



FACULTAD DE DERECHO

KILLER ACQUISITIONS

Regulación en defensa de la competencia y
cuestiones que plantean este tipo de operaciones

Autor: Enrique Albarrán Sánchez

5º Doble Grado en Derecho y Business Analytics (E3 Analytics)

Derecho Mercantil

Tutor: Bruno Martín Baumeister

Madrid

Abril de 2022

RESUMEN

Las *killer acquisitions* son operaciones en las que una empresa adquiere a otra con la intención de eliminar un potencial competidor. En los últimos años se ha producido un incremento de este tipo de adquisiciones. Los umbrales para la notificación obligatoria actuales se basan en el volumen de negocios y la cuota de mercado, por lo que estas operaciones quedaban fuera de la jurisdicción de las autoridades de competencia, de manera que no eran revisadas, pese al impacto que tienen en los mercados. Se han buscado nuevas formas para captar este tipo de operaciones problemáticas para la competencia, como el uso de nuevos umbrales para la notificación obligatoria basados en el valor de la operación. Este mecanismo ya ha sido implementado en Alemania y Austria. De manera alternativa, la Comisión Europea ha reinterpretado el mecanismo de remisión de operaciones de concentración por parte de los Estados miembros, para que se puedan revisar este tipo de operaciones. Se ha solucionado de manera parcial el problema, ya que la Comisión ha generado mucha incertidumbre con la implementación de su nueva política sobre la remisión de concentraciones económicas. El futuro es incierto, pero se ha dado un paso adelante para controlar este tipo de operaciones.

PALABRAS CLAVES

Killer acquisition, concentración, competencia, umbral, remisión, mercado.

ABSTRACT

Killer acquisitions are transactions in which one company acquires another with the intention of eliminating a potential competitor. In recent years, there has been an increase in the number of this type of acquisitions. The current thresholds for mandatory notification are purely based on turnover and market share, so these transactions used to be outside the jurisdiction of the competition authorities, resulting in that they were not reviewed, despite that they have a significant impact on the markets. New ways have been sought to capture this type of problematic transactions for competition, such as the use of new thresholds for mandatory notification based on the value of the transaction. This mechanism has already been implemented in Germany and Austria. Alternatively, the European Commission has reinterpreted the existing mechanism for referral of concentration transactions by the Member States, so that these types of transactions can be reviewed by a competence authority. This has only partially solved the problem, since the Commission has generated a lot of uncertainty with the implementation of its new policy on the referral of economic concentrations. The future is uncertain, but a step forward has been taken regarding the control this type of operations, the *killer acquisitions*.

KEYWORDS

Killer acquisition, concentration, competition, threshold, referral, market.

ÍNDICE

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	7
1. PLANTEAMIENTO Y JUSTIFICACIÓN DE LA CUESTIÓN.....	7
2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	9
3. METODOLOGÍA PARA EL ANÁLISIS.....	9
CAPÍTULO II. <i>KILLER ACQUISITIONS</i>	11
1. NATURALEZA.....	11
2. IMPACTO EN LA COMPETENCIA.....	12
CAPÍTULO III. MARCO TEÓRICO	14
1. EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	14
2. EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN EL ÁMBITO EUROPEO.....	17
3. EL CASO ALEMÁN: LA INTRODUCCIÓN DE LOS “UMBRALES DE VALOR”	21
CAPÍTULO IV. REGULACIÓN DE LAS <i>KILLER ACQUISITIONS</i>	24
1. EL MECANISMO DE REMISIÓN DE CONCENTRACIONES POR PARTE DE LOS ESTADOS MIEMBROS A LA COMISIÓN	24
2. LAS ORIENTACIONES DE LA COMISIÓN SOBRE EL MECANISMO DE REMISIÓN	26
3. IMPLICACIONES DE LA NUEVA POLÍTICA DE LA COMISIÓN SOBRE LA REMISIÓN DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN	36
CAPÍTULO V. CONCLUSIONES	43
CAPÍTULO VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

ABREVIATURAS

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

GAFAM: Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

CE: Constitución Española

LDC: Ley de Defensa de la Competencia

TJCE: Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

CEE: Comunidad Económica Europea

IHH: Índice Herfindahl-Hirschman

I+D: Investigación y desarrollo

ARC: Ley de Competencia alemana, *Act against Restraints of Competition*

NGS: Secuenciación de nueva generación, *Next Generation Sequencing*

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

1. PLANTEAMIENTO Y JUSTIFICACIÓN DE LA CUESTIÓN

El panorama económico ha cambiado mucho en los últimos años. Cada vez es más frecuente que una *start-up* incremente su valoración y su volumen de negocios de manera drástica en un corto espacio de tiempo. Con los avances tecnológicos que hay en la actualidad, surgen muchas ideas nuevas muy exitosas para solucionar problemas o mejorar la calidad de vida de los consumidores.

En la actualidad, hay empresas de un tamaño colosal que controlan una buena parte del mercado. Atesoran tanto poder, que en muchas ocasiones evitan que nazcan nuevos competidores en el mercado adquiriéndolos cuando todavía no tienen un volumen de negocios demasiado grande, pero muestran mucho potencial. Se estima que Google, Amazon y Facebook realizaron 299 adquisiciones, de las cuales muy pocas fueron revisadas por alguna autoridad de competencia¹.

Las *killer acquisitions* son operaciones en las cuales una empresa de gran tamaño adquiere una compañía de menor tamaño con mucho potencial, con la intención de integrar sus operaciones y así eliminar la posibilidad de que la empresa con potencial se convierta en un competidor en un futuro.

Estas operaciones se dan con mayor frecuencia en el sector digital y en el sector farmacéutico, por la propia naturaleza de las empresas que forman parte de este sector. Aproximadamente un 6% de las adquisiciones (unas 50 operaciones al año) que se producen en el sector farmacéutico son *killer acquisitions*². Según un estudio realizado por el banco de inversión GP Bullhound, en marzo de 2021 había 166 unicornios tecnológicos, empresas tecnológicas que han superado los 1,000 millones de euros de valoración³.

¹ Argentesi, E., Buccirosi, P., Calvano, E., Duso, T. Marrazzo, A. y Nava, S., "Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets", *Lear*, 2019 (disponible en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/803576/CMA_past_digital_mergers_GOV.UK_version.pdf; última consulta 06/04/2022)

² Cunningham, C., Ederer, F. y Ma, S., "Killer Acquisitions". *Journal of Political Economy*, Vol. 129, No. 3, 2020, pp. 649–702 (disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3241707>; última consulta 06/04/2022)

³ Prieto, M., "Los unicornios digitales europeos valen 800.000 millones de dólares", *Expansión*, 18 de junio de 2021, (disponible en <https://www.expansion.com/economia-digital/innovacion/2021/06/18/60cb6e57468aebd3578b4614.html>; última consulta 06/04/2022)

Las *killer acquisitions* tienen implicaciones en el derecho de la competencia, ya que de alguna manera se está limitando la posibilidad de que nazcan competidores, adquiriéndolos cuando todavía no tienen un volumen de negocios o una base de clientes muy grande⁴. Estas empresas con gran potencial no tienen muchas salidas posibles cuando gigantes tecnológicos o farmacéuticos intentan adquirirlas, por ejemplo.

En muchas ocasiones, cuando no se llega a un acuerdo, la empresa grande intenta imitar lo que hace la empresa más pequeña, generalmente con éxito, al tener muchos recursos para desarrollar nuevas tecnologías o productos. Por ejemplo, Facebook, al no poder comprar Snapchat, introdujo las famosas “historias” de Snapchat en su plataforma⁵.

Al no tener un volumen de negocios demasiado grande, o no tener una cuota de mercado importante, estas operaciones quedan fuera del radar *antitrust*. No hay obligación de notificación de estas operaciones a las autoridades de defensa de la competencia, por lo que no hay un control efectivo de las concentraciones que se producen, pudiendo resultar en ocasiones en conductas anticompetitivas. Se han propuesto otros mecanismos distintos al volumen de negocio o la cuota de mercado para establecer los umbrales para revisar las operaciones de concentración. La opción que más se ha estudiado añadir umbrales en base al valor de la operación, teniendo en cuenta el potencial de la empresa y el precio que se paga por la adquisición.

La Comisión Europea ya ha empezado a revisar alguna operación de este tipo en base a este criterio. Recientemente, la Comisión Europea ha publicado unas Orientaciones sobre el mecanismo de remisión del artículo 22 del Reglamento de Concentraciones, según las cuales los Estados miembros de la Unión Europea pueden solicitar a la Comisión que revise transacciones potencialmente problemáticas para el comercio entre Estados miembros incluso cuando no alcancen los umbrales nacionales o europeos⁶. Este cambio en la forma de actuar de la Comisión ha generado un clima de inseguridad jurídica

⁴ Cunningham, C., Ederer, F. y Ma, S., *op. cit.*, p. 7

⁵ B. T., “Facebook Stories, el plagio definitivo de Snapchat”, *El Mundo*, 25 de enero de 2017 (disponible en <https://www.elmundo.es/tecnologia/2017/01/25/5888d7f0268e3e244c8b460c.html>; última consulta 07/04/2022)

⁶ Comunicación de la Comisión. Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos. Diario Oficial de la Unión Europea C n° 113, de 31 de marzo de 2021, pp. 0001-0022 (disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0331\(01\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0331(01)&from=FR))

respecto a qué operaciones se pueden notificar o no a la Comisión, y afecta significativamente a las fusiones y adquisiciones.

2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

El objetivo de este trabajo es explicar en detalle en qué consisten las *killer acquisitions* y analizar las alternativas existentes para su revisión y control por parte de las autoridades de competencia. Se tratará de evaluar el impacto de estas operaciones en la competencia en los mercados, y se explicarán las implicaciones para las empresas de la regulación vigente.

3. METODOLOGÍA PARA EL ANÁLISIS

Para el logro de los objetivos de este trabajo, se ha estructurado este trabajo en cuatro capítulos, más una conclusión y un capítulo de referencias bibliográficas.

En el primer capítulo se realiza una contextualización del asunto, poniendo de manifiesto la relevancia del tema investigado. Se establece también el objetivo del trabajo y la metodología seguida durante la investigación.

En el segundo capítulo se explica en detalle el concepto y la naturaleza de las *killer acquisitions*, así como el impacto que tienen este tipo de operaciones en la competencia en los mercados.

A continuación, en el capítulo tercero se revisa la regulación vigente en materia del control de concentraciones, tanto a nivel nacional como a nivel comunitario. Se exponen en detalle los umbrales que existen para la notificación obligatoria de las operaciones, así como los criterios sustantivos existentes para la valoración del impacto en la competencia de las operaciones de concentración. Adicionalmente, se explica la regulación alemana en materia del control de concentraciones. El caso alemán cobra importancia debido a la introducción de un nuevo tipo de umbral para la notificación basado en el valor de la operación.

Tras realizar el análisis de la regulación, en el cuarto capítulo, se estudia el mecanismo del que disponen los Estados miembros para remitir operaciones de concentración a la Comisión. Tras ello, se explica la nueva política introducida por la Comisión Europea en relación con la remisión de operaciones de concentración por parte de los Estados

miembros. Finalmente, se realiza un análisis de las implicaciones de esta nueva política de la Comisión para las empresas.

CAPÍTULO II. *KILLER ACQUISITIONS*

1. NATURALEZA

El término *killer acquisition* fue utilizado por primera vez por Cunningham en un trabajo publicado en 2018, en el cual las describía como aquellos casos en los que una firma adquiriría otra con la intención “de discontinuar el desarrollo de proyectos de innovación de la firma adquirida y prevenir competencia futura”⁷. Por tanto, se trata de operaciones en las que el objetivo es “matar” a la empresa (o al producto) que se adquiere, comprándola para después frenar su desarrollo. Principalmente, esto se puede deber a 2 razones: miedo a que la empresa que se adquiere se pueda convertir en un competidor en el futuro, o miedo a que el desarrollo interno de las actividades o los productos de la firma adquirida puedan canibalizar otros productos o servicios de la compañía.

Por tanto, los elementos definitorios de las *killer acquisitions* son que los problemas que suscita son de naturaleza horizontal, y que el resultado de la operación es la terminación del desarrollo del producto o servicio⁸.

Las *killer acquisitions* son una de las teorías del daño dentro de la categoría de *nascent acquisitions*. Estas se tratan de un tipo de fusión en el cual una empresa adquiere una *start-up* o empresa joven con productos o servicios cuya importancia competitiva es muy incierta, tanto que puede ser que todavía no hayan entrado al mercado o lo hayan hecho recientemente⁹.

Pese a estar muy relacionadas, cabe destacar la distinción entre la teoría del daño de las *killer acquisitions* y la teoría del daño del competidor potencial emergente (*nascent potential competitor*). En la primera, el objetivo es adquirir un potencial rival para discontinuar sus operaciones y “matarlo”, mientras que, en la segunda, el objetivo no es hacer desaparecer una empresa o un producto, sino hacer desaparecer la competencia, pero manteniendo las operaciones integradas en la estructura del adquirente.

⁷ Cunningham, C., Ederer, F. y Ma, S., *op. cit.*, p. 7

⁸ Pike, C., “Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control”, *OCDE*, 2020, pp. 6-7 (disponible en [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)5/en/pdf); última consulta 01/04/2022)

⁹ *Ibid*

2. IMPACTO EN LA COMPETENCIA

Generalmente, las *killer acquisitions* no buscan un efecto secundario que afecte a terceros, sino que lo que buscan es eliminar la competencia mediante un acuerdo con el potencial competidor. Este acuerdo suele resultar beneficioso para las dos partes, sin que, a priori, resulte en ninguna actividad ilegal¹⁰.

Sin embargo, en ciertas ocasiones, una *killer acquisition* puede ser considerada como una conducta anticompetitiva, aunque no encajan claramente en ninguna categoría de conducta anticompetitiva. Este tipo de operaciones tienen un impacto en los mercados de la innovación, y no tanto en los mercados clásicos de productos y servicios.

Según un estudio realizado por los economistas Pauline Affeldt y Reinhold Kesler, las *killer acquisitions* tienen un efecto negativo en la innovación en el mercado¹¹. El estudio se basa en un análisis de las adquisiciones realizadas por Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft (GAFAM) identificadas entre 2015 y 2019. Solamente analizaron las operaciones realizadas en mercados con competidores definidos. Centrarón su análisis en la adquisición de aplicaciones.

El estudio muestra como las empresas de la competencia tienden a actualizar menos sus aplicaciones (un 2.8% menos) tras producirse una adquisición por GAFAM¹². De igual manera, se observa como aproximadamente la mitad de las aplicaciones adquiridas por GAFAM son descontinuadas tras la adquisición¹³.

El efecto en la innovación es claro. El hecho de que se descontinúen las operaciones de casi la mitad de las aplicaciones adquiridas por GAFAM pone de manifiesto el problema que supone para los usuarios este tipo de adquisiciones. Limitan el crecimiento de las empresas adquiridas, perjudicando de forma indirecta a los usuarios finales.

¹⁰ Madl, A. C., “Killing Innovation? Antitrust Implications of Killer Acquisitions”, *Yale Journal on Regulation Bulletin*, 38, 2020, pp. 28-52 (disponible en <https://www.yalejreg.com/bulletin/killing-innovation-antitrust-implications-of-killer-acquisitions/>; última consulta 07/04/2022)

¹¹ Affeldt, P. y Kesler, R., “Competitors’ reactions to Big Tech Acquisitions: Evidence from Mobile Apps”, *Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung*, 2021, pp. 15 (disponible en https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.831752.de/dp1987.pdf; última consulta 06/04/2022)

¹² *Ibid*, pp. 4

¹³ *Ibid*

El estudio muestra como este tipo de adquisiciones no suponen un aumento en los precios. Tampoco hay un cambio en la política de privacidad de las empresas, lo cual es lógico ya que tienden a actualizarse menos¹⁴.

En conclusión, se observa como este tipo de operaciones tienen un impacto en la estrategia de los competidores, ya que ven reducidos los incentivos para invertir en innovación. Por otro lado, también limitan la entrada de nuevos competidores, reduciendo la potencial oferta de productos o servicios disponibles para los consumidores.

¹⁴ *Ibid*, pp. 7

CAPÍTULO III. MARCO TEÓRICO

1. EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El marco legal de referencia para el control de concentraciones a nivel nacional es la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. Se trata de un control administrativo, que deriva de un mandato constitucional¹⁵, y que limita el derecho constitucional de libertad de empresa¹⁶.

En este sentido, la STC 108/2014, de 26 de junio, indica que “siendo indudable que las concentraciones económicas constituyen una manifestación de la libertad de empresa (art. 38 CE) -de manera que, en principio, la adquisición de empresas competidoras o la fusión entre empresas competidoras debe entenderse libre”¹⁷. Sin embargo, de acuerdo con la STC 108/2014, es necesario establecer un orden en las condiciones de competencia en los mercados, lo cual “ha hecho que desde la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, se establezca un sistema de control de las fusiones empresariales que puedan tener un impacto negativo en la libre competencia”¹⁸. Continúa la STC 108/2014 estableciendo que es el artículo 38 CE el que “sienta el fundamento último del sistema de control de estas concentraciones al encargar a los poderes públicos el mantenimiento y la garantía del funcionamiento del sistema de la economía de mercado”¹⁹.

La definición de concentración económica se encuentra en el artículo 7 de la LDC, que establece que se entiende que se produce una concentración económica cuando se produzca un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de una fusión de dos o más empresas independientes, la adquisición del control por parte de una empresa de la totalidad o parte de otras empresas, o la creación de una empresa en participación, y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de

¹⁵ Art. 38 de la Constitución Española. Boletín Oficial del Estado núm.311, de 29 de diciembre de 1978

¹⁶ Lavilla Rubira, J. J., “Regulación y competencia”, *Derecho Administrativo Económico*, 2º edición, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 56

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 108/2014, de 26 de junio. Boletín Oficial del Estado núm. 177, de 22 de julio de 2014, pp. 128

¹⁸ *Ibid*

¹⁹ *Ibid*

una entidad económica autónoma²⁰. Se entiende por adquisición del control cuando se pueda ejercer una influencia decisiva sobre otra empresa, es decir, cuando una empresa puede decidir la estrategia de otra, o, al menos, vetarla o bloquearla²¹.

Para evitar estas concentraciones, la LDC prevé un sistema de control preventivo *ex ante*, previo a la materialización de la concentración económica, llevado a cabo por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. El objetivo de este control preventivo es analizar los posibles efectos en la competencia de la operación de concentración, tratando de identificar y evitar las concentraciones que puedan tener efectos negativos en la competencia en los mercados²².

Para valorar las operaciones de concentración es necesario un criterio sustantivo que para valorar los efectos de la operación. Hay dos criterios principales, el criterio de la obstaculización de una competencia efectiva y el criterio de la posición de dominio. El primero se refiere a que una concentración económica ha de ser valorada en base a si impide u obstaculiza una competencia efectiva, entendida como la competencia que se da en un mercado perfectamente competitivo (o con condiciones que lo hace casi perfectamente competitivo).

El segundo criterio se basa en un análisis de si la operación creará o ampliará la posición de dominio de una empresa en el mercado. La definición de posición de dominio se puede extraer de la sentencia del caso United Brands, de dimensión comunitaria, en la que se expuso que una empresa es dominante cuando puede comportarse de manera ajena a sus clientes, competidores y consumidores²³. La jurisprudencia comunitaria también establece una presunción *iuris tantum* de posición de dominio cuando se ostenta más de

²⁰ Art. 7 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872

²¹ Lavilla Rubira, J. J., *op. cit.*, p. 14

²² Armengol, O y De Blas, J., “Procedimiento administrativo antes las autoridades nacionales de la competencia: el procedimiento de control de concentraciones empresariales”, *Tratado de Derecho de Competencia*, 2017, pp. 36 (disponible en <https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/es/actualidadPublicaciones/ArticuloJuridico/Documents/170919-wolters-kluwer-tradado-derecho-de-la-competencia-oag-jba.pdf>; última consulta 06/04/2022)

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 14 de febrero de 1978, en el asunto C-27/1976, United Brands Company y United Brands Continental BV contra la Comisión. Disponible en EUR-Lex con referencia 61976CJ0027

un 50% de la cuota de mercado, sin perjuicio de que se pueda dar esta posición dominante sin alcanzar esa cuota de mercado²⁴.

En la LDC actual se prevé el control de concentraciones en base al criterio sustantivo de obstaculización de una competencia efectiva, con el matiz de que el Consejo de Ministros puede adoptar decisiones en base al interés general (art. 10.4 de la LDC), obviando este criterio sustantivo²⁵.

El artículo 10 de la LDC recoge este criterio, estableciendo que la CNMC deberá evaluar:

“La estructura de todos los mercados relevantes, la posición en los mercados de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera, la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera del territorio nacional, las posibilidades de elección de proveedores y consumidores, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, el poder de negociación de la demanda o de la oferta y su capacidad para compensar la posición en el mercado de las empresas afectadas, y las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración”²⁶.

Existen unos umbrales que marcan cuando se debe producir este control, recogidos en el artículo 8 de la LDC. El primero, establecido en el art. 8.1 a) de la LDC es en base a la cuota de mercado, y se establece que se aplicará el procedimiento de control contenido en la LDC cuando por causa de la concentración “se adquiriera o incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo”²⁷. El segundo, contenido en el art. 8.1 b) de la LDC, es en base al volumen de negocios, y se establece que se aplicará el procedimiento de control cuando “el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240

²⁴ “Procedimiento administrativo antes las autoridades nacionales de la competencia: el procedimiento de control de concentraciones empresariales”, pp. 37, *op. cit.*, p. 15

²⁵ Art. 10 de la Ley de Defensa de la Competencia

²⁶ Art. 10 de la Ley de Defensa de la Competencia

²⁷ Art. 8 de la Ley de Defensa de la Competencia

millones de euros, siempre que al menos dos de los participantes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros”²⁸.

Estos dos umbrales de notificación solo afectan a operaciones de ámbito nacional, quedando las operaciones de ámbito comunitario supeditadas a los umbrales establecidos en el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas, de acuerdo con el art. 8.2 de la LDC, sin perjuicio de que la Comisión Europea pueda remitir el control de una operación de dimensión comunitaria a España conforme a lo establecido en el Reglamento²⁹.

De acuerdo con el art. 9 de la LDC, cuando una operación de concentración alcance alguno de los dos umbrales anteriores, deberá ser notificada a la CNMC. Como regla general, la notificación a la CNMC implica la suspensión de la ejecución de la operación hasta que la CNMC ejerza el control preventivo y decida sobre el devenir de la operación³⁰. La decisión de la CNMC puede ser de tres tipos: una autorización plena, una autorización con compromisos, o una prohibición.

2. EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN EL ÁMBITO EUROPEO

En el ámbito comunitario el marco legal es el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas, junto con las Directrices de la Comisión, de 5 de febrero de 2004, sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, y el Reglamento (CE) 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. El órgano competente encargado de realizar el control es la Comisión Europea.

Como se expuso con anterioridad, hay dos criterios de sustantivos para la valoración del impacto de las operaciones de concentración en la competencia. Tradicionalmente, en el ámbito comunitario se utilizaba el criterio de la posición de dominio, tal y como establecía el art. 2.2 del Reglamento 4064/1989, por el que se prohibían las operaciones de

²⁸ Art. 8 de la Ley de Defensa de la Competencia

²⁹ Art. 8 de la Ley de Defensa de la Competencia

³⁰ Art. 9 de la Ley de Defensa de la Competencia

concentración económica que “creasen o reforzasen una posición dominante”³¹. Una de las novedades que introdujo el Reglamento 139/2004 es el cambio de criterio sustantivo para valorar las concentraciones económicas, pasando a utilizarse el criterio de la obstaculización de una competencia efectiva³².

El art. 2.1 a) del Reglamento 139/2004 establece que la Comisión tendrá en consideración “la necesidad de preservar y desarrollar una competencia efectiva en el mercado común” a la hora de realizar el control³³. El art. 2.1 b) del Reglamento 139/2004 añade que la Comisión considerará también “la posición de mercado de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de barreras legales o de otro tipo para el acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda, [...] así como el desarrollo del progreso técnico y económico”³⁴. Se puede apreciar cómo claramente la Comisión debe emplear el criterio de obstaculización de la competencia efectiva a la hora de evaluar las operaciones de concentración que se le notifiquen, quedando en desuso el anterior criterio de la posición de dominancia.

Para analizar y cuantificar el impacto de una operación en cuanto a la obstaculización de la competencia, las Directrices horizontales de la Comisión establecen diferentes parámetros. Estos son la cuota de mercado y el índice “Herfindahl-Hirschman” (IHH)³⁵. Tradicionalmente se había venido analizando la cuota de mercado de la empresa tras la operación como criterio para determinar si se había producido una concentración económica, pero la novedad introducida por las Directrices de la Comisión es la introducción de unos umbrales para establecer presunciones *iuris tantum* de concentración o de no concentración. Según los apartados 17 y 18 de las Directrices

³¹ Art. 2 del Reglamento (CEE) No 4064/1989 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. Diario Oficial de las Comunidades Europeas L n° 395, de 30 de diciembre de 1989

³² Art. 2 del Reglamento (CE) No 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Diario Oficial de la Unión Europea L n° 24, de 29 de enero de 2004

³³ Art. 2 del Reglamento 139/2004

³⁴ Art. 2 del Reglamento 139/2004

³⁵ Apartado 16 de las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. Diario Oficial de la Unión Europea C n°31, de 31 de marzo de 2004

horizontales, el límite superior es el 50%, a partir del cual hay presunción de que hay concentración³⁶. Por debajo del 25% se presume la inexistencia de la misma³⁷.

Por otro lado, el apartado 16 establece la posibilidad de determinar el grado de concentración global de un mercado mediante el IHH, el cual se calcula como la suma de las cuotas de mercado de las empresas parte de ese de mercado, elevándolas al cuadrado, de tal forma que adquieren más peso las cuotas de mercado de las empresas con mayor tamaño. La Comisión también puede evaluar el impacto de una operación en el nivel de concentración analizando el incremento o decremento del IHH resultante tras la operación, ya que varía al darse nuevas cuotas de mercado. A priori, si el IHH sube, quiere decir que el mercado se encuentra más concentrado que antes, ya que, al haber adquirido una empresa mayor cuota de mercado, al elevarse al cuadrado, hace que se incremente el IHH³⁸.

Además de estos dos criterios, en los apartados 64 a 75 de las Directrices se mencionan otros aspectos a tener en cuenta, como son el poder de negociación de la demanda, entendido como el grado en que los clientes podrían enfrentarse al aumento de poder de una empresa en el mercado, o la probabilidad de entrada de nuevos competidores, entendida como la probabilidad que de entren nuevas empresas en el mercado atendiendo a las barreras de entrada generadas por la operación, como puede ser el aumento de precios³⁹.

Las Directrices mencionan expresamente la existencia de factores que afectan positivamente a la valoración de la concentración, como son las eficiencias derivadas de la operación. Según los apartados 78 y 79, estas eficiencias deben beneficiar a los consumidores, deben ser consecuencia directa de la operación y deben poderse verificar. Además, han de ser efectivas en un periodo breve tras la materialización de la operación⁴⁰. La eficiencia que se valora con más peso por la Comisión es la reducción de precios, la

³⁶ Apartado 18 de las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas

³⁷ Apartado 17 de las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas

³⁸ Apartado 16 de las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas

³⁹ Apartados 64 a 75 de las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas

⁴⁰ Apartados 78 y 79 de las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas

cual puede darse por la creación de sinergias que reduzcan los costes de producción o distribución⁴¹. Otro ejemplo de eficiencia sería la mejora de los productos o servicios existentes debido a una mejora en el I+D de la entidad tras la operación⁴². Sin embargo, no basta con que se den estas eficiencias, si no que se debe probar que no se podrían haber conseguido de una forma con menor impacto en la competencia⁴³.

Por otro lado, la competencia de control y revisión de las operaciones comunitarias es competencia exclusiva de la Comisión, por lo que los Estados miembros deben abstenerse de aplicar su normativa para las operaciones comunitarias. La materialización de esta exclusividad de la Comisión es que las entidades que van a realizar la operación de concentración solo deben notificar a la Comisión, y no a las autoridades de competencia de los Estados miembros en los que tiene impacto la operación.

Para que una operación tenga la consideración de dimensión comunitaria, el Reglamento 139/2004 establece unos umbrales basados en el volumen de negocios de las entidades implicadas en la operación, similares a los que encontramos en la LDC, pero a mayor escala. El artículo 2 del Reglamento 139/2004 establece que aquellas concentraciones en las cuales las empresas implicadas superen un volumen total de negocios a nivel mundial de 5,000 millones de euros y el volumen total de negocios a nivel comunitario realizado por al menos dos de las entidades implicadas supere los 250 millones de euros tendrán dimensión comunitaria, a excepción de que todas las empresas implicadas realicen más de dos tercios del volumen total de sus operaciones en un Estado miembro⁴⁴.

Para las operaciones que no alcanzan los citados umbrales, el artículo 3 prevé que tengan dimensión comunitaria cuando el volumen total de negocios a nivel mundial sea superior a 2,500 millones de euros, el volumen de total negocios sea de al menos 100 millones de euros en tres Estados miembros, que en dichos Estado miembros al menos dos empresas implicadas tengan un volumen de negocios superior a 25 millones de euros, y que al menos dos de las empresas afectadas tengan un volumen de negocios superior a 100

⁴¹ Apartado 80 de las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas

⁴² Apartado 81 de las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas

⁴³ Engra, J. C. y Encinas, A., “El sistema de control de concentraciones en la Unión Europea”, *Ekonomiaz: Revista Vasca de Economía*, n.º 6, 2006 (disponible en

<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1590/documento/032artARE.pdf?id=1913>;

última consulta 06/04/2022)

⁴⁴ Art. 2 del Reglamento 139/2004

millones de euros a nivel comunitario, con la misma excepción contenida en el apartado anterior⁴⁵.

Esta nueva redacción de los umbrales busca que la Comisión pueda revisar un mayor número de operaciones, aunque tengan una dimensión un poco menor, a fin de armonizar y que las entidades no deban notificar a todos los Estados miembros en que realizan operaciones.

Las entidades implicadas en una operación de concentración sin dimensión comunitaria pueden solicitar que se remita a la Comisión la revisión de la operación, en aquellos casos en los que debieran notificar a, al menos, las autoridades de competencia de tres Estados miembros⁴⁶, como dicta el artículo 4.5 del Reglamento 139/2004.

También puede darse el caso contrario, que un Estado miembro solicite la remisión de la revisión de una concentración con dimensión comunitaria, como establece el artículo 9. Para ello, la operación debe suponer un riesgo significativo para la competencia en un mercado definido del Estado miembro, o que pueda alterar de forma no significativa la competencia, pero el mercado no definido no supone una parte sustancial del mercado común⁴⁷. Por mercado definido se entiende que el mercado es suficientemente homogéneo, siendo clara su distinción de otros mercados, según el artículo 9.7 del Reglamento.

3. EL CASO ALEMÁN: LA INTRODUCCIÓN DE LOS “UMBRALES DE VALOR”

El Parlamento alemán aprobó en enero de 2021 la décima reforma de su ley de competencia, *German Act against Restraints of Competition* (ARC), conocida como *German Competition Digitalisation Act*. teniendo un impacto significativo en la regulación de los controles de concentraciones. Dicha reforma se centra especialmente en regular el poder en el mercado de las grandes empresas basadas en un modelo de negocio digital, las cuales suelen ser las principales actoras en relación con las *killer acquisitions*.

El cambio más significativo introducido por la reforma es la elevación de los umbrales de volumen de ventas preestablecidos para el control de las operaciones de

⁴⁵ Art. 3 del Reglamento 139/2004

⁴⁶ Art. 4 del Reglamento 139/2004

⁴⁷ Art. 9 del Reglamento 139/2004

concentración⁴⁸. En concreto, se requiere que el volumen de ventas de al menos una de las compañías involucradas sea de 50 millones de euros en Alemania por lo menos, y que el volumen de ventas de otra de las empresas afectadas por la operación sea superior a 17,5 millones de euros, como establece el artículo 35.1.2 del ARC. Previamente estos umbrales eran de 25 y 5 millones de euros respectivamente. Sin embargo, según el artículo 35.1.1 del ARC, se mantiene el umbral de volumen global de negocios en 500 millones de euros.

Esta reforma sitúa los umbrales en Alemania en línea con los establecidos en otros Estados miembros, ya que, anteriormente, los umbrales alemanes eran relativamente bajos. Estos umbrales tan bajos causaban un gasto excesivo de recursos al tener que revisarse una gran cantidad de operaciones por año. Por ejemplo, aún con la pandemia afectando el mercado, se recibieron más de 1,200 notificaciones en 2020. Con la elevación de los umbrales se espera que se reduzca este número en un 40% por lo menos. De esta manera, se podrá centrar los esfuerzos y recursos en revisar los casos potencialmente más problemáticos⁴⁹.

Una de las particularidades de la ley *antitrust* alemana es que incluye umbrales de valor además de los umbrales de volumen de negocios para la obligación de notificación de operaciones de concentración. De esta forma, se pueden revisar operaciones que afectan a empresas sin un volumen de ventas elevado pero que tienen mucho potencial competitivo, y así las *killer acquisitions* no quedan sin revisión por parte de las autoridades de competencia.

En cuanto al umbral de valor en sí, el artículo 35.1 a) del ARC, establece que también se realizará un control de la concentración económica en los que casos en los que el volumen global de negocios de las partes implicadas en la operación supere los 500 millones de euros, el volumen de ventas en Alemania de una de las partes de la operación supere los 50 millones de euros pero **no** haya ninguna otra empresa implicada con un volumen

⁴⁸ Art. 35 del *Act against Restraints of Competition in the version published on 26 June 2013* (*Bundesgesetzblatt (Federal Law Gazette) I*, 2013, p. 1750, 3245), as last amended by Article 4 of the Act of 9 July 2021 (*Federal Law Gazette I*, p. 2506, (disponible en https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0013))

⁴⁹ Schoening, F., Brock-Wenzek, J. y von Schereitter, F., “Less is more – Germany eases merger control requirements”, *Hogan Lovells*, 2021 (disponible en <https://www.engage.hoganlovells.com/knowledgeservices/news/less-is-more-germany-eases-merger-control-requirements>; última consulta 07/04/2022)

superior a 17,5 millones de euros en Alemania, la consideración de la operación sea superior a 400 millones de euros, y la empresa adquirida obtuvo un volumen de ventas superior a 2 millones de euros de los cuales al menos 2 tercios fueron obtenidos en Alemania⁵⁰.

El concepto de “valor de la operación” se introduce cuando se menciona que la consideración de la operación debe ser mayor a 400 millones de euros⁵¹. El artículo 38.4 a) del ARC explica lo que se entiende por “consideración”: todos los activos y compensaciones en especie que el vendedor recibe del comprador en relación con la operación de concentración, y el valor de las obligaciones del vendedor asumidas por el comprador tras la operación⁵².

En este sentido, las autoridades de competencia alemanas y austríacas publicaron en 2018 de forma conjunta unas orientaciones sobre cómo aplicar estos umbrales de valor⁵³. De esta forma, tanto Alemania como Austria se han convertido en pioneros en el control de operaciones de concentración que afectan a empresas en fases de crecimiento, con un volumen de ventas relativamente bajo. Es un paso relevante para el futuro del control de las *killer acquisitions*, ya que el caso de estos dos Estados puede sentar precedente y animar a otros Estados miembros a revisar su regulación sobre el control de concentraciones.

⁵⁰ Art. 35 del *Act against Restraints of Competition*

⁵¹ Art. 35 del *Act against Restraints of Competition*

⁵² Art. 38 del *Act against Restraints of Competition*

⁵³ *Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG)* (disponible en https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitfaden/Leitfaden_Transaktionsschwelle.pdf?__blob=publicationFile&v=2)

CAPÍTULO IV. REGULACIÓN DE LAS *KILLER ACQUISITIONS*

1. EL MECANISMO DE REMISIÓN DE CONCENTRACIONES POR PARTE DE LOS ESTADOS MIEMBROS A LA COMISIÓN

El control de las concentraciones económicas sigue un sistema dual. En principio, las operaciones de dimensión comunitaria deben ser examinadas por la Comisión, y el resto por los Estados miembros. A partir de ciertos umbrales, es competencia exclusiva de la Comisión. Es un control excluyente. Es decir, solo puede revisar la operación o la Comisión o los Estados miembros⁵⁴.

Lo primero que se examina cuando se va a producir una concentración económica es si es susceptible de ser revisada por la Comisión. Si no alcanza los umbrales, se examina si supera los umbrales establecidos por los Estados miembros. A este respecto, recordemos que encontramos tres tipos de umbrales: de volumen de negocios, de valor de la operación (caso austríaco y alemán), y de cuota de mercado (caso español y portugués). El reparto de competencias es, pues, bastante claro, resultando en seguridad jurídica. Hay algunas excepciones contenidas en el Reglamento 139/2004, pero son tasadas.

Como se ha expuesto, lo primero que se hace cuando se va a producir una operación de concentración económica es analizar si esta tiene dimensión comunitaria. Si no tiene dimensión comunitaria, entonces entran a revisar las autoridades de competencia de los Estados miembros. Sin embargo, el Reglamento 139/2004 contempla un mecanismo de remisión de concentraciones de los Estados miembros a la Comisión, en su artículo 22. Este artículo 22 es comúnmente conocido como “cláusula holandesa”, debido a que su inclusión en la normativa comunitaria deriva de la petición por parte de los Países Bajos de la inclusión de una cláusula de este tipo, debido a que no disponían de normativa nacional para revisar las concentraciones económicas. De esta forma, cuando previeran que una operación de este tipo podría afectar a la competencia en su territorio, podrían remitirla a la Comisión para que la inspeccionara⁵⁵.

⁵⁴ Uría Menéndez, “La nueva política de la Comisión Europea para ampliar el ámbito de revisión de operaciones de concentración”, 2021 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/circulares/1395/documento/12250/UM-nota.pdf?id=12250>; última consulta 04/04/2022)

⁵⁵ *Ibid*

El artículo 22 del Reglamento 139/2004 es una de las excepciones tasadas al reparto de competencias establecido en el mismo. Por medio de este mecanismo, se puede solicitar que la Comisión revise una operación que no superaba los umbrales para ser considerada de ámbito comunitario⁵⁶.

Los requisitos para que se pueda remitir el control de la operación a la Comisión se establecen en el apartado primero del artículo 22. La operación no debe tener dimensión comunitaria, pero debe afectar al comercio entre Estados miembros y amenazar con la afectación de forma significativa a la competencia en los mercados de los Estados miembros que soliciten la remisión⁵⁷.

Una vez un Estado miembro presenta la solicitud (en un plazo de 15 días laborables desde la notificación de la concentración), se pueden adherir a ella otros Estados miembros, en un plazo de 15 días laborables desde que sean informados por la Comisión de la solicitud inicial, como establece el artículo 22.2. Tras la presentación de la solicitud de remisión, la Comisión debe pronunciarse en los 10 días laborables siguientes al transcurso del plazo establecido en el punto 2. La Comisión debe tomar la decisión de aceptar o no aceptar la solicitud de remisión. En caso de que la Comisión decida aceptarla, los Estados que solicitaron la remisión pierden la jurisdicción, pasando a tenerla la Comisión, que se pronuncia sobre el fondo del asunto tomando en consideración tanto el impacto de la operación en el comercio entre Estados miembros y el impacto en la competencia en el territorio de los Estados solicitantes⁵⁸.

Los Estados miembros afectados con competencia para examinar la operación que no se adhieran a la solicitud pueden seguir revisándola en paralelo⁵⁹. En caso de que la Comisión decida no aceptar la solicitud de remisión, cada Estado miembro afectado debe examinar la operación en base a su regulación por separado. Por último, también se puede dar este mismo caso a la inversa. El artículo 22.5 establece que la Comisión puede solicitar la remisión por parte de los Estados miembros cuando estime que una operación cumple los criterios del apartado 1⁶⁰.

⁵⁶ Art. 22 del Reglamento 139/2004

⁵⁷ Art. 22 del Reglamento 139/2004

⁵⁸ Art. 22 del Reglamento 139/2004

⁵⁹ Uría Menéndez, *op. cit.*, p. 24

⁶⁰ Art. 22 del Reglamento 139/2004

La inclusión del mecanismo de remisión en la normativa europea tenía el objetivo de que los Estados miembros que no tenían normativa nacional sobre el control de concentraciones pudieran solicitar la revisión de operaciones que de otra forma quedarían sin control. Sin embargo, en la actualidad todos los Estados miembros (salvo Luxemburgo) han desarrollado normativa de este tipo, por lo que la función original del artículo 22 ha dejado de ser necesaria⁶¹.

A raíz del desuso del mecanismo de revisión para lo que inicialmente fue concebido, los Estados miembros le han encontrado nuevas funcionalidades. Intentaban remitir a la Comisión operaciones que no superaban sus umbrales nacionales, alegando que cumplían las condiciones del artículo 22.1 (riesgo para el mercado comunitario e impacto en la competencia en el territorio del Estado). Sin embargo, la Comisión se ha pronunciado en múltiples ocasiones, tanto en su actividad decisoria como en los documentos de trabajo elaborados en la revisión de concentraciones económicas, estableciendo que, para solicitar la remisión de la revisión, los Estados solicitantes debían tener jurisdicción sobre el asunto⁶².

La implicación de esta postura de la Comisión es que las operaciones que no superan los umbrales nacionales que marcan la obligatoriedad de notificar quedaban sin revisión *ex ante* ni *ex post*⁶³. La lógica seguida por la Comisión en su postura era sencilla: si existen umbrales de notificación tanto nacionales como comunitarios recogidos en la normativa, las operaciones que no los superan no suponen un riesgo efectivo para la competencia⁶⁴.

2. LAS ORIENTACIONES DE LA COMISIÓN SOBRE EL MECANISMO DE REMISIÓN

La postura tradicional de la Comisión respecto a la remisión de operaciones que no superan los umbrales nacionales era muy clara. A este respecto, se abrían varias opciones

⁶¹ “La nueva política de la Comisión Europea para ampliar el ámbito de revisión de operaciones de concentración”, *op. cit.*, p. 24

⁶² *Ibid*

⁶³ Vestager, M., “The future of EU merger control”, *Comisión Europea*, 2020 (disponible en https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en; última consulta 07/04/2022)

⁶⁴ “La nueva política de la Comisión Europea para ampliar el ámbito de revisión de operaciones de concentración”, *op. cit.*, p. 24

para atajar estas operaciones que no alcanzan los umbrales de notificación establecidos y quedan fuera del radar de las autoridades de competencia.

La primera de ellas era modificar las normativas nacionales de los países, estableciendo umbrales más pequeños o introduciendo nuevos umbrales de diferente tipo. Alemania y Austria optaron por esta vía, introduciendo el concepto de umbral de valor explicado anteriormente⁶⁵.

Otra opción era la modificación de la normativa comunitaria, reformando el Reglamento 139/2004 para introducir algún mecanismo para captar las operaciones que suponen un riesgo, pero no alcanzan los umbrales nacionales.

La tercera opción implicaba reinterpretar el mecanismo de remisión del artículo 22 del Reglamento 139/2004, para así poder revisar aquellas concentraciones económicas que no superan los umbrales comunitarios o nacionales. Esta opción no requería modificación legislativa alguna, permitiendo una mayor flexibilidad.

Ya en 2016 la Comisión abrió una consulta sobre la evaluación de los aspectos jurisdiccionales y procesales del control de concentraciones comunitarias. El objetivo era recabar información acerca de los diferentes tipos de umbrales de notificación que existían. Sin embargo, tras la consulta no se produjeron cambios, hasta que en noviembre de 2020 la comisaria Margarethe Vestager, vicepresidenta ejecutiva de la Comisión y responsable de la política de competencia, se pronunció acerca del futuro del control de concentraciones en la Unión Europea.

En sus declaraciones, Vestager hacía hincapié en la importancia del control de concentraciones⁶⁶. Desde que en 1990 entraran en vigor las primeras reglas sobre el control de concentraciones en la Unión Europea, la Comisión ha revisado más de 8.000 operaciones de este tipo. De igual manera, remarcaba que, gracias a la regulación implementada, los ciudadanos de la Unión Europea han disfrutado de diferentes beneficios. Se han ahorrado miles de millones de euros por la evitación de pactos en los precios, por ejemplo. Y eso que tan solo un pequeño porcentaje de las operaciones que

⁶⁵ Art. 35 del *Act against Restraints of Competition*

⁶⁶ Vestager, M., *op. cit.*, p. 26

son sometidas a un control por parte de las autoridades de competencia realmente suponen un riesgo grande para la competencia⁶⁷.

Utilizando el símil empleado por Vestager en sus declaraciones, las normas de competencia se deben actualizar, de igual forma que se han renovado las técnicas empleadas para la cirugía ocular. Al tiempo que se implementaba la primera regulación sobre concentraciones económicas comunitarias, se realizaba la primera cirugía ocular mediante láser. Desde entonces, la técnica empleada para este tipo de cirugías ha evolucionado de manera impresionante. Lo mismo ocurre con la defensa de la competencia. Se ha de mantener actualizada conforme a la situación de la economía para asegurar la máxima eficacia posible. No se trata de modificar de forma radical las normas de competencia, si no de mantenerlas actualizadas y adaptadas a los nuevos tiempos, para así conseguir un mejor funcionamiento⁶⁸.

Otra de las cuestiones abordadas por Vestager en sus declaraciones es la eficacia de los umbrales existentes. La pregunta es si el umbral del volumen de ventas es suficiente para captar operaciones que puedan impactar a la competencia. Es cierto que el volumen de ventas es un buen indicador de la relevancia de la operación. Sin embargo, en los mercados digitales o farmacéuticos pueden tener importancia para la competencia otros aspectos más allá del volumen de ventas, como pueden ser productos o servicios con mucho potencial que todavía no acumulan muchas ventas.

Los umbrales actuales capturan la mayoría de las operaciones que pueden poner en riesgo la competencia efectiva, pero hay algunas operaciones que no son revisadas y pueden suponer un riesgo. Lo que propone Vestager (2020) es la implementación de un umbral basado en el valor de la operación, en vez de en el volumen de ventas. Dicha tarea no es sencilla, ya que acertar con el valor del umbral no es fácil. Si es demasiado alto, no tendría el efecto deseado, ya que muchas operaciones quedarían fuera del control de las autoridades de competencia. Si es demasiado bajo, habría un problema de economía procesal. Se solicitaría la revisión de un número muy grande de operaciones, de las cuales muchas no tendrían demasiada relevancia. Es por ello por lo que, para Vestager, la solución al problema no pasa por ahí en un futuro cercano.

⁶⁷ Vestager, M., *op. cit.*, p. 26

⁶⁸ *Ibid*

La solución propuesta por Vestager ya está de alguna manera implícita en el propio Reglamento 139/2004, en el mecanismo de remisión de operaciones por parte de los Estados miembros. De esta forma, la Comisión podrá conocer aquellos casos que no superen los umbrales comunitarios y los Estados miembros consideren oportuno remitir conforme a lo explicado en el epígrafe anterior. El problema viene nuevamente con las operaciones que tampoco superan los umbrales nacionales, ya que las autoridades nacionales no tienen jurisdicción sobre el asunto. Como se ha expuesto anteriormente, en los últimos años la Comisión ha desaconsejado remitir operaciones en las que no se superan los umbrales nacionales⁶⁹. Sin embargo, según Vestager (2020) la intención de la Comisión al adoptar esa postura nunca fue dejar de conocer asuntos que pudieran tener impacto significativo en la competencia efectiva.

En el entorno económico en el que vivimos, el volumen de ventas ha dejado de ser el único indicador para determinar si una operación de concentración supone un riesgo para los mercados. Por tanto, al no existir otro tipo de umbrales en la mayoría de los Estados miembros y a nivel comunitario, se dejan de revisar muchas operaciones que sí suponen un riesgo para la competencia, aunque esa no fuera la intención de la Comisión.

En sus declaraciones, Vestager mencionó que había llegado la hora de cambiar la estrategia, y anunció que se planeaba empezar a aceptar remisiones de asuntos de relevancia comunitaria por parte de Estados miembros sin jurisdicción sobre ellos. Es un cambio que no es directo, y que implica un tiempo de adaptación y organización, pero que garantiza una mayor efectividad a la hora de garantizar una competencia efectiva⁷⁰.

Hoy en día, las grandes economías europeas tienen mercados más concentrados que nunca, con empresas de un tamaño colosal que controlan gran parte de los mercados. A raíz de esto, la competencia que se encuentran estas empresas en el mercado es menor, por lo que encuentran más sencillo subir los precios al consumidor. La Comisión busca entender el impacto de esta nueva forma de organización de los mercados en las normas de competencia. Para ello, un primer paso es entender el efecto de las decisiones recientes en los precios, la calidad o la innovación, y, en base a ello, adaptar sus decisiones para garantizar una competencia más justa y efectiva en el futuro⁷¹.

⁶⁹ Vestager, M., *op. cit.*, p. 26

⁷⁰ *Ibid*

⁷¹ *Ibid*

Estas declaraciones de la comisaria Vestager tuvieron una serie de implicaciones prácticas, con especial énfasis en la incertidumbre generada. En primer lugar, se generó un clima de incertidumbre legal. Tradicionalmente las empresas que iban a acometer una operación de concentración solo tenían que revisar si superaban los umbrales comunitarios o europeos, y si no era así, no tenían que notificar a ninguna autoridad la operación. Esto generaba un clima de seguridad jurídica. Sin embargo, en la actualidad las empresas deben tener en cuenta no solo si alcanzan los umbrales, si no también si la operación cumple con los requisitos del artículo 22.1 del Reglamento 139/2004⁷².

Cuando una operación es notificada para su revisión, se suspende su ejecución hasta que el organismo de competencia toma una decisión. En línea con lo anterior, las empresas tradicionalmente tenían la certeza de que no tenían que notificar la operación a ninguna autoridad de competencia si no superaban los umbrales, por lo que podían seguir adelante con la operación, sin miedo a que se ordenara su suspensión⁷³. Sin embargo, hoy en día, al no tener la certeza de la validez de la operación, las empresas pueden dudar antes de cerrar una operación de este tipo. Si se sigue adelante con la operación, se incurre en el riesgo de que la Comisión decida revisar la operación tras una remisión posterior por parte de un Estado miembro. En caso de que no hayan cerrado la operación antes de que la Comisión entre a revisar el asunto, las partes deberán continuar actuando como entidades separadas sin integración de ningún tipo. Si se da algún tipo de integración, las empresas implicadas son susceptibles de recibir sanciones de hasta un 10% de su volumen de negocios total⁷⁴.

Por otro lado, el anuncio del cambio de parecer de la Comisión afectó también a los Estados miembros. En el Reglamento 139/2004 se establece un plazo de 15 días laborables para remitir la operación a la Comisión⁷⁵, empezando a contar desde el día en que se notificó la operación a las autoridades nacionales. De acuerdo con la Comisión, la notificación se entiende producida cuando se recaba la información suficiente para llevar a cabo una evaluación inicial de la operación para poder remitir el caso a la Comisión. Al

⁷² Latham & Watkins, “Analysis of Commissioner Vestager’s announcement to accept referrals from NCAs for non-reportable concentrations”, 2020 (disponible en <https://www.lw.com/thoughtLeadership/article-22-eu-merger-referrals>; última consulta 06/04/2022)

⁷³ *Ibid*

⁷⁴ *Ibid*

⁷⁵ Art. 22 del Reglamento 139/2004

ser una definición tan abierta, hay bastante incertidumbre sobre cuando empieza a computar el plazo⁷⁶.

De igual manera, se genera la duda de cómo las autoridades de competencia de los Estados miembros pueden empezar a recabar información acerca de una operación sobre la que no tienen jurisdicción. Esto genera un nuevo dilema para las empresas. Por un lado, pueden proporcionar información a las autoridades voluntariamente y admitir *motu proprio* que la operación puede resultar problemática. Por el otro, pueden no comunicar nada a las autoridades y seguir con la incertidumbre de si en un futuro se decidirá remitir el control de la operación a la Comisión⁷⁷.

A raíz de la incertidumbre generada por las declaraciones de Vestager sobre la necesidad de modificar o actualizar el sistema del control de concentraciones, la Comisión llevó a cabo una evaluación de los aspectos procedimentales y jurisdiccionales del control de concentraciones a nivel comunitario. En concreto, la evaluación se centró en el análisis de la eficacia de los umbrales de volumen de ventas para detectar operaciones que comprometen la competencia en los mercados europeos. Se analizó la eficacia de la implementación de los umbrales de valor de la operación introducidos por Alemania y Austria en su normativa nacional. Los umbrales basados en el volumen de negocios han funcionado bien hasta la fecha. La complementación de estos umbrales con el mecanismo de remisión del artículo 22 del Reglamento 139/2004 ha demostrado ser eficaz a la hora de detectar operaciones de concentración que puedan comprometer la competencia efectiva⁷⁸.

Cada vez hay más empresas que, sin un volumen de negocios demasiado grande, tienen relevancia en los mercados debido a sus patentes o a una idea innovadora. Se dan casos de este tipo principalmente en el sector digital y en el farmacéutico, donde cada vez es más frecuente la adquisición de *start-ups* por grandes cantidades de dinero, aunque generen muy poco beneficio. Es por ello que, hoy en día y a futuro, los umbrales basados en el volumen de negocios han dejado de ser igual de eficaces que antes. Se han cerrado muchas operaciones de adquisición con una valoración elevada (entendida como el valor

⁷⁶ Latham & Watkins, *op. cit.*, p. 30

⁷⁷ *Ibid*

⁷⁸ Comisión Europea, “Concentraciones: la Comisión anuncia las conclusiones de la evaluación y las medidas de seguimiento sobre los aspectos jurisdiccionales y procedimentales del control de las concentraciones en la UE”, 2021 (disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_1384; última consulta 06/04/2022)

de los activos adquiridos por la empresa adquiriente) que no han sido revisadas por la Comisión ni por las autoridades de competencia de los Estados miembros por no tener jurisdicción, al no superarse los umbrales de volumen de negocios⁷⁹.

Una vez más, la solución propuesta por la Comisión en la evaluación es reinterpretar el mecanismo de remisión del artículo 22 del Reglamento 139/2004 para que se puedan revisar operaciones significativas para la competencia. La ventaja de utilizar el mecanismo del artículo 22 del Reglamento 139/2004 es que tanto la Comisión como los Estados miembros se pueden focalizar en revisar las operaciones merecedoras de control a nivel europeo. Al no establecerse una obligación de notificar, el número de operaciones a revisar se limita, permitiendo un mayor foco en aquellas que los Estados miembros y la Comisión consideren potencialmente peligrosas⁸⁰.

La comisaria Vestager realizó una reflexión sobre el margen de mejora de la Comisión con respecto al control de concentraciones:

“Hasta la fecha, los procedimientos de concentración de la UE nos han servido bien. Sin embargo, nuestra evaluación ha determinado algunos ámbitos en los que hay margen de mejora. Ni la Comisión ni los Estados miembros examinan algunas operaciones en las que participan empresas con un bajo volumen de negocios, pero con un elevado potencial competitivo en el mercado interior. Un uso más frecuente de la actual herramienta de remisión con arreglo al artículo 22 del Reglamento de concentraciones puede ayudarnos a detectar las concentraciones que puedan tener una incidencia importante en la competencia en el mercado interior”⁸¹.

Tras la evaluación de la Comisión del control de concentraciones, y como anticipó Vestager en sus declaraciones en 2020, en marzo de 2021 la Comisión publicó unas Orientaciones para la aplicación del mecanismo de remisión del artículo 22 del Reglamento 139/2004 (en adelante, “Orientaciones”). El objetivo principal de estas Orientaciones es “facilitar y clarificar su aplicación”⁸². En ellas se contiene una

⁷⁹ Comisión Europea, “Concentraciones: la Comisión anuncia...”, *op. cit.*, p. 31

⁸⁰ *Ibid*

⁸¹ *Ibid*

⁸² Comunicación de la Comisión. Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos. Diario Oficial de la Unión Europea C n° 113, de 31 de marzo de 2021

explicación de en qué situaciones se puede remitir el control de la concentración a la Comisión si las autoridades nacionales no tienen jurisdicción para el control de la operación. También se establecen los criterios de la Comisión para aceptar o rechazar una remisión de un Estado miembro.

Las Orientaciones tienen efecto inmediato. Es decir, desde marzo de 2021 que se publicaron, los Estados miembros pueden remitir operaciones que consideren problemáticas pero que no superan los umbrales establecidos en sus normativas nacionales. Tienen una extensión de tan solo 7 páginas.

En la primera parte, la Comisión expone que este cambio en la manera de proceder responde a la necesidad del control de las *killer acquisitions*, en las que la empresa adquirida no genera un gran beneficio todavía (por debajo de los umbrales de volumen de ventas). La intención de la Comisión es no dejar sin revisar ninguna operación que pueda causar problemas para la competencia⁸³.

Como se ha explicado, el artículo 22 del Reglamento 139/2004 establece como requisitos para la remisión que la concentración afecte al comercio entre Estados miembros y que amenace con afectar significativamente la competencia dentro del territorio del Estado o Estados miembro que soliciten la remisión. Las Orientaciones, en su punto 13, mencionan ejemplos de concentraciones que amenazan con afectar significativamente la competencia⁸⁴. Entre ellos se encuentran “la eliminación de reciente o futuro competidor”, la fusión entre “dos innovadores importantes”, “la reducción de la habilidad o el incentivo de un competidor para competir” o “capacidad e incentivo para aprovechar de un mercado a otro una posición sólida en el mercado mediante la vinculación o agrupación”. Queda en el aire la cuantificación del concepto de “afectar significativamente” por parte de la Comisión, lo cual se irá determinando con el paso del tiempo.

En línea con la ejemplificación que hacen las Orientaciones de operaciones que amenazan significativamente la competencia, se describen nuevas categorías de operaciones que son susceptibles de ser remitidas a la Comisión. Estas nuevas categorías, contenidas en el

⁸³ Giraud, A., Gunther, J. P., Jiménez-Laiglesia, J. M., Little, D., Ruiz Calzado, J., y Völcke, S. B., “New guidance on Article 22 EUMR referrals to the European Commission”, *Latham & Watkins*, 2021 (disponible en <https://www.lw.com/thoughtLeadership/new-guidance-on-article-22-eumr-referrals>; última consulta 07/04/2022)

⁸⁴ Punto 13 de las Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión

punto 2.2 de las Orientaciones, incluyen operaciones en las que el volumen de negocios de al menos una de las partes no refleja su potencial competitivo actual o futuro.

En concreto, las Orientaciones citan los siguientes ejemplos⁸⁵: (1) casos en los que una *start-up* o nueva empresa con mucho potencial de competencia futuro no generan beneficios al no tener implementado su modelo de negocio al completo; (2) casos en los que una empresa ha desarrollado un producto o servicio innovador o está llevando a cabo investigaciones importantes; (3) casos en los que una empresa tiene fuerza competitiva real o potencial; (4) casos en los que una empresa tiene acceso a determinados activos que generan una ventaja competitiva significativa, como materias primas, infraestructura, datos o derechos de propiedad intelectual; (5) casos en los que una empresa proporciona productos o servicios clave para el desempeño de las actividades propias de otro sector. No es una enumeración exhaustiva de casos, ya que cualquier concentración que cumpla con las condiciones establecidas en el artículo 22 del Reglamento 139/2004 es susceptible de ser notificada a la Comisión. También se puede seguir remitiendo aquellas operaciones que superen los umbrales nacionales y las autoridades de competencia tengan jurisdicción sobre ellas.

Las concentraciones en las que el volumen de negocios de una de las partes no refleja su valor real se suelen producir en el sector farmacéutico, digital o biotecnológico. Sin embargo, las Orientaciones no hacen referencia a ningún sector específico, por lo que se sobreentiende que cualquier operación de concentración que cumpla con los requisitos puede ser remitida, independientemente del sector en el que se produzca⁸⁶.

Las declaraciones de Vestager en 2020 generaron mucha incertidumbre acerca del cómputo del plazo para que los Estados miembros realicen la remisión. Se esperaba que las Orientaciones aclararan este asunto. Sin embargo, simplemente se hace mención a que, para las operaciones que no son de notificación obligatoria, el plazo de 15 días para realizar la remisión empieza a contar desde que la operación fue conocida por el Estado miembro⁸⁷. A modo de recordatorio, se entiende que se conoce la operación cuando el Estado miembro dispone de información suficiente para realizar una evaluación inicial de la relevancia de la operación para la competencia. No se incluye ninguna orientación

⁸⁵ Punto 19 de las Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión

⁸⁶ Giraud, A., Gunther, J. P., Jiménez-Laiglesia, J. M., Little, D., Ruiz Calzado, J., y Völcke, S. B., *op. cit.*, p. 33

⁸⁷ Art. 22 del Reglamento 139/2004

adicional, ni un criterio para determinar qué cantidad de información se entiende como suficiente⁸⁸.

Las Orientaciones aclaran la duda de si es posible remitir una operación de concentración cerrada. Como regla general, sí se puede, siempre que el Estado miembro no haya tenido constancia de la controversia de la operación. Pese a que no impide la remisión, el hecho de que una operación remitida esté cerrada es tomado en consideración por la Comisión a la hora de decidir si acepta o rechaza la remisión. Hay un matiz a la regla general de aceptar la remisión de concentraciones cerradas. La Comisión no considera apropiada una remisión cuando han transcurrido más de seis meses desde que se implementó efectivamente la concentración, aunque se realiza un análisis caso por caso para determinar si se acepta o rechaza la remisión⁸⁹. Si la operación no se hizo pública, el plazo de seis meses empieza a contar desde que se vieron los efectos materiales de la operación en el territorio de la Unión Europea. La regla general no descarta la posibilidad de que se acepte la remisión de una operación cerrada mucho tiempo atrás en la que se ha descubierto el potencial peligro para la competencia mucho tiempo después.

Una vez la Comisión acepta la remisión, debe informar a las partes y a los Estados miembros solicitantes “tan pronto como sea posible”⁹⁰. La aceptación de la remisión genera automáticamente la obligación de suspender la operación. Como se explicó, otros Estados miembros implicados pueden adherirse a la solicitud de remisión en un plazo de 15 días laborables desde la presentación original. Una vez transcurrido este plazo, la Comisión dispone de 10 días laborables para decidir si acepta o rechaza la remisión. En caso de que la Comisión no se pronuncie, se produce un silencio positivo. Se entiende que ha aceptado la remisión, y, por tanto, la revisará, lo cual obliga a la suspensión de la operación, en virtud del artículo 7 del Reglamento 139/2004. En el caso de que la Comisión rechace la solicitud, se levanta automáticamente la obligación de suspensión de la concentración.

Al mismo tiempo que se publicaron las Orientaciones, la Comisión comenzó un proceso de evaluación del impacto de la nueva forma de actuar de la Comisión en la revisión de aspectos procedimentales del control de este tipo de operaciones. Se busca no sobrecargar

⁸⁸ Giraud, A., Gunther, J. P., Jiménez-Laiglesia, J. M., Little, D., Ruiz Calzado, J., y Völcke, S. B., *op. cit.*, p. 33

⁸⁹ Punto 21 de las Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión

⁹⁰ Art. 22 del Reglamento 139/2004

el sistema para que la Comisión pueda centrar sus esfuerzos en revisar las operaciones realmente significativas desde el punto de vista de la competencia en los mercados intracomunitarios⁹¹. Al permitirse la remisión de casos que no superen los umbrales de volumen de negocios, se corre el riesgo de que haya un número no manejable de casos por revisar (los que se deben notificar por obligación más los que se remitan en virtud del artículo 22 tras las Orientaciones). En concreto, los objetivos de esta iniciativa de evaluación del impacto son los siguientes⁹²:

- Lograr una identificación de los casos con poca probabilidad de suponer un problema para la competencia, para que se puedan solventar mediante el procedimiento simplificado;
- Realizar un análisis detallado de los casos relevantes, asegurándose de que ningún caso relevante se revisa mediante el procedimiento simplificado por error;
- Asegurar la disponibilidad de la información necesaria para la revisión de las operaciones;
- Realizar un estudio de la viabilidad de disminuir el tiempo medio que se necesita para aprobar los casos que no suponen un riesgo para la competencia;
- Implementar de forma efectiva un sistema de notificaciones electrónico para la simplificación del proceso.

En este proceso de evaluación del impacto ya se ha cerrado el periodo de consulta pública y el plazo para enviar comentarios. La adopción por la Comisión está prevista para el segundo trimestre de 2023.

3. IMPLICACIONES DE LA NUEVA POLÍTICA DE LA COMISIÓN SOBRE LA REMISIÓN DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

La nueva política de la Comisión sobre qué operaciones pueden remitir los Estados miembros tiene importantes consecuencias en el tráfico económico y jurídico de las empresas.

En primer lugar, las Orientaciones, pese a que aclaran ciertos asuntos, dejan muchos otros en el aire. Como sucedió con las declaraciones de Vestager en 2020, las Orientaciones

⁹¹ Comisión Europea, “Concentraciones: la Comisión anuncia...”, *op. cit.*, p. 31

⁹² *Ibid*

han creado un clima de incertidumbre, tanto para las empresas como para los Estados miembros⁹³. Tradicionalmente, las empresas tenían la seguridad de que, si no superaban los umbrales nacionales de notificación, ninguna autoridad de competencia iba a revisar la concentración económica. Sin embargo, tras la publicación de las Orientaciones, no existe ninguna certeza de que no se revise la operación, incluso aunque ya se haya cerrado.

Ante esta situación, se abren varias alternativas para las empresas. Una posibilidad es no notificar nada ni aportar información a las autoridades de competencia, y arriesgarse a que recaben información por sus propios medios y decidan remitir la concentración a la Comisión⁹⁴. Esta estrategia tiene el riesgo de que, al no existir un plazo a partir del cual expira la posibilidad de remisión, se puede revisar la operación en cualquier momento posterior incluso a su cierre. Es cierto que cuando transcurren seis meses desde la implementación de la concentración, se reducen considerablemente las posibilidades de que la Comisión acepte la remisión, aunque nunca se reducen a cero.

Otra estrategia posible es notificar y proporcionar información sobre la operación a las autoridades de competencia, para que empiece a computar el plazo de 15 días laborables para aplicar el mecanismo de remisión. La parte negativa de esta estrategia es que, al notificar la operación, se pone en el punto de mira, aun cuando no existen riesgos claros para la competencia, quedando la duda de si las autoridades de competencia hubieran detectado ese riesgo para la competencia⁹⁵. Adicionalmente, se encuentra la incertidumbre de cuándo empieza a computar ese plazo. Si la empresa asume que el plazo de 15 días laborables empieza a transcurrir desde el momento en que contacta a la autoridad de competencia, puede quedar sorprendida si la Comisión o la autoridad de competencia estiman que el plazo empieza en otro momento, como podría ser cuándo la autoridad solicite información adicional⁹⁶.

Por último, existe otra estrategia que pueden seguir las empresas. Se puede tratar de contactar directamente con la Comisión para preguntar si es probable que acepten una remisión por parte de los Estados miembros o incluso que la promuevan⁹⁷. El riesgo de esta estrategia radica de nuevo en que se pone en el punto de mira la operación, además

⁹³ Giraud, A., Gunther, J. P., Jiménez-Laiglesia, J. M., Little, D., Ruiz Calzado, J., y Völcke, S. B., *op. cit.*, p. 33

⁹⁴ *Ibid*

⁹⁵ *Ibid*

⁹⁶ *Ibid*

⁹⁷ *Ibid*

de que no hay certeza de cuando contactará la Comisión con la empresa, ni de qué información solicitará para poder ofrecer una respuesta.

Las Orientaciones incitan a que las empresas informen de manera voluntaria a la Comisión acerca de la operación, y que faciliten la información necesaria para que la Comisión realice una evaluación inicial sobre la necesidad de la activación del mecanismo de remisión del artículo 22 del Reglamento 139/2004.

En caso de que las empresas adopten la estrategia de contactar a la Comisión directamente, se genera una carga administrativa adicional. Las empresas deben gestionar la comunicación con la Comisión, y preparar los documentos necesarios, lo cual incrementa la carga administrativa que deben soportar⁹⁸.

Otra implicación práctica derivada de las Orientaciones es la necesidad de incorporar nuevas cláusulas en los contratos para la cobertura de los riesgos que genera la nueva política de la Comisión. Estas cláusulas pueden ser suspensivas, de gestión, de asunción de riesgos, etc., y sirven para contrarrestar los posibles efectos que tendría la aceptación de una remisión del control de la concentración por parte de la Comisión. Por otro lado, las partes de una operación deben prever en el calendario de la misma la posibilidad de que se remita a la Comisión. Hay que tener en cuenta también que los plazos no son claros, y que se puede llegar a convertir en un proceso largo.

Como se ha explicado, las Orientaciones establecen de manera clara que el cierre de una operación no impide su posterior revisión. Cuando la Comisión comunica a las partes la recepción de una solicitud de remisión, la operación debe quedar suspendida. Sin embargo, esto no aplica cuando la operación ya se ha ejecutado. Las empresas deben tomar muy en serio la obligación de suspensión cuando no se ha cerrado todavía la operación. En caso de incumplimiento, se pueden producir sanciones muy elevadas, de hasta un 10% de su volumen total de negocios⁹⁹.

Las Orientaciones han introducido un nuevo sujeto que puede participar en el proceso de remisión de una operación. Cualquier tercero puede contactar con las autoridades nacionales o con la Comisión y dar a conocer una operación que a su juicio cumpla los

⁹⁸ Uría Menéndez, *op. cit.*, p. 24

⁹⁹ Art. 14 del Reglamento 139/2004

criterios para ser analizada por la Comisión¹⁰⁰. De esta forma, se amplía el número de sujetos que pueden estar implicados en la aplicación del mecanismo de remisión. Cabe destacar que no existe obligación de actuar tras la notificación de un tercero.

La nueva política de la Comisión para el control de concentraciones pone el foco principalmente en el sector farmacéutico y digital (sin perjuicio de que aplique a todos los sectores). El Parlamento Europeo y el Consejo han aprobado en 2020 la Propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales), lo cual demuestra el interés mostrado por los órganos europeos en este sector que crece a pasos agigantados.

En el artículo 12 de la Propuesta de la Ley de Mercados Digitales se establece para los guardianes de acceso la obligación de informar a la Comisión sobre las concentraciones que se produzcan¹⁰¹. Concretamente, deben informar de su volumen anual de negocios, su número de usuarios profesionales activos por año, y su número de usuarios finales activos por mes. De igual manera, deben incluir una justificación de la concentración.

A efectos de la Propuesta de la Ley de Mercado Digitales, se entiende como guardián de acceso todo aquel proveedor de servicios básicos de plataforma que tenga una repercusión relevante en el mercado interior, que opere un servicio básico de plataforma que conecte a los usuarios profesionales con los usuarios finales, o que tengan una posición afianzada y duradera en sus operaciones o se prevea que la conseguirá en un futuro cercano¹⁰².

Por tanto, a raíz de la publicación de las Orientaciones y si se aprueba finalmente la Ley de Mercados Digitales, se va a producir un control más estricto de las operaciones que se produzcan en el sector digital, donde se producen muchas *killer acquisitions* debido a la naturaleza de las empresas que operan en ese sector.

Tanto la Comisión como los Estados miembros tienen mucha capacidad de discreción para decidir cuando una operación de concentración puede suponer un riesgo para la competencia en los mercados intracomunitarios. Este margen de actuación del que

¹⁰⁰ Punto 25 de las Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión

¹⁰¹ Art. 12 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales), de 15 de diciembre de 2020. (2020/0374/COD)

¹⁰² Art. 2 de la Propuesta de la Ley de Mercados Digitales

disponen genera muchos litigios, ya que las empresas pueden no estar de acuerdo en la decisión tomada por la Comisión o los Estados miembros¹⁰³.

Este es el caso de Illumina, una multinacional establecida en Estados Unidos que desarrolla, produce y comercializa sistemas NGS. Los sistemas NGS son dispositivos médicos que secuencian el genoma humano. Se usan, entre otros, en el campo de la oncología para realizar pruebas de sangre a los pacientes y detectar un cáncer. Su volumen total de negocios fue de 3,000 millones de dólares en 2020. Ese mismo año, comenzó una operación de adquisición de la compañía Grail, también estadounidense. Esta compañía se dedica a desarrollar test de sangre para detectar el cáncer. Su producto estrella es un test de detección prematura que detecta hasta 50 tipos de cáncer diferentes en pacientes asintomáticos. Grail fue fundada por Illumina en 2016, de la que se separó ese mismo año¹⁰⁴.

El 22 de julio de 2021 la Comisión comenzó una investigación exhaustiva de la operación¹⁰⁵. El 18 de agosto de 2021 Illumina anunció el cierre de la adquisición de Grail, en pleno proceso de investigación de la Comisión. De acuerdo con la regulación sobre las operaciones de concentración, no se debe implementar una operación de concentración hasta que la Comisión concluye su investigación y dictamina que se puede seguir adelante¹⁰⁶.

El 20 de septiembre de 2021 la Comisión comunicó a las partes de la operación una serie de medidas cautelares para paliar los efectos del incumplimiento de la obligación de no suspender la operación. Las medidas buscaban asegurar que no se produjera un daño irreversible a la competencia y que no se produjera una integración irreversible entre ambas compañías.

¹⁰³ Uría Menéndez, *op. cit.*, p. 24

¹⁰⁴ Comisión Europea, “Mergers: Commission adopts interim measures to prevent harm to competition following Illumina’s early acquisition of GRAIL”, 2021 (disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_5661; última consulta 06/04/2022)

¹⁰⁵ Comisión Europea, “Mergers: The Commission adopts a Statement of Objections in view of adopting interim measures following Illumina’s early acquisition of GRAIL”, 2021 (disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_4804; última consulta 06/04/2022)

¹⁰⁶ Art. 7 del Reglamento 139/2004

Estas medidas son las siguientes¹⁰⁷:

- Grail debe mantenerse separado totalmente de Illumina, y ambas deben ser dirigidas por dirigentes independientes, cada una buscando su propio interés
- Se prohíbe compartir información confidencial entre ambas compañías, excepto cuando lo requiera la ley o sea necesario para el desarrollo del curso normal de sus operaciones.
- Se obliga a Illumina a proporcionar la financiación adicional que necesite Grail para operar en el mercado.
- Las relaciones entre ambas empresas deben ser conforme a los usos del mercado, sin un trato de favor hacia Grail en perjuicio de sus competidores.
- Grail debe comenzar a trabajar posibles escenarios en los que la Comisión declara que no se puede seguir adelante con la operación.

Estas medidas son vinculantes para ambas empresas, y serán de aplicación hasta que se produzca la decisión final de la Comisión.

En caso de que alguna de las partes no acate las medidas, se enfrentan a sanciones de hasta un 5% de su volumen de negocios diario medio¹⁰⁸ y/o hasta un 10% de su volumen de negocios total anual¹⁰⁹.

Al margen del establecimiento de estas medidas, la Comisión continuará investigando si el cierre de la operación constituye una infracción de las normas sobre concentraciones económicas. En caso afirmativo, Illumina y Grail se enfrentan a sanciones de hasta el 10% de su volumen de negocios total anual¹¹⁰.

La comisaria Vestager declaró que “al implementar la concentración mientras se llevaba a cabo la investigación a fondo de esta transacción, Illumina y Grail pusieron en riesgo la efectividad del control de concentraciones *ex ante*”¹¹¹.

¹⁰⁷ Comisión Europea, “Mergers: Commission adopts”, *op. cit.*, p. 40

¹⁰⁸ Art. 15 del Reglamento 139/2004

¹⁰⁹ Art. 14 del Reglamento 139/2004

¹¹⁰ Art. 14 del Reglamento 139/2004

¹¹¹ Comisión Europea, “Mergers: Commission adopts”, *op. cit.*, p. 40

Estaba previsto que la Comisión tomara la decisión de si acepta la remisión por parte de los Estados miembros afectados (Francia, Noruega y Países Bajos) el 4 de febrero de 2022, pero se ha pospuesto la decisión.

Ilumina se encuentra litigando con la Comisión y con los Estados miembros (Francia, Noruega y Países Bajos) acerca de la remisión original por parte de Francia, así como la adhesión posterior de Países Bajos a la solicitud. Se puede apreciar como incluso después de pasados seis meses desde el cierre de la operación la Comisión puede llegar a aceptar una remisión. Los tribunales nacionales han desestimado el recurso de Ilumina y Grail, alegando que no son competentes para resolver el asunto. El órgano competente es el órgano jurisdiccional europeo. La Comisión ha aceptado la remisión de la operación, por lo que lo más probable es que las partes deban notificar la operación y aportar la información necesaria a la Comisión¹¹².

¹¹² Uría Menéndez, *op. cit.*, p. 24

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES

Las *killer acquisitions* son un tema de mucha actualidad. Se ha observado la relevancia de estas operaciones para la competencia. En los últimos años ha habido un aumento de las operaciones de este tipo, y la mayoría de ellas quedaban sin revisión por parte de las autoridades de competencia. Había que hacer algo al respecto, pues este tipo de operaciones de concentración afectan a los mercados, e indirectamente a los consumidores.

Tras el análisis del marco regulatorio existente, se aprecia como los umbrales actuales han quedado obsoletos. Ha quedado patente la incapacidad de los umbrales basados en el volumen de negocios o en la cuota de mercado para determinar qué operaciones afectan de manera significativa a la competencia en los mercados por sí solos.

Es cierto que el volumen de negocios o la cuota de mercado son buenos indicadores de la relevancia en el mercado de las empresas. Sin embargo, en el contexto actual, donde han proliferado mucho los mercados basados en las nuevas tecnologías ya no son suficientes para detectar la totalidad de las operaciones problemáticas desde el punto de vista de la competencia.

Hay empresas que todavía no generan grandes beneficios (o que ni siquiera generan beneficios), pero que juegan un papel relevante en los mercados. Puede ser porque tengan un modelo de negocio innovador que todavía no han implementado o están implementando, o porque poseen una patente que les da una ventaja competitiva significativa, entre otros.

Alemania y Austria detectaron la problemática de la regulación para detectar operaciones problemáticas en las que formaban parte este tipo de empresas sin mucho volumen de negocios. Por ello, modificaron su legislación e introdujeron un nuevo tipo de umbral para la notificación obligatoria de las operaciones de concentración. Fueron pioneros en introducir el umbral basado en el valor de la operación, entendido como la totalidad de los activos y compensaciones en especie que el vendedor recibe del comprador en relación con la operación de concentración, y el valor de las obligaciones del vendedor asumidas por el comprador tras la operación.

De esta forma pasaban a tener jurisdicción sobre muchas operaciones que de otra forma no hubieran sido revisadas por ninguna autoridad de competencia. Al tener jurisdicción sobre ellas, podían remitirlas a la Comisión en virtud del artículo 22 del Reglamento 139/2004.

La Comisión Europea también detectó el problema del sistema vigente para el control de las concentraciones económicas. Muchas operaciones problemáticas para la competencia quedaban sin revisión, al no alcanzar los umbrales mínimos para la notificación obligatoria. Como las autoridades nacionales no tenían jurisdicción, no podían remitir estas operaciones a la Comisión, y ninguna autoridad de competencia las revisaba.

Ante esta situación, decidieron tomar medidas. Se optó por no modificar la regulación vigente. En vez de eso, se decidió utilizar un mecanismo que existía previamente, el mecanismo de remisión del artículo 22 del Reglamento 139/2004, para poder revisar las operaciones problemáticas que no alcanzaban los umbrales para su notificación. La Comisión reinterpretó ese artículo, mediante unas Orientaciones, permitiendo un uso más amplio del mecanismo.

De esta forma, los Estados miembros pueden remitir las operaciones que consideren problemáticas para la competencia a la Comisión, aún sin tener jurisdicción sobre ellos. Es una forma de captar operaciones que antes quedaban sin revisión. Sin embargo, las Orientaciones publicadas por la Comisión no son suficientes, ya que dejan muchos asuntos en el aire.

Hay mucha incertidumbre en cuanto a qué operaciones se pueden remitir, así como sobre qué plazo hay para ello. Las empresas se enfrentan a muchas preguntas sin respuesta, y esto afecta a las estrategias que pueden seguir. Ni siquiera hay certeza de que no se va a revisar la operación cuando ya se ha cerrado. Lo que antes era un control *ex ante*, ahora puede ser también un control *ex post*.

Este cambio en la forma de actuar por parte de la Comisión es un gran avance. Es cierto que ahora las *killer acquisitions* pueden ser revisadas por alguna autoridad de competencia, pero ni mucho menos se ha resuelto el problema del todo. Queda mucho camino por recorrer para establecer un método que detecte todas las operaciones que suponen un riesgo potencial para la competencia (o al menos la mayoría).

Hace falta mayor claridad en todas las fases del proceso de remisión de operaciones a la Comisión. Por ejemplo, la Comisión podría detallar mejor cuando se considera que un Estado miembro posee la información necesaria para evaluar inicialmente si la operación entraña un riesgo para la competencia, para conocer de forma clara cuando empieza el cómputo del plazo. Se podría definir de forma más exhaustiva qué se entiende por afectación al comercio entre Estados miembros y por riesgo de afectación significativo a la competencia en el territorio de un Estado miembro, requisitos para poder remitir la operación a la Comisión.

El concepto de umbral de valor introducido por Alemania y Austria parece un buen indicador que complementa los umbrales preexistentes para la detección de operaciones problemáticas. No sería de extrañar que en un futuro más Estados miembros o incluso la Comisión introdujeran umbrales de este tipo en su legislación.

De momento, hay que esperar a los resultados ofrecidos por la nueva política de la Comisión respecto al artículo 22 del Reglamento 139/2004, ya que se ha implementado recientemente y apenas hay precedentes. Entre tanto, los Estados miembros pueden remitir *killer acquisitions* a la Comisión, y de esta forma limitar el impacto negativo que éstas puedan tener en la competencia en los mercados en su territorio.

CAPÍTULO VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. LEGISLACIÓN

Comunicación de la Comisión. Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos. Diario Oficial de la Unión Europea C n° 113, de 31 de marzo de 2021

Constitución española. Boletín Oficial del Estado núm.311, de 29 de diciembre de 1978.

Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. Diario Oficial de la Unión Europea C n°31, de 31 de marzo de 2004

Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG) (disponible en https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitfaden/Leitfaden_Transaktionsschwelle.pdf?__blob=publicationFile&v=2)

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007

Ley de Competencia de Alemania. *Act against Restraints of Competition in the version published on 26 June 2013 (Bundesgesetzblatt (Federal Law Gazette) I, 2013, p. 1750, 3245), as last amended by Article 4 of the Act of 9 July 2021 (Federal Law Gazette I, p. 2506)* (disponible en https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0013)

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales), de 15 de diciembre de 2020. (2020/0374/COD) (disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=en>)

Reglamento (CE) No 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Diario Oficial de la Unión Europea L n° 24, de 29 de enero de 2004

Reglamento (CEE) No 4064/1989 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. Diario Oficial de las Comunidades Europeas L n° 395, de 30 de diciembre de 1989

2. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Constitucional 108/2014, de 26 de junio. Boletín Oficial del Estado núm. 177, de 22 de julio de 2014, pp 120 a 138

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 14 de febrero de 1978, en el asunto C-27/1976, United Brands Company y United Brands Continental BV contra la Comisión. Disponible en EUR-Lex con referencia 61976CJ0027

3. OBRAS DOCTRINALES

Cunningham, C., Ederer, F. y Ma, S., “Killer Acquisitions”. *Journal of Political Economy*, Vol. 129, No. 3, 2020, pp. 649–702 (disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3241707>; última consulta 06/04/2022)

Engra, J. C. y Encinas, A., “El sistema de control de concentraciones en la Unión Europea”, *Ekonomiaz: Revista Vasca de Economía*, n.º 6, 2006 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1590/documento/032artARE.pdf?id=1913>; última consulta 06/04/2022)

Madl, A. C., “Killing Innovation? Antitrust Implications of Killer Acquisitions”, *Yale Journal on Regulation Bulletin*, 38, 2020, pp. 28-52 (disponible en <https://www.yalejreg.com/bulletin/killing-innovation-antitrust-implications-of-killer-acquisitions/>; última consulta 07/04/2022)

Lavilla Rubira, J. J., “Regulación y competencia”, *Derecho Administrativo Económico*, 2º edición, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 43-72

4. RECURSOS DE INTERNET

- Affeldt, P. y Kesler, R., “Competitors’ reactions to Big Tech Acquisitions: Evidence from Mobile Apps”, *Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung*, 2021, pp. 15 (disponible en https://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.831752.de/dp1987.pdf; última consulta 06/04/2022)
- Argentesi, E., Buccirosi, P., Calvano, E., Duso, T. Marrazzo, A. y Nava, S., ”Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets”, *Lear*, 2019 (disponible en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/803576/CMA_past_digital_mergers_GOV.UK_version.pdf; última consulta 06/04/2022)
- Armengol, O y De Blas, J., “Procedimiento administrativo antes las autoridades nacionales de la competencia: el procedimiento de control de concentraciones empresariales”, *Tratado de Derecho de Competencia*, 2017, pp. 36 (disponible en <https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/es/actualidadPublicaciones/ArticuloJuridico/Documents/170919-wolters-kluwer-tradado-derecho-de-la-competencia-oag-jba.pdf>; última consulta 06/04/2022)
- B. T., “Facebook Stories, el plagio definitivo de Snapchat”, *El Mundo*, 25 de enero de 2017 (disponible en <https://www.elmundo.es/tecnologia/2017/01/25/5888d7f0268e3e244c8b460c.html>; última consulta 07/04/2022)
- Comisión Europea, “Concentraciones: la Comisión anuncia las conclusiones de la evaluación y las medidas de seguimiento sobre los aspectos jurisdiccionales y procedimentales del control de las concentraciones en la UE”, 2021 (disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_1384; última consulta 06/04/2022)

Comisión Europea, “Mergers: Commission adopts interim measures to prevent harm to competition following Illumina's early acquisition of GRAIL”, 2021 (disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_5661; última consulta 06/04/2022)

Comisión Europea, “Mergers: The Commission adopts a Statement of Objections in view of adopting interim measures following Illumina's early acquisition of GRAIL”, 2021 (disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_4804; última consulta 06/04/2022)

Giraud, A., Gunther, J. P., Jiménez-Laiglesia, J. M., Little, D., Ruiz Calzado, J., y Völcke, S. B., “New guidance on Article 22 EUMR referrals to the European Commission”, *Latham & Watkins*, 2021 (disponible en <https://www.lw.com/thoughtLeadership/new-guidance-on-article-22-eumr-referrals>; última consulta 07/04/2022)

Latham & Watkins, “Analysis of Commissioner Vestager’s announcement to accept referrals from NCAs for non-reportable concentrations”, 2020 (disponible en <https://www.lw.com/thoughtLeadership/article-22-eu-merger-referrals>; última consulta 06/04/2022)

Pike, C., “Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control”, *OCDE*, 2020, pp. 6-7 (disponible en [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)5/en/pdf); última consulta 01/04/2022)

Prieto, M., “Los unicornios digitales europeos valen 800.000 millones de dólares”, *Expansión*, 18 de junio de 2021, (disponible en <https://www.expansion.com/economia-digital/innovacion/2021/06/18/60cb6e57468aebd3578b4614.html>; última consulta 06/04/2022)

Schoening, F., Brock-Wenzek, J. y von Schereitter, F., “Less is more – Germany eases merger control requirements”, *Hogan Lovells*, 2021 (disponible en <https://www.engage.hoganlovells.com/knowledgeservices/news/less-is-more-germany-eases-merger-control-requirements>; última consulta 07/04/2022)

Uría Menéndez, “La nueva política de la Comisión Europea para ampliar el ámbito de revisión de operaciones de concentración”, 2021 (disponible en <https://www.uria.com/documentos/circulares/1395/documento/12250/UM-nota.pdf?id=12250>; última consulta 04/04/2022)

Vestager, M., “The future of EU merger control”, *Comisión Europea*, 2020 (disponible en https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en; última consulta 07/04/2022)