



Universidad de Valladolid

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Trabajo Fin de Grado

**Grado en Administración y Dirección de
Empresas**

**Control de concentraciones económicas en
la Unión Europea y en España. Exposición
de algunas concentraciones notificadas a la
CNMC**

Presentado por:

Alberto Hernández Cantero

Tutelado por:

Benjamín Peñas Moyano

Valladolid, 9 de Julio de 2024

RESUMEN

La economía responde a la eficiencia y al bienestar. El problema surge cuando esos intereses chocan. La legislación en materia de defensa de la competencia trata de garantizar que el bienestar sea el que se imponga. En concreto, las concentraciones económicas permiten prevenir que se produzcan grandes aglomeraciones de empresas que perjudiquen al consumidor y a la sociedad en general. En este trabajo se lleva a cabo una exposición de la normativa europea y española. Posteriormente, se analizan varios casos llevados ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Finalmente, se reflexiona sobre la utilidad de la regulación de las concentraciones económicas y si éstas afectan a la competitividad frente a empresas asiáticas discutiendo sobre la utilidad de las concentraciones como filtro preventivo a ciertas conductas empresariales.

PALABRAS CLAVE

Defensa de la competencia, Concentraciones económicas, CNMC, UE

ABSTRACT

The economy responds to efficiency and well-being. The problem arises when those interests collide. Competition law tries to ensure that welfare prevails. Specifically, economic concentrations make it possible to prevent large agglomerations of companies from occurring that harm the consumer and society in general. In this work an exposition of the European and Spanish regulations is carried out. Subsequently, several cases exposed to the Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia are analyzed. Finally, a reflection is carried out about the usefulness of the regulation of economic concentrations and if these affect competitiveness against Asian companies discussing about the usefulness of concentrations as a preventive filter to certain business behaviors.

KEY WORDS

Competition defense, Economic concentrations, CNMC, EU

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	6
2. CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	7
2.1 Origen y marco normativo.....	7
2.2 Normativa actual aplicable	8
2.2.1 De las concentraciones de empresas.....	8
2.2.2 De la remisión a un Estado miembro.....	10
2.2.3 De los plazos	10
2.2.4 De las multas	11
2.2.5 De las relaciones con los interesados y con Estados miembros ..	12
2.2.6 De la remisión a la Comisión	13
2.3 Del debate en el seno de la Unión con respecto a la pérdida de competitividad de las empresas europeas frente a gigantes empresariales asiáticos	13
3. LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN ESPAÑA	19
3.1 Antecedentes y marco normativo.....	19
3.2 Normativa actual aplicable	20
3.2.1 Concentraciones económicas.....	20
3.2.2 Órganos.....	23
3.2.3 De los plazos	24
3.2.4 Del procedimiento.....	24
3.2.5 De las sanciones	26
3.2.6 Modificaciones de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia	27
4. ALGUNAS CONCENTRACIONES NOTIFICADAS:	29

4.1 Concentración aceptada: Caso adquisición Grupo Cerealto SIRO por parte de DK.....	30
4.1.1 Contexto empresarial.....	30
4.1.2 Notificación de concentración.....	31
4.1.3 Análisis del caso.....	31
4.1.4 Resolución.....	32
4.1.5 Implicaciones para la competencia.....	32
4.2 Concentración aceptada con compromisos: Caso fusión Bankia y CaixaBank	33
4.2.1 Contexto empresarial.....	33
4.2.2 Notificación de concentración.....	33
4.2.3 Análisis del caso.....	34
4.2.4 Resolución.....	36
4.2.5 Implicaciones para la competencia.....	36
5. CONCLUSIONES	38
6. BIBLIOGRAFÍA	41

1. INTRODUCCIÓN

La defensa de la competencia se ha vuelto algo fundamental en nuestros días. Con el avance económico y el desarrollo de grandes empresas cada vez es más necesario marcar límites a la eficiencia y optimización de las empresas frente al bienestar del consumidor y de la sociedad.

Las concentraciones económicas suponen una figura muy interesante y menos analizada que las prácticas colusorias y el abuso de posición de dominio. Este TFG se mostró interesante desde el primer momento por entrar a evaluar precisamente esa figura de la defensa de la competencia que es menos popular en el estudio, pero de gran protagonismo en la práctica.

A lo largo del trabajo se lleva a cabo una labor de recopilación y comprensión de la normativa pasada y actual, tanto a nivel nacional, como europeo. Se realiza una síntesis haciendo hincapié en los aspectos normativos fundamentales de diferenciación para llevar a cabo el posterior estudio y reflexiones.

El análisis posterior surge de revisar resoluciones instruidas por la CNMC para terminar de materializar en casos reales la normativa expuesta. Se trata de ver de forma práctica y aplicada las peculiaridades y el mecanismo con el que las leyes se aplican.

Por último, era importante reflexionar sobre varios aspectos que a lo largo del trabajo se van interrelacionando. La comparación en cuanto a la competitividad de las empresas europeas frente a las asiáticas, el bienestar que aportan las concentraciones, su relación con el abuso de posición de dominio y la relevancia de contar con un derecho preventivo en materia de competencia que actúa como filtro.

2. CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

2.1 Origen y marco normativo

A diferencia de la legislación de las distintas naciones, algunas de ellas con más de 500 años de historia, la UE tiene su origen tan solo hace 70 años. Además, su origen ya fue directamente de índole económica, por lo que no es de extrañar que ya en su primer Tratado Constitutivo reconociera perfectamente la libre competencia e incluso las concentraciones económicas.

En 1951 se crea la Comunidad Económica del Carbón y del Acero unificando estas industrias en los seis países firmantes. Se promovieron cuotas de fabricación por países, mejora de condiciones laborales, libre competencia entre las industrias de los países, integración de los mercados, libertad de circulación de mercancías y defensa de la competencia. Se crea la Alta Autoridad como organismo encargado de velar por el cumplimiento del Tratado Constitutivo de la CECA. La Alta Autoridad debía ser informada de forma específica de todas las acciones que pudieran vulnerar la libre competencia, y en especial trataba tres conductas: los acuerdos, las concentraciones¹ y los abusos de posiciones dominantes.

En el año 1957 se firman los Tratados de Roma constituyéndose así la Comunidad Económica Europea (CEE). En la línea de los beneficios del Tratado de París, se quiso extender las cláusulas al resto de sectores económicos suponiendo una integración económica plena cercana a la UE que conocemos hoy en día. Sin embargo, en materia de competencia se mantenía similar al Tratado de París. Efectivamente establecía la prohibición de acuerdos, posiciones de dominio y concentraciones, y la necesidad de notificarlos, pero seguía faltando instrumentación básica, procedimientos claros, sanciones específicas y en general una legislación bien instrumentada que permitiera la perfecta tipificación y sanción de las prácticas indebidas.

¹ El artículo 66 del Tratado Constitutivo de la CECA establece la obligación de notificación a la Alta Autoridad cuando confluyan fusiones o adquisiciones de empresas con cesión de control, que puedan constituir concentración de empresas.

Tras varias sentencias del Tribunal Superior de Justicia Europeo poniendo orden a concentraciones económicas que se producían por la falta de claridad en las regulaciones de los tratados, se aprueba en 1989 el Reglamento europeo sobre Control de Concentraciones de Empresas.

2.2 Normativa actual aplicable

Se aprueba en el año 2004 el Reglamento 139/2004, sobre el control de concentraciones entre empresas con la intención de formar un texto refundido que recogiera todas las reformas que se habían ido dando sobre el reglamento de 1989. Este es el Reglamento específico actual en vigor en la materia, en toda la UE y todos sus estados miembros.

2.2.1 De las concentraciones de empresas

El artículo 3 del reglamento define que existe concentración en el momento que hay, una fusión, una adquisición, una adquisición del control conjunta sobre la o las empresas; siguiendo el modelo que veremos en la normativa nacional. Además, la estructura de las determinaciones sustantivas de concentración económica es similar. Como para la normativa de España, se determinan las actuaciones empresariales que pueden dar lugar a una concentración y se aclaran las determinaciones positivas necesarias para que se produzca el control efectivo. Se separa entre la propiedad y los derechos de decisión y se establece que lo verdaderamente peligroso como concentración es el control y el poder de decisión, la capacidad de influir en las decisiones de marketing, producto, financiación, organización de la empresa... En esta línea el apartado 5 del artículo habla de las determinaciones negativas, aquellos supuestos que no constituyen concentración económica. Similar a la Ley 15/2007 del Gobierno de España, exime a las propiedades que se ostentan con un fin financiero y de inversión, sin intención de ejercer los derechos de control.

Para determinar el ámbito de aplicación debemos hablar de los umbrales a partir de los cuales una concentración es objeto de notificación. En primer lugar, si una concentración de empresas a nivel mundial tiene en conjunto un volumen de negocios de al menos 5000 millones de euros y el volumen de negocios

individual, en el ámbito comunitario, de al menos 2 de las empresas es mínimo de 250 millones de euros. Y estas dos condiciones conjugadas tienen una excepción: que cada una de las empresas de la concentración realice más de dos tercios de su volumen de negocios del ámbito comunitario en un mismo Estado miembro.

En segundo lugar, que el conjunto del volumen de negocios a nivel mundial de la concentración supere los 2500 millones de euros, que el conjunto del volumen de negocios en mínimo tres Estados miembro supere los 100 millones de euros en cada uno de los tres, que en cada uno de esos estados el volumen de negocios individual de al menos dos empresas supere los 25 millones de euros en cada estado y que el volumen de negocios individual a escala comunitaria de al menos dos de las empresas supere los 100 millones de euros. Se establece para este segundo supuesto la misma salvedad que en el primero, que cada una de las empresas individualmente realice más de dos tercios de su volumen de negocios comunitario en un mismo Estado miembro.

Debemos observar como el ámbito de aplicación se distingue claramente con las normativas nacionales. De este modo no se solaparían. En cualquier caso, el artículo 4 del Reglamento nos recuerda que existe la remisión por parte de la Comisión a los órganos encargados de la defensa de la competencia en los Estados miembros en los casos de que la concentración se limite al mercado objetivo de un Estado miembro. En ese momento es responsabilidad de la autoridad en materia de defensa de la competencia de ese estado la gestión de la notificación y el examen del caso.

Las concentraciones mediante decisión pueden resolverse de tres formas: como fuera del ámbito de aplicación, como compatible y autorizada (si no plantea problemas de competencia en el mercado común), o incoar el procedimiento y rechazar la concentración. Para que la ley no resulte tan rígida con un aspecto económico que por naturaleza no lo es, se permite a las empresas notificantes modificar la concentración, para adaptarla y cumplir con el no perjuicio al mercado, con la que la Comisión podrá resolver la autorización de la operación. Este hecho se asemeja a la autorización con condiciones que se establece en la normativa española.

Como en toda ley hay que contemplar la desobediencia, en las concentraciones económicas la Comisión, en los casos en los que no se cumpla alguno de los compromisos requeridos para llevar a cabo la concentración sin perjudicar al mercado común o se realice una concentración que no ha sido autorizada podrá: disolver la concentración con la correspondiente separación de activos, trabajadores y control para devolver a las dos empresas su independencia inicial y el resto de medidas que sean necesarias tomar para disolver la concentración y restablecer la situación previa.

2.2.2 De la remisión a un Estado miembro

Al igual que está delimitado el ámbito de aplicación de las concentraciones que son objeto de aprobación por la Comisión Europea, tenemos el efecto de que las concentraciones no estén sujetas, que es la remisión a un Estado miembro. Esta remisión se da cuando el mercado de riesgo se circunscriba a un único país. El Estado miembro en cuestión dispone de un plazo de 15 días laborables para remitir a la Comisión información necesaria, en los casos en los que la comisión notifique al Estado miembro sobre la posibilidad de remitirle el expediente. Además, se le da a la Comisión un plazo de 65 días laborables para remitir de forma definitiva al Estado miembro el expediente desde que éste le notificó que la concentración estaba definida en el mercado nacional. Por último, señalar que el órgano nacional encargado de la resolución deberá dictarla en un plazo de 45 días laborables desde la recepción de la notificación de remisión del expediente por parte de la Comisión.²

2.2.3 De los plazos

El artículo 10 del Reglamento es el encargado de regular los plazos de incoación y decisiones. Las decisiones deberán adoptarse en un plazo de 25 días laborables desde la recepción de la notificación por parte de la Comisión. Ésta se ampliará a 35 días laborables si la Comisión recibe una solicitud por parte de

² Velasco San Pedro, L. A., & Adrián Arnáiz, J. A. (2005). *Derecho europeo de la competencia*. Lex Nova.

un Estado miembro de remisión o si los notificantes proponen compromisos para compatibilizar la concentración con el mercado común.

Además, se establece que para aquellas concentraciones que presentan dudas sobre su alteración e influencia en el mercado deberá adoptarse la decisión tan pronto como las dudas sean disipadas. En todo caso, se establece un plazo máximo de 90 días laborables desde la fecha de incoación del procedimiento que se ampliará a 105 días laborables si los notificantes proponen compromisos, siempre y cuando esa propuesta no se haya hecho antes de 55 días laborables desde la incoación del procedimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, los notificantes podrán solicitar ampliación de los plazos siempre y cuando presenten la solicitud correspondiente en un plazo inferior a 15 días laborables desde la incoación del procedimiento. En cualquier caso, si el Tribunal Superior de Justicia Europeo dicta sentencia³ que anula total o parcialmente una decisión de la Comisión, la concentración volverá a ser examinada por la Comisión con vistas a la adopción de una decisión de conformidad. El silencio administrativo es considerado como aceptación de la concentración sin condiciones.

2.2.4 De las multas

Como toda norma debe tener una forma de ser obligada a cumplirse, para las concentraciones se establecen una serie de multas.

En concreto se le atribuye a la Comisión potestad para imponer sanciones de hasta el 1% del volumen de negocios total de la empresa o empresas afectadas cuando de forma deliberada o negligente: suministren información incorrecta o engañosa en un escrito o notificación, cuando rehúsen someterse a una inspección ordenada mediante decisión, cuando no rectifiquen en los plazos fijados, cuando omitan o rehúsen de dar respuestas completas ante una inspección o cuando rompan precintos colocados por la Comisión.

³ El TSJE tiene conferida plena autoridad para intervenir sobre decisiones en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento 139/2004 y artículo 229 del Tratado Constitutivo de la UE.

Del mismo modo se le atribuye a la Comisión la capacidad de imponer multas de hasta el 10% del volumen total de negocios de la empresa o empresas afectadas cuando de forma deliberada o negligente: omitan la notificación de una concentración que debiera serlo, cuando se ejecute una concentración sin autorización o cuando ejecuten una concentración sin cumplir con las medidas adoptadas mediante decisión.

En el derecho y en especial en el de la competencia, se da en muchas ocasiones la situación en la que una multa puntual no consigue el efecto corrector en el infractor ya que a este le sale más rentable pagar la multa y continuar con la conducta indebida que perder el lucro que la conducta infractora le aporta. Es por esto que el texto prevé una serie de multas coercitivas para tratar de corregir las conductas ilícitas que se produzcan por los sujetos de forma sistemática. La Comisión podrá, mediante decisión, imponer a la persona, personas, empresa o empresas, multas coercitivas de hasta el 5% del volumen de negocios total medio diario por cada día laborable de demora sobre la fecha fijada en la decisión con el fin de obligarlas a suministrar información, someterse a inspección o cumplir con cualquier otro tipo de requerimiento. Además, se prevé la posibilidad de que si el infractor colabora la Comisión pueda reducir el importe de la cuantía definitiva de la multa.⁴

2.2.5 De las relaciones con los interesados y con Estados miembros

El Reglamento 139/2004, reconoce el secreto comercial de los intervinientes. Así mismo garantiza a los notificantes el acceso a la información del expediente en todo momento siempre que no se ponga en riesgo el derecho de las empresas a mantener sus secretos comerciales.

Se contempla la creación del Comité Consultivo formado por uno o dos representantes de los Estados miembro. El Comité será consultado siempre antes de adoptar una decisión a través de una reunión presidida por la Comisión en la que el Comité emitirá un dictamen. En último lugar, la Comisión dictará

⁴ Massaguer, J., Arribas, A., & Encinas Rodríguez, A. (2020). *Comentario a la Ley de defensa de la competencia*. Pamplona: Thomson Reuters.

resolución y dará publicidad a los interesados junto con el dictamen del Comité Consultivo.⁵

2.2.6 De la remisión a la Comisión

Al igual que comentábamos la remisión de la Comisión a un Estado Miembro, ahora exponemos el caso contrario, la remisión por parte de un Estado Miembro a la Comisión.

Se permite que las autoridades de un Estado miembro remitan a la comisión expedientes que no sean de ámbito comunitario, pero que cumplan con el ámbito de aplicación y que la concentración afecte al comercio entre Estados miembros y que amenace con afectar a la competencia de los mercados en el Estado miembro. El organismo de defensa de la competencia del Estado miembro tiene un plazo de 15 días laborables para solicitar la remisión a la Comisión desde que se presentó la notificación al Estado miembro en cuestión.

2.3 Del debate en el seno de la Unión con respecto a la pérdida de competitividad de las empresas europeas frente a gigantes empresariales asiáticos

En el seno de la Unión Europea se ha venido dando en los últimos años un debate cuyo centro ha sido el gigante asiático, China, pero que podría extrapolarse a las relaciones comerciales y políticas que mantiene la UE con el resto de países de Asia.

La relación que venía sosteniendo la UE con China es muy positiva pero desequilibrada. Las relaciones entre ambas partes venían basándose en la política de apoyo a un país emergente. Permitiendo el desarrollo de ese país en

⁵ Miranda Serrano, L. M. (1994). *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*. La Ley.

mayor medida y con unas relaciones comerciales y económicas que favorecen a ese país más vulnerable.

Evidentemente, en los últimos años, este panorama ha cambiado. La UE, en su Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, dada el 12 de marzo de 2019, establecía con rotundidad una nueva postura que debe adoptar con respecto al gigante asiático. Se establece la imperiosa necesidad de que las relaciones que establezcan los estados miembros sean más equilibradas, justas, y sobre todo, recíprocas. Además, supone abordar la dualidad del país asiático. China es uno de los países más contaminantes del mundo a la vez que es el país que más invierte en energías renovables. China suscribe acuerdos como el Acuerdo de París, pero a la vez continúa instalando centrales térmicas de carbón. China intenta mantener acuerdos de comercio ventajosos, pero China es el país que más exporta del mundo.

En esta comunicación conjunta se reconoce claramente la realidad China del no respeto a los derechos humanos y un modelo social diferente al de la Unión que no es aceptado por los valores y principios de las sociedades y democracias europeas.

La comunicación reconoce la posición de inferioridad en la que se encuentran las empresas europeas en los mercados internacionales al participar con unas normas laborales y empresariales más estrictas que en los países asiáticos, además de unas condiciones de financiación y acceso a los mercados internacionales más duras. China protege a sus potencias industriales interiores con una apertura selectiva a los mercados mediante la limitación de acceso a empresas extranjeras.⁶

En la punta opuesta del globo, pero con el mismo contexto, Estados Unidos. El país cuna del capitalismo y del liberalismo económico. El principal precursor de la libertad empresarial. Lo cierto es que los americanos vienen de una época con regulación baja y con cierta facilidad para que las empresas compitan libremente.

⁶ Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo: “UE-China - Una perspectiva estratégica” dada en Estrasburgo el 12 de marzo de 2019.

Este hecho no impide que tengan establecida una la prohibición de los monopolios, de las prácticas colusorias y los acuerdos entre empresas.⁷⁸

Comprensible teniendo en cuenta que la propia libertad del mercado hace que sus partícipes limiten la libertad del resto del mercado. En esta línea EE.UU. tiene otra serie de regulaciones en aspectos claros de la competencia como es la fijación de precios y los cárteles.⁹

La situación en los últimos años se asemeja a la que padece Europa, pero en un sector muy concreto, el tecnológico. Durante el año 2021 la FTC tomó varias decisiones que iban encaminadas a limitar el monopolio de algunas tecnológicas de renombre mundial. El problema, el mismo, pero a la inversa, la sobredimensión de algunas empresas y las fusiones a las que pueden llegar genera que no entre competencia exterior y que el consumidor se vea arrinconado en un mercado de escasos partícipes. En esta línea Estados Unidos está encaminado a bloquear concentraciones económicas que suponen perjuicio para el mercado.¹⁰

Profundizando un poco más en el origen de este debate encontramos un ejemplo de concentración económica con nombres propios. Y es que esta postura por parte de algunos miembros de La Unión reacia a limitar y atar en corto ciertas fusiones empresariales, surge de una propuesta de fusión que presentaron en septiembre de 2017 Siemens y Alstom.

Siemens, empresa alemana dedicada a la tecnología y la fabricación industrial con presencia en el sector del ferrocarril. Y Alstom, empresa francesa especializada en la fabricación de trenes y señalización ferroviaria. Ambas presentaron una propuesta de fusión en la que ambas empresas iban a poner en común sus recursos y tecnología para lograr generar sinergias y ser más eficientes. De la fusión se querían obtener dos resultados. El primero, conseguir

⁷ Ley Sherman, (1890)

⁸ Jiménez Cardona, N. (2021). *La aplicación del Derecho Antitrust en los EE.UU.* Juruá.

⁹ Ley Clayton, (1914). Esta ley crea la FTC o Comisión Federal del Comercio como organismo regulador e investigador de las práctica anticompetitivas

¹⁰ Bloqueo de la Fusión entre Illumina y Pacific Biosciences, (2019).

Detalles del Caso: Illumina, líder en la secuenciación de ADN, intentó adquirir Pacific Biosciences, un competidor en tecnologías de secuenciación de ADN. Se destacó que la fusión supondría un aumento de precios para los consumidores, así como un retraso en la innovación en la tecnología de secuenciación del ADN. La FTC bloqueó el acuerdo y no se produjo la fusión.

ser más eficientes en la fabricación combinando las tecnologías de ambas empresas para conseguir productos finales más avanzados y completos. El segundo, crear una empresa fuerte y robusta financieramente y comercialmente con una capacidad de competitividad en el mercado europeo mayor a la que tenían por separado.

El objetivo era intentar competir con la empresa china CRRC que se había convertido en el líder en fabricación de equipos ferroviarios.

La Comisión Europea, encargada de supervisar y aprobar fusiones y adquisiciones para asegurar la competencia justa en el mercado, en el marco de la prevención de las concentraciones económicas, inició una investigación exhaustiva sobre el impacto de la fusión en la competencia.

Como parte del proceso de control las sociedades comunicantes propusieron a la Comisión la adopción de varias condiciones para limitar la concentración, con el correspondiente análisis de los impactos que podía generar y la magnitud en la que se iban a mitigar. Algunas de las medidas incluían la escisión y venta de parte del negocio de Siemens en algunos países o la completa separación de algunas ramas de la empresa como entidades totalmente independientes comercial y financieramente.¹¹ Siemens recibiría el 50% más una acción del capital social de la nueva entidad fusionada. Alstom por su parte, mantendría como CEO de la entidad fusionada el CEO de la actual Alstom. Ambas compañías debían llevar a cabo la venta de ciertos activos y debían deshacerse de algunas unidades de negocio clave que pusieran en riesgo la competencia del mercado objetivo en el que participaban. Otra medida delicada era la obligación de que ambas entidades llevaran a cabo la venta de licencias o ciertas tecnologías a terceros para mantener la competencia en el mercado. Se propuso que Siemens y Alstom acordaran suministrar componentes y sistemas esenciales a otros fabricantes durante un período de tiempo determinado, con el objetivo de evitar la interrupción del suministro de componentes cruciales a competidores. Para ciertas licitaciones se le propuso a Siemens y a Alstom que cedieran parte de sus pujas en favor de terceros competidores para asegurar una competencia entre las empresas partícipes de contratos públicos.

¹¹ Financial Times, (2019): *"Brussels blocks Siemens-Alstom rail merger"*

Sin embargo, tras un proceso largo y que generó gran controversia, en febrero de 2019, la Comisión Europea decidió bloquear la fusión por miedo a generar un monopolio ferroviario en Europa.

El miedo era que la posición ventajosa que se generaba para esta concentración de empresas pudiera influir en el mercado ferroviario impulsando al alza los precios y empeorando la calidad del servicio, además de colocar al viajero en una posición de vulnerabilidad ante la falta de competencia en el sector. Además se consideró que la desinversión en los activos propuestos era insuficiente y que la fusión resultaría en un acomodamiento de las empresas que frenaría el avance tecnológico e innovador.

Posteriormente y dejando al margen la repercusión que tuvo la decisión para las dos empresas involucradas, se generó un debate en La Unión en el que se distinguían dos argumentos.

Por un lado, se apoyaba la decisión tomada por la Comisión Europea de bloquear la concentración pues esto influiría perjudicialmente sobre el consumidor, además de una posible desaceleración tecnológica y de la innovación.

Sin embargo, se creó otro frente, el que rechazaba el bloqueo. Esto se entendía desde el punto de vista en que la intervención suponía cortar las alas a un gigante europeo y no dejarlo competir con otros gigantes asiáticos o norteamericanos. El problema surgía derivado de limitar la eficiencia técnica y económica del conjunto europeo, dejando así espacio en el mercado a CRRC. La empresa asiática no solo con menos dificultades para penetrar en el mercado europeo sino con los propios incentivos del gobierno chino.

A raíz de esta realidad comercial y económica surge el debate en el seno de la Unión Europea sobre si es un error que nuestras políticas interiores vayan en el camino de la limitación del crecimiento de las empresas y las fusiones que creen grandes gigantes empresariales cuando China está haciendo lo contrario que es favorecer, fomentar y proteger de la competencia a sus empresas para robustecerlas. En esta línea, surge otra consideración, somos capaces de proteger nuestras empresas en el ámbito interior, pero nos damos cuenta de que somos incapaces de protegerlas y hacerlas competir con los gigantes tecnológicos asiáticos. Realmente nos sirve de poco defender los mercados de

las concentraciones si al otro lado del mundo están esforzándose por crear mega gigantes tecnológicos que compitan a nivel mundial en un mundo ultra globalizado. En resumidas cuentas, estamos debilitando empresas dentro de la UE para facilitar la competencia mientras se permite que operen y compitan en nuestros mercados empresas asiáticas que han crecido en un entorno más favorable, subvencionado y laxo en regulaciones.¹²

Finalmente, cabe considerar dos realidades. La primera sería establecer el mismo control de la competencia en todo el mundo regulado de igual manera para impedir que por controlar a unos se descontrolen otros. Conscientes de la dificultad diplomática y material de alcanzar esta situación cabría, al menos, imponer en el mercado europeo limitaciones a los competidores externos fomentando una situación de competencia en igualdad de condiciones, al menos, en el mercado que se controla. La segunda opción, la que defienden los opositores a la decisión contra Siemens y Alstom, permitir la libre competencia en casos en los que existen más competidores ya que el propio mercado es capaz de generar competidores que se regulen entre ellos compitiendo.¹³

¹² The Guardian, (2019): "*Siemens and Alstom rail merger blocked by EU*"

¹³ Gellhorn, E., Kovacic, W., & Calk, S. (2004): *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*

3. LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN ESPAÑA

3.1 Antecedentes y marco normativo

Como breve referencia a la evolución que ha tenido la normativa en materia de defensa de la competencia en España, destacar que no hay mención alguna a las concentraciones de empresas hasta la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, cuando se las define como práctica perjudicial y restrictiva de la competencia y de la libertad efectiva del mercado. Bien es cierto que unos años antes con la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de las prácticas restrictivas de la competencia, se establecía un marco jurídico y de actuación para la defensa de la competencia similar al presente, pero sin hacer mención alguna a las concentraciones económicas.¹⁴

Como es frecuente en los distintos ámbitos del derecho, las primeras pinceladas las suele dar una Carta Magna. En el caso de España el artículo 38 de la Constitución de 1978 es el que recoge el modelo económico liberal y capitalista que rige nuestro país, el de la “economía de mercado”. Sin embargo, la contrapartida reguladora y limitante es la segunda parte de este artículo. Ésta recoge la labor de control, regulación y ordenación de la economía que tienen los organismos públicos para garantizar y proteger el buen funcionamiento de los mercados. Es decir, en algunas ocasiones intervenir los mercados para resolver las ineficiencias que se generan derivadas de usar sólo el criterio de la maximización del beneficio.

En esta dinámica de mesura de la naturaleza explosiva y competitiva de los sistemas económicos de libre mercado, tenemos en España la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Esta ley tiene el objetivo de proteger al consumidor, controlar una oferta y demanda libres y evitar cualquier tipo de abusos por parte de las empresas en materia de colusión, cárteles, fijación de precios, monopolios, competencia desleal, abuso de posición de dominio, concentraciones económicas y obtención de ayudas públicas.¹⁵

¹⁴ Caruana de las Cagigas, L., & Castro Valdivia, M. (2017). *Cambio y crecimiento económico*. Madrid: Pirámide.

¹⁵ Título Primero de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

3.2 Normativa actual aplicable

3.2.1 Concentraciones económicas

El capítulo II de la Ley de Defensa de la Competencia, versa de las concentraciones económicas que son el elemento que nos atañe en este TFG. De la redacción del artículo 7 extraemos que la concentración se puede dar con motivo de la adquisición del control efectivo de otra u otras empresas con carácter de estabilidad y durabilidad en el tiempo.

El primer apartado especifica cómo la concentración se da cuando se obtiene el control sobre otra empresa por haberse producido una fusión de dos empresas independientes, por haberse producido una adquisición del control de una sobre la otra, o por haberse creado una empresa en participación y se ejerza un control efectivo sobre la entidad autónoma.

El segundo apartado recalca cuándo se produce ese control efectivo, ya que la adquisición o fusión de empresas no necesariamente conlleva el control sobre ellas. Se puede considerar que existe concentración de empresas cuando hay una adquisición y control concurriendo una determinación material de carácter positivo en la que se dan las características que explica el párrafo dos. En particular, cuando se adquieren derechos de propiedad y uso de los activos de la sociedad y cuando los contratos establecidos permitan tomar decisiones y llevar a cabo cambios en las empresas que permitan influir en el funcionamiento, la organización y los objetivos de la misma. Porque en otras ocasiones se dan conductas de fusión o adquisición con una determinación material de carácter negativo, en las que no se considera que se obtiene un control real o efectivo, o que no tiene carácter estable o de duración en el tiempo. Las conductas de carácter negativo, son las que el párrafo tercero exime de considerarse como concentraciones económicas y son, por lo general, adquisiciones de control que no implican un interés de ejercer ese control por parte del adquirente, sino que su objetivo es exclusivamente de carácter financiero, mediante la tenencia temporal de los activos sin intervenir de manera alguna en la organización o funcionamiento de la empresa.

Además de que se den las determinaciones sustantivas, debe cumplirse el ámbito de aplicación.

Este ámbito de aplicación viene a fijar los umbrales a partir de los que se puede considerar que la concentración, además de cumplir las determinaciones sustantivas, tiene la intensidad suficiente para alterar e influir en el mercado. Esto se debe a que se puede dar que una acción empresarial cumpla con todas las determinaciones sustantivas para ser considerada concentración económica, pero no entrar dentro del ámbito de aplicación porque la potencia o la magnitud de la adquisición, fusión o creación en participación es insuficiente como para que su distorsión sobre el mercado sea relevante y vulnere la libre competencia. En estos casos, la concentración queda autorizada sin necesidad de control ni autorización expresa por parte de la CNMC.¹⁶

Se fijan dos límites: el primero, que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto en el mercado nacional definido.

Quedan exentas del procedimiento de control todas aquéllas concentraciones económicas en las que, aún cumpliendo lo establecido en la 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 los partícipes no tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50 por ciento en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

Como segundo límite: que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.¹⁷

¹⁶ Palomar Olmeda, A.: "La evolución normativa de la defensa de la competencia en España. La incidencia del Derecho Comunitario" en Campuzano, A. B., Palomar Olmeda, A., & Calderón, C. (2015). El derecho de la competencia. Valencia: Tirant Lo Blanch.

¹⁷ Art. 8.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Incluida la exención introducida por la modificación de la Ley 2/2011.

El segundo párrafo del artículo 8, alude a una cuestión muy relevante del ámbito de aplicación, que es el ámbito jurisdiccional y territorial, pues alude al Reglamento Comunitario de control de las concentraciones. Ya que en este capítulo del Trabajo, se han tratado en todo momento las dimensiones nacionales de las concentraciones y de la defensa de la competencia, pero esta legislación nacional está armonizada con la europea que vimos en el capítulo 2 del TFG. Es más, en general es la normativa europea la que se traspone o modeliza las líneas que deben seguir las normativas nacionales.

La Ley 15/2007 en todo momento, tanto en el ámbito de aplicación, como en las determinaciones sustantivas, alude a concentraciones que se den en España o cuyo mercado relevante sea de nivel nacional. Es el artículo 8.2 el que nos especifica que la aplicación de la ley se circunscribe a concentraciones que no estén sujetas al ámbito comunitario. El Reglamento (CE) 139/2004 es el que regula a nivel supranacional las concentraciones y su sujeción a la legislación y tribunales de la competencia europeos.

Una vez estemos dentro del ámbito de aplicación y cumplimos con las determinaciones sustantivas, podemos decir que estamos ante una concentración económica y que, por tanto, hay que aplicarle el mecanismo previsto. Esto queda recogido a partir del artículo 9.

En varios apartados el artículo establece que las concentraciones sujetas deben ser notificadas debidamente. El motivo es que la operación no se puede llevar a cabo por las empresas hasta que la CNMC no acepte de forma expresa o levante la suspensión de la concentración.

Sobre quién tiene el deber de notificar, la norma explica, con clara lógica, que en casos de fusiones serán ambas empresas las que notifiquen de manera conjunta, mientras que en adquisiciones totales de control es el adquirente de forma individual el que notificará.

Se habla también de aquellas fusiones de empresas sujetas a concentraciones que debieran haber sido notificadas y no lo fueron. Éstas no pueden beneficiarse del silencio administrativo en su favor, y además la CNMC les hará un requerimiento que tienen que responder en un plazo de 20 días naturales.

Por último, el apartado sexto señala que el levantamiento de la suspensión de la concentración que habíamos mencionado antes solo se produce cuando la Dirección de Investigación evalúe y pondere la concentración. Esto se hace siguiendo lo que marca el artículo 10 que son los criterios de valoración sustantiva, es decir, los “criterios guía” que marcan si la concentración influye demasiado en el mercado como para ser perjudicial.

3.2.2 Órganos

La ley estableció en el año 2007 la creación y regulación de la Comisión Nacional de la Competencia que fue modificada en el año 2013 con la Ley 3/2013 que integraba las distintas comisiones reguladoras de distintos sectores clave.¹⁸ Se creaba pues, un órgano unificado bajo el nombre de Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.¹⁹ Se le otorga a la CNMC las tareas de velar por el cumplimiento de la legislación, utilizando y estableciendo todos los mecanismos necesarios para la revisión y el seguimiento. Se garantiza la independencia y objetividad de este órgano como institución pública con intereses públicos y con el objetivo fundamental de velar por la libre competencia en el mercado. El control se materializa en la recepción de notificaciones, revisión de los mercados y, adopción de decisiones y sanciones encaminadas a restaurar aquellas prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por los agentes del mercado.

Destacar también que a partir del año 2002 con la aprobación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, se establece la necesidad ya anunciada mediante varias sentencias del Tribunal Constitucional, de delimitar las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia en cuanto a actos que suceden en el ámbito territorial de las Comunidades y en mercados circunscritos a ese ámbito territorial. El Consejo de Defensa de la Competencia sería el órgano de colaboración y coordinación encargado del correcto y fluido intercambio de

¹⁸ Se unifican: la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), Comisión Nacional de Energía (CNE), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), el Comité de Regulación Ferroviaria (CRF), el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA), la Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP) y la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria (CREA).

¹⁹ ¿Qué es la CNMC? disponible en www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/

información entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Es por esto que a partir del año 2002 se dan una serie de leyes y decretos por parte de las distintas Comunidades mediante los cuales se crean los distintos Tribunales y Comisiones de Defensa de la Competencia Autonómicas.²⁰

3.2.3 De los plazos

El artículo 36, es el encargado de regular los plazos de los distintos procedimientos de la competencia. En lo que respecta a las concentraciones económicas que se encuentran en primera fase, se fija un plazo de un mes para dictar resolución a contar desde la recepción de la notificación por parte de la CNMC. Para las concentraciones que se encuentran en segunda fase, 3 meses para dictar resolución a contar desde la instrucción de la segunda fase por parte de la Administración. Para aquellas resoluciones de notificaciones presentadas por el modelo abreviado, el plazo máximo será de 15 días.

Adicionalmente, la ley contempla una serie de supuestos en los que puede darse la ampliación de los plazos de los procedimientos. Algunos son, requerimientos de subsanación de deficiencias, aportación de documentación, cooperación con la UE y Autoridades Nacionales de otros Estados miembros, interposición de recurso administrativo. En ningún caso la suspensión podrá exceder de 3 meses.

Por último, tener en cuenta que el silencio administrativo establecido en el artículo 38 clarifica que cuando éste se produzca, al igual que con la normativa europea, la concentración económica se entenderá por aceptada.

3.2.4 Del procedimiento

Explicado por el Capítulo III: Del procedimiento de control de las concentraciones económicas, encontramos la diferenciación entre la 1ª fase y la 2ª fase que habíamos comentado anteriormente.

²⁰ *Vid.* Palomar Olmeda, A.: “La evolución normativa...”, *Op. Cit.*

Y es que una vez notificada la concentración se inicia automáticamente la primera fase que incluye la apertura y estudio del expediente en base a los criterios que hemos explicado. Posteriormente la CNMC dictará resolución en primera fase que podrá ser:

- Autorización en primera fase.
- Autorización en primera fase con compromisos.
- Remisión a segunda fase.
- Remisión de la concentración a la Comisión Europea (la concentración resulta ser de ámbito comunitario).

Si se acuerda la remisión a segunda fase, la Dirección de Investigación debe elaborar un informe sobre la concentración y los riesgos que supone que será enviada a los interesados que tienen un plazo de 10 días para formular alegaciones.

Pasado el plazo, la Comisión adoptará una decisión final mediante resolución que comunicará al Ministerio de Economía y Hacienda y a los interesados al mismo tiempo.

Como en primera fase, la resolución podrá:

- Autorizar la concentración.
- Autorizar la concentración con condiciones.
- Prohibir la concentración
- Acordar el archivo del expediente

Es con la resolución de la segunda fase cuando toma relevancia el Ministro y el Consejo de Ministros, ya que cuando en segunda fase una concentración se resuelva prohibida o aceptada con condiciones, el Ministro de Economía y Hacienda debe optar entre dos opciones. La primera, resolver no elevar la concentración al Consejo de Ministros, y por tanto validar la resolución de la CNMC. La segunda, elevar el expediente al Consejo de Ministros en el que se debatirá y evaluará el expediente y la resolución dictaminada por la CNMC. El Consejo de Ministros podrá bien resolver confirmando la resolución de la CNMC,

o bien dictar resolución contraria a la CNMC prohibiendo o aceptando con condiciones la concentración.²¹

3.2.5 De las sanciones

La ley clasifica las infracciones en leves, graves o muy graves, tipificándolas y estableciendo en función de ello las cuantías de las sanciones. La tipificación es común para todas las conductas restrictivas de la competencia por lo que exponemos solo las referentes a concentraciones económicas.

Son infracciones leves: a) La presentación a la CNMC de la notificación de concentración fuera de los plazos establecidos. b) La falta de notificación de la concentración requerida por la CNMC. Estas infracciones serán multadas con hasta el 1% del volumen total de negocios a nivel mundial de la empresa infractora.

Son infracciones graves: a) La ejecución de una concentración sujeta a control, sin haber sido notificada a la CNMC, antes de haberlo sido, o sin haber recibido resolución expresa autorizándola con el correspondiente levantamiento de suspensión. b) Presentar documentación incorrecta, incompleta, engañosa o falsa solicitada por la CNMC en el marco de un requerimiento o inspección. c) No comparecer, no someterse a entrevista o responder las preguntas de forma inexacta, incompleta o engañosa. d) Romper cualquier tipo de precinto colocado por la CNMC. Estas infracciones serán multadas con hasta el 5% del volumen total de negocios a nivel mundial de la empresa infractora.

Son infracciones muy graves: incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, así como los acuerdos o compromisos fijados en una resolución en el marco de las concentraciones económicas. Estas infracciones serán multadas con hasta el 10% del volumen total de negocios a nivel mundial de la empresa infractora.

²¹ Broseta Pont, M., & Martínez Sanz, F. (2020). *Manual de Derecho Mercantil* (Vigesimo séptima ed.). Madrid: Tecnos.

Todas estas sanciones se aplican sobre el volumen total de negocios de las empresas infractoras en el año anterior al que se impone la sanción. El párrafo 3 dispone sanciones directas para aquellos casos en los que no sea posible delimitar el volumen de negocios. Estas sanciones van entre 100.000 y 500.000 euros para infracciones leves, entre 500.000 y 10 millones de euros para las infracciones graves y de más de 10 millones de euros para las muy graves.

Como complemento encontramos según el párrafo segundo la posibilidad de imponer sanciones a personas físicas que formen parte de los consejos directivos o sean representantes legales y por tanto, sean responsables de la conducta indebida. Se excluye a aquellos que demuestren no tomar parte en la votación y decisión de la conducta. Estas multas podrán alcanzar cuantías de hasta 60.000 euros.

Además, se establecen multas coercitivas de hasta el 5% del volumen de negocios total mundial medio diario por cada día de retraso contado desde la fecha que se hizo el requerimiento con el fin de obligarlas a cesar en sus conductas ilícitas.

3.2.6 Modificaciones de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia

La Ley 15/2007 ha sido modificada varias veces desde su aprobación. La primera modificación fue en el año 2011, en la que se introduce alguna exención en el ámbito de aplicación de las concentraciones económicas y alguna modificación sobre la Comisión Nacional de la Competencia y la coordinación con los reguladores sectoriales.²²

En el año 2017 se traspone una nueva Directiva Europea modificando en materia de competencia la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la ley 15/2007 en materia de ejercicio de las acciones de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia.²³

²² Disposiciones finales tercera y trigésimo quinta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

²³ Artículos tercero y cuarto del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea (...).

En el año 2021 se introduce otra modificación. Ésta incrementa el importe teórico máximo para las multas, aumenta facilidades de investigación a la CNMC, aumenta las garantías a las empresas investigadas y en esencia es la trasposición de la Directiva ECN+.²⁴

En el año 2023 se añade una disposición adicional a la ley permitiendo la comunicación de posibles infracciones a través del canal externo de comunicaciones de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.²⁵

Además, el Reglamento de Defensa de la Competencia también ha sufrido las correspondientes modificaciones en el año 2013 y 2021.^{26 27}

²⁴ Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, (...) y defensa de los consumidores.

²⁵ Disposición final tercera de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

²⁶ Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

²⁷ *Vid.* “Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril...”, *Op. Cit.*

4. ALGUNAS CONCENTRACIONES NOTIFICADAS:

Debido al contenido que ha guiado este trabajo se cree conveniente hacer una referencia a algunos expedientes para así ver de forma práctica y aplicada toda la legislación sobre concentraciones en auténticas operaciones llevadas a cabo por empresas. Analizaremos varias de ellas con distintas condiciones para intentar determinar el porqué de las distintas resoluciones.

Analizaremos 2 tipos de resoluciones, las más comunes, que son la aceptación de la concentración sin condiciones y la aceptación con condiciones.

No obstante, también se da, en ocasiones el archivo del expediente como es el caso Barceló/Globalia/JV. En esta ocasión el objetivo era crear una empresa en participación entre Barceló y Globalia, ambas empresas del sector del turismo y los hoteles. A la raíz de la COVID-19 se permitió la paralización de los plazos administrativos durante la vigencia del Estado de Alarma. Sin embargo, las partes notificantes insistieron en la celeridad de la resolución. Tras el análisis por parte de la CNMC de que no hubiera perjuicio para terceros como dispone el artículo 9.6 de la Ley 15/2007, de Defensa de la competencia, la Sala de la Competencia resolvió el archivo de la concentración a la vista de la solicitud de desistimiento en la operación presentada por parte de la notificante.²⁸

También en ocasiones se resuelve algún expediente con la remisión a la Comisión Europea aplicando el artículo 22 del Reglamento 139/2004 y el artículo 8.2 de la Ley 15/2007, cuando el ámbito de aplicación de la concentración supera las fronteras nacionales. Ejemplo es el reciente caso Viasat/Connect Topco.²⁹

Destacar que en los 16 años que lleva aprobada la Ley de Defensa de la Competencia no se ha dado nunca el rechazo de una concentración económica. No hay en la CNMC ningún caso de ningún expediente que haya sido rechazado.

²⁸ Expediente C/1105/20: Barceló/Globalia/JV disponible en: www.cnmc.es/expedientes/c110520

²⁹ Expediente C/1298/22: Viasat/Connect Topco disponible en: www.cnmc.es/expedientes/c129822

4.1 Concentración aceptada: Caso adquisición Grupo Cerealto SIRO por parte de DK

4.1.1 Contexto empresarial

Un caso que por cercanía geográfica y relevancia en el mercado de la alimentación quería presentar, es el del Grupo Cerealto SIRO con sede en Venta de Baños y además con fábricas en Aguilar de Campoo, Toro, El Espinar, Medina del Campo, Briviesca, Paterna, y Navarrés entre otras. El modelo de éxito de Siro se basa en la venta B2B o Business to Business ya que trabajan con el compromiso de eficiencia de venta a gran escala a grandes cadenas distribuidoras. El principal mercado conocido de Siro es a través de su producción para la marca blanca Hacendado de la conocida red de supermercados Mercadona. Y es que no es difícil comprobar no solo que la mayor parte de los cereales, galletas, pastas y snacks de estos supermercados sean de Siro, sino que además en muchas ocasiones son los únicos en el lineal. Mercadona trabaja por norma general con pocas referencias de un mismo producto por lo que el contrato de Siro con Mercadona es una gran garantía de venta. Cabe destacar que el foco productivo de esta empresa es la calidad y la innovación. La principal premisa de Siro es elaborar calidad con una eficiencia en la utilización de los recursos que permita su apuesta por la innovación y la investigación.

Era sonada la información de que la situación financiera no iba como era esperado. El encarecimiento de las materias primas derivado de la crisis inflacionaria post-pandemia y la posterior Guerra de Ucrania que trae consigo un encarecimiento del cereal en el mercado global, supone para Siro un tremendo reto en cuanto a costes productivos.

Esta situación es la que probablemente lleva a la necesidad de aumentar la financiación y los fondos propios mediante una inyección de capital por parte de un inversor, en este caso, Oakview, el cual en forma de adquisición de la

sociedad aportó 180 millones de euros para compensar parte de la deuda de 300 millones que tenía la compañía en aquel entonces.³⁰

4.1.2 Notificación de concentración

El 24 de mayo de 2022 entra en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la notificación de adquisición de control exclusivo de Oakview Capital L6 Designated Activity Company, la cual está asesorada y gestionada por Davidson Kemper Capital Management LP, sobre el Grupo Siro Corporativo S.A.³¹

La concentración cumple con el artículo 7.1 b) de la LDC y además entra dentro del ámbito de aplicación por superar el umbral establecido en el artículo 8.1 a). Además, no entra en el ámbito de aplicación establecido en el artículo 1 del Reglamento Europeo de control de las Concentraciones Económicas.

4.1.3 Análisis del caso

DK es una empresa estadounidense que se dedica a la tenencia, gestión, financiación y refinanciación de activos financieros de todo tipo por todas partes del mundo. Cerealto Siro por su parte es una empresa dedicada a la fabricación de productos alimenticios como cereales, galletas, bollería, pasta, snacks que produce y distribuye bajo marca distribuidor para la conocida cadena de supermercados Mercadona. Existe una clara independencia de los mercados en los que operan las dos empresas y así se analizó en su día. Se determinó que Oakview no tenía intención de entrar en el mercado objetivo de Siro ni suponía ningún riesgo para el mismo. Es por este motivo entre el exhaustivo análisis que llevó a cabo la CNMC, por el que consideraron que no era necesario tan siquiera proponer condiciones a la fusión. Se trataba exclusivamente de un control

³⁰ La compra de Siro pendiente solo de la aceptación del plan de competitividad por los sindicatos, *El economista*. Disponible en: <https://www.eleconomista.es/retail-consumo/noticias/11772912/05/22/La-compra-de-Siro-pendiente-solo-de-la-aceptacion-del-plan-de-competitividad-por-los-sindicatos.html>

³¹ Expediente C/1296/22: DK/Grupo Cerealto Siro disponible en: www.cnmc.es/expedientes/c129622

financiero, sin ningún tipo de integración de negocio y en este caso, sin apenas impacto en el mercado.

4.1.4 Resolución

A la vista de los hechos y averiguaciones que llevó a cabo la Comisión durante el expediente y que hemos comentado anteriormente, La Dirección de la Competencia estimó que la concentración no suponía un problema pues no había confluencia de las partes en los mismos mercados y no había ningún tipo de solapamiento horizontal ni vertical.

En esta línea, con fecha 1 de junio de 2022 la Sala de la Competencia autoriza en primera fase la concentración sin compromisos.

4.1.5 Implicaciones para la competencia

Este caso supone un buen ejemplo de que en muchas ocasiones llegan a la CNMC concentraciones económicas que entran dentro del ámbito de aplicación pero que no suponen riesgo alguno para la libre competencia.

Este es un caso claro en el que la concentración supera los umbrales y cumple las determinaciones sustantivas, pero analizando el riesgo para el mercado no supone peligro alguno para la libre competencia ya que se trata de una simple adquisición de la propiedad por una empresa totalmente ajena al mercado objetivo del Grupo Siro.

Es un claro ejemplo de que las concentraciones económicas no pueden ser un lastre para la economía, no pueden frenar la salvación para algunas empresas potentes como Siro pero que en épocas de subida de costes necesita un apoyo.

El hecho de que la legislación en materia de concentraciones económicas distinga sobre la intencionalidad y el impacto real de una adquisición en el mercado, es probablemente el esbozo del camino a seguir hacia la personalización de la norma. Es más que necesario que la norma sea adaptable a los distintos casos ya que una limitación previa a una operación sin conocer del resultado supone un “matar moscas a cañonazos por si acaso”. En este caso podría suponer la quiebra de una empresa clave en la alimentación y la

distribución de productos alimenticios de gran calidad y con gran vocación de innovación alimentaria.

4.2 Concentración aceptada con compromisos: Caso fusión Bankia y CaixaBank

4.2.1 Contexto empresarial

Otro caso, y este además muy sonado en nuestro país fue la fusión y absorción de Bankia por parte de CaixaBank. Dos de los bancos más importantes de España se fusionaban, estableciendo además una fusión geográfica de sus negocios ya que el dominio de Bankia en la Comunidad de Madrid (siendo el antiguo Caja Madrid) y el de Caixa Bank en Cataluña hace que la entidad consolide una presencia fuerte en las dos Comunidades Autónomas más potentes económicamente de España.

En septiembre de 2020 ambos bancos anunciaban que sus consejos habían llegado a un acuerdo y habían aprobado la fusión.

En aquel entonces CaixaBank poseía un valor de 445.572 millones de euros en activos, tenía más de 4.460 oficinas y más de 35.580 empleados. Por su parte Bankia aportaba a la fusión 218.455 millones de euros en activos, tenía más de 2.260 oficinas y contaba con 15.947 empleados. La entidad resultante de la fusión sería la mayor del país por valor de sus activos superando los 664.000 millones de euros.

4.2.2 Notificación de concentración

Con fecha de 24 de noviembre de 2020 entra en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la notificación por ambas partes, siguiendo el artículo 9, de la fusión que están planeando llevar a cabo. Se les pide aportar datos, pero superan los dos umbrales establecidos en el artículo 8.1 a) y b). Además, no superaban los umbrales establecidos en el artículo 1 del Reglamento (CE) 139/2004 por lo que no entran en el ámbito de aplicación del Reglamento Europeo.

4.2.3 Análisis del caso

Se pidió además información a terceros operadores y asociaciones, así como al Banco de España y a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

La entidad resultante de la fusión supondría crear el mayor banco del país por valor de sus activos y fusionaría dos mercados geográficos muy relevantes como son Cataluña y la Comunidad de Madrid.

Una de las principales trabas era en sí que ambos consejos de administración llegaran a un acuerdo, pero así lo anunciaron en septiembre de 2020.

Se estableció que el nombre y marca comercial de la entidad fusionada sería CaixaBank, eliminando por tanto el nombre de Bankia y el recuerdo asociado al pasado judicial que perseguía a la entidad de las Torres Kio desde el escándalo de las tarjetas black destapado en el año 2013. La sede se establecía en Valencia y lo más importante del acuerdo, se establecía el precio de canje de las acciones de CaixaBank y Bankia.

La fusión arrojaba una previsión de aumento del beneficio por acción de un 28% y suponía previsiblemente un ahorro en costes de 770 millones de euros.

El 10 de marzo de 2021 CaixaBank remitió a la CNMC una propuesta de compromisos en primera fase, al amparo del artículo 59 de la LDC con intención de resolver los posibles obstáculos que pudieran darse a la libre competencia, en caso de llevarse a cabo la fusión.

La forma jurídica de la operación era la fusión, con extinción (de Bankia), vía disolución sin liquidación, con la correspondiente transmisión del patrimonio de Bankia a CaixaBank, por sucesión universal y con los correspondientes derechos y obligaciones.³²

Como consecuencia de la fusión, los accionistas de Bankia recibieron acciones de CaixaBank. Se estableció un tipo de canje de las acciones en el que a cada accionista de Bankia le correspondían por acción 0,6845 acciones de nueva

³² Expediente C/1144/20: CaixaBank/Bankia disponible en: www.cnmc.es/expedientes/c114420

emisión de CaixaBank, de un euro de valor nominal y de las mismas características y derechos que las acciones ya existentes de CaixaBank.

Se analizó el Volumen de Negocios de ambas entidades y tanto para CaixaBank como para Bankia, superaban los 240 millones de euros en 2019. Además, se estudió la cuota de mercado de ambas entidades en los distintos mercados objetivos en los que operaban. De este modo, la cuota para CaixaBank y Bankia en el mercado de los créditos en banca minorista en 2019 fue de 10-20% y 0-10% respectivamente. Además, la cuota provincial combinada en ningún caso superaba el 50%. Del mismo modo para el mercado de PYMES la cuota combinada provincial en ningún caso superaba el 40%. Para el mercado de hipotecas la cuota combinada era del 20-30%. La cuota de depósitos combinada era del 20-30% aunque a nivel provincial la cuota combinada de depósitos en las provincias de Ávila y Segovia estaba en el 50-60%. En número de sucursales la cuota combinada era del 20-30%. Los créditos y depósitos de empresas ambos suponían una cuota del 20-30% del mercado. La cuota de emisión de tarjetas de crédito y débito eran en ambos casos del 10-20%. Los TPV's y cajeros automáticos suponían una cuota combinada de 30-40% y de 20-30% respectivamente. Los seguros de vida tenían una cuota combinada del 30-40%.

De manera añadida, se destacaba en el informe la ausencia de barreras a la entrada en el sector de la prestación de servicios bancarios desde la liberalización del sector y la armonización normativa europea. Es decir, no existen barreras tecnológicas ni normativas específicas, más allá de las disposiciones legales de la actividad bancaria.

En líneas generales una autorización sin compromisos suponía la fusión de ambas entidades y en la mayoría de mercados objetivos un refuerzo marginal de la entidad resultante, pero existiendo fuertes competidores capaces de ejercer una presión competitiva suficiente a nivel nacional como podrían ser el Banco Santander y el BBVA.

Era necesario tener en cuenta que en banca minorista, cajeros y sucursales, la entidad resultante se posicionaba como líder con un elevado poder de mercado. Había, por tanto, en determinadas zonas riesgo de exclusión financiera,

empeoramiento de las condiciones comerciales, empeoramiento de las condiciones contractuales...

CaixaBank presentó una fusión con 6 compromisos. El primero, compromiso con clientes vulnerables, a los cuales una vez identificados se les permitió el uso de la cuenta social. El segundo, compromiso de comunicación a los clientes con el que CaixaBank prometía la correcta información en todo momento a los clientes de Bankia sobre las operaciones, sus implicaciones y repercusiones, las adaptaciones y cambios comerciales o en los productos. En tercer lugar, compromiso con la presencia física a través de sucursales con el que CaixaBank se comprometía a no abandonar ningún municipio en el que tuvieran presencia alguna o ambas de las entidades y no hubiera presencia competidora. Cuarto, compromiso de dar unas condiciones comerciales favorables, tanto en los municipios cuya única sucursal es de alguna de las dos entidades, como en otras áreas en las que hay mayor competencia. El compromiso viene con mantener las condiciones de los productos y en algunos sitios ofrecer al menos los productos más ventajosos que se dan en zonas con mayor competencia. En quinto lugar, en relación a mantener el convenio de servicio de los cajeros de Bankia o al menos la portabilidad gratuita al cajero de CaixaBank más cercano. Y por último, compromiso de desinversión de exceso de participaciones estatutarias en sociedades de gestión de pagos y ceñirse en todo momento a los límites establecidos en los estatutos y los pactos de socios. De este modo, desinvertir en los porcentajes que excedan de los límites.

Se establecieron, además, una duración determinada de los compromisos entre 18 meses y 3 años.

4.2.4 Resolución

En el informe, la CNMC valora los riesgos que reducen la adopción de los compromisos y finalmente, con fecha 23 de marzo de 2021 la Sala de Competencia resuelve autorizar la concentración sujeta al cumplimiento de los compromisos propuestos.

4.2.5 Implicaciones para la competencia

Este caso como hemos comprobado, sí cumplía con la determinación material y con el ámbito de aplicación. Además, bastaba con una pequeña comparativa de las cifras o simplemente con algunas nociones básicas del mercado bancario para conocer del alto impacto que ambas entidades tenían en su mercado objetivo.

Se trata pues, de una de las más relevantes fusiones bancarias acontecidas en España y lo más interesante, a pesar de la relevancia de ambas empresas, fue aceptada. En este caso, lo fundamental es que se trata de una concentración aceptada con compromisos. Como mencionamos anteriormente, las entidades propusieron una serie de “mitigantes” del impacto que la operación arrojaba. Y es que este es el claro ejemplo de que no se trata de prohibir y hacer ineficiente la economía haciendo prevalecer al consumidor y bloqueando cualquier tipo de progreso empresarial. El objetivo es conseguir que todas las fusiones puedan darse inclusive entre grandes empresas. Eso es lo que refleja el caso de CaixaBank y Bankia, que las concentraciones económicas pueden darse en un entorno controlado en el que seamos capaces de aislar el efecto negativo de la operación que afecta a los consumidores pero que permitamos la eficiencia económica, el desarrollo y la competitividad de nuestras empresas.

El caso de estas dos entidades financieras además ilustra el seguimiento posterior y la revisión de los compromisos, aspecto fundamental una vez aprobada la concentración ya que permite abordar los efectos perjudiciales sobre la libre competencia con un conocimiento cierto y existente de los mismos, sin establecer condiciones en base a hipótesis o análisis a futuro. Es decir, conseguimos erradicar los efectos negativos que se produzcan una vez se produzcan, en vez de por miedo a los hipotéticos efectos negativos que se produzcan, prohibir la concentración y evitar tanto los impactos negativos como los positivos que puedan resultar de la operación.

Este expediente deja en la historia de las concentraciones bancarias y de las concentraciones en general una huella muy grande. Supone el vivo ejemplo de que la eficiencia y la productividad mediante concentraciones de empresas puede darse, y supone la ilustración de que no se trata de prohibir sino de adaptar.

5. CONCLUSIONES

A raíz de los expedientes analizados en el Trabajo, como parte de la labor de campo realizada, destacar en primer lugar las explicaciones y reflexiones obtenidas sobre la ausencia alguna de concentración rechazada por la CNMC. Se establecen dos posibles explicaciones ante este hecho. La primera, que la correcta redacción y fácil lectura y entendimiento de las normas en materia de concentraciones desincentive a las empresas a llevar conductas anticompetitivas en materia de concentraciones. Es decir, las empresas conscientes de los umbrales que superan y de los criterios que están incumpliendo, decidan no llevar a cabo la concentración y ni siquiera notificarla, conscientes con total seguridad de que ésta sería rechazada.

La segunda explicación, y bajo mi punto de vista la más acertada, que antes de ser rechazadas todas esas concentraciones sean reformuladas con compromisos adaptándolas y permitiendo que se lleven a cabo eliminando y controlando aquellos factores que puedan ser perjudiciales para el desarrollo de la libre competencia. De este modo, la concentración podría ser aceptada en primera fase con compromisos o en segunda fase con compromisos.

En otra línea de reflexión, con respecto a lo planteado sobre la competitividad de las empresas europeas frente a los gigantes empresariales asiáticos, concluir que quizás la solución no venga por permitir gigantes empresariales europeos que compitan con los asiáticos usando al consumidor europeo como moneda de cambio y convirtiéndolos en rehenes de los monopolios. Quizás la solución venga por la adopción de medidas equilibrantes de los mercados, restringiendo esa globalización y permitiendo acceder a mercados europeos solo empresas que compitan en las mismas condiciones, forzando de esta manera a las empresas asiáticas, a adoptar unas garantías laborales, empresariales y de libre competencia, para lograr liberalizar aquellas economías, y de este modo, equipararlas a las europeas.

Por último, hacer una referencia al carácter preventivo del control de las concentraciones económicas. Se trata de la única figura legislativa del derecho de la competencia que aplica su régimen como prevención de la vulneración contra el mercado. Al final una concentración se prohíbe o se autoriza basado en los criterios de valoración sobre el posible impacto que puede tener “a posteriori”. Esto supone un problema porque en muchos casos el gran tamaño de una empresa o grupo de empresas y su fusión, puede ser muy interesante para la sociedad en general a la vez que perjudicial para los consumidores en general. Las grandes corporaciones son las que traen desarrollo, innovación, mejores empleos, más estables, rendimientos de escala, mayor eficiencia en la utilización de los recursos, mayor estabilidad financiera y aumento de la riqueza social. Prohibir que dos empresas que tienen gran tamaño y grandes capacidades se junten, supone un freno al avance social que la operación puede llegar a aportar. Sin embargo, lo negativo está en que ese gran tamaño a veces es mal empleado.³³

En ocasiones las capacidades son utilizadas para convencer al consumidor de comprar lo que no necesita, para ofrecer al consumidor malos productos porque no sabe buscar otros mejores, para ser comparativamente tan eficiente que no haya empresas que ofrezcan alternativas, para subir los precios en sus productos y reducir costes aumentando su margen y quedándose con parte del bienestar del consumidor.

Todo esto parece un lastre muy grande, sin embargo, la apreciación debería ser que hay un lastre, sí, pero muy pequeño y asumible. Para ello nos basamos en una característica fundamental de las concentraciones, y además estudiada en uno de los casos, la autorización con compromisos. Son esos compromisos los que hacen de filtro y garantía. Los compromisos permiten que la fusión o adquisición se lleve a cabo y por tanto las empresas se puedan beneficiar de todas las ventajas de la operación. Lo único que se les pide es que adopten unos compromisos que suponen los puntos clave para defender la competencia, las

³³ Signes de Mesa, J. I., Fernández Torres, I., & Fuentes Naharro, M. (2013). *Derecho de la Competencia*. Aranzadi.

líneas rojas que de forma directa arrebatan el excedente del bienestar al consumidor.

En este contexto, podríamos pensar en usar el abuso de posición de dominio como mecanismo corrector de manera que solo limitáramos a las concentraciones de empresas cuando sus conductas fueran contra los intereses del consumidor. El problema es que este mecanismo se aplica con posterioridad al impacto negativo, y en ocasiones el impacto negativo es muy difícil de resarcir.

Por este motivo, la regulación sobre concentraciones económicas es simplemente un filtro previo para evitar alteraciones en el mercado que con el abuso de posición de dominio son punibles, pero no resarcibles. Es más, en los 16 años que tiene la actual ley no ha habido ningún caso de rechazo de la concentración. Esto da una idea de que realmente el mecanismo de imponer compromisos funciona y supone una gran adaptación para erradicar solo los aspectos negativos de la concentración.

De este modo, los compromisos suponen un freno a la actividad económica y unas restricciones para la empresa, pero mínimas y aplicadas sólo a lo necesario. Esto supone la pequeña cesión del interés social por el desarrollo y la innovación hacia el interés social por un consumidor protegido.

Y aquí reluce el verdadero problema. Con Asia la desventaja no está en la pequeña ineficiencia que genera la protección del consumidor en el ámbito de la competencia. Con Asia la diferencia se encuentra en otros “lastres” que tienen las economías europeas. Son las regulaciones laborales, medioambientales, urbanísticas y un sinfín más, de diversa índole, las que limitan a las empresas occidentales.

Pero no deberíamos equivocarnos, no se trata de limitaciones impuestas, sino de garantías para tener una población con auténticas libertades.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Broseta Pont, M., & Martínez Sanz, F. (2020). *Manual de Derecho Mercantil* (Vigesimo séptima ed.). Madrid: Tecnos.
- Campuzano, A. B., Palomar Olmeda, A., & Calderón, C. (2015). *El derecho de la competencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Carbajo Cascón, F. (2017). *Manual práctico de derecho de la competencia*. Tirant lo Blanch.
- Caruana de las Cagigas, L., & Castro Valdivia, M. (2017). *Cambio y crecimiento económico*. Madrid: Pirámide.
- García Delgado, J. (1985). Notas sobre el intervencionismo del primer fascismo. (Universidad Carlos III de Madrid, Ed.) *Revista de Historia Económica - Journal of Iberian and Latin American Economic History*, 135-145.
- Gellhorn, E., Kovacic, W., & Calk, S. (2004). *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*. West Academic Press.
- Jiménez Cardona, N. (2021). *La aplicación del Derecho Antitrust en los EE.UU.* Juruá.
- Massaguer, J., Arribas, A., & Encinas Rodríguez, A. (2020). *Comentario a la Ley de defensa de la competencia*. Pamplona: Thomson Reuters.
- Miranda Serrano, L. M. (1994). *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*. La Ley.
- Ortiz Blanco, L., & Ruiz García, N. (2013). *Derecho de la competencia europeo y español*. Dykinson.
- Ortiz Blanco, L., Maíllo González-Orús, J., Ibáñez Colomo, P., & Lamadrid de Pablo, A. (2008). *Manual de derecho de la competencia*. Tecnos.
- Serrano, L. M. (2004). *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*. La Ley.

Signes de Mesa, J. I., Fernández Torres, I., & Fuentes Naharro, M. (2013).
Derecho de la Competencia. Aranzadi.

Velasco San Pedro, L. A., & Adrián Arnáiz, J. A. (2005). *Derecho europeo de la competencia*. Lex Nova.

REVISTAS ELECTRÓNICAS, COMUNICACIONES Y PRENSA

CARDOSO, RICARDO y TSONI, MARÍA (2019) Commission prohibits Siemens proposed acquisition of Alstom, *European Commission Press Release*. Visualizado el día 27 de junio de 2024, disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_19_881/IP_19_881_EN.pdf

LAUER, STÉPHANE (2019) European companies can't compete against global giants, *The Guardian*. Visualizado el día 15 de junio de 2024, disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2019/may/17/european-companies-cant-compete-against-global-giants>

LE MAIRE, BRUNO (2019) EU blocks Siemens-Alstom rail merger, *Financial Times*. Visualizado el día 8 de junio de 2024, disponible en: <https://www.ft.com/content/cd35e760-29f5-11e9-a5ab-ff8ef2b976c7>

COMISIÓN EUROPEA (2019) UE-China – Una perspectiva estratégica, *Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo*. Visualizado el día 22 de abril de 2024, disponible en: eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019JC0005

DANIEL, RAFAEL (2022) La compra de Siro pendiente solo de la aceptación del plan de competitividad por los sindicatos, *El economista*. Visualizado el día 6 de julio de 2024, disponible en: <https://www.eleconomista.es/retail-consumo/noticias/11772912/05/22/La-compra-de-Siro-pendiente-solo-de-la-aceptacion-del-plan-de-competitividad-por-los-sindicatos.html>

HERNÁNDEZ, MARÍA (2020) CaixaBank y Bankia aprueban su fusión y arrancan la creación del mayor banco de España, *El Mundo*. Visualizado el día 5 de julio de 2024, disponible en: www.elmundo.es/economia/empresas/2020/09/17/5f63759f21efa0322d8b45f5

EXPEDIENTES

Expediente C/1105/20: Barceló/Globalia/JV disponible en: www.cnmc.es/expedientes/c110520

Expediente C/1298/22: Viasat/Connect Topco disponible en: www.cnmc.es/expedientes/c129822

Expediente C/1296/22: DK/Grupo Cerealto Siro disponible en: www.cnmc.es/expedientes/c129622

Expediente C/1144/20: CaixaBank/Bankia disponible en: www.cnmc.es/expedientes/c114420