18.1. EL UMBRAL DE CUOTA DE MERCADO EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES: EXPERIENCIAS RECIENTES EN EL MARCO DE LAS OPERACIONES DE FUSIÓN Y ADQUISICIÓN

Pedro CALLOL
Socio

Roca Junyent Abogados

RESUMEN

El umbral de cuota de Mercado incluido en la Ley española de Defensa de la Competencia ha estado sujeto en el pasado a no poca controversia en el plano internacional, entre otras razones, por los obstáculos que puede suponer a la implementación de concentraciones multijurisdiccionales, en particular por la dificultad derivada de averiguar si una operación de concentración es o no notificable. Este trabajo analiza la experiencia reciente en relación con la aplicación del umbral de cuota de mercado, incluyendo las dificultades prácticas encontradas y la forma en que las empresas y autoridades de competencia han abordado esas dificultades. Asimismo, se expone la reacción de los tribunales en vía jurisdiccional ante la actividad administrativa en este terreno.

© LA LEY

ABSTRACT

The market share threshold contained in the Spanish Competition Act has in the past been subject to considerable controversy internationally, amongst other reasons, for the obstacles it can pose on multijurisdictional mergers and acquisitions, particularly, the difficulties that sometimes arise in order to determine whether or not a filing is required. This paper analyzes the recent experience in connection with the application of the market share threshold, including practical difficulties encountered and how companies and authorities have coped with those difficulties. Likewise, the reaction of the courts in the judicial review of agency action by the Competition Authority in this area is considered.

© LA LEY

1. HECHOS

Como es sabido, uno de los aspectos importantes a tener en cuenta en toda operación de fusión o adquisición es la relativa a las autorizaciones administrativas que pueden ser necesarias y, crucialmente, la de control de concentraciones.

En nuestro país existe un umbral de cuota de mercado en el control de concentraciones que implica que las operaciones de fusión o adquisición a consecuencia de las cuales se supera cierta cuota de mercado (en la actualidad del 30 por ciento) se encuentran sometidas a control administrativo. Este umbral plantea problemas prácticos y no está exento de cierta controversia en el terreno de la política legislativa, pues la mayoría de países de nuestro entorno utiliza umbrales de más sencilla verificación, como son los umbrales de facturación.

El objetivo de este artículo es exponer la experiencia derivada de diversas operaciones de concentración recientes, en el concreto terreno de la interpretación y aplicación práctica del umbral de cuota de mercado. En este sentido, hacemos la cautela de que, si bien algunos de los asuntos trabajados en tiempos recientes llegaron a ser notificados y son públicos (con lo cual serán objeto de cita) en no pocos asuntos la decisión final es la de no notificar (no siendo estos asuntos de conocimiento público ni publicables, pese a lo cual podemos extraer algunas experiencias que se exponen aquí sin identificar empresas concretas). Un aspecto adicional relevante lo constituye la actividad de vigilancia y supervisión de la Comisión Nacional de Competencia (**CNC**) en materia de obligaciones de notificación y autorización previa, respecto de la que, además, han empezado a aparecer recientemente las primeras Sentencias de la Audiencia Nacional (**AN**). A este segundo punto nos referiremos también. De manera resumida, los hechos demuestran que, en el terreno práctico, el umbral de cuota de mercado da lugar a una serie de problemas:

© LA LEY

(a) Falta de seguridad jurídica que genera, en ocasiones, el carácter subjetivo y a veces poco determinado del mercado relevante que es necesario definir para contabilizar la cuota que determina la notificabilidad de una operación.

(b) El problema derivado de no contar con un procedimiento adecuado de consulta previa que resuelva satisfactoriamente las dudas que puedan plantearse sobre la notificabilidad de la operación.

(c) Problema derivado de la posible interpretación sustantiva que la CNC parece hacer de la regla *de minimis* introducida mediante reforma legislativa (comentada a continuación) en el umbral de cuota de mercado.

(d) En relación con (a), actividad de vigilancia por la CNC y represión del *gun-jumping* (esta expresión anglosajona se refiere a la infracción administrativa consistente en cerrar operaciones de concentración que no han sido previamente notificadas y aprobadas).

España es una de las pocas jurisdicciones en las que existe un umbral de cuota de mercado determinante de una obligación legal de notificación y autorización previa de las operaciones de fusión y adquisición que superen dicho umbral. Portugal es el país de nuestro entorno que cuenta con un umbral de similares características que, además, ha seguido una evolución legislativa similar a la española. En el Reino Unido existe un umbral de «cuota de suministro» que no es propiamente cuota de mercado; pero sobre todo el Reino Unido tiene un umbral de notificación voluntaria, y no obligatoria, como es el caso en nuestro país. Todo ello hace que el caso español sea bastante único en una comparativa internacional.

En España en la actualidad el umbral de cuota de mercado se encuentra recogido en el art. 8.1(a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), reformado por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. El art. 8.1(a) de la LDC, tal y como ha quedado después de la aludida reforma legal, establece que:

El procedimiento de control previsto en la presente Ley se aplicará a las concentraciones económicas cuando concurra al menos una de las dos circunstancias siguientes:

(a) Que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 % del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

© LA LEY

el carácter subjetivo
necesario definir pa-
una operación.
niento adecuado de
ue puedan plantear-

tiva que la CNC pa-
orma legislativa (co-
.
NC y represión del
cción administrativa
no han sido previa-

xiste un umbral de
notificación y auto-
que superen dicho
on un umbral de si-
ión legislativa simi-
uota de suministro»
el Reino Unido tie-
como es el caso en
tante único en una

do se encuentra re-
Defensa de la Com-
, de Economía Sos-
spués de la aludida

e aplicará a las con-
las dos circunstan-

iera o se incremen-
de producto o ser-
nido dentro del mis-

Quedan exentas del procedimiento de control todas aquéllas concentraciones económicas en las que, aun cumpliendo lo establecido en ésta letra a), el volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros, siempre y cuando las partícipes no tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50 % en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

[...]

Por su parte, el art. 9.1 de la LDC establece para las fusiones y adquisiciones que entren dentro del ámbito de la LDC, la obligación de notificar las mismas a la CNC previamente a su ejecución. El art. 9.2 de la LDC establece la prohibición de ejecutar, antes de la preceptiva autorización administrativa, las operaciones de fusión y adquisición que entren en el ámbito de control de la LDC, salvo que dichas operaciones se beneficien de las excepciones o trámites de derogación contenidos en la propia LDC. Asimismo, la LDC tipifica como infracción grave, sancionada con hasta un 5 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora, la conducta consistente en ejecutar una concentración que entre en el ámbito de la LDC sin haber obtenido la preceptiva autorización administrativa (art. 62.3(d) en relación con el art. 63.1(c) de la LDC).

El umbral de cuota de mercado cuenta con seguidores y detractores. Su aplicación es menos inmediata que la de los umbrales de facturación, por ejemplo; no obstante, el umbral de cuota de mercado refleja mejor, apriorísticamente, la estructura de un mercado y por ello puede tener sentido su inclusión para tratar de revisar operaciones problemáticas desde un punto de vista competitivo. El umbral de cuota de mercado vendría a reflejar el interés general de disciplinar las operaciones de fusión y adquisición que den lugar a mayores acumulaciones de poder económico. Ciertamente, la realidad sí viene a demostrar que existen ciertas operaciones con un gran tamaño en términos de facturación, pero que sin embargo tienen poca o ninguna relevancia en términos de acumulación de poder económico relativo. Piénsese por ejemplo en las fusiones bancarias, tan en boga hoy en día por el proceso de restructuración del sector financiero en que se encuentra inmerso nuestro país. En este tipo de operaciones los volúmenes de facturación de las empresas que se concentran exceden frecuentemente los varios miles de millones de euros; sin embargo, al tratarse el financiero de un sector tan grande, competitivo y fragmentado, el hecho de que las empresas concentradas tengan volúmenes de facturación tan altos no necesa-

riamente tiene implicaciones en términos de agregación de cuota de mercado ni de poder económico. En cambio, en otros sectores donde los volúmenes de facturación son mucho menores puede suceder, al tratarse de mercados muy especializados, que la concentración dé lugar a una considerable agregación de cuota de mercado que quizás tenga potencial para afectar a la competencia y el mercado y por tanto sea merecedora de revisión administrativa. En este sentido, la evidencia hecha pública por la CNC en los últimos tiempos parece indicar que el umbral de cuota de mercado es un mejor indicador de problemas de competencia derivados de operaciones de concentración económica que el umbral de facturación. En efecto, con carácter general, parece lógico suponer que las autorizaciones condicionadas plantean más problemas de competencia. De acuerdo con las Memorias disponibles de la CNC, en el período entre septiembre de 2010 y septiembre de 2011, la CNC revisó tres concentraciones que acabaron con una autorización condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos. Dos de esas concentraciones (66,6 por ciento del total de las operaciones problemáticas considerando como tales las que acaban en autorización condicionada) no habrían tenido que ser notificadas (y por tanto habrían escapado al control administrativo) de no ser por el umbral de cuota de mercado. Según la última Memoria de la CNC, en el período 2011-2012, el 54 por ciento de las concentraciones fueron notificadas por superarse el umbral de cuota de mercado, el 28 por ciento por superarse el relativo al volumen de negocios y el 17 por ciento restante por superarse ambos.

La conclusión práctica sobre este punto, si bien queda abierta, puede ser según mi parecer que el umbral de cuota de mercado se ajusta mejor a los fines del control de concentraciones, si bien su dificultad hace que las autoridades administrativas y judiciales deban adoptar una posición flexible y constructiva en su aplicación práctica.

Por tanto, el umbral de cuota de mercado presenta ventajas para la mejor logro de los fines del Derecho de la competencia. Pero indudablemente presenta también inconvenientes prácticos derivados como ya se ha anticipado de la inseguridad derivada de un ejercicio intelectual de corte esencialmente económico y de la interpretación y labor de vigilancia realizada por la propia CNC. A estos problemas prácticos y su tratamiento por la CNC y la Audiencia Nacional (**AN**) nos referimos a continuación.

© LA LEY

2. RESOLUCIÓN JURÍDICA

2.1. Inseguridad derivada de una definición de mercado controvertida o discutible. El problema derivado de no contar con un procedimiento de consulta previa suficientemente eficaz

En relación con las dificultades prácticas que en ocasiones entrañaba la dificultad de definir mercados, la Autoridad de Competencia ya anticipó en el Libro Blanco para la reforma del Derecho de la competencia que no perseguiría los casos de operaciones notificables pero no notificadas por excederse el umbral de cuota de mercado en mercados «nuevos» (es decir, mercados para los que no estaban disponibles precedentes definiendo el mercado). Sin embargo la CNC no siempre ha sido tan benevolente, y parece haber cambiado el criterio desde la entrada en vigor de la actual LDC. En efecto, en algunos de los casos indicados más abajo, la CNC ha adoptado una posición que puede calificarse de estricta y que se explica por el celo de la CNC en la vigilancia. Esta posición ha dado lugar a no poca discusión y ha sido en ocasiones corregida en vía Contencioso-Administrativa.

Uno de los argumentos reiterados por la CNC en los asuntos discutidos en este artículo es que la cuota de mercado no debería suponer un problema dado que la LDC instrumenta un mecanismo de consulta previa sobre cualquiera de los dos elementos de hecho relevantes para verificar si una concentración es notificable: la existencia de una «concentración» y si una concentración supera los umbrales de notificación obligatoria. Este argumento ha sido, como enseguida veremos, desmontado en gran medida por los tribunales.

En fin, lo cierto es que este mecanismo de consulta previa no es eficaz y en la práctica es poco utilizado. Ello puede deberse a varios factores, destacando la inexistencia de un plazo legal en que la CNC tenga la obligación de pronunciarse sobre la consulta planteada, lo cual se conjuga mal con las necesidades de celeridad y seguridad ya descritas en el marco de una operación de adquisición.

2.2. Actividad de vigilancia por la CNC y represión del *gun-jumping*

Para ilustrar lo anterior es interesante referirse ahora a la actividad de vigilancia y control por la CNC de la infracción del deber de notificar y recabar autorización previa a las concentraciones notificables. La siguiente tabla contiene

© LA LEY

las resoluciones de la CNC sancionando por la indicada práctica prohibida desde la entrada en vigor de la LDC en 2007.

Decisión	Compañía(-s)	Importe de la sanción
Decisión de 26 enero 2010, *ABERTIS / TRADIA*, asunto SNC/0003/09	TRADIA TELECOM (ABERTIS)	EUR 143.000
Decisión de 9 de abril de 2010, *CONSENUR / ECOTEC*, asunto SNC/0005/09	CONSENUR	EUR 46.500
Decisión de 29 de julio de 2010, *BERGÉ / MARÍTIMA CANDINA*, asunto SNC/0006/10	BERGÉ Y CÍA, S.A	EUR 76.000
Decisión de 17 de mayo de 2011, *TOMPLA*, asunto SNC/0008/10	MANUFACTURAS TOMPLA S.A.	EUR 3.000
Decisión de 22 de julio de 2011, *DORF KETAL*, asunto SNC/0009/11	DORF KETAL CHEMICALS PRIVATE LIMITED	EUR 35.000
Decisión de 30 de enero de 2012, *GESTAMP / ESSA BONMOR*, asunto SNC/0015/11	GESTAMP MANUFACTURING AUTOCHASIS, S.L./GESTAMP AUTOMOCIÓN, S.L./GRUPO ESTAMPACIONES SABADELL, S.L.U/BONMOR, S.L.	EUR 124.400
Decisión de 24 de octubre de 2012, *VERIFONE / HYPERCOM*, asunto SNC/0022/12	VERIFONE	EUR 286.000
Decisión de 10 de abril de 2012, *ISOLUX*, asunto SNC/0017/11	GRUPO ISOLUX CORSAN, S.A.	EUR 89.700

El primer hecho destacable es el incremento de la actividad de vigilancia y control de este tipo de infracciones por parte de la CNC respecto al período anterior a la entrada en vigor de la LDC. En efecto, bajo el imperio de la anterior normativa de competencia (período 1989-2007) hubo realmente pocos casos

© LA LEY

en relación al período de casi veinte años en que la Ley 16/1989 estuvo en vigor; por ejemplo, ACS fue multada con un millón de euros por no notificar la adquisición de Dragados en 2002; Sacyr también con multa de un millón de euros por no notificar la adquisición de Vallehermoso (sanción anulada por la AN por Sentencia de 12 de mayo de 2004). Pero el total de las sanciones entre 1989 y 2007 de que tenemos noticia no excede de la decena. En segundo lugar, solamente dos de los asuntos mencionados en la tabla corresponden a concentraciones que debían haberse notificado por cumplirse el umbral de facturación. Todas las demás corresponden a operaciones que (según la CNC) eran notificables por superarse el umbral de cuota de mercado. Además, en al menos algunos de los supuestos perseguidos, la definición de mercado era discutible (elemento este sobre el que enseguida volveremos), con lo que parece que la CNC se podría desviar del criterio establecido en el Libro Blanco, de no perseguir infracciones de la obligación de notificación cuando las mismas se deriven de una inobservancia del umbral de cuota de mercado en mercados «nuevos».

Por tanto, el punto de partida a la vista de las resoluciones mencionadas es que las empresas deben ser enormemente cautas a la hora de tomar una decisión negativa sobre la necesidad de notificar una operación por alcanzarse el umbral de cuota de mercado. De acuerdo con el criterio de la CNC plasmado en las resoluciones enunciadas, no es bastante con que una empresa adquirente, por ejemplo, realice un ejercicio razonado de definición de mercado respecto al que se concluya que el umbral de cuota de mercado no se rebasa. Ello, en primer lugar, porque (siempre según la CNC) en caso de duda, la empresa tiene la posibilidad de recurrir a la consulta previa prevista en la LDC y su Reglamento de desarrollo.

En relación con el espinoso tema de la valoración del mercado relevante, en el asunto *Consenur / Ecotec*, citado, la CNC rechazó el argumento de la imputada de que, bajo los precedentes existentes en materia de control de concentraciones existentes en el momento de la concentración, era posible sostener que la recogida y transporte de desechos sanitarios peligrosos no era un mercado separado del relativo a la recogida y distribución de otros residuos peligrosos. La CNC, por tanto, realizó un estudio detallado del mercado relevante y, sobre todo y lo que es más problemático, la CNC utilizó una definición de mercado relevante muy estrecha como base para establecer la culpabilidad de la imputada al no notificar la operación. Consenur invocó varios precedentes comunitarios de control de concentraciones para sustentar la definición de merca-

© LA LEY

do en base a la cual no procedía notificar la operación. Frente a estos, la CNC estimó que dichos precedentes no eran concluyentes puesto que la cuestión de los mercados relevantes había sido dejada abierta (lo que es práctica habitual en esta materia cuando no es necesario definir mercados de forma exhaustiva para analizar un asunto de control de concentraciones). El razonamiento aplicado en esta materia por la CNC implica, por tanto, que solamente cuando existen precedentes de control de concentraciones que apoyan una determinada definición de mercado de forma concluyente, es posible invocar estos en apoyo de una definición de mercado concreta aplicable a la cuestión de la notificabilidad bajo el umbral de cuota de mercado. Si no hay precedentes para el mercado de que se trate, o si los precedentes no son concluyentes por dejar la definición de mercado «abierta» entonces parece que no hay una defensa clara. Este razonamiento es preocupante ya que, como se ha dicho, la cuestión de la definición del mercado relevante puede ser poco clara, e incluso muy controvertida o discutible. Por eso lo que cabría esperar es que la CNC aplicara un test de razonabilidad o de definición de mercado razonable. Sin embargo la CNC ha venido aplicando un test más estricto de definición de mercado lo más estrecha posible. Lo anterior es incluso más preocupante si se tiene en cuenta que la CNC ha venido aplicando la indicada exigencia a concentraciones sin efectos sustantivos sobre la competencia, como es el caso estudiado de Consenur.

La CNC había adoptado la misma posición en el asunto *Abertis/Tradia*, citado, pese a que, según lo alegado por la imputada, no existían en el momento de la operación precedentes de control de concentraciones relevantes al caso de los que resultara la necesidad de notificar la operación. Pese a ello, la CNC consideró que la conducta de Abertis no podía ser excusada. La CNC consideró asimismo que no constituía una atenuante de la responsabilidad administrativa el hecho de haber notificado voluntariamente la operación una vez la imputada fue contactada por la CNC.

Una consideración práctica adicional reside en la necesidad de mantener una posición consistente en el tiempo en materia de definición de mercado. Es importante que cuando se sostenga una u otra definición de mercado, por ejemplo en el marco de un expediente sancionador, se sea consciente de que, de cara al futuro, la CNC tome nota de la posición de la empresa en ese asunto y eche en cara una posible falta de consistencia en un momento posterior.

© LA LEY

ente a estos, la CNC
:o que la cuestión de
es práctica habitual
de forma exhaustiva
l razonamiento apli-
e solamente cuando
ɔyan una determina-
ble invocar estos en
la cuestión de la no-
' precedentes para el
luyentes por dejar la
ıy una defensa clara.
ho, la cuestión de la
incluso muy contro-
la CNC aplicara un
ble. Sin embargo la
ı de mercado lo más
;i se tiene en cuenta
concentraciones sin
estudiado de Conse-

Abertis/Tradia, cita-
ıtían en el momento
:s relevantes al caso
Pese a ello, la CNC
ı. La CNC consideró
ilidad administrativa
una vez la imputada

esidad de mantener
:ión de mercado. Es
n de mercado, por
. consciente de que,
ıpresa en ese asunto
ento posterior.

2.3. Problema derivado de la posible interpretación sustantiva que la CNC parece hacer de la regla *de minimis* introducida mediante reforma legislativa en el umbral de cuota de mercado

Para entender este problema basta con fijarse bien en la redacción literal de la regla de mínimos introducida en el umbral de cuota de mercado por la Ley de Economía Sostenible (antes reproducida) y que elevaba el umbral del 30 al 50 por ciento cuando, habiéndose adquirido o excedido la cuota del 30 por ciento, la target tenga una facturación en España inferior a 10 millones de euros y *siempre y cuando las partícipes no tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50 por ciento en cualquiera de los mercados afectados*.

La duda interpretativa que puede surgir de la lectura del precepto deriva del hecho de que con «mercados afectados» se suele hacer referencia a aquellos mercados que resultan concernidos por una concentración. La terminología indicada de «mercados afectados» se encuentra en muchos lugares, por ejemplo, en los formularios de notificación anexos al Reglamento de desarrollo de la LDC, citado y en el Reglamento CE 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento CE 139/2004 sobre control de las concentraciones (DOCE L 133/1 de 30 de abril de 2004). Tratándose, por ejemplo, de mercados verticalmente relacionados (por ejemplo los de una máquina y sus piezas de recambio), en la práctica se puede plantear la siguiente hipótesis: una empresa A, monopolista o cuasimonopolista, con un 90 por ciento de cuota en un mercado relevante 1, adquiere una empresa B activa en un mercado verticalmente relacionado 2, con un 40 por ciento de cuota en el mercado 2 y una facturación en España de cinco millones de euros. En este supuesto se cumpliría el umbral general del 30 por ciento (la empresa A estaría adquiriendo una empresa B con un 40 por ciento en un mercado); sin embargo, de acuerdo con la interpretación que nos parece más ajustada al espíritu de la norma, la transacción indicada quedaría exenta del deber de notificar, pues la cuota adquirida sería menor del 50 por ciento y la facturación de la target sería de menos de diez millones. Sin embargo, la literalidad de la norma también permitiría interpretar la regla *de minimis* en el sentido de que, en una situación como la descrita, si existen cuotas de mercado de más del 50 por ciento, individuales o conjuntas, en un mercado afectado (también verticalmente afectado) entonces la operación no se beneficiaría de la regla *de minimis* y debería ser notificada.

3. COMENTARIOS

Algunos de los supuestos enumerados de Resoluciones sancionadoras por infracción del art. 62.3(d) LDC han sido ya objeto de revisión judicial. Al menos en una fase inicial, la Audiencia Nacional ha confirmado la posición de la CNC. Es el caso de la Sentencia en el asunto *Abertis / Tradia*. En ella, la AN confirma la Resolución administrativa y, en una primera lectura, podría parecer que la AN suscribe el test de «definición de mercado más estrecho» frente al test de «definición de mercado razonable».

Las Sentencias más recientes de la AN, sin embargo, adoptan una posición más prudente en relación con la causalidad existente entre la definición de mercado y la intencionalidad necesaria para que pueda condenarse por infracción del art. 62.3(d) LDC. Y en concreto, estas Sentencias se posicionan claramente más cerca del test legal de «definición de mercado razonable».

La posición más reciente de la AN en la materia es la reflejada en la Sentencia de la AN en la revisión judicial del asunto *Bergé/Candina*. Ante todo, la AN criticó que el Consejo evitara pronunciarse, en el marco del expediente administrativo sancionador, sobre hechos relativos a la definición del mercado relevante pues esa era materia que, según el Consejo, se debía tratar en el procedimiento administrativo de control de concentraciones. La AN desestima este argumento puesto que la definición de mercado aplicable es un elemento central en la determinación de la intencionalidad, que a su vez es esencial para verificar si ha habido infracción administrativa del art. 62.3(d) de la LDC. Además, se considera desproporcionado exigir al administrado que, a fin de discutir la definición de mercado empleada por la CNC, recurra una Resolución de control de concentraciones sobre el fondo que *(i)* es anterior en el tiempo a la resolución sancionadora y *(ii)* puede ser favorable al administrado (puesto que además, según la AN en la Sentencia aquí recogida), no sería posible que el objeto del recurso fuera solamente la definición de mercado sin poner en riesgo la totalidad de la autorización, lo cual plantearía incertidumbres para la ya consumada operación de concentración. En segundo lugar, los hechos del asunto *Bergé* dejaban traslucir con claridad que la definición de mercado en aquel asunto no era una cuestión en absoluto incontrovertida, de lo que se dedujo que era imposible desvirtuar la presunción de inocencia y no podía achacarse a la empresa imputada negligencia por no haber notificado.

© LA LEY

La AN establece que es suficiente para que no haya negligencia que se analice el mercado relevante sobre la base de los principios generalmente aceptados en Derecho de la competencia en materia de mercados relevantes. La AN se refiere a la Comunicación de la Comisión Europea sobre Definición de Mercados y, de acuerdo con esta Comunicación, establece como parámetro el análisis de sustituibilidad por el lado de la demanda y la oferta. De acuerdo con la jurisprudencia comentada, si una empresa concluye razonablemente (en base a criterios contrastados de sustituibilidad de conformidad con la citada Comunicación de la Comisión y de conformidad con precedentes comunitarios y nacionales de control de concentraciones) que el mercado relevante es un mercado en el marco del cual no se supera el umbral de notificación, ello proporciona amparo contra la acusación de que ha habido intencionalidad (por dolo o culpa) a la hora de no notificar la operación. Según la propia AN en su Sentencia en el asunto *Consenur*:

> «[...] no es absolutamente infundado considerar, como lo hizo la recurrente, el mercado relevante como el de la gestión de residuos peligrosos, dada la intercambiabilidad de la oferta [...]. **Sea o no aceptado este planteamiento, lo cierto es que encuentra fundamento normativo y por ello no podemos entender que concurre el elemento subjetivo de la infracción**, cuando la interpretación de la norma en que se ampara la actora encuentra fundamento en Derecho, por lo que hemos de estimar el presente recurso. (El énfasis es nuestro).»

En otras palabras, la AN con estos asuntos parece situarse más cerca del criterio antes enunciado de «mercado relevante razonable», debiendo considerarse superado el criterio del «mercado relevante más estrecho».

Es posible que la posición de la AN en el asunto *Abertis/Tradia* pueda explicarse por varios motivos que permitirían salvar su aparente contradicción con los asuntos posteriores. En primer lugar, porque aunque no existieran precedentes idénticos en materia de control de concentraciones, parece que no había definiciones de mercado demasiado plausibles que permitieran en aquel asunto argumentar que no se alcanzaba el fatídico 30 por ciento (o al menos no se desprende otra cosa de la lectura de la resolución judicial ni de la administrativa). Una segunda explicación podría derivar de que, a resultas del análisis de fondo de la operación en el marco del correspondiente procedimiento de control de concentraciones, resultó que la operación daba lugar a problemas sustantivos de competencia, encontrándose que las partes tenían cuotas de mercado elevadas (en todo caso por encima del 30 por ciento) en algún mercado. Es-

te argumento fue recogido por la AN en su Sentencia en este asunto. No obstante, en nuestra opinión, es criticable que en aquel caso la AN se refiriera a los efectos sustantivos, que solamente podían saberse tras el correspondiente estudio en profundidad en el marco del control de concentraciones. Este razonamiento equivaldría a obligar a las posibles notificantes, con anterioridad a una concentración, a realizar el ejercicio completo, difícil y posiblemente costosísimo, de control de concentraciones, solamente al efecto de dilucidar la necesidad legal de la notificación. Por eso, parece mucho más claro y proporcionado el criterio de definición de «mercados razonables» realizado con arreglo a los parámetros generalmente aceptados de sustituibilidad por el lado de la demanda y la oferta.

Volviendo al asunto *Consenur*, declara también la AN (y en esto también el criterio de la CNC queda superado) que no puede apreciar la CNC indicios de culpabilidad por no haber hecho uso la empresa imputada del mecanismo de consulta previa del art. 55.2 LDC. Este procedimiento de consulta previa no constituye un procedimiento obligatorio y su no utilización no puede ser interpretada como indicio de culpabilidad.

Una cuestión adicional que parece posible plantearse (y que en la práctica se plantea en no pocas ocasiones) a la luz de las anteriores indicaciones y razonamientos de la CNC y los tribunales es si el razonamiento aplicado al umbral de cuota de mercado es trasladable a alguna otra cuestión previa atinente a la evaluación de la existencia de obligación de notificar. Para ser exactos, la cuestión se ha planteado en la práctica en relación con el concepto de concentración. Y es que, en ocasiones, ciertamente no es una cuestión pacífica dilucidar si existe o no concentración. Así puede suceder en presencia, por ejemplo, de acuerdos societarios complejos de los que no se deduce con claridad si se adquiere, o no, control estable, o si se adquiere, o no control por una o varias partes definidas de un acuerdo. Puede suceder también que existan serias dudas sobre si un acuerdo de *joint venture* da lugar, o no, a una *joint venture* de plenas funciones (*full-function joint venture*), cuestión esta que puede resultar compleja. Por otra parte, de conformidad con el art. 7.1(c) LDC, la *creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición de control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma* constituye una concentración. En el Derecho comunitario la creación de una *full-function joint venture* es una concentración, sí, pero la adquisición de una *joint venture*, dando lugar esa adquisición a un cambio estructural, constituye, en principio, una concentración

© LA LEY

este asunto. No
ı AN se refiriera a
l correspondiente
ciones. Este razo-
on anterioridad a
ɔosiblemente cos-
le dilucidar la ne-
:laro y proporcio-
ado con arreglo a
el lado de la de-

:n esto también el
ı CNC indicios de
lel mecanismo de
onsulta previa no
o puede ser inter-

que en la práctica
dicaciones y razo-
plicado al umbral
revia atinente a la
r exactos, la cues-
pto de concentra-
pacífica dilucidar
ı, por ejemplo, de
claridad si se ad-
r una o varias par-
istan serias dudas
nt venture de ple-
ıede resultar com-
a *creación de una*
ntrol conjunto so-
na permanente las
na concentración.
int venture es una
ando lugar esa ad-
una concentración

al margen de que la *joint venture* sea o no de plenas funciones (punto 91, Comunicación Jurisdiccional Consolidada de la Comisión Europea), lo cual no es evidente que sea el caso bajo la LDC, donde expresamente se establece, sin matizar, que la adquisición de una *full-function joint venture* constituye una concentración. En fin, la casuística es infinita y por tanto en la práctica hay ocasiones en las que surgen dudas sobre la existencia misma de una concentración.

En el plano normativo, el carácter complejo del concepto de concentración se encuentra reconocido en el propio art. 55.2 LDC en el que se establece que la consulta previa ya discutida puede referirse a:

(a) Si una determinada operación es una concentración de las previstas en el art. 7,

(b) Si una determinada concentración supera los umbrales mínimos de notificación obligatoria previstos en el art. 8.

Es decir, que el Legislador parece considerar el concepto de concentración como un concepto complejo, al mismo nivel que el del umbral de cuota de mercado.

A la vista de lo anterior, si en la práctica surgen serias dudas en alguna operación acerca de si la misma constituye o no una concentración, parece prudente aplicar el mismo esquema que el descrito en relación con la decisión sobre si se rebasa o no el umbral de cuota de mercado. En primer lugar, debe procederse a estudiar si la operación constituye una concentración de acuerdo con la normativa y precedentes del Derecho de la competencia nacional y comunitario, con las diferencias existentes entre ambos, que en alguna ocasión pueden ser acusadas. En segundo lugar, a la vista de esos precedentes ha de adoptarse una posición razonada y razonable a la vista de la normativa y precedentes. Si se opera de esta manera, siguiendo la lógica aplicada por la AN en los precedentes estudiados, no se podrá imputar a la empresa o empresas obligadas por el control de concentraciones intencionalidad alguna de infringir la ley por no haber notificado la operación. En palabras de la AN antes transcritas y que volvemos a reproducir parcialmente, *sea o no aceptado este planteamiento, lo cierto es que encuentra fundamento normativo y por ello no podemos entender que concurre el elemento subjetivo de la infracción* [infracción consistente en no notificar y no esperar a la preceptiva autorización antes de cerrar la opera-

ción], *cuando la interpretación de la norma en que se ampara la actora* [en relación con el concepto de concentración] *encuentra fundamento en Derecho.*

Otra cuestión que puede resultar controvertida en relación con la notificabilidad de la concentración es la relativa al momento temporal que ha de tomarse en cuenta para contabilizar la cuota de mercado y si la misma lleva a que se rebase el umbral relevante. Esta cuestión ha sido objeto de debate en el reciente e interesante asunto *Verifone / Hypercom*, asunto en el que la Autoridad de competencia tiene ocasión de visitar varias cuestiones legales que en el pasado han sido controvertidas tales como los *warehousing devices* (estructuras transaccionales que, mediando un intermediario, tratan de escapar al rigor del control de concentraciones entre partes con solapamientos competitivos considerables. Parece que este tipo de estructura fue intentada en el asunto *Verifone / Hypercom*, pues se se vendió el negocio de Hypercom en España a Klein Partners, un fondo, pero la CNC no aceptó que esto fuera una concentración por no producirse una adquisición de control estable) o los *carve-outs* (estructuras transaccionales cuyo objeto es segmentar geográficamente una operación para cerrarla en las jurisdicciones en las que no se prevean obligaciones o problemas de competencia dejando para tarde o dando tratamiento diferenciado a las jurisdicciones problemáticas en las que haya obligaciones de notificar o se prevean problemas). En el caso *Verifone / Hypercom* parece que las partes pretendieron recurrir a este tipo de diseños a fin de separar Reino Unido y España, países en los que debido al umbral de cuota de mercado era preciso notificar la operación, del resto de países. Respecto a la cuestión temporal enunciada, la propia CNC reconoce que no es una cuestión resuelta en el Derecho nacional y se remite a la Comunicación Jurisdiccional Consolidada de la Comisión Europea y a la jurisprudencia comunitaria.

Es verdad que la reciente jurisprudencia de la AN comentada en este apartado, máxime si se hace extensible, como parece lógico pensar que pueda suceder, a otros aspectos o conceptos clave necesarios para saber si una operación es notificable, hace que no resulte fácil ni evidente la labor de vigilancia de la CNC en este ámbito del control de concentraciones. No es que la jurisprudencia de la AN imposibilite la labor de vigilancia de la CNC. Sin embargo, ciertamente, los asuntos comentados hacen más difícil la labor de la CNC sobre todo al elevar el listón o umbral de prueba necesario para que resulte acreditada la intencionalidad en relación con la infracción del deber de notificación. Por eso, aunque la labor de la CNC puede parecer más gravosa, estimamos que las cosas no pueden ser de otra forma: en un sistema que proscribe la responsabilidad

© LA LEY

objetiva en el ámbito sancionador, es necesario probar la intencionalidad del ilícito.

Un posible instrumento para tratar de solucionar las deficiencias de la norma o, cuanto menos, reducir el número de asuntos en los que se planteen dudas, sería el de introducir un sistema de plazos en la consulta previa del art. 55 de la LDC. Un plazo que estableciera una obligación a cargo de la Administración de pronunciarse sobre la consulta previa en poco tiempo; incluso un sistema de silencio administrativo que estableciera el decaimiento o extinción de la obligación de notificación en caso de no responder la Administración en el plazo establecido, claramente ayudaría a dar seguridad jurídica en este campo.

Otro de los problemas relacionados con el umbral de cuota de mercado al que hemos hecho referencia es el relativo a la posible interpretación expansiva de la regla *de minimis* incluida en el umbral de cuota de mercado a raíz de la reforma operada por la Ley de Economía Sostenible, citada. Hay indicaciones de que la CNC podría ser proclive a esta interpretación expansiva que, de confirmarse, equivaldría a añadir un umbral más de notificación, haciendo que operaciones a resultas de las que la cuota adquirida fuera del 30-50 por ciento y donde la target tuviera menos de 10 millones de euros de facturación, podrían seguir siendo notificables en caso de que las partes en la operación estuvieran presentes en mercados verticalmente relacionados con cuotas en éstos de más del 50 por ciento. En nuestra opinión, esta interpretación no es positiva. Ante todo, en los trabajos parlamentarios de la Ley de Economía Sostenible no se encuentra ninguna indicación que permita sostener esa interpretación. En segundo lugar, la reforma legal derivada de la Ley de Economía Sostenible se hizo con la clara idea de facilitar la vida a las empresas y reducir el número de notificaciones poco problemáticas, y esta interpretación no ayudaría en esa dirección, más bien al contrario.

4. CONCLUSIÓN

El umbral de cuota de mercado, a pesar de los problemas que genera, parece presentar algunas ventajas en su función de capturar operaciones que planteen problemas de competencia. La reforma operada por la Ley de Economía Sostenible consistente en introducir una regla de mínimos para racionalizar el número de notificaciones puede resultar en principio positiva. Este efecto positivo, sin embargo, puede verse neutralizado en caso de prosperar una interpretación literal de dicha regla que vendría a equivaler a la introducción de un nuevo

© LA LEY

umbral de cuota de mercado para aquellas operaciones que, siendo *de minimis*, involucraran cuotas de más del 50 por ciento en mercados afectados.

Es encomiable la labor de vigilancia realizada por la CNC en este tipo de asuntos. Siendo ecuánimes, está claro que la labor de vigilancia por la CNC de la obligación de notificar operaciones que rebasen los umbrales legales no es fácil en el caso del umbral de cuota de mercado, dadas las amplias posibilidades de argumentación y lo subjetiva y discutible que puede ser una definición de mercado relevante. Ello ha podido llevar a la CNC a perseguir este tipo de infracciones aplicando el test legal del mercado más estrecho, al que nos hemos referido. Ello no obstante, la actividad administrativa de la CNC se encuentra limitada por los principios constitucionales de responsabilidad y la necesidad de probar la intencionalidad. Algunos excesos de la CNC en este sentido han sido ya corregidos por la AN.

Por último, las dificultades derivadas de la aplicación de este umbral se podrían subsanar corrigiendo ligeramente el procedimiento de consulta previa y estableciendo unos plazos de actuación administrativa analógicos a los empleados en el procedimiento de revisión de las concentraciones.

© LA LEY