

CONSIDERACIONES SOBRE LA REFORMA DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

Luis BERENGUER FUSTER

Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia*

1. INTRODUCCIÓN

La aprobación de la nueva Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio), y su entrada en vigor el primero de septiembre de 2007 ha supuesto un hito de suma importancia para el Derecho de la competencia español. Igualmente a partir del primero de septiembre del pasado año ha iniciado sus tareas la nueva Autoridad, la Comisión Nacional de la Competencia, y a la hora de redactar estas líneas ya se pueden hacer ciertas consideraciones acerca de su funcionamiento. Estas circunstancias hacen aconsejable que, a la hora de analizar cuestiones relacionadas con nuestra nueva normativa en materia de competencia resulte especialmente sugerente realizar una reflexión sobre la regulación de la nueva Ley en materia de control de concentraciones. Y ello por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque es precisamente en ese campo donde las novedades de la Ley 15/2007 han resultado más significativas. Y en segundo término, porque es en ese capítulo donde se pueden extraer más consecuencias de la tramitación de expedientes ya concluidos. En efecto, la propia Ley 15/2007 ha establecido en su Disposición Transitoria Primera que los expedientes, tanto de conductas como de control de concentraciones, se tramitarán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio, y ello conlleva que hasta el momento no haya concluido ningún expediente de conductas que haya sido tramitado con arreglo a la nueva Ley, evidentemente por su mayor duración (dieciocho meses)¹. No ocurre otro tanto con los expedientes de concentración ya que, al tener una duración prevista de entre uno y tres meses, ya existe un buen número de expedien-

* Naturalmente, las opiniones expresadas en el texto son personales y no vinculan a la CNC. Agradezco a Marta BARDÓN FERNÁNDEZ-PACHECO la colaboración que me ha prestado en este trabajo, en especial en la tarea más ingrata: la corrección final.

¹ Resulta obvio que en el texto me estoy refiriendo a expedientes sancionadores que hayan concluido con una resolución distinta a las de archivo o sobreseimiento.

tes cuya tramitación ha concluido, y por lo tanto ya se pueden obtener algunas conclusiones sobre la aplicación del nuevo sistema.

El Capítulo II del Título I de la Ley, dedica cuatro arts. (del 7 al 10, ambos inclusive) a los aspectos sustantivos de la materia relativa al control de concentraciones (definición, ámbito de aplicación, obligación de notificar y criterios de valoración). Por su parte, los aspectos relativos al procedimiento quedan regulados en el Capítulo III del Título IV (del art. 55 al 60).

Vaya por delante que no se pretende realizar un análisis pormenorizado de la totalidad de las cuestiones que puedan resultar afectadas por la nueva regulación en materia de concentraciones, sino, exclusivamente, plantear los aspectos más significativos que resultan modificados en la nueva Ley, y, en cierta medida, observar cómo, en los expedientes hasta el momento tramitados, tales cambios han tenido incidencia. Se analizarán, en consecuencia, aspectos relacionados con el concepto de concentración, con los umbrales de notificación, con la suspensión de ejecución de la operación [con especial consideración de los supuestos en los que coincide una concentración notificada con un expediente de oferta pública de adquisición de valores (OPA) ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), y finalmente otras cuestiones referidas al procedimiento (con especial mención a las facultades del Gobierno)]. Naturalmente son otras muchas las cuestiones que podrían ser analizadas, pero no resulta descabellado afirmar que éstas se encuentran entre las de mayor trascendencia y por ello constituyen el contenido de este trabajo.

2. CONCEPTO DE CONCENTRACIÓN

La Ley 16/1989, en su primitiva redacción, no incluía en su art. 14 ninguna mención relativa al concepto de concentración económica, omisión que fue corregida con ocasión de la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, que introdujo el régimen de notificación obligatoria para las concentraciones. Como consecuencia de la reforma, se estableció que se considerarían concentraciones económicas «aquellas operaciones que supongan una modificación estable de la estructura de control de las empresas». El Reglamento que desarrollaba la Ley en materia de concentraciones² introducía en su art. 2.3 el concepto de control, estableciendo que se consideraría que existe relación de control cuando, como consecuencia de la celebración de contratos o la adquisición de derechos, o por cualquier medio exista la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de la empresa. La nueva Ley, en su art. 7 y bajo la denominación «Definición de concentración económica» mejora el régimen legal anterior, introduciendo en líneas generales en el texto de la

² Aprobado por Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre.

Ley los conceptos de concentración y control anteriormente previstos, que, en definitiva, coinciden con los establecidos en el Reglamento comunitario 139/2004.

De acuerdo con estos conceptos, existe concentración económica cuando concurren dos circunstancias: que exista un cambio de control de la empresa, y que ese cambio tenga carácter estable. Estos dos elementos, conforme se ha indicado, ya se encontraban en el precepto contenido en el art. 14.2 de la anterior Ley, en la redacción dada por la reforma de abril de 1999, por lo que no se produce una modificación sustancial en esa materia. Ahora bien, la delimitación del concepto de concentración no sólo se realiza de forma positiva, es decir, estableciendo los requisitos que deben concurrir para que exista concentración (cambio de control de carácter estable), sino que se delimita también de forma negativa, es decir, estableciendo determinados supuestos en los que, a pesar de concurrir tales requisitos, no existe concentración, y en este apartado, la nueva Ley de Defensa de la Competencia (LDC) introduce modificaciones sobre el régimen anterior. En efecto, a tenor de lo dispuesto en el art. 7.3, no existirá concentración en los siguientes supuestos:

- a) Por la mera redistribución de valores o activos entre empresas del mismo grupo.
- b) La participación financiera de carácter temporal, referida a entidades de crédito, otras entidades financieras y compañías de seguros, que pueden comprar y mantener la propiedad con carácter temporal de acciones por cuenta propia y por cuenta de terceros. La realización de las participaciones deberá realizarse en el plazo de un año desde la adquisición (ampliable por parte de la CNC).
- c) Las operaciones de adquisición, de carácter temporal, de participaciones de otras empresas realizadas por sociedades de participación financiera.
- d) La adquisición de control en virtud del mandato conferido por una autoridad pública con arreglo a la normativa concursal.

En los supuestos previstos en los apartados *b)* y *c)* los titulares de las participaciones no podrán utilizar el derecho de voto para determinar el comportamiento competitivo de la empresa participada.

La Ley 15/2007 introduce igualmente la delimitación del concepto de control, que la Ley anterior había dejado para su inclusión en el Reglamento. Pero el concepto de control, incluido en el art. 7.2 de la nueva Ley, mejora las previsiones del Reglamento de 2001 de desarrollo de la LDC en materia de concentraciones.

A tenor de lo previsto en el art. 7.2, existirá control cuando, por medio de contratos, derechos o cualquier otro medio se ejerza una influencia decisiva sobre la empresa. Y, a continuación se aclara que, para la determinación de la existencia de control, habrá que tener en cuenta «las circunstancias de hecho y de derecho», y en particular existirá control a través de:

- a) Derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de parte de los activos de la empresa.
- b) Contratos, derechos o cualquier otro medio que permitan influir decisivamente sobre la composición, deliberaciones o las decisiones de los órganos de la empresa.

En cualquier caso existe cuando concurren los supuestos en los que exista control según la Ley del Mercado de Valores.

Del modelo establecido en la Ley 15/2007 se puede concluir que, aun cuando con el nuevo sistema no se altere sustancialmente el modelo de la Ley anterior, la nueva norma supone una cierta mejora, en la medida que se incluyen ciertos conceptos que, con anterioridad, estaban incluidos en el Reglamento, al tiempo que se sigue el modelo comunitario. A tales efectos, no sólo se incluyen conceptos del Reglamento comunitario, sino incluso otros que habían sido objeto de una simple Comunicación.

3. UMBRALES DE NOTIFICACIÓN

El art. 8 de la nueva Ley mantiene el sistema establecido en la Ley de 1989 para el establecimiento del umbral mínimo. Naturalmente existe un umbral máximo, en la medida en la que las concentraciones que alcancen dimensión comunitaria a tenor de los umbrales establecidos en el Reglamento 139/2004 caerán bajo la jurisdicción de la Comisión Europea, salvo que se aplique el mecanismo de reenvío previsto en el art. 9 del Reglamento.

Con independencia de ese umbral máximo, el umbral a partir del cual existe obligación de notificar se determina por la concurrencia de una de las dos condiciones establecidas en el art. 8.1 de la Ley:

- a) Que como consecuencia de la operación se adquiriera o incremente una cuota igual o superior al 30 por 100 del mercado de que se trate³.
- b) Que el volumen de negocio en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la suma de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocio superior a los 60 millones de euros⁴.

³ El art. 4 del Reglamento de Defensa de la Competencia contiene algunas normas para la determinación de la cuota de mercado, señalando en su núm. 1 que la cuota de mercado será la suma de las cuotas de las empresas participantes en la operación. En el núm. 2 se señala que existe adquisición de cuota cuando, aun existiendo control previo por parte de la adquirente, se produce un cambio en las características del control, así como cuando, en la creación de una empresa en participación, las matrices aporten todo o parte de su negocio a la entidad de nueva creación.

⁴ El art. 5 del Reglamento establece ciertas reglas para el cálculo del volumen de negocios, que no difieren sustancialmente del previamente establecido en el Reglamento de 2001, aunque introduce ciertas mejoras.

El segundo de los umbrales, referido a la cifra de negocios, no supone una modificación de lo previsto en la Ley 16/1989⁵, y el precepto establecido para resolver los problemas derivados del cálculo del volumen de negocios, contenido en el art. 5 del Reglamento⁶, tampoco difiere sustancialmente del régimen del anterior Reglamento.

En cuanto al umbral referido a la cuota de mercado, la nueva Ley modifica el umbral previsto en la Ley 16/1989, que lo establecía en la cuota del 25 por 100. Las razones de esta modificación se pusieron de manifiesto a lo largo de los debates que siguieron a la publicación del Libro Blanco sobre la reforma del sistema español de Defensa de la Competencia. Es bien sabido que el mantenimiento de un umbral basado en cuota de mercado no es habitual en los regímenes de control de concentraciones en los que existe notificación obligatoria, de la misma forma que los organismos internacionales⁷ se muestran habitualmente contrarios a su mantenimiento. De igual manera, acostumbra a alegarse que la cuota de mercado es una cifra cambiante y en buenos casos difícil de determinar porque no existen datos al respecto o bien no están al alcance de los notificantes. En el mismo sentido, hay que señalar que la cuota de mercado depende del parámetro que se utilice para su determinación (unidades vendidas, cifra de ventas, por no mencionar que en algunas ocasiones tales como los expedientes relativos a operaciones en el sector de la distribución comercial se emplean las cuotas resultantes de la superficie de los establecimientos comerciales). Por otra parte, la delimitación geográfica del mercado de referencia puede dar lugar a que, en determinados supuestos de mercados locales, algunas operaciones de poca entidad superen el umbral de notificación. Igualmente se puede señalar que la determinación de la cuota de mercado puede plantear especiales problemas en algunos supuestos, tales como el relativo a la creación de una filial común. Como reflejo de estas dificultades, en los debates que siguieron al Libro Blanco,

⁵ Las cifras de negocios que constituyen los umbrales de notificación no se han variado desde la Ley de 1989 (en pesetas se expresaba la cifra de 40.000 millones de pesetas y un volumen individual de 10.000 millones). La Disposición Final Tercera de la Ley 15/2007, en su punto 3 autoriza al Gobierno para que modifique, mediante Real Decreto, los umbrales establecidos en el art. 8, abriendo la deslegalización a la modificación y actualización de la cifra de negocios.

⁶ Aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero. El análisis del art. 5 del Reglamento permite afirmar que se introducen determinadas mejoras respecto de las reglas del art. 3 del Real Decreto 1443/2001, que desarrolla la Ley 16/1989 en materia de control de las concentraciones económicas, en cuestiones relativas al cálculo de la cifra de negocios, mejoras especialmente referidas a la inclusión en la cifra de negocios de las operaciones realizadas a partir del cierre de las cuentas, a la exclusión de las transacciones entre empresas del mismo grupo, a la inclusión de todas las operaciones que tengan lugar en el periodo de dos años, o algunos supuestos especiales como el relativo al supuesto de que alguna de las partícipes fuera un fondo de inversión. La mayor parte de tales indicaciones se han introducido para hacer coincidir las normas con las establecidas en el art. 5 del Reglamento 139/2004 del Consejo, sobre el control de las Concentraciones entre Empresas y los criterios de la Comunicación de la Comisión de 2 de marzo de 1998, sobre el cálculo del volumen de negocios.

⁷ Particularmente la International Competition Network y la OCDE se muestran contrarias a establecer un umbral basado en la cuota de mercado por la inseguridad jurídica que se introduce como consecuencia de las dificultades existentes para determinar la cuota de mercado.

no fueron pocas las voces que se oyeron favorables a la desaparición⁸ del umbral referido a la cuota de mercado, o bien a su elevación⁹. Finalmente se optó por su mantenimiento, si bien con una ligera elevación hasta la cuota de mercado del 30 por 100.

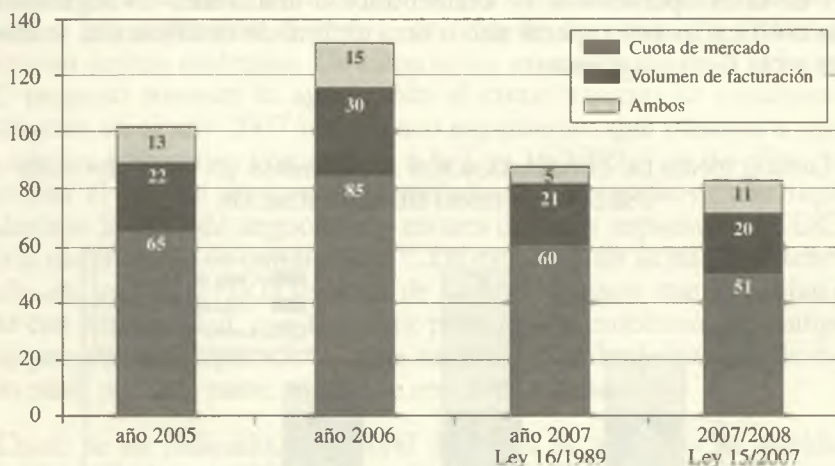
Pero frente a esa posición, también ha habido un buen número de opiniones que se han manifestado, tanto durante los debates habidos tras la publicación del Libro Blanco como tras la aprobación de la Ley, a favor del mantenimiento del umbral referido a la cuota de mercado¹⁰. Las razones que motivaron el mantenimiento de la cuota hay que encontrarla en el hecho de que la mayor parte de de las concentraciones que se notifican en España obedecen a la superación del umbral de cuota de mercado, e incluso las operaciones que presentan problemas de competencia y por lo tanto analizadas en segunda fase superan dicha cuota establecida en la Ley, lo cual resulta especialmente relevante en los mercados de servicios, en los que la cifra de volumen de negocios puede ser reducida, sin que ello signifique que no se acumule un considerable poder de mercado. Los datos son bien elocuentes, ya que, conforme se puede apreciar en los cuadros que a continuación se incluyen, incluso después de la modificación consistente en el incremento de la cuota de mercado introducida por la Ley 15/2007, la inmensa mayoría de las operaciones de concentración notificadas en los últimos años lo han sido por superar el umbral de cuota de mercado.

⁸ Como ejemplo de lo debatido de la cuestión, resultan significativos los comentarios conjuntos que una serie de despachos españoles (Garrigues, Gómez-Acebo & Pombo, Martínez Lage, y Uría & Menéndez) formularon al Libro Blanco, en los que se señalaron que el mantenimiento de la cuota de mercado era una cuestión polémica, sobre la que los propios alegantes conjuntos mantenían opiniones divergentes, mientras unos abogaban por su supresión, otros se mostraban conformes con su mantenimiento. Con posterioridad, Francisco MARCOS y Albert SÁNCHEZ GRAELLS [«El control de concentraciones en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia», en *Estudios sobre la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia* (dir. por Luciano Parejo y Alberto Palomar), Madrid, La Ley, 2008, p. 105 y Lights and Shadows in the Modernization of Spanish Merger Review, en *Threshold/Summer*, 2008] han manifestado que los problemas que se plantean para la determinación de la cuota de mercado aconsejan la desaparición de ese umbral.

⁹ Por ejemplo, la opinión del Despacho Albiñana/Suárez de Lezo se mostraba partidaria de incrementar la cuota hasta el 40 por 100.

¹⁰ Ver, por ejemplo, la opinión de la Asociación Española de Defensa de la Competencia, que se mostraba partidaria del mantenimiento de este umbral, incluyendo una propuesta razonable, coincidente con otras opiniones, en el sentido de considerar que para las concentraciones basadas en cuota de mercado debería exigirse además una cifra de negocios (60 millones de euros) para evitar que empresas de dimensión reducida, pero con elevadas cuotas de mercado en mercados muy estrechos se vieran sometidas a la carga de la notificación. También el Círculo de Empresarios se mostró partidario del mantenimiento del doble umbral. Helmut BROKELMAN («La reforma del régimen de control de concentraciones en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, enero/febrero 2008, núm. 1, nueva época, p. 81) ha mostrado una opinión abiertamente favorable al mantenimiento del umbral referido a la cuota de mercado. En el *Boletín del Banco de España*, núm. 57, de mayo de 2008 se ha publicado el trabajo «La reforma del sistema de defensa de la competencia en España» realizado por Pablo HERNÁNDEZ DE COS y Juan S. MOYA en el que (p. 61) se contiene una opinión sobradamente significativa del estado de la cuestión: «La medición de cuotas de mercado puede ser un mejor indicador del poder de mercado de las empresas que el volumen de ventas, pero exige identificar el mercado relevante, lo cual no siempre es sencillo».

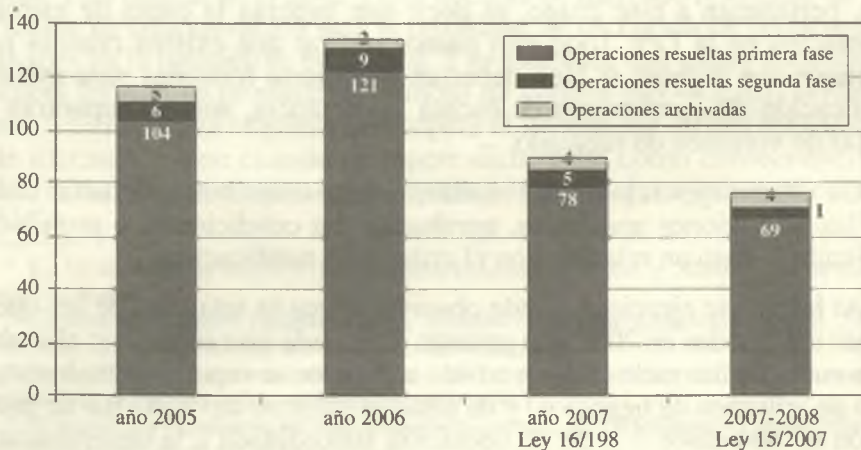
CRITERIOS NOTIFICACIÓN OPERACIONES CONCENTRACIÓN



Fuente: Comisión Nacional de la Competencia.

Ahora bien, la cuestión consiste en analizar cuántas de estas operaciones pueden plantear problemas de competencia, y para ello el dato que puede resultar significativo es el de cuáles de entre ellas han sido analizadas en segunda fase¹¹, lo que se puede comprobar en el gráfico que a continuación se adjunta.

FASE RESOLUCIÓN OPERACIONES CONCENTRACIÓN

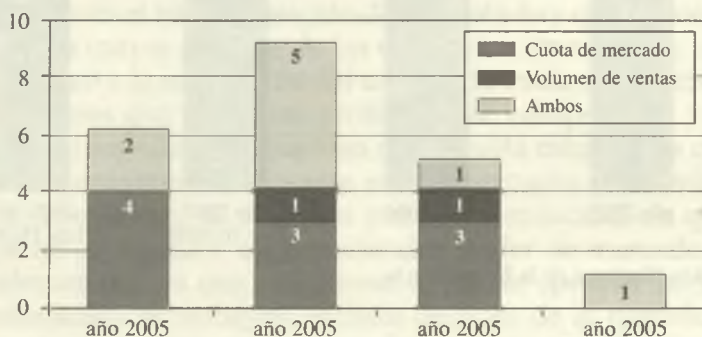


Fuente: Comisión Nacional de la Competencia.

¹¹ Aun cuando ello no esté siendo objeto de análisis en este momento, puede llamar la atención el escaso número de operaciones (en realidad únicamente una, si excluimos a una operación de la que desistieron los notificantes con posterioridad a la decisión de la CNC de tramitarla en segunda fase)

Y, finalmente será necesario realizar una tercera averiguación sobre cuáles de tales operaciones de concentración analizadas en segunda fase fueron notificadas por superar uno u otro umbral de notificación, lo cual se recoge en la figura siguiente.

OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ANALIZADAS EN SEGUNDA FASE
SEGÚN CRITERIO DE NOTIFICACIÓN



Fuente: Comisión Nacional de la Competencia.

Del conjunto de datos anteriormente expuestos, se deducen con claridad dos circunstancias. La primera de ellas es que la mayor parte de las operaciones de concentración que se notifican lo son por superar la cuota de mercado, y, en segundo lugar, que la mayor parte de las operaciones que plantean cuestiones de competencia, es decir las que se analizan en segunda fase, pertenecen a este grupo, es decir que superan la cuota de mercado establecida en la Ley. Todo ello parece indicar que existen razones para mantener ese umbral, si bien deberían articularse fórmulas para evitar la notificación de operaciones de escasa importancia, aunque superaran las cuotas de volumen de mercado.

Un último ejercicio podría realizarse para contribuir a detectar cuáles son las operaciones aprobadas, aprobadas con condiciones, o prohibidas, poniendo el dato en relación con el criterio de notificación.

Al hacer ese ejercicio, puede observarse que la totalidad de las operaciones notificadas en 2005 que pasaron a segunda fase superaban el umbral de la cuota de mercado (si bien en dos supuestos se superaba igualmente la cifra de volumen de negocios) y de ellas, el informe del TDC fue de prohibición en dos casos¹², y de no oposición subordinada a la observancia de

que han sido analizadas en esa segunda fase desde la vigencia de la Ley 15/2007. Puede obtenerse una conclusión consistente en determinar que, por una parte, el nuevo esquema institucional y, por otra, los nuevos mecanismos que permite la Ley para el análisis en primera fase y la posibilidad de presentar compromisos han tenido incidencia en ese hecho.

¹² Se trata de los expedientes N05082 (Gas Natural/Endesa) y N05090 (Telefónica/Iberbanda).

condiciones en otros dos¹³. En el año 2006 de los nueve expedientes que pasaron a segunda fase, sólo uno lo fue por cifra de negocios. De los ocho restantes, tres superaban el umbral de cifra de negocios y los otros cinco superaban ambos umbrales. De estos ocho, en cuatro casos el informe del TDC propuso someter la aprobación al cumplimiento de condiciones¹⁴. Finalmente en el año 2007 hubo cinco expedientes que pasaron a segunda fase (de los tramitados con arreglo a la Ley 16/1989)¹⁵, y de ellos, cuatro superaron el umbral de cuota de mercado (en dos supuestos se superaba igualmente la cifra de negocios), y en tres de estos supuestos el TDC propuso la observancia de condiciones¹⁶. De este análisis se puede obtener una conclusión que refuerza la segunda de las conclusiones que se habían planteado con anterioridad: que la mayor parte de los problemas de competencia se presentan en operaciones que superan el umbral de cuota de mercado, lo cual, por otra parte, no puede resultar extraño.

Como se ha indicado, el umbral de cuota de mercado ha sufrido una variación en la Ley 15/2007, en el sentido de elevar la cuota (25 por 100) contenida en la Ley de 1989. La razón de la elevación de la cuota de mercado hasta el 30 por 100, rechazando otra cifra superior, hay que encontrarla en el hecho de que tradicionalmente se ha venido entendiendo que por debajo del 30 por 100¹⁷ no existen problemas de competencia, siendo esta cifra la que empieza a disparar las alarmas de las autoridades para analizar, naturalmente teniendo en cuenta otras circunstancias, si existe posición de dominio.

El art. 4 del Reglamento trata de solucionar algunos de los problemas planteados por la dificultad de determinar la cuota de mercado, especialmente los existentes en la constitución o cambio de control de una filial común. Tras indicar en el núm. 1 que la cuota de mercado resultante de una operación de concentración será la resultante de las cuotas de las empresas partícipes en la operación, en el núm. 2 se establece que existe adquisición de cuota cuando se produce un cambio de control [art. 4.2.a)], evidentemente referido a una empresa que supere el umbral del 30 por 100 de cuota de mercado o bien cuando se supere dicha cifra como consecuencia de sumar la cuota de la empresa participada a la de las que ejercen su control.

¹³ En los expedientes N05053 (Igualemequisa/Igualitario Médico) y N05081 (Unión Radio/Antena 3 de Radio).

¹⁴ Expedientes N06069 (Adeslas/Lince); N06094 (Sogecable/Audiovisual Sport); N6028 (Transmediterránea/Euroferrys) y N06026 (Cofares/Hefame).

¹⁵ De los 43 expedientes tramitados en el año 2007 con arreglo a la Ley 15/2007, sólo uno pasó a segunda fase, y superaba ambos umbrales de notificación.

¹⁶ Se trata de los expedientes N07052 (Balearia/Buquebús); N07083 (Orona/Ascensores Gasteiz) y N07047 (Nacional Express/Continental Auto).

¹⁷ Tal es la cifra establecida, con carácter general, en los Reglamentos comunitarios de Exención por Categorías 2790/1999 y 1400/2002. En materia de conductas, a pesar del carácter relativo que pueden tener las cuotas para determinar la posición de dominio, los precedentes comunitarios permiten afirmar que por debajo de la cuota del 30 por 100 no existe posición de dominio. El Tribunal de Justicia, en la ya clásica sentencia *Pompes Fúnebres de Regions Libérées* (STJ de 4 de mayo de 1988) estableció que una cuota del 30 por 100, unida a otros factores, es indicativa de posición de dominio.

En el supuesto de constitución de una filial común, existirá adquisición de cuota cuando las matrices aporten total o parcialmente su negocio a la entidad de nueva creación [art. 4.2.b)]¹⁸.

Para resolver las dudas que pudieran existir acerca de si una determinada operación supera o no el umbral de cuota de mercado, existe la posibilidad de plantear una consulta previa a la Comisión Nacional de la Competencia, a tenor de lo previsto en el art. 55.2.b) LDC. Si bien el indicado precepto establece el mecanismo de la consulta previa para determinar si la operación supera los umbrales mínimos de notificación en ambos supuestos, precisamente porque la mayor dificultad surge para determinar la cuota de mercado, resulta lógico que la mayor parte de las consultas referidas a ese precepto se presenten para resolver las dudas que pueden existir en este apartado.

Ahora bien, el debate acerca del mantenimiento o supresión del umbral referido a cuota de mercado está lejos de considerarse concluido. A tales efectos, la propia Ley 15/2007 sugiere una posible revisión al respecto en la medida en la que la Disposición final segunda, apartado 3 no sólo autoriza al Gobierno a modificar los umbrales de notificación, en términos similares a los previstos en la Ley 16/1989¹⁹, sino que se introduce un último párrafo en el que se prevé que la Comisión Nacional de la Competencia realizará cada tres años una valoración de la aplicación de tales umbrales, a efectos de proponer su modificación al Gobierno. Este inciso pone de manifiesto que, además de posibles modificaciones cuantitativas en las cifras de volumen de negocio, o en el porcentaje de cuota de mercado, el legislador ha puesto de manifiesto algunas dudas sobre el modelo, al tiempo que anuncia una posible revisión. Y teniendo en cuenta el debate anterior, la lógica explicación consiste en una posible reflexión sobre la conveniencia de mantener el doble umbral, o, más específicamente, la de mantener el controvertido umbral referido a la cuota de mercado.

Obviamente, como producto de esa reflexión puede bien eliminarse en un futuro la regla del art. 8.1.a) LDC, bien modificarse el porcentaje, o bien mantenerse, si bien exigiendo no sólo la adquisición o incremento de la cuota de mercado en determinado porcentaje, sino la existencia de una mínima cifra de negocios, obviamente inferior a la del umbral referido a la cifra de volumen de negocios, en consonancia con alguna de las propuestas que se hicieron con ocasión del debate sobre el Libro Blanco²⁰.

¹⁸ Álvaro IZA («Umbrales de control», ponencia para la *Jornada de Estudio de la Nueva Ley 15/2007*, organizada por la AEDC el 5 de marzo de 2008) señala que el precepto del art. 4 RDC adolece de falta de concreción, por lo que sería conveniente que la CNC elaborara los necesarios criterios de interpretación mediante la aprobación de una Comunicación.

¹⁹ El último párrafo de la disposición final única de la Ley 16/1989 autorizaba al Gobierno para modificar los umbrales (se venía correctamente interpretando cómo la modificación podría consistir en la variación de las cifras, no de los conceptos) los umbrales establecidos en la Ley. Durante los años de su vigencia no se hizo uso de esta facultad.

²⁰ Ver las propuestas a las que se hace referencia en las notas 10 y 11.

4. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA OPERACIÓN

El art. 9 de la Ley 15/2007 regula, junto con la obligación de la notificación, la suspensión de la ejecución de la operación de concentración hasta que recaiga una resolución de autorización. Esta suspensión de la ejecución resulta coherente con el carácter preventivo del expediente de control de concentraciones y, además, trata de evitar los inconvenientes que se plantean para deshacer operaciones ya efectuadas²¹. Pero la plasmación en la Ley de esta circunstancia no impide que en ella se contengan determinadas excepciones, referidas en primer lugar a la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, pueda procederse al levantamiento de la suspensión de la ejecución, y en segundo término al supuesto en el que la concentración se materialice mediante la adquisición de títulos sometidos a cotización oficial. Y, en ambos apartados, el régimen establecido en la nueva Ley difiere considerablemente del previsto en la Ley anterior.

La Ley de 1989 ya preveía en su art. 15.2²² que la operación no podría llevarse a cabo ni antes de ser notificada ni antes de que se manifestara, en el expediente de concentración, la no oposición a la misma. Pero, junto a este principio general, se contenía una excepción referida al posible levantamiento de la suspensión, y, además, un régimen específico para el supuesto de que la operación se materializara mediante una oferta pública en el caso de títulos cotizados. La nueva Ley ha introducido significativas modificaciones en ambos apartados.

A. LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN

La Ley 16/1989 ya preveía el supuesto de que la suspensión de la ejecución de la operación pudiera levantarse, a petición del notificante. A tales efectos, en el tercer párrafo del art. 15.2 se establecía que el Ministro de Economía, en la resolución por la que se acordara la remisión del expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia podría levantar la suspensión de la ejecución, previa ponderación de los perjuicios que de la suspensión se pudieran derivar para la operación y de los que de su ejecución se pudieran derivar para los competidores o la libre competencia. En consecuencia, el levantamiento de la suspensión exclusivamente se podía llevar a efecto en el momento de remisión del expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia, es decir, en el momento de apertura de la segunda fase del procedimiento.

El art. 9.6 de la Ley 15/2007, siguiendo el modelo comunitario establecido en el art. 7.3 del Reglamento 139/2004, establece que el Consejo de la

²¹ Francisco MARCOS y Albert SÁNCHEZ GRAELLS, *loc. cit.*, pp. 118-119.

²² En la redacción introducida por el Real Decreto-Ley 6/2000, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, posteriormente modificada por la Ley 9/2001. El indicado precepto introdujo el efecto suspensivo de las concentraciones.

CNC podrá acordar el levantamiento de la suspensión, a propuesta de la Dirección de Investigación y previa solicitud motivada. Por otra parte, se señala que la resolución se dictará atendiendo al perjuicio que la suspensión de la operación causaría a las empresas participantes y del que el levantamiento de la suspensión causaría a la libre competencia. El levantamiento de la suspensión podrá estar subordinado al cumplimiento de condiciones y obligaciones que garanticen la eficacia de la decisión que finalmente se adopte.

El Reglamento de Defensa de la Competencia²³ dedica su art. 58 al régimen de levantamiento de la suspensión de la ejecución, disponiendo que el notificante podrá solicitar en cualquier momento del procedimiento, incluso al presentar el borrador confidencial de formulario de notificación, el levantamiento de la suspensión total o parcial de la ejecución de la operación. En el escrito de solicitud se motivarán los perjuicios que pueda causar la suspensión y se podrá presentar «compromisos tendentes a eliminar los posibles efectos negativos que la ejecución de la concentración pudiera causar a la competencia efectiva».

Del régimen establecido para el levantamiento de la suspensión de la ejecución de la operación pueden establecerse algunas consecuencias, especialmente referidas a la comparación con el sistema que regulaba la Ley de 1989.

La primera de las características del nuevo régimen consiste en el hecho de que el levantamiento de la suspensión puede ser solicitado, y acordado, en cualquier momento de la tramitación del expediente. Incluso, tal y como señala el Reglamento, al presentar el borrador confidencial de formulario de notificación. Este extremo supone la eliminación de la rigidez del sistema de la Ley de 1989, en la que el levantamiento sólo podía tener lugar en el momento del paso del expediente a segunda fase.

La segunda de las observaciones se refiere a la posibilidad de que el notificante presente compromisos, aun cuando la CNC no sólo tenga que aprobar los compromisos propuestos, sino que igualmente se podrá someter el levantamiento de la suspensión al cumplimiento de condiciones, es decir, a determinadas obligaciones diferentes a las contenidas en la propuesta de compromiso.

Una tercera observación debe realizarse en relación con la resolución de levantamiento de la suspensión. La Ley establece que la resolución deberá adoptarse por el Consejo de la CNC, a propuesta de la Dirección de Investigación. Ahora bien, la solicitud del notificante puede ser rechazada de forma expresa o tácita (esto último será lo más común) por la propia Dirección de Investigación, por lo que la resolución de ésta podrá ser recurrida ante el Consejo, a tenor de lo dispuesto en el art. 47 de la Ley. Ahora bien, esta posibilidad de recurso es más teórica que real, ya que teniendo

²³ Aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

en cuenta los plazos establecidos para la tramitación del expediente de control de concentraciones y los previstos en el propio art. 47 para la interposición y tramitación de los recursos, lo normal y previsible es que el expediente de concentración haya concluido con anterioridad a la resolución del recurso.

Por último puede señalarse que, a diferencia de lo previsto en la Ley de 1989, la decisión sobre el levantamiento de la suspensión de ejecución se hará ponderando los efectos de este levantamiento exclusivamente sobre la libre competencia, al haberse suprimido la necesidad, establecida en el art. 15.2 de la Ley de 1989, de ponderar los efectos de tal levantamiento sobre los competidores. Ello debe considerarse en línea con la concepción de que la intervención administrativa en materia de competencia tiene como objetivo proteger a la competencia y no a los competidores, conforme viene afirmando repetidamente la Comisaria Neelie KROES desde que lo manifestó en la Universidad Fordham²⁴.

B. EXPEDIENTE DE CONCENTRACIÓN Y OFERTA PÚBLICA DE ADQUISICIÓN DE ACCIONES

El segundo de los supuestos de suspensión de la ejecución es el relativo a la regulación del procedimiento en el caso en el que una operación de concentración haya de realizarse mediante la formulación y tramitación de un expediente de Oferta Pública de Adquisición de acciones ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por tratarse de una sociedad sometida a cotización. Y es en este apartado en uno de los que las modificaciones introducidas por la Ley 15/2007 han sido más significativas.

Se trata de un supuesto en el que han de concurrir dos procedimientos: el que ha de seguirse ante la autoridad de competencia (CNC) y el que debe tramitar la autoridad encargada de la supervisión de los mercados de valores (CNMV). La solución que se adopte resulta cualquier cosa menos sencilla y la propia legislación española ha estado sujeta a cambios.

La redacción original de la Ley de 1989 no contenía ninguna previsión acerca de las medidas que deberían adoptarse en el supuesto de que, en una misma operación económica, debieran seguirse ambos procedimientos, si bien podría haberse interpretado que la ejecución de una OPA podía suponer una ejecución de la operación y, por lo tanto, estaba sometida al principio general de suspensión de la ejecución. Ello resultaba lógico en buena medida ya que el sistema previsto en la Ley era el de notificación voluntaria, pero el problema se acentuó en la medida en la que se introdujo la notificación obligatoria, y no tardó en plantearse en la realidad con ocasión de

²⁴ Neelie KROES, «Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82», en *Fordham Law Institute*, Nueva York, 23 de septiembre de 2005.

la concentración entre Unión Fenosa e Hidrocantábrico²⁵. La operación resultó prohibida por un Acuerdo del Consejo de Ministros, que siguió la recomendación del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, pero, mientras se tramitaba el expediente de control de concentraciones, la CNMV había aprobado la OPA, por lo que el proceso de adquisición de acciones en los mercados se había iniciado, lo cual motivó que fuera necesaria la desinversión. Esta disfunción motivó la reforma de la Ley, mediante un nuevo precepto²⁶ que establecía que si una operación de concentración se materializaba mediante una oferta pública de adquisición de acciones admitida a cotización oficial, una vez que fuera autorizada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, se suspendería provisionalmente su ejecución hasta que recayera resolución en el expediente de control de concentraciones. La suspensión podría levantarse, a petición del notificante, por el Ministro de Economía, en la resolución por la que se acordara la remisión del expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia.

Indudablemente la reforma resolvió algunos de los problemas que la anterior ausencia de regulación provocaba, al tiempo que originaba otros, esencialmente provocados por el diferente tratamiento que ofrecían la Ley española y el Reglamento Comunitario de Concentraciones²⁷, al tiempo que dificultaba de forma extraordinaria la tramitación del expediente, como bien se ha tenido ocasión de comprobar recientemente²⁸. Las dificultades se ponían de manifiesto especialmente en el supuesto de concurrencia de OPAs competidoras y, por ejemplo, cuando alguna de ellas alcanzara los umbrales comunitarios, pero no la otra. Por ello, en el Libro Blanco se propuso la reforma de la Ley en este apartado, para lograr el paralelismo con el sistema comunitario, propuesta que mereció un amplio respaldo en los debates que siguieron a su publicación.

En consecuencia, el art. 9.3 de la Ley 15/2007 sigue el modelo del Reglamento 139/2004 y establece que la obligación de suspensión de la ejecución de una concentración, establecida en el núm. 2 del mismo artículo,

²⁵ Expediente del TDC C54/00 Unión Eléctrica Fenosa/Hidroeléctrica del Cantábrico. Ni los notificantes ni la autoridad del mercado de valores consideró que la operación había de quedar incluida en la genérica prohibición provisional de la ejecución de la operación.

²⁶ La Ley 9/2001, de 4 de julio, introdujo la redacción del art. 15.2 en la Ley 16/1989, en la versión que estuvo vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2007.

²⁷ El art. 7.2 del Reglamento 139/2004 establece que la suspensión de la operación no impedirá realizar una oferta pública de adquisición de acciones, siempre que la concentración fuera notificada sin demora y el comprador no ejerza los derechos de voto, o sólo lo haga para mantener el valor de su inversión con autorización de la Comisión.

²⁸ Las circunstancias concurrentes en la OPA sobre Endesa, que comenzó en 2005, son un vivo ejemplo de las dificultades de la regulación vigente en ese momento. Se formuló una OPA, que implicaba una operación de concentración de dimensión nacional, y en el mismo proceso se formuló otra oferta que implicaba una concentración de dimensión europea. Aun cuando en el caso concreto no llegó a ocurrir, en buena medida por la dinámica de tiempos, y en otra parte por las decisiones de la CNMV, se puso de manifiesto que podría ocurrir que, cuando concurrieran dos OPAs, y una de ellas fuera de dimensión nacional y la otra de dimensión comunitaria, el régimen de suspensión de adquisición de acciones era diferente, y, por lo tanto, el oferente en la concentración de dimensión nacional estaría impedido de adquirir títulos, y el oferente de la operación de dimensión comunitaria no tendría tal limitación.

no impedirá realizar una oferta pública de adquisición de acciones admitidas a negociación en una Bolsa de valores, que haya sido autorizada por la CNMV, siempre y cuando la operación se notifique a la CNC en el plazo máximo de cinco días desde que se presente la solicitud ante la CNMV, y el comprador no ejerza los derechos de voto, o sólo los ejerza para salvaguardar el valor íntegro de su inversión, sobre la base de una dispensa concedida por la CNC. Resulta obvio afirmar que el nuevo sistema viene a resolver los problemas de la anterior regulación, especialmente por cuanto establece el paralelismo con el sistema comunitario y, por otra parte, elimina dificultades para la realización de las operaciones, pero no por ello deja de plantear algunos problemas, tales como el destino de los títulos adquiridos si, al final, la operación no resulta aprobada. La cuestión radica en el hecho de que si los títulos salen al mercado en un periodo corto de tiempo, necesariamente se produciría el desplome de su cotización, y si el periodo es amplio, tampoco existen garantías de que el desplome se evite, y, al tiempo existirán considerables incertidumbres en el gobierno de la sociedad durante ese periodo. Ahora bien, parece evidente que tales problemas serán muy difíciles de resolver. Por no decir irresolubles. Parece dudoso, desde la óptica de la normativa de la competencia que, cuando concurren tales circunstancias, la resolución de la CNC por la que se decide la prohibición pueda contener algunas condiciones sobre los plazos y demás términos en los que haya de llevarse a cabo la desinversión, entre otros motivos porque resulta más que dudoso que exista base jurídica suficiente para ello. En esta línea el Reglamento de desarrollo de la Ley de Defensa de la Competencia no ha establecido ninguna previsión al respecto.

Otra cosa ocurre con la normativa propia del mercado de valores, en la que se ha establecido alguna norma relativa a ese punto, porque, evidentemente, el nuevo sistema ha hecho necesario un cambio en este sentido. A tales efectos se ha aprobado, a los pocos días de la aprobación de la Ley 15/2007, un nuevo Decreto sobre régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores²⁹, que establece algún mecanismo para coordinar la existencia de ambos procedimientos y, en línea con lo previsto en el sistema anterior³⁰, concede al oferente el derecho a desistir de la oferta en el supuesto de que habiendo recaído resolución ésta contuviera alguna condición.

El art. 26.1 del mencionado Decreto establece cuatro supuestos que pueden darse en el caso de concurrencia entre una OPA y un expediente de control de concentraciones, sea éste tramitado por la CNC o bien por la Comisión Europea o cualquier otra autoridad de competencia. En definitiva, antes de la terminación del plazo de aceptación de la oferta, pueden presentarse cuatro situaciones:

²⁹ Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio.

³⁰ La aprobación del sistema que extendía la necesidad de la suspensión hizo necesaria la modificación del Real Decreto 1997/1991, de 26 de julio, mediante la aprobación del Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, cuyo art. 37 establecía, entre otros extremos, que el oferente podría desistir de la oferta en los supuestos de que se remitiera el expediente al TDC o si no hubiera concluido el expediente al terminar el periodo de la oferta, o si en éste se impusieran condiciones.

- a) Que las autoridades de competencia no se hayan opuesto a la operación, en cuyo supuesto la oferta surtirá plenos efectos.
- b) Que las autoridades de competencia prohibieran la operación, en cuyo caso el oferente deberá desistir de la oferta.
- c) Que se haya aprobado la operación sometida a condiciones. En tal supuesto, el oferente podrá desistir de la oferta.
- d) Si en el expresado plazo no hubiera recaído resolución, expresa o tácita, de las autoridades de competencia, el oferente podrá desistir igualmente de la oferta.

Cuando, en los tres últimos supuestos, el oferente desista de la oferta, en el plazo de tres meses deberá vender los valores necesarios para reducir el porcentaje de derecho de voto por debajo de la participación de control, o bien resolver el acuerdo en cuya virtud hubiera alcanzado tal participación.

Del texto del precepto se pueden plantear algunas cuestiones. En primer lugar, el hecho de que se utilice el término «autoridades de competencia», en plural, indica que se está contemplado el supuesto de la multinotificación. Ahora bien, cuando una operación haya sido notificada ante diferentes autoridades, éstas pueden haber dictado resoluciones de contenido diferente. Ello, a los efectos que se están analizando, puede plantear alguna duda, no tanto si una autoridad la prohíbe y otras no³¹, como si alguna de ellas somete la aprobación a condiciones y las restantes la aprueban sin tales condiciones. Parece claro que en tal supuesto se concederá al oferente la opción del desistimiento.

Se ha planteado³² la posibilidad de que la operación de concentración afecte a valores que no se coticen en las Bolsas españolas, afirmando que tal operación quedaría sometida al régimen general del art. 9.2, es decir al de la suspensión de la ejecución. En cualquier caso, ese supuesto plantearía problemas de legislación aplicable, y en todo caso sería necesario considerar los preceptos de la legislación del mercado de valores del país o países en los que los títulos estuvieran sometidos a cotización.

Alguna cuestión puede plantearse sobre el supuesto relativo a un posible desistimiento de los notificantes antes de que haya concluido el periodo de la oferta. Por su propia naturaleza, la tramitación del expediente de control de concentraciones no genera obligaciones para el notificante desde su iniciación, lo cual implica que de él se puede desistir en cualquier momento. Otra cosa ocurre con el expediente que se sigue ante la CNMV ya que, por haber realizado una oferta pública de adquisición de acciones, el oferente sólo puede desistir de la misma cuando concurren determinadas circunstancias, porque desde el momento en el que se ha realizado la oferta, surgen derechos para los titulares del resto de los valores y, en consecuencia, obli-

³¹ En el supuesto de prohibición por al menos una de las autoridades a cuya jurisdicción quede sometida la autorización, resulta indubitada la opción del notificante de desistir de la operación.

³² Jaime FOLGUERA y Patricia VIDAL, comentario al art. 9 LDC, en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia* (dir. por José MASSAGUER, José Manuel SALA, Jaime FOLGUERA y Alfonso GUTIÉRREZ), Madrid, Thomson-Civitas, 2008, p. 309.

gaciones para el oferente. En consecuencia, cabe plantearse qué ocurre si han de tramitarse simultáneamente ambos expedientes, y la respuesta parece clara: la concurrencia de un expediente de control de concentraciones no genera un derecho genérico al desistimiento para el oferente más que en los supuestos establecidos en el art. 26.1 del Real Decreto de OPAs.

Finalmente, en el supuesto de la necesaria tramitación de ambos expedientes, el precepto comentado exige que el oferente acredite ante la CNMV la correspondiente notificación ante la autoridad de competencia, sin expresar el plazo en el que ha de llevarse a cabo la misma. Obviamente, no puede exigirse que la iniciación del expediente de concentración sea previa a la oferta, porque la normativa de competencia prevé que el expediente de concentración se realice con posterioridad al de la autoridad de control de los mercados de valores³³, por lo que en tales supuestos resulta de aplicación la normativa de competencia. El art. 9.3.a) la Ley 15/2007 exige el requisito de que la notificación de la concentración debe ser realizada en el plazo de cinco días desde que se presenta la autorización de la oferta ante la CNMV. Si la concentración es de dimensión comunitaria, el art. 7.2.b) del Reglamento 139/2004 exige que, en tal supuesto, la concentración sea notificada «sin demora» a la Comisión.

La segunda de las condiciones impuestas por el art. 9.3 en su apartado b) para la adquisición de títulos cotizados impide al comprador ejercer los derechos de voto inherentes a los valores en cuestión, salvo que sea «para salvaguardar el valor íntegro de su inversión sobre la base de una dispensa concedida por la Comisión Nacional de la Competencia». Se sigue igualmente en este apartado, como se ha indicado anteriormente, el modelo del Reglamento 139/2007, que contiene un precepto en el art. 7.2.b) en iguales términos a los de la Ley española. En concreto, las expresiones referidas a la dispensa utilizadas por el precepto español han sido tomadas de la norma comunitaria. Ahora bien, la Ley española no contiene ninguna referencia adicional a cómo se ha de llevar a cabo tal dispensa, a diferencia del Reglamento comunitario, cuyo art. 9.3 regula el supuesto. La norma comunitaria al regular la dispensa, se refiere tanto a la relativa al levantamiento de la suspensión de la ejecución de la concentración como a la del levantamiento de la prohibición de ejercicio de los derechos de voto, más allá del necesario para salvaguardar el valor de la inversión. En este punto, la Ley española se separa de su modelo comunitario y del art. 9.3, al regular la dispensa, como se ha indicado anteriormente, sólo se refiere al levantamiento de la suspensión de ejecución, y no al supuesto del ejercicio del derecho de voto de las acciones adquiridas a través de una oferta pública.

³³ La propia naturaleza de ambos expedientes de control conduce a que el expediente de OPA sea iniciado normalmente antes del de control de concentraciones, ya que cualquier noticia o acontecimiento relativo a una concentración empresarial conduce a la suspensión de las cotizaciones de la empresa o empresas afectadas, y la simple notificación del expediente de control de concentraciones con carácter previo a la oferta implicaría una suspensión innecesariamente prolongada. En cualquier caso, el art. 9.3.a) *in fine* de la Ley 15/2007 prevé que el expediente ante la CNMV se inicie con anterioridad al de control de concentraciones.

Finalmente, una cuestión que siempre está presente cuando se analizan los problemas que se plantean en el supuesto de realización de una concentración a través de una oferta pública de adquisición de títulos cotizados radica en el diferente concepto de control que se utiliza en materia de competencia y en la normativa del mercado de valores. En el segundo supuesto, el concepto resulta más mecánico, siempre en relación con porcentajes de participaciones, mientras que para la óptica de la competencia, el concepto de control tiene un contenido fáctico, más amplio, de manera que puede obtenerse el control incluso sin necesidad de alcanzar los porcentajes que obligan a la formulación de una oferta pública, y esta diferencia de concepto está presente en los preceptos que inspiran cada una de las legislaciones. En tales circunstancias, la cuestión radica en determinar qué régimen resultaría aplicable, ya que el Decreto de OPAs establece que la prohibición de ejercitar los derechos políticos se limita a los que superen el límite que obliga a realizar una OPA obligatoria, es decir el 30 por 100, mientras que el art. 9 de la Ley 15/2007 extiende la prohibición a la totalidad de los títulos (debe entenderse a los que se adquieren con posterioridad al inicio del expediente de concentración a través de una OPA, no a los que tuviera con antelación, ya que éstos no le conferirían el control tampoco en términos de competencia). La contradicción, evidentemente debe ser resuelta aplicando el precepto contenido en la Ley de Defensa de la Competencia, de evidente rango normativo superior al Decreto de OPAs³⁴.

5. ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS AL PROCEDIMIENTO EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

Igualmente, en este apartado relativo al procedimiento, las modificaciones introducidas por la Ley 15/2007 respecto de las existentes en el régimen anterior han sido considerables y han sido puestas de manifiesto por todos quienes han realizado comentarios sobre la nueva Ley. Indudablemente el procedimiento ahora establecido responde a una concepción del control de concentraciones radicalmente distinta de la anteriormente existente, y ello se concreta, especialmente, en el cambio introducido en cuanto al organismo ante el que se tramita el procedimiento.

Vaya por delante que el expediente de control de concentraciones es, en el campo del Derecho de la competencia, la materia en la que tradicionalmente existen mayores reticencias por parte de los Gobiernos a la actuación de las autoridades independientes. No se encuentran lejos de esta reflexión las razones por las que la aprobación de un Reglamento comunitario de control de concentraciones no haya tenido lugar hasta 1989, es decir transcurridos más de treinta años desde la aprobación del Tratado de Roma, que, por cierto no

³⁴ En el mismo sentido del texto se pronuncia Begoña BARRANTES, en el «Comentario al art. 9 LDC», en *Derecho Español de la Competencia. Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002* (dir. Miguel ODRIÓZOLA y Belén IRISSARRY), Madrid, Bosch, 2008, t. I, p. 306.

incluía precepto alguno relativo al control de las concentraciones. Del mismo modo se explica por qué los umbrales de notificación para que una concentración sea considerada de dimensión comunitaria se hayan establecido tan altos, o bien se mantenga la regla de los dos tercios para el conocimiento por parte de las autoridades nacionales de las concentraciones de dimensión comunitaria³⁵. Por último, también se siguió este razonamiento en las razones que justificaban el procedimiento de la Ley española de 1989, la cual colocaba el peso de gravedad para la decisión en materia de concentraciones en el Gobierno y no en la autoridad independiente. Resulta evidente que los Gobiernos, cualquier Gobierno, tienen una marcada tendencia a intervenir en el diseño de su propio mapa empresarial, así como a formar campeones nacionales que puedan tener una destacada presencia en el mapa internacional. Ahora bien, ese objetivo podría ser objeto de apoyo, si no fuera porque tales campeones nacionales se forman o consolidan sobre la base de la explotación de los consumidores nacionales. Pero, en cualquier caso, en esta materia especialmente hay que tener en cuenta, a la hora de realizar cualquier comentario crítico sobre la regulación establecida, que resulta necesario sopesar los diferentes intereses en juego, las diferentes posiciones en el debate. O valorar especialmente los pasos que se dan o las tendencias que se observan. Y en esos términos resulta necesario analizar los cambios introducidos en la reforma de la Ley, y, en esa perspectiva, es posible afirmar que los pasos que se han dado con la aprobación de la Ley 15/2007 han sido significativos en diferentes aspectos, pero, con todo ello, posiblemente los que mayor trascendencia tengan sean los que se han dado en el procedimiento en materia de concentraciones, por cuanto responden a una disminución de las facultades gubernamentales y a un incremento de las de la autoridad independiente.

Es cierto que la nueva estructura institucional de la Ley 15/2007 ha tenido incidencia en el campo de las conductas. Pero, al fin y al cabo, aun siendo importantes los cambios en esa materia establecidos, la decisión definitiva la tomaba ya en el sistema anterior una autoridad independiente, aun cuando se haya reforzado la independencia en el sentido de que igualmente la instrucción deja de llevarla a cabo un servicio dependiente del Gobierno. Sin embargo, nadie podrá negar que las consecuencias del cambio institucional, en materia de concentraciones, es considerablemente más trascendente, en la medida en la que, con anterioridad la decisión la adoptaba el Gobierno, mientras que con la Ley 15/2007, la decisión la adopta la Comisión Nacional de la Competencia, aun cuando quede la posibilidad de que el Gobierno, por razones distintas de las de la defensa de la competencia, se separe de esa resolución.

En cualquier caso, no se trata tanto ahora de realizar un detallado análisis de la totalidad del procedimiento en materia de control de concentra-

³⁵ En el año 2006 la Comisaria KROES inició, con poco éxito, un intento de suprimir la regla de los dos tercios. Vaya por delante que los repetidos intentos de introducir en el Reglamento comunitario de Concentraciones la regla Tres+, consistente en establecer la dimensión comunitaria de las concentraciones que cayeran bajo la jurisdicción de, al menos, tres autoridades nacionales, se han visto recurrentemente abocadas al fracaso.

ciones como de resaltar algunas de las más importantes novedades introducidas en el nuevo régimen relativo al control de concentraciones, sin ni siquiera agotar todos los aspectos que merecen ser destacados de la nueva regulación.

A. AUTORIDAD ENCARGADA DE LA TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE

Como se ha indicado, las novedades introducidas en materia de procedimiento constituyen las más significativas de la nueva Ley, incluso en el capítulo del control de concentraciones, en el que mayores modificaciones se han impuesto respecto del régimen anterior. Pero, entre ellas, la de indudable mayor trascendencia se encuentra en el cambio sustancial respecto de la autoridad encargada de tramitar el expediente, y, en definitiva, de resolver sobre su aprobación o denegación. Los cambios introducidos van en el evidente sentido de reforzar la independencia del sistema español de competencia. Tal vez no resulte ocioso recordar que, con la Ley de 1989, el control de concentraciones lo realizaba, en cualquier fase, el Gobierno. Efectivamente, si la operación no planteaba aparentes problemas de competencia, se aprobaba en primera fase sin salir del ámbito del Servicio de Defensa de la Competencia. Si, por el contrario, se planteaban tales aparentes problemas, se pasaba a segunda fase, en la que se solicitaba un informe no vinculante al Tribunal de Defensa de la Competencia, pero el expediente, en definitiva, lo aprobaba el Consejo de Ministros. Es decir, que el peso de la decisión recaía en el Gobierno. Esta situación cambia sustancialmente con la nueva Ley, ya que en ésta, la autoridad independiente de la competencia, que, con la Ley 16/1989 tenía simples funciones consultivas, pasa a tener facultades decisorias.

En la actualidad el procedimiento se tramita íntegramente ante la Comisión Nacional de la Competencia. Se mantienen, siguiendo el modelo comunitario y también el de la Ley anterior, las dos fases del procedimiento. En buena medida el contenido del análisis preliminar, realizado en primera fase, no difiere sustancialmente del previsto en la Ley de 1989 para la fase que se tramitaba ante el Servicio de Defensa de la Competencia, aun cuando en el nuevo procedimiento existen algunas cuestiones que, en la práctica, han permitido un análisis algo más profundo que el que se permitía con el procedimiento anterior. Sin embargo, en la segunda fase las modificaciones de procedimiento son considerables, y ello resulta obligado si se tiene en cuenta que el procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Competencia estaba dirigido a la emisión de un informe, mientras que en la actualidad la segunda fase se tramita ante la autoridad encargada de autorizar o prohibir la operación. En la medida en la que en el procedimiento de concentraciones es necesario concretar los obstáculos a la competencia que se detectan, y que los notificantes tienen derecho a rebatirlos, y al tiempo a insistir en las eficiencias que presenta la operación, la Dirección de Investigación elaborará un pliego de concreción de hechos, que será notifi-

cado tanto a los notificantes como a los interesados para que formulen alegaciones. Igualmente podrá celebrarse una vista, que el art. 58.3 de la Ley prevé exclusivamente para el supuesto de que la soliciten los notificantes, si bien el art. 68.3 del Reglamento abre la posibilidad a la celebración de una vista por decisión de oficio del Consejo³⁶.

Igualmente se establece para la segunda fase del expediente la posibilidad de que se emita un informe de la Comunidad Autónoma (normalmente de su autoridad de competencia si la tiene constituida) cuando pueda considerarse afectada por incidir la operación de forma significativa en el territorio de la misma. Queda por determinar cuándo existe esa afectación significativa y, especialmente, si para que se aplique este precepto la afectación significativa ha de tener lugar exclusivamente en el territorio de una Comunidad Autónoma. Cabe señalar que la fórmula empleada por el art. 58.1, segundo párrafo, es en todo similar a la utilizada por el art. 5.4 de la Ley 1/2002, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, para solicitar informe en el supuesto de expedientes de conductas. Es cierto que es posible una amplia gama de supuestos, pero en cualquier caso no parece justificada la opinión según la cual sólo sea exigible la petición de informe cuando la afectación significativa se limite a una sola Comunidad Autónoma³⁷, sin que ello conduzca a afirmar que el informe se haya de solicitar a todas las CCAA en las que la concentración tenga incidencia. Si la incidencia se produce por igual en todas o buen número de CCAA, no sería necesario el informe. El hecho de que se exija la existencia de una afectación «significativa», implica desigualdad, es decir que en unos territorios (por supuesto, los menos pero sin que se pueda exigir que sea en uno solo) la afectación sea mayor que en los restantes.

La terminación de la segunda fase se realiza de forma diferente según cuál sea el contenido de la decisión. Si la Comisión Nacional de la Competencia adopta una decisión por la que se aprueba la operación, se pone fin al expediente, y esa resolución pone fin a la vía administrativa. Si por el contrario la resolución del Consejo de la CNC prohíbe la operación, o bien la somete a condiciones y compromisos, ésta no pondrá fin a la vía administrativa. La resolución es notificada al Ministro de Economía, si se trata de una resolución de aprobación sin condiciones a efectos simplemente informativos, pero si la resolución es de prohibición o de aprobación con compromisos o condiciones, a tenor de lo dispuesto en el art. 58.6 de la Ley, la resolución no será definitiva hasta que el Ministro de Economía haya decidido no elevar la concentración al Consejo de Ministros o haya trascu-

³⁶ El indicado art. 68.2 RDC establece que el Consejo notificará a los interesados «la solicitud de vista del notificante o su consideración de celebrar vista para el análisis o enjuiciamiento de las pretensiones objeto del expediente».

³⁷ En materia de conductas, en el expediente Cajas de Ahorros Vascas y Navarra, la conducta afectaba al territorio de ambas Comunidades Autónomas, y el TDC solicitó informe al Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia. Hay que tener en cuenta que Navarra no tenía constituida autoridad de competencia.

rrido el plazo legalmente establecido [art. 58.6.a)], o bien, hasta que el Consejo de Ministros adopte un acuerdo o trascurra el plazo establecido para ello [art. 59.6.b)].

Esta diferente finalización del expediente responde al sistema establecido en el art. 10.3 de la Ley, que prevé que el Consejo de Ministros podrá separarse de la resolución del Consejo de la CNC «atendiendo a criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia», enumerando a continuación hasta un total de seis supuestos, pero sin carácter de *numerus clausus*.

No cabe duda alguna que esta competencia del Gobierno para intervenir en materia de concentraciones implica una limitación de la independencia del sistema de control de concentraciones y constituye, lógicamente, uno de los puntos más polémicos de la nueva Ley³⁸, pero antes de realizar cualquier comentario crítico sobre esa disposición habrá que tener presente dos circunstancias. En primer lugar, que en la nueva regulación la capacidad del Gobierno para intervenir en materia de concentraciones ha quedado reducida respecto de la que tenía en la anterior regulación. Es decir, que cualquier análisis del sistema establecido debe tener en cuenta el punto del que se partía para, en cualquier caso, observar y analizar si se ha producido una evolución y si va en el buen sentido y en ese orden de cosas, la valoración debe ser positiva. En segundo término, pasado algún tiempo, deberá valorarse la actuación de los gobiernos, el uso que se hace de la cláusula, para determinar si esa competencia resi-

³⁸ A lo largo de los debates que siguieron a la publicación del Libro Blanco, una buena parte de las opiniones se mostraron contrarias a esa posibilidad, pero también hubo quien consideró razonable la cláusula (ver, por ejemplo, la opinión del Círculo de Empresarios) por considerar que caben supuestos en los que el Gobierno deba tener alguna capacidad de decidir. Los comentaristas del Anteproyecto también se mostraron mayoritariamente críticos con la competencia del Gobierno (ver Helmut BROKELMANN, «La reforma del régimen de control de concentraciones en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 241, enero-abril 2006, p. 95; Rafael ILLESCAS, en *Derecho de los Negocios*, núm. 188, 2006, p. 3; Ana TOBÍO, «El proceso de reforma de la normativa anti-trust española: panorámica del Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia», en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. XXVI, 2005-2006, p. 571) e incluso en las Jornadas del TDC celebradas el día 29 de mayo de 2006 se oyeron opiniones críticas. Así, Germà BEL en su ponencia «Las perspectivas de la reforma del modelo español de defensa de la competencia en el control de concentraciones» se manifestó contrario a esta competencia residual, llegando a indicar que sería preferible que, en determinados sectores tales como el de la energía, se arbitrara un procedimiento diferente en el que decidiera el Gobierno y no la autoridad independiente. En sentido crítico un tanto más matizado Germà BEL y Milagros ALVAREZ, «La reforma del control de concentraciones en España: un balance provisional», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, 243, julio de 2006, p. 34. De un hecho acaecido durante la tramitación parlamentaria se pueden extraer algunas conclusiones sobre la tendencia de buena parte de las formaciones políticas, por no decir la totalidad de ellas, a mantener un cierto poder de decisión política en materia de control de concentraciones. Diversos grupos parlamentarios, por supuesto el principal partido de la oposición, pero también alguno de los socios parlamentarios del Gobierno en la Legislatura 2004-2008, presentaron enmiendas por las que debería suprimirse esa facultad residual. El simple conocimiento de la composición de las Cámaras hacía pronosticar el triunfo de la enmienda, especialmente en el Senado, en el que el Gobierno era claramente minoritario. Pero la aritmética parlamentaria falló, y las enmiendas fueron derrotadas. Podría resultar curioso analizar el porqué de esa derrota.

dual ha supuesto un sistema que haya contribuido a alterar las condiciones de competencia³⁹.

Una de las críticas que se realizan con mayor contundencia es que la lista no está cerrada, en la medida en la que la redacción de la Ley establece que «(e)n particular se entenderán» como criterios de interés general y a continuación se enumeran una lista de seis supuestos, lo cual indica que caben otros distintos de los allí consignados. Frente a este sistema se ha recordado que en el Libro Blanco se preveía que la intervención del Gobierno fuera excepcional y además por motivos tasados, mientras que en la Ley no se recoge ese carácter excepcional y, además, se contiene una lista de supuestos que no está cerrada⁴⁰. Pero en realidad tales críticas deben resultar matizadas, por un lado porque el hecho de que la Ley acogiera específicamente el carácter excepcional de la intervención no variaría sustancialmente el mecanismo. La cuestión radica en la interpretación que vaya a darle el Tribunal Supremo a esa competencia y no hay nada que impida interpretar, diga lo que diga la norma, que cualquier intervención por motivos de interés general, distintos a la defensa de la competencia, ha de tener siempre carácter excepcional. Por otra parte, si la lista está o no cerrada no tiene gran importancia. En primer lugar, porque enumerar en una lista cerrada los motivos de interés general puede resultar un ejercicio inútil. Tal vez bastaría la referencia genérica a los motivos de interés general, como hacen otras legislaciones, sin necesidad de la lista que puede tener efectos exclusivamente didácticos. Y por otra parte, que si observamos los supuestos enumerados en las letras a) a f) del art. 10.4 LDC⁴¹, el único supuesto que previsiblemente será aplicado será el último, el contenido en la letra f), es decir la «garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial»; hablando en román paladino, razones de política industrial.

Pero cualquier crítica que se realice sobre el nuevo sistema no puede ocultar no sólo el avance que supone sobre la regulación de 1989, especialmente en el reforzamiento de la independencia del sistema, sino también en la clarificación de los motivos en los que pueden intervenir unos y otros. El art. 16.1, *in fine*, de la Ley 16/1989 establecía una serie de criterios que podrían ser interpretados como ajenos a la competencia e incluso podrían desbordar el concepto estricto de eficiencias. Como tal podría ser interpre-

³⁹ La cláusula estableciendo esa competencia residual tiene clara inspiración de la legislación alemana y, en el año 2006, poco antes de su retirada como Presidente del Bundeskartellamt, el doctor BÖGE manifestaba que, desde que existía control de concentraciones en Alemania, se habían notificado alrededor de 36.000 operaciones de concentración, y en sólo 16 casos el Gobierno se había separado de la decisión de la autoridad de competencia. Bien es cierto que posiblemente estos 16 casos sean los más significativos, como permite presumir el hecho de que uno de ellos fuera la concentración EON/RHURGAS.

⁴⁰ Ver, por ejemplo, Begoña BARRANTES, *op. cit.*, I, p. 362.

⁴¹ Resulta difícil plantearse un supuesto en el que la prohibición, o bien la aprobación condicionada, de una concentración pueda afectar a la seguridad o salud públicas [art. 10.4.a)] o a la protección del medio ambiente [art. 10.4.d)], por poner un ejemplo. No resulta exagerado prever que los cinco primeros supuestos, o al menos la mayor parte de ellos, no se aplicarán nunca.

tada la mención a la «competitividad internacional de la industria nacional», que parece reflejar criterios de política industrial. Por otra parte, no quedaba claro si la intervención del Consejo de Ministros podría separarse del informe del TDC por razones de competencia o por otras razones de interés general. Al menos la Ley 15/2007 delimita los criterios de la intervención de la CNC y del Gobierno en los arts. 10 y 13.4 respectivamente.

El sistema, como se ha indicado, está inspirado en la legislación alemana, de la que ha pasado a otras legislaciones de nuestro entorno, por ejemplo la portuguesa, y responde a algunas propuestas que habían sido formuladas con antelación⁴² a la elaboración del Libro Blanco y que fueron incorporadas a éste.

El sistema, no obstante, plantea algunas cuestiones dignas de ser tenidas en cuenta.

En primer lugar, se debe señalar que la intervención del Consejo de Ministros se puede producir cuando la aprobación haya sido realizada con compromisos. Más adelante se comentará la insólita opción de la Ley española de mantener, junto a la aprobación con compromisos, la aprobación con condiciones que, en terminología española, diferente en este caso de la comunitaria, vienen a significar modificaciones de la operación diferentes de las propuestas por los notificantes. Podría, con todas las cautelas del mundo, parecer lógico que el Consejo de Ministros, por razones de interés general, pueda separarse de la decisión de la CNC cuando imponga condiciones que, por ejemplo, pongan en peligro el proyecto empresarial, pero no se puede entender que cuando una concentración ha sido aprobada con compromisos, es decir, con modificaciones aceptadas y propuestas por los notificantes, el Gobierno pueda llegar a separarse de la decisión de la CNC. Porque, aunque no se establezca expresamente en la Ley, parece lógico afirmar que la intervención del Gobierno ha de ir encaminada a suavizar los términos de la aprobación, no a endurecerlos, porque las razones de interés general diferentes de la defensa de la competencia deben conducir a facilitar la operación, no a dificultarla. Así lo hace pensar que cuando la decisión de la CNC aprueba la operación, el Gobierno no puede prohibirla ni esta-

⁴² Con ocasión de la tramitación parlamentaria de la Ley de reforma parcial de la LDC, de 28 de diciembre de 1999, el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso presentó una enmienda en la que se recogía un sistema de control de concentraciones similar al recogido finalmente en la Ley 15/2007. El sistema fue igualmente defendido por José María JIMÉNEZ LAIGLESIA («Propuesta de reforma del sistema de control de concentraciones de empresas», *Laboratorio de Alternativas*, Documento de trabajo 56/2004, Fundación Alternativas, 2004, p. 48), que proponía como una de las conclusiones: «Es posible reservar al Gobierno la capacidad de aprobar una operación, a instancia de parte, solamente en los casos en los que la autoridad de competencia ha decidido prohibir una operación y exclusivamente conforme a criterios transparentes relacionados con el interés público y no con la competencia». Igualmente Luis BERENGUER FUSTER («Sistema de defensa de la competencia», *Laboratorio de Alternativas*, documento de trabajo 54/2004, Fundación Alternativas 2004, p. 29) proponía que el sistema de control de concentraciones «debe ser modificado en el sentido de conceder la última palabra al órgano encargado de la competencia, con independencia de dejar algún resquicio para que una operación no aprobada pueda ser autorizada por el Gobierno por razones de interés público nacional».

blecer condiciones. Además, en refuerzo de este razonamiento se puede mencionar que la operación puede ser aprobada en primera fase con compromisos, y si tal es así, ¿por qué el Gobierno puede introducir modificaciones a los compromisos si han sido adoptados en segunda fase y no en primera? No parece haber respuesta a esa pregunta, y, en conclusión, la competencia otorgada al Gobierno para separarse de la decisión de la CNC puede tener algún sentido para los supuestos de prohibición o bien de aprobación con condiciones, pero nunca para los supuestos de aprobación con compromisos⁴³.

Otra de las múltiples cuestiones que pueden plantearse consiste en determinar si resulta aplicable esa facultad del Gobierno cuando se trate de una concentración de dimensión comunitaria cuyo conocimiento haya sido remitido a la CNC en aplicación de lo dispuesto en el art. 9 del Reglamento 139/2004. Según alguna opinión, la capacidad de intervención del Gobierno queda limitada, opinión fundamentada en el texto del precepto contenido en el art. 9.8 del citado Reglamento comunitario, según el cual la capacidad del Estado miembro al que se remita la operación ha de limitarse a «adoptar las medidas estrictamente necesarias para preservar o restablecer la competencia efectiva en el mercado en cuestión»⁴⁴. Sin embargo, esa interpretación no parece acertada, en primer lugar porque el indicado párrafo 8 del art. 9 del Reglamento parece referirse a que las autoridades nacionales no resultan competentes para adoptar medidas encaminadas a restablecer la competencia en mercados diferentes a aquellos a los que se refiere el apartado 7 del mismo artículo, es decir un mercado geográfico incluido dentro de sus fronteras. La segunda y más importante razón es que el art. 9.3.b) del Reglamento comunitario prevé que la Comisión podrá remitir «el asunto total o parcialmente a las autoridades competentes del Estado miembro en cuestión a fin de que se aplique su normativa nacional en materia de competencia», y la intervención del Gobierno, que es a estos efectos una autoridad de competencia (es, de conformidad con la terminología del Capítulo I del Título II de la Ley un órgano competente para la aplicación de la LDC) que aplica la normativa nacional. No resulta, a mi entender, por lo tanto aplicable lo dispuesto en el art. 21 del propio Reglamento porque se refiere a las medidas adoptadas por los Estados, pero al margen de los procedimientos y autoridades de competencia. Además, como la propia autora, que sostiene la imposibilidad de aplicar el precepto del art. 10.4 LDC en las concentraciones de dimensión comunitaria, también se encarga de recordar que el precepto del art. 21 del Reglamento nunca se ha aplicado en un supuesto de concentración de dimensión comunitaria de dimensión nacional⁴⁵.

⁴³ Oriol ARMENGOL en «El procedimiento en materia de concentraciones», ponencia presentada para la Jornada sobre la reforma de la LDC celebrada por la Asociación Española de Defensa de la Competencia el día 5 de marzo de 2008, señala lo extraño que puede resultar que el Gobierno intervenga en una concentración aprobada con compromisos.

⁴⁴ Begoña BARRANTES, *op. cit.*, I, pp. 364 y ss.

⁴⁵ Begoña BARRANTES, *op. cit.*, I, p. 366.

B. PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Otra de las importantes innovaciones recogidas en la Ley 15/2007 y que redundará en beneficio de los notificantes es la relativa a la existencia de un procedimiento abreviado, o al menos un formulario abreviado de notificación que permite una tramitación abreviada. El art. 56 ofrece la posibilidad de presentar un formulario abreviado de notificación en cuatro supuestos: cuando no exista solapamiento entre las partes que intervienen en la operación, cuando la participación de las partes en los mercados sea de escasa importancia, cuando se adquiera el control exclusivo de una empresa de la que ya se tenía el control conjunto, y cuando se trate de una empresa en participación que o bien no tenga previsto realizar actividad en España, o bien ésta sea marginal.

El art. 57 del Reglamento de Defensa de la Competencia aclara alguno de estos conceptos. En concreto considera que la participación no es, por su escasa importancia, susceptible de afectar significativamente a la competencia [supuesto del art. 56.1.b) LDC] cuando los partícipes no alcancen una cuota conjunta superior al 15 por 100, o cuando se supere ese porcentaje pero sin alcanzar el 30 por 100, sin que la adición de cuota sea superior al 2 por 100. Igualmente no existe afectación significativa a la competencia cuando los partícipes no alcancen una cuota del 25 por 100 en un mercado de producto integrado verticalmente con otro en el que opere cualquiera de los partícipes en la operación.

Según el art. 56.2 de la Ley, a pesar de concurrir las circunstancias que hacen posible la presentación del formulario abreviado, cuando sea necesario realizar un análisis más profundo, la CNC podrá exigir la presentación del formulario ordinario. Algunos de los supuestos en los que se puede exigir la presentación del formulario ordinario se recogen en el apartado 2 del art. 57 del Reglamento.

C. RÉGIMEN RELATIVO A LOS COMPROMISOS

Otra de las materias en las que la nueva regulación de la Ley 15/2007 ha introducido novedades significativas respecto a la Ley anterior es la relativa al sistema para determinar las soluciones (remedios) que resultan aceptables para resolver, o al menos compensar, los problemas de competencia que pueden generarse por la operación.

Es bien sabido que el sistema de la Ley de 1989, en su redacción originaria, preveía que las decisiones que ponían fin al expediente en materia de concentraciones, podían, como una de las alternativas, subordinar la aprobación de la operación a la observancia de determinadas condiciones. Aunque es cierto que en la terminología utilizada en el Reglamento comunitario de concentraciones 139/2004 se habla de compromisos, obligacio-

nes y condiciones⁴⁶, en la medida en la que las soluciones son presentadas por las partes, constituyen compromisos, que, si son aceptados por la Comisión se convierten en condiciones u obligaciones. La diferencia entre compromisos, por una parte, y condiciones y obligaciones, por la otra, parece clara. En nuestra legislación no se habla de obligaciones, sino que se utilizan los términos compromisos y condiciones con un sentido diferente. La Ley de 1989 no preveía la presentación de compromisos, es decir, propuestas de modificación de la operación realizadas por los notificantes que deberían ir encaminadas a resolver los problemas de competencia que la propia operación podría originar. En lugar de hablar de compromisos, la Ley hablaba exclusivamente de condiciones, que deben ser interpretadas como las modificaciones a la operación que resultaban impuestas por la autoridad de competencia al aprobarla, pero sin que fuera necesaria la aprobación de las partes implicadas en la concentración. Este peculiar sistema, que se separaba del sistema comunitario, basado en la presentación de compromisos, ocasionaba ciertas disfunciones. Puede señalarse que, al no tratarse de modificaciones de la operación que hubieran sido propuestas, o al menos aceptadas expresamente, por las partes, los notificantes podían recurrir una decisión adoptada por el Consejo de Ministros que aprobara la operación sometida a determinadas condiciones, incluso a veces con éxito⁴⁷. Y ello por no mencionar que las propias condiciones podían ser consideradas inaceptables por las partes que, en algunos casos, llegaron a renunciar a la operación⁴⁸.

Una posterior modificación de la Ley de 1989⁴⁹, introdujo un nuevo precepto, contenido en el art. 13 ter, sobre la terminación convencional en expedientes de concentración, que preveía que el Ministro de Economía y Hacienda podía instar a las partes a presentar compromisos o modificaciones de la operación, a la vista de los cuales, y si tales compromisos eran

⁴⁶ El Reglamento 139/2004 utiliza de forma un tanto confusa los términos «condiciones» y «obligaciones». La Comisión en la actualidad ha elaborado un proyecto de Comunicación sobre soluciones aceptables que sustituye la anterior Comunicación de 2 de marzo de 2001, para adaptar el texto al Reglamento 139/2004. El último texto disponible de ese proyecto a la hora de redactar el presente trabajo es de abril de 2008, pero se trata de la versión final y presumiblemente habrá sido publicada cuando se haga público este anuario. En el apartado 19 del proyecto se diferencia entre condiciones, que consisten en la exigencia de medidas estructurales que son necesarias para solucionar los problemas de competencia, y obligaciones, que son los pasos que deben darse para llevar a cabo y adoptar tales medidas.

⁴⁷ En el expediente de la concentración de las plataformas digitales, los notificantes presentaron recurso contencioso-administrativo con la pretensión de que fueran anuladas algunas de las condiciones impuestas por el Acuerdo del Consejo de Ministros. El Tribunal Supremo, por sentencia de 3 de octubre de 2006 desestimó el recurso. Por su parte, en la concentración entre Prosegur/Blindados del Norte, el Consejo de Ministros impuso una determinada condición de comportamiento consistente en la congelación de los precios de los servicios durante determinado periodo de tiempo. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de abril de 2002 declaró nula esa condición.

⁴⁸ En el expediente de concentración entre Endesa e Iberdrola, el Consejo de Ministros subordinó la operación al cumplimiento de determinadas condiciones que no fueron aceptadas por las partes, que renunciaron a la operación.

⁴⁹ Reforma de la Ley 16/1989 llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia, por la que, entre otros, se introdujo un art. 13 ter, en la Ley de Defensa de la Competencia.

considerados suficientes, la operación podía ser aceptada en primera fase. Esta peculiar modificación permitía, en consecuencia, la presentación de compromisos exclusivamente en primera fase, y limitados a la solución de los obstáculos a la competencia «fácilmente subsanables». Y estas limitaciones eran lógicas en buena medida si se tiene en cuenta el procedimiento establecido para el control de las concentraciones en la Ley de 1989 y las diferentes autoridades que intervenían en el mismo. En efecto, el hecho de que la segunda fase se caracterizara por la intervención del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, que carecía de poder de decisión, planteaba la dificultad de determinar quién era, en tal caso, la autoridad competente para sugerir y aceptar compromisos. Ello, en consecuencia, quedaba limitado a la primera fase, es decir la que se tramitaba con la exclusiva participación del Gobierno, a través del Ministro y el Servicio de Defensa de la Competencia. Posiblemente en tales limitaciones haya que encontrar la causa por la que tal precepto no fue aplicado durante todo el periodo en el que estuvo vigente. No se puede ignorar, por otra parte, que, en algunos casos, las sugerencias y, en cierta medida, la negociación de las condiciones, tenía lugar en la segunda fase ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, e incluso seguramente ante el propio Ministro, pero esa práctica no tenía reflejo en la regulación legal.

Frente a este sistema, la Ley 15/2007 introduce un sistema de presentación de compromisos, tanto en primera como en segunda fase, y, al tiempo, prevé que la operación pueda ser aprobada con la aceptación de tales compromisos, aunque mantenga la posibilidad de una aprobación con condiciones. Los problemas que puedan presentarse en cada uno de estos apartados se analizarán por separado.

a) *Compromisos en primera y segunda fase*

El art. 57.2 de la Ley 15/2007 establece que una de las formas (b) de concluir el expediente de concentraciones en primera fase consiste en la aprobación de la operación subordinándola al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes. Por su parte, el art. 59 de la misma Ley regula las cuestiones relativas a la presentación de compromisos, estableciendo con claridad que podrán presentarse tanto en primera como en segunda fase, al determinar que el plazo previsto para la tramitación del expediente se ampliará en diez días en primera fase y quince días en segunda fase.

La primera cuestión que puede plantearse consiste en determinar si el nivel de exigencia de compromisos en primera y segunda fase es el mismo, o bien es diferente entre una y otra. La única exigencia establecida por el art. 59.1 para los compromisos es que deben resolver los obstáculos para el mantenimiento de la competencia efectiva, pero en la medida que el análisis de los problemas de competencia que se detectan en primera y segunda fase es diferente, también puede llegarse a la conclusión de que las solu-

ciones que se ofrezcan para resolverlos deben ser diferentes. Y ello aun cuando la Ley española ofrezca una solución al respecto que permite una respuesta menos contundente que la norma comunitaria. El art. 6.1 del Reglamento 139/2004 establece que el primer análisis que debe realizarse por parte de la Comisión Europea al notificarse una operación de concentración tiene por objeto detectar si existen «serias dudas» de su compatibilidad con el mercado común, por lo que los compromisos ofrecidos en esa primera fase, obviamente, deben disipar tales dudas. Como quiera que el análisis de los problemas de competencia que ha de realizarse en segunda fase se caracteriza por su mayor profundidad, parece que el nivel de los compromisos en esta segunda fase puede ser diferente. Téngase en cuenta que los problemas de competencia detectados en la segunda fase han de constar en un pliego de cargos, por lo que parece obvio que los compromisos que se presenten en ella deben ir encaminados a solucionar los problemas de competencia así detectados y reflejados en el pliego de cargos. Ahora bien, si en primera fase se plantean «serias dudas», ello no significa necesariamente que tales dudas no puedan quedar despejadas como consecuencia del propio análisis en profundidad realizado en la segunda fase del procedimiento. Esto resulta evidente si tenemos en cuenta que no todas las concentraciones que se tramitan en segunda fase se aprueban con compromisos, o bien resultan prohibidas. Esta última afirmación resulta evidente en el caso español, tanto en el procedimiento de la Ley 16/1989 como en el establecido en la Ley 15/2007. En la Ley precedente, un buen número de expedientes sometidos a informe del TDC resultaron aprobados sin condiciones⁵⁰, y con la vigente Ley la concentración entre Repsol/BP Oil⁵¹ resultó aprobada en segunda fase sin compromisos ni condiciones. En consecuencia, puede llegar a afirmarse que los compromisos presentados en primera fase, en la medida en la que deben ir encaminados a resolver cualquier duda que presente la operación, pueden resultar incluso más onerosos para los notificantes que los que resulten necesarios en la segunda fase. Es decir, que el notificante al que, en primera fase, se le notifique la existencia de ciertas dudas sobre los problemas de competencia puede optar entre presentar compromisos o bien esperar que tales dudas queden disipadas en segunda fase como consecuencia de un análisis más profundo, propio de la segunda fase del procedimiento.

Esta solución resulta evidente en el procedimiento comunitario, pero no lo es tanto en el procedimiento español. En el procedimiento comunitario, las directrices sobre soluciones aceptables⁵² diferencian entre los compro-

⁵⁰ Como se pone de manifiesto en los comentarios realizados anteriormente en relación con los datos que obran en la figura de la página 20.

⁵¹ Expediente C0022/07, aprobado por Acuerdo del Consejo de la CNC de 1 de abril de 2008.

⁵² La comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables de 2 de marzo de 2001, establece en su apartado 111: «La Comisión puede aceptar compromisos en cualquiera de ambas fases del procedimiento. Sin embargo, dado que sólo en la fase II se lleva a cabo una investigación detallada del mercado, los compromisos presentados a la Comisión en la fase I deben bastar para disipar totalmente las serias dudas a efectos de la letra c) del apartado 1 del art. 6 del Reglamento sobre control de concentraciones. De conformidad con el apartado 2 del art. 10 del Reglamento 139/2004, la Comisión

misos en primera y segunda fase, en términos en los que no cabe ninguna duda sobre el alcance de los mismos, y la práctica de la actuación de la Comisión ratifica este hecho. La práctica de la Ley española no permite afirmar la cuestión con la misma contundencia, y esta afirmación queda ratificada por el hecho de que la Ley española no contenga la expresión «serias dudas», por lo que podría pensarse que los compromisos ofrecidos en primera fase han de ofrecer un alcance muy similar a los de la segunda fase. El hecho de que los compromisos incluso en primera fase sean objeto de negociación y que puedan ser sometidos al test de mercado⁵³ contribuye a esa interpretación. Frente a la expresión «serias dudas» de la norma comunitaria, el art. 69.5 RDC introduce un concepto que puede dar lugar a una interpretación distinta, en la medida en la que habla de un «problema de competencia detectado que sea fácilmente identificable», lo cual podría hacer pensar que el modelo español no es tanto, como el comunitario, un modelo de dudas que pueden quedar despejadas, bien por la aceptación de compromisos, bien por un análisis en segunda fase, sino un modelo en el que los expedientes se resuelven en primera fase bien cuando no plantean problemas de competencia, o éstos sean «fácilmente identificables» y puedan resolverse de forma igualmente fácil mediante la aceptación de compromisos.

En cierta medida, la cuestión se planteó con ocasión del primer supuesto tramitado conforme a la Ley 15/2007 en el que se ofrecieron compromisos en primera fase⁵⁴. Si tenemos en cuenta el contenido de dichos compromisos, consistentes en la desinversión de establecimientos comerciales a la luz de las condiciones que habían sido impuestas en otros expedientes tramitados en segunda fase, se puede llegar fácilmente a la conclusión de que no difieren sustancialmente unos de otros, por lo que es previsible que, de haberse tramitado el expediente en segunda fase, no se hubiera exigido un nivel de compromisos diferentes. Tal afirmación es cierta, pero debe ser matizada por el hecho de que la operación pertenecía a un sector, el de distribución comercial, en el que un considerable número de precedentes habían venido sentando unos criterios sobre los supuestos en los que se deberían imponer condiciones y en cuáles supuestos no, tomando en cuen-

deberá aceptar una decisión por la que se declare compatible la operación en el momento en el que se disipen las serias dudas a que se hace mención en la letra *c*) del apartado 1 del art. 6, en función de los compromisos presentados por las partes. Esta norma se aplica, en particular, a los compromisos propuestos en una etapa temprana de la fase II del procedimiento. Previa investigación detallada de que la concentración lleva a la creación o fortalecimiento de una posición dominante a efectos del apartado 3 del art. 2 del Reglamento sobre control de concentraciones, los compromisos deben eliminar la creación o fortalecimiento de dicha posición dominante». El proyecto de nueva Comunicación, para adaptar las directrices al Reglamento 139/2004 mantiene (apartado 18) una redacción similar, en cualquier caso teniendo en cuenta que el test de la dominancia ha sido sustituido.

⁵³ El art. 59.3 de la Ley 15/2007 no diferencia entre compromisos ofrecidos en primera fase y segunda fase cuando prevé que los compromisos podrán ser comunicados a terceros. En la, hasta el momento, única operación aprobada en primera fase con compromisos desde la vigencia de la Ley 15/2007 (Expte. C0001/07, Día/Plus) se produjo esa comunicación.

⁵⁴ Concentración Día/Plus, expediente 0001/2007, aprobado en primera fase con compromisos por Resolución del Consejo de la CNC de 30 de octubre de 2007.

ta unos criterios consolidados basados en isócronas, cuota de metros cuadrados de los establecimientos comerciales, etc., que hacían perfectamente previsible la decisión de la autoridad de competencia.

Sobre la base de cuanto anteriormente ha quedado expuesto, pueden obtenerse algunas conclusiones sobre la cuestión planteada en la Ley española. En primer lugar que, en principio, el nivel de los compromisos ofrecidos en primera y segunda fase es diferente. En primera fase los compromisos deben despejar los obstáculos a la competencia que se planteen del análisis que allí se efectúe (aunque la plena analogía con la norma comunitaria no resulte posible por las diferentes expresiones utilizadas), mientras que los de la segunda fase deberán despejar los obstáculos que hayan surgido y que han de reflejarse en el pliego de concreción de hechos. Ello puede implicar que las exigencias para los primeros sean superiores a la de los segundos, pero la elección corresponde al notificante: si se espera a la segunda fase, en la confianza de que un análisis más profundo contribuya a despejar las dudas existentes, o si prefiere una mayor celeridad en la culminación del expediente, aunque sea a costa de un mayor sacrificio, esto es, de un mayor nivel de compromisos.

La segunda conclusión que se puede exigir en este apartado consiste en constatar que, cuando se trate de un expediente que ofrezca grandes afinidades con otros similares anteriormente tratados, en los que exista una doctrina consolidada sobre los problemas de competencia que se plantean y las soluciones a los mismos (como ocurre, por ejemplo, en el sector de la distribución comercial), los notificantes pueden acortar los plazos ofreciendo desde la primera fase compromisos que no diferirán sustancialmente de los que pueden ser exigidos en segunda fase. Puede decirse que, en buena medida, esta segunda apreciación supone la aplicación del precepto contenido en el art. 69.5 del Reglamento, según el cual los compromisos en primera fase sólo podrán ser aceptados cuando el problema de competencia sea claramente identificable y pueda ser fácilmente remediado y que, en consecuencia, el planteamiento de los compromisos en primera fase (y, si se quiere, también del análisis de la primera fase) tiene un alcance en ciertos aspectos diferentes en la Ley española y en el Reglamento comunitario. En definitiva, mientras que en la regulación europea los compromisos deben ser suficientes para disipar las posibles dudas que plantea la operación, en España sólo son aceptables si los problemas de competencia son fácilmente detectables y de sencilla solución. Aunque, posiblemente, en el orden práctico las soluciones aplicando un régimen u otro no sean, en definitiva, muy diferentes.

b) *Negociación de los compromisos*

La peculiar configuración institucional de la Ley 15/2007 y su reflejo en la tramitación de los expedientes de concentración puede ofrecer algún problema referido a la negociación de los compromisos. Tal configuración ins-

titucional supone que los expedientes de concentración deben ser presentados ante la Dirección de Investigación, que es la encargada de tramitar el expediente (art. 69.1 RDC), de la misma forma que es la competente para solicitar la modificación de los mismos (art. 69.4 RDC). La Ley 15/2007 prevé (art. 59.1) que la Comisión Nacional de la Competencia puede instar la presentación de compromisos, sin que en el texto, ni tampoco en el Reglamento, se especifique cuál es el órgano encargado de instarlo, pero teniendo en cuenta que ya que el expediente se tramita ante la Dirección de Investigación, normalmente se hará por ésta. Cuando se presenten compromisos, la Dirección de Investigación los trasladará al Consejo para su conocimiento (art. 69.3 RDC) de la misma forma que, cuando sea definitiva, se incluirá en la propuesta de resolución para que el Consejo la someta a valoración (art. 69.7 LDC). Todo este diseño normativo nos conduce a un sistema en el que cualquier relación con el notificante es realizada por la Dirección de Investigación, y, en consecuencia, toda la actividad relativa a la negociación de los compromisos ha de ser llevada a cabo por ésta. Pero tal diseño no puede por menos que resultar paradójico. La negociación implica una valoración sobre los extremos que pueden resultar aceptables y cuáles no, de la misma forma que la formulación de contrapropuestas por parte de quien negocia presupone la seguridad de que los ofrecimientos contenidos en las contrapropuestas son firmes. En definitiva, que sólo puede negociar con garantías para el notificante quien tiene la capacidad de decidir. En este sentido, el problema es que el sistema legalmente establecido consiste en que quien negocia, es decir, la Dirección de Investigación, no tiene la capacidad de decidir, porque (art. 58.3 LDC) quien tiene el poder de decisión para aceptar los compromisos es precisamente el Consejo de la CNC.

La paradoja no puede más que resolverse mediante una participación del Consejo en el proceso y en la tramitación del expediente y por lo tanto, y aunque sea indirectamente, en la negociación de los compromisos. En definitiva, la situación no puede más que conducir a un sistema de colaboración. No se puede concebir un sistema en el que toda la tramitación se lleve sin que el Consejo pueda expresar su opinión (como parece dar a entender el tenor literal del art. 69.3 RDC, que limita la comunicación al Consejo de los compromisos al simple conocimiento) porque el resultado podría conducir a que los compromisos negociados, incluso con la aceptación de las propuestas realizadas por la CNC, luego no resultaran aprobados por ésta, sin que ello signifique la contaminación del Consejo para resolver. Al fin y al cabo, el expediente de control de concentraciones no es un expediente sancionador y esa separación entre instrucción y resolución no resulta tan exigible como en los expedientes en materia de conductas.

Por ello, la solución hasta el momento dada en la tramitación de los expedientes de concentraciones por la práctica de la CNC resulta adecuada. Esa práctica implica que, desde el primer momento, el Director de Investigación informa al Consejo de la tramitación del expediente en materia de concentraciones, así como de todas las incidencias que allí se plan-

tean, entre ellas y de forma destacada de los compromisos planteados. De la misma forma que cuando una operación plantea algún problema, o parece susceptible de plantearlo, el Consejo nombra a un Consejero ponente encargado de su seguimiento y, en cierta medida, de colaboración entre el Consejo y la Dirección de Investigación. En definitiva, para hacer posible ese trabajo conjunto, sin compartimentos estancos entre departamentos, que resulta necesario como consecuencia del propio esquema institucional establecido por la Ley.

c) *Compromisos y condiciones*

Como se ha indicado, la Ley de 1989 no preveía la presentación de compromisos por los notificantes de una operación de concentración, más que, en forma limitada y tras la reforma de 1999, en primera fase. Ahora bien, la práctica de la aplicación de ese sistema conllevaba que los notificantes y las autoridades de competencia (el Servicio en primera fase y el Tribunal y el Consejo de Ministros en segunda fase) realizaran algún tipo de negociación⁵⁵. Por el contrario, la Ley preveía que la operación fuera aprobada con modificaciones a la propuesta de los notificantes introducidas por las autoridades de competencia sin necesidad de que fueran aceptadas por los notificantes. Tales modificaciones eran denominadas por la Ley como condiciones.

El sistema, además de apartarse del sistema comunitario, presentaba ciertas disfunciones. En primer lugar, podría darse el caso, real por otra parte, que las condiciones no fueran aceptadas por las partes, las cuales se podrían ver obligadas a desistir de la operación⁵⁶. En segundo término, podría ocurrir que las partes presentaran recurso contra la imposición de tales condiciones y, como ha pasado en algunas ocasiones⁵⁷, el Tribunal Supremo anulara la condición.

La Ley 15/2007, como se ha indicado, se separa en cierta medida de ese sistema y se acerca al modelo europeo al prever la presentación de compromisos, pero, extrañamente, muestra un cierto temor a apartarse completamente del modelo precedente y mantiene la posibilidad de que la operación se apruebe con condiciones, es decir, con modificaciones a la propuesta no realizadas por las partes. Este sistema supone, en buena medida, la persistencia de los defectos del sistema anterior, no tanto por la posibilidad de desistimiento de una operación cuando se han empleado importantes recursos para su análisis, sino por la propia posición negociadora de

⁵⁵ Begoña BARRANTES (*op. cit.*, t. 1, p. 347) cita varios supuestos en los que los notificantes presentaron compromisos, tanto en primera como en segunda fase.

⁵⁶ Como ocurrió en la frustrada concentración Endesa/Iberdrola en la que el Consejo de Ministros impuso unas duras condiciones, en buena medida propuestas por el TDC, que no fueron aceptadas por las partes, que desistieron de la operación.

⁵⁷ En la concentración Prosegur/Blindados del Norte, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de abril de 2002 anuló la condición impuesta consistente en limitar los incrementos de precios.

los notificantes. En una búsqueda de soluciones, si sólo se aceptan compromisos, los notificantes, interesados en que la operación llegue a buen término mediante su aprobación, se mostrarán dispuestos a llegar al límite en las modificaciones que resulten aceptables porque saben que, si no aceptan las modificaciones que se les sugieren, la operación no va a ser aprobada. Sin embargo, si aunque no se llegue al límite, la autoridad de la competencia puede aprobar la operación con tales modificaciones, el notificante puede negarse a presentar los compromisos que se le sugieren para posteriormente, si resulta previsible que tales modificaciones vayan a ser impuestas como condiciones, intentar anularlas mediante la presentación del posible recurso, cosa que tendría más difícil, por no decir imposible, si las hubiera propuesto por la vía de compromisos. En definitiva, parte de los defectos del sistema anterior persisten en el nuevo sistema, aun con expreso reconocimiento de los avances alcanzados. Para evitar estos inconvenientes sería deseable que las autoridades de competencia dejaran claro durante la tramitación del expediente su intención de no hacer uso de la facultad de imponer condiciones que le permite la ley, porque ha de quedar claro que, una vez que el texto legal permite la presentación de compromisos, la aprobación con condiciones resulta en buena medida extravagante.

Otra cosa es la cuestión, estrechamente relacionada con la anterior, relativa a determinar si los notificantes pueden presentar recurso contencioso-administrativo contra una aprobación de una operación con compromisos, es decir con modificaciones propuestas por ellos mismos. La cuestión puede resultar paradójica, en la medida en la que, formalmente, los compromisos han de ser presentados por las partes y no parece lógico que quien solicita la aprobación de una operación, y la modifica voluntariamente mediante la aprobación de compromisos, posteriormente recurra una decisión que, en definitiva, le concede lo que ha solicitado. Un primer análisis de la cuestión permite afirmar la cuestión como paradójica, pues la simple aplicación de la doctrina de los propios actos conduciría a la desestimación del recurso. Sin embargo, la cuestión se ha planteado en Derecho comunitario, en la medida en la que el Tribunal de Primera Instancia ha conocido de un recurso interpuesto por el notificante contra una decisión de la Comisión Europea en la que se aprobaba una concentración con condiciones⁵⁸.

Es cierto que, conforme se ha señalado acertadamente, se trata de un supuesto excepcional⁵⁹, en el que se trataba de compromisos en cierta medida impuestos por la Comisión Europea, y en el que ni la Comisión ni el Tribunal analizaron la admisibilidad del recurso. La excepcionalidad del

⁵⁸ Sentencia del TPI de 23 de febrero de 2006, *Cementbouw/Comisión*, Asunto T-282/02.

⁵⁹ Josep Maria CARPI BADIA: «Compromisos (remedios) en asuntos de concentraciones entre empresas: el control por el Juez Comunitario de las Decisiones de la Comisión Europea», en *Anuario de la Competencia 2005*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2006, pp. 430-432. En el mismo sentido Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, «Los problemas de las soluciones: compromisos en el control de concentraciones», en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 1, 2007, p. 124.

supuesto quedaba ratificada, en primer lugar, porque se trataba de una concentración que inicialmente no había sido notificada y en la que las partes negaban la existencia de concentración, y, en segundo término, porque los compromisos eran de tal calibre que, de hecho, equivalían a una prohibición. En cualquier caso, el Tribunal desestimó la pretensión de los recurrentes por la que se consideraba que los compromisos habían sido «impuestos», por considerar que tal circunstancia no había quedado demostrada. Podría pensarse que el recurso se interpuso en ese supuesto contra la imposición de compromisos. En cualquier caso, el precedente no puede servir para concluir que resulta admisible, en Derecho comunitario, que el notificante presente recurso contra una decisión de aprobación de una operación de concentración con compromisos⁶⁰.

Y si tales dudas existen en Derecho comunitario, las razones en contra de la admisibilidad de este tipo de recursos en la Ley española quedan acentuadas. Y no sólo porque quien presentara tal recurso iría claramente contra sus propios actos, sino porque, al ser posible que la operación se apruebe con condiciones, el posible argumento relativo a la imposición de los compromisos, y que la única opción del notificante sea la de aceptar tales compromisos ante la seguridad de que, en caso contrario, la operación resultaría prohibida, queda considerablemente debilitada. Además, si se considera que el recurso, en el supuesto comunitario comentado, se interpuso contra la «imposición» de compromisos, no cabe duda de que no cabe recurso en la Ley española, porque en nuestra legislación la imposición se realiza por la vía de condiciones, no por la de los compromisos.

6. CONCLUSIONES

Con anterioridad se han comentado algunos, ya anunciamos que ni tan siquiera todos, los aspectos del régimen de control de concentraciones que han resultado modificados como consecuencia de la aprobación de la Ley de Defensa de la Competencia de 3 de julio de 2007, que, y también lo habíamos anunciado, constituyen uno de los capítulos en los que la reforma ha tenido mayor trascendencia. Y, como comentario final debe ratificarse, aun cuando así pueda deducirse del contenido del texto, que las reformas en este capítulo, también es cierto que el mismo comentario puede realizarse del conjunto de la Ley, han resultado sumamente positivas. Aunque la Ley no resulte perfecta (¿hay alguna obra humana que lo sea?), las críticas sobre aspectos concretos no pueden ocultar la valoración sumamente positiva de la nueva norma. Y particularmente del capítulo relativo al control de concentraciones.

⁶⁰ Joseph Maria CARPI BADIA, *op. cit.*, p. 431

