

## El Foco

# Vuelco en el control de las concentraciones empresariales

Una nueva interpretación de la Comisión Europea introduce inseguridad jurídica en los proyectos de fusiones y adquisiciones en la UE

kioskoymas#abperez@mlab-abogados.com

kioskoymas#abperez@m

Rafael Allendesalazar Socio de MLAB Abogados

**H**ace 30 años la Unión Europea se dotó, por primera vez, de un régimen de control previo de las operaciones de concentración empresarial. El reglamento de concentraciones aunó dos principios básicos: la seguridad jurídica para las empresas y una división de competencias nítida entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de la competencia de los Estados miembros.

De acuerdo con esta normativa, la Comisión tiene competencia exclusiva para analizar las concentraciones que superan umbrales de volúmenes de negocio fijados en dicho reglamento (las llamadas "concentraciones de dimensión de la UE").

Las demás son competencia de los países, que pueden decidir si introducen un control de concentraciones propio, y determinar sus umbrales de notificación. Hoy, casi todos los Estados miembros los tienen, y prevén, al igual que la UE, la notificación previa obligatoria de las concentraciones que superen los umbrales nacionales, así como la prohibición de ejecutarlas hasta su autorización.

El reglamento prevé unos supuestos excepcionales en los que una concentración de dimensión UE puede ser remitida a una o varias autoridades nacionales y, a la inversa, en los que una operación notificable en uno o más países puede ser remitida a la Comisión Europea. Las concentraciones que no alcanzan los umbrales del reglamento europeo ni de las legislaciones nacionales quedan excluidas de un control *ex ante*. Ello no significa que escapen al derecho de la competencia, que se aplicará *ex post* a los comportamientos de las empresas concentradas, como a cualquier otra.

Desde hace unos años, varias autoridades de la competencia, incluida la comisaria Margrethe Vestager, han mencionado un *enforcement gap* por el que algunas concentraciones, particularmente en los sectores digitales y en el farmacéutico, escapan del control *ex ante*, al no alcanzar los umbrales de notificación, pese a tener un impacto significativo sobre la competencia. Alemania o Austria han abordado esta situación modificando sus umbrales nacionales de notificación.

La Comisión Europea acaba de ampliar el ámbito de las concentraciones sujetas a su control, pero lo ha hecho de forma menos transparente. En lugar de reformar los umbrales de notificación, el 26 de marzo publicó una mera comunicación (jurídicamente no vinculante), interpretando el artículo 22 del reglamento.

Este artículo permite a las autoridades nacionales remitir a Bruselas operaciones que, sin tener dimensión UE, puedan



Margrethe Vestager, vicepresidenta de Competencia de la UE. GETTY IMAGES



**En lugar de reformar los umbrales de notificación, la Comisión ha publicado una mera comunicación**

afectar significativamente la competencia. Así, desde 2009 la CNMC ha remitido 11 concentraciones, generalmente con otras autoridades nacionales.

Socapa de interpretar dicho artículo, la comunicación da un vuelco al control de concentraciones en la Unión Europea. La Comisión, que hasta ahora desanimaba a las autoridades de los países a utilizar ese mecanismo de remisión, señala que lo va a estimular. Además, y contrariamente a la práctica actual, interpreta que las autoridades nacionales pueden remitir operaciones que no alcancen los umbrales nacionales, *si prima facie* pueden tener un impacto negativo significativo sobre la competencia (criterio jurídicamente indeterminado). La

comunicación prevé, incluso, que esa remisión se pueda producir hasta seis meses después de ejecutada la concentración, plazo que, para más inri, solo empezará a contar cuando la autoridad disponga de la información suficiente para evaluar de manera preliminar si la operación debe ser remitida a Bruselas (otro concepto jurídicamente indeterminado).

Aunque la decisión de remitir o no una operación pertenece a cada país, la comunicación prevé que la Comisión podrá invitar a los Estados miembros a hacerlo, o que esa decisión pueda resultar de informaciones de terceros.

## Inseguridad jurídica

La comunicación, adoptada sin consulta pública previa y que no prevé un periodo transitorio, introduce inseguridad jurídica en las futuras concentraciones. Ya no bastará con que las partes analicen si una transacción debe ser notificada o no, y a



**Ya no bastará con que las partes analicen si debe informarse de la operación, y podrá revisarse después de consumada**

qué autoridad; también deberán sopesar el riesgo de que, aunque no alcance los umbrales de notificación en la UE o en ningún país, pueda ser revisada, aun después de consumada.

Habrà que seguir de cerca su aplicación práctica. Si el resultado fuera prohibir o condicionar operaciones que no cumplen los umbrales de notificación, cabe esperar una ardua batalla en los tribunales.

En España, sin embargo, sus efectos se ven mitigados por dos factores. Uno, que, al existir, junto con el umbral del volumen de negocios, otro de cuota de mercado, es difícil que una operación que pueda tener un impacto significativo sobre la competencia no alcance este segundo umbral, en particular si la CNMC define el mercado relevante en función de la operación.

Segundo, que la Ley de Defensa de la Competencia únicamente prevé la posibilidad de remitir a la Comisión Europea aquellas concentraciones que entren en su ámbito de aplicación, lo que lógicamente excluye a las que no superen los umbrales previstos en dicha ley.