CARASCOSA GONGÁLEZ, *las concentraciones...*cit. pgs 37 y ss.

³ TCEE artículo. 3, apartado 1.g) y el artículo 4, apartado 1

se concluye con una declaración de compatibilidad o incompatibilidad de la concentración con el mercado común. Serán prohibidas las concentraciones susceptibles de distorsionar la competencia en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo y autorizadas aquellas que no presentan motivos de preocupación para la competencia.

La importancia del control de concentraciones de empresas queda fuera de toda duda. No es casual que el Derecho de defensa de la competencia se haya convertido en uno de los sectores del ordenamiento jurídico con mayor dinamismo en la Unión Europea y el control de concentraciones uno de sus principales pilares. Así lo demuestra el hecho de que el primer Reglamento de concentraciones aprobado por el Consejo en 1989, Reglamento (CEE) num.4064/89, de 21 de diciembre, se haya modificado hasta en dos ocasiones; primero en 1997 mediante el Reglamento (CEE) n.º. 1310/97 de 30 de junio, luego mediante un texto refundido en 2004 que dio lugar al Reglamento 139/2004 de 20 de enero, sobre el control de concentraciones de empresas en Europa hoy en vigor. A estos Reglamentos se han acompañado una nutrida cantidad de Directrices, Comunicaciones y textos interpretativos con los que se pretende un correcto control de concentraciones de empresas⁴. No se trata, como pudiera pensarse, de una vaguedad legislativa, sino de una justificada reacción ante un fenómeno que preocupa. En efecto, cuando una empresa, por razones de excesiva concentración, llega al mercado y ocupa una posición que le permite sustraerse de la competencia, ésta no se verá en la obligación de adaptarse a los precios ni a la calidad de los productos. Semejante comportamiento desembocará en un mal reparto de los beneficios que acabará eliminando gradualmente a los demás competidores y el consumidor verá menguada sus posibilidades de elección. El riesgo de que una empresa decida de forma discrecional sobre el precio de sus productos en el mercado es un hecho temible para la competencia y para el consumidor. Este riesgo explica la importancia que el Derecho Europeo de la competencia otorga al control de concentraciones de empresas y al hecho de que los Estados miembros hayan incorporado en sus legislaciones normas que controlan la concentración empresarial⁵.

El presente trabajo es objeto de una de las cuestiones que, durante los casi dieciséis años de aplicación del Reglamento de concentraciones, no han dejado de resultar confusas y, por tanto, de difícil interpretación: el propio concepto de concentración. En este sentido, entre

⁴ Para mayor información <http://europa.eu.int/eur-lex/es>.

⁵ Por ejemplo el Capítulo II de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia, en el caso de España; las secciones 4 y 15 de la *Competition act de 1991*, irlandesa; los artículos 2 y 5 de la Ley italiana de 1990, cit.

las diversas disposiciones accesorias- las comunicaciones interpretativas- que la Comisión ha ido publicando desde la aprobación del primer Reglamento se encuentra la Comunicación sobre el concepto de concentración, de 31 de diciembre de 1994, cuyo objetivo es servir de orientación sobre la forma en que la Comisión interpreta el concepto de concentración⁶. Comunicación que, junto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, parece, sin embargo, no haber servido de cierre a los problemas que suscita el concepto de concentración. En la actualidad la noción de concentración sigue ocupando uno de los debates en torno al Reglamento 139/2004 sobre el control de concentraciones de empresas en Europa. Así lo demuestran las propuestas de reforma para la mejora del sistema comunitario de control de concentración de empresas en la Unión Europea recogidas en el Libro blanco *“Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE”* publicado en 2014. Este libro contiene las diversas opiniones y propuestas emitidas acerca del sistema de control de concentración vigente. El resultado obtenido es un gran debate acerca de la mejora de la normativa vigente sobre el tratamiento de las participaciones minoritarias como forma instrumental de control y, por lo tanto, de concentración.

La noción de concentración es una cuestión troncal en el Derecho de defensa de la competencia. Así ha de afirmarse por cuanto que de ella se sustraen todas las posibles fuentes de perjuicio a la competencia derivadas de la reestructuración empresarial y que determina su diferencia con otras prácticas empresariales sancionadas en la defensa de la competencia. El mecanismo de control no puede activarse si tras la valoración de la operación la Comisión no llega a la conclusión de que estamos ante una verdadera operación de concentración que dé lugar a la aplicación de las normas del Reglamento de concentraciones. De ahí que la determinación de los rasgos propios de una concentración sea considerada cuestión de suma importancia para el Derecho.

Por otra parte, el Reglamento de concentraciones se dirige a las empresas. Es por ello que se hace necesario, para mayor seguridad jurídica, que el Derecho ofrezca un concepto claro y preciso de concentración que permita a éstas determinar si y hasta qué punto sus operaciones quedan sometidas al control comunitario de concentraciones de empresas.

⁶ DOC núm. 385, de 31 de diciembre de 1994

2. LA CONCENTRACIÓN COMO CATEGORÍA JURÍDICA DIFERENCIADA DENTRO DEL DERECHO *ANTITRUST*.

2.1. Consideraciones generales

El tráfico económico se somete a un conjunto de reglas que han de respetar las empresas en el desarrollo de su actividad. El fundamento de estas normas es la libre competencia como contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, un derecho que se traduce en la libertad de competir en la oferta de bienes y servicios en el mercado⁷.

Sin embargo, la constatación de la oferta no es condición última para la existencia del mercado y de la propia actividad económica. Ésta encuentra su condición indispensable en otra realidad económica que es la demanda. De ahí que las normas que regulan la actividad económica deban tener en cuenta esta última, garantizando a sus actores la posibilidad de disponer de varias opciones para un mismo producto o servicio. En este sentido, las conductas empresariales restrictivas de la competencia y las situaciones de integración económica que originan el monopolio y el oligopolio deben entenderse como *fallos* que impiden el normal funcionamiento del mercado en la oferta y demanda de bienes y servicios y, por tanto, en la asignación eficiente de recursos⁸. Estas conductas vienen propiciadas muchas veces por el deseo de los propios empresarios de eliminar la competencia, someter el mercado al propio dominio y maximizar así la demanda de sus bienes y servicios repartida entre un gran número de oferentes. A través de estas conductas, la competencia parece presentarse como una faceta de la actividad económica que amenaza con frustrar las expectativas de beneficios- muchas veces ilimitadas- del empresario en el mercado. La experiencia obtenida de los postulados del Estado liberal no solo vino a confirmar que los empresarios no aprecian la competencia, sino que puso de manifiesto la incapacidad de la “mano invisible” de guiar al mercado hacia una competencia efectiva capaz de elevar el crecimiento mediante la asignación eficiente de los recursos escasos así como garantizar la protección de los consumidores.

Es ya casi de dominio común que el Estado liberal defendía un mercado sin injerencias administrativas, un mercado basado en la “libertad”; entendida ésta en su sentido más primitivo. Se defendía la autorregulación de la actividad económica como forma más eficaz

⁷ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Apuntes de Derecho Mercantil*, Aranzadi, 2008, pgs. 293 a 294. En este sentido, también la Sentencia del Tribunal constitucional 109/2003, de 5 de junio. El límite de la libertad de empresa

⁸ Vid. VELASCO SAN PEDRO: *Derecho europeo de la competencia...* La Ley, Madrid, 2010, pg. 43

de fomentar la libre competencia. Sin embargo, los propios empresarios, haciendo uso de esta libertad, trataban de eliminar la competencia a través de acuerdos o prácticas colusorias e incluso recurriendo a fórmulas de integración más intensas con las que lograban grandes unidades productivas que hacían surgir así el dominio monopolista del mercado⁹. El resultado fue un mercado con ausencia de competencia, bien porque los propios comerciantes la hacían desaparecer bien porque algunos llegaban a adquirir tal poder que excluían o impedían la llegada de otros competidores. A través de semejante comportamiento la libre competencia daba fin a la libertad misma. Habiendo quedado patente entonces tan estrepitoso fracaso, se puso de manifiesto la necesidad de sustituir la mano invisible por una visible capaz de regenerar el valor de la concurrencia en la actividad económica. La competencia había de ser dirigida pues por el ordenamiento jurídico con el fin de limitar la actuación de los empresarios en el mercado. En este orden de ideas surge el Derecho de defensa de la competencia, también denominado, en términos económicos, Derecho *antitrust*, por derivación anglosajón¹⁰.

Ahora bien, la creación de un mercado común entre los Estados miembros en el marco de la Comunidad Económica Europea (en adelante CEE) hacía necesaria, a la luz de la experiencia obtenida y de los objetivos enmarcados, la adopción de disposiciones que garantizaran que la competencia no será falseada. El mercado interior supone la creación de un espacio sin fronteras interiores donde puedan converger la libre circulación de personas, servicios y capitales. Su buen funcionamiento es además esencial para la creación de empleo y el crecimiento económico. Para ello, se hacía ineludible prohibir y vedar aquellas actuaciones de los empresarios que puedan obstaculizar o impedir su correcta realización. Esta exigencia se materializa en el Tratado de Roma, que consagra un capítulo destinado a la protección de la libre competencia (artículos 81 y siguientes). Años más tarde, con la aprobación del Tratado de Lisboa en 2009, estas normas se recogen inalteradas en los artículos 101 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE). Las normas contenidas en este Tratado conforman el Derecho europeo de la competencia y que se ha ido completando con otras disposiciones de derecho derivado hoy

⁹ Sobre el paso de la libre competencia al dominio monopolista, Vid. A. PESENTI: *Manuale di Economia Política*, Tomo I, 1979, pgs. 301 y ss.

¹⁰ Sobre el origen del Derecho de la competencia, Vid. HERRERO SUÁREZ: *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia*, La ley, Madrid, 2006, pgs 59 y ss.

aplicables a todos los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante UE) y el Espacio Económico Europeo (en adelante EEE)¹¹.

El Derecho europeo de defensa de la competencia persigue mantener una competencia eficaz (*workable competition*) mediante el establecimiento de controles sobre la actividad económica. El primer control se establece sobre las conductas o comportamientos empresariales contrarios a la libre competencia y el segundo control se establece sobre la estructura de mercado, a través del control de concentraciones de empresas.

2.2. El control de conductas anticompetitivas

Las normas dirigidas a controlar los comportamientos anticompetitivos reprenden y sancionan los acuerdos, decisiones y recomendaciones colectivas susceptibles de restringir la competencia en el mercado común, así como la explotación abusiva, unilateral o colectiva, de una posición dominante. Estos preceptos se asientan sobre un principio prohibitivo y su inobservancia acarrea la imposición de sanciones tanto administrativas (multas) como civiles (indemnización por daños y perjuicios).

2.2.1. Los acuerdos restrictivos

Los acuerdos, decisiones y recomendaciones colectivas se someten a una cláusula general prohibitiva acompañada de una lista ejemplificativa, de carácter no exhaustivo, de los supuestos más claros: el reparto de mercados o fuentes de aprovisionamiento, fijación de precios o condiciones de transacción, limitación de la producción, distribución y el desarrollo técnico y las inversiones, así como el trato discriminatorio y los contratos vinculados¹².

Se prohíben tanto los acuerdos verticales, es decir, los llevados a cabo por empresas en distintas fases del proceso productivo (por ejemplo, fabricantes y distribuidores) como los horizontales, es decir, los efectuados por empresas que actúan en la misma fase del proceso productivo o distributivo (por ejemplo, un acuerdo entre distribuidores). No obstante, el artículo 101.1 exige que el acuerdo suponga una restricción de la competencia. De este modo, para que el acuerdo se prohíba debe ser susceptible de alterar de forma significativa el desarrollo libre del proceso competitivo¹³.

¹¹ Vid. VELASCO SAN PEDRO: El Derecho Europeo de la competencia. AA.VV: *Cuadernos de Derecho para Ingenieros*, La Ley, 2010.

¹² Artículo 101 TFUE.

¹³ Véase Comunicación de la Comisión sobre acuerdos de menor importancia de 2001.

Sin embargo, el propio Derecho reconoce la posibilidad de que del entendimiento entre empresas puedan derivarse efectos positivos. De ahí que el artículo 101 del TFUE admita en su párrafo 3 un balance de efectos anti y pro-competitivos del acuerdo que determina su prohibición o el otorgamiento del beneficio de exención. Por tanto, para que un acuerdo entre empresas no sea prohibido en términos del artículo 101.1 es necesario que se cumplan simultáneamente determinados requisitos clasificables en dos grupos: 1º) requisitos de carácter positivo y 2º) requisitos de carácter negativo.

En cuanto a los primeros, el acuerdo debe coadyuvar a la mejora de la producción o la distribución de productos o fomentar el progreso técnico o económico, manteniendo al mismo tiempo una participación equitativa de los usuarios en los beneficios. Desde el punto de vista negativo, al acuerdo no deben acompañarse restricciones innecesarias para alcanzar tales objetivos ni suponer una posibilidad de eliminar la competencia en una parte sustancial del mercado afectado¹⁴.

La dotación de una cobertura normativa expresa al reconocimiento de estos efectos supone para el Derecho comunitario una superación de la regla de razón o *rule of reason* utilizado en el Derecho norteamericano, de base puramente jurisprudencial, para prohibir o permitir un acuerdo celebrado entre empresas competidoras.

2.2.2. El abuso de posición dominante

El artículo 102 del TFUE, por su parte, sanciona la explotación abusiva de la posición dominante. La estructura de la prohibición sigue el mismo modelo que el artículo 101 consistente en una cláusula general prohibitiva, acompañada de una lista ejemplificativa, de carácter igualmente no exhaustivo, de las diversas conductas que se consideran empleo abusivo del poder de mercado. El precepto parte de la consideración de que toda conducta abusiva es lesiva si se utiliza desde una posición de dominio y, por tanto, no debe ser permitida por el ordenamiento jurídico. Es por esta razón que tampoco prevé ninguna exención como ocurre con los acuerdos, si bien en este caso también se acompaña una lista de conductas que se consideran abusivas.

La aplicación del artículo 102 exige la concurrencia de determinados requisitos. En concreto, solo puede existir abuso de posición dominante cuando concurren cuatro elementos: la existencia de una empresa, que ésta ocupe una posición de liderazgo en el mercado (*paramount market position*), que abuse de esta posición y que el abuso afecte al

¹⁴ Vid. In extenso, VELASCO SAN PEDRO: "Acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas", en *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*. VELASCO (coord.), pgs. 84 y ss.

comercio entre los Estados miembros (el problema de la *Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten*)¹⁵.

La posición de dominio de una empresa es un requisito previo para apreciar una conducta abusiva. Sin embargo, el Derecho comunitario no ofrece una noción de lo que se ha de entender por tal. A la luz de este vacío, han sido la Comisión y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) los que, en su labor de aplicar e interpretar las normas, han ido forjando un concepto de posición dominante. De este modo, en el asunto *United Brands* el TJCE definió la posición dominante como una posición de poder que permite a una empresa comportarse de forma independiente respecto a sus competidores y clientes¹⁶.

La determinación de esta circunstancia, no obstante, debe hacerse en atención a un mercado concreto. Es por ello que surge la necesidad de llevar a cabo una tarea previa de delimitación del mercado relevante sobre la base de una triple perspectiva: material, geográfica y temporal. Para ello, se tendrán en cuenta determinadas circunstancias de carácter estructural como las cuotas de mercado o las barreras de entrada y salida del mercado¹⁷.

Una vez determinada la posibilidad de actuación independiente de una empresa en un mercado definido según estos criterios, se valorará si su comportamiento constituye una explotación abusiva de esta posición. Sin embargo, al igual que la posición dominante, el artículo 102 no incluye un concepto de abuso. A pesar de esta omisión, el carácter naturalmente peyorativo del término, así como la lista ejemplificativa recogida junto a la cláusula general y la jurisprudencia existente, llevan a entender que el artículo 102 se extiende a todas aquellas conductas que, llevadas a cabo por empresas en posición dominante en el mercado, pueden considerarse injustas y no razonables.

Los abusos pueden agruparse en dos grupos: abusos explotativos y abusos excluyentes o anticompetitivos.

Dentro de los abusos explotativos se encuentran aquellas conductas injustas llevadas a cabo por empresas en posición de dominio hacia personas vinculadas directamente con ellas en condición de dependencia, ya sea para suministro como para compra de bienes o servicios. Se trata de prácticas relacionadas directamente con clientes o consumidores y cuyo interés

¹⁵ Véase CALVO CARAVACA/RODRÍGUEZ RODRIGO: *Casos escogidos de Derecho antitrust europeo*. Bilbao, 2007, pg. 333.

¹⁶ Sentencia del TJCE de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76

¹⁷ Véase Comunicación de la Comisión relativa a la definición del mercado relevante, DOCE COM 372/5.

puede verse lesionado. Es lo que sucede por ejemplo cuando una empresa dominante impone una subida artificial del precio de sus bienes o servicios.

Los abusos excluyentes, por su parte, engloban todas aquellas prácticas de la empresa dominante que tengan por efecto el cierre del mercado para potenciales competidores o exclusión de los actuales (*foreclosure*). Se trata de comportamientos tales como la celebración de acuerdos de aprovisionamiento exclusivo¹⁸, la aplicación de políticas de descuentos o rebajas de fidelidad¹⁹, la imposición de prácticas de vinculación²⁰, o el empleo de políticas de precio predatorios²¹.

La prohibición del artículo 102 reviste carácter absoluto, no contemplando ninguna exención como ocurría en el caso de los acuerdos colusorios. Sin embargo, conviene señalar que la empresa podrá justificar su conducta demostrando que su actuación en realidad obedece a razones de una eficiencia superior, de una mayor eficacia para atender las necesidades de la clientela o por razones de innovación. Por tanto, siendo cierto que no se prevé exenciones a ninguna conducta abusiva, este hecho no implica de por sí que la demandada no pueda defenderse justificando que su comportamiento no se debe interpretar como abusivo *sic et simpliciter*, sino que también de ella se derivan efectos beneficiosos superiores o pro competitivos.

2.3. El control de concentraciones de empresas

Estas normas (contempladas en el Reglamento 139/2004, de 20 de enero de 2004, sobre el control de concentración de empresas) pretenden evitar el crecimiento externo empresarial que culmine en la formación de una posición dominante, o que sea susceptible de obstaculizar la competencia dentro del mercado común o en una parte sustancial del mismo, con la creación de una estructura menos competitiva. Contrariamente a lo que sucede con los comportamientos anticompetitivos, el control de concentraciones se asienta sobre un principio preventivo. No existe cláusula que las prohíba directamente. Esto es así porque el juicio que han merecido es menos riguroso. Juicio que el legislador no evita manifestar cuando en el considerando 4 del Reglamento señala que “las operaciones de concentración deben valorarse de forma positiva porque responden a las exigencias de una competencia dinámica y pueden aumentar la competitividad de la industria europea, mejorar las posibilidades de crecimiento y elevar el nivel de vida de la comunidad”.

¹⁸ STJCE de 21/02/74, asunto C-6/72 *Europemballage Corp y Continental Can Company Inc., V. Comisión*.

¹⁹ Sentencia del TPI de 17/12/03, asunto C-219/99 *British Airways vs Comisión*.

²⁰ Sentencia del TPI de 06/10/94, asunto C-83/91, *Tetra Pak v. Comisión*.

²¹ Sentencia del TJCE de 30/04/86, asunto C-62/86, *AZCO chemie vs Comisión*.

El control de concentración de empresas constituye una enorme aportación al funcionamiento del mercado interior, en cuanto que aporta un cuerpo armonizado de normas para la restructuración de empresas que garantizan que la competencia, y por lo tanto, los consumidores no se verán perjudicados por los efectos derivados de ésta.

La preocupación por recoger todas las posibles fuentes de perjuicio a la competencia se deja ver en el hecho de que el propio Reglamento ofrece una definición de concentración que incluye todas las formas instrumentales para llevarla a cabo. Definición que se adelanta en el propio preámbulo cuando señala que es preciso ofrecer una definición de concentración que recoja “todas las operaciones que supongan un cambio duradero en la estructura del mercado”²². Esta definición supone ya de por sí el marco necesario para un tratamiento diferenciado de la concentración empresarial y su distinción con las prácticas colusorias.

Las formas recogidas por el Reglamento en el artículo 3.1 son la fusión y el control como instrumentos básicos para efectuar una concentración. Estas operaciones, por su naturaleza, no pueden entenderse como coordinación del comportamiento competitivo. La fusión y el control llevan implícitos el carácter de sometimiento, de ausencia de independencia, que no se produce en los casos de simple coordinación. De ahí que el preámbulo se refiera a la concentración como “cambio en la estructura del mercado”. Pues las operaciones por las que ésta tiene lugar no admiten la subsistencia posterior de la estructura del mercado antes existente. En una concentración o desaparece uno o varios competidores en el mercado (como ocurre en el caso de la fusión) o bien uno de los competidores pierde la capacidad de tomar las decisiones necesarias para la gestión de sus actividades (como ocurre en el caso del control y la creación de una empresa común).

Las concentraciones se suelen clasificar en horizontales, verticales y conglomerados, atendiendo a la mayor o menor afinidad de los sectores implicados. Esta clasificación es importante si se tiene en cuenta que en realidad el mal jurídico de las concentraciones no es la pérdida de la independencia económica y política de las empresas implicadas, sino los efectos derivados de esta pérdida²³.

Las concentraciones horizontales son las llevadas a cabo entre empresas que se dedican a un mismo producto. Su finalidad es el aumento de los factores de producción. Estas concentraciones suscitan tres problemas de competencia. Primero, se elimina a un

²² Considerando 20 del Reglamento 139/2004

²³ En este sentido, vid. MIRANDA SERANO: *Las concentraciones económicas...cit*, Pg. 273.

competidor, a una empresa rival (*the target firm*). La desaparición de un competidor puede afectar los intereses del consumidor en cuanto que éste ve reducidas sus posibilidades de elección entre dos o más productos o servicios. Segundo, la empresa resultante tras la unificación de medios será lógicamente una empresa de mayor dimensión. Un incremento del poder de mercado que puede otorgarle dominio y animarla a comportarse de forma independiente respecto a sus competidores y consumidores, incrementando los precios o reduciendo la producción. Tercero, si en el mercado afectado existe un alto grado de concentración, esta situación facilita la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas que operan en el mismo (es el problema del oligopolio colusorio o *the problem of oligopolistic interdependence*)²⁴.

Las concentraciones verticales, por su parte, suponen la integración de empresas que operan en distintos niveles del proceso productivo (por ejemplo entre productores y distribuidores). Estas concentraciones también plantean ciertos problemas. Primero, cuando se produce una concentración las empresas implicadas, por razones de eficiencia, pueden acordar que la empresa adquirida contrate exclusivamente con la adquirente. Este acuerdo produce un cambio en las relaciones con los proveedores, clientes y competidores de la empresa adquirente ya que éstos pierden así las fuentes de suministro o la clientela. Segundo, en un mercado con alto grado de concentración, las empresas pueden recurrir a la integración vertical para impedir la entrada de nuevos competidores que puedan hacer peligrar los beneficios derivados del oligopolio. Desde luego, lo que caracteriza a los mercados oligopolísticos son las dificultades de entrada de nuevos competidores ante la existencia de considerables gigantes económicos. Estas dificultades se hacen más sensibles si éstos están dispuestos a comportarse como tal. En este sentido, las empresas que aspiran a entrar en un mercado de características semejantes deben, a su vez, emprender otra política de concentración (integración vertical *stricto sensu*) o, en caso contrario, disponerse a soportar una competencia durísima; ambas opciones de considerables costes en tiempo y dinero²⁵.

Por último, las concentraciones intersectoriales o generalmente llamadas conglomerales, reúnen a empresas dedicadas a sectores de producción o distribución entre los que no existe afinidad, ni horizontal ni vertical. Su finalidad suele ser obtener economías de gama en la producción de componentes comunes a varios productos. Se trata de producir conjuntamente varios productos a un coste más inferior que cuando se produce de forma

²⁴ Véase STPI de 23 de julio de 2006, asunto T-464/04, Impala/Comisión.

²⁵ Véase Libro verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria.

especializado cada uno. En estas concentraciones no hay efecto de exclusión. La estructura del mercado, las cuotas y el grado de concentración siguen siendo los mismos. Cada empresa en la concentración continua atendiendo sus necesidades y a sus clientes en sus mercados respectivos. Sin embargo, las empresas en posición dominante pueden servirse de los conglomerados para dotar a la empresa absorbida de un poder económico superior que crea dificultad de competencia para las empresas pequeñas rivales del sector, obligándolas incluso a desaparecer del mercado.

En principio, a la vista de estas circunstancias, los efectos de la concentración parecen entrañar un peligro mayor para la competencia que los acuerdos. La absorción de una empresa por otra descompone la estructura del mercado y tiende a perdurar en el tiempo más de lo que, de ordinario, pesa sobre la fijación de líneas de actuación entre empresas independientes que, sometidas a presiones y desencuentros internos, a menudo provocan el incumplimiento y fin del acuerdo.

Esta apariencia de peligrosidad podría, por tanto, hacer pensar en la conveniencia de prohibir, sin excepciones, todas las operaciones de concentración. Sin embargo, una decisión de esta naturaleza no sería razonable por dos motivos. 1º) únicamente sería viable si los efectos derivados de una concentración fueran *per se* anticompetitivos y perjudiciales. Sin embargo, en realidad la mayoría de las concentraciones no suponen ningún peligro serio para la competencia (especialmente la concentración entre pequeñas empresas) y, además, como hemos venido diciendo, muchas concentraciones ofrecen eficiencias positivas cuya desaprobación supondría una irrazonabilidad y una mala gestión de la política económica general. 2º) una solución radicalmente prohibitiva de la concentración puede causar grandes inconvenientes para la pequeña empresa que desea retirarse del mercado. Pues, cuando una pequeña empresa desea retirarse del mercado, por la razón que sea, lo más probable es que recurra a la oferta pública de adquisición (en adelante OPA). Esta operación, como demostraremos más adelante, desemboca en una concentración en el sentido del Reglamento de concentraciones. Prohibirla sin más supondría un perjuicio para esta empresa y para los consumidores. 3º) Un análisis jurídico que limita la concentración empresarial en una economía de libre mercado supone un recorte a la libertad de empresa como principio económico constitucional. Por consiguiente, la responsabilidad de

demostrar los efectos perjudiciales de la operación debería recaer sobre aquellos que se oponen a su realización²⁶.

2.4. Categorías diferenciadas y excluyentes

La libre competencia y su defensa jurídica se construyen sobre la definición de las conductas que se consideran peligrosas para el mercado y el bienestar general. La diferencia real entre estas definiciones resulta innegable. Sin embargo, puede resultar difícil a veces distinguir determinados acuerdos con operaciones de concentración, como es el caso de la constitución de una empresa común en la que pueden darse tanto acuerdos de coordinación en el sentido del artículo 101 TFUE como un control en el sentido del artículo 3.2 del Reglamento de concentraciones²⁷. Lo mismo puede decirse entre concentración y el abuso de posición dominante. Pues, como se verá más adelante, determinadas concentraciones se han considerado abuso de posición dominante en el sentido del artículo 102 TFUE.

Pese a la verificación de estos puntos de encuentro, la diferencia en el tratamiento de las distintas operaciones radica no en el instrumento jurídico empleado, sino en el resultado económico posterior a la operación, sobre el que el legislador mantiene una valoración distinta. Los acuerdos entre empresas suponen una restricción de la competencia entre empresas que continúan siendo independientes y competidoras tras la conclusión de los acuerdos. Su resultado es la coordinación de sus actividades, que limita la libre competencia entre las mismas pero no altera su independencia económica ni afecta a la estructura del mercado.

La concentración, por contrario, no limita la competencia sino que acaba con ella, la elimina, ya que conlleva la pérdida de la independencia de las partes implicadas. Las empresas anteriormente competidoras dejan de serlo. Su resultado es la unión y la alteración de la estructura de mercado.

Existen por tanto dos categorías distintas dentro del Derecho de defensa de la competencia: los acuerdos colusorios y las concentraciones. Por consiguiente, una operación que se califique como concentración no puede serlo al mismo tiempo como acuerdo colusorio y viceversa. Esto se entiende así por la simple razón de que no puede

²⁶ Sobre las clases de concentraciones, sus problemas competitivos y la complejidad de su regulación, vid. CALVO CARAVACA/CARASCOSA GONZÁLEZ: *Las Concentraciones...* pgs. 37 y ss.

²⁷ Vid. BLAISE. J.B: *L'étatut juridique des ententes économiques dans le droit français et le droit des Communautés Européenes*, Paris, 1964, pgs. 145 y ss.

producirse la pérdida de independencia económica de una empresa y al mismo tiempo producirse una coordinación de comportamiento entre empresas que continúan siendo independientes. Si tras la operación las empresas continúan siendo independientes estaremos ante una coordinación del comportamiento competitivo y, por consiguiente, se aplicaran las normas del TFUE. De no subsistir esta independencia, se entenderá que la operación constituye una concentración y, por consiguiente, se activará el mecanismo de notificación previa previsto en el Reglamento 139/2004 sobre el control de concentraciones de empresas en Europa.

En consideración a estas circunstancias, podemos afirmar que los acuerdos y las concentraciones no solo son categorías diferenciadas, sino que también excluyentes entre sí.

Estos criterios distintivos, sin embargo, no siempre han sido claros en el Derecho comunitario. Su clarificación es el resultado de la aprobación de un Reglamento para concentraciones y la precisión del contenido de la noción de concentración que fue oscurecida durante varios años con la aplicación casi desesperada de los artículos 85 y 86 a las operaciones de concentración. Por tanto, en la historia del Derecho de defensa de la competencia comunitaria, las dos categorías, si bien se han entendido distintas, no siempre se han considerado excluyentes, por cuanto que en ocasiones las disposiciones sobre acuerdos y abuso de posición dominante se han aplicado a las operaciones de concentración²⁸.

²⁸ Sobre la distinción entre acuerdos de coordinación y concentración de empresas Vid. BELLO CRESPO: *Concentración de empresas de dimensión comunitaria*. Pgs. 160 y ss.

3. NOCIÓN DE CONCENTRACIÓN EN EL DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA.

3.1. Régimen anterior al Reglamento de concentraciones.

3.1.1. *Noción de concentración en el Tratado CECA*

La evolución normativa en el tratamiento de las concentraciones en el Derecho comunitario refleja la tensión inherente al fenómeno. Esta tensión, presente a la hora de valorar los efectos económicos de la concentración, explica que unas veces las autoridades comunitarias hayan antepuesto las consideraciones de política económica general a la protección de la libre competencia en el momento de fijar los objetivos de la comunidad.

Tal es así que de los Tratados constitutivos de la UE solo el Tratado de París por el que se establecía la hoy extinguida Comunidad Económica del Carbón y del Acero de 1952 (en adelante Tratado CECA), contenía previsiones en materia de concentración empresarial. Este Tratado, de objetivos claramente económicos, recogía de forma expresa un régimen de control de concentraciones en el mercado del carbón y del acero. El contexto histórico en el que surge la CECA explica la inclusión de esta normativa. Principalmente, se señala el temor al resurgir del poderío de la industria alemana, que años antes al estallido de la segunda guerra mundial sirvió al III Reich para potenciar sus designios bélicos. Este fundado temor explica el hecho de que los apartados 1 al 6 del artículo 66 del Tratado de París se hayan convertido en la primera norma que, hasta la aprobación del Reglamento (CEE) núm. 4064/89, se oriente específicamente a prevenir las operaciones de concentración empresarial²⁹.

El Tratado de París establecía un sistema de control basado en la notificación previa de las concentraciones proyectadas a la Alta Autoridad (hoy Comisión), y cuyo pronunciamiento se podía recurrir ante el Tribunal de Justicia. A tal efecto, eran dos las condiciones que debían cumplir las operaciones para valorar su sometimiento a control de la Alta Autoridad: 1º) tenía que tratarse de una concentración de empresas y 2º) esta concentración debía localizarse en el mercado del carbón y del acero.

Ahora bien, conviene señalar que el Tratado no contenía una definición general de la concentración. Ello no obstante, su noción podía deducirse de los términos del primer párrafo del artículo 66. Este precepto establece la previa autorización por la Alta Autoridad

²⁹ Vid. BELLO CRESPO: *Concentración de empresas...* Pg. 46 a 48.

a toda concentración de empresas con independencia de si la operación tenga como objeto un mismo producto o productos diferentes, como si el medio empleado para su realización consista en una fusión, adquisición de acciones o de elementos de activo, préstamo, contrato o cualquier otro medio de control. El elenco indicativo que presenta la norma hace referencia a formas de crecimiento externo empresarial como fórmula que requiere un control previo para su realización³⁰.

El Tratado señala a la fusión y adquisición como formas jurídicas instrumentales para efectuar una concentración. El carácter central del control en esta noción de concentración no deja lugar a dudas. El control destaca como medio básico y general de todas las operaciones. Este control fue definido por la Alta Autoridad como “la posibilidad de determinar la acción de una empresa en los ámbitos de la producción, de los precios, de las inversiones, de los abastecimientos, de las ventas o de la asignación de beneficios”. Para determinar esta acción se tendrán en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho³¹.

Con esta definición la Alta Autoridad dejaba clara la gran relevancia de los aspectos económicos en la noción de concentración. Lo que caracteriza a la toma de control de una empresa por otra es la pérdida de la independencia económica de la empresa controlada y no de su personalidad jurídica. Por otra parte, la valoración de las circunstancias de hecho y de derecho a la hora de definir el control demuestra una clara preferencia hacia un criterio puramente cualitativo como lo es “la posibilidad de determinar la acción de otra empresa”.

Por otra parte, la noción de control que ofrece el Tratado de París otorga mayor importancia a los órganos de administración, como cuerpo encargado de la gestión de la empresa. La participación, sea mayoritaria o minoritaria, de entidades externas en esta gestión puede dar lugar a la posibilidad de influir en el comportamiento comercial de esta empresa. Si bien es cierto que una participación mayoritaria en el consejo de administración de una empresa otorga al participante un número de votos mayor para influir en las decisiones acerca de la gestión y el funcionamiento de la otra empresa, tampoco es menos cierto que con una participación minoritaria, que otorga un porcentaje menor de votos en el consejo de administración, también se puede llegar a controlar la acción de una empresa. Es lo que ocurre por ejemplo cuando, pese a tener derechos minoritarios en la representación, las participaciones del resto del accionariado estuvieran dispersas entre el

³⁰ Artículo 66.1 Tratado CECA

³¹ Art. 1 de la Decisión 24/54 de la Alta Autoridad de la CECA.

público y otras entidades que les otorgara un porcentaje de votos más bajo en la toma de decisiones.

Así sucedió, por ejemplo, en el caso de la adquisición de Miles Druce & Co. por parte de Guest Keen & Nettlefolds³². Las acciones de GKN solo representaban un 29,9% del capital social de MD. Esta participación minoritaria se traducía también en un número minoritario de votos en el consejo de administración. Sin embargo, la Comisión estimó que GKN tenía la posibilidad de determinar la acción de MD dado que del resto del accionariado (del cual un 40% pertenecía a bancos y entidades financieras, un 16% de acciones dispersas entre el público y un 10% pertenecía a GKN, que tenía sus acciones depositadas en bancos) solo el 14% estaba representado habitualmente en las asambleas generales. Ante este panorama, obtener un porcentaje mayoritario en una asamblea extraordinaria no era de esperar.

Puede afirmarse, por tanto, que a la luz de la noción de concentración del artículo 66.1 en relación con el artículo 80 y a raíz de los pronunciamientos de la Alta Autoridad, el control se basa en la unificación de la gestión de las empresas participantes y no tanto en la unificación de la propiedad de las mismas. Sin olvidar que esta última también viene recogida en la definición del artículo 66 en términos de fusión.

La posibilidad de determinar la acción de una empresa define el control. Esta posibilidad se manifiesta en la forma de participar en los órganos decisorios de la empresa. Así lo viene a corroborar la excepción del artículo 2 de la Decisión 24/54 de la Alta Autoridad cuando señala que “no habrá control de una empresa cuando... haya bancos o establecimientos... siempre que no ejerzan el derecho del voto que les confieren esas participaciones”. En estos casos, las entidades participantes no pretenden intervenir en la toma de decisiones de la empresa y, por tanto, se mantienen al margen de la gestión de la misma. Al suponer ésta una participación pasiva, la operación no sirve de instrumento de control de la empresa en la que se participa. No existe, en este sentido, intención de participar en la gestión de la misma³³.

La Alta Autoridad tampoco se olvidó de incluir en el artículo 1 de la Decisión una serie de actos que pueden conferir la posibilidad de controlar el comportamiento comercial de una empresa. La lista, no exhaustiva, incluye:

³² DOL núm. 132, de 15 de mayo 1974, pg.29.

³³ Art. 2 de la Decisión 24/54 de la Alta Autoridad de la CECA

- Derechos o contratos que confieren una influencia sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de la empresa;
- Derecho de la propiedad o de disfrute sobre todos o parte de los bienes de la empresa;
- Derecho o contratos que permiten a una empresa, sola o en unión de otras, administrar los asuntos de una empresa;
- Contratos relativos a la contabilización o a la asignación de los beneficios de una empresa;
- Contratos relativos a todos o a una parte importante de los abastecimientos o de las ventas de una empresa cuando esos contratos superen, en cantidad o en duración, el alcance habitual de los contratos comerciales en la materia

Por otra parte, la expresión “cualquier otro medio de control” contenida en el artículo 66.1 dejaba abierta la posibilidad de una interpretación extensiva del precepto, incluyendo otras operaciones que otorguen poder de determinar la acción de una empresa.

De entre las modalidades de control no aludidas expresamente y sin embargo más utilizadas en la realidad práctica, se encuentra la creación de una empresa común. La Alta Autoridad en el artículo 7 de la Decisión núm.25/67 definió la empresa común como la operación a través de la cual una o más empresas independientes entre sí ejercen un control común sobre otra u otras empresas. De esta definición se desprende que la empresa común consta de dos supuestos: 1º) un acuerdo por el que las empresas participantes crean otra y 2º) el sometimiento de esta última a un control conjunto. El acuerdo surge del entendimiento entre dos o más empresas separadas de poner en marcha una nueva empresa con la participación de todos, mientras que el control se establece sobre la empresa ya creada y preexistente. La posibilidad de que se produzca este último supuesto explica la inclusión de estas operaciones en la noción de concentración del Tratado CECA por parte del ejecutivo de la CECA³⁴. Esto es importante si se tiene en cuenta que la empresa común tiene naturaleza híbrida, es decir, puede ser calificada como simple acuerdo de cooperación o como concentración en el sentido del Artículo 66.1 TCECA.

Ahora bien, el hecho de que se produzcan restricciones accesorias en la constitución de la empresa común- como puede serlo la prohibición de no competencia entre las empresas participantes- en aplicación del artículo 66, estas restricciones no afectan a la calificación de

³⁴ La primera vez que la Alta Autoridad tuvo la ocasión de pronunciarse sobre una empresa común no dudó en calificarla de concentración. A raíz de este asunto la empresa común siempre se consideró concentración. Vid. Decisión de 25 de abril 1962, *Onzièm Rapport Général*, 1963. Pgs 355 y ss.

la empresa común como operación de concentración. Estas restricciones serán evaluadas junto con la operación principal.

Por otra parte, el artículo 66.1 del Tratado habla de concentración de empresas. Conviene por tanto dilucidar entorno al concepto de empresa en el mercado de la CECA. Si bien el artículo 80 al establecer las condiciones necesarias para que un operador económico sea considerado empresa a efectos de que le sean aplicables las normas del Tratado no ofrece una noción de empresa, de la práctica se desprende que el concepto de empresa utilizado en el Tratado CECA es un concepto amplio. Esto supone que puede tratarse de una sociedad civil, mercantil, una fundación, una asociación, etc, así como empresarios individuales. Se trata de un concepto puramente económico que no se atiende a la forma jurídica adoptada.

También se desprende del artículo 83 del Tratado que es indiferente la naturaleza privada o pública de la empresa para la aplicación de las normas de la CECA. Según el mencionado precepto, “la institución de la Comunidad no juzgará en absoluto el régimen de propiedad de las empresas sometidas al régimen del presente Tratado”. Con el tenor literal del artículo queda aclarada cualquier duda sobre la aplicación al artículo 66 a las empresas públicas sin lugar a restricción.

En definitiva, la noción de concentración que se utilizó en el Tratado CECA se centra en la fusión y adquisición de control como operaciones básicas de la concentración de empresas, entendida esta última como cualquier persona o entidad que lleva a cabo una actividad de producción o intercambio de bienes y servicios en el mercado.³⁵

3.1.2. Noción de concentración en el Tratado CE

A. Panorámica

Lo que caracteriza al Tratado de las Comunidades Europeas (en adelante Tratado CE) es su deliberado silencio en materia de control de concentración de empresas. El marco de libertades económicas establecido por el Tratado de Roma alcanzó también el ámbito de la competencia, mediante la omisión de una norma que, al igual que el artículo 66 del TCECA, controlara el crecimiento externo empresarial como fórmula susceptible de obstaculizar o impedir la realización del recién creado mercado común. Sin embargo, todo parece indicar que con esta omisión se pretendía la reconstrucción de la industria europea, devastada por la Segunda Guerra mundial, así como la creación de empresas

³⁵ Sobre la noción de concentración en el TCECA, Vid. BELLO CRESPO: *Concentración...* pgs 49 a 57.

potencialmente fuertes capaces de hacer frente a las multinacionales estadounidenses y japonesas, cuyo capital asediaba el mercado europeo. Las autoridades comunitarias entendieron que el mercado interior no podía realizarse sin grandes empresas dentro de la propia comunidad en beneficio del capital extranjero. Mostrándose débil entonces la industria europea, el legislador estimó conveniente no incluir disposiciones que limitaran el proceso de integración empresarial.³⁶

Sin embargo, tras un periodo de vigencia del Tratado, la concentración empezó a crear problemas a la libre competencia. La permisividad de la restructuración de empresas propició la creación de monopolios en el mercado. Situación manifiestamente contraria al artículo 3. f) del Tratado, que establece la necesidad de mantener una competencia efectiva en el mercado común como una de las condiciones para la realización de los objetivos de la comunidad. Se vio entonces que la preocupación por no obstaculizar los procesos de concentración en el mercado común terminaba en la preocupación por la libre competencia en el propio mercado.

En este contexto, ante la ausencia de disposiciones expresas aplicables a la concentración, la Comisión recurrió a la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, prohibitivos de las prácticas colusorias y el abuso de posición dominante. La aplicación del artículo 85 a las operaciones de concentración se justifica, entre otras razones, porque su párrafo 1 prohíbe todos los acuerdos restrictivos de la competencia sin distinguir si el acuerdo deja subsistir la independencia jurídica y económica de las empresas participantes o si el acuerdo lleva a su unificación. El artículo 86, por su parte, resulta aplicable en cuanto que la integración de empresas puede dotar a las empresas en posición de dominio en el mercado de un poder monopolístico capaz de eliminar de facto la competencia.

La aplicación práctica de estas normas a las operaciones de concentración resulta de una propuesta de la Comisión ante la preocupación por el progresivo aumento de las concentraciones en el mercado común y la necesidad de controlar su evolución. Este supone, para el caso que nos ocupa, el marco necesario para examinar la noción de concentración utilizada en el Tratado CE³⁷.

³⁶. Vid. CALVO CARAVACA/CARASCOSA GONZÁLEZ: *Las concentraciones de empresas.*, pg. 53

³⁷ La propuesta resulta del Memorándum de la Comisión de 1965 sobre la aplicación de los arts. 85 y 86 a las concentraciones y el Reglamento núm. 17/62 del Consejo, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado.

B. Aplicación de las normas sobre posición dominante

La noción de concentración utilizada para la aplicación del artículo 86 no depende de ningún medio empleado para la restructuración de la empresa, sino de los efectos que de ella resulten. Es indiferente pues que, como ocurría en el TCECA, la restructuración se lleve a cabo mediante fusión o adquisición de control. La noción de concentración incluye todos los medios que tengan por resultado la eliminación de la competencia en el mercado común o en una parte sustancial del mismo con independencia de la forma jurídica empleada para ello. La concentración se consideró como una forma de explotación abusiva de la posición dominante. De ahí que, en aplicación del artículo 86, la concentración no se entienda sino en virtud de que una de las partes en la operación tenga un previo poder de dominio en un mercado definido

En el asunto *Continental Can Company Inc.*³⁸, la Comisión consideró que la adquisición de una participación mayoritaria en una empresa competidora por otra empresa o grupo de empresas que ostentan ya una posición dominante en el mercado constituye una explotación abusiva de esta posición. Los hechos del caso fueron los siguientes: la sociedad holding Europemballage, en la que la empresa americana Continental Can, la mayor productora mundial de embalajes metálicos, poseía el 100% de capital, adquirió el 80% de las acciones de Thomassen y Drijver Verblifa NV (TDV), empresa holandesa y uno de los mayores productores de embalajes metálicos en Europa. Con esta adquisición, Continental Can obtenía una participación de un 90% del capital de dicha empresa, ya que antes detentaba el 10%. Sin embargo, al margen de esta adquisición, Continental Can ya controlaba a la empresa alemana Smalbach Lubeca Werke A.G, el mayor productor en este mercado europeo, con una participación financiera de un 86%. De acuerdo con estos datos, antes de la operación de concentración, Continental Can ostentaba ya una posición dominante en el mercado de embalajes metálicos.

La comisión consideró que la adquisición del 80% de acciones por parte de Continental Can en un mercado en el que posee ya elevadas cuotas financieras es incompatible con el artículo 86, al suponer un refuerzo a su posición dominante con la consecuencia de que la competencia en el mercado afectado, ya sea efectiva o potencial, se vea prácticamente eliminada en una parte sustancial del mismo.

Por otra parte, la Comisión, además de afirmar que la operación efectuada supone una *modificación irreversible de la estructura de la oferta* en una parte sustancial del mercado, reconoce

³⁸ Decisión de la Comisión de 9.12.1971, DOL núm. 7, de 8 de enero de 1972. Asunto Continental Can

que el artículo 86 no ofrece un marco indiscutible que permita controlar de forma eficaz y preventiva las concentraciones empresariales. Sin embargo, justifica su intervención en base a los artículos 2 y 3 f) del Tratado, en cuanto que el primero prevé como misión de la Comunidad promover un desarrollo armonioso de las actividades económicas del conjunto de la comunidad, mientras que el segundo establece la necesidad de garantizar el mantenimiento de una competencia eficaz en el mercado común. De este modo, el comportamiento manifestado por Continental Can que, a pesar de poseer una posición dominante en el mercado, adquiere una participación mayoritaria en una empresa rival, debe entenderse como abusivo. La concurrencia de este último requisito objetivo determina, por tanto, la aplicabilidad del artículo 86 del Tratado, según la Comisión.

Recurrida la Decisión ante el Tribunal de Justicia, éste dictó Sentencia con fecha 21 de febrero de 1973³⁹. En esta Sentencia, el Tribunal anula la Decisión del ejecutivo por insuficiencia de motivación. En palabras del Tribunal, las posibilidades de competencia no pueden ser establecidas sino en relación a un mercado bien definido desde un punto de vista material y geográfico. A juicio del Tribunal, la Comisión hace afirmaciones insuficientemente motivadas e incluso contradictorias sobre este aspecto. El análisis efectuado a cerca del mercado relevante no puede llevar a concluir que exista posición de dominio ni a entender que es imposible que subsista la competencia efectiva⁴⁰.

Sin embargo, la Sentencia confirmó la postura del ejecutivo a cerca de la aplicabilidad del artículo 86 a las concentraciones. Según el Tribunal, “La alteración de la competencia, siendo prohibida cuando resulta de los comportamientos previstos en el artículo 85, no puede ser lícita cuando estos mismos comportamientos son llevados a cabo por empresas en posición de dominio, mediante la integración entre ellas”. Por tanto, entiende el Tribunal que “es susceptible de constituir abuso el hecho de que una empresa en posición dominante refuerce esta posición hasta el punto de que el grado de dominio así conseguido dificulte la libre competencia, es decir, no deje subsistir más que empresas dependientes, en su comportamiento, de la empresa dominante”⁴¹.

De esta Sentencia pueden extraerse las siguientes conclusiones:

³⁹ STJCE de 21 de febrero de 1973, *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc. c. Comisión*. Asunto 6/72, Rec. Pgs. 215 y ss.

⁴⁰ Sentencia cit. Considerandos 28 y ss.

⁴¹ Considerandos números 25 y 26, párrafo 5º.

1º) Existe conducta abusiva cuando una empresa que ostenta una posición dominante la refuerza por medio de una concentración.

2º) El empleo abusivo de una posición dominante, desde el punto de vista del Derecho comunitario, supone una explotación abusiva de esta posición en la medida en que obstaculice gravemente la competencia⁴².

3º) Poco importa el medio empleado para llevar a cabo la concentración. El dato realmente significativo es el de que se produzca el efecto de restringir la competencia en el mercado, con independencia del medio, el procedimiento o de si existe o no culpa⁴³.

En definitiva, de acuerdo con la doctrina resultante del llamado asunto Continental Can, el artículo 86 del Tratado CE, disciplina de la explotación abusiva de la posición dominante, resulta aplicable a las operaciones de concentración. Sin embargo, no puede hablarse de una aplicación generalizada del precepto a todas las operaciones de concentración. Para que una concentración sea definida como tal es necesario que se cumplan las condiciones de aplicabilidad del artículo 86. Es decir, una de las empresas participantes debe ser una empresa dominante en el mercado afectado, pero la fusión o adquisición de control debe suponer un reforzamiento abusivo de esta posición de dominio.

Al hilo de estas consideraciones, no sería de gran atrevimiento afirmar que en el momento de aplicar el artículo 86 a las operaciones de concentración, ante la inexistencia de una noción específica en el Tratado, la Comisión siguió utilizando la noción de concentración contenida en el artículo 66 del TCECA que incluía la fusión y el control como medios jurídicos instrumentales de una concentración, con la única diferencia de que estas operaciones en sí mismas no eran determinantes para valorar la operación como una concentración.

C. Aplicación de las normas sobre acuerdos

La aplicación del artículo 85 a las operaciones de concentración, por contrario, parte del reconocimiento de la diferencia entre los acuerdos y las concentraciones. Un reconocimiento que fue expresamente recogido en el número 14 de la tercera parte del Memorándum de la Comisión y que hacía difícil encajar la noción de concentración en el artículo 85, prohibitivo de los acuerdos colusorios. De acuerdo con esta diferencia, la Comisión definía la concentración como aquella “operación por la que varias empresas se

⁴² Considerando núm. 28

⁴³ Considerandos 27 y 29, párrafo 1º.

agrupan bajo una dirección única abandonando su autonomía económica”, y que se diferencia de los acuerdos porque en éstos las empresas participantes continúan siendo independientes y autónomas⁴⁴. La comisión intentaba subrayar de esta forma que el hecho diferencial de las dos categorías es la pérdida o mantenimiento de la independencia de las empresas participantes tras la operación. En las concentraciones las empresas participantes pierden su autonomía económica, mientras que tras los acuerdos las empresas continúan siendo independientes.

El Memorándum también hace referencia a los medios a través de los cuales se produce una concentración y señala que ésta, “como regla general, se presenta bajo la forma de una adquisición de la propiedad o, en caso de fusión, por ejemplo, de una modificación en las relaciones de propiedad de las empresas”⁴⁵. De modo que la concentración queda definida como la adquisición de la propiedad o la modificación en las relaciones de propiedad de las empresas.

La aplicación práctica del artículo 85 sobre la base de una concentración se produjo en el conocido Asunto Philip Morris, que supuso un hito jurisprudencial en el tratamiento de las concentraciones. Se trata de acuerdos celebrados en 1984 y 1981 entre las sociedades Philip Morris y Rembrandt Group. Mediante los acuerdos de 1981 Philip Morris, empresa que opera en el sector del tabaco a escala mundial, compró a Rembrandt el 50% del capital de Rothmans Tobacco Holding (RTH), filial al 100% de Rembrandt, bajo el control de facto de Rothmans International, empresa productora de cigarrillos en Europa, muy en particular en el Benelux. En virtud de esta adquisición, Philip Morris obtuvo una participación del 21,9% en su empresa competidora. La operación incluía unos acuerdos por los que se reconocía a cada parte el derecho a designar un número igual de miembros en el consejo de administración de TRH, además del derecho de tanteo para el caso de que la otra parte cediese su participación en el capital de Rothmans International. Rembrandt Group conservaba la gestión de Rothmans International, pero se había previsto una colaboración entre Philip Morris y Rothmans International en materia de investigación y desarrollo, de fabricación y de gestión. Efectuados los acuerdos, éstos fueron denunciados ante la Comisión por RJ Reynolds Industries Inc. y British-American Tobacco Ltd, empresas del sector cigarro en Europa y competidoras de las anteriores. Con esta denuncia, la Comisión advirtió a las partes que los acuerdos podían infringir los artículos 85 y 86 del Tratado. Después de unas negociaciones las empresas modificaron los acuerdos en 1984. En los

⁴⁴ Vid. Núm. 15 y el núm. 1 de la Tercera parte del Memorándum.

⁴⁵ Vid. Núm. 14 del Memorándum

nuevos acuerdos, Philip Morris cedió su participación igualitaria en el capital de Rothmans Holding a cambio de una participación directa en Rothmans International. Además, las partes suscribieron varios compromisos que garantizaban la independencia competitiva de Philip Morris y Rothmans International, particularmente a través de la renuncia de Philip Morris a toda representación en el consejo de administración de las sociedades Rothmans Group. Estas modificaciones fueron bien recibidas por la Comisión al entender que, por circunstancias de hecho y de derecho, eliminaban toda infracción al Tratado aunque sí exigió a las partes diversos compromisos sobre los derechos de opción de compra para garantizar el mantenimiento de la competencia entre los dos grupos. Esta decisión fue recurrida ante el Tribunal de Justicia que dictó Sentencia el 17 de marzo de 1987⁴⁶.

Ya que bajo los nuevos acuerdos Philip Morris se había convertido en un simple accionista minoritario, se planteaba, esencialmente, el problema de si la adquisición de una participación minoritaria en el capital de una empresa competidora puede constituir una infracción del artículo 85 del Tratado. Pues bien, el Tribunal comienza afirmando que “teniendo en cuenta que la adquisición de una participación en el capital de Rothmans Internacional es el objeto de acuerdos entre empresas que, tras la entrada en vigor de estos acuerdos, siguen siendo independientes, conviene, en primer lugar, examinar este problema a la luz del artículo 85”⁴⁷. A continuación, en los considerandos 37 a 39 el Tribunal afirmaba que “si bien el hecho de que una empresa adquiriera una participación en el capital de una empresa competidora no constituye de por sí un comportamiento restrictivo de la competencia, semejante adquisición de una participación puede, sin embargo, constituir un medio capaz de influir sobre el comportamiento comercial de las empresas en cuestión, de modo que restrinja o falsee el juego de la competencia en el mercado en que ambas empresas despliegan sus actividades comerciales”⁴⁸. El Tribunal ejemplificó, además, dos supuestos en los que sí existía una influencia sobre el comportamiento competitivo de las otras empresas⁴⁹:

1º). Tal sería especialmente el caso si mediante la adquisición de una participación o mediante cláusulas accesorias del acuerdo, la empresa que invierte consigue un control de hecho o de derecho sobre el comportamiento comercial de la otra o si el acuerdo prevé una

⁴⁶ STJCE de 17/11/ 1987, British American Tobacco Company Ltd y RJ Reynolds. C. Comisión.

⁴⁷ Sentencia cit. Pg. 4566, Considerando 31

⁴⁸ Considerando núm. 37

⁴⁹ Considerandos 38 y 39

cooperación comercial entre las empresas o crea estructuras capaces de promover semejante cooperación.

2º). También puede ser éste el caso si el acuerdo reserva a la empresa que invierte la posibilidad de reforzar, en una fase posterior, su posición, adquiriendo el control efectivo de otra empresa.

Ahora bien, como se puede apreciar, el considerando 38 cita, entre los casos en que una adquisición de participación puede dar lugar a la aplicación del artículo 85, aquel en el que “la empresa que invierte consigue un control, de hecho o de derecho, sobre el comportamiento comercial de la otra”. En este sentido, conviene señalar que la adquisición de control de una empresa en el comportamiento comercial de otra tiene como resultado la pérdida de la independencia económica de esta última que no puede ya diseñar unilateralmente sus estrategias comerciales. Sin embargo, en el considerando 31 el propio Tribunal admitía la aplicabilidad del artículo 85 debido a que se trata de acuerdos concluidos entre empresas que, tras la entrada en vigor de esos acuerdos, siguen siendo independientes”. Estas palabras dan a entender que si el acuerdo hubiera tenido por efecto poner fin a la independencia de las partes no se habría ni siquiera planteado la posible aplicabilidad del artículo 85. En el considerando 45, *in fine* de la Sentencia el Tribunal vuelve a recordar que para que el artículo 85 resulte aplicable a una operación de control deben darse las condiciones de aplicación de la norma, es decir, las partes en el acuerdo deben ser empresas entre las que existe competencia (empresas independientes) y que éstas celebren un acuerdo capaz de influir en su comportamiento competitivo.

Si bien es cierto que los considerandos 37 a 39 pueden hacer entender que el Tribunal se pronunciaba a favor de la aplicación del artículo 85 a las operaciones de concentración, tampoco es menos cierto que en relación con otros fragmentos del texto de la sentencia como los considerandos 31 y 45 *in fine* el Tribunal mantiene dos afirmaciones contradictorias sobre la posible aplicabilidad del artículo 85 a las operaciones de concentración empresarial. En la sentencia, el TJCE, que sí examinó el caso como concentración, en ningún momento se manifiesta de forma expresa y clara a favor ni en contra de la aplicabilidad del artículo 85 a las operaciones de concentración. Las anotaciones, casi de absoluta obviedad, sobre los efectos anticompetitivos de la adquisición de control no sirvieron para despejar las dudas sobre si procede o no aplicar el artículo 85 a las concentraciones de empresas. El único fragmento de la sentencia que pudo dejar algo en claro es el antes transcrito considerando 39, donde el Tribunal vino a confirmar la

postura inicial del ejecutivo en el sentido de que un acuerdo entre empresas independientes, que prevea una adquisición de control futura, podría crear eventuales problemas que entran en el campo de aplicación del artículo 85. Sin embargo, sobre la concentración en sí misma no se adopta ninguna postura.

Esta oscuridad ha dividido la opinión de la doctrina. Así, mientras algunos consideran que en el asunto Philip Morris el Tribunal demostró su firme voluntad de vigilar las concentraciones de empresas a través del artículo 85⁵⁰, otros en cambio prefieren entender que el Tribunal no se ha manifestado claramente a favor de esta interpretación⁵¹.

En lo que se refiere a la postura de la Comisión, el ejecutivo consideró que las restricciones accesorias a la concentración podían crear eventuales problemas contrarios al artículo 85 sin entrar a valorar la posible aplicación del artículo 85 a la concentración en sí misma. Esta postura de la Comisión fue coherente con la adoptada en el Memorándum de 1965 hasta el año 1984. El ejecutivo comunitario nunca se manifestó a favor de la aplicación del artículo 85 a las operaciones de concentración y de ahí que no creyó conveniente entrar en el examen del caso tras la rectificación de los acuerdos que a su juicio entraban en el ámbito de aplicación del artículo 85. De hecho, en determinadas ocasiones el propio órgano ha negado expresa y rotundamente la aplicabilidad de este precepto a las concentraciones de empresas. Así, por ejemplo, en la decisión SHV-*Chevron* (Decisión de la Comisión de 12 de febrero de 1975. DOL núm. 38. Pg.14) sobre la creación de una empresa común la Comisión entendió que no se infringía el artículo 85 porque la operación constituía una verdadera concentración entre las empresas matrices y sus filiales comunes al suponer una modificación permanente de la estructura de las partes implicadas.

Sin embargo, tanto el efecto de restringir la competencia y el peligro para la consecución de los objetivos del recién creado Mercado Común que puede derivarse de la concentración de empresas, así como la ausencia y el retraso en la aprobación de una norma que hiciera posible su eficaz control, empujaron a la Comisión a admitir la aplicación del artículo 85 a este tipo de operaciones.

Después de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Philip Morris, el ejecutivo emitió el Informe sobre la Política de la Competencia correspondiente al año 1987. En este

⁵⁰ Ad ex. WAELBROECK/FRIGNANI: *Concurrence (Commentaire J.Mégret, 4)*, 1998. Pgs. 1102 a 1108. ALONSO SOTO. R: "La aplicación del artículo 85 del Tratado CEE a las concentraciones de empresas" *Rev. Inst. Europ.* 1988, pgs 769 y ss. CALVO CARAVACA/CARRASCOSA: *Las concentraciones...* cit. Pgs. 58 y ss.

⁵¹ Vid. BELLO-CRESPO: *Concentración...* cit. Pg. 79 y ss

informe la Comisión admitió que la Sentencia es favorable al control de concentraciones de empresas sobre la base del artículo 85. Esta interpretación habilitaba así a la Comisión a intervenir contra las transacciones que amenacen el mantenimiento de una competencia efectiva dentro del mercado común, al tiempo que cristalizaba su firme voluntad de utilizar para ello los instrumentos jurídicos a su alcance. Con este juicio, el ejecutivo comunitario se separó de su propia opinión expresada en el Memorándum de 1965 donde, como anteriormente se ha expuesto, manifestó su disconformidad con la aplicación del artículo 85 a las concentraciones de empresas.

Durante los años siguientes la Comisión evaluó diversas operaciones llegando incluso a calificar verdaderas operaciones de concentración como acuerdos en el sentido del artículo 85. Se alegaba por ello que la operación se ha realizado mediante un acuerdo entre las partes. Así ocurrió, por ejemplo, en el asunto Irish Distillers, operación por la que tres empresas (Gran Metropolitan, Allied Lyons y Guinness) pretendían lanzar una Opa conjuntamente sobre la empresa Irish Distillers⁵². En otros casos el efecto de restringir la competencia en el mercado común sirvió como criterio de calificación de la operación. Este es el caso, por ejemplo, de la decisión sobre el asunto BPCL-ICI, consistente en la venta de elementos del activo que confería al comprador un control exclusivo⁵³. En este asunto, la Comisión, además de reafirmar su postura de que el propio acuerdo de venta, que da lugar a la concentración, es un acuerdo en el sentido del artículo 85.1 (núm. 24 de la decisión), consideró que, al tratarse de acuerdos que no se limitan a la simple venta sino que van “mucho más allá”, tenían por objeto o efecto restringir la competencia y entraban por tanto en el ámbito de aplicación del artículo 85 (núm. 84 de la decisión).

Por otra parte, en lo que a la empresa común se refiere, conviene recordar que la Comisión ha aplicado el artículo 85 a todas las concentraciones operadas mediante la creación de una empresa común. En un caso incluso se llegó a prohibir la operación⁵⁴. Sin embargo, la Comisión no tuvo la misma valoración de la empresa común que la Alta Autoridad de la CECA. Como en apartados anteriores se ha expuesto, la empresa común siempre se consideró concentración en aplicación de las normas de la CECA⁵⁵. En cambio, no puede decirse lo mismo del Tratado CE. Ya en el Memorándum de 1965 (parte II, números 14 y 15) la Comisión aceptaba el carácter híbrido de la empresa común por cuanto que puede

⁵² Vid. INFO.COMP. 1988, núm. 80

⁵³ DOL núm.212 de 8 de agosto de 1984, pg.1

⁵⁴ Decisión *Wano-Swarzpulver*, DOL núm. 322, de 16 de noviembre de 1978, pgs. 26 y ss

⁵⁵ Véase, *supra*, el capítulo referente a la noción de concentración en el Tratado CECA, *in fine*

dar lugar tanto a una concentración como a un acuerdo entre empresas. La calificación de la operación en uno u otro sentido dependería del resultado de la misma. En este sentido, se entenderá que se ha producido una concentración si el efecto de la operación realizada es la modificación de la propiedad de las partes participantes y, siendo, por tanto, un acuerdo en el sentido del artículo 85 si se produce el simple efecto de coordinación del comportamiento competitivo entre empresas que continúan siendo independientes.

Sin embargo, a pesar de haber reconocido esta doble naturaleza de la empresa común, en la realidad práctica la Comisión acabó subsumiendo estas operaciones en el ámbito del artículo 85 mediante una interpretación extensiva del mismo. Finalmente, en contra de la doctrina de la propia Comisión en el Memorándum y de la práctica jurisprudencial del Tratado CECA, el solo hecho de que la operación consistiera en la creación de una empresa común terminó por ser considerado, sin más, como acuerdo en el sentido del artículo 85.1 del Tratado CE⁵⁶.

A modo de conclusión, la doctrina de los asuntos *Continental Can* y *Philip Morris* sirvió para condesar los criterios distintivos de las categorías jurídicas de concentración y las de acuerdos entre empresas y el abuso de posición dominante.

Por otra parte, puede verse que las mismas razones que llevaron a la omisión, sin duda intencionada, de una norma similar al artículo 66 del Tratado CECA que previera un régimen aplicable a las concentraciones de empresas, fueron las mismas que propiciaron la aplicación turbia de las normas sobre acuerdos a las operaciones de concentración. En efecto, la preocupación por mantener la competencia de las empresas europeas no solo fue determinante para silenciar al Tratado CE sobre los problemas competitivos de la concentración empresarial, sino que también obligó posteriormente al propio Tratado a vigilar las concentraciones de empresas para mantener una competencia efectiva en el mercado común. Los artículos 86 y 85 no se aplicaron a las operaciones de concentración por similitud de los medios empleados ni de sus efectos económicos, sino en virtud de los objetivos y fines políticos enmarcados. La existencia de empresas de grandes dimensiones dentro de un mercado de grandes dimensiones se consideró necesaria en el momento de aprobar el Tratado. Sin embargo, constituía un objetivo igualmente necesario para la consecución de este mercado el establecimiento de un régimen que garantizara que la competencia no será falseada⁵⁷. Pues bien, en el momento en que las autoridades

⁵⁶ Ad ex. Decisión del asunto *Elopak/Metal Box-Odin*, DOL núm. 209, de 8 de agosto 1990. Pgs. 18 y ss

⁵⁷ Art. 3, f) del Tratado, cit.

comunitarias vieron la mayor peligrosidad que supone para el mercado la falta de competencia y a la contribución que sobre ella pueden hacer las concentraciones de empresas, decidieron cambiar de actitud colmando el vacío legal mediante los instrumentos jurídicos disponibles, sobre los que existe similitud de objetivos. Tanto los artículos 85 y 86 como el control de concentraciones de empresas tienen como objetivo evitar que la competencia sea falseada dentro del mercado común. Esta aproximación dio lugar a una interpretación extensiva, puramente teleológica, de estos preceptos para su aplicación a las operaciones de concentración⁵⁸.

La aplicación del artículo 86 a las concentraciones se justificó porque el efecto propio de una concentración, que es la pérdida de la independencia de las partes implicadas, puede encontrarse relacionado con el abuso de posición dominante de una empresa en el mercado. Si bien es cierto que se trata de efectos distintos, tampoco puede olvidarse que una empresa puede utilizar su poder adquiriendo una participación mayoritaria en un competidor. Esta operación, en el supuesto de que fuera excesiva, puede dar lugar al control sobre un sector económico, llegando incluso a otorgarle un dominio absoluto o monopolista si no existiera vigilancia sobre este tipo de comportamientos. En este caso, estaríamos efectivamente ante un caso que, en virtud de las circunstancias de hecho, puede considerarse abusivo.

Más dificultad y razones de debate supuso la aplicación del artículo 85 a las concentraciones. No por ende la propia Comisión tambaleó en su postura sobre la aplicabilidad del precepto. El acuerdo y la concentración no pueden darse al mismo tiempo en una operación. Según se ha reiterado en el presente trabajo, los efectos económicos de la concentración y el acuerdo entre empresas son totalmente opuestos. El efecto reconocido a la concentración es la pérdida de la independencia económica de las partes. Sin embargo, este efecto parece ser el contrario cuando se trata de un acuerdo, donde las empresas permanecen independientes tras la operación.

⁵⁸ Sobre la aplicabilidad de los arts. 85 y 86 del TCE a concentraciones de empresas antes del Reglamento 4064/89, vid. BELLO CRESPO: *Concentraciones...cit.* Pgs. 633 y ss.

3.2. Noción de concentración en el Reglamento de concentraciones.

3.2.1. Reglamento 4064/89

A. La elaboración del Reglamento y la noción de concentración.

Después de varios años de aplicación de los artículos 85 y 86 a las operaciones de concentración a falta de una regulación específica *ad hoc*, la necesidad de un instrumento que supliera tal vacío legal se hizo sentir ante la insuficiencia de la aplicación supletoria del Tratado de Roma. En primer lugar, como se ha visto, no todas las operaciones de concentración podían quedar sometidas al ámbito de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, además de la inadecuación para su tratamiento. En segundo lugar, la falta de seguridad jurídica que resultaba de las contradictorias posturas de la propia Comisión y tampoco resueltas por el Tribunal de Justicia desaconsejaba que tales operaciones continuaran siendo tratadas sobre la base de estos preceptos⁵⁹.

La aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE a las concentraciones de empresas ha sido una cuestión discutida desde el primer momento. Las discrepancias de opiniones entre los profesores expertos consultados en el Memorándum de 1965, así como la postura adoptada por la propia Comisión en el mismo, fueron el presagio de un proceso nada pacífico⁶⁰. La aplicación práctica de los preceptos a las operaciones de concentración no sirvió sino para confirmar la necesidad de un instrumento jurídico específico para este tipo de operaciones que se escapan de las categorías jurídicas de abuso de posición dominante y, sobre todo, de acuerdos colusorios. En efecto, una regulación específicamente pensada para las concentraciones tendría en cuenta los efectos positivos que, para la competitividad de las empresas comunitarias, se derivan de este tipo de operaciones y evitaría aquellas que resulten excesivas y pongan en peligro la libre competencia en el mercado común.

En la Resolución de 7 de junio de 1971, sobre las normas de competencia y la posición de las empresas europeas en el mercado común y en la economía mundial, publicado en el Diario Oficial de la CE, serie C (en adelante DOC), número 66, el Parlamento Europeo se pronunció a favor de un control específico para las concentraciones de empresas. El Parlamento estimó que las concentraciones que afectaran a una determinada parte del mercado debían someterse a la autorización previa de la Comisión. En esta misma línea, el

⁵⁹ Sobre la necesidad de un marco jurídico claro y bien estructurado sobre el control de concentración de empresas Vid. Dictamen de 2 de junio de 1988 sobre la propuesta de Reglamento., DOC. COM 97 final, Comité Económico y Social (CES) 588/88, núm. 1.2.2.

⁶⁰ Vid. Memorándum, parte III, números 3 y ss.

punto 7 de la Conferencia de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, celebrada en París un año después, declaraba de necesidad de una norma específica para controlar las concentraciones de empresas y encajarlas dentro de los objetivos económicos y sociales de la Comunidad. Este mismo año, el Consejo anuncia la decisión de la Comisión de presentar una propuesta sobre el control de concentraciones⁶¹.

La necesidad de un marco específico para las concentraciones de empresas contaba ya con el compromiso de todas las instituciones de la Comunidad. Sin embargo, a pesar de contar con el apoyo unánime, pasarán 16 años antes de la aprobación del Reglamento 4064/89.

La primera propuesta de Reglamento aparece el 20 de julio de 1973⁶². El punto de referencia para esta propuesta inicial es el Tratado CECA. Sin embargo, en la propuesta no se contempla un régimen de autorización previa como el previsto en el artículo 66 de la CECA. La concentración se articula sobre un régimen de notificación previa con eficacia suspensiva respecto de su realización que se extendería a tres meses. Tras la apertura del procedimiento, la Comisión tendrá que adoptar una decisión en el plazo de nueve meses. El silencio de la Comisión, transcurrido los tres meses se entenderá como positivo, es decir, se presumirá que la operación es compatible con el mercado común⁶³.

En lo que sí hubo semejanza entre la Propuesta del 73 y el artículo 66 del Tratado CECA es en la valoración de las operaciones. El criterio para declarar la incompatibilidad de la concentración con el mercado común utilizado en el primer párrafo del artículo 1 de la propuesta fue el mismo que el establecido en el párrafo segundo del artículo 66 para la CECA. Es decir, la concentración debía coadyuvar a la adquisición o reforzamiento del poder de obstaculizar la libre competencia en el mercado o en una parte sustancial del mismo.

En lo que a la noción de concentración se refiere, ésta parece inspirarse en la doctrina jurisprudencial de la Alta Autoridad de la CECA. En la Decisión 24/54 de la Alta Autoridad en aplicación del artículo 66.1, la concentración se definía como “la posibilidad de determinar la acción de una empresa”. Pues bien, de forma casi recalcada, en el artículo 2 de la primera propuesta de Reglamento, la Comisión definía la concentración como la

⁶¹ DOC núm. 133 de 23 de diciembre de 1972, pg. 14

⁶² DOC núm. 92 de 31 de octubre de 1973, pg. 1.

⁶³ Arts. 7.1 y 6.4 y 17.

posibilidad de determinar la acción de una empresa. Sin embargo, la Comisión omitió la fusión, que sí aparecía en el artículo 66.1 de la CECA, como instrumento de concentración. El párrafo segundo del artículo 2 presentaba a continuación una serie de contratos o derechos a través de los cuales se podía obtener el control.

La Comisión tampoco se olvidó de incluir excepciones a la noción de concentración. Al igual que el Tratado CECA, el párrafo cuarto del artículo 2 de la propuesta excluía de la noción de control la participación que bancos y establecimientos financieros adquirieran en una empresa para su venta posterior en el mercado, en cuanto que no ejercerán los derechos de voto que les confiere dicha participación.

La propuesta inicial del Reglamento, a pesar de recibir la conformidad del Parlamento (que únicamente recomienda a la Comisión que adopte sus decisiones, como regla general, en un plazo inferior a los 9 meses que se habían previsto)⁶⁴ y el Consejo Económico y Social⁶⁵, en el seno del Consejo hubo divergencias fundamentalmente entorno a dos cuestiones: el campo de aplicación del Reglamento y los poderes de decisión de la Comisión y el Consejo⁶⁶.

Sobre el campo de aplicación del Reglamento, la propuesta establecía que la concentración debía producir efectos dentro del mercado común. Para ello, se recurrió al sistema establecido en los artículos 85 y 86 del Tratado CE, que exigían que la práctica restrictiva de la competencia fuera susceptible de afectar al comercio entre los Estados miembros. Pues bien, este mismo criterio de afectación fue el que se utilizó para las concentraciones de empresas. Además, se exigía que al menos una de las empresas que se concentraban debía estar situada en el interior del mercado común (art. 1.1). Sin embargo, la Comisión no incluyó una referencia sobre la necesidad de un efecto transnacional de la operación. Esta falta debía interpretarse en el sentido de que la propuesta no excluía de su ámbito de aplicación las concentraciones con efectos exclusivamente nacionales.

El ámbito de aplicación del Reglamento tampoco quedaba definido sólo en el artículo 2, que contenía la definición de concentración, sino también por el artículo 4, que establecía las operaciones que entraban dentro de la noción de concentración y que, por tanto, se sometían a la obligación de notificación previa. Pues bien, este precepto eximía de la obligación de notificar aquellas operaciones llevadas a cabo por empresas cuyo volumen de

⁶⁴ Resolución del Parlamento sobre el proyecto DOC núm. 23 de 8 de marzo de 1974, pg. 19

⁶⁵ DOC núm. 88 de 26 de julio de 1974, pg.19

⁶⁶ DOC núm. 36 de 12 de febrero de 1982, pg. 3. I., párrafo 3º.

negocios era inferior a 1000 millones de ecus. En el segundo párrafo del mismo artículo se dispensaba de la obligación de notificar a las operaciones en las que, a pesar de sobrepasar el umbral mínimo, la empresa que se pretendía adquirir tuviera una cifra de negocios inferior a 30 millones de ecus. En este sentido, habría que entender que quedaban fuera del control comunitario las concentraciones que no alcanzaban estos umbrales.

Sin embargo, la Comisión no lo interpretó en este sentido. De acuerdo con el artículo 1.2, no podía declararse la incompatibilidad con el artículo 1.1 cuando la cifra de negocios total del conjunto de las empresas que participan en la concentración representa una cifra inferior a 200 millones de unidades de cuenta, o cuando los productos o servicios afectados por la operación no representa, en algún Estado miembro, más del 25% del volumen de negocios de productos o servicios idénticos o similares. Estos preceptos venían a ampliar el ámbito de aplicación del Reglamento.

Tanto este extremo como la delimitación de los poderes entre la Comisión y el Consejo fueron objeto de la primera modificación de la propuesta de Reglamento presentada al Consejo el 16 de diciembre de 1981⁶⁷.

En relación a la dimensión de la operación, se suprimió el criterio de parte del mercado como condición de inaplicabilidad de la prohibición del artículo 1.2, y se elevó umbral mínimo de negocios exigido en este mismo artículo de 200 a 500 millones de ecus. Con estas modificaciones, se trató de evitar que las concentraciones de poca importancia se sometieran al control comunitario. Sin embargo, el empeño de la Comisión por no perder totalmente la posibilidad de actuar sobre las operaciones que no debían ser notificadas le llevó a desviar el texto por otra vía: la modificación del artículo 1.1 incluyó una presunción de compatibilidad de la una concentración, salvo prueba en contrario de la omisión, cuando la cuota en el mercado común de las empresas participantes representara menos de un 20%. Con esta presunción se dejaba abierta la posibilidad de que la Comisión probara que una concentración de cuota inferior a la señalada podría ser incompatible con el mercado común en el sentido del artículo 1.1, aunque no existiera en este caso obligación de notificar de acuerdo con los umbrales del artículo 4. Con la introducción de este nuevo criterio se mantenía todavía poco delimitada la frontera competencial entre la comunidad y los Estados miembros.

⁶⁷ DOC núm. 36 de 12 de febrero de 1982, pg. 3

En lo que respecta a la delimitación de poderes, la modificación de 1981 amplió el papel del Consejo en la cooperación de los Estados miembros con la Comisión en el proceso de toma de decisiones. Esta modificación se justifica porque los Estados pueden estar interesados (temerosos propiamente dichos) sobre los efectos que la prohibición de una operación en sus políticas nacionales⁶⁸. De acuerdo con el texto modificado, la decisión del ejecutivo debía esperar veinte días si la mayoría de los miembros del Comité Consultivo se manifestaba contrario a la decisión de incompatibilidad de una concentración con el mercado común. Durante este plazo, un estado miembro puede sugerir al Consejo una propuesta sobre el objetivo que, a su juicio, debe ser considerado de mayor prioridad y justificar la supresión de la incompatibilidad en el sentido del artículo 1.3. La decisión final de la Comisión no podría dictarse sino tras la reunión del Consejo sobre la sugerencia del Estado, debiendo en todo caso observar las conclusiones que este órgano hubiera adoptado⁶⁹. No obstante, estas modificaciones no hicieron que la Comisión abandonara su postura de seguir tomando de forma libre las acciones necesarias a nivel comunitario en materia de control de concentraciones de empresas. En este sentido, la propia Comisión manifestó que la consideración de las propuestas y medidas nacionales no podía cuestionar ni el mantenimiento de una competencia efectiva, ni impedir que la Comunidad adoptara las acciones necesarias a nivel comunitario para controlar las concentraciones de empresas⁷⁰.

El CES y el Parlamento, mediante las resoluciones de 1982 y 1983, dieron su parecer a cerca de las modificaciones introducidas a la propuesta de Reglamento⁷¹. Ambos órganos, que desde el primer momento se habían manifestado a favor de la propuesta inicial, se mostraron a favor de una competencia exclusiva de la Comisión sobre las concentraciones de dimensión comunitaria. El CES pidió que no existieran restricciones a la competencia de la Comisión para declarar la incompatibilidad de una operación con el mercado común y propuso que el artículo 19 fuera modificado en el sentido de que el ejecutivo comunitario no podía quedar vinculado en su decisión por las orientaciones del Consejo. La postura del Parlamento fue mucho más tajante. La Cámara negó rotundamente el acuerdo a la modificación de 1981 al considerar que era necesario otorgar la competencia exclusiva a la comunidad sobre las concentraciones de dimensión comunitaria (número 15).

⁶⁸ Véase la parte IV de la modificación citada y el considerando 19 modificado.

⁶⁹ Vid. Núms. 7 y 8 del art. 19 de la propuesta.

⁷⁰ Vid. *Rapport sur la politique de la concurrence de la Commission CE*. 1974, núm. 18 y 1975, núm. 8.

⁷¹ RCES: DOC núm. 252 de 17 de septiembre de 1982, pg. 15; RP: DOC núm. 322, de 28/11/ 1983.

Recabada la opinión del Parlamento y el CES, la Comisión presentó una nueva propuesta modificada el 7 de febrero de 1984⁷². En esta nueva modificación, tanto los umbrales mínimos de inaplicabilidad previstos en el artículo 1.2 (es decir, 750 millones de ecus o una parte de mercado de un 50%), como el umbral de presunción de compatibilidad del artículo 1.1 (es decir, una parte de mercado inferior a un 20%), continuaban inalterados y seguían permitiendo a la Comisión controlar las operaciones no sometidas a la obligación de notificación. La propuesta no tuvo efecto por dos razones: 1º) porque el ámbito de aplicación del Reglamento seguía refiriéndose a las operaciones de dimensión comunitaria de manera esencial como lo quería la Comisión, pero no exclusiva como pedían los Estados miembros, y 2º) porque seguía sin resolverse la controversia a cerca de la definición de las competencias de la Comisión, el papel del Consejo y de los Estados miembros en el mecanismo previsto en el artículo 19 que, como se ha expuesto anteriormente, los Estados miembros y el Consejo reivindicaban un mayor protagonismo de este último y del Comité Consultivo en la toma de decisiones de la Comisión, mientras la Comisión defendía su competencia exclusiva en esta materia.

El 2 de diciembre de 1986 la Comisión introdujo una nueva modificación sobre la delimitación de las competencias prevista en la propuesta de Reglamento. La modificación se limitó a suprimir la participación del Consejo en la toma de decisiones por parte de la Comisión a instancia de una Estado miembro que se introdujo en la modificación de 1981. Con esta supresión, se volvía al sistema del Comité consultivo simple.

La controversia surgida en torno a la propuesta de Reglamento parecía no agotarse y la discusión del Consejo llegó a un periodo muerto. En este contexto, la Comisión instó al Consejo que adoptara una posición para dar continuidad a los trabajos vista la necesidad de la nueva norma⁷³. La Comisión propuso prohibir las concentraciones que crearan o reforzaran posiciones dominantes y la posibilidad de conceder exenciones con criterios semejantes a los del artículo 85.3 del Tratado. Además, el régimen se aplicaría únicamente a concentraciones de dimensión comunitaria sobre las que se establece la obligación de notificar. La Comisión también mantiene la participación de los Estados miembros en el proceso de toma de decisiones y la reducción de los plazos para resolver⁷⁴.

⁷² DOC núm. 51 de 23 de febrero de 1984, pg. 8

⁷³ Vid. INFO. COMP. 1987, núm. 49

⁷⁴ Número 51 del INFO. COM *citado*

El nuevo enfoque de la Comisión obtuvo gran aceptación por parte del Consejo. En este sentido, el ejecutivo presentó una nueva propuesta de modificación el 25 de abril de 1988⁷⁵. De acuerdo con esta nueva propuesta, el Reglamento sólo se aplicaría a concentraciones de dimensión comunitaria (art. 1.1), al tiempo que se excluyen expresamente las concentraciones con efectos exclusivamente nacionales (art. 1.2 y 3). No se incluye un criterio de inaplicación de la incompatibilidad, sin embargo, la presunción de incompatibilidad se mantiene cuando la parte de mercado de las empresas en el mercado común o en una parte sustancial del mismo fuera inferior a 20% (art. 2.3). El Comité consultivo, por su parte, mantiene un papel puramente dictaminador (art. 18).

Las propuestas de la Comisión introducidas en las modificaciones de 1988, con la aceptación del Consejo, no eliminaron sin embargo la posibilidad de que la Comisión conociera de operaciones sin dimensión europea. En primer lugar, como se acaba de ver, el texto del proyecto seguía manteniendo los criterios de compatibilidad con los que la Comisión podía seguir encontrando argumentación a su favor para entrar a conocer de concentraciones sin dimensión comunitaria. En segundo lugar, conviene señalar que el artículo 6.1 exigía la comprobación de que la operación de concentración produjera un “cambio sustancial en la estructura de la competencia” para que la Comisión pudiera incoar el procedimiento. De acuerdo con este precepto, y de esta misma forma fue reconocido por la propia Comisión⁷⁶, el cambio en la estructura de mercado podía servir como criterio para la división de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros. Por consiguiente, la constatación de un cambio sustancial en la estructura de la competencia bastaría para que la Comisión encontrara argumentación suficiente para hacer valer su jurisdicción, tuviera o no la operación dimensión comunitaria.

El Parlamento y el CES se mostraron en contra de cualquier competencia nacional sobre las operaciones de dimensión comunitaria para evitar el doble control⁷⁷. El consejo por su parte, se centró en dos cuestiones principales:

- Las concentraciones se valorarían por una única autoridad tras la aprobación del Reglamento quedando excluida, en principio, la invocación de los derechos nacionales (*principio de exclusividad*).

⁷⁵ DOC núm. 130 de 19 de mayo de 1988, pg. 4

⁷⁶ INFO.COM. 1988, núm. 38.3.

⁷⁷ Vid. DOC núm. 309 de 5 de diciembre de 1988 y DOC núm. 208 de 8 de agosto de 1988 para CES.

- El Consejo mantiene una postura neutral frente a las concentraciones de empresas sin ningún prejuicio sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la operación con el mercado común (*principio de neutralidad*)⁷⁸.

En este mismo año la Comisión, tomando en consideración las valoraciones del Parlamento, el CES y el Consejo, así como otras propuestas, introdujo una versión revisada del Reglamento el 30 de noviembre⁷⁹. En esta nueva versión los criterios de valoración del artículo 2 solo serán utilizados sobre concentraciones ya notificadas. Desaparecen los umbrales mínimos de presunción de compatibilidad y el criterio de inaplicación por incompatibilidad. Además, se suprime el artículo 6.1 para impedir que la Comisión tuviera competencia sobre operaciones que no alcanzan los umbrales del artículo 1. So pretexto de cambio sustancial de la estructura de competencia.

Por otra parte, no solo se confirma expresamente la competencia exclusiva de la Comisión sobre operaciones de dimensión comunitaria (art.20.1), sino que también se obliga a los Estados miembros a que se abstengan de aplicar sus legislaciones a las concentraciones que alcancen dichos umbrales comunitarios (art.20.2). Ello no obstante, en el párrafo tercero del artículo 20 se preveía dos excepciones que dejaban abierta la posibilidad de que las autoridades nacionales intervinieran en operaciones de dimensión comunitaria. Primero, los Estados miembros quedaban autorizados a intervenir en operaciones de dimensión comunitaria para adoptar las medidas necesarias en aras de proteger intereses legítimos distintos de los derivados del Derecho de la competencia y siempre que fueran coherentes con las disposiciones del Derecho comunitario. Segundo, los Estados miembros podían intervenir en operaciones de dimensión comunitaria con la expresa venia de la Comisión (considerando 27).

En octubre de 1989, el Consejo acordó situar los umbrales de dimensión comunitaria en 5000 millones de ecus a nivel mundial y 250 millones a nivel comunitario. También se acordó incluir en el Reglamento la posibilidad de reenvío de asuntos de la Comisión a los Estados miembros en el supuesto de que la estructura de la competencia quedara afectada en un mercado local.

La presentación de esta larga trayectoria de intensas negociaciones del proyecto de Reglamento de concentraciones- negociaciones que, como se puede observar , no afectaron a la noción de concentración- puede servirnos para concluir que el hecho de que el punto

⁷⁸ DOC núm. 22 de 28 de enero de 1989, pg. 14.

⁷⁹ DOC núm. 22 de 28 de enero de 1989, pg. 14.

focal del control de concentraciones previsto en el Tratado CECA y la aplicación de los artículos 85 y 86 a las operaciones de concentración fuera el concepto mismo de concentración hizo posible una definición de concentración clara que no ofreciera posibilidad de desencuentros entre las instituciones comunitarias. En este sentido, antes del inicio del proceso, la Comisión contaba ya con un concepto claro y condensado de concentración gracias a la práctica jurisprudencial de la Alta Autoridad de la CECA y la doctrina derivada de la aplicación de las normas de acuerdos y abuso de posición dominante a las concentraciones de empresa. A pesar de ello, la Comisión se olvidó de incluir en su propuesta inicial la forma más acabada de concentración que es la fusión⁸⁰. En los debates posteriores a la propuesta inicial y sus sucesivas modificaciones solo el Comité Económico y Social se percató de la laguna y pidió a la Comisión “que fuera aclarada la cuestión de si las fusiones entraban o no en la definición de concentración”⁸¹.

En todo caso, la cuestión que aquí se podría plantear es si fue o no deliberada la no inclusión de la fusión en la noción de concentración durante el proceso de elaboración del Reglamento. En el presente trabajo nos decantamos por la respuesta negativa. En efecto, sería cuestión de difícil comprensión que el propio órgano que en periodo anterior al inicio del proceso de elaboración del Reglamento consideró la fusión como forma instrumental para llevar a cabo una concentración, sea el mismo que, de forma deliberada, decida no incluirla en la noción básica de concentración en el momento de elaborar una norma específica y exclusiva para este tipo de operaciones. Desde luego, aquellos que opten por una respuesta positiva tendrán la obligación de demostrar las razones, de hecho o de Derecho, el ejecutivo comunitario entendió que la fusión no debía incluirse en la definición de concentración del Reglamento⁸².

B. La definición del preámbulo

El Reglamento finalmente fue aprobado el 21 de diciembre de 1989⁸³, siendo publicado en septiembre de 1990⁸⁴.

La adopción de esta norma encuentra su fundamento jurídico en el artículo 235 del Tratado, que otorga al ejecutivo comunitario los poderes necesarios para adoptar las disposiciones que fuesen pertinentes cuando “una acción de la comunidad resulte necesaria

⁸⁰ Véase art. 2.1 de la propuesta inicial citada

⁸¹ Dictamen del CES de 28 de febrero de 1974 (DOC núm. 88 de 26 de julio de 1974, pg. 22).

⁸² Sobre la noción de concentración en el proceso de elaboración del Reglamento (CEE) 4064/89 vid. BELLO CRESPO: Concentraciones...cit. Pgs. 87 y ss

⁸³ DOL núm. 395 de 30 de diciembre de 1989, pg. 1.

⁸⁴ DOL núm. 257 de 21 de septiembre de 1990, pg. 13.

para lograr... uno de los objetivos de la comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto”⁸⁵ Sobre este extremo, la Comisión no dejó de recordar la necesidad de la nueva norma (considerandos números 1 a 5), vista la insuficiencia de los artículos 85 y 86 del Tratado para controlar todas las concentraciones que pueden resultar incompatibles con el mercado común o una parte sustancial del mismo (considerandos 5 y 6).

Ahora bien, el concepto mismo de concentración, que durante el largo periodo de negociaciones del proyecto de Reglamento pareció no haber sido objeto de atención suficiente por parte de las instituciones comunitarias, aparece en tres referencias expresas en el texto final de la norma. La concentración aparece definida primero en el considerando núm. 23 del Preámbulo, sin carácter normativo alguno. Luego, en el propio articulado de la norma, el apartado 1 del artículo 3 lleva explícitamente por título “definición de concentración. La tercera noción de concentración aparece implícita en el párrafo 2 del mismo artículo y tiene carácter negativo, es decir, por oposición a lo que no se considera concentración de empresas.

En el considerando 23 del preámbulo, la concentración se define como “operaciones que implican una modificación permanente de la estructura de las empresas participantes”. La referencia a la modificación de la estructura de las empresas al definir la concentración no es novedosa en el Derecho europeo de defensa de la competencia. Tanto la Comisión como el TJCE se han servido tradicionalmente de esta modificación estructural que resulta de las operaciones de concentración como criterio de oposición a los acuerdos colusorios, cuyo efecto es obligar a un comportamiento. Ya en el citado asunto *Continental Can*, el Tribunal de Justicia se refirió a la concentración como operaciones que implican “modificaciones estructurales de la empresa”. En este mismo sentido, la Comisión definió la concentración en el número 3 de su Comunicado sobre el concepto de concentración de 31 de diciembre de 1994, confirmando así la que ya había dado en el Memorándum de 1965 (núm. 3).

De esta noción llama especial atención la referencia a la “permanencia” de las modificaciones estructurales. La cuestión sería analizar si la duración puede servir como criterio determinante para definir la concentración empresarial. Pues bien, siendo la

⁸⁵ Sobre el ejercicio de las competencias de la UE vid. DERECHO BÁSICO DE LA UNIÓN EUROPEA, Granada, 2011. CALONGE VELÁZQUEZ (Director), pgs. 12 a 13.

adquisición de control y la creación de una empresa común operaciones fácilmente reversibles si de ellos no se obtiene la esperada rentabilidad, se puede afirmar que una concentración de empresas puede no ser permanente. Y en el sentido contrario, un acuerdo entre empresas sí que puede permanecer en el tiempo. Así sucedería, por ejemplo, cuando de forma continuada se reconducen los contratos que son objeto de acuerdos.

Sin embargo, la referencia a la permanencia de la operación puede entenderse por el hecho de que la concentración sea una operación con vocación de perdurabilidad en el tiempo, en contraposición al carácter naturalmente efímero del acuerdo. Esta perdurabilidad, no obstante, puede no darse por circunstancias de orden coyuntural. La eventualidad de este último supuesto no afectará sin embargo a la calificación de la operación como concentración⁸⁶.

Puede darse también el supuesto de que las partes prevean una duración limitada de la operación. En este caso cabe preguntar si la Comisión entendería que existe o no modificación de la estructura del mercado. Dos decisiones de la Comisión (decisiones Banco Santander/Banesto⁸⁷ y decisión Banco Santander British Telecom⁸⁸) podrían hacer entender que, en opinión del ejecutivo, no existe concentración puesto que no se produce una modificación suficientemente intensa de la estructura del mercado para que la operación sea estudiada. En el primero de estos asuntos (la adquisición de Banesto por parte del Banco Santander) la Comisión consideró que constituía una verdadera concentración la adquisición mayoritaria de acciones por parte del BS por dos razones: 1º) se trata de una adquisición de control y 2º) el BS no se había obligado a mantener su participación por un periodo inferior a cuatro años (núm. 8 de la decisión). La segunda decisión tenía por objeto la constitución de una empresa común al 50% entre el BS y BT. En dicha operación, acordó no mantener su participación en las decisiones durante un tiempo superior a tres años. En este caso, siendo que la inversión conjunta se proyectó para un periodo mínimo de diez años, la Comisión estimó que existía un control conjunto, sino individual sobre la empresa común (núms. 10 y 21).

En definitiva, aunque la permanencia de la operación puede tener alguna relevancia en algunos supuestos, ésta no constituye sin embargo un rasgo determinante para calificar la

⁸⁶ De acuerdo con los artículos 4.1 y 10.1 del Reglamento, bastaría con que se cumplan un mes y una semana desde que se realiza la operación hasta que se remate la primera fase del procedimiento.

⁸⁷ Decisión núm. IV/M455.

⁸⁸ Decisión núm. IV/M425.

operación como concentración. Puede ser quizás ésta la razón por la que en la definición del articulado no se menciona ya el carácter permanente de la operación.

Otra conclusión que puede sacarse de la definición del preámbulo es que el Reglamento de concentraciones sólo afecta al crecimiento externo empresarial y quedando excluidas de la noción de concentración las modificaciones internas que conllevan el crecimiento interno. La referencia a las “empresas participantes” implica necesariamente la participación de dos o más empresas en la operación.

Aunque el crecimiento interno empresarial tiende a aumentar el tamaño de la misma y su cuota de mercado al igual que sucede en el crecimiento externo, siendo el riesgo de obtener una posición dominante común a las dos formas de crecimiento, la no inclusión del crecimiento interno parte de la consideración de que el Derecho no puede penalizar la eficiencia, la mejor utilización de los recursos propios ni el éxito empresarial. El poder de mercado conseguido por estas circunstancias resulta inevitable en ocasiones. Es por esta razón que en el ámbito europeo no se prohíbe la existencia de posiciones de dominio en los mercados y ni siquiera la adquisición de esa posición. Esta regla se rompe, sin embargo, cuando el aumento de la cuota de mercado se realiza recurriendo a la integración y reduciendo el número de operadores en el mercado.

Por otra parte, someter a control el crecimiento interno de las empresas acabaría con toda iniciativa por parte de esas que se verían sancionadas por el solo hecho de mostrarse más eficaces que otras. En este sentido, la Comisión mostró un respeto a la autonomía de acción de las empresas mediante la exclusión del crecimiento resultante de operaciones que solo abarcan la organización de la propia empresa⁸⁹.

C. La definición del artículo 3

Las operaciones que implican una modificación estructural entre dos o más empresas aparecen enumeradas en el artículo 3.1 y 2 que constituyen la noción básica de concentración. De acuerdo con este precepto, las formas básicas de concentración son la fusión y la adquisición de control. Dentro de esta última, se incluye la empresa común como operación de control de carácter especial.

El Reglamento no define la concentración de un modo estricto. No se ofrece las notas comunes de las operaciones que otorgan a la concentración una categoría jurídica propia dentro del Derecho de la competencia. No obstante, el contenido *sui generis* del artículo 3 se

⁸⁹ Vid. *Rapport sur la politique de la concurrence de la Commission CE*. 1973, núm. 29, pg. 38.

ha reforzado por la propia Comisión en las Comunicaciones⁹⁰ y en la doctrina de aplicación del Reglamento que ha proporcionado una noción general de concentración en el Derecho europeo de la competencia.

En la propuesta inicial de 1973 el artículo 2.1 definía la concentración como el hecho de que una persona o una empresa, un grupo de personas o empresas adquirieran el control de una o varias empresas. Una vez más el centro de gravedad de la concentración se encuentra en el concepto de control como ocurría en el Tratado CECA. Sin embargo, ésta vez la autoridad comunitaria no solo construye la definición de concentración en torno a la adquisición de control, sino que también considera ésta como el único medio instrumental para la concentración de empresas.

Pues bien, en la redacción final del Reglamento la definición de concentración no se hace girar exclusivamente en torno a la noción de control, sino que abarca las dos formas diferentes de concentración que ya reconoció el artículo 66.1 del Tratado CECA: la fusión y la adquisición de control. En este sentido, con la definición del Preámbulo del Reglamento y la noción básica que ofrece el artículo 3 hay que concluir que toda modificación estructural entre empresas no da lugar a una concentración, sino únicamente aquella que resulta de la fusión de empresas o la adquisición de control de una o más empresas⁹¹. Los dos supuestos básicos elegidos como criterio de calificación permiten centrar la noción de concentración en la constatación de la realidad económica resultante de la operación.

Pues bien, el artículo 3 del Reglamento ofrece el marco en el que deben encuadrarse todas las operaciones susceptibles de ser calificadas como concentración. En este sentido, una operación que no tiene como resultado la fusión de dos o más empresas o la adquisición del control de la totalidad o parte de una o varias empresas queda automáticamente excluida de la noción de concentración de empresas. Tal es así que la Comisión, tras un examen preliminar de una operación notificada, no puede entrar en el fondo del asunto si considera que la operación no puede encuadrarse ni en la letra a) ni en la letra b) del apartado 1 del artículo 3⁹².

⁹⁰ *Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración* cit. DOC núm. 385 de 31 de diciembre de 1994, pg. 5.

⁹¹ Número 3 de la *Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración* cit.

⁹² Sírvase de ejemplo el punto III de la decisión de la Comisión de 03/07/2001. Asunto nº. COMP/M.2220, General Electric/Honeywell. La calificación de la operación de concentración.

Cuestión distinta es saber si jurídicamente es relevante la calificación de una operación en uno u otro sentido, es decir, si ante una concentración de dimensión comunitaria, el hecho de que se haya llevado a cabo mediante fusión o adquisición de control es una circunstancia a tener en cuenta a la hora de su valoración. La respuesta es negativa. El análisis de la integración de empresas, ya sea más o menos intensa, tiene como objetivo valorar si mediante ésta las empresas participantes consiguen una posición dominante que obstaculice de forma significativa la competencia en el mercado. La simple constatación de un nivel mínimo de integración, que es la adquisición de control, es suficiente para que estemos ante una nueva entidad económica en el mercado. Lo realmente decisivo para el Derecho de la competencia es la pérdida de independencia de las empresas participantes. La constatación de esta última circunstancia otorga de por sí la categoría de concentración a la operación y determina que ésta sea estudiada conforme a los criterios del Reglamento de concentraciones⁹³.

Por otra parte, dentro de la categoría de control el Reglamento prevé un tipo especial que es la empresa común. Esta categoría ha venido siendo reconocida por el Derecho comunitario de defensa de la competencia. Como se ha visto, la empresa común no se incluyó expresamente en la definición del artículo 66. 1. Sin embargo, en la práctica siempre se consideró concentración en aplicación de este precepto. Ya con el Tratado CE la empresa común recibió un tratamiento doble en virtud del resultado que se obtenga. En este sentido, en aplicación del artículo 85 del Tratado, una filial común podía considerarse concentración o simplemente coordinación del comportamiento competitivo. Ahora bien, en la redacción final del Reglamento de concentraciones la empresa común fue incluida en la definición de concentración del artículo 3, superando así la definición del artículo 66.1 del Tratado CECA. El párrafo 2 de este precepto excluye expresamente en la noción de concentración aquellas empresas comunes en las que se prevea una coordinación del comportamiento competitiva de empresas que continúan siendo independientes. Y para disipar toda clase de duda, el mismo párrafo otorga expresamente la categoría jurídica de concentración a las empresas comunes que funcionen como “entidad económica independiente y no supongan una coordinación del comportamiento competitivo de las empresas participantes”. De modo que para calificar una operación por la que dos o más empresas ponen en funcionamiento otra entidad distinta sea calificada como concentración es imprescindible, además de la existencia de un control conjunto, la constatación de que

⁹³ Sobre la valoración de concentraciones vid. MIRANDA SERANO: *Las concentraciones...*cit. Pgs. 317 y ss.

las empresas fundadoras no coordinan su comportamiento a través de su filial común⁹⁴. Esta exigencia se traduce en la necesidad de que la filial funcione como una empresa independiente y autónoma en el mercado. De no existir esta autonomía funcional estaremos ante un control basado en un acuerdo y, por tanto, susceptible de ser prohibido *ex artículo 85 del Tratado*.

La especialidad de la empresa común dentro de la categoría de control se manifiesta también en la diferente situación que se encuentra una adquisición de control unilateral o recíproca en el supuesto de que la operación no sea calificada como concentración. Pues bien, el hecho de que una empresa común no pueda calificarse como concentración no le salva de la vigilancia del Derecho de la competencia. Más bien, esta exclusión supone el principio de una presunción de coordinación competitiva entre las empresas participantes susceptible de ser controlado mediante el artículo 85 del Tratado. La Propia Comisión ya afirmó dicha presunción en la derogada Comunicación de la Comisión sobre operaciones de concentración y de cooperación en el sentido de que “la existencia de una relación de reciprocidad justifica la presunción a favor de una coordinación competitiva de las empresas participantes”⁹⁵. De modo que en la creación de una empresa de gestión conjunta la Comisión dispone de dos vías para controlar los efectos competitivos resultantes: la vía de la concentración y la vía de la coordinación⁹⁶.

La cuestión es distinta en el caso de control unilateral. Una adquisición de control unilateral siempre será considerada y estudiada como concentración. De no alcanzarse los umbrales de control exigidos la operación carecerá, en principio, de toda relevancia desde el punto de vista del Derecho de defensa de la competencia. Ello no obstante, no se puede descartar una posible intervención como ya demostró la Comisión en el asunto Philip Morris.

En consecuencia, la empresa común constituye una operación de mayor complejidad en su análisis en comparación con el control individual de cara a la calificación. La complejidad de este análisis reside en el hecho de que la desestimación de la calificación de la operación como concentración no pone fin al procedimiento de control de las implicaciones competitivas de la operación, sino que supone el paso necesario para realizar su examen desde la perspectiva del artículo 85.

⁹⁴ Párrafo 2º del artículo 3.2 del Reglamento 4064/89

⁹⁵ Núms. 40 y 45 de la Comunicación.

⁹⁶ Vid. *Comunicación de la Comisión relativa a la distinción entre empresas de participación de carácter concentrativo y cooperativo*. DOC núm. 385, de 31 de diciembre 1994.

La interpretación que la Comisión ha hecho del artículo 3 del Reglamento en su aplicación práctica hace necesario destacar otro aspecto importante de la noción de concentración como lo es la indiferencia del medio jurídico empleado. En la Decisión EUROCOM/RSCG⁹⁷ se demostró que la calificación de una operación como fusión o control no es cuestión sencilla ni tampoco depende de la apariencia jurídica del medio empleado para su realización. En esta deducción quedó suficientemente demostrado que el elemento esencial para la calificación de una concentración es el resultado obtenido y no el medio empleado. Pues bien, en el asunto mencionado, la Comisión calificó como control y no como fusión una operación de absorción de sociedades. Y, por si no fuera demasiado para la lógica misma, el control no se atribuye a la empresa absorbente sino a la absorbida. La operación consistió en la absorción de Eurocom por parte de RSCG. Sin embargo, la Comisión calificó la operación como control dado que era el grupo Havas, que poseía un 44,25% del capital de Eurocom, empresa absorbida, el que, tras la realización de la operación, pasó a ostentar el control de la empresa resultante de la absorción, Eurocom-RSCG. Como puede verse, en este caso el medio empleado fue la fusión pero el resultado económico fue el control. La calificación de esta operación por el resultado y no por el medio lleva a entender que en la noción de concentración la apariencia del medio empleado no es determinante para la calificación de la operación como fusión o control.

3.2.2. Reglamento 139/2004

A. El proceso de reforma del Reglamento 4064/89

Tras la publicación del Libro Verde sobre la reforma del Reglamento de concentraciones en enero de 1996⁹⁸ el Reglamento 4064/89, fue modificado por el Reglamento 1310/97 de 30 de junio de 1997⁹⁹, entrando en vigor el 1 de marzo de 1998. La reforma de 1997 no introdujo sin embargo profundas modificaciones al Reglamento base. El sistema de control siguió esencialmente siendo el mismo y la aplicación práctica del mismo por la Comisión continuaba conservando su valor.

Los cambios introducidos en la reforma consistieron esencialmente en la modificación de los umbrales exigidos para la notificación de operaciones, con el fin de reducir el número de operaciones notificadas en varios Estados miembros (supuestos de notificaciones múltiples) y la ampliación del concepto de concentración a las empresas en participación

⁹⁷ Eurocom/RSCG, núm. IV/M147, apartado 7.

⁹⁸ DOC. COM 1996, *final*

⁹⁹ DOL 180 de 9 de julio de 1997.

con plenas funciones. De modo que la reforma afectó únicamente al artículo 1 del ámbito de aplicación del Reglamento, y el artículo 3 sobre la definición de concentración.

En cuanto a la reforma del artículo 1, el Reglamento 1310/97 vino a ampliar los poderes de la Comisión en materia de control de concentraciones. El Reglamento base establecía un sistema de barrera única (*one stop shop*), según el cual la Comisión aplicará la normativa comunitaria de control de concentraciones cuando la operación tenga dimensión comunitaria, correspondiendo a los Estados miembros la aplicación de sus legislaciones en caso de que la operación no alcance tal dimensión. Con este criterio, se pretendía tratar de manera rápida y eficaz las operaciones de reestructuración empresarial de carácter concentrativo, mediante una delimitación clara y coherente de las competencias que corresponden a la Comisión y las autoridades nacionales.

Ahora bien, la dimensión comunitaria como ámbito de aplicación del Reglamento se definía en el artículo 1.2. El apartado a) del artículo establecía que habrá dimensión comunitaria cuando “el volumen de negocios total, a nivel mundial, de todas las empresas afectadas supere los 5000 millones de ecus”. Y según el apartado b) también habrá dimensión comunitaria cuando “el volumen de negocios total, en la comunidad, de al menos dos de las empresas afectadas supere 250 millones de ecus, salvo que cada una de ellas realice más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en un solo Estado miembro”. Por consiguiente, las operaciones que no alcanzaban los umbrales expresados en el artículo 1.2 a y b quedaban bajo el control de las autoridades nacionales.

La reforma de este precepto deriva de la consideración de que una operación de concentración que no alcanza los umbrales comunitarios pero que sin embargo afecta a varios estados miembros debía ser notificada a la Comisión y quedar en el ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones. Estas operaciones, de acuerdo con el Reglamento, tenían que notificarse a cada una de las autoridades competentes de los diferentes Estados afectados. Se trata, como fácilmente se puede pensar, de un procedimiento complejo y costoso para las empresas que se verán en la obligación de realizar una multitud de notificaciones como consecuencia de una misma operación. Dicho procedimiento no solo produciría efectos negativos para las empresas afectadas, sino que también podría afectar a la doctrina jurídica de la comunidad, por cuanto que incrementaría la inseguridad jurídica y puede dar lugar a decisiones contradictorias¹⁰⁰. Para evitar esos efectos y armonizar el Derecho comunitario, la reforma de 1997 amplió el artículo 1 del

¹⁰⁰ Véase considerando 1 de la reforma

Reglamento introduciendo nuevos umbrales de dimensión comunitaria. De modo que, una operación de concentración tendrá dimensión comunitaria, además de los casos contemplados en el párrafo 2 del artículo 1, cuando:

- a) El volumen de negocios total, a nivel mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere los 2500 millones de ecus.
- b) El volumen de negocios total del conjunto de las empresas afectas en cada uno de al menos tres Estados miembros supere los 100 millones de ecus.
- c) Al menos tres Estados miembros contemplados a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de dichos Estados y
- d) El volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros¹⁰¹.

La modificación del artículo 3 del Reglamento apenas introdujo una novedad significativa desde el punto de vista material. Los cambios efectuados afectan esencialmente a la claridad y coherencia en la definición de concentración.

La empresa común que desempeñe las funciones de entidad económica independiente ya se definía como concentración en el Reglamento base. Sin embargo, la redacción del precepto no dejaba de ser excesiva al incluir también la empresa común cuyo objeto u efecto fuera la coordinación del comportamiento competitivo, claro recelo de los largos años de aplicación del artículo 85 a las operaciones de concentración. Pues bien, la reforma suprimió la mención a la empresa común con objeto u efecto la coordinación del comportamiento competitivo de empresas que continúan siendo independientes y que no se sometían al Reglamento de concentraciones sino al artículo 85 apartados 1 y 3 del Tratado. Esta mención se trasladó al artículo 2 sobre evaluación de las concentraciones de empresas. De esta forma, la empresa común pasaba a definirse como concentración únicamente cuando la entidad resultante “desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma”¹⁰². La contraposición de aquello que no se entiende por concentración ya no formaba parte de la noción de concentración.

Cuatro años después de la entrada en vigor del Reglamento 1310/97 la Comisión publica su Libro Verde sobre la revisión del Reglamento 4064/89 el 11 de diciembre de 2001¹⁰³. El

¹⁰¹ Art. 1. 2

¹⁰² Vid. Apartado 2, artículo 3 de la redacción modificada de 1997

¹⁰³ COM (2001) 745 final.

Libro comenzaba reconociendo el éxito conseguido con la aplicación del Reglamento 4064/89 sobre el control de concentraciones de empresas en Europa. Sin embargo, su revisión se justifica por la necesidad de adaptar la normativa a la proyectada ampliación de la Comunidad con el ingreso de nuevos Estados, el desafío de las concentraciones globales y la proliferación de normas nacionales en materia de control de concentraciones de empresas¹⁰⁴.

Los puntos sobre los que se abrieron debate fueron el ámbito de aplicación del Reglamento (art. 1), el criterio para la evaluación de las concentraciones (art. 2) el concepto mismo de concentración (art. 3) y el sistema de remisión de asuntos (arts. 9 y 22).

El ámbito de aplicación de la norma venía a ser, una vez más, objeto de atención por parte de la Comisión. La ampliación de la dimensión comunitaria mediante nuevos umbrales introducidos en la reforma de 1997 no puso fin al problema de notificaciones múltiples de operaciones que afectaban a más de un Estado miembro pero que no alcanzaba los umbrales de dimensión comunitaria. La Comisión llegó a considerar a la reforma del 97 como un auténtico fracaso, ya que su contenido no sirvió para mejorar el sistema de reparto de competencias entre la Comisión y los Estados miembros en base al principio de subsidiaridad¹⁰⁵, según el cual las medidas deben ser tomadas a nivel jurisdiccional más apropiado, es decir, por la autoridad mejor situada. Pues bien, la adopción de nuevos umbrales en la reforma de 97 se hizo por la consideración de que la Comisión estaba mejor situada para tramitar las concentraciones cuyos participantes operan en mercados supranacionales, es decir, con efectos transfronterizos. Pues bien, en el Libro Verde del 2001 la Comisión volvía a insistir en este aspecto, en el sentido de que es la autoridad más apropiada para investigar esos asuntos esencialmente por dos razones: 1ª) porque sería el medio más efectivo para evitar la creación de obstáculos para la mayor integración europea de las empresas y 2ª) porque evitaría, por razones de eficacia, la tramitación simultánea de los mismos asuntos en varios Estados miembros¹⁰⁶.

Las distintas posibilidades examinadas por la Comisión para resolver el problema de las notificaciones múltiples¹⁰⁷ no aconsejaban sin embargo un nuevo retoque a la dimensión

¹⁰⁴ Libro Verde, apartados 5, 6 y 7.

¹⁰⁵ Vid apartado 24 del Libro cit.

¹⁰⁶ Apartados 15 a 20.

¹⁰⁷ Que van desde la reducción de los umbrales del apartado 2 del art. 1 del Reglamento a la modificación del artículo 22 para mejorar el sistema de remisiones.

comunitaria del artículo 1. El resulta del estudio realizado¹⁰⁸ demostró que es poco probable que una nueva reducción de los umbrales de dimensión comunitaria desemboque en una solución viable (apartados 33 a 63). La Comisión abogaba más bien por una solución centrada en los efectos, es decir, que el hecho mismo de que una operación deba ser notificada en más de un Estado sea considerado en sí mismo como dimensión comunitaria. Esta solución llevaría directamente a suprimir el apartado 3 del artículo 1 introduciendo un criterio más práctico de dimensión comunitaria que no se atiende a valores numéricos (apartado 32).

En cuanto al criterio para la evaluación de las concentraciones, el Reglamento 4064/89 establecía que serán declaradas incompatibles con el mercado común las operaciones que crean o refuercen una posición dominante en el mercado o en una parte sustancial del mismo (art. 2.3). Pues bien, en el Libro Verde la Comisión abrió un debate en torno a si debía sustituirse este criterio de *posición dominante* por otro o bien ser mejorado introduciendo otro de *disminución sustancial de la competencia* ya previsto en otros Estados como Canadá, Austria y EEUU. Su inclusión no solo mejoraría el sistema de valoración vigente, sino que también ayudaría su armonización para evitar problemas de convergencia de las normas de control de concentraciones de empresas (apartado 11) debido a que muchos Estados también han adoptado el criterio de dominancia en sus legislaciones nacionales.

La noción de concentración también volvía a ser objeto de debate en el Derecho comunitario. La Comisión solicitó propuestas acerca de si el Reglamento de concentraciones debía incluir en la definición de concentración operaciones como las participaciones minoritarias que no otorgan control, las llamadas alianzas estratégicas así como empresas en participación con funciones parciales.

Por último, las propuestas de la Comisión también alcanzaron las reglas de procedimiento. Se trata de propuestas de contenido muy diverso que trataban de simplificar el procedimiento y mejorar la organización del procedimiento ante la Comisión, el sistema de plazos, los mecanismos de reenvío. En definitiva, se trataba de clarificar las excepciones al principio de barrera única previstas en el artículo 22. Del Reglamento.

¹⁰⁸ Véase anexo I del Libro Verde.

B. Novedades introducidas por el Reglamento 139/2004

Apenas un año después de publicarse el Libro Verde, la Comisión dio a conocer su propuesta de nuevo Reglamento de concentraciones¹⁰⁹. A partir de entonces, el proceso de elaboración del nuevo texto se aceleró y el Reglamento 4064/89 fue modificado por segunda vez en 2004 mediante un texto refundido que daba lugar al Reglamento 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones de empresas (en adelante Reglamento de concentraciones)¹¹⁰.

De todas las propuestas presentadas por la Comisión en el Libro Verde la novedad más significativa que introdujo el Reglamento de 2004 es el nuevo criterio sustantivo para la valoración de las operaciones de concentración. A pesar de que el Libro Verde contenía varias propuestas, algunas de ellas relevantes como la noción de concentración y el ámbito de aplicación del Reglamento, muchas de ellas, sin embargo, no llegaron a prosperar y, si lo hacían, las modificaciones no desvirtuaban en realidad el sistema introducido por el Reglamento base.

En cuanto a la propuesta de modificación del criterio de valoración de las concentraciones, la Comisión no creyó oportuno sustituir el *test de dominancia* (*dominance test*) directamente por el de *disminución sustancial de la competencia* (*substantial lessening of competition*) en base a que lo cual produciría el efecto de crear una mayor homogeneidad a nivel internacional pero sin embargo habría disparidad a escala comunitaria¹¹¹. Además, la Comisión no encontraba motivo alguno por el que el criterio de valoración vigente debía ser sustituido por otro. En efecto, según la Comisión, esta posibilidad resultaría viable si en virtud de la realidad práctica el test de dominancia careciera de la suficiente entidad para valorar los efectos competitivos de una operación de concentración. Sin embargo, la inexistencia de grietas importantes en el alcance del criterio desaconseja la sustitución del criterio por otro sin que el primero se haya demostrado insuficiente para el mecanismo de control de concentraciones de empresas.

No obstante, la Comisión no podía pasar de alto el carácter flexible del criterio de disminución sustancial que hace adaptarse mejor a un control más eficaz; carácter netamente opuesto a la rigidez del criterio de posición dominante y que suscita dudas

¹⁰⁹ DOC 20 de 28 de enero de 2003

¹¹⁰ DOUE L 24 de 29 de enero de 2004

¹¹¹ Como se ha dicho antes, muchas legislaciones nacionales ya habían adoptado el *test de dominancia*

acerca de su efectividad para controlar todas las posibles concentraciones que supongan un peligro para la competencia.

El prestigio del nuevo criterio que se planteaba incluir resulta de la legislación norteamericana y, particularmente, de la jurisprudencia del FTC en el caso *Baby foods*¹¹² que, aunque analizado al amparo de la *Clayton Act* norteamericana, sirve de ilustración para entender el alcance de su eficacia. En este asunto, el FTC se opuso a la fusión entre el segundo y tercer operador del mercado de alimentación infantil, cuya cuota de mercado conjunta (28%) ni siquiera alcanzaba la del líder (65%). El Tribunal entendió sin embargo que tal operación, aunque no creaba ni reforzaba una posición dominante en dicho mercado, afectaba significativamente a la competencia en el mismo. Se llegó a esta conclusión tras constatar que el efecto inmediato de la operación sería la eliminación de la competencia entre el segundo y tercer competidor. En efecto, tal sería el resultado habida cuenta de que mientras la marca de la empresa líder estaba presente en el 90% de los supermercados, existía una fuerte competencia entre el segundo y tercer operador por conseguir colocar sus productos en aquellos supermercados como segunda marca ya que, según se verificó, los distribuidores solo operaban con dos marcas: la marca líder y la segunda marca. Esta competencia alcanzaba incluso al líder en forma de presión que le impedía incrementar los precios y le obligaba invertir en la innovación a fin de no perder el liderazgo. De acuerdo con estas circunstancias, el FTC consideró que la fusión era incompatible con el mercado porque supone una importante disminución de la competencia en el mismo.

La doctrina legal y económica se encontraba dividida entre aquellos que consideraban que no era necesario sustituir el criterio de posición dominante, sino que bastaba con equipararlo con el de poder económico o, si se prefiere, la adopción por la Comisión de una Comunicación que contenga directrices para la evaluación de concentraciones que incluya expresamente los oligopolios no colusorios dentro del criterio de dominancia¹¹³.

Por otro lado, se encontraban aquellos favorables a la sustitución del sistema de valoración vigente por otro basado en los efectos de la concentración sobre la competencia¹¹⁴. De acuerdo con esta opinión, una simple modificación del artículo 2 que se limite a equiparar

¹¹² As. *Heinz/Beech-Nut*, 246, D.C.Cir, 2001.

¹¹³ En este sentido, V. SELVAM: "The EC Merger Control Impasse: is there a solution to this predicament"? *European Merger Control Review*, 2004, núm. 1. pg. 52.

¹¹⁴ Ad ex. R. WHISH: "Analytical Framework of Merger Review, Substantial lessening of competition/creation or strengthening of dominance", Annual conference, Nápoles 28/ 09/ 2002

la posición de dominio con el poder de mercado, por el simple afán de mantener el acervo comunitario, supondría distorsionar el concepto mismo de posición dominante y dejarlo sin sentido.

La Comisión, por su parte, propuso incluir una definición de posición dominante, equiparándolo con el de poder de mercado, mediante la incorporación de un segundo apartado en el artículo 2 del Reglamento. El ejecutivo apoyaba de esta manera la idea de mantener el criterio de valoración existente pero clarificándolo mediante una definición como en el caso del concepto de concentración.

La idea de equiparar el concepto de posición dominante con el de poder de mercado no era novedosa en el Derecho comunitario. Existe reiterada jurisprudencia del TJCE y el Tribunal de Primera Instancia (TPI) en la que la posición de dominio se define como una “situación de poder económico en la que se encuentra una empresa y que le permite impedir que haya una competencia efectiva en un mercado concreto”. Así resultó de las Sentencias del TJCE en el asunto *United Brands*, de 14 de febrero de 1978 (as. 27/76 Rec. pg. 207, considerandos 65 y 66) y la Sentencia del TPI en el asunto *Aéroports de Paris vs Comisión*, de 12 de diciembre de 2000 (as. T-128/89, Rec. pg. II-3929, considerando 147).

Finalmente, y tras un periodo de debates, se decidió adoptar un criterio híbrido que abarca tanto la posición dominante como la disminución sustancial de la competencia. Se trata de ampliar el criterio de posición dominante con el fin de que, como señala el considerando 25 del propio Reglamento, la Comisión pueda analizar las concentraciones que se producen en mercados oligopolísticos no colusorios. En este sentido, el apartado 2 del artículo 1 del Reglamento de concentraciones declara incompatibles con el mercado común aquellas concentraciones que “sean susceptibles de *obstaculizar de manera significativa la competencia efectiva (significant impediment to effective competition)* en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, particularmente como consecuencia de la *creación de una posición dominante*”.

El nuevo criterio toma en consideración los efectos que la operación produce sobre la competencia en los mercados afectados, en particular, la disminución del grado de competencia entre las empresas que operan en este mercado tras la operación aun cuando no se cree o refuerce una posición dominante. Este criterio permitirá a la Comisión controlar no solo las concentraciones que crean o refuercen una posición de dominio en el mercado, sino también aquellas que sean susceptibles de afectar gravemente a la

competencia entre las empresas que operan en el mercado afectado aunque por ello no se consiga el poder de mercado. Este sería el caso, por ejemplo, cuando las empresas, con posterioridad a la operación, están en condiciones de ejercer un poder de mercado sin recurrir a la coordinación y sin necesidad de ampliar su cuota de mercado (los llamados oligopolios no colusorios)¹¹⁵.

En el Reglamento 139/2004 también destaca la solución dada al problema de las notificaciones múltiples en el ámbito jurisdiccional. Uno de los puntos más controvertidos que contenía el Libro Verde era el problema de las notificaciones múltiples en las que se veían las empresas participantes en una operación que, pese a no alcanzar los umbrales de dimensión comunitaria del artículo 1, afectaba a más de dos Estados miembros.

Unas de las posibles soluciones del Libro Verde era la reducción de los umbrales del apartado 2 del artículo 1. Sin embargo, en opinión de la Comisión, el resultado del análisis previo realizado al respecto no dio a entender que esta sería una solución viable. En consecuencia, resultaba difícil conseguir una mejora mediante la modificación del artículo 1 del ámbito de aplicación del Reglamento. Sin embargo, la Comisión encontró en el artículo 4 la posible solución al problema. En este sentido, la principal novedad del Reglamento de concentraciones sobre este aspecto reside en la facultad de que las partes en una operación sin dimensión comunitaria pero susceptible de ser analizada en virtud de la normativa nacional de al menos tres Estados miembros puedan, con carácter previo a la notificación, informar a la Comisión mediante un escrito motivado de que la operación debería ser examinada por su jurisdicción¹¹⁶.

Esta solución tiene en cuenta principalmente el hecho de que son las empresas las principales afectadas en este tipo de situaciones. De modo que al ser ellos los interesados en evitar los costes y demoras que resultan de notificar la operación en varios Estados los que buscarán el mecanismo más apropiado para que la operación se analice mediante la vía procesal más apropiada, menos dilatada y menos costosa.

Por último, el Reglamento de concentraciones también introdujo novedades en el ámbito procedimental. La primera aportación del nuevo Reglamento sobre este aspecto es la eliminación del plazo para realizar las notificaciones establecido por el Reglamento base.

¹¹⁵ Sobre el concepto de posición dominante colectiva vid. HERRERO SUÁREZ: "El problema del oligopolio", *Actas de Derechos Industrial*, Tomo XXIII, 2002, pg. 134 y ss.

¹¹⁶ Art. 4 apartado 5 del Reglamento 139/2004. Puede verse también la *Comunicación de la Comisión sobre la remisión de asuntos de concentración*. DOUE 56 de 5 de marzo de 2005.

De acuerdo con este último, las notificaciones tenían que efectuarse como máximo en una semana tras la conclusión del acuerdo de concentración (art. 4.1). El nuevo Reglamento dispone en cambio que las concentraciones se notifiquen a la Comisión antes de su ejecución en cuanto el acuerdo se dé por concluido o en cuanto se anuncie la OPA. Incluso, las notificaciones se podrán hacer si se acredita a la Comisión la voluntad de concluir un acuerdo o cuando se hecho un anuncio público de la intención de presentar una OPA¹¹⁷.

El segundo cambio procesal consiste en la ampliación de los plazos para el análisis de la operación y en las negociaciones de los compromisos. De modo que la primera fase del análisis pasa de un mes a cinco semanas de duración desde que se notifica completamente la concentración a la Comisión. En el supuesto de que las empresas propongan compromisos para compatibilizar la operación con el mercado común¹¹⁸ o se produzca una solicitud de remisión por parte de un Estado miembro, la Comisión dispondrá de una semana adicional a las seis que reconocía el Reglamento base (art. 10.1). Ahora bien, de existir dudas acerca de la compatibilidad de la operación con el mercado común, la Comisión iniciará la segunda fase, disponiendo para ello de un plazo máximo de 90 días (dos semanas adicionales a los cuatro meses previsto en el Reglamento base) para adoptar la decisión final de aprobar o prohibir la concentración. Es más, este plazo se amplía a cinco meses y una semana aproximadamente en el caso de que las partes propongan compromisos para compatibilizar la operación con el mercado común (art. 10. 3).

Finalmente, en el caso de que la Decisión de la Comisión se recurra ante el Tribunal de Justicia y este dicte sentencia anulando dicha Decisión, el nuevo Reglamento prevé un nuevo examen de la operación. Para ello, el cómputo de los plazos comenzará, no a partir de la fecha en que se haya dictado la sentencia como preveía el Reglamento base, sino al día laborable siguiente a la recepción de la nueva notificación (art. 10.5).

C. Noción de concentración

La cuestión que podemos plantearnos ahora es si, tras los numerosos puntos que recogía el Libro Verde de la Comisión acerca de la posibilidad de incluir determinadas operaciones en la noción de concentración, finalmente se introdujo modificaciones al artículo 3 del Reglamento. Pues bien, la respuesta es negativa. Todos los puntos debatidos en el Libro Verde fueron finalmente descartados. No se encontraron argumentos suficientes y, sobre

¹¹⁷ Art. 4.1 del Reglamento de concentraciones.

¹¹⁸ Véase los considerandos 30 y 31 del Reglamento

todo, convincentes a favor de la ampliación del concepto de concentración mediante la inclusión de los puntos propuestos.

Veamos pues los argumentos sobre los que se apoyó la Comisión para descartar las operaciones como supuestos de concentración.

En primer lugar, el libro verde contenía la polémica y controvertida propuesta de incluir en la noción de concentración las operaciones que tengan por objeto una *adquisición minoritaria* de acciones que no otorgan control. Esta cuestión no era novedosa en el Derecho comunitario de defensa de la competencia. El problema de las participaciones minoritarias que no otorgan control ya fue objeto de varia jurisprudencia comunitaria al amparo del Tratado CECA y el Tratado CE¹¹⁹.

La Noción de concentración abarca únicamente las fusiones y adquisiciones que otorgan control, de hecho o de derecho, incluida la creación de una empresa de gestión conjunta con plenas funciones (art. 3.1 y 4). En este sentido, una transacción que no otorga control queda automáticamente fuera del ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones. En esos casos, la Comisión no suele entrar a examinar el asunto en profundidad¹²⁰.

Ahora bien, el principal problema de las participaciones minoritaria es que en determinadas circunstancias, como se desprende de la jurisprudencia aludida, pueden otorgar el control a la empresa que participa aun cuando dicha participación, de *prima facie*, no crea problemas estructurales en el mercado. En este mismo sentido, la Comisión señalaba en el Libro Verde que existen opiniones en el sentido de que las participaciones minoritarias pueden crear una posición dominante conjunta y que su inclusión en la noción de concentración por otros Estados miembros en sus legislaciones (como Alemania Austria, Irlanda o Reino Unido) sugiere ampliar en el mismo sentido las normas comunitarias a esas operaciones (punto 108).

La Comisión descartaba esta posibilidad porque, en su opinión, la experiencia ha demostrado que solo un número limitado de esas operaciones crea problemas de competencia que no puedan ser resueltos de acuerdo con los artículos 85 y 86 del Tratado. Además, una decisión de incluir todas las adquisiciones minoritarias a un control previo sería una medida desproporcionada (punto 109).

¹¹⁹ Decisión de la Alta Autoridad de la CECA de 15 de mayo 1974, asunto *Miles Druce/Guest Keen & Nettelfolds* cit. DOL núm. 132 y asunto *Philip Morris* citado.

¹²⁰ Véase por ejemplo Decisión de 1 de septiembre de 2000, asunto COM/M.1980- Volvo/Renault.

En lo que respecta a las *alianzas estratégicas*¹²¹, la Comisión subrayaba que los acuerdos de los que son objeto pueden restringir la competencia en el mercado. Sin embargo, en este tipo de acuerdos las empresas no pretenden, por lo general, introducir cambios estructurales, sino cooperar con fines estratégicos mediante la creación de varios vínculos. No obstante, esos acuerdos pueden, en determinados casos, tener aspectos estructurales. Así sucede por ejemplo con el acuerdo de creación de una empresa común o la adquisición de participaciones.

La Comisión rechaza su naturaleza de operación de concentración porque generalmente no tienen por objeto o efecto introducir cambios estructurales en el mercado como exige el considerando 23 del Reglamento. Por consiguiente, la Comisión considera que el artículo 81 continúa siendo el mejor instrumento jurídico para su evaluación (punto 113).

Por último, según se ha dicho anteriormente, la Comisión también abordó la cuestión de si era posible incluir en la noción de concentración las empresas en *participación con funciones parciales*¹²². El argumento a favor se basaba en que dichas empresas también suponían una inversión sustancial y una integración total de las operaciones. De modo que este tipo de empresas, al igual que las que tiene plenas funciones, deben someterse al criterio de posición dominante (punto 120). Sin embargo, la opinión de la propia Comisión era contraria a considerar dicha propuesta debido a que resulta difícil ofrecer una definición jurídica de empresa en participación con funciones parciales. Por tanto, resultará difícil someter este tipo de empresas a un control previo (punto 121).

La Comisión no consiguió introducir modificaciones al artículo 3 del Reglamento 139/2004. Por lo que la noción de concentración se mantiene con las tres operaciones previstas en el Reglamento base y que en la historia misma del control de concentraciones de empresas en la comunidad europea se han venido considerando operaciones que tienen por objeto una concentración. Se trata de la fusión económica entre empresas, la toma de control de una empresa por otra y la creación de una empresa común con plenas funciones¹²³.

¹²¹ Sobre este tipo de acuerdos véase XXIV Informe sobre la política de la competencia (punto 156).

¹²² Puntos 120 a 124 del Libro.

¹²³ Véase apartados 1, 2, 3 y 4 del artículo 3 del Reglamento 139/2004 sobre el control de concentraciones de empresas en Europa.

4. OPERACIONES QUE TIENEN POR OBJETO UNA CONCENTRACIÓN

4.1. La fusión económica

4.1.1. Noción de fusión

Según la letra a) del artículo 3.1 existe concentración “cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionan”. Esta es la única alusión que el Reglamento hace de la fusión y se abstiene de definir en qué consiste. Esta abstención puede justificarse quizás porque la noción de fusión de empresas ya fue ofrecida en la tercera Directiva del Derecho de sociedades¹²⁴ y, en consecuencia, el contenido del término es el utilizado en esta rama del Derecho.

Sin embargo, analizando los criterios de interpretación que adopta la Comisión en la Comunicación sobre el concepto de concentración se pone de relieve que el concepto de fusión que interesa al Derecho de la competencia abarca tanto aquellos procedimientos de concentración que el Derecho societario considera fusiones, es decir, operaciones por las que dos o más sociedades pierden su personalidad jurídica y forman una unidad (fusión por creación de una nueva sociedad) o por la que todas las empresas pierden su personalidad jurídica independiente menos una (fusión por absorción)¹²⁵, así como operaciones que, sin llegar a producir una fusión de sociedades en sentido estricto, dan lugar a una única entidad económica entre las sociedades participantes, es decir, una fusión *de facto*¹²⁶.

La noción de fusión que adopta el Reglamento no es una noción jurídico-societaria, sino otra más amplia que se fija en la realidad económica de la operación. En consecuencia, la nota esencial de una fusión se encuentra, como es natural en el Derecho de defensa de la competencia, en el resultado económico de la operación. Es posible una integración económica aun cuando no exista unificación de la personalidad jurídica. Por tanto, la fusión en el sentido del Derecho de defensa de la competencia es una integración real y no necesariamente formal, es decir, aun cuando no se produzca una transferencia material completa de activos.

¹²⁴ Directiva de 9 de octubre 1978 sobre las fusiones de sociedades anónimas, DOL 295 de 20/10/1978

¹²⁵ Comunicación sobre el concepto de concentración, punto 6.

¹²⁶ Comunicación cit. Punto 7.

Por otra parte, el Reglamento exige, para que se pueda hablar de fusión, que ésta se lleve a cabo entre “empresas anteriormente independientes”. Este es un requisito que no aparecía en la definición del artículo 66. 1 del Tratado CECA y se introduce en el texto del Reglamento base de concentraciones. Esta referencia a la independencia anterior de las empresas que se fusionan puede llevar a interpretar el precepto en el sentido de que el Reglamento no se aplica a las fusiones en las que una de las empresas depende económicamente de una tercera que la controla, o cuando las dos empresas que se fusionan son filiales que dependen de otras sociedades matrices. Semejante interpretación no puede resultar coherente desde la perspectiva de los fines del Reglamento, primero porque no tiene ninguna relevancia el hecho de que la concentración se realice de forma directa o indirecta¹²⁷ mediante filiales y, segundo porque no hay razón para entender que la independencia que no se exige en casos de adquisición de control sea exigida para las operaciones que implican una fusión. En este sentido, hay que entender que la independencia a la que se refiere el artículo 3.1 a) es la independencia económica, como independencia decisoria de las empresas participantes en una operación de fusión.

Por otra parte, se trata de una independencia reciproca que se exige a todas las empresas participantes en la fusión. En efecto, una fusión realizada por dos empresas económicamente dependientes de otras distintas e independientes es una operación de concentración porque se trata de empresas independientes. Sin embargo, las empresas pertenecientes a un mismo grupo no son empresas independientes entre ellas. Es por esta razón que no se produce una concentración por fusión entre una empresa matriz y su filial o entre dos filiales de un mismo grupo.

Sobre esta cuestión, puede servir de ejemplo la Decisión de la Comisión en el asunto Conagra/Idea¹²⁸. Se trata de la toma de control de IDEA por parte de la empresa Conagra. Para simplificar la toma de control, IDEA FINANCE, SA y su filial IDEA INDUSTRIE, SA se fusionaron en una única entidad: la empresa INDUSTRIE. La Comisión, en su decisión sobre el caso, no consideró la fusión de la matriz y su filial como una operación de concentración con arreglo al Reglamento de concentraciones. El análisis del caso se centró únicamente en la valoración de los efectos sobre el mercado de la toma de control de INDUSTRIE por parte de Conagra.

¹²⁷ El art. 3.1.b) incluye en la definición de concentración tanto las adquisiciones directas como indirectas

¹²⁸ Decisión núm. 10, ap. 5, i).

De lo expuesto sobre la noción de fusión puede concluirse que el Derecho de defensa de la competencia tiene una creación original del concepto, que se ha articulado en atención a los fines propios del Reglamento y que encuentra su más clara manifestación en la inclusión de las fusiones *de facto* que suponen el reconocimiento de la concentración, y más exactamente de la fusión, al margen de la forma jurídica adoptada para llevarla a cabo.

4.1.2. Clases de fusión

De todo lo anteriormente expuesto se puede concluir que el Derecho europeo de defensa de la competencia reconoce tres clases de fusiones: la fusión por reorganización, la fusión por absorción y la fusión *de facto*. Las dos primeras son fusiones de sociedades, es decir, fusiones jurídicas, mientras que en la última las empresas mantienen su personalidad jurídica y no se produce una fusión en el sentido jurídico.

A). *La fusión por reorganización* tiene lugar cuando dos o más empresas abandonan su independencia y forman una nueva y única entidad económica que viene a sustituir a las anteriores¹²⁹. Se trata de un supuesto de subrogación real en la que las empresas participes en la operación dejan de existir como personas jurídicas independientes y aparece una nueva que ocupa su posición. En este sentido también se refiere a la fusión la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración. en efecto, de acuerdo con el número 6 de dicha Comunicación “el tipo de concentración a la que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 3 del Reglamento tiene lugar cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionan en una nueva empresa y dejan de existir como entidades jurídicas diferentes.

B). *La fusión por absorción* se produce en los casos de adquisición total de una empresa que deja de existir, integrándose en la empresa adquirente que conserva su personalidad jurídica. En efecto, en la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración el punto 6, *in fine*, dice que “también puede hablarse de concentración cuando una empresa es absorbida por otra, la última mantiene su personalidad jurídica y la otra deja de existir como tal”. Este tipo de fusiones tiene la particularidad de que la operación puede ser también calificada como adquisición de control. De acuerdo con el resultado económico, una absorción puede desembocar en toma de control. Así ocurrió por ejemplo en el asunto *Sanofi/Yves Saint Laurent*¹³⁰. Sanofi, filial de Elf Aquitaine, absorbió a las sociedades del grupo Yves Saint Laurent. Mediante esta operación, Elf pasó a detentar más del 50% del

¹²⁹ Véase por ejemplo el asunto COMP/M. 3894-Unicredito/HVB. Dec. Com. 18 de octubre de 2005.

¹³⁰ Decisión núm. IV/M312

capital de la entidad resultante (“nueva entidad”). La Comisión consideró que se trataba de una adquisición de control por parte de la empresa Elf. También en el asunto Eurocom/RSCG ya citado la Comisión calificó una fusión como adquisición de control. La operación consistió en la absorción de la empresa Eurocom por parte de RSCG. Sin embargo, la operación se calificó como control y no como fusión. La operación consistió en la adquisición del control de la empresa RSCG por parte del grupo Havas, que detentaba el 44,25% en la empresa absorbida pero que, tras realizarse la operación, se hizo con el control de la empresa absorbente¹³¹.

C) De acuerdo con el n.º. 7 de la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración *la fusión de facto* se produce cuando la combinación de las actividades de dos o más empresas que continúan siendo independientes implique la creación de una única unidad económica sin perder la personalidad jurídica. En este tipo de operaciones existe una dirección unitaria pero sin relación de dependencia. No existe subordinación de una sociedad a otra dominante, sino que todas las empresas participes se someten a una dirección única en condición de absoluta igualdad. La dirección única se otorga a un órgano creado e integrado por las propias empresas y mediante el cual manifiestan su voluntad a cerca de los asuntos que se refieren a la gestión del grupo¹³². En este sentido, para que la Comisión considere que se trata de una entidad económica única probara la existencia de ciertos elementos como la existencia de una gestión económica única y permanente, la compensación interna de pérdidas y ganancias entre las empresas que participan en el grupo, la existencia de responsabilidad solidaria frente a terceros o la adquisición de participaciones cruzadas entre las empresas que forman el grupo¹³³.

El grupo de coordinación, que supone un conjunto de empresas que forman una unidad económica manteniendo su independencia jurídica, no puede ser calificado como una adquisición de control en el sentido del artículo 3.1, b) del Reglamento de concentraciones. En la adquisición de control la empresa adquirente consigue el control de otra empresa y determina su actuación en el mercado. Sin embargo, en el grupo de coordinación las empresas consienten situarse bajo una dirección unitaria, es decir, a un control común desde una posición de igualdad. En este caso, ninguna de las empresas determina la acción de la otra mediante un control.

¹³¹ Véase apartados 1, 3, 4 y 7 de la decisión.

¹³² Sobre el funcionamiento del grupo de coordinación vid BELLO CRESPO: *Concentración...* cit. Pg. 195.

¹³³ Comunicación citada, n.º. 7.

Por otra parte, la Comunicación sobre el concepto de concentración contempla dos medios de constituir un grupo de coordinación: las participaciones paritarias entre las sociedades del grupo o el establecimiento de un contrato (nº. 7). Sin embargo, la existencia de una concentración no puede determinarse por sí solo a través de ninguno de los dos medios, sino que pueden ser utilizados junto a otros como sociedades o comités de gestión de común que se encargan de la dirección única del grupo, explotación conjunta de los derechos de propiedad industrial, integración de actividades económicas, etc.

La calificación del grupo de coordinación como una verdadera fusión, es decir, concentración en el sentido del artículo 3. 1, a) es una cuestión que puede plantear serios problemas al Derecho de la competencia. En efecto, si las participaciones paritarias o el contrato no se acompañan de una integración económica suficientemente intensa, lo más lógico es que la operación sea calificada como un acuerdo de coordinación entre empresas independientes. Esto es comprensible si se tiene en cuenta que, de acuerdo con los rasgos propios de una concentración, la constatación de un intercambio de miembros en los grupos de dirección de dos empresas independientes o el intercambio de participaciones entre ellas hacen presumir, no la existencia de una concentración, sino de una coordinación del comportamiento competitivo. Es por esta razón que la Comunicación sobre el Concepto de concentración exige pruebas claras que manifiesten una integración económica para que se pueda calificar la operación como una concentración, de lo contrario, la operación será calificada como acuerdo de coordinación.

Así ocurrió por ejemplo en el *asunto Renault/volvo*¹³⁴ donde la Comisión conoció por primera vez de una fusión económica distinta de la fusión jurídica. En este caso, el ejecutivo consideró que la operación, consistente en un intercambio de participaciones, daba lugar a una única entidad entre ellas y, por tanto, una concentración. Sin embargo, la importancia del asunto se debe al hecho de que la Comisión calificó una parte de la operación como un acuerdo de cooperación y otra parte como operación de concentración. Se trataba de la adquisición del 25% de las acciones de Volvo Car Corporation y el 45% de las acciones de Volvo Trucks Corporation, por parte de Renault, así como el 20% de Renault y el 45% de Renault Vehicules Industriels, por parte de Volvo. Además de estas adquisiciones, también se previó la creación, por ambas empresas, de dos Comités, uno para el comercio de coches y otro para el comercio de autobuses y camiones. Estos

¹³⁴ Decisión núm. IV/M004

Comités tendrían poder para decidir sobre todas las cuestiones relativas a la investigación y desarrollo, la producción, compra e incluso cooperación con terceras partes.

En la evaluación de la operación, la Comisión llegó a la conclusión de que la operación no constituía una concentración en lo referente a la cooperación en el comercio de coches, pero sí en lo relativo al negocio de autobuses y camiones. La operación se examinó desde entonces de forma separa.

La cooperación en el negocio de coches se remitió al ámbito de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE. En opinión del ejecutivo, no existía un control mutuo entre las dos empresas en este campo ni tampoco una comunidad de intereses suficiente para apreciar la existencia de una única entidad. Tras el estudio del caso, la Comisión constató que el intercambio de participaciones en el negocio de coches no daba lugar ni a una adquisición individual ni a una participación recíproca entre Volvo y Renault. En efecto, las participaciones en este negocio eran reducidas (20 y 25% respectivamente). El ejercicio de un control individual no podía resultar de semejante panorama, ya que los derechos unidos a las participaciones no otorgaban la posibilidad de ejercer una influencia decisiva de ninguna de las partes en otra. Y es más, en los acuerdos se incluyó una prohibición expresa de incrementar la participación de cada empresa en el capital de la otra por encima de un 25%. Quedaba por tanto descartada la posibilidad de que una de las empresas pudiera adquirir un control sobre la otra.

La Comisión también analizó la posibilidad de que se daba una dirección unitaria. El acuerdo establecía la constitución de un Comité conjunto competencia para adoptar decisiones para las empresas. Sin embargo, el acuerdo no contaba con ningún instrumento que obligara a las partes a adoptar decisiones comunes. Más bien, se introdujo una cláusula¹³⁵ en la que se preveía que el Comité Conjunto debía salvaguardar los intereses de los accionistas de Renault y Volvo y que, de producirse un conflicto de intereses que imposibilita la adopción de un acuerdo, cada parte tendría derecho a proceder de forma independiente. En este sentido, la Comisión entendió que el acuerdo en sí mismo no garantizaba la dirección única imprescindible para hablar de grupo de coordinación.

Por otra parte, la Comisión señalaba también que en el acuerdo no se existe circunstancia alguna que demuestre la intención de las partes de integrar total e irreversiblemente las actividades de fabricación de coches ni antes ni después de los acuerdos. Pues una decisión

¹³⁵ La llamada cláusula *de escape*

de esta índole habría sido determinante para probar la existencia de un control común *de facto*. Además, un reparto de cargas y beneficios en una participación de un 25% frente a un 75% no creaba una comunidad de intereses que pudiera obligar a las partes a adoptar decisiones comunes con carácter permanente.

Sin embargo, como se ha dicho anteriormente, el intercambio de participaciones en el negocio de camiones y autobuses se calificó de operación de concentración. La comisión tuvo en cuenta en este aspecto el hecho de que el porcentaje de participación del 45% condujo a un reparto de cargas y beneficios entre las empresas y, por tanto, a una comunidad de intereses suficientemente intensa. El ejecutivo constató además una previsible permanencia del control mutuo que hacía posible la existencia de una verdadera unidad económica. Aunque en este caso también operaba la cláusula *de escape*, sin embargo su eficacia no resultaba de impedimento a la existencia de una dirección única debido a la existencia de intereses mayormente fuertes para adoptar las decisiones comunes.

De todo lo visto a cerca del concepto de fusión *de facto* se puede concluir que ésta se produce a través de los llamados grupos de coordinación cuya condición viene dada por dos requisitos: 1º) la existencia de una dirección unitaria entre dos o más empresas independientes y que se consigue mediante una influencia mutua decisiva que haga imposible una actuación independiente de cada una de las partes del grupo¹³⁶. Y, además, este control mutuo debe ser lo bastante intenso para obligar a las partes a adoptar decisiones comunes sobre todas las actividades objeto de la operación y para que esta dirección resulte permanente¹³⁷. Y 2º) como medio para asegurar la dirección unitaria la operación debe dar lugar a un reparto equitativo de cargas y beneficios que crea una fuerte comunidad de intereses y que obligará a las partes a tomar decisiones de común acuerdo¹³⁸.

4.2. La adquisición del control

De acuerdo con el artículo 3.1,b) del Reglamento de concentraciones también existe concentración cuando una o varias empresas adquieren el control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas.

El supuesto de control ha sido el elemento central en la noción de concentración en el Derecho comunitario. Como se ha dicho anteriormente, el artículo 66.1 del Tratado CECA giraba en torno a la definición de los rasgos propios del concepto de control y en el

¹³⁶ Núm. 8 de la Decisión Renault/Volvo.

¹³⁷ Núms. 8 y 9 de la Decisión citada.

¹³⁸ Sobre el grupo de coordinación vid. BELLO CRESPO: *Concentración...* pgs. 194 y ss

proceso de elaboración del Reglamento base de concentraciones, la adquisición de control volvió a ser no solo el punto central de la noción de concentración, sino que también excluía o bien englobaba la fusión como operación de concentración.

La diferencia de la adquisición de control con la fusión económica radica en el resultado de los umbrales cualitativos de la concentración, es decir, mientras que la fusión implica el sometimiento total de varias empresas que pierden su existencia como entidades jurídicamente independientes y se someten a una dirección única, en la adquisición de control las empresas participantes siguen existiendo formalmente como empresas distintas después de la operación. De modo que en la fusión económica las empresas participantes pasan a formar parte de una única entidad nueva, bien con unificación de la personalidad jurídica (como ocurre en los supuestos de fusión de sociedades por reorganización o absorción), bien sometiéndose todas a una misma dirección subsistiendo su personalidad jurídica independiente (como ocurre en la fusión *de facto* con la creación de un grupo de coordinación). En una adquisición de control, sin embargo, el resultado del acuerdo entre las partes-si lo hubiera- será que una de ellas queda bajo la dirección de otra que la controla. La empresa controlada pierde su independencia económica, entendida como la capacidad para diseñar sus estrategias en el mercado. Las concentraciones por adquisición de control son siempre supuestos unilaterales, individual o colectivo, y nunca recíprocos, ya que lo contrario daría lugar a una coordinación del comportamiento competitivo entre dos o más empresas y no una concentración¹³⁹.

4.2.1. Noción de control

El artículo 3.2 del Reglamento de concentraciones define el control como “la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa”. Como se he reiterado en el presente trabajo, el Reglamento de concentraciones es una norma de resultados y no de medios. Esta afirmación se confirma con la definición de control que ofrece el apartado 2 del artículo 3. Los derechos y contratos a los que se refiere el precepto y que se mencionan en las letras a) y b) no son más que meras ilustraciones que no constituyen formas de concentración *per se*, sino medios que pueden servir para otorgar a una empresa la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre otra. En este sentido, el instrumento jurídico empleado para obtener el control constituye un simple medio y no determina la existencia de una concentración. Lo realmente determinante en un control es que se

¹³⁹ Sobre la distinción entre fusión y control vid. BELLO CRESPO: *Concentración...cit.* Pgs. 222 a 223.

produzca el resultado de influir sobre las decisiones de otra empresa. La constatación de esta última circunstancia otorga a la operación la categoría de control.

Por tanto, los rasgos realmente definidores del control son el carácter unilateral de la operación y la posibilidad de una influencia decisoria en las actividades de la empresa controlada. En efecto, de los criterios interpretativos recogidos en las Comunicaciones se puede concluir que el tipo de concentración a la que se refiere la letra b) apartado 2 del artículo 3 del Reglamento resulta de una adquisición de control individual y unilateral¹⁴⁰, no conjunto¹⁴¹ ni recíproco¹⁴², que otorga a la empresa adquirente la posibilidad de influir en las decisiones de la empresa adquirida.

Sobre esta última posibilidad, cabe señalar que la expresión “u otros medios” que recoge el apartado 2 del artículo 3 implica que la adquisición de la influencia decisoria puede resultar tanto de circunstancias de derecho, es decir, de un soporte jurídico (derechos o contratos) o de circunstancias de hecho como las relaciones puramente económicas que permitan ejercer una influencia decisiva sobre otra empresa¹⁴³. Se trata de contratos comunes en el tráfico económico como acuerdos de suministro o créditos muy importantes a largo plazo concedidos por proveedores o clientes que pueden ser utilizados por las empresas, en determinadas circunstancias, como instrumentos para ejercer el control.

De acuerdo con el apartado 19 de la Comunicación sobre el concepto de concentración la influencia decisiva supone el poder de determinar las estrategias competitivas de una empresa. Este poder se puede ejercer mediante la imposición directa de las decisiones de la empresa adquirente sobre la empresa controlada, pero también se puede ejercer mediante el bloqueo de las decisiones estratégicas de la otra empresa. En efecto, la posibilidad de bloquear la adopción de decisiones de una empresa puede ser una forma eficaz de influir sensiblemente sobre dicha empresa. Por consiguiente, el hecho de que solo un accionista pueda vetar las decisiones estratégicas de la empresa en la que participa, aunque no pueda por sí solo imponer sus propias estrategias, es un control en el sentido del artículo 3.2 del Reglamento. Esta situación podría darse por ejemplo en aquellos casos en los que el accionista que impide la consecución de los planes estratégicos de la empresa ostente un 30% de capital de dicha empresa y el 70% del capital restante estuviera en manos de tres o más accionistas minoritarios, cuando sea exigible un quórum que otorgue el derecho de

¹⁴⁰ Vid. Apart. 8 y ss de la Comunicación sobre el concepto de concentración

¹⁴¹ Vid. Apart. 18 y ss de la Comunicación cit.

¹⁴² Apart. 7.

¹⁴³ A las que la Comisión denomina concentraciones *de facto*, vid. Apart. 9.

veto al accionista minoritario¹⁴⁴. En esos casos, la Comisión considera que el posible bloqueo de estas decisiones es ejercer una influencia decisiva en la empresa y, por tanto, el ejercicio del control en el sentido del Reglamento.

El control se hace más claro en los casos de participación mayoritaria en el capital o en el activo de otra empresa. La mayoría de votos en los órganos de decisión es prueba irrefutable de la existencia de una influencia decisiva sobre una empresa. El voto determina el equilibrio de fuerzas dentro de estos órganos. En este sentido, quien tiene los votos necesarios para la designación de los miembros del órgano, así como la composición y toma de decisiones del mismo, generalmente tiene la posibilidad de conseguir que se adopten decisiones según su voluntad y de forma unilateral sobre la actividad de la empresa. En consecuencia, es de esperar, como regla general, que con una participación mayoritaria se detente y se ejerza la mayoría de votos en los órganos de decisión y se obtenga así el control unilateral de la empresa en el sentido del artículo 3 del Reglamento de concentraciones. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que para la Comisión el dato realmente relevante a la hora de determinar si existe o no control es el voto y no la apariencia de control derivada de una participación mayoritaria. Así lo afirma en la Comunicación sobre el concepto de concentración en el sentido de que “de no existir otros elementos, una adquisición que no conlleva la mayoría de votos no confiere generalmente el control, aunque suponga la adquisición de una participación mayoritaria”¹⁴⁵.

Esta afirmación de la Comisión se avalada mediante las operaciones que consisten en una adquisición minoritaria de acciones pero que sin embargo otorgan una posición privilegiada en los órganos de dirección de la empresa. Esta posición se puede conseguir a través de medios jurídicos como la adquisición de acciones preferentes que confieren una mayoría de los derechos de voto u otros derechos que otorguen al participante minorista la posibilidad de controlar las decisiones estratégicas de la empresa¹⁴⁶ o un contrato que otorgue el derecho a gestionar las actividades de la empresa. Pero el accionista minoritario también puede controlar las decisiones estratégicas de la empresa a través de medios facticos. Tal sería el caso en el que el accionista obtiene un número mayor de votos porque las demás participaciones (mayoritarias) se encuentran repartidas y existe muy poca probabilidad de que todos los accionistas se encuentren presentes o representados en la junta¹⁴⁷. También

¹⁴⁴ Así sucedió por ejemplo en el asunto *Guest Keen & Nettlefolds Ltd. / Miles Druce & Co. Ltd.* Cit.

¹⁴⁵ Apart. 13.

¹⁴⁶ Así ocurrirá *ad ex.* si se tiene un poder de nombrar a más de la mitad de los miembros del Consejo

¹⁴⁷ Apart. 14 de la Comunicación sobre el concepto de concentración.

sería el caso cuando el resto de acciones se encuentra en manos de entidades financieras que no participan en la toma de decisiones, sino que su participación se orienta a fines puramente de inversión¹⁴⁸.

Precisamente la cuestión de las participaciones minoritarias ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de la Comisión, la mayoría al amparo del Reglamento base de concentraciones. Algunos de ellos contienen interesantes razonamientos a cerca de la existencia de circunstancias que pueden ser determinantes para que una empresa que no ostenta una participación notoriamente significativa en los órganos de dirección pueda sin embargo controlar el funcionamiento de las actividades de otra empresa. Así por ejemplo, en la Decisión Mediobanca/Generali¹⁴⁹ la Comisión llegó a la conclusión de que la participación minoritaria de Mediobanca en el capital de Generali no otorgaba la posibilidad de controlar su acción. Sin embargo, el caso resulta de gran interés para el estudio de la concentración empresarial por el razonamiento de la Comisión para descarta la existencia de control. En primer lugar, el ejecutivo afirmaba que un porcentaje del 12,84% es suficiente para proporcionar el control de una empresa si se demuestra que el accionista, en este caso Mediobanca, puede ejercer una influencia decisiva en las Asambleas de Generali como consecuencia de una nula o escasa participación del resto del accionariado en las Asambleas ordinarias que oscilaba entre un 33,24% y un 41,24%. En este panorama, quedaba descartada toda posibilidad de un control individual de Mediobanca¹⁵⁰. Por otra parte, la Comisión reconoció que mediante acuerdos vinculantes entre Mediobanca y otros accionistas que otorgaran al primero la posibilidad de ejercer el control, ya sea individual o conjunto, en los órganos de dirección de Generali podrían ser suficientes para que se constate la existencia de un control por parte del accionista minoritario. Así sucedería por ejemplo con los acuerdos de transferencia de votos que otorguen a Mediobanca una mayoría en las Asambleas generales o acuerdos por los que se otorga una influencia determinante en la composición o en las decisiones de los órganos de la sociedad. Sin embargo, al no darse ninguna de las circunstancias anteriormente mostradas, la Comisión consideró que Mediobanca, con su simple participación, no podría ejercer una influencia decisiva en los órganos sociales de Generali.

¹⁴⁸ Como en el citado caso Miles Druce. DOL núm. 132, de 15 de mayo de 1974, pg. 29, cit.

¹⁴⁹ Decisión núm. IV/M159

¹⁵⁰ Vid. Apart. Núm. 7 de la Decisión.

En un panorama idéntico de “juego de fuerzas en las Asambleas generales” Banesto se hizo con el control de Totta¹⁵¹. En este caso la Comisión entendió que se daba un control en el sentido del Reglamento de concentraciones. De acuerdo con los hechos, Banesto y MSF adquirieron conjuntamente una participación de un 46,5% de las acciones de Totta. El resto de acciones se encontraba repartida entre el Estado portugués y más de 40000 accionistas. Esta situación otorgaba a Banesto y MSF el 60% de los votos en la Asamblea general y, como consecuencia, también tenían derecho a nombrar un total de 12 consejeros de los 13 que tenía Totta. Sin embargo, mediante un acuerdo con MSF, Banesto consiguió el derecho a nombrar a 7 consejeros de los 12 que le asignaban conjuntamente con sus socios. De este modo, mediante una participación minoritaria en el capital y un número de votos minoritario Banesto se hizo con el control individual de Totta mediante el derecho de nombrar a 7 de los 13 consejeros de la entidad¹⁵².

A modo de resumen, un porcentaje mayoritario de votos en las asambleas generales de una empresa es el dato determinante para valorar la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre dicha empresa. Sin embargo, existen otras circunstancias, como las alianzas o contratos con otros socios, que pueden proporcionar la capacidad de influir en las decisiones estratégicas de una empresa al margen del reparto de votos.

4.2.2. El control conjunto

Como se ha dicho anteriormente, el control unilateral puede ser tanto individual como conjunto¹⁵³. Pues bien, todo lo visto hasta ahora hace referencia a las posibilidades de adquirir el control individual o exclusivo de una empresa. En cuanto al control conjunto, el artículo 3. 1, b) habla de “adquisición por una o varias personas o por una o varias empresas”. En este mismo sentido, el apartado 3 del mismo precepto establece que “se entenderá que han adquirido el control las personas o empresas”. De modo que se produce el control conjunto (*joint control*) cuando dos o más personas o empresas pueden ejercer una influencia decisiva sobre otra empresa. Como ocurre en el caso del control individual, se entenderá que existe tal influencia cuando la participación de dos o más empresa es necesaria para la adopción de las decisiones estratégicas de la empresa controlada. Esta influencia puede consistir tanto en la imposición de la voluntad conjunta o en el bloqueo de las decisiones más importantes¹⁵⁴.

¹⁵¹ Decisión núm. IV/M192, asunto Banesto/Totta.

¹⁵² vid. núm. 14 de la Comunicación sobre el concepto de concentración.

¹⁵³ Vid. Apart. 8 y ss de la Comunicación citada. Y el art. 3. apartados 1, b) y 3. Del Reglamento

¹⁵⁴ Vid. Núm. 19 de la Comunicación.

Una primera cuestión que se puede plantear en relación al control conjunto es de la vinculación entre las personas o empresas adquirentes, es decir, qué clase de relación sería necesaria entre las empresas o personas que llevan a cabo la operación para que se les pueda atribuir el control conjunto y no como varias personas o empresas independientes que adquieren el control conjuntamente.

De lo dispuesto en el artículo 3.1.b) del Reglamento de concentraciones se desprende que el vínculo necesario entre las personas que adquieren el control se halla en el hecho de que esas personas “ya controlen al menos una empresa”. Por tanto, el requisito que exige el Reglamento es el de que el grupo de personas (físicas) se encuentren vinculadas por compartir el control previo de una empresa. Para probar que un grupo de personas ejercen conjuntamente el control de una empresa, el medio es el recurso a los resultados de las últimas votaciones en la Asamblea general o en la composición de los órganos de decisión y averiguar si los votos del grupo se ejercieron de forma concertada¹⁵⁵.

No obstante, el problema de los vínculos va más allá y la propia Comisión reconoce la posibilidad de que, de acuerdo con la estructura competencial del mercado, los vínculos familiares pueden influir en el control indirecto de una empresa (punto 10 de la Comunicación sobre el concepto de concentración). Tal sería el caso cuando los miembros de una misma familia son titulares de acciones en una empresa y participan en otra que sumados ambos porcentajes les permitan establecer un control compartido en ambas empresas¹⁵⁶.

En el caso de adquisición del control por varias empresas que acuerdan votar para la adopción de decisiones en la empresa controlada siempre se tratará de un control conjunto¹⁵⁷. En estos casos, habrá que probar que las empresas pretenden actuar conjuntamente en el ejercicio de los derechos de voto de la empresa controlada. Esta prueba no sería necesaria, sin embargo, cuando dichas empresas formalizan su cooperación para la adquisición de control mediante una sociedad intermedia en la que todas participan¹⁵⁸.

Por otra parte, las participaciones de las empresas pueden ser paritarias pero también dispares, y en ambos casos puede darse un control conjunto.

¹⁵⁵ Vid. Núm. 7 de la Decisión IV/M159 cit.

¹⁵⁶ En este sentido BELLO CRESPO: Concentración... pgs. 275 a 276.

¹⁵⁷ Sobre el control conjunto vid. *Infra*. Apartado dedicado a la empresa común.

¹⁵⁸ Vid. Decisión de la Comisión. IV/M382, asunto *Philips/Grundig*

La participación será paritaria cuando las empresas que ejercen la influencia decisiva sobre otra poseen el mismo porcentaje de participación en el capital de la empresa controlada (50 v 50%). En estos casos, ninguna puede dirigir unilateralmente la empresa sin el consentimiento del otro o en contra de su voluntad. Salvo pacto en contrario, la igualdad en el capital social se traduce en igualdad de votos. Este es el caso por ejemplo de la Decisión de la Comisión de 3 de mayo de 2000 en el asunto *Hitachi/NEC-Dream/JV*. No obstante, la Comisión ha constatado la existencia de control por parte de dos accionistas cuyas participaciones eran iguales e inferiores al 50%¹⁵⁹. Sin embargo, esta situación puede darse únicamente si ningún otro accionista tiene el poder de oponerse a la adopción de decisiones importantes en el seno de la empresa.

Las participaciones serán dispares cuando las empresas que ejercen el control conjunto sobre otra poseen participaciones de distinto nivel en la empresa controlada. En estos casos, la existencia de un control conjunto puede resultar de la igualdad de los derechos de voto o la posibilidad de nombrar el mismo número de miembros de los órganos de administración de la empresa, pero también de los derechos de veto en decisiones importantes (núm. 21 de la Comunicación sobre el concepto de concentración y la Decisión de la Comisión de 13 de enero de 1992 núm. IV/M176, asunto *Sunrise*, o la Decisión de la Comisión de 5 de mayo de 1999 en el asunto *Thomson/Banco Zaragozano/Caja Madrid/ Indra*, M/1479).

De igual forma, dos empresas que ostenta participaciones minoritarias en otra empresa pueden adquirir el control conjunto de esta última. Así sucede por ejemplo cuando la suma de ambas participaciones minoritarias logra la mayoría de votos y los ejercen conjuntamente, ya sea mediante un acuerdo jurídicamente vinculante o mediante otras circunstancias de hecho (núm. 30 de la Comunicación). En estos casos, para garantizar el ejercicio común de los derechos de voto, los accionistas minoritarios pueden recurrir a un *holding* al que ceden sus derechos pero el medio jurídico también puede ser un acuerdo en el que se comprometen a actuar conjuntamente (acuerdo de consorcio o *pooling agreement*)¹⁶⁰.

4.2.3. Formas de adquirir el control

La necesaria certeza que la regulación jurídica debe proporcionar a las empresas ha llevado a la Comisión a proporcionar un elenco de medios instrumentales que pueden conferir el

¹⁵⁹ Dec. Com. De 7 de noviembre de 1990, as. *Renault/Volvo* citado

¹⁶⁰ Vid. Núm. 31 de la Comunicación sobre el concepto de concentración; Dec. Com. De 26 de febrero 1996, asunto *NAW/Saltano/Contract*, M/698.

control de otra u otras empresas, como ya ocurría en el Tratado CECA. Los instrumentos de control enumerados en el Reglamento de concentraciones en el artículo 3.2 son:

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

No obstante, de la práctica de la Comisión se desprende que estas operaciones no fundamentan de por sí una presunción de concentración. Así, una adquisición de participación no implica sin más una operación de concentración, sino que la determinación de esta circunstancia dependerá de los efectos económicos que se deriven de la adquisición. Por consiguiente, la enumeración solo constituye un indicio para las empresas sobre el tipo de operaciones que podrían someterse a la obligación de notificar.

Por otra parte, la lista es abierta. De modo que podrán darse otro tipo de operaciones de control no recogidas en ella. Así resulta de la expresión “en particular” recogida en el mismo apartado 2.

En definitiva, el control de una o varias empresas sobre otra u otras empresas no solo puede obtenerse por medio de derechos o de contratos, sino también por otros medios, según se desprende del artículo 3.2 del Reglamento de concentraciones.

Veamos ahora los posibles medios mediante los cuales se puede llegar a obtener el control de la actividad de una o varias empresa.

En primer lugar, el Reglamento habla de *derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa*¹⁶¹. Pues bien, como se ha dicho anteriormente, el medio más habitual para conseguir una influencia decisiva en una empresa es mediante una participación en el capital de esta empresa que permita conseguir el número de votos necesarios para imponer o bloquear las decisiones estratégicas de la empresa. En este sentido, la forma más habitual de participar en el capital de una empresa es mediante la compra de acciones que posibilita a su titular el ejercicio del derecho de voto. Un número elevado de acciones puede, por sí solo o bajo determinadas circunstancias, otorgar al accionista el control sobre la empresa adquirirá. La adquisición de acciones es relevante cuando otorga al accionista un número elevado de votos.

¹⁶¹ Art. 3.2, b)

La adquisición de acciones puede hacerse de forma ordinaria en Bolsa o mediante oferta pública de adquisición (OPA)¹⁶².

Es indiferente para el Derecho de la competencia el hecho de que la adquisición de acciones sea a título originario o derivativo.

Existen tres posibilidades de adquirir las acciones de una empresa: la adquisición de la totalidad de las acciones, la adquisición de la mayoría y la adquisición minoritaria. En cualquiera de estos supuestos el accionista puede obtener el control de la empresa adquirida sin más (como ocurriría en el caso de la adquisición total o mayoritaria) o bajo determinadas circunstancias (como sucedería en la adquisición de control mediante una participación minoritaria en el capital de una empresa).

Ahora bien, cuando las acciones adquiridas no otorgan derechos suficientes para determinar la acción de una empresa, otros medios utilizados para influir en las decisiones de la empresa son aquellos que proporcionan el dominio de los órganos de dirección de otra empresa. Los medios para conseguir dicho dominio son los contratos a los que se refiere el artículo 3.2, b) del Reglamento. Como se ha dicho en la noción de control, el juego de fuerzas dentro de los órganos de dirección y decisión de una empresa es una cuestión de suma importancia a la hora de valorar si existe o no una influencia decisiva sobre otra empresa. El Reglamento no se refiere a cualquier órgano de empresa, sino a los órganos más importantes en los que se diseñan las estrategias competitivas de la empresa. De este modo, el Reglamento habla de contratos que permitan influir en la composición, las deliberaciones o las decisiones de una empresa. Se trata por tanto, de órganos que tienen el poder de tomar las decisiones estratégicas fundamentales de la empresa.

Conviene señalar a continuación qué decisiones empresariales se consideran fundamentales a efectos estratégicos. Pues bien, de las decisiones de la Comisión se pueden encontrar datos ilustrativos a cerca de los ámbitos de decisión que se consideran fundamentales para la actividad competitiva de una empresa. A modo de ejemplo, vamos a citar una vez más la Decisión Conagra/Idea cuyo objeto era el control común sobre la empresa Industrie en el que la empresa Conagra tenía una participación del 26% del capital y dos miembros en el *board of directors*, y una sociedad holding en la que se integraban los antiguos miembros de

¹⁶² Sobre las OPAs y el Derecho de la competencia vid. SANCHEZ MIGUEL: "Las fusiones transfronterizas y el Derecho de la competencia", en *Derecho de sociedades, Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, volumen V, Madrid. 2002, pgs. 5083 y ss; GUERRA MARTÍN: *control conjunto y Derecho de OPAs*, Cívitas, Madrid, 2004.

Industrie, que poseía el 74% de su capital y 5 miembros en el *board of directors*. El Control conjunto se consigue mediante un acuerdo por que determinadas cuestiones debían adoptarse por una mayoría del 75%. Dichas cuestiones eran las siguientes:

- i) Compra de acciones en cualquier modalidad, especialmente cuando suponga la realización de acuerdos de cooperación o empresas comunes.
- ii) Emisión de acciones, bonos convertibles, derechos de suscripción o la emisión de cualquier otro tipo de garantía que cree derechos sobre acciones.
- iii) Reducción de capital.
- iv) Aprobación de presupuestos anuales y planes estratégicos, así como cualquier modificación importante en los mismos.
- v) Inversiones de más de un millón y medio de francos (1500 euros) que no estuviera prevista en el presupuesto o en los planes estratégicos.
- vi) Lanzamientos de nuevos productos que supongan un coste de desarrollo e introducción superior al millón y medio de francos.
- vii) Contratación de directivos *senior* y la fijación de sus salarios si cualquiera de las dos cosas no estaba prevista en el presupuesto o los planes estratégicos.
- viii) Decisión sobre distribución o dividendos diferentes de los dividendos prioritarios¹⁶³.

Estas cuestiones han sido confirmadas como cuestiones fundamentales por la propia Comisión en otras decisiones como la Decisión *Viag/EB Brühl* y la Decisión *ICI/Tioxide*¹⁶⁴.

De igual manera, la Comisión ha confirmado su doctrina sobre estos asuntos en su Comunicación sobre el concepto de concentración y señala como decisiones sobre las que se ejerce el derecho de veto para el control conjunto las decisiones relacionadas a cuestiones tales como el presupuesto, el plan estratégico (*business plan*), las grandes inversiones o el nombramiento de altos directivos¹⁶⁵.

Termina la Comisión advirtiendo que si los derechos de decisión no afectan al presupuesto, el programa de actividades o a la estrategia comercial, no podrán considerarse suficientes como para otorgar el control. Por tanto, no será necesaria siempre una influencia sobre las decisiones en todas las materias para obtener el control, sino que es

¹⁶³ Núm. 6 de la decisión.

¹⁶⁴ Decisiones núms. IV/M139 y IV/M023 respectivamente.

¹⁶⁵ Núm. 23 de la Comunicación.

suficiente que la influencia se ejerza en algunas decisiones de contenido suficientemente importante en orden a diseñar la política de la empresa controlada¹⁶⁶

En segundo lugar, el Reglamento establece que el control podrá resultar de los *derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa* (art. 3.2.a). Esto implica que el control puede realizarse por una adquisición patrimonial cuyo objeto no son acciones sino activos de la empresa. Además, esta adquisición puede ser sobre la totalidad del patrimonio de la empresa o bien sobre una parte del mismo.

La adquisición de la totalidad del patrimonio de una empresa no parece crear problemas de calificación como una operación de concentración, sin embargo, la cuestión se hace compleja si lo que se adquiere es solo una parte de la empresa.

Este tipo de control está directamente relacionado con el concepto de empresa. Se podría plantear en este sentido la cuestión de si la parte adquirida de la empresa que queda bajo el control de otra empresa debe tener la consideración de un nuevo competidor, es decir, de una empresa, cuando por sí misma constituye una organización de medios de producción o distribución y no un simple conjunto de activos. Por tanto, en este tipo de adquisiciones habría que determinar qué parte de una empresa puede constituir una entidad funcional en sí misma en sentido económico cuando se fracciona la unidad a la que pertenece.

El Derecho europeo de defensa de la competencia no ofrece una noción de lo que debe entenderse por parte de la empresa, ni tampoco tal noción se encuentra en el ámbito del Derecho de Sociedades. Sin embargo, es en el ámbito fiscal donde se ofrece un concepto de parte de empresa. En efecto, el artículo 2, i) de la Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, define la aportación de activos como la aportación de “una o más ramas de actividad”, y define esta última como “el conjunto de elementos de activos y pasivos de una división de una sociedad, que constituye, desde el punto de vista de la organización, una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios”. Según esta definición, quedan excluidos como noción de parte de empresa los conjuntos de activos que no puedan funcionar por sí mismos.

Sin embargo, la práctica de la Comisión ha demostrado que esta definición no puede resultar útil para los fines propios del Reglamento. Lo que le interesa al Reglamento de concentraciones es la estructura del mercado. Su finalidad es evitar que las empresas concluyan operaciones susceptibles de obstaculizar la competencia efectiva en el mercado o

¹⁶⁶ Núms. 24 y 29.

den lugar a la formación de una posición dominante en el mismo¹⁶⁷. En este sentido, hay que entender que el criterio de la unidad económica con autonomía funcional no es imprescindible para que la toma de una parte de la empresa sea considerada como una operación de concentración si por ello se altera la estructura competencial del mercado. Para el Derecho de defensa de la competencia la transmisión de los derechos de propiedad industrial por sí solos, o cualquier conjunto de activos puede considerarse una concentración si se demuestra que genera un volumen de negocios suficientes para alterar la estructura del mercado tanto en lo referente a la oferta como en la parte de la demanda¹⁶⁸.

La Comisión ha dejado clara su posición acerca de la adquisición parcial del patrimonio de una empresa en la Comunicación sobre el concepto de concentración y en la Comunicación sobre la noción de empresas afectadas¹⁶⁹. Al mencionar los activos sobre los que se refiere el artículo 3.2, a) del Reglamento, la Comisión solo exige que estos activos (que pueden ser una o varias entidades autónomas- como las filiales-, subdivisiones internas del vendedor o activos concretos que pueden constituir por sí mismos una línea de actividades- como las marcas y licencias) “constituyan una actividad a la que se pueda atribuir un volumen de negocios”¹⁷⁰.

Por otra parte, la letra a) del artículo 3.2 habla de “*derechos de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa*” como derechos que confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa. En efecto, determinados contratos como los contratos de arrendamientos o el contrato de cesión del uso de activos pueden incluirse dentro de esta apartado. Estos contratos sin duda modifican la estructura de las empresas afectadas durante el tiempo que dure el contrato, hecho que efectivamente da lugar a una integración económica si el contrato llega a tener una larga duración.

En cuanto a los derechos de propiedad industrial, la Comisión ha admitido en sus Comunicaciones¹⁷¹ que si se demuestra que una marca es capaz de generar un volumen suficiente en aplicación del artículo 5.2 del Reglamento, la concesión de licencia exclusiva sobre la misma durante un periodo de tiempo suficientemente largo se podría calificar como operación de concentración. Por tanto, teniendo en cuenta que la Comisión siempre

¹⁶⁷ Vid. Art. 2. 3 del Reglamento de concentraciones.

¹⁶⁸ Véase la Decisión de la Comisión en el asunto *Delta Air Lines/Pan Am*.

¹⁶⁹ DO C 66 de 2 de marzo de 1998.

¹⁷⁰ Núm. 14 de la Comunicación EA y núm. 11 de la Comunicación CC

¹⁷¹ Núm. 11 de la Comunicación CC y núm. 14 de la Comunicación EA.

se basa en datos o circunstancias que concurren en cada caso concreto, no se puede descartar la posibilidad de que la se califique una operación basada únicamente en este tipo de contratos como una operación de concentración.

4.3. La empresa común con plenas funciones

4.3.1. *Noción de empresa común.*

La Comisión utiliza diversas expresiones para referirse a este tipo de empresa. Así, unas veces se refiere a ellas como empresas en común, otras veces como empresa en participación, e incluso alude a ellas a veces como empresa conjunta¹⁷². La realidad a la que se refiere la Comisión con semejantes terminologías no es más que una: empresa sometida al control conjunto de dos o más empresas económicamente independientes. Así lo ha definido la propia Comisión en el número 3 de la Comunicación de la Comisión relativa a la distinción entre empresas en participación de carácter concentrativo y cooperativo (Comunicación EP)¹⁷³. De acuerdo con esta Comunicación las empresas en participación son “empresas controladas en común por dos o más empresas”. En este sentido, para que exista una empresa común deben darse dos requisitos: la existencia de una empresa y el ejercicio de un control conjunto de otras empresas sobre ella. Por tanto, conviene en primer lugar analizar qué debe entenderse por empresa en el sentido del Reglamento de concentraciones y cuándo se considera que existe un control conjunto sobre ella.

Pues bien, en lo relativo a la *noción de empresa*, si bien es cierto que el Reglamento de concentraciones no deja de mencionar a la empresa en su articulado, hecho lógico si son ellas las principales destinatarias de la norma, conviene advertir que el propio Reglamento no ofrece ninguna definición de empresa. Sin embargo, como ya ocurría en el Tratado CECA, el concepto de empresa se ha ido extrayendo de la aplicación práctica de las normas por parte de las instituciones comunitarias.

La importancia que supone para el Derecho de la competencia una noción clara y precisa de empresa quedó de manifiesto en la Sentencia del TJCE de 11 de julio de 2006 en el asunto 205/03 P, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)/ Comisión*.

FENIN es una asociación que agrupa a la mayoría de las empresas que comercializan material sanitario, en particular instrumentos médicos. Las ventas de éste al Sistema

¹⁷² Comunicación EP, pg. 1

¹⁷³ DOC núm. 385, de 31 de diciembre 1994

Nacional de salud en España representaban más del 80% de su volumen de negocios. El problema surge porque, según FENIN, el Sistema Nacional de Salud les pagaba con un retraso medio de trescientos días, un plazo de demora notablemente superior al de otros prestadores de servicios. En la base de este trato discriminatorio, que según FENIN constituía un abuso de posición dominante, estaría su imposibilidad de ejercer presión comercial sobre veintiséis entes públicos encargados de la gestión del Sistema Nacional de Salud en España (apartados 1,3 y 4 de la Sentencia).

Se trataba por tanto de analizar si la práctica de retrasos en el pago por dichas entidades públicas constituía un abuso de posición dominante, es decir, si las demoras en los pagos infringirían el artículo 86 del Tratado CE.

El Tribunal creyó conveniente dejar claro primero la cuestión de si entidades públicas gestoras de un sistema nacional de salud eran empresas a estos efectos. Despejar esta cuestión era determinante para entrar a examinar el caso en profundidad, ya que si tales entidades no podían ser consideradas empresas faltaría el primer presupuesto para que se les pudiese acusar de abuso de posición dominante. Si no hay empresa, no hay abuso de posición dominante y, por identidad de razón, tampoco puede haber concentración porque tanto el artículo 86 del Tratado CE como el Reglamento de concentraciones sólo son aplicables a las empresas, con exclusión de cualesquiera otro sujeto posible.

Pues bien, de la práctica administrativa y jurisprudencial comunitaria se desprende que existe un concepto común¹⁷⁴, amplio y reiterado de empresa, que comprende toda entidad que ejerce una actividad económica, independientemente del estatuto jurídico de esta entidad y de su modo de financiación (STJCE 19 enero 1994, *SAT/Eurocontrol*, C-364/92, Rec., 1994-I, pg. 43; STJCE 16 noviembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA)*, C-244/94, Rec.,1995-I, pg. 4013, apartado 14; STJCE 11 noviembre 1997, *Job Centre, "Job Centre II"*, C-55/96, Rec., p. I-7119, apartado 21; STJCE 18 junio 1998, *Comisión/Italia*, C-35/96, Rec., p. I-3851, apartado 36). La noción de actividad económica, por su parte, se caracteriza por el hecho de ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado (STJCE 18 junio 1998, *Comisión/Italia*, C-35/96, Rec., p. I-3886, apartado 36;

¹⁷⁴ En este sentido, DE DOMINICIS, M: *Concorrenza e nozione d' impresa nella giurisprudenza comunitaria*, Napoli, 2005).

STJCE 12 septiembre 2000, *Pavlov y otros*, C-180/98 a C-184/98, Rec., p. I-6451, apartados 74 y 75)¹⁷⁵.

De otras sentencias se desprende que no está sujeta a la aplicación de las normas sobre la competencia una actividad que:

A). Por su naturaleza, es ajena a la esfera de los intercambios económicos, es decir, de la oferta y demanda de bienes en el mercado. Tal es el caso, por ejemplo, de los organismos que participan en la gestión del servicio público de la seguridad social y que desempeñan una *función de naturaleza exclusivamente social* y desprovista de todo ánimo de lucro (STJCE 22 de enero 2002, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas e Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro* (INAIL), C-218/00, Rec., p. I-691, apartados 44 a 46) o de los organismos deportivos de control de dopaje con el fin de mantener el espíritu deportivo (STPI 30 septiembre 2004, David Meca Medina e Igor Majcen/Comisión, T-313/02, apartados 44, 45, 47 y 48).

B). O se vincula al ejercicio de *prerrogativas del poder público*. Este sería el caso por ejemplo del control y la policía del espacio aéreo (STJCE 19 enero 1994, *SAT Fluggesellschaft*, C-364/92, Rec., p. I-43, apartado 30) o de la recaudación de impuestos por delegación del Estado (STJCE 11 septiembre 2003, *Altair Chimica Spa y ENEL Distribuzione Spa*, C-207/01, apartado 35).

En el caso objeto del presente comentario (STJCE de 11 de julio de 2006, *As. C-205/03 Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria/Comisión*) el Tribunal de Justicia excluyó la posibilidad de que se hubiese cometido abuso de posición dominante porque éste solo puede existir cuando concurren cuatro elementos: la existencia de una empresa, que ésta tenga posición dominante en un mercado, que abuse de su posición y que afecte al comercio entre los Estados miembros. El Tribunal consideró que, faltando el primero de estos elementos, no procedía examinar los otros. En efecto, como se ha demostrado anteriormente, es reiterada jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia que los órganos que ejercen funciones de naturaleza exclusivamente social y que son ajenos a la esfera de los intercambios económicos no son empresas en aplicación de las normas comunitarias de defensa de la competencia.

¹⁷⁵ En este sentido, también puede verse JORGE PARDILLA: *The Law and Economics of article 82*, Oxford and Portland, 2006, pgs. 21 a 36.

En definitiva, de la práctica jurisprudencial comunitaria se desprende que en la noción de empresa del derecho comunitario es indiferente el estatuto jurídico como el modo de financiación. Lo realmente decisivo es el tipo de actividad de la empresa. Por tanto, puede tratarse de una sociedad de Derecho privado, de una empresa con estatuto jurídico-público, de una asociación¹⁷⁶, de una asociación profesional (como las sociedades de autores)¹⁷⁷, de una cooperativa¹⁷⁸ o por el contrario, de una persona física, como por ejemplo el inventor o el autor de una obra de arte que otorga una licencia de patente de sus productos (*ad ex.* Dec. Com. 2 de diciembre de 1975, DO L 6 de enero de 1976) o cediendo sus derechos de autor (*ad ex.* Dec. Com. 26 de mayo de 1978, RAI/UNITEL, DO L 157 de 15 junio 1978), o, en general, los profesionales liberales (Dec. Com. 30 de junio 1993, CNSD, DO L 203 de 13 de agosto de 1993; STPI de 30 de marzo de 2000, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Comisión*, T-513/93, apartados 37 y 38).

Por otra parte, decisiones tanto de la Comisión como del TJCE han señalado que es indiferente el hecho de que la entidad tenga o no ánimo de lucro. Este es el caso por ejemplo de los fondos de pensiones (STJCE 21 de septiembre 1999, *Albany*, C-67/96, Rec., p. I-5751; STJCE de 21 de septiembre 1999, *Brentjens*, C-115/97, C-116/97 y C-117/97, Rec., p. I-6025) y de algunos organismos deportivos que intervienen en el mercado y realizan una autentica actividad empresarial (Dec. Com. 19 de abril 2001, *Reglamento sobre retransmisiones de la UEFA*, DO L 171 de 16 de junio 2001).

En resumen, se considera empresa en el Derecho comunitario de la competencia cualquier entidad que ejerza actividades económicas¹⁷⁹, independientemente de su naturaleza jurídica y de su modo de financiación.

Ahora bien, el segundo requisito de la empresa común es el sometimiento al *control conjunto*. La Comunicación sobre el concepto de concentración define el control común como una situación en la que “dos o más empresas o personas tienen la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre otra empresa”, siendo la nota esencial de esta situación “la posibilidad de llegar a un bloqueo a causa del poder que tienen las dos empresas matrices de rechazar las decisiones estratégicas propuestas”¹⁸⁰. En este sentido, lo que caracteriza a

¹⁷⁶ Dec. Com. 29 noviembre 1974, *Entente Franco-japonaise concernant les roulements à billes*, DOL 343 de 21 diciembre 1974.

¹⁷⁷ STJCE 21 marzo 1974, *BRT/SABAM*, c-127/73, Rec. p. 313.

¹⁷⁸ STJCE 25 marzo 1981, *Stremsel*, C-61/80, Rec., p. 851.

¹⁷⁹ Sobre el objeto de esta actividad económica vid. STJCE de 10 de diciembre 1968, *Comisión vs República italiana*, asunto núm. 7/68, Rec. 619.

¹⁸⁰ Núm. 19 de la Comunicación CC.

la empresa común es la imposibilidad de que una de las partes pueda adoptar una decisión unilateral sobre las cuestiones esenciales que afectan a la empresa común, aun cuando exista una diferencia de participación en el capital de la misma (*ad. ex.* Dec.Com. núm. IV/349, as. *AEGON/Scottish Equitable (100% vs 0%)*; Dec. núm. IV/M326, as. *Toyota Motor Corp.Walter Frey/Toyota France (35% vs 65%)*; Dec. núm. IV/218, as. *EUCOM/Digital (74,9% vs 25,1%)*; Dec. núm. IV/M017, as. *Aérospatiale/MBB (60% vs 40%)*).

El origen del control conjunto puede ser la creación *ex novo* de una empresa en la que participan dos o más empresas fundadoras (*ad. ex.* As. *ELF/BC/CEPSA*, Decisión IV/M133) o bien la adquisición conjunta del control de una empresa pre existente (*ad. ex.* *As. Kelt/American express*, Decisión IV/M116). En todo caso, lo determinante es que exista una influencia decisiva ejercida conjuntamente por las empresas matrices sobre la estrategia competitiva de la empresa común, cualquiera que sea el medio utilizado¹⁸¹

No obstante, la regla general de influencia decisiva encuentra una excepción en la admisión de la posibilidad de que exista empresa común aun cuando sea dirigida en realidad por una sola de las empresas fundadoras. Así lo ha reconocido la propia Comisión en varias decisiones (Decisión IV/M157, núm. 14, as. *Air France/Sabena*; Decisión IV/M141, núm. 16, as. *UAP/Transatlantic/Sun Life*; Decisión IV/M189, núm. 12, as. *Generali/BCHA*). A esta cuestión se refiere también el número 36 de la Comunicación CC cuando afirma que “el control conjunto no es incompatible con la posesión, por parte de una de las empresa matrices, de conocimientos específicos y experiencia en la actividad de la empresa en participación. En estas situaciones, la otra empresa matriz solo puede desempeñar un papel modesto e incluso inexistente en la gestión cotidiana de la empresa común... Ello no obstante, *debe conservar la posibilidad de impugnar las decisiones adoptadas por la otra empresa madre, ya que de no ser así, el control sería exclusivo*”.

4.3.2. Requisito para la calificación de la empresa común como operación de concentración: la entidad económica autónoma.

El Reglamento de concentraciones establece que la empresa común, cuando desempeñen todas las funciones de una entidad económica independiente, será considerada operación de concentración (art 3.3). Esto implica una organización económica dicada a la producción, la prestación de servicios o la distribución. En la medida en que la empresa sujeta al control de dos o más empresas matrices desempeñe estas funciones de forma independiente en el mercado, es decir, por sí misma, será una entidad económica

¹⁸¹ Sobre el control conjunto, vid. *supra* apartado 4.2.2.

independiente respecto a las empresas matrices. En sentido contrario, no es autónoma la empresa común que desempeña funciones limitadas como compra de materias primas, fabricación de ciertos productos, realización de trabajos en tareas de administración interna como asesoramiento¹⁸².

Por tanto, para que una empresa común sea considerada una concentración, no puede limitarse a funciones de auxilio a las empresa matrices, sino que debe llevar a cabo funciones esenciales propias de una empresa, tales como el desarrollo, la investigación¹⁸³ y la fabricación de los productos, la comercialización, etc.

La manifestación más clara de la autonomía funcional de la empresa común será su intervención en el mercado como proveedor o comprador independiente¹⁸⁴. De no existir esta intervención, estaremos ante una empresa común de carácter cooperativo. Así ocurriría por ejemplo cuando la empresa en participación solo ofrezca sus productos o servicios a las empresas matrices o cuando dependa de ellas para el desarrollo de sus actividades (núm. 15 de la Comunicación EP). En estos casos, aun cuando la empresa común cuente con una organización material, humana, financiera, etc, desde el punto de vista del Derecho de la competencia, sin embargo seguirá sin reunir todas las características de una entidad autónoma y, por tanto, se considerará una empresa común de carácter cooperativo y no concentrativo. Así se desprende de la decisión de la Comisión en el asunto *British Telecom/MCI*¹⁸⁵. Se trata de la empresa común Newco, cuya totalidad de servicios se ofrecía a las empresas matrices o a terceras empresas pero a través de las matrices. No existían instrucciones de las empresas matrices a la empresa común, sino que éstas requerirían el suministro de servicios que la empresa común estaría obligada a prestar y decidirían el precio y las condiciones en que el producto sería proporcionado, siempre a través de ellas, al consumidor final. En este caso, a pesar de que Newco contaba con todos los medios materiales humanos y financieros necesarios para ser considerada una empresa con plenas funciones, la Comisión consideró que no se trataba de un competidor independiente en el mercado, pues las matrices actuaban como distribuidoras de Newco que no ejercería ninguna actividad como empresa independiente en el mercado.

Las relaciones entre la empresa común y sus matrices son determinantes para comprobar si la primera opera en el mercado como proveedor o comprador independiente. En este

¹⁸² Vid. núm. 14 de la Comunicación EP.

¹⁸³ Decisión IV/M090, as. *BSN-Neslé/Cokoladovny*.

¹⁸⁴ Núm. 13 de la Comunicación EP.

¹⁸⁵ Decisión núm. IV/M353, núms. 7 y 8.

sentido, es necesario analizar las relaciones que existen entre ellas y sus matrices. En lo referente a los acuerdos de suministro, éstos anularán la autonomía de la empresa común cuando tengan carácter de exclusividad de forma duradera¹⁸⁶. De esta manera, en la Decisión British Telecom/MCI citada, la Comisión consideró que no existía concentración dado que existían cláusulas de exclusividad en las que todos los servicios serían prestados a las empresas matrices.

No obstante, si a pesar de mantenerse la relación de suministro a las matrices de forma duradera la empresa común desempeña un papel activo en el mercado del que se trata, será considerada una empresa común con plenas funciones¹⁸⁷.

Un factor importante en este caso será la proporción que representan sus ventas a las matrices con relación a la totalidad de sus propias ventas y si dichas ventas se realizan en condiciones normales de mercado (núm. 15 de la Comunicación EP). En este sentido, para que una empresa común sea considerada empresa con plenas funciones en un mercado de distribución es necesario que cuente con las instalaciones necesarias y que obtenga suministros no solo de sus matrices, sino también de otros proveedores.

Por otra parte, la Comisión admite, con determinadas condiciones, la posibilidad de que la empresa en participación se sirva de los puntos de distribución de las empresas matrices sin que ello lo haga perder la consideración de empresa con plenas funciones. Así, por ejemplo, se admite que la empresa común distribuya parte de sus productos mediante las redes de una matriz y siga siendo operador independiente en el mercado cuando estos productos representen solo una pequeña parte respecto al total de sus ventas¹⁸⁸ o cuando no existe cláusula de exclusividad y sigue siendo posible la distribución mediante redes propias¹⁸⁹.

En resumen, la existencia de una empresa común con plenas funciones vendrá determinada por el hecho de que la empresa desempeñe las funciones esenciales de una entidad autónoma, que estas funciones se desempeñen como proveedor o comprador independiente en el mercado, siendo necesario para ello que la empresa común cuente con todos los medios necesarios para llevar a cabo su actividad económica, con independencia de que en determinadas condiciones pueda compartir servicios con las empresas matrices. Además, esta autonomía es compatible con la existencia de contratos bilaterales de

¹⁸⁶ Durante un periodo superior a 3 años. Núm. 14 Comunicación EP.

¹⁸⁷ Núm. 15 Comunicación EP.

¹⁸⁸ Véase apartado 12 de la Decisión IV/M149, Asunto *Lucas/Eaton*.

¹⁸⁹ Apartado 4.2 de la Decisión IV/M254, Asunto *Fortis/La Caixa*.

suministro o distribución, siempre que no tengan carácter exclusivo durante un periodo de tiempo superior a 3 años.

5. OPERACIONES EXCLUIDAS DE LA NOCIÓN DE CONCENTRACIÓN

El artículo 3.5 del Reglamento de concentraciones excluye de su ámbito de aplicación a la adquisición de participaciones realizadas por entidades bancarias, financieras, de seguros o de participación financiera y operaciones realizadas por mandato público.

En este caso, se trata de operaciones que reúnen todos los requisitos exigidos de una operación de concentración pero que sin embargo no se consideran concentración en el sentido del artículo 3 del Reglamento que las excluye expresamente.

5.1. Adquisición de acciones por entidades de crédito, financieras, de seguros o de participación financiera.

El Derecho de defensa de la competencia tiene en cuenta el carácter neutral de la adquisición de acciones en Bolsa por parte de bancos y demás entidades financieras. Estas operaciones ya se excluían en el ámbito de aplicación de las normas de competencia por la Alta Autoridad de la CECA¹⁹⁰, al entender que estas adquisiciones se realizan por fines de pura inversión. El límite que se establecía le Alta Autoridad era el ejercer el derecho de voto que les confieren dichas adquisiciones. De modo que, no habrá concentración cuando dichas entidades no ejerzan el derecho de voto correspondiente a su participación.

El Reglamento de concentraciones, heredando la redacción del Reglamento base, recoge una excepción similar en el apartado 5 del artículo 3. El Reglamento, al igual que el Tratado CECA, habla de adquisición de acciones y no de activos, al tiempo que se establecen límites dirigidos a asegurar que la participación se utilizará con fines puramente de inversión y no haya intención de ejercer una influencia decisiva en la empresa, así como su reventa en el plazo de un año desde la adquisición. Este último límite no se exige, sin embargo, cuando la participación se lleve a cabo por sociedades de participación financiera. Estas sociedades son empresas distintas de una entidad de crédito, cuya actividad principal consiste en adquirir participaciones o ejercer una o varias actividades de las que se enumeran en los puntos 2 a 12 de la Directiva 86/646/CEE sobre coordinación de disposiciones relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio¹⁹¹. Estas sociedades se definen en la cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, al que

¹⁹⁰ Véase art. 2 de la Decisión 24/54 citada.

¹⁹¹ Art. 1 de la Directiva (DO L núm. 386 de 30 de diciembre de 1989, pg. 1).

remite el Reglamento, y modificada por la directiva 84/569/CEE¹⁹² que las define como “sociedades cuyo único objeto es la adquisición de participaciones de otras empresas, así como la gestión y revalorización de estas participaciones, sin que las mismas se incluyan directa o indirectamente en la gestión de estas empresas, sin perjuicio de los derechos que participación que tengan como accionistas o socios (art. 5.3).

Por otra parte, en relación a la excepción del apartado 5 del artículo 3, la Comisión estableció que no operará en las llamadas “operaciones de rescate” consistentes en la “conversión de las deudas en acciones de nueva empresa a través de la que un sindicato de bancos puede adquirir el control conjunto de la empresa afectada”¹⁹³. En estos casos, aunque la principal intención del sindicato es el saneamiento financiero de la empresa para su venta posterior, la acción necesaria para conseguir dicho saneamiento obliga a los bancos a determinar la estrategia competitiva de la empresa rescatada.

5.2. Operaciones realizadas por mandato público

La letra b) del artículo 3.5 también excluye de la noción de concentración el control que adquiera una persona “en virtud de un mandato conferido por la autoridad pública con arreglo a la normativa del Estado miembro relativa a la liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedores u otro procedimiento análogo”. En este caso, el supuesto queda limitado a la adquisición de control en empresas sometidas a procedimientos colectivos y no en cualquier empresa en situación de crisis.

¹⁹² DO L núm. 314 de 4 de diciembre de 1984, pg. 28.

¹⁹³ Véase núm. 45 de la Comunicación CC.

6. CONCLUSIÓN

Una mirada retrospectiva sobre el control de concentraciones de empresas en Europa lleva a entender la relevancia del artículo 3 del Reglamento 139/2004 relativo a la definición de concentración. En efecto, este precepto ha demostrado ser la clave del sistema de control empresarial en tanto que otorga a la concentración un concepto elaborado y específico suficiente para dar por zanjado el problema de la relación entre los artículos 85 y 86 del Tratado CE con las operaciones de concentración. Sin duda, el silencio generado en torno a esta cuestión desde la aprobación del Reglamento 4064/89 revela que la noción de concentración ha logrado disociar los acuerdos colusorios de las operaciones de concentración y que ambas prácticas empresariales se deben tratar como categorías jurídicas excluyentes en el Derecho comunitario de defensa de la competencia.

Sin embargo, una mirada al presente del concepto legal de concentración demuestra que todavía existen grietas que impiden dar por culminada la cuestión de ofrecer una noción completa de concentración al Derecho europeo de la competencia. Así, recientemente, la Comisión, que en su Libro Verde de 1996 rechazaba la propuesta de modificar el artículo 3 del Reglamento de concentraciones en el sentido de incluir la adquisición de acciones sin toma de control en la noción de concentración mediante su Libro Blanco de 9 de julio de 2014, presentaba una consulta pública buscando recopilar opiniones sobre las posibilidades de “mejorar” el Reglamento de concentraciones sobre ciertos problemas que, en su opinión, deben solucionarse. Pues bien, el primero de estos problemas es la regulación de la adquisición de acciones sin toma de control por parte del adquirente. Se pretende con esta regulación incluir este tipo de operaciones en el artículo 3 del Reglamento de forma que queden sometidas a la obligación de notificar antes de su ejecución.

Si partimos de la consideración de que el Reglamento de concentraciones no es una norma de solución sino de prevención, lo más probable es llegar a la conclusión de que cualquier operación, cualquier comportamiento empresarial susceptible de alterar, en mayor o menor medida, la libre competencia en el mercado debe incluirse en el ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones. En este sentido, una cuestión como la adquisición de acciones en el capital de un competidor, aun cuando mediante dicha participación no se consiga el control, no puede permanecer indiferente al Derecho de la competencia.

7. BIBLIOGRAFÍA

OBRAS GENERALES Y MONOGRÁFICAS

AA VV (dirigido por Calonge Velázquez), Derecho básico de la Unión Europea, Granada, 2011.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO., Apuntes de Derecho Mercantil, Aranzadi, 2008.

BELLO-MARTÍN CRESPO, Concentración de empresas de dimensión comunitaria, Aranzadi, 1997.

BLAISE. J. B, L'étatut juridique des ententes économiques dans le droit français et le droit de Communautés Européenes, Paris, 1964.

CALVO CARAVACA/CARASCOSA GONZÁLEZ, Las concentraciones de empresas, Cóllex, 2006.

DE DOMINICES, M. Concorrenza e nozione d' impresa nella giurisprudenza comunitaria, Nápoli, 2005.

GUERRA MARTÍN, Control conjunto y Derecho de OPAs, Madrid, 2004.

HERRERO SUÁREZ, Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia, La Ley, 2006.

HERRERO SUÁREZ, "El problema del oligopolio", Actas de Derecho Industrial, Tomo XXIII, 2002.

MIRANDA SERANO, Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español. La Ley, Madrid, 1994.

PESENTI, A. Manuale di Economía Política, Tomo I, 1979.

SANCHEZ MIGUEL, "Las fusiones transfronteriza y el Derecho de la competencia", el Derecho de Sociedades, Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero, Volumen V, Madrid, 2002.

VELASCO SAN PEDRO, Derecho europeo de la competencia (antitrust e intervenciones públicas), Valladolid, 2005.

VELASCO SAN PEDRO, El Derecho europeo de la competencia. AA VV: Cuadernos de Derecho para ingenieros, La Ley, 2010.

WAELEBROECK/FRIGNANI, Concurrence (Commentaire J. Mégret 4), 1998.

ARTÍCULOS DE REVISTA

ALONSO SOTO. R., “La aplicación del artículo 85 del Tratado CEE a las concentraciones”. Rev. Inst. Europ. 1988.

CALVO CARAVACA/RODRIGO RODRIGUES, Casos escogidos de Derecho antitrust europeo, Bilbao, 2007.

CLAUDIA CIDDA, Economía e historia normativa de las concentraciones de empresas en la Unión Europea, Boletín CeDe UsC, 2014.

EDURME NAVARO/SERGIO BACHES, El nuevo sistema comunitario de control de concentraciones, Uría & Méndez, nº 8/2004.

JORGE PARDILLA, The Law and Economics of article 82, Oxfords and Portland, 2006.

R. WHISH, “Analytical Framework of Merger Review, Substantial lessening of competition/creation or strengthening of dominance”, Annual conference, Naples, 2002.

V. SELVAM, “The EC merger control impasse: is there a solution to this predicament?” European Merger Control Review, 2004.

VÉSELA ANDREEVA ANDREEVA., El control societario como punto de conexión entre la Oferta Pública de Adquisición y la operación de concentración, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2009.

ZOZAYA GONZÁLEZ, N., Las fusiones y adquisiciones como fórmula de crecimiento empresarial, Madrid, 2007.

JURISPRUDENCIA

Decisión 24/54 de la Alta Autoridad de la CECA.

Decisión de la Alta Autoridad de la CECA de 15 de mayo 1974, As. Miles Druce/Guest Keen & Nettlefolds.

Decisión de 25 de abril de 1962, As. Onzièm Rapport Général, 1963.

Decisión de la Comisión de 9 de diciembre 1971, As. Continental Can

Decisión de la Comisión de 8 de agosto de 1984, As. Irish Distillers.

Decisión de la Comisión de 16 de noviembre 1978, As. Wano-Swarzpulver.

Decisión de la Comisión de 8 de agosto 1990, As. Elopak/Metal Box-Odin.

Decisión de la Comisión núm. IV/M455, As. Banco Santander/Banesto.

Decisión de la Comisión núm. IV/M425, As. Banco Santander/British Telecom.

Decisión de la Comisión núm. IV/M147, As. EUROCOM/RSCG.

Decisión de la Comisión núm. IV/M312, As. Sanofi/Yves Saint Laurent.

Decisión de la Comisión núm. IV/M004, As. Renault/Volvo.

Decisión de la Comisión núm. IV/M159, As. Mediobanca/Generali.

Decisión de la Comisión núm. IV/M192, AS. Banesto/Totta.

Decisión de la Comisión núm. IV/M139, As. Viag/EB Brühl.

Decisión de la Comisión núm. IV/M, As. ICI/Toixide.

Decisión de la Comisión núm. IV/M090, As. BSN-Nestlé/Cokoladovny.

Decisión de la Comisión núm. IV/M353, As. British Telecom/MCI.

Decisión de la Comisión núm. IV/M149, As. Lucas/Eaton.

Decisión de la Comisión núm. IV/M254, As. Fortis/La Caixa.

Decisión de la Comisión núm. IV/M157, As. Air France/Sabena.

Decisión de la Comisión núm. IV/M141, As. UAP/Transatlantic/Sun Life.

Decisión de la Comisión núm. IV/M189, As. Generali/BCHA.

Decisión de la Comisión núm. IV/M133, AS. ELF/BCHA.

Decisión de la Comisión núm. IV/M116, As. Kelt/American express.

Decisión de la Comisión núm. IV/M349, As. AEGON/Scottish Equitable.

Decisión de la Comisión núm. IV/M326, As. Toyota/Motor Corp. Walter Frey/Toyota france.

Decisión de la Comisión núm. IV/M218, As. EUCOM/Digital.

Decisión de la Comisión núm. IV/M017, As. Aérospatiale/MBB.

Decisión de la Comisión de 26 de febrero 1996, As. NAW/Saltano/Contract, M/698.

Decisión de la Comisión de 29 de noviembre 1974, Entente Franco-japonaise, Les roulements à billes.

Decisión de la Comisión de 3 de julio 2001, As. COMP/M2220, General Electric/Honeywel.

Decisión de la Comisión de 1 de septiembre 2000, As. COMP/M1980- Volvo/Renault.

Decisión de la Comisión de 18 de octubre 2005, As. COMP/M3894- Unicredito/HVB.

STJCE de 14 de febrero 1978, As. 27/76.

STJCE de 21 de febrero 1974, As. C-6/72, Europemballage Corp. y continental Can Company Inc/ Comisión.

STJCE de 30 de abril 1986, As. Azco Chemie/Comisión, C-62/86.

STJCE de 17 de noviembre 1987, British American Tobacco Company Ltd y RJ Reynolds/Comisión.

STJCE 21 de marzo 1974, As. BRT/SABAM, C-127/73.

STJCE 25 de marzo 1981, As. Stremmel, C-61/80.

STJCE de 10 de diciembre 1968, As. Comisión/República Italiana, C-7/68.

STJCE de 21 de enero 1994, As. SAT Fluggellsbaft, C-364/92.

STJCE de 11 de septiembre 2003, As. Altair Chimica Spa y ENEL Distribuzione Spa, C-207/01.

STJCE 21 de septiembre 1999, Albany, C-67/96.

STJCE de 21 de septiembre 1999, Brentjens, C-115/97, C-116/97, C-117/97.

STJCE de 21 de enero 2002, Cital di Battistello Venanzio C. Sas e Istituto Nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), C-218/2000.

STJCE de 11 de julio de 2006, As. C-205/03, Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria/Comisión.

STJCE de 19 de enero 1994, SAT/Eurocontrol, C-364/92.

STJCE de 16 de noviembre 1995, Fédération Francaise des Sociétés d'Assurance (FFSA), C-244/94.

STJCE de 11 de noviembre 1997, Job Centre "Job Centre II", C-55/96.

STJCE de 18 de junio 1998, Comisión/Italia, C-35/96.

STJCE de 12 de septiembre 2000, Pavlov y otros, C-180/98.

STPI de 17 de diciembre 2003, As. C-219/99, British Airways/Comisión.

STPI de 6 de octubre 1994, As. C-83/91, Tetra Pak/Comisión.

STPI de 23 de julio 2006, As. T-464/04, Impala/Comisión.

STPI de 30 de marzo 2000, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Comisión, T-513/93.

STPI de 30 de septiembre 2004, David Meca Medina e Igor Majcen/Comisión, T-313/02.

LEGISLACIÓN

Tratado de París de 1952

Tratado de Roma de 25 de marzo 1957

Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada DOUE C 115/49 de 9.05.2008.

Reglamento (CEE) 4064/89, del consejo, de 21 de diciembre 1989 sobre el control de concentraciones de empresas en Europa.

Reglamento (CEE) 1310/97 de 30 de junio sobre control de concentraciones de empresas en Europa, por el que se modifica el reglamento 4064/89.

Reglamento (CEE) 139/2004, del consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de concentraciones de empresas en Europa, texto refundido.

Directiva de 9 de octubre 1978 sobre fusiones de sociedades anónimas.

Directiva 86/646/CEE sobre coordinación de disposiciones relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y su ejercicio.

Directiva 84/569/CEE.

MATERIALES

Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo sobre el control de concentraciones de empresas en Europa, DO C 66 de 2 de mayo de 1998.

Comunicación de la Comisión sobre el concepto de empresa afectada con arreglo al reglamento (CE) nº 4064/89 del Consejo sobre el control de concentraciones de empresa en Europa. DO C 66 de 2 de marzo 1998.

Comunicación de la Comisión relativa al concepto de empresa en participación con plenas funciones con arreglo al reglamento (CEE) nº 4064/89. DO C 66 de 2 de marzo 1998.

Comunicación de la Comisión relativa a la definición del mercado relevante, DOCE COM 372/5.

Comunicación de la Comisión relativa a la distinción entre empresas en participación de carácter concentrativo y cooperativo con arreglo al reglamento 4064/89, DO C n°. 385, de 31 de diciembre 1994.

Comunicación de la Comisión sobre el concepto de empresas afectadas con arreglo al Reglamento n°.4064/89, DO C n°. 385, de diciembre 1994.

Dictamen de 2 de junio 1988 sobre la propuesta de Reglamento, DO C COM 97, Comité económico y Social, 588/88.

Dictamen del CES de 28 de febrero 1974, DO C n°. 88 julio de 1974.

Libro Verde sobre la revisión del Reglamento 4064/89 COM 2001.

Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de la competencia comunitaria.

Libro Blanco: Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en Europa, COM 2014.

Memorándum de la Comisión de 1965 sobre la aplicación de los artículos 85 y 86 a las operaciones de concentración.

XXIV Informe sobre la política de la competencia en la Unión europea.