

## EL SISTEMA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN LA NUEVA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA<sup>1)</sup>

FRANCISCO MARCOS FERNÁNDEZ

Profesor del Área Jurídica del Instituto de Empresa.  
Director del Observatorio de Política de la Competencia.

ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia, M.A. of Law UC, Berkeley.  
Licenciado en Derecho por la Universidad de Oviedo.  
Asistente de Investigación del Observatorio de Política de la Competencia Instituto de Empresa.

### SUMARIO:

I. Introducción. - II. Concentraciones sujetas al Procedimiento de Control Administrativo: 1. Concepto de concentración; 2. Umbrales de notificación; 3. Consultas previas a la notificación. - III. Obligación de notificación. - IV. Información requerida en la notificación: 1. Formulario de notificación ordinaria; 2. Formulario de notificación simplificado; 3. Tratamiento de la notificación confidencial; 4. Tasa por análisis de las concentraciones notificadas. - V. Régimen de suspensión de operación: 1. Criterio general: suspensión de la ejecución de la operación notificada; 2. Levantamiento de la suspensión; 3. Las ofertas públicas de adquisición. - VI. Procedimiento de control de concentraciones: 1. Primera fase: 1.1. Tramitación; 1.2. Resolución; 1.3. Efectividad de la resolución que pone fin a la primera fase; 2. Segunda fase: 2.1. Tramitación; 2.2. Resolución; 2.3. Efectividad de la resolución que pone fin a la segunda fase; 3. Tercera fase: 3.1. Ante el Ministerio de Economía; 3.2. Ante el Consejo de Ministros; 4. Desistimiento de las partes y archivo de las actuaciones. - VII. Criterios sustantivos de valoración de las operaciones notificadas: 1. Por parte de la Comisión Nacional de Competencia: obstrucción significativa de la competencia efectiva: 1.1. Criterio General; 1.2. Criterios particulares; 2. Por parte del Consejo de Ministros: criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia. - VIII. Negociación de compromisos. - IX. Recursos: 1. Frente a resoluciones de la Dirección de Investigación; 2. Frente a resoluciones de la Comisión Nacional de Competencia; 3. Frente a decisiones del Consejo de Ministros. - X. Régimen sancionador: 1. Sanciones por incumplimiento del deber de notificación y por el incumplimiento del deber de aportación de información; 2. Sanciones por incumplimiento de la obligación de suspensión de la operación; 3. Sanción por incumplimiento de la decisión que ponga fin al procedimiento de control de concentraciones; 4. Multas coercitivas; 5. Prescripción y publicidad de las infracciones y de las sanciones.

### I. INTRODUCCIÓN

La libertad de empresa reconocida en nuestra Constitución (artículo 38) tiene como una de sus manifestaciones la libre organización de la actividad empresarial, incluyendo la libre adquisición, combinación y fusión entre empresas –como extensión de la libertad de actuación del mercado, según el Tribunal Constitucional (STC 109/2003, de 5 de junio). En principio, por tanto, la adquisición de empresas competidoras o la fusión con empresas competidoras –entendiendo por tales las que lo hacen tanto en la misma actividad como las empresas en sectores relacionados– debe entenderse libre, como una derivación más del principio constitucional de libertad de empresa.

Sin embargo, la ordenación de las condiciones de competencia en el mercado ha llevado a que, desde 1989 –y, en parte, como resultado de la adaptación del ordenamiento interno a las exigencias de la normativa de la entonces Comunidad Económica Europea–, se estableciera en España un sistema de control de las adquisiciones o fusiones empresariales que pudieran tener un impacto negativo en la libre competencia. El fundamento sobre la que reposa el sistema es bastante intuitivo, y no es otro que el de evitar y, en su caso, corregir la excesiva concentración de las fuerzas del mercado cuando ello pueda perjudicar de manera significativa las condiciones de competencia en el mercado. El propio artículo 38 de la Constitución sienta el fundamento último del sistema de control de concentraciones al encargar a los poderes públicos el mantenimiento y la garantía del funcionamiento del sistema de economía de mercado. Sabido es que la competencia empresarial se configura como un elemento primordial e indispensable para el adecuado funcionamiento del

<sup>1)</sup> Este trabajo se ha realizado dentro de las actividades de investigación del Observatorio de Política de Competencia del Instituto de Empresa.

mercado; con lo que resultan –en principio– plausibles las actuaciones e intervenciones públicas dirigidas a su preservación (STC 88/1986, de 1 de julio).<sup>2</sup> Es claro que de manera preventiva el procedimiento de control de concentraciones tiene a ese como uno de sus objetivos.<sup>3</sup>

En la actualidad, el procedimiento de control de concentraciones económicas constituye uno de los pilares básicos de todo sistema desarrollado de defensa de la competencia. En algunas ocasiones en el establecimiento inicial del sistema de defensa de la competencia se excluye el control de concentraciones y, en muchos casos, cuando se instaura, se suscitan notables dificultades y deficiencias en su funcionamiento y aplicación.<sup>4</sup> De hecho, en nuestro país hasta la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia no se introdujo el control de concentraciones, que además se adoptó inicialmente como un sistema de notificación voluntaria (y solo se convirtió en un mecanismo obligatorio de control administrativo en 1999). La vieja Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia tampoco contemplaba ningún tipo de instrumento de control de los posibles efectos anticompetitivos de las operaciones de fusión y adquisición empresarial (aunque regulaba la inscripción en un registro de prácticas restrictivas de la competencia de aquellos acuerdos de concentración de empresas siempre que, como consecuencia de ellos, las empresas participes pasen a controlar el treinta por ciento o más en un determinado producto o servicio; al objeto de contar con los medios de información necesarios para evitar que como consecuencia de tales fusiones, se produzcan abusos de situación de dominio).

Adicionalmente, junto con el control de ayudas públicas, el sistema de control de concentraciones empresariales se configura como uno de los pocos instrumentos de tutela ex ante del funcionamiento del mercado – en el sentido de que solo estas dos intervenciones de las autoridades de competencia son de carácter preventivo, a diferencia de la persecución y sanción de prácticas prohibidas, que constituye una intervención de carácter reactivo (frente a la celebración de un acuerdo o la realización y seguimiento de determinada conducta por las empresas).

Mediante el control de concentraciones económicas se pretende evitar toda modificación de la estructura de mercado que pueda resultar en una reducción significativa de la competencia efectiva. Para ello será preciso determinar y delimitar con carácter previo cuál es el mercado o los mercados afectados por la operación, para después examinar con carácter prospectivo los efectos del cambio en la estructura de mercado en la competencia en el mismo. Evidentemente, en estas dos tareas la utilización del análisis económico se hace indispensable. Solo sobre la base de estudios económicos rigurosos y exhaustivos pueden efectuarse las indicadas operaciones: delimitación del mercado relevante y efectos de la concentración empresarial en la competencia. Ello hace que el control de concentraciones sea una de las áreas en el ámbito del Derecho de la competencia en las que el análisis económico resulta, si cabe, más importante.<sup>5</sup>

Por ello, la regulación sustantiva del procedimiento de control de concentraciones debe ajustarse a sólidos principios económicos y, además, en la medida que comporta una intervención anticipada y de carácter “preventivo” en el funcionamiento mercado, incidiendo en las decisiones de mercado de los operadores, y que afecta a la libertad de empresa en una de sus principales manifestaciones, constituye un instrumento que debe configurarse necesariamente conforme a ciertos parámetros de estricta seguridad y certidumbre jurídica, así como de celeridad en sus decisiones. Además, como se ha indicado ya, el diseño del sistema, desde su perspectiva procesal, debe permitir el adecuado uso de las herramientas de análisis económico por parte de la autoridad de

<sup>2</sup> MARTÍN RETORTILLO, S. *Derecho Administrativo-Económico*, vol. 1, La Ley, Madrid 1988.

<sup>3</sup> BASSOLS COMA, M., *Constitución y Sistema Económico*, Tecnos, Madrid, 1985.

<sup>4</sup> KOWACIC, W. *Merger Enforcement in transition: Analysis, control and disposition in emerging economies*. En *University of Cincinnati Law Review* 66, 1998 pp. 1075-1112.

<sup>5</sup> HOTTA, M., *Competition Policy: Theory and Practice*, En: Cambridge University Press, Cambridge, Nueva York, 2004.

competencia. Por otra parte, dada la importante repercusión del propio anuncio de la operación de concentración en el funcionamiento del mercado afectado, así como la incertidumbre que se crea sobre las empresas afectadas y sus principales competidoras durante el periodo previo a su autorización, sujeción a condiciones o prohibición por parte de las autoridades; el procedimiento de control de concentraciones debe ser lo más breve posible, con el propósito de minimizar las distorsiones que esta incertidumbre puede provocar no sólo en las partes afectadas por la operación de concentración, sino en la totalidad de los mercados afectados, así como para controlar el uso estratégico de esta regulación.<sup>4</sup>

Hasta el momento, la regulación del procedimiento de control de concentraciones en España cumplía en buena medida los anteriores principios generales.<sup>5</sup> Sin embargo, muchos de sus concretos aspectos procedimentales podían mejorarse, a la luz de la experiencia práctica acumulada durante su aplicación y de la experiencia comparada. Es por ello que, de los distintos aspectos del régimen jurídico contenido en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, el procedimiento de control de concentraciones es uno de los más afectados por la reciente reforma del Derecho de la competencia español.

En efecto, pese a que el anterior sistema de control de concentraciones funcionaba de modo relativamente satisfactorio, especialmente por la brevedad del procedimiento, su aplicación práctica presentaba algunas deficiencias. La falta de independencia de las autoridades de competencia en la adopción de decisiones en esta materia que, de hecho, se adoptaban a nivel ministerial por el Ministro de Economía, o a nivel gubernamental, por el Consejo de Ministros, así como la práctica inexistencia de la posibilidad de negociación de compromisos entre las partes notificantes y la autoridad administrativa (al menos, dentro de un cauce formalmente establecido y en unos parámetros regulados de antemano), habían sido especialmente destacadas como insuficiencias del sistema de control de concentraciones contenido en la Ley 16/1989 y en su normativa de desarrollo. Adicionalmente, la modificación de la normativa comunitaria en materia de control de concentraciones mediante la aprobación del Reglamento (CE) 139/2004 sobre control de concentraciones entre empresas y su normativa de desarrollo [como parte del paquete de modernización del Derecho comunitario de la competencia, que se complementa con el Reglamento (CE) 1/2003 relativo a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE], requerían la correspondiente adaptación de la normativa nacional de cada uno de los Estados Miembros al nuevo marco comunitario.

En España, el proceso de revisión de la normativa vigente se inició en enero de 2005 con la aprobación del *Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*. En materia de control de concentraciones, el Libro Blanco se hacía eco de algunas de las deficiencias apuntadas<sup>6</sup> y proponía una reforma del sistema de control de concentraciones en cuatro áreas principales: (i) mejora de la definición del ámbito objetivo del procedimiento de control; (ii) refuerzo de la independencia en la toma de decisiones; (iii) perfeccionamiento de los instrumentos de análisis y establecimiento de condiciones; y (iv) potenciación de la eficacia y transparencia del procedimiento. El proceso de reforma de la normativa española de defensa de la competencia tuvo continuidad con la publicación del *Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia* en marzo de 2006, que acogía la mayor parte de las propuestas contenidas en el Libro Blanco y algunos de los comentarios recibidos durante el periodo de consulta pública.<sup>7</sup> Tras un nuevo periodo de consulta pública y

<sup>4</sup> MARCÓL, FRANCISCO, *El control de concentraciones como derecho libre a la Opinión: Reflexiones Sobre El Caso Orcael Peppinot*, En: *Anuario de Derecho de la Competencia 2006*, Fundación ICO-Marcial Pons, Madrid, 2007.

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M. J., *El procedimiento nacional en materia de control de concentraciones entre empresas* en BENEYTO PÉREZ, J. P. Y MAILLO GONZÁLEZ, En: *Tratado de Derecho de la Competencia*, Vol. II, J. M. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 885-928.

<sup>6</sup> MARCÓL, FRANCISCO, *Op. Cit.*

<sup>7</sup> DE EIZAGUIRRE, J. P., "Observaciones al Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia", *Acas de Derecho Industrial y Comercio de Exterior* No. 26 (2006) pp. 125-143.

una tramitación parlamentaria relativamente larga, el proceso de reforma se ha completado con la aprobación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Queda únicamente pendiente el desarrollo reglamentario de la nueva norma, que deberá aprobarse en los seis meses posteriores a la aprobación de la Ley (ex Disp. Final 2ª.2 Ley 15/2007). La Ley 15/2007 trata de superar las mencionadas deficiencias del sistema previgente y de adecuar el régimen nacional al nuevo marco comunitario, con especial énfasis en la modificación de los aspectos procesales del sistema de control de concentraciones.

Como pone de manifiesto la propia exposición de motivos de la Ley 15/2007, en materia de control de concentraciones las novedades procesales se orientan a la mejora del equilibrio entre los principios de seguridad jurídica y eficacia administrativa, tratando de simplificar los procedimientos y de evitar duplicaciones de trámites, a la vez que se mantiene la necesaria separación entre las fases de instrucción y de decisión. El profundo cambio en el entramado institucional constituye un factor que, en principio, también ha de coadyuvar al cumplimiento de tales objetivos.

Las reformas en materia de control de concentraciones se concretan en tres ámbitos principales. De una parte, se define más claramente el ámbito objetivo del procedimiento de control de concentraciones, aclarando el concepto de «concentración» y estableciendo un procedimiento simplificado para aquellas operaciones menos susceptibles de afectar a la competencia. En segundo lugar, se flexibiliza el régimen suspensivo del procedimiento, permitiendo que la autoridad de competencia autorice la ejecución de la operación en cualquier momento del procedimiento, favoreciendo los intereses y los derechos de las empresas participantes en la operación, sin tener que esperar en todo a caso a que recaiga resolución administrativa favorable. Por último, se refuerza la intervención de la Comisión Nacional de la Competencia en el control de concentraciones (otorgándole una capacidad decisoria de la que carecía el Tribunal de Defensa de la Competencia bajo el sistema previgente) y, en principio, se limita el papel del Gobierno en el control de concentraciones empresariales.

En efecto, en el plano procesal, se ha venido a sustituir un procedimiento de control de concentraciones en dos fases por un procedimiento estructurado en tres fases –pese a que la Ley 15/2007 mantenga un tanto artificialmente una división del procedimiento de solo dos fases de investigación y análisis de la operación– y se ha reforzado el papel de las autoridades de competencia en el mismo, aunque la efectividad de algunas de sus decisiones se encuentre condicionada a la inactividad o refrendo por parte del Ministro de Economía y del Consejo de Ministros. Igualmente, se han establecido mecanismos específicos de colaboración entre la autoridad nacional de competencia y las autoridades autonómicas (yendo incluso más allá de las exigencias de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, que no se refería en ningún punto a la participación de las autoridades autonómicas en el procedimiento de control de concentraciones e incluso la excluía en términos generales en su artículo 5, l.a), así como con los organismos de regulación sectorial; sin perjuicio de que el papel de unos y otros pueda quedar desdibujado en la práctica por la falta de vinculación de la Comisión Nacional de la Competencia por sus informes.

Los aspectos sustantivos, que también se ven alterados, requerían una menor modificación, en la medida en que el criterio sustantivo de valoración de las operaciones de concentración obedecía a la lógica económica exigible al procedimiento de control de concentraciones (como mecanismo de control de estructuras de mercado o de aplicación del Derrocho de la competencia *ex ante*) y ya se encontraba alineado con el contenido en la nueva regulación comunitaria. La modificación introducida por la Ley 15/2007 en el plano material se concreta en la separación de los criterios que guiarán la toma de decisiones por parte de la Comisión Nacional de la Competencia, centrados en el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados, de aquellos en que podrá basarse la

intervención del Gobierno, relacionados con la protección del interés general, lo que podrá generar no pocas distorsiones en el funcionamiento y aplicación práctica del sistema.

A continuación se realiza un examen del nuevo sistema de control de concentraciones español, con alusiones al sistema previgente en la medida en que puedan ser útiles para comprender mejor el alcance de las disposiciones de la nueva regulación; y a la normativa comunitaria, en la medida en que pueda aportar criterios interpretativos de aquellas lagunas a que da lugar el articulado de la Ley 15/2007 y que, previsiblemente, deberán ser completadas por el futuro desarrollo reglamentario de la norma. El análisis trata de identificar los aspectos que pueden dar lugar a dificultades de aplicación de la nueva norma y, cuando resulta posible, se apuntan las correspondientes soluciones u orientaciones prácticas para procurar y facilitar el funcionamiento y la eficacia del procedimiento de control de concentraciones.

## II. CONCENTRACIONES SUJETAS AL PROCEDIMIENTO DE CONTROL ADMINISTRATIVO: ÁMBITO DE APLICACIÓN

El procedimiento de control de concentraciones no pretende someter a supervisión cualquier operación empresarial en que se produzca una modificación de la estructura de control de cualquiera de los agentes que desarrollan su actividad económica en el mercado. Hacerlo habría constituido una intervención innecesaria y desproporcionada en la libertad de empresa que seguramente sería inconstitucional.

Existen, de una parte, operaciones de concentración de empresas que, principalmente por su transitoriedad, no merecen ser sujetas al procedimiento administrativo de control. Por otra parte, sólo las operaciones de concentración empresarial de mayor relevancia en términos de su afectación e impacto en la competencia deben ser sometidas a control. Es por ello que el diseño del sistema debe concentrar los medios materiales y humanos de las autoridades de defensa de la competencia en el desarrollo de las actividades que puedan reportar un mayor beneficio o rendimiento, en términos de mantenimiento o promoción del nivel de competencia de los mercados.

Con esta finalidad, y con el propósito de dotar de cierta seguridad y certidumbre jurídica a las empresas, se establecen unos umbrales cuantitativos que aseguren que las autoridades solo supervisan aquellas operaciones que, por importancia relativa (i.e. por la cuota de mercado de que gozan las partes de la operación) o su volumen absoluto (cifra de negocios generada por las partes de la concentración), sean más susceptibles de alterar de modo significativo la dinámica competitiva de los mercados afectados.

La importancia del criterio relativo o de cuota de mercado es muy cuestionable. La mayor parte de los ordenamientos jurídicos comparados carecen de este umbral de notificación de una operación de concentración. Pese a la justificación económica del criterio (quizá, incluso más relevante que el de volumen absoluto de la operación), su aplicación práctica plantea numerosas dificultades por la necesidad de proceder con carácter previo a la correspondiente definición del mercado relevante y al cálculo de la cuota que ostentan en el mismo las partes de la concentración. Por estas razones, principalmente, se había propuesto la eliminación de este umbral del sistema de control de concentraciones español.<sup>8</sup> Sin embargo, el texto legal lo ha mantenido, si bien ha elevado la cuota de mercado mínima que genera la obligación de notificación de la operación de concentración a las autoridades de competencia.

Con carácter general, como ocurre también en otros países, el ámbito objetivo de aplicación del procedimiento de control de concentraciones viene determinado por un doble criterio: la

<sup>8</sup> MARCÓS, Francisco, *Op. Cit.*

definición de las operaciones que deban considerarse "concentraciones" a efectos del procedimiento administrativo y, adicionalmente, el establecimiento de unos umbrales mínimos que garanticen que la operación es de una dimensión tal que su ejecución merece especial escrutinio en sede administrativa.

Adicionalmente, como se prevé en la mayoría de los sistemas, podrá incluirse un criterio adicional para someter las operaciones de concentración que cumplan los anteriores criterios a procedimientos simplificados de control, en los casos en que la estructura y características de la operación y de los mercados afectados permitan asumir (siquiera preliminarmente) que la operación no va a generar una distorsión significativa de la competencia efectiva en el mercado. En tales casos, el cumplimiento de criterios objetivos secundarios o de carácter complementario (como la ausencia de solapamientos en las actividades de las empresas concentradas, la ausencia de derechos de exclusivas, etc.) permitirán establecer un ámbito objetivo reducido de aplicación del procedimiento simplificado, dejando el resto de operaciones de concentración que superen los umbrales para su tramitación conforme al procedimiento ordinario de control.

Este método de definición del ámbito objetivo de aplicación del sistema de control de concentraciones ha sido el utilizado por la legislación española desde la implantación de este procedimiento, excepto por lo referente al sistema simplificado de control, que no estaba previsto en la Ley 16/1989. La Ley 15/2007 introduce algunas mejoras e innovaciones respecto al ámbito de aplicación del procedimiento de control de concentraciones regulado en la legislación previgente, (i) ampliándolo en cuanto al concepto de concentración sujeta a control, (ii) reduciéndolo, en parte, en cuanto al umbral mínimo que debe tener una operación de concentración sujeta a notificación por cuota de mercado, e (iii) introduciendo el procedimiento simplificado de control de concentraciones.

La exposición de motivos de la Ley 15/2007 destaca estos cambios, indicando que la Ley centra el concepto de concentración y basa su definición en la existencia de un cambio estable en la estructura de control de iure o de facto de una empresa, e incluye todas las empresas en participación con "plenas funciones", unificando así el tratamiento de aquellas con carácter concentrativo y cooperativo. Además, la Ley revisa al alza el umbral de cuota de mercado -que se incrementa del 25% al 30%; aunque, curiosamente, el propio Tribunal de Defensa de la Competencia había propuesto elevarlo al 40%<sup>18</sup> - y prevé un mecanismo para la actualización del volumen de negocios (que, en principio, se mantiene inalterado respecto al contenido en la Ley 16/1989). Adicionalmente, introduce un sistema de notificación «simplificada» para aquellas operaciones menos susceptibles de obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados, que se identifican por la ausencia de relaciones competitivas entre las empresas concentradas o por la relativa irrelevancia de la operación de concentración para el funcionamiento competitivo de los mercados afectados.

### 1. Concepto de concentración

El artículo 7 de la Ley 15/2007 define el concepto de concentración relevante a efectos del procedimiento de control. Según su redacción literal, se entenderá que se produce una concentración económica cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas. El concepto de empresa deberá interpretarse conforme a la definición contenida en la Disposición Adicional cuarta de la Ley 15/2007, que la define conforme a un criterio antiformalista como cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. Por tanto, la referencia a empresa deberá entenderse hecha al concepto de "agente económico". Para la determinación de las empresas

<sup>18</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, Observaciones al Borrador de Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia, 6 de abril de 2006.

afectadas por la concentración, así como los distintos supuestos de cambio de control relevantes a efectos de control de concentraciones, resulta útil la guía interpretativa proporcionada por la Comisión Europea en sus directrices sobre los aspectos jurisdiccionales del sistema de control de concentraciones (*Consolidated Jurisdictional Notice, 2007*).

Concretamente, se entenderá que se produce este cambio de control como consecuencia de (i) la fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, (ii) la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas, o (iii) la creación de una empresa en participación<sup>11</sup> y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma (artículo 7.1 de la Ley 15/2007).

La determinación del control que ostenta una empresa sobre otra u otras no se realizará atendiendo exclusivamente a la estructura de propiedad que exista entre ellas sino, de modo más general, atendiendo a los contratos, derechos o cualesquiera otros medios que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho concurrentes en cada caso, confieran la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre la empresa controlada. El criterio de influencia decisiva es el utilizado en la normativa comunitaria de control de concentraciones (artículo 3.2 del Reglamento 139/2004), por lo que resulta especialmente útil la interpretación de este concepto realizada por la Comisión Europea (*Consolidated Jurisdictional Notice, 2007*). La Ley concreta, a título meramente ejemplificativo, esta posibilidad de control por medios distintos de la propiedad del capital de la empresa controlada, tales como (i) los derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de parte de los activos de una empresa, o (ii) los contratos, derechos o cualquier otro medio que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de la empresa (artículo 7.2 de la Ley 15/2007).

Como cláusula de cierre de esta definición (artículo 7.2 *in fine* de la Ley 15/2007), la Ley establece que, en todo caso, se considerará que existe control cuando se den los supuestos previstos en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en el que se contiene una definición funcional del concepto de grupo de sociedades. Conforme a esta disposición, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto.

En todo caso, se presume que existe unidad de decisión cuando (i) la sociedad dominante sea socio de otra sociedad y concorra alguno de los siguientes supuestos: (a) posea la mayoría de los derechos de voto, (b) tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración, (c) pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto, o (d) haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración; o (ii) cuando al menos la mitad más uno de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante, o de otra dominada por esta. Finalmente para determinar la existencia de control se añadirán siempre a los derechos de la dominante los que posea indirectamente a través de otras entidades dominadas o a través de personas que actúen por cuenta de la entidad dominante o de otras dominadas, o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona. La redacción del nuevo artículo 7 de la Ley 15/2007 intenta superar las deficiencias en la redacción del viejo artículo 14 de la Ley 16/1989 y

<sup>11</sup> MULLO GONZÁLEZ, J., *Empresas en participación (Joint Venture) y Derecho comunitario de la competencia*, J.M. Bosch, Barcelona 2007.

la falta de coordinación que a la sazón se producía con el Derecho del Mercado de Valores, aunque presumiblemente subsistirán muchas de las dudas y problemas que se planteaban en el pasado.<sup>12</sup>

Pese a que puedan cumplir cualquiera de los anteriores criterios para la determinación de la existencia de control de *lore* o de *facto*, el texto legal prevé determinadas excepciones al concepto de concentración relevante a efectos del procedimiento de control (artículo 7.3 de la Ley 15/2007). En primer lugar, se excluye del ámbito objetivo de aplicación del procedimiento de control de concentraciones a las operaciones corporativas *intragupo*, estableciendo que no tendrá la consideración de concentración la mera redistribución de valores o activos entre empresas de un mismo grupo (artículo 7.3.a) de la Ley 15/2007; antes se contemplaba en el artículo 2.2 del RD 1443/2001).

En segundo lugar, con clara inspiración comunitaria (artículo 3.5.a) y c) del Reglamento comunitario 139/2004), se introduce una nueva excepción para las operaciones de inversión financiera o *certe plazo*, definidas como las operaciones de tenencia temporal de participaciones por parte de entidades de crédito, otras entidades financieras o compañías de seguros que, habitualmente, realicen inversiones temporales con el propósito de su reventa (artículo 7.3.d) de la Ley 15/2007). Para controlar ese propósito la Ley establece ciertas exigencias a estas adquisiciones: que, en todo caso, (i) se limite el ejercicio de los derechos de voto que les atribuya dicha participación a la preparación de las operaciones de transmisión de la totalidad o de parte de la empresa o de sus activos o a la realización de las participaciones y (ii) no mantengan la participación por plazo superior a un año desde la fecha de la adquisición (aunque este plazo podrá ampliarse con carácter excepcional cuando puedan acreditar que no ha sido razonablemente posible proceder a su enajenación). Esta restricción de índole temporal no será aplicable a las operaciones realizadas por sociedades de participación financiera (según la Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978), cuyas inversiones quedarán exentas del procedimiento de control de concentraciones siempre que los derechos de voto inherentes a tales participaciones sólo sean ejercidos para mantener el pleno valor de la inversión y no para determinar el comportamiento competitivo de las empresas participadas (artículo 7.3.c) de la Ley 15/2007).

Por último, siguiendo también al Reglamento comunitario 139/2004 (artículo 3.5.b)), se establece una excepción para las operaciones de reestructuración societaria derivadas de un procedimiento concursal, excluyendo del concepto de concentración relevante a efectos del procedimiento de control a los casos de adquisición de control por una persona en virtud de un mandato conferido por autoridad pública con arreglo a la normativa concursal (artículo 7.3.d) de la Ley 15/2007).

## 2. Umbral de notificación

Como requisito adicional para que una operación de concentración, entendida en los términos del artículo 7 de la Ley 15/2007, sea sometida al procedimiento de control administrativo, deberá superar al menos uno de los umbrales cuantitativos fijados en el artículo 8 de la propia norma (aunque la Disposición final segunda autoriza al Gobierno para que, previo informe de la Comisión Nacional de la Competencia, modifique mediante Real Decreto estos umbrales, encargando además a la Comisión Nacional de la Competencia que cada tres años realice una valoración sobre la aplicación de los mismos a efectos de proponer su eventual modificación).

De una parte, quedarán sujetas al procedimiento de control las operaciones que superen un *umbral cuantitativo relativo*, consistente en la circunstancia de que, como consecuencia de la concentración, se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al treinta por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido

<sup>12</sup> JIMÉNEZ LAGLESIA, J. y JIMÉNEZ LAGLESIA, J. M.: "Cuestiones sobre el Control". *Anuario de Derecho de la Competencia* 2009. Fundación ICO-Madrid Paris, Plaza 2009, pp. 241-263.



dentro del mismo. La superación de este umbral y, por ende, la obligación de notificación, suscita toda la problemática derivada de la necesaria definición con carácter previo del mercado relevante de los productos o servicios al que afecta la concentración empresarial. En efecto, solo respecto del mercado relevante previamente delimitado es posible calcular la cuota de mercado de los operadores implicados. La definición y construcción del mercado relevante se realiza atendiendo a las decisiones y praxis previas de las propias autoridades de competencia, pero subsisten en muchos casos discusiones relevantes sobre este particular. Como es sabido, son conocidas las controversias y los problemas que se suscitan en este punto, que se pueden ver arrastrados innecesariamente al procedimiento administrativo de control de concentraciones empresariales.

De otra parte, quedarán igualmente incluidas en el ámbito objetivo del procedimiento de control aquellas operaciones de concentración que superen un umbral cuantitativo absoluto, que busca someter a control exclusivamente las transacciones de mayor entidad económica y con un impacto cuantitativamente significativo en los mercados españoles. Este umbral toma como indicación de relevancia de la operación el volumen de negocios de las empresas que participan en la operación, exigiéndose que el volumen de negocios global en España del conjunto de las empresas partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de doscientos cuarenta millones de euros, siempre que al menos dos de ellas realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a sesenta millones de euros (Para el cálculo del volumen de negocios, *Consolidated Jurisdictional Notice, 2007*).

Como ocurría en el pasado, el desarrollo reglamentario que se realice de la Ley 15/2007 deberá especificar los parámetros y criterios que se han tener en cuenta en el cálculo del volumen de negocios que se ha de emplear para evaluar la necesidad de notificar una operación de concentración empresarial [artículo 3.1 del RD 1443/2001 y artículo 5.1 del Reglamento (CE) 139/2004]. El Reglamento también deberá dar cuenta del problema del cálculo del volumen de negocios de las empresas partícipes en grupos de empresas [artículos 3.2 y 3.3 del RD 1443/2001 y artículos 5.4 y 5.5 del Reglamento (CE) 139/2004], de las adquisiciones de ramas de actividad de empresas [artículo 3.4 del RD 1443/2001 y artículo 5.2 del Reglamento (CE) 139/2004], así como las particularidades derivadas de la actividad económica de ciertas empresas que puedan tener impacto en el cálculo de su volumen de negocios (v. gr., entidades de crédito y compañías de seguros) [artículo 3.5. 1 y 2 del RD 1443/2001 y artículos 5.3.a) y 5.3.b) del Reglamento (CE) 139/2004].

Únicamente quedarán excluidas aquellas operaciones de concentración que, superando cualquiera de los anteriores umbrales, alcancen simultáneamente dimensión comunitaria y, por tanto, queden sujetas al procedimiento comunitario de control de concentraciones, de conformidad con el Reglamento comunitario 139/2004, salvo que la concentración haya sido objeto de una decisión de remisión por la Comisión Europea a España conforme a lo establecido en el citado Reglamento.

A estos efectos, conviene destacar que los umbrales establecidos por el artículo 1 del Reglamento (CE) 139/2004 se construyen exclusivamente atendiendo al volumen de negocios de las empresas afectadas (sin atender a la cuota de mercado) y determinan que una operación de concentración alcance dimensión comunitaria en cualquiera de los dos siguientes casos: (i) cuando (a) el volumen de negocios total realizado a nivel mundial por el conjunto de las empresas en cuestión es superior a 5000 millones de euros y (b) el volumen de negocios total realizado individualmente en la Unión Europea por al menos dos de las empresas en cuestión es superior a 250 millones de euros [artículo 1.2 del Reglamento (CE) 139/2004]; o (ii) cuando (a) el volumen de negocios total realizado a nivel mundial por el conjunto de las empresas en cuestión es superior a 2500 millones de euros, (b) en cada uno de al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por todas las empresas en cuestión es superior a 100 millones de euros, (c) en cada uno de esos mismos Estados miembros, el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos

dos de las empresas en cuestión es superior a 25 millones de euros, y (d) el volumen de negocios total realizado individualmente en la Unión Europea por al menos dos de las empresas en cuestión es superior a 100 millones de euros [artículo 1.3 del Reglamento (CE) 139/2004]; a menos que, en cualquiera de los dos casos, cada una de las empresas en cuestión realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Unión Europea dentro un mismo y único Estado miembro.

### 3. Consultas previas a la notificación

La inclusión de una determinada operación empresarial en la definición de concentración relevante a efectos del procedimiento de control, así como la determinación del cumplimiento de los umbrales (y, particularmente, del umbral relativo a la cuota de mercado) puede plantear problemas interpretativos para las partes implicadas. Por ello, el artículo 55.2 de la Ley 15/2007 prevé la posibilidad de formular consulta a la Comisión Nacional de la Competencia sobre cualquiera de los dos aspectos con carácter previo a la presentación de la correspondiente notificación. En particular, la consulta podrá solicitar aclaración sobre si una determinada operación es una concentración de las previstas en el artículo 7, o si una determinada concentración supera los umbrales mínimos de notificación obligatoria previstos en el artículo 8. Aunque no se mencione explícitamente, hay que entender que la consulta puede referirse también a ambos extremos simultáneamente. La relevancia de la consulta previa no es desdeñable pues además de clarificar las obligaciones de las empresas respecto de su eventual obligación de notificar las operaciones de concentración, constituye un trámite gratuito, cuya realización no obliga a pagar la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración, que se ha de abonar por los notificantes en caso de notificación (artículo 23 de la Ley 15/2007 a *infra* 4.4).

En relación con el artículo 7 de la Ley 15/2007, la consulta deberá referirse bien a la existencia de un cambio de control estable en la totalidad o parte de una o más de las empresas afectadas por la operación, en aquellos casos en que la apreciación de las circunstancias de la operación no resulte clara (sobre todo en supuestos en que pueda entenderse que existe un control de facto de carácter débil o indirecto), bien a la concurrencia de los requisitos de exención o inaplicación del procedimiento de control, pese a que se produzca tal modificación estable de la estructura de control.

En relación con el artículo 8 de la Ley 15/2007, la consulta podrá referirse tanto al modo de calcular el volumen de negocios relevante para la superación del umbral cuantitativo absoluto como, muy especialmente, a la definición del mercado o mercados relevantes afectados por la operación de concentración y al cálculo de la correspondiente cuota de mercado de las empresas afectadas en los mismos. A la vista de la experiencia existente en España y en otros países, este segundo tipo de consultas es el que puede revestir una mayor relevancia, tanto por la complejidad de los extremos que pueden ser objeto de consulta como por sus efectos para el propio procedimiento de control de concentraciones en caso que la Comisión Nacional de la Competencia determine que se supera el umbral cuantitativo relativo y que, por tanto, la operación queda sujeta al procedimiento de control.

La definición del mercado relevante afectado por la operación de concentración será clave en el procedimiento, en la medida en que establecerá el escenario en que deberán proyectarse, analizarse y, en su caso, tratar de corregirse los efectos de la operación de concentración sobre la dinámica competitiva del mismo. Por ello, la definición del mercado relevante podrá ser el elemento clave o determinante del resultado del proceso de control de la operación notificada. Pero la relevancia de esta consulta previa no se limita a la trascendencia del criterio adoptado en esta fase preliminar (o fase cero) del procedimiento de control de concentraciones, sino que viene dada por las dificultades prácticas que en numerosas ocasiones pueden surgir para alcanzar una definición adecuada del mercado relevante. Se trata de una cuestión empírica en la que el análisis económico

debe desempeñar una función clave y en la que los estudios de elasticidad de la demanda pueden requerir el uso de complejas técnicas econométricas y de bases de datos de difícil elaboración que pueden demorar de forma significativa el procedimiento.<sup>13</sup>

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que la Ley 15/2007 no prevé un procedimiento concreto de aportación de información por quien formule la consulta previa ni la posibilidad de realizar alegaciones a una eventual propuesta de resolución de la consulta. En principio, será la Dirección de Investigación la que deba ocuparse de la instrucción necesaria para la evacuación de la consulta por parte de la Comisión Nacional de la Competencia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 35.2.a) de la Ley 15/2007. La Ley no contiene previsiones específicas sobre la consulta previa, como manifestación quizás de una concepción del procedimiento de consulta de manera un tanto informal. Indudablemente, ello puede dotar a este trámite de agilidad y flexibilidad, aunque ocasionalmente perjudique a los intereses de las empresas interesadas.

En efecto, la Ley no prevé plazo máximo para la resolución de la consulta formulada en los términos del artículo 35, por lo que los potenciales notificantes pueden encontrarse en una situación de relativa indefensión. En otros términos, ya el informe del Consejo de Estado se pronunció sobre este extremo al apuntar que "[d]ebería incluirse el plazo máximo en que la Comisión ha de dar respuesta a la consulta y, en su caso, el sentido del silencio administrativo" (CONSEJO DE ESTADO, 2006). Sin perjuicio de que esta indefinición pueda llegar a concretarse en el desarrollo reglamentario de la Ley (que, en su caso, debería establecer el contenido, la información y los datos mínimos que la consulta ha de incluir; como hacía el artículo 7.2 del RD 1443/2001) en ausencia de solución expresa, podría interpretarse que el plazo de resolución máximo de la consulta deberá ser de tres meses, según lo previsto por el artículo 42.3.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (de aplicación supletoria según artículo 45 de la Ley 15/2007), pero esta solución resulta contraria al espíritu de celeridad que inspira el procedimiento de control de concentraciones y puede desembocar en una clara desproporción de la duración del procedimiento. Como se verá, la duración máxima del procedimiento de control de concentraciones no excederá de cuatro meses y medio (salvo supuestos de suspensión o ampliación de cualquiera de los plazos máximos de resolución; *infra* 6.6), por lo que la concesión de un plazo de tres meses para la resolución de una consulta en una fase previa al mismo podría prácticamente duplicar su plazo máximo de duración en los casos de formulación de consulta previa. Por ello, cabe sostener el establecimiento del plazo máximo de un mes para la resolución de la consulta planteada, por analogía con lo establecido en el artículo 36.2.a) de la Ley 15/2007 para la resolución en primera fase; aunque lo deseable sería el establecimiento en el reglamento de desarrollo de la Ley de un plazo más breve de, por ejemplo, 15 días desde la recepción de la consulta.

En cuanto al efecto del silencio administrativo a la finalización de este plazo máximo para la resolución de la consulta previa (que, insistimos, consideramos que debería ser de un mes, si no más breve), deberá interpretarse en sentido positivo (*ex* artículo 43.2 de la Ley 30/1992) y, por tanto, deberá exonerar a las partes que hayan formulado consulta de la obligación de notificación de la operación de concentración -aunque, naturalmente, el resultado del silencio dependerá de cómo se formule la consulta; la exoneración se justificará en aquellos supuestos en los que la consulta de las empresas pretenda una confirmación de la no obligación de notificar ciertas operaciones empresariales-. En tales casos, la Comisión Nacional de la Competencia no podrá ejercitar ninguna de las facultades previstas en el artículo 9.5 de la Ley 15/2007, puesto que constituiría una actuación de la administración en contra de sus propios actos (*presuntos*).

(3) CARLTON, D. W. "Market Definition: Use and Abuse". *Competition Policy International* 3(1) (primavera 2007) pp. 3-27.

En caso de resolución expresa por parte de la Comisión Nacional de la Competencia, no cabrá ningún recurso en vía administrativa y solo podrá interponerse recurso contencioso-administrativo en los términos previstos en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículo 48.1 de la Ley 15/2007). Sin embargo, esta solución es poco práctica, habida cuenta de los dilatados plazos de resolución definitiva de estos recursos en vía jurisdiccional y de la imposibilidad de ejecutar la operación de concentración sin obtener una resolución administrativa previa (artículo 9 de la Ley 15/2007). Por tanto, desde una perspectiva práctica, una vez formulada consulta previa, salvo que la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia sea negativa, las partes consultantes se verán de hecho obligadas a presentar la correspondiente notificación si quieren ejecutar la operación de concentración en un plazo razonable, incluso si no aceptan el contenido de la evacuación de la consulta. Hecho que puede disminuir sustancialmente la funcionalidad del mecanismo de consulta previa.

Otra de las cuestiones que revisten cierta relevancia sobre las consultas previas es la relativa a la publicidad o no de las consultas y de los datos que en ellas se contengan. A diferencia de lo que ocurre con las notificaciones, que conforme al artículo 27.2 de la Ley 15/2007 son públicas (entendiendo por tales, de acuerdo con la experiencia en el pasado, la fecha de presentación, los nombres de empresas partícipes, el sector económico afectado y una descripción concisa de la operación), todo lo contrario debe afirmarse respecto de las consultas previas, que no son objeto de publicidad alguna.

Debe tenerse en cuenta que las consultas previas se formulan respecto de operaciones empresariales que no se han notificado y que pudiera ocurrir que no llegaran a realizarse (por el resultado de la consulta o por cualquier otro motivo) o que, aunque se realizasen, no fueran sometidas al procedimiento de control –y, por tanto, no se vieran sujetas a ningún mecanismo de publicidad administrativa (con independencia de la proporcionada por el Registro Mercantil, en función de la naturaleza de la operación de concentración)–. El respeto al interés de las empresas partícipes en el silencio y discreción sobre la operación en estas circunstancias aconsejan que, en este caso, se guarde secreto sobre la consulta formulada y sobre su resolución; si bien pudiera resultar útil la publicación de los criterios utilizados para la resolución de la consulta previa, sin indicación de las empresas que la hayan formulado, cuando la Comisión Nacional de la Competencia considere que tales criterios pueden resultar útiles para terceros.

### III. OBLIGACIÓN DE NOTIFICACIÓN

Una vez se haya determinado la inclusión de una operación de concentración en el ámbito del procedimiento de control, las partes afectadas por la misma estarán obligadas a notificarla a la Comisión Nacional de la Competencia; iniciando así el procedimiento de control de concentraciones necesario para la autorización simple o condicional de la misma y su posterior ejecución (artículo 55.1 de la Ley 15/2007).

La obligación de notificar recaerá conjuntamente en las partes que intervengan en una fusión, en la creación de una empresa en participación o en la adquisición del control conjunto sobre la totalidad o parte de una o varias empresas; e, individualmente, en la parte que adquiera el control exclusivo sobre la totalidad o parte de una o varias empresas (artículo 9.4 de la Ley 15/2007).

Ante el conocimiento de la posible existencia de una concentración sujeta a control, la Dirección de Investigación podrá realizar actuaciones e investigaciones con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias para su notificación obligatoria (artículo 9.3 de la Ley 15/2007). En caso que las actuaciones previas concluyan con resultado positivo y la Dirección de Investigación determine que ha existido un incumplimiento de esta obligación de notificación, la Comisión Nacional de la Competencia requerirá de oficio a los obligados a notificar para que

efectúen la correspondiente notificación en un plazo no superior a veinte días a contar desde la recepción del requerimiento (artículo 9.6, análogo al artículo 15bis.4 de la Ley 16/1989). Transcurrido este plazo sin que se haya producido la notificación, la Dirección de Investigación podrá iniciar de oficio el expediente de control de concentraciones, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones y multas coercitivas previstas en los artículos 61 a 70 de la Ley 15/2007 (véase *infra* 10.1 y 10.4). En cualquier caso, las concentraciones que se notifiquen a requerimiento de la Comisión Nacional de la Competencia no podrán beneficiarse del silencio positivo previsto en el artículo 38 de la Ley 15/2007, ni en primera ni en segunda fase (artículo 9.5 de la Ley 15/2007; e *infra* 6.6).

Para evitar esta situación desfavorable para las empresas participes en la operación de concentración, será necesario que realicen la notificación con la mayor celeridad desde la conclusión del acuerdo que dé lugar a la operación de concentración y, en todo caso, antes de que la información se haga pública, salvo en los supuestos especiales de oferta pública de adquisición, en que la Ley 15/2007 prevé un plazo especial de notificación de hasta cinco días tras la comunicación a la CNMV [artículo 9.3.a) de la Ley 15/2007] (véase *infra* 5.3); periodo durante el que debe entenderse que la Comisión Nacional de la Competencia no podrá requerir la notificación de la operación conforme a lo establecido en el artículo 9.5 de la Ley 15/2007 o, al menos, no se producirá el efecto perjudicial de los derechos de las partes frente al silencio administrativo de la Comisión Nacional de la Competencia en primera o segunda fase.

Como ocurría en el régimen previgente (artículos 4.2 y 4.3 del RD 1443/2001), corresponde al reglamento de desarrollo de la Ley 15/2007, determinar el momento exacto a partir del cual existe acuerdo de concentración, entendiendo por tal el momento en el que se verifique la operación a través de la cual se origina la toma de control y sin que, en ningún caso, afecte a la obligación de notificar la existencia de cláusulas en el acuerdo que de cualquier modo condicionen la formalización o ejecución de dichos acuerdos (como afirmaba el artículo 4.2 *in fine* del RD 1443/2001).

Por eso, desde una perspectiva práctica, podrá ser útil a las empresas contactar con la Comisión Nacional de la Competencia en el momento en que se concluya el correspondiente acuerdo de fusión o adquisición que dé lugar a una operación susceptible de concentración, a efectos de comunicar informalmente la formalización de tal acuerdo y anunciar la notificación de la operación a la mayor brevedad, tratando de evitar un requerimiento formal de notificación que onerice la posible autorización tácita de la operación, tanto en primera como en segunda fase.

#### IV. INFORMACIÓN REQUERIDA EN LA NOTIFICACIÓN

La Ley 15/2007 no hace referencia expresa a la información que deban aportar las partes en la notificación de la operación de concentración, remitiendo a su desarrollo reglamentario para el establecimiento del correspondiente formulario de notificación (artículo 55.1 de la Ley 15/2007). A la espera del desarrollo reglamentario de esta disposición, y a la vista de la experiencia pasada, que apunta la necesidad de aportar información relativa a las partes de la concentración, la naturaleza, características y dimensión de la operación, las eventuales restricciones accesorias a la operación de concentración, la situación de control previa a la operación, la definición y situación competitiva de los mercados relevantes, o los efectos esperados de la concentración en el funcionamiento de los mismos (en el Anexo al RD 1443/2001 se contenía el *Formulario de notificaciones de concentraciones económicas* en el que se detallaban estos contenidos y los datos requeridos).

Con carácter más específico, la Ley sí prevé la existencia de un formulario ordinario de notificación y la de un formulario simplificado para aquellas operaciones que, en principio, no deban dar lugar a una obstaculización significativa de la competencia efectiva en los mercados y, por tanto, puedan ser adecuadamente analizadas por la Comisión Nacional de la Competencia conforme a un menor volumen de información suministrada por las partes notificantes (artículo 56.1 de la Ley

15/2007). En los casos en que la Comisión Nacional de la Competencia estime que la presentación del formulario abreviado no permite la adecuada valoración de la operación de concentración, la Comisión Nacional de la Competencia podrá requerir la presentación de un formulario ordinario de notificación, reiniciando el procedimiento de control conforme a la nueva información disponible (artículo 56.2 de la Ley 15/2007).

#### 1. **Formulario de notificación ordinario**

Como se ha apuntado, el procedimiento de control de concentraciones económicas se iniciará una vez recibida en forma la notificación de la concentración de acuerdo con el formulario de notificación establecido reglamentariamente (artículo 55.1 de la Ley 15/2007). En caso de presentación incompleta o deficiente del formulario de notificación, la Comisión Nacional de la Competencia podrá requerir al notificante para que en un plazo de diez días subsane cualquier falta de información o de documentos preceptivos y complete el formulario de notificación (artículo 55.4 de la Ley 15/2007; y artículo 6.1.I del RD 1443/2001). En caso de no producirse la subsanación dentro de plazo, se tendrá al notificante por desistido de su petición, pudiendo proceder al archivo de las actuaciones (artículo 55.4 de la Ley 15/2007).

Idéntico requerimiento de información complementaria podrá realizarse en cualquier momento del procedimiento en caso de presentación de un formulario de notificación completo, si la Comisión Nacional de la Competencia identifica cualesquiera documentos u otros elementos necesarios para resolver. En tal caso, si el notificante no cumplimenta el requerimiento o lo hace fuera del plazo establecido al efecto, no se beneficiará del silencio positivo previsto en el artículo 38 de la Ley (artículo 55.5 de la Ley 15/2007; y artículo 6.2 del RD 1443/2001).

Con independencia de la información inicialmente aportada por los notificantes y de la eventualmente requerida por parte de la Comisión Nacional de la Competencia en subsanación o complemento de la misma, en cualquier momento del procedimiento la Comisión Nacional de la Competencia podrá solicitar a terceros operadores la información que considere oportuna para la adecuada valoración de la concentración; así como los informes de cualquier organismo de la misma o distinta Administración que considere necesarios para resolver (artículo 55.6 de la Ley 15/2007; y artículo 14.3 del RD 1443/2001). Cualquiera de los anteriores requerimientos de información suspenderá, o podrá suspender (en el caso del artículo 55.6 de la Ley 15/2007), el plazo máximo de resolución de cualquiera de las fases del procedimiento de control de concentraciones (artículo 37 de la Ley 15/2007; artículo 6.1.II del RD 1443/2001 e *infra* 6.6).

#### 2. **Formulario de notificación simplificado**

Como se ha adelantado, con carácter novedoso la Ley 15/2007 prevé la posibilidad de presentación de un formulario abreviado de notificación, que también deberá ser objeto del desarrollo reglamentario, en cuatro supuestos tasados: (i) cuando no exista solapamiento horizontal o vertical entre las partes de la operación (i.e. cuando ninguna de ellas realice actividades económicas en el mismo mercado geográfico y de producto de referencia o en mercados relacionados de modo ascendente o descendente dentro del proceso de producción y comercialización); (ii) cuando la participación de las partes en los mercados, por su escasa importancia, no sea susceptible de afectar significativamente a la competencia (si bien esta previsión queda a expensas del correspondiente desarrollo reglamentario, que deberá establecer los umbrales cuantitativos –safe harbours– aplicables para determinar dicha irrelevancia); (iii) cuando se pase de una situación de control conjunto a una situación de control exclusivo por parte de una de las empresas que ya tenían el control previamente, y (iv) cuando se trate de una empresa en participación que no ejerza ni haya previsto ejercer actividades dentro del territorio español, o cuando dichas actividades sean marginales (artículo 56.1 de la Ley 15/2007). Estos supuestos en que cabe utilizar este formulario abreviado se han construido basándose

en Anexo II del Reglamento 802/2004, de 21 de abril, por el que se aplica el Reglamento (CE) No. 139/2004 (Formulario Abreviado para la Notificación de una Concentración de conformidad con el Reglamento (CE) No. 139/2004).

Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión Nacional de la Competencia podrá exigir la presentación del formulario ordinario de notificación cuando, aun cumpliéndose las condiciones para utilizar el formulario abreviado, determine que es necesario para una investigación adecuada de los posibles problemas de competencia. En este caso, el plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento empezará a computar de nuevo desde la fecha de presentación del formulario ordinario (artículo 56.2 de la Ley 15/2007). Por tanto, salvo que las empresas identifiquen muy claramente que no será necesario aportar información complementaria, puede resultar aconsejable la notificación conforme al formulario ordinario en cualquier caso, a efectos de no demorar innecesariamente la resolución del procedimiento de control de concentraciones.

Por otra parte, hubiera sido deseable que la Ley previera expresamente el acortamiento del plazo máximo de resolución a la mitad en los casos de notificación mediante formulario abreviado, a efectos de aumentar la utilidad del procedimiento abreviado de notificación. Cabe prever, en cualquier caso, que las operaciones notificadas por esta vía sean autorizadas fácilmente y con rapidez por la Comisión Nacional de la Competencia (o, alternativamente, que se requiera la presentación del formulario ordinario de notificación con relativa celeridad en aquellos casos en que la operación no cumpla los requisitos del procedimiento simplificado).

### 3. Tratamiento de la información confidencial

A diferencia de la Ley 16/1989 (aunque no el reglamento de desarrollo, véase artículo 11 del RD 1443/2001), la Ley 15/2007 prevé expresamente el tratamiento a otorgar a la información confidencial contenida en el formulario de notificación ordinario o abreviado presentado por las partes, así como en cualesquiera otros documentos que los acompañen o que hayan sido aportados al procedimiento voluntariamente o a requerimiento de la Comisión Nacional de la Competencia. En este sentido, se prevé que, en cualquier momento del procedimiento, se podrá ordenar de oficio o a instancia de parte que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales, formando con ellos pieza separada, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18 de la Ley y en el Reglamento 1/2003 (artículo 42 de la Ley 15/2007).

En cualquier caso, el tratamiento de la información confidencial deberá buscar un equilibrio entre el derecho a la confidencialidad de las partes y el adecuado desarrollo y la eficacia del procedimiento de control de concentraciones, especialmente en el sentido de garantizar la utilidad de los trámites de colaboración entre administración central y administración autonómica, o entre autoridad de competencia y organismos de regulación sectorial, así como los aspectos de comunicación pública o de consulta con terceros interesados a lo largo del procedimiento. En este sentido, resulta sorprendente y carente de toda justificación la necesidad de resolver cualquier cuestión de confidencialidad en el momento de solicitar informe a las comunidades autónomas, puesto que la información que no es confidencial para la Comisión Nacional de la Competencia no tiene por qué serlo para las autoridades autonómicas, pues ambas deben desarrollar idénticas tareas de instrucción del expediente (artículo 58.1 de la Ley 15/2007 e *infra* 6.4).

### 4. Tasa por análisis de las concentraciones notificadas

Por último, junto con el formulario ordinario o simplificado de notificación, las partes deberán presentar la autoliquidación de la correspondiente tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración, cuyo hecho imponible es el análisis de las concentraciones sujetas a control y cuyos sujetos pasivos son los obligados a notificar (artículo 23.2 y 3, en relación con los artículos 8 y 9 de la

Ley 15/2007). La tasa se devengará en el momento de presentar la notificación, por lo que en caso de no procederse al pago voluntario de la misma, se procederá a su exacción por la vía de apremio; sin perjuicio de que la Comisión Nacional de la Competencia instruya el correspondiente expediente (artículo 23.4 de la Ley 15/2007).

La cuota de la tasa será gradual, en función del volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes y se verá reducida en caso de tramitación del procedimiento abreviado. En caso de que posteriormente la Comisión Nacional de la Competencia decida que las partes deben presentar el formulario ordinario, éstas deberán realizar la liquidación complementaria correspondiente (artículo 23.5 y 6 de la Ley 15/2007).

Volumen de Negocios Global en España	Cuota
Procedimiento Simplificado	€1.500,00
Hasta €240.000.000,00	€3.000,00
De €240.000.000,01 hasta 480.000.000,00	€6.000,00
De €480.000.000,01 hasta 3.000.000.000,00	€12.000,00
A partir de €3.000.000.000,01	€24.000,00 + €6.000,00 por cada € 3.000.000.000, hasta un máximo de €60.000,00

El procedimiento para la presentación de la autoliquidación y las condiciones para el pago por vía telemática de la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración (modelo 790), será el regulado por la resolución de 30 de julio de 2003, de la Subsecretaría del Ministerio de Economía, por la que se establece la aplicación del procedimiento para la presentación de la autoliquidación y las condiciones para el pago por vía telemática de la tasa prevista en el artículo 57 de la Ley 16/1989.

Quepa destacar que algunas instituciones se han pronunciado abiertamente en contra de esta tasa, que se cobra por el cumplimiento de una formalidad administrativa de carácter obligatorio y que redundaría en el interés general. Así el Consejo Económico y Social afirmó: "que el coste del servicio no estará necesariamente relacionado con el volumen de negocios global del conjunto de los partícipes en la operación de concentración en España; [p]or tanto, si la cuantía de las tasas debe adecuarse al coste del servicio, el CES hecha en falta una justificación de las cuantías y de los tramos por cifras de negocio".<sup>14</sup>

## V. RÉGIMEN DE SUSPENSIÓN DE LA OPERACIÓN

Dado el carácter preventivo del procedimiento de control de concentraciones, en tanto que instrumento de aplicación *ex ante* del Derecho de defensa de la competencia, en la mayoría de los casos será necesario que la notificación de una operación conlleve la suspensión de su ejecución por las partes en tanto no recaiga una resolución de autorización, simple o condicionada, por parte de la autoridad administrativa o, en su caso, se produzca una autorización tácita por silencio administrativo. La razón básica de esta medida radica en la dificultad, en su caso, de tener que dar marcha atrás o deshacer la operación u operaciones que ya se hayan ejecutado, lo cual en muchos casos puede resultar muy difícil si no abiertamente imposible. El interés general en la salvaguardia

<sup>14</sup> CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia, 26 de abril de 2006, disponible en <http://www.ces.es/dicentemes/2006/Dic072006.pdf>



de la libre competencia justifica este eventual perjuicio a los derechos de las empresas partícipes en la operación.

Sin embargo, habrá ocasiones en que un análisis preliminar o la necesidad de coordinar la regulación del proceso de control de concentraciones con otros procedimientos administrativos de autorización (y, significativamente, el procedimiento de autorización y ejecución de una oferta pública de adquisición de valores cotizados en un mercado secundario oficial) determinen la necesidad y la idoneidad de levantar el efecto suspensivo del procedimiento de control de concentraciones, sea de forma particular, sea con carácter general.

Este ha sido el esquema tradicionalmente seguido por la legislación comunitaria de control de concentraciones (artículo 7 del Reglamento 139/2004), respecto al que la normativa española previgente presentaba algunas diferencias (particularmente en lo relativo a las ofertas públicas de adquisición). En la actualidad, el sistema de control de concentraciones español se ha adaptado a los mencionados parámetros en lo relativo al efecto suspensivo de la notificación de la concentración sobre su ejecución. Como pone de relieve la propia exposición de motivos de la Ley 15/2007, se mantiene el régimen de notificación obligatoria con efecto suspensivo pero se prevé el posible levantamiento de la obligación de suspender la ejecución de la concentración en cualquier momento del procedimiento. Por otra parte, debe destacarse que ahora se confiere al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia la potestad de levantar la suspensión (y no al Ministro de Economía y Hacienda, como ocurría en el régimen previgente; artículo 15.2.III de la Ley 16/1989). Además, el tratamiento de las ofertas públicas de adquisición de acciones se alinea con el comunitario, de forma que la obligación de suspensión únicamente afectará al ejercicio de los derechos de voto inherentes a los títulos y no a la posibilidad de lanzar la oferta, siempre que se cumpla con los plazos de notificación previstos en la Ley [artículo 7.2 del Reglamento (CE) 139/2004].

### 1. Criterio general: suspensión de la ejecución de la operación notificada

En efecto, las concentraciones económicas que entren en el ámbito de aplicación del procedimiento de control previsto en la Ley 15/2007 deberán notificarse a la Comisión Nacional de la Competencia previamente a su ejecución y salvo en caso de levantamiento de la suspensión, la operación no podrá ejecutarse hasta que haya recaído y sea ejecutiva la autorización expresa o tácita de la operación (artículo 9.1 y 2 de la Ley 15/2007).

El incumplimiento de esta obligación de suspensión de la ejecución dará lugar a las correspondientes sanciones (artículo 62 de la Ley 15/2007 e *infra* 10.2), pero no impedirá que las partes se beneficien de una eventual autorización tácita por silencio administrativo, en la medida en que ni el artículo 9 ni el 38 de la Ley 15/2007 excluyen la posibilidad de que una operación notificada y ejecutada antes de obtener la correspondiente autorización pueda beneficiarse de la correspondiente autorización tácita por agotamiento de los plazos máximos para resolver previstos en el artículo 36.2 de la Ley 15/2007 (en cuyo caso debe regir el criterio general y subsidiario del artículo 43.2 Ley 30/1992, que impone los efectos positivos del silencio administrativo). Esta no era la situación prevista por el régimen previgente en el que el artículo 15.2 *in fine* expresamente establecía que "[l]a ejecución de la operación en contravención de lo establecido en el presente apartado será sancionada con la multa [...], y no le será de aplicación a la misma la autorización tácita".

### 2. Levantamiento de la suspensión

Como excepción a la norma general relativa al efecto suspensivo de la tramitación del expediente de control de concentraciones sobre la ejecutabilidad de la operación, el artículo 9.6 de la Ley 15/2007 prevé que, a propuesta de la Dirección de Investigación y previa solicitud motivada (de las partes afectadas por la operación), el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

pueda decidir el levantamiento de la suspensión de la ejecución de la concentración. La resolución de levantamiento de la suspensión se dictará previa ponderación, entre otros factores, del perjuicio que causaría la suspensión de la ejecución a las empresas participes en la concentración y del que la ejecución de la operación causaría a la libre competencia; y, en cualquier caso, podrá estar subordinada al cumplimiento de condiciones y obligaciones que preserven la competencia efectiva y garanticen la eficacia de la decisión que finalmente se adopte. En coherencia con la previsión de la Ley 15/2007 en materia de propuestas de compromisos por las partes (artículo 59), cabe pensar que en la propia solicitud de levantamiento de la suspensión se propongan medidas para garantizar que la ejecución de la operación no perjudica la competencia y preserven la virtualidad de la decisión que finalmente adopte la Comisión Nacional de la Competencia.

La Ley 15/2007 tampoco establece en este caso un procedimiento detallado para la solicitud del levantamiento de la suspensión (que probablemente pueda realizarse en la propia notificación de la operación o mediante instancia separada en cualquier momento del procedimiento), ni para la realización de alegaciones por las partes solicitantes frente a una eventual propuesta de resolución negativa por parte de la Dirección de Investigación. Tampoco se establece un plazo máximo de resolución de la solicitud, a la que resulta manifiestamente excesiva la aplicación subsidiaria del plazo de tres meses fijado por defecto por el artículo 42.3.a) de la Ley 30/1992 (de aplicación supletoria según el artículo 45 de la Ley 15/2007). Por ello, estos aspectos procedimentales deberán ser objeto de desarrollo reglamentario.

En ausencia de tal regulación complementaria, habría que entender que el plazo de resolución de la solicitud de suspensión deberá ser breve (por ejemplo, en el plazo de diez días, por argumento analógico con el artículo 47.1 de la Ley 15/2007 y, en ningún caso, superior a quince días, que supone la mitad del plazo de resolución de la primera fase) y que la denegación de la solicitud por parte de la Dirección de Investigación (sea expresa, sea tácita por no presentar la correspondiente propuesta de levantamiento de la suspensión al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el indicado plazo) debería ser susceptible de recurso frente al Consejo (ex artículo 47.1 de la Ley 15/2007).

### **3. Las Ofertas Públicas de Adquisición**

La segunda de las excepciones al criterio general del efecto suspensivo del procedimiento de control de concentraciones, ésta con carácter general, se refiere a las operaciones de concentración que se instrumentan a través de una oferta pública de adquisición de valores admitidos a cotización en un mercado secundario (OPA). De conformidad con el artículo 9.3 de la Ley 15/2007, la previsión general relativa a la suspensión del procedimiento salvo levantamiento expreso acordado por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia no impedirá realizar una oferta pública de adquisición de acciones admitidas a negociación en una bolsa de valores autorizada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, siempre y cuando: (i) la concentración sea notificada en el plazo máximo de cinco días desde la solicitud de autorización de la oferta a la Comisión Nacional del Mercado de Valores; y (ii) el comprador no ejerza los derechos de voto inherentes a los valores en cuestión, o sólo los ejerza para salvaguardar el valor íntegro de su inversión y previa dispensa concedida por la Comisión Nacional de la Competencia.

El nuevo régimen se complementa con el previsto en el artículo 26 del reciente Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, que busca coordinar el procedimiento de control de concentraciones con el régimen y el procedimiento de supervisión de la legislación de mercado de valores, con garantía los derechos del oferente y de los inversores en los mercados financieros. Así, cuando una operación de concentración se efectúe a través de una oferta pública de adquisición, se obliga al oferente acreditar ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores la realización de la preceptiva notificación a la Comisión Nacional de la

Competencia (o, en su caso, cuando proceda, a la Comisión Europea), y se reconoce expresamente la facultad del oferente de condicionar la oferta a la autorización por las autoridades de competencia (artículo 26.1 del Real Decreto 1066/2007). Pese a la falta de claridad del tenor literal del artículo 26.1 del RD 1066/2007 en cuanto al momento en que deba acreditarse el hecho de la notificación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (“Deberá acreditarse ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la correspondiente notificación a las autoridades de defensa de la competencia que sean competentes en caso de ser necesaria”); no puede exigirse el cumplimiento de este requisito en el mismo momento de la presentación de la oferta, en la medida en que la Ley 15/2007 ofrece un plazo adicional de cinco días para efectuar la notificación [artículo 9.3.a) de la Ley 15/2007 y supra 3] y el Reglamento (CE) 139/2004 establece un plazo similar [artículo 7.2.a); aunque no precisa el tiempo disponible para las empresas afectadas, que deberán notificar la operación “sin demora”]. Por tanto, deberá entenderse debidamente cumplido el requisito establecido por el artículo 26.1 del RD 1066/2007 si las partes acreditan la notificación conforme a los plazos previstos en la normativa de defensa de la competencia aplicable, sea la nacional o la comunitaria.

De acuerdo con el nuevo régimen reglamentario en materia de ofertas públicas de adquisición, se prevé expresamente que el oferente pueda optar por condicionar su oferta a la obtención de la correspondiente autorización o no oposición de las autoridades de defensa de la competencia. En tal caso, el RD 1066/2007 ofrece distintas alternativas al oferente en función del momento en el que se verifique la autorización (antes o después de la terminación del plazo de aceptación) y del contenido de la misma. De acuerdo con el artículo 26.1 del RD 1066/2007 las alternativas posibles son cuatro: (a) si antes de la terminación del plazo de aceptación las autoridades competentes en materia de defensa de competencia no se oponen a la operación de concentración, la oferta surtirá plenos efectos; (b) si antes de la terminación del plazo de aceptación las autoridades competentes en materia de defensa de competencia declarasen improcedente la operación propuesta, el oferente deberá desistir de la oferta; (c) si antes de la terminación del plazo de aceptación las autoridades competentes en materia de defensa de competencia sujetaran su autorización al cumplimiento de alguna condición, el oferente podrá desistir de la oferta; y (d) si antes de la expiración del plazo de aceptación de la oferta no hubiera recaído resolución expresa o tácita de las autoridades de defensa de la competencia, el oferente podrá desistir de la oferta.

En cualquier caso, mientras no sea autorizada la operación por las autoridades de competencia (la Comisión Nacional de la Competencia o, en su caso, el Consejo de Ministros), en coherencia con el artículo 9.3.b) de la Ley 15/2007, el RD 1066/2007 recalca la imposibilidad de que el oferente ejerza “los derechos políticos correspondientes al exceso de su participación accionarial sobre el umbral que obliga a formular la oferta” (artículo 26.1).

## VI. PROCEDIMIENTO DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

El procedimiento de control de concentraciones regulado en la Ley 15/2007 mantiene, en principio, las características más relevantes del proceso previsto en la normativa previgente; en particular, en cuanto a su división en fases sucesivas de análisis, de modo que las operaciones de concentración que no planteen problemas de competencia puedan ser autorizadas con rapidez y tras una investigación preliminar de ámbito relativamente reducido, y en cuanto a los breves plazos previstos para la adopción de una decisión incluso en las operaciones que puedan plantear una mayor complejidad –que no deberían exceder un total de cuatro meses y medio, salvo supuestos de suspensión o ampliación de plazos–.

Por lo demás, la Ley 15/2007 realiza una reforma profunda del sistema que va incluso más allá de lo que pone de manifiesto en su exposición de motivos, en la que solo se destaca el cambio de función asignada a la autoridad de competencia (que pasa a asumir funciones decisorias en

lugar de las meramente consultivas de que gozaba bajo el régimen previgente; como ya proponía BERENGUER<sup>19</sup>), la introducción de mecanismos de negociación de compromisos a propuesta de las empresas afectadas por la operación de concentración y la posible intervención de terceros interesados en un procedimiento de consulta.

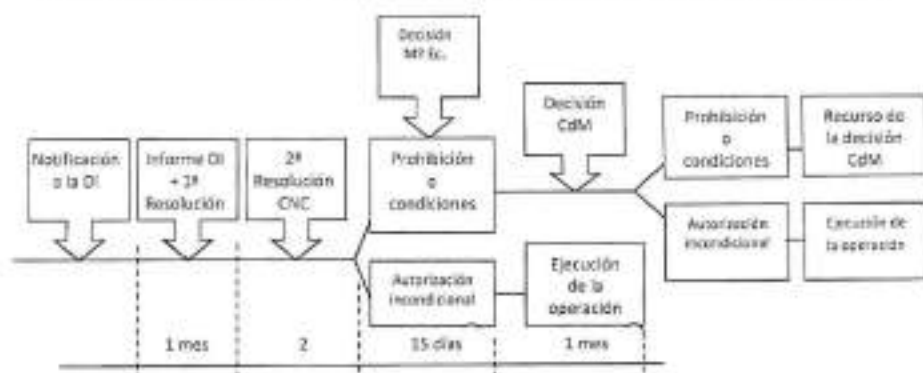
En realidad, pese a que el legislador haya indicado que la Ley mantiene las dos fases del procedimiento y los reducidos plazos que vienen caracterizando al sistema en España, lo cierto es que el nuevo sistema no se estructura en dos fases, sino en tres –si bien es cierto que la tercera fase no resultará de aplicación a la totalidad de procedimientos de control de concentraciones–. Tras una breve primera fase, en que se analizarán y aprobarán las operaciones que no planteen problemas de obstaculización de la competencia; en la segunda fase se realizará un examen más detallado de la operación, con participación de terceros interesados y, en su caso, de las autoridades autonómicas de defensa de la competencia, con el fin de que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia adopte la resolución final. Sin embargo, el procedimiento podrá dar lugar a una tercera fase en caso que la decisión final del Consejo sea de prohibición o de subordinación de la operación a compromisos o condiciones. En tales casos la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia no será ejecutiva, puesto que el Ministro de Economía y Hacienda podrá elevar el expediente de concentración al Consejo de Ministros para su intervención. El acuerdo final del Consejo de Ministros podrá, a su vez, autorizar con o sin condiciones la concentración (artículo 14 de la Ley 15/2007). Adicionalmente, en todos los casos, podrá existir una "fase cero", en caso que las partes de la operación de concentración formulen consulta previa.

Por tanto, excepto en los casos de autorización expresa o tácita de la operación sin condiciones, el procedimiento de control de concentraciones previsto en la Ley 15/2007 constará, al menos, de tres fases muy heterogéneas entre sí. En efecto, las dos primeras fases son de carácter técnico y estarán sujetas a los principios propios del derecho y la economía de la defensa de la competencia, mientras que la tercera fase será en realidad una intervención gubernativa en el procedimiento, en que las partes gozarán de una capacidad de intervención mucho menor, y en que los principios serán los propios de la discrecionalidad administrativa, conforme al criterio del interés general.

Los plazos máximos de resolución son breves y el efecto del silencio administrativo seguirá siendo positivo, salvo que las partes obligadas a notificar hubieran incumplido este deber legal o que, a lo largo de la tramitación del procedimiento, incumplan alguno de los plazos esenciales previstos en la Ley 15/2007. Por tanto, el procedimiento de control de concentraciones deberá ser, en principio, rápido y ágil. No obstante, la Ley 15/2007 prevé numerosos mecanismos de colaboración interadministrativa, en que la Comisión Nacional de la Competencia podrá o deberá (según el caso) consultar a las autoridades de regulación sectorial y a las autoridades autonómicas de defensa de la competencia. En tal caso, estas consultas generalmente conllevarán la suspensión de los plazos máximos de resolución y diferirán la posible autorización tácita de la operación por silencio administrativo. Por ende, pese a que el plazo estándar de tramitación del procedimiento de control de concentraciones esté teóricamente en los indicados cuatro meses y medio; en situaciones extremas, podría llegar a extenderse por periodos superiores a los ocho meses. En los casos especialmente complejos, en la medida de lo posible, será imprescindible una aproximación flexible de las administraciones implicadas para no agotar los plazos establecidos y procurar una tramitación más rápida de la operación de concentración (en que el factor tiempo suele ser clave para las partes).

<sup>19</sup> BERENGUER FUSTER, L., Sistema de Defensa de la Competencia, Documento de Trabajo 34/2004, Fundación Alternativas, 1 de marzo de 2003 en [http://www.fundalternativas.org/bases/docs/tdm25501\\_12-09-05\\_34\\_2004.pdf](http://www.fundalternativas.org/bases/docs/tdm25501_12-09-05_34_2004.pdf)

## Esquema del sistema de control de concentraciones regulado en la Ley 15/2007



**Fuente:** elaboración propia. Indica los momentos en que puede ejecutarse la operación notificada, por autorización tácita, en primera o segunda fase por falta de decisión de la Comisión Nacional de la Competencia (salvo en los supuestos especiales establecidos en los artículos 9.5, 55.5 y 57.2.d) de la Ley 15/2007), en cuyo caso la operación quedará aprobada de forma incondicional. Indica los casos en que la decisión previa de la Comisión Nacional de la Competencia devendrá ejecutable por autorización tácita del M.E.C. o del CdM en tercera fase, en cuyo caso la operación quedará aprobada en los términos en que lo hubiera sido por la Comisión Nacional de la Competencia. En caso de prohibición previa por la Comisión Nacional de la Competencia, el silencio del M.E.C. y/o del CdM no servirá para aprobar la operación.

## I. Primera Fase

La primera fase del procedimiento de control de concentraciones está diseñada para favorecer la autorización rápida de las operaciones que planteen menos problemas de competencia. Junto con la posibilidad de presentación del formulario abreviado de notificación, la aprobación de las operaciones en esta fase supone uno de los principales instrumentos de que disponen las autoridades de defensa de la competencia para no imponer una carga administrativa excesiva sobre las empresas en caso de operaciones de concentración que, en realidad, tienen poca relevancia para la estructura competitiva de los mercados afectados por las mismas.

### I.1. Tramitación

La primera fase del procedimiento se inicia una vez recibida en forma la notificación, conforme al formulario ordinario o simplificado (artículo 57.1 de la Ley 15/2007). Ya se ha indicado que la Dirección de Investigación podrá requerir la subsanación o complemento de los formularios de notificación que considere incompletos, quedando en suspenso el plazo máximo para resolver en tanto las partes no aporten la información solicitada (artículo 55.4 de la Ley 15/2007). La Dirección de Investigación formará el correspondiente expediente y elaborará un informe de acuerdo con los criterios sustantivos de valoración del artículo 10 de la Ley 15/2007, en que deberá expresar su criterio sobre si la concentración notificada puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todo o parte del mercado nacional. Ese informe de la Dirección de Investigación se elevará al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia junto con una propuesta de resolución de esta primera fase.

### I.2. Resolución

Sobre la base del informe y de la propuesta de resolución de la Dirección de Investigación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictará resolución en primera fase (artículo

57.2 de la Ley 15/2007). La resolución podrá: (i) autorizar la concentración, cuando considere que la operación no obstaculiza el mantenimiento de la competencia efectiva en todo o parte del mercado nacional; (ii) subordinar su autorización al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes, cuando considere que sin aquellos la operación obstaculizaría la competencia y sus objeciones queden atendidas mediante los compromisos propuestos; (iii) acordar el inicio de la segunda fase del procedimiento, cuando considere que la concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todo o parte del mercado nacional; (iv) acordar la remisión de la concentración a la Comisión Europea de acuerdo con el artículo 22 del Reglamento (CE) 139/2004 y el archivo de la correspondiente notificación; o (v) acordar el archivo de las actuaciones, en los casos previstos en la Ley (cuando la operación no sea una "concentración" ex art. 7 o no cumpla los umbrales del artículo 8 de la Ley 15/2007; o cuando las partes desistan o la Comisión Nacional de la Competencia tenga información fehaciente de que no tienen intención de realizar la operación).

### 1.3. Efectividad de la resolución que pone fin a la primera fase

Las decisiones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en primera fase serán directamente ejecutivas, independientemente de su contenido. Por ello, si la decisión es de autorización, las partes podrán ejecutar inmediatamente la operación de concentración, al decaer automáticamente el efecto suspensivo del procedimiento (artículo 9.2 de la Ley 15/2007). Si la decisión es de remisión a la Comisión Europea, las partes deberán preparar y presentar un nuevo formulario de notificación, esta vez conforme a lo previsto en el Reglamento (CE) 139/2004 y su normativa de desarrollo (sobre el procedimiento de remisión en la normativa comunitaria.<sup>19</sup> Si la decisión es de archivo, el procedimiento administrativo quedará concluido y las partes podrán igualmente ejecutar la operación (puesto que en realidad no estaba sujeta a autorización administrativa), sin perjuicio de que el acuerdo o concierto en cuestión sea susceptible de enjuiciamiento y sanción por infracción de las prohibiciones de los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007 (como expresamente establecía el artículo 15bis.6 de la Ley 16/1989). Si la decisión es de apertura de la segunda fase de investigación, se devolverá el expediente a la Dirección de Investigación para su tramitación.

Cabe destacar que, si la decisión de la Comisión Nacional de la Competencia en esta primera fase es de subordinación de la operación al cumplimiento de los compromisos propuestos por las partes (véase *infra* 8), la decisión será directamente ejecutiva y las partes podrán llevar a cabo la operación de concentración en esos términos. Una decisión equivalente en segunda fase no será ejecutiva y podrá dar lugar a la intervención del Consejo de Ministros; lo que no deja de constituir una cierta asimetría de valoración por el legislador de difícil justificación, lo que permite cuestionar la coherencia interna del sistema de control de concentraciones. Cabe pensar que como sólo aquellas operaciones que susciten auténticos problemas de obstaculización a la competencia pasarán a segunda fase, en tal caso el legislador busca siempre reconocer la posible intervención del Consejo de Ministros para fiscalizar y corregir, inspirado en criterios de interés general, aquellas decisiones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que condicionen la aprobación de la operación al cumplimiento de medidas y compromisos propuestos por las empresas participes en la operación.

## 2. Segunda Fase

La apertura de la segunda fase de investigación del procedimiento de control de concentraciones pretende permitir a las autoridades de competencia el análisis pormenorizado de la operación en

<sup>19</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, A. La intervención del Gobierno en el control de concentraciones económicas. Documentos de Trabajo del Instituto Universitario de Estudios Europeos CEE. Serie Política de la Competencia, No. 21 / 2006 en <http://www.cee.es>.

aras de la adopción de una decisión informada y suficientemente motivada en los casos en que pueda verse alterado el funcionamiento competitivo de los mercados afectados. En esta segunda fase de investigación se prevé la posibilidad de plantear consultas a terceros interesados (especialmente en relación con los compromisos eventualmente ofrecidos por las partes) y de recibir alegaciones de dichos terceros interesados en el procedimiento; mecanismos de información que podrán ser especialmente valiosos para las autoridades de competencia y que, por alguna razón (probablemente de celeridad) no se contemplan específicamente en la primera fase del procedimiento de control de concentraciones (fuera de la previsión general, sobre todo el procedimiento, contenida en el artículo 55.6 de la Ley 15/2007).

## 2.1. Tramitación

Una vez iniciada la segunda fase del procedimiento por decisión del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, la Dirección de Investigación elaborará una nota sucinta sobre la concentración que, una vez resueltos los aspectos de confidencialidad de la misma, será hecha pública y puesta en conocimiento de las personas físicas o jurídicas que puedan resultar afectadas y del Consejo de Consumidores y Usuarios, para que presenten sus alegaciones en el plazo de diez días (artículo 58.1 de la Ley 15/2007).

Como ya se ha apuntado, el hecho de la notificación es público desde el momento en que la misma se produzca y se inicie el correspondiente expediente de control de concentraciones (artículo 27.2 de la Ley 15/2007). Sin embargo, hasta la publicación de esta nota sucinta los terceros interesados difícilmente podrán disponer de la mínima información necesaria para la realización de cualesquiera alegaciones ante las autoridades de defensa de la competencia. En cualquier caso, parece que sólo deberán tenerse en cuenta las alegaciones formuladas en el plazo de diez días posteriores a dicha publicación, por lo que la intervención de terceros en el procedimiento se encuentra fuertemente constreñida a este breve plazo.

Adicionalmente, en caso que la concentración incida de forma significativa en el territorio de una Comunidad Autónoma, la Dirección de Investigación solicitará informe preceptivo, no vinculante, a la autoridad de defensa de la competencia de la Comunidad Autónoma afectada, a la que remitirá junto con la nota sucinta, copia de la notificación presentada, una vez resueltos los aspectos confidenciales de la misma, para emitir el informe en el plazo de veinte días (artículo 58.1 Ley 15/2007). La participación de las autoridades autonómicas en el procedimiento de control de concentraciones ha sido una de las cuestiones principalmente debatidas a lo largo de la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley, que inicialmente no contemplaba ninguna intervención. El germen final de su posible intervención, aunque de corte meramente consultivo, se contenía en el propio *Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*; mientras que el Dictamen del Consejo de Estado también recomendaba la introducción de una previsión en tal sentido.<sup>17</sup> Ciertamente, el texto final de la Ley contempla esta modesta participación de las autoridades autonómicas en el proceso [yendo más allá, e incluso en contra del propio tenor literal de la Ley 1/2002 en su artículo 5.1.a)], aunque es bastante cuestionable la forma como se ha configurado y las circunstancias que motivarán, en su caso, la intervención autonómica.

Como ya se ha apuntado, carece de sentido que si se otorga un papel a las autoridades autonómicas en la evaluación de las concentraciones en la segunda fase del procedimiento (i.e., cuando se trata de operaciones que suscitan verdaderos problemas de obstaculización a la competencia en el mercado), se limite la información que se pone a su disposición para emitir su informe (eliminando los datos y aspectos confidenciales del expediente) y se otorgue un plazo tan reducido para su

<sup>17</sup> CONSEJO DE ESTADO, Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia, 20 de julio de 2006.

resolución (aunque el plazo inicialmente previsto era de quince días, una enmienda en el Senado lo amplió definitivamente a veinte). Este último aspecto tiene difícil solución, y probablemente restará valor a la colaboración autonómica, que poco podrá aportar en tan reducido tiempo.

Es cuestionable además el diferente tratamiento que existe respecto de la eventual colaboración de los organismos de regulación sectorial, cuyo eventual informe no tiene plazo de emisión, pudiéndose suspender los plazos del procedimiento [de acuerdo con los artículos 17.2.c) y 37.2.d) de la Ley 15/2007, hasta un máximo de tres meses]. En cuanto a la limitación de información que se proporciona a las autoridades autonómicas, constituye una traba tan ineficaz como significativa. Es significativa porque muestra, bien a las claras, que lo que el legislador pretende es que la intervención autonómica sea meramente testimonial (además de que esa limitación tampoco se prevé respecto de las solicitudes de informes a los organismos de regulación sectorial que se realizan en la primera fase). Pero, sobre todo, es ineficaz porque las autoridades autonómicas cuentan – como la propia Ley 15/2007 dispone en otros preceptos (artículos 39 y 40) – con potestades suficientes para requerir a las empresas partícipes en la operación que le proporcionen los datos que han sido declarados confidenciales en el trámite previo.

Además, el criterio de determinación de la afectación de operación a la Comunidad Autónoma que motive la intervención de la autoridad autonómica en el procedimiento resulta innecesariamente oscuro (aunque este defecto probablemente no sea más que una secuela de la igualmente confusa redacción de los criterios de conexión previstos en la Ley 1/2002) y parece que habrá de consultarse a las autoridades autonómicas cuando la operación de concentración afecte significativamente a mercados relevantes geográficos situados en su territorio (salvo concreción de este punto de conexión en el desarrollo reglamentario de la Ley 15/2007).

La tramitación del procedimiento en segunda fase continuará con la elaboración de un pliego de concreción de hechos por la Dirección de Investigación, en que deberá detallar los posibles obstáculos para la competencia derivados de la concentración. El pliego de concreción de hechos será notificado a los interesados para que formulen alegaciones en un plazo de diez días (artículo 58.2 de la Ley 15/2007).

A solicitud de los notificantes, se celebrará una vista ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (artículo 58.3 de la Ley 15/2007). Pese a que la norma no lo indique expresamente, cabe pensar que la celebración de la vista deberá ser posterior a la presentación de las alegaciones al pliego de concreción de hechos, a efectos de dar a las partes afectadas y a la Comisión Nacional de la Competencia la oportunidad de tratar la totalidad de las cuestiones suscitadas por ambos documentos.

Con posterioridad a la eventual celebración de la vista, la Dirección de Investigación deberá elevar al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia una segunda propuesta de resolución, acompañada del correspondiente informe basado en los criterios sustantivos de valoración del artículo 10 de la Ley 15/2007.

## 2.2. Resolución

Una vez recibida la propuesta de resolución definitiva de la Dirección de Investigación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia adoptará la decisión final mediante una resolución motivada (artículo 58.4 de la Ley 15/2007). La resolución de la Comisión Nacional de la Competencia podrá: (i) autorizar la concentración; (ii) subordinar la autorización de la concentración al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes o condiciones; (iii) prohibir la concentración; o (iv) acordar el archivo de las actuaciones en los supuestos previstos en la Ley (i.e. operación no sujeta a control, o desistimiento expreso o tácito; ex artículo 14 Ley 15/2007).



### 2.3. Efectividad de la resolución que pone fin a la segunda fase

La Ley 15/2007 prevé un régimen especial de ejecutividad de las decisiones de la Comisión Nacional de la Competencia en la segunda fase del procedimiento de control de concentraciones; de modo que solo las decisiones de autorización incondicional de la operación serán eficaces, directamente ejecutivas y pondrán fin a la vía administrativa (artículo 58.6 de la Ley 15/2007, a contrario). Tras la adopción de una decisión en otro sentido por la Comisión Nacional de la Competencia, el Ministro de Economía y Hacienda gozará de la facultad de abrir la "tercera" fase del procedimiento de control de concentraciones, elevando la operación de concentración al Consejo de Ministros para la decisión final sobre su autorización (artículo 60.1 de la Ley 15/2007). Para ello se prevé que las resoluciones adoptadas por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia serán comunicadas al Ministro de Economía y Hacienda al mismo tiempo de su notificación a los interesados (artículo 58.5 de la Ley 15/2007).

En efecto, las resoluciones en segunda fase en las que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia prohíba una concentración o la subordine al cumplimiento de compromisos o condiciones no serán eficaces ni ejecutivas y no pondrán fin a la vía administrativa: (i) hasta que el Ministro de Economía y Hacienda haya resuelto no elevar la concentración al Consejo de Ministros (o haya transcurrido el plazo legal de quince días de que dispone para ello); o (ii) en el supuesto de que el Ministro de Economía y Hacienda haya decidido elevar la concentración al Consejo de Ministros, hasta que el Consejo de Ministros haya adoptado un acuerdo sobre la concentración que confirme la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (o haya transcurrido el plazo legal de un mes para la adopción de dicho acuerdo).

Transcurridos los plazos indicados sin que el Ministro de Economía y Hacienda o el Consejo de Ministros hayan adoptado una decisión, la resolución expresa del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en segunda fase será eficaz, inmediatamente ejecutiva y pondrá fin a la vía administrativa (artículo 60.4 de la Ley 15/2007). En tales casos, de conformidad con los términos originales de la resolución, se entenderá que la Comisión Nacional de la Competencia ha acordado: (i) subordinar la autorización de la concentración a los compromisos o condiciones previstos en la citada resolución; o (ii) prohibir la concentración. En este último supuesto, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá ordenar que no se proceda a la concentración, cuando no se hubiera ejecutado, u ordenar las medidas apropiadas para el restablecimiento de una competencia efectiva, incluida la desconcentración, cuando la concentración ya se hubiera ejecutado; sin perjuicio de la imposición de las correspondientes sanciones (véase *infra* 10.2 y 10.4).

### 3. "Tercera" Fase

Como hemos apuntado, esta "tercera" fase del procedimiento de control de concentraciones es de naturaleza diversa a las dos anteriores, dado que no pretende un análisis en mayor profundidad de la operación de concentración para la adopción de la consiguiente decisión conforme a criterios de defensa de la competencia. Al contrario, esta tercera fase supone un mecanismo de intervención gubernamental en el procedimiento por motivos de interés general. En consecuencia se trata de una fase del procedimiento administrativo en que las partes afectadas por la operación de concentración gozan de menores posibilidades de participación y en que no se va a aportar nueva información al expediente administrativo. Exclusivamente, se trata de una fase de valoración política de la operación en que se adoptará una decisión ampliamente discrecional conforme a parámetros ajenos a la defensa de la competencia. Por ello, no es aventurado apuntar que la mayor parte de las distorsiones en el funcionamiento del procedimiento de control de concentraciones vayan a suscitarse en esta "tercera" fase.

### 3.1. Ante el Ministro de Economía

A su vez, esta "tercera" fase del procedimiento de control de concentraciones consta de dos etapas. En la primera, por razones de interés general, el Ministro de Economía y Hacienda podrá elevar al Consejo de Ministros la decisión de prohibición o de aprobación condicionada o sujeta a compromisos que haya recaído sobre la concentración (artículo 60.1 de la Ley 15/2007).

Recordemos que tanto las decisiones de primera fase (incluso las que subordinen la autorización al cumplimiento de determinadas condiciones propuestas por las partes), como las decisiones de autorización incondicional (expresa o tácita) en segunda fase, quedan fuera del ámbito de aplicación de esta potestad de reenvío del Ministro de Economía y Hacienda. Esta restricción en la capacidad de valoración ministerial debe sorprender puesto que igualmente contrarias al interés general podrían resultar las operaciones de concentración sobre las que hubieran recaído dichas resoluciones. Por ello, cabe cuestionarse si el mecanismo previsto en la Ley 15/2007 es adecuado para el fin que persigue o si, de otro modo, resulta un mecanismo parcial de intervención gubernamental en el procedimiento cuya supresión pudiera resultar deseable en aras de la protección de la tan aclamada independencia de las autoridades de competencia en el procedimiento de control de concentraciones.

Un argumento a favor del carácter limitado con que se concibe esta intervención política es el de su respeto a la libertad de empresa. En efecto, en la medida que son aquéllas decisiones de prohibición e imposición de condiciones las que eventualmente supondrán una mayor restricción en la libertad de empresa de los partícipes en la operación, solo en esos supuestos se permite la intervención correctora (en cierto modo, así lo entendía también el CONSEJO DEL PODER JUDICIAL<sup>14</sup>). Sin embargo, como luego veremos, este argumento tiene un flanco débil en que nada garantiza que la decisión del Consejo de Ministros vaya a ser menos restrictiva de la libertad de empresa de los partícipes en la operación.<sup>15</sup>

Habida cuenta del efecto de la resolución del Ministro de Economía y Hacienda sobre la efectividad de las resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia en segunda fase, su adopción se comunicará a la Comisión Nacional de la Competencia al mismo tiempo de su notificación a los interesados (artículo 60.2 de la Ley 15/2007).

### 3.2. Ante el Consejo de Ministros

En caso que el Ministro de Economía y Hacienda hubiera remitido la operación de concentración al Consejo de Ministros (artículo 14 de la Ley 15/2007), en esta segunda etapa de la "tercera" fase del procedimiento de control de concentraciones, el Consejo de Ministros podrá: (i) confirmar la resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, o (ii) acordar autorizar la concentración, con o sin condiciones, en cuyo caso, la autorización deberá estar debidamente motivada en razones de interés general distintas de la defensa de la competencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 15/2007 (artículo 60.3 de la Ley 15/2007; y SSTs de 2 de abril de 2002 y de 7 de noviembre de 2005).

Por tanto, el Consejo de Ministros podrá confirmar la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia –en cuyo caso no parece que el procedimiento de intervención gubernamental deba jugar un especial papel en el sistema de control de concentraciones–, adoptar decisiones que modifiquen (ya endurezcan, ya suavicen) las condiciones o los compromisos contenidos en la decisión de segunda fase, o autorizar simple o condicionadamente una operación inicialmente prohibida por la Comisión Nacional de la Competencia. Lo que no podrá en ningún caso será prohibir una decisión inicialmente autorizada por la autoridad de competencia (si bien podría imponer condiciones tan

<sup>14</sup> CONSEJO DEL PODER JUDICIAL, informe sobre el anteproyecto de ley de defensa de la competencia, 17 de mayo de 2006.

<sup>15</sup> CONSEJO DEL ESTADO, Op. Cit.

duras o restrictivas que las partes decidieran abandonar la operación de concentración). Por tanto, la intervención del Consejo de Ministros debería ser tendencialmente más permisiva que la de la Comisión Nacional de la Competencia (sacrificando en parte el funcionamiento competitivo de los mercados a fines superiores de interés general). No obstante, no cabe descartar un resultado contrario.

Con independencia de lo anterior, antes de adoptar el acuerdo correspondiente, el Consejo de Ministros podrá solicitar informe a la Comisión Nacional de la Competencia (artículo 60.3 in fine de la Ley 15/2007); entendemos que, especialmente, en relación con las nuevas condiciones que pretenda imponer en la decisión de autorización, puesto que sobre el resto de extremos la Comisión Nacional de la Competencia ya habrá tenido que pronunciarse, de forma motivada, en la resolución que haya adoptado al final de la segunda fase.

De nuevo, por su relevancia sobre la efectividad de las resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia en segunda fase, el acuerdo de Consejo de Ministros será comunicado a la Comisión Nacional de la Competencia al mismo tiempo de su notificación a las partes (artículo 60.5 Ley 15/2007).

**Intervención de las autoridades autonómicas y de los organismos de regulación sectorial en el procedimiento de control de concentraciones**

Como ya se ha apuntado, en caso de iniciación de la segunda fase del procedimiento de control de concentraciones, y siempre que la operación notificada incida de forma significativa en el territorio de una Comunidad Autónoma, la Dirección de Investigación solicitará informe preceptivo, no vinculante, a la autoridad autonómica de competencia de la Comunidad Autónoma afectada. La autoridad autonómica de competencia dispondrá de un plazo de veinte días para emitir el informe correspondiente (artículo 58.1 de la Ley 15/2007).

Por su parte, la Ley también prevé la intervención de los organismos de regulación sectorial en el procedimiento de control de concentraciones, aunque en términos más imprecisos. En efecto, la Ley establece que la Comisión Nacional de la Competencia solicitará a los organismos de regulación sectorial la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes de control de concentraciones de empresas que realicen actividades en el sector de su competencia [artículo 17.2 c) de la Ley 15/2007]. Ya se ha apuntado como, a diferencia de las autoridades autonómicas de defensa de la competencia, el informe de los organismos de regulación sectorial no tiene plazo [e incluso puede interrumpir los plazos del procedimiento ex. artículo 37.2.d)]. Esta distinción carece de justificación y es criticable.

En principio, aparentemente se contempla la solicitud del informe al organismo de regulación sectorial en cualquier momento del procedimiento de control. No obstante, dado el carácter imperativo del artículo 17.2.c) y para garantizar la efectividad de la disposición en caso que los correspondientes procedimientos de control no alcancen la segunda fase de investigación, parece deseable que el desarrollo reglamentario concrete el deber de solicitud de informe preceptivo no vinculante de los organismos de regulación sectorial ya en la primera fase del procedimiento.

Una solución análoga (i.e. solicitud de informe en primera fase) hubiera sido deseable para la intervención de las autoridades autonómicas de competencia. Si el propósito de la aplicación de los mecanismos de coordinación y colaboración interadministrativa es que la Comisión Nacional de la Competencia cuente con la mayor información posible para la adopción de una decisión suficientemente motivada, la intervención de autoridades mejor informadas –por su carácter vertical o especializado, como son los organismos de regulación sectorial; o por su mayor proximidad al mercado afectado, como son las autoridades autonómicas de defensa de la competencia– tiene sentido que se produzca en primera fase, en todos los casos. No obstante, esta no es la solución contenida

en el texto legal, por lo que no cabe alterar el orden y los supuestos previstos para la intervención de las autoridades autonómicas; aunque sí quepa adelantar reglamentariamente a la primera fase de investigación la evacuación del trámite de consulta a los organismos de regulación sectorial.

Otra deficiencia común en el trámite de consulta es el relativo al carácter no vinculante de los informes presentados (que se pone claramente de manifiesto tanto en el artículo 17 como en el artículo 58 de la Ley 15/2007). Al menos en relación con los informes de los organismos de regulación sectorial, se aprecia una clara desigualdad valorativa con el mecanismo de colaboración aplicado en sentido contrario —i.e. informe vinculante de la Comisión Nacional de la Competencia a los organismos de regulación sectorial, ex artículo 17.2.b) Ley 15/2007—. Por ello, con independencia del tenor literal de la norma, cabe pensar que la Comisión Nacional de la Competencia no pueda separarse del contenido (al menos material, si no jurídico) de los correspondientes informes, salvo que lo haga de forma especialmente motivada.

#### 4. Desistimiento de las partes y archivo de las actuaciones

Pese a que la Ley 15/2007 no lo diga de forma expresa, el procedimiento de control de concentraciones es de carácter dispositivo para las partes, en el sentido de que podrán desistir del mismo en cualquier momento, sea por decisión expresa comunicada a la Comisión Nacional de la Competencia, sea por sanción legal derivada del incumplimiento de algunas de sus obligaciones. El desistimiento de las partes conllevará el correspondiente archivo de las actuaciones (artículo 4.8 del RD 1443/2001). En efecto, la Comisión Nacional de la Competencia podrá archivar las actuaciones cuando las partes de una concentración desistan de su solicitud de autorización o la Comisión Nacional de la Competencia tenga información fehaciente de que no tienen intención de realizarla [artículo 44.d) Ley 15/2007].

Este último supuesto podrá plantear dudas interpretativas, en la medida en que la fehacencia de la información deberá interpretarse como información concluyente o definitiva en torno a la intención irrevocable de las partes de no llevar a cabo la operación de concentración. En cualquier caso, parecería prudente que la Comisión Nacional de la Competencia requiriera a las partes para que confirmasen esa información fehaciente en un plazo breve de tiempo, indicando expresamente que en caso de contestación afirmativa o silencio, se procedería al archivo de las actuaciones. Este extremo debería ser objeto de desarrollo reglamentario para no dejar este aspecto procesal exclusivamente a las buenas prácticas de la Comisión Nacional de la Competencia.

Adicionalmente, la Comisión Nacional de la Competencia podrá no iniciar un procedimiento o acordar el archivo de las actuaciones o expedientes incoados por falta o pérdida de competencia o de objeto; y, en particular, se considerará que concurre alguna de estas circunstancias cuando (i) la operación notificada no sea una concentración sujeta al procedimiento de control por la Comisión Nacional de la Competencia previsto en la presente Ley; o (ii) la concentración notificada sea remitida a la Comisión Europea en aplicación del artículo 22 del Reglamento (CE) No. 139/2004 [artículo 44. b) y c) Ley 15/2007].

#### 5. Plazos y efectos del silencio administrativo

En aras de la brevedad del procedimiento de control de concentraciones, el texto legal establece un plazo máximo bastante breve para la resolución de cada una de las fases del procedimiento. El plazo máximo para dictar y notificar las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el procedimiento de control de concentraciones será: (i) de un mes en la primera fase, a contar desde la recepción en forma de la notificación por la Comisión Nacional de la Competencia; y (ii) de dos meses en la segunda fase, a contar desde la fecha en que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia acuerda la apertura de la segunda fase (artículo 36.2 de

la Ley 15/2007). Los plazos aplicables a la "tercera" fase serán igualmente breves, aunque pueden suponer la extensión del procedimiento, que dura sólo tres meses ante Comisión Nacional de la Competencia, en un cincuenta por ciento.

Así, el plazo máximo para dictar y notificar la resolución del Ministro de Economía y Hacienda sobre la intervención del Consejo de Ministros será de quince días, contados desde la recepción de la correspondiente resolución dictada en segunda fase por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (artículo 36.3 de la Ley 15/2007); mientras que el plazo máximo para adoptar y notificar un acuerdo del Consejo de Ministros en el procedimiento de control de concentraciones será de un mes, contado desde la resolución del Ministro de Economía y Hacienda de elevar la operación al Consejo de Ministros (artículo 36.4 de la Ley 15/2007). Por tanto, la extensión máxima del procedimiento de control de concentraciones será de cuatro meses y medio, salvo ampliación o suspensión de cualquiera de los plazos indicados.

En efecto, la Ley 15/2007 prevé mecanismos de suspensión automática y potestativa de los plazos máximos de resolución, así como la posibilidad de ampliación de los mismos. En relación con el procedimiento de control de concentraciones, quapa señalar específicamente que los plazos máximos de resolución se suspenderán necesariamente cuando: (i) la Comisión Nacional de la Competencia requiera a los notificantes para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios para la resolución del expediente de control de concentraciones, según lo previsto en los apartados 4 y 5 del artículo 55 de la Ley; o (ii) se solicite el informe de los organismos de regulación sectorial de acuerdo con lo establecido en el artículo 17.2.c) de la Ley; en cuyo caso el plazo de suspensión no podrá exceder de tres meses [artículo 37.2.d) Ley 15/2007].

Por otra parte, los plazos máximos de resolución podrán suspenderse, mediante resolución motivada, cuando: (i) deba solicitarse a terceros o a otros órganos de las Administraciones Públicas la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios; (ii) sea necesaria la cooperación y la coordinación con la Unión Europea o con las Autoridades Nacionales de Competencia de otros países; o (iii) se interponga el recurso administrativo previsto en el artículo 47 de la Ley o, con carácter general, recurso contencioso-administrativo [artículo 31.1 b), c) y d) de la Ley 15/2007]. La Ley 15/2007 indica que la suspensión de los plazos máximos de resolución no suspenderá necesariamente la tramitación del procedimiento, por lo que será necesaria una mención expresa al efecto en la correspondiente resolución de suspensión del plazo máximo (artículo 37.3 de la Ley 15/2007).

Por último, y excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes. La ampliación no podrá ser superior al plazo establecido para la tramitación del procedimiento en ningún caso (artículo 37.4 de la Ley 15/2007). Contra los acuerdos que resuelvan sobre la suspensión o sobre la ampliación de plazos, que deberán ser notificados a los interesados, no cabrá recurso alguno en vía administrativa (artículo 37.5 de la Ley 15/2007).

Salvo incumplimiento de alguna de las obligaciones impuestas a las partes en el procedimiento de control de concentraciones –significativamente, la obligación de notificación (artículo 9.5 de la Ley 15/2007) o de aportación de información complementaria (artículo 55.5 Ley 15/2007)– y salvo en los casos de remisión de la operación de concentración a la Comisión Europea [artículo 57.2.d) de la Ley 15/2007]; el incumplimiento de cualquiera de los plazos máximos de resolución determinará efectos positivos del silencio administrativo para las partes notificantes y, por tanto: (i) en primera y segunda fase, la autorización de la operación de concentración y (ii) en "tercera" fase, la inmediata ejecutividad de la correspondiente resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (artículo 38.2, 3 y 4 de la Ley 15/2007)

## VII. CRITERIOS SUSTANTIVOS DE VALORACIÓN DE LAS OPERACIONES NOTIFICADAS

La eficiencia y utilidad del sistema de control de concentraciones depende tanto de los aspectos procedimentales –de los que ya nos hemos ocupado en buena parte– como, muy especialmente, de los estándares materiales que se utilicen en el examen y evaluación de las operaciones de concentración notificadas. De entre todos ellos, el test de legalidad o criterio sustantivo de valoración de las operaciones de concentración notificadas adquiere una especial relevancia. En este aspecto concreto, la Ley 15/2007 parece no haber introducido sustanciales modificaciones respecto al régimen previgente, toda vez que el test de legalidad aplicable en estrictos términos de defensa de la competencia sigue siendo el criterio de la obstaculización (significativa) de la competencia efectiva en los mercados afectados por la operación de concentración – conocido como test OSCE (o SIEC en sus siglas inglesas, por *significant impede of effective competition*), que es el test previsto por el Reglamento (CE) 139/2004 (artículo 2) y básicamente equiparable al test de *substantial lessening of competition*, o SLC, establecido en la mayor parte de las regulaciones de competencia del entorno anglosajón-. Este criterio ya se contenía en la Ley 16/1989 (artículos 15bis.1 y 16.1) y, por tanto, no ha sido necesario alterar un régimen legal que ya estaba armonizado conforme al nuevo marco comunitario de control de concentraciones (Libro Blanco, 2005).

Sin embargo, en la creación de la ya mencionada “tercera” fase del procedimiento, la Ley 15/2007 se separa del mencionado test de legalidad OSCE y establece la posibilidad de que el Ministro de Economía y Hacienda y el Consejo de Ministros puedan adoptar decisiones exclusivamente con atención a criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia. Así lo destaca expresamente la exposición de motivos de la Ley, al indicar que se separan claramente los criterios que guiarán la toma de decisiones por parte de la Comisión Nacional de la Competencia, centrados en el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados, de aquellos en que podrá basarse la intervención del Gobierno, relacionados con la protección del interés general de la sociedad.

Así, por una parte se aclaran los elementos que valorará la Comisión Nacional de la Competencia y, por otra parte, se indican los criterios de valoración sustantiva que guiarán una decisión del Consejo de Ministros distinta de la de la Comisión Nacional de la Competencia, recogiéndose una lista no exhaustiva de criterios en los que se puede concretar el interés general. De hecho, esta modificación resulta en la autorización al Consejo de Ministros para adoptar decisiones en materia de control de concentraciones exclusivamente conforme a criterios ajenos a la defensa de la competencia; lo que constituye una novedad que no era requerida para subsanar las deficiencias del sistema previgente y que, de hecho, puede llegar a comprometer el adecuado funcionamiento del nuevo sistema de control de concentraciones. Y ello pese a que la propia Ley 15/2007 ponga claramente de manifiesto en su exposición de motivos que “*resulta preciso disponer de un sistema que, sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado*”.<sup>29</sup>

### 1. Por parte de la Comisión Nacional de la Competencia: obstaculización significativa de la competencia efectiva

Como se ha indicado, la Ley mantiene el criterio general de legalidad relativo al mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado afectado por la operación de concentración y procede, en términos de la exposición de motivos, a aclarar los elementos que valorará la Comisión Nacional de la Competencia, con sistematización de, entre otros posibles, los que se han venido considerando

<sup>29</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, Op. Cit.

en los informes del Servicio y del Tribunal de Defensa de la Competencia hasta el momento, y con explicitación del tratamiento de las eficiencias empresariales y mantenimiento de la valoración de los aspectos cooperativos o de las restricciones a la competencia accesorias a las concentraciones.

### 1.1. Criterio general

En primer lugar, en relación con el análisis de las operaciones de control de concentraciones en primera y segunda fase, con carácter general, se prevé que la Comisión Nacional de la Competencia valorará las concentraciones económicas atendiendo a la posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional (artículo 10.1 de la Ley 15/2007).

Este criterio general se concreta, indicando que la Comisión Nacional de la Competencia adoptará su decisión atendiendo, entre otros, a los siguientes elementos: (i) la estructura de todos los mercados relevantes, (ii) la posición en los mercados de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera, (iii) la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera del territorio nacional, (iv) las posibilidades de elección de proveedores y consumidores, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, (v) la existencia de barreras para el acceso a dichos mercados, (vi) la evolución de la oferta y de la demanda de los productos y servicios de que se trate, (vii) el poder de negociación de la demanda o de la oferta y su capacidad para compensar la posición en el mercado de las empresas afectadas, (viii) las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración y, en particular, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización así como a la competitividad empresarial<sup>21</sup>, y la medida en que dichas eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales, en concreto, en la forma de una mayor o mejor oferta y de menores precios. El elenco contenido en la Ley 15/2007 mantiene los criterios contenidos en el artículo 14.1 de la Ley 16/1989 salvo la referencia al criterio de "competitividad internacional de la industria nacional", cuya inclusión carecía de justificación y virtualidad práctica alguna.

### 1.2. Criterios particulares

Junto con el anterior criterio general, la Ley establece dos criterios sustantivos particulares. El primero de ellos se refiere a la creación de empresas en participación e indica que aquellas que no tengan carácter concentrativo, sino que tengan por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes, se analizarán en el seno del procedimiento de control de concentraciones, pero su valoración sustantiva se realizará en función de lo establecido en los artículos 1 y 2 de la Ley (artículo 10.2 Ley 15/2007).

Por otra parte, también en el límite entre el sistema de control de concentraciones y el ámbito de aplicación de la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia, como ya hacía la Ley 16/1989 (art. 15bis.5), la nueva Ley aclara que, en su caso, en la valoración de una concentración económica podrán entenderse comprendidas determinadas restricciones a la competencia accesorias, directamente vinculadas a la operación y necesarias para su realización (artículo 10.3 Ley 15/2007). Estas restricciones accesorias (o *ancillary restraints*) son acuerdos generalmente alcanzados entre compradores y vendedores de una empresa por los que se establecen obligaciones de confidencialidad, no competencia, restricciones a nuevas adquisiciones de empresas en determinados periodos, transferencia de tecnología, etc. Su valoración suele llevarse a cabo conforme a un criterio de ponderación entre la necesidad de las restricciones para el buen fin de la operación de concentración y su efecto en la dinámica competitiva del mercado. Los criterios sustantivos de análisis son, en

<sup>21</sup> CALVINO SANTAPARÍA, N., "Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias en el análisis de las concentraciones empresariales", en *Ateneo de Derecho de la Competencia 2002*, Fundación ICO-Marcial Pons, Madrid 2002, pp. 67-92.

realidad, los propios del artículo 1 de la Ley 15/2007, si bien con una aplicación atenuada por la accesoria de las restricciones respecto a la operación de concentración.<sup>27</sup>

Por parte del Consejo de Ministros: criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia.

Como ya se adelantaba, la intervención del Consejo de Ministros en el procedimiento de control de concentraciones atiende a criterios de valoración sustantiva propios e independientes de los que vinculan a la Comisión Nacional de la Competencia. En efecto, el Consejo de Ministros podrá valorar las concentraciones económicas atendiendo a criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia (artículo 10.4 Ley 15/2007). La Ley incluye una lista no exhaustiva de consideraciones que el Consejo de Ministros podrá tener en cuenta como criterios de interés general, entre las que se incluyen: (i) la defensa y seguridad nacional, (ii) protección de la seguridad o salud públicas, (iii) libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio nacional, (iv) protección del medio ambiente, (v) promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos, o (vi) garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial. Carece de sentido especular sobre cómo estos criterios pueden afectar a la valoración de una operación de concentración por el Consejo de Ministros. Aunque se ha discutido mucho sobre la conveniencia de que se tratara de una lista cerrada de criterios, lo importante es que legitima una intervención de corte político en el procedimiento de control de concentraciones, aunque limitada a solo algunas de las decisiones de la Comisión Nacional de la Competencia.

Sin perjuicio de la objeción general que merece el sistema, la inclusión de este último criterio de garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial no se entiende, en la medida en que los organismos de regulación sectorial ya habrán puesto de manifiesto las medidas necesarias en el correspondiente informe preceptivo en todo procedimiento de control de concentraciones –véase artículo 17.2.c) de la Ley 15/2007 y *supra* 6.4-. Por tanto, parece difícil de compatibilizar, o al menos innecesaria, una intervención tan tardía del Consejo de Ministros y una previa actuación de informe por parte del organismo de regulación sectorial conforme a los mismos criterios. Eventualmente, si se teme que la Comisión Nacional de la Competencia no vaya a tener suficientemente en cuenta los informes de los organismos de regulación sectorial, la solución deberá pasar por otorgar carácter vinculante a los informes emitidos por el organismo de regulación sectorial, en línea con lo propuesto anteriormente. No obstante, no parece que sea este el propósito de la mención de los objetivos de la regulación sectorial, sino otro de carácter más intervencionista.

## VIII. NEGOCIACIÓN DE COMPROMISOS

Otra de las novedades procesales (aunque presenta notable relevancia sustantiva) introducida por la Ley 15/2007 en el procedimiento de control de concentraciones es la posibilidad de que las partes tomen la iniciativa en los casos en que la Comisión Nacional de la Competencia albergue dudas sobre la posible autorización de la operación notificada y, mediante la presentación de compromisos (o *remedies*, que vienen a ser modificaciones parciales de la operación notificada) puedan obtener una aprobación de la operación. El germen de esta previsión se encontraba ya en el artículo 15 ter de la Ley 19/1989, aunque el Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia planteaba modificaciones sustanciales destinadas a dotar de agilidad y funcionalidad a las medidas propuestas.<sup>28</sup> En efecto, así lo establece la Ley, indicando que las partes notificantes, por propia iniciativa o a instancia de la Comisión Nacional de la Competencia, podrán proponer

<sup>27</sup> NAVARRO VARDINA, E., "La nueva configuración de la Comisión Europea en materia de restricciones sucesivas en operaciones de concentración", *Gaceta Jurídica de la competencia* 215 (septiembre-octubre 2001) pp. 43-56.

<sup>28</sup> MARCOS, Francisco, Op. Cit., TRUJILLO RODRÍGUEZ, N. y CANTOS BAQUEDANO, F., "Los compromisos y condiciones en procedimientos de control de concentraciones: una perspectiva europea y española", *Gaceta Jurídica de la competencia* nº 207 (mayo-junio 2000) pp. 19-48.



compromisos para resolver los obstáculos para el mantenimiento de la competencia efectiva que puedan derivarse de la concentración (artículo 59.1 de la Ley 15/2007).

La presentación de compromisos por las partes supondrá una extensión de los plazos máximos para resolver y notificar el procedimiento, en la medida en que suponen una modificación de la operación que estaba siendo analizada por la Comisión Nacional de la Competencia y puede ser necesario comunicarlos a los interesados o a terceros operadores con el fin de valorar su adecuación para resolver los problemas para la competencia derivados de la concentración así como sus efectos sobre los mercados (artículo 59.3 de la Ley 15/2007). Sin embargo, la extensión de los plazos máximos como consecuencia de la presentación de compromisos se establece en términos poco claros. Se indica que, cuando se propongan compromisos, el plazo máximo para resolver y notificar el procedimiento se ampliará en diez días en la primera fase y quince días en la segunda fase (artículo 59.2 de la Ley 15/2007).

Parece evidente que la extensión del plazo máximo para resolver en la segunda fase solo tendrá sentido en la medida en que las partes los propongan en este momento procesal o sigan negociándose los potenciales compromisos presentados en primera fase. En caso contrario –i.e., de haberse presentado compromisos en primera fase y haber abandonado tal posibilidad en la segunda fase, por las razones que fueren– parece que la segunda fase debería mantener su extensión máxima de dos meses. Dicho de otro modo, haber presentado compromisos en la primera fase no debe conllevar la extensión del plazo máximo de resolución en segunda fase, salvo que se mantengan abiertas las correspondientes negociaciones entre las partes notificantes y la Comisión Nacional de la Competencia. En cualquier caso, sería deseable que el desarrollo reglamentario aclarase este particular.

A los efectos de verificar la funcionalidad y eficacia de los compromisos y medidas propuestas para la salvaguardia de la competencia efectiva, la Ley introduce la posibilidad de que los compromisos propuestos por las partes notificantes sean comunicados a los interesados y a otros operadores para que estos den su parecer sobre su eficacia para resolver, atajar y aminorar los problemas de competencia derivados de la concentración (artículo 59.3 de la Ley 15/2007).

## IX. RECURSOS

Probablemente con el objetivo de garantizar un funcionamiento rápido y ágil del procedimiento de control de concentraciones –y de los otros procedimientos en materia de defensa de la competencia, en general– la Ley 15/2007 prevé un sistema limitado de recursos frente a las distintas resoluciones y actos que vayan adoptándose a lo largo del procedimiento.

### 1. Frente a resoluciones de la Dirección de Investigación

El sistema de recurso administrativo frente a resoluciones de la Dirección de Investigación será muy limitado, en la medida en que solo serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en el plazo de diez días, las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos (artículo 47.1 de la Ley 15/2007). En la medida en que la Dirección de Investigación solo cumple funciones instructoras y de propuesta en materia de control de concentraciones, difícilmente podrán encontrarse actos que cumplan los anteriores requisitos, fuera de los relacionados con la confidencialidad de la información aportada o la propuesta de levantamiento de la suspensión de la ejecución de la operación notificada, como casos principales. Una vez recibido el recurso, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia pondrá de manifiesto el expediente para que las partes formulen alegaciones en el plazo de quince días (artículo 47.3 Ley 15/2007). Ya hemos indicado que en algunos casos, este plazo es excesivamente largo y que, por tanto, sería conveniente su reducción

—aunque sea de manera informal, por práctica de la Comisión Nacional de la Competencia— si se quiere mantener la celeridad del procedimiento de control de concentraciones.

## **2. Frente a resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia**

En esta misma línea restrictiva de los recursos susceptibles de interposición en materia de defensa de la competencia, la Ley es clara en determinar que, contra las resoluciones y actos del Presidente y del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, no cabe ningún recurso en vía administrativa y sólo podrá interponerse recurso contencioso-administrativo en los términos previstos en la Ley 29/1998 (artículo 48.1 de la Ley 15/2007).

Se prevé una especialidad en cuanto al plazo de interposición de recurso para las resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia cuya eficacia se encuentra diferida a la posible intervención del Ministro de Economía y Hacienda o del Consejo de Ministros (i.e. decisiones de sujeción de la concentración a condiciones o compromisos, o de prohibición, en la segunda fase del procedimiento de control de concentraciones). En estos supuestos, previstos en el artículo 58.6 de la Ley, el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo se contará a partir del día siguiente al de la notificación de la resolución del Ministro de Economía y Hacienda o del acuerdo de Consejo de Ministros o desde el transcurso de los plazos establecidos en los apartados 3 ó 4 del artículo 36 de la Ley, una vez que la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia sea eficaz, ejecutiva y haya puesto fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la Ley 15/2007). En el resto de casos, el recurso contencioso-administrativo será susceptible de interposición desde la notificación del acto que se impugna.

## **3. Frente a Decisiones del Consejo de Ministros**

Las decisiones del Consejo de Ministros en materia de control de concentraciones serán recurribles en única instancia frente a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (artículo 12.1.a) de la Ley 29/1998).

## **X. RÉGIMEN SANCIONADOR**

Con independencia del resto de consecuencias que el incumplimiento de las obligaciones impuestas a las partes notificantes en el procedimiento de control de concentraciones pueda acarrear (como el desistimiento de la operación o la pérdida del beneficio de la autorización tácita por silencio administrativo), la Ley 15/2007 establece distintas disposiciones de carácter sancionador específicamente relacionadas con el procedimiento de control de concentraciones. A continuación se revisan las multas que la Comisión Nacional de la Competencia puede imponer en el marco de este procedimiento en función de la obligación cuyo incumplimiento resulte susceptible de sanción administrativa.<sup>24</sup>

La determinación del importe de las multas variará de conformidad con los criterios de ponderación que la Ley ha introducido en el artículo 64 y, como se verá, puede ir acompañada de multas individuales a los representantes legales y directivos del infractor (como ya ocurría, aunque en una cuantía mucho más baja de acuerdo con el artículo 10.3 de la Ley 16/1989).

### **1. Sanciones por incumplimiento del deber de notificación y por el incumplimiento del deber de aportación de información**

La Ley tipifica distintas sanciones leves relacionadas con el incumplimiento del deber de notificación y/o de aportación de información complementaria a la Comisión Nacional de la

<sup>24</sup> ESCLUERO PLENTE, A., "Sanciones por incumplimiento del deber de notificar las operaciones de concentración en derecho español tras el Real Decreto-Ley 3/2009 de 2 de febrero", *Revista jurídica de la competencia* No. 213 (Marzo-Abril 2001) pp. 69-77.

Competencia. En concreto, se consideran infracciones leves: (i) haber presentado a la Comisión Nacional de la Competencia la notificación de la concentración económica fuera de los plazos previstos en los artículos 9.3.a) y 9.5 de la Ley; (ii) no haber notificado una concentración requerida de oficio por la Comisión Nacional de la Competencia según lo previsto en el artículo 9.5; y (iii) no haber suministrado a la Comisión Nacional de la Competencia la información requerida por ésta o haber suministrado información incompleta, incorrecta, engañosa o falsa (artículo 62.2.a), b) y c) de la Ley 15/2007).

La comisión de cualquiera de estas infracciones podrá ser sancionada con multa de hasta el uno por cien del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (artículo 63.1.a) de la Ley 15/2007); y, cuando el infractor sea una persona jurídica (artículo 63.2 de la Ley 15/2007), se podrá imponer una multa de hasta sesenta mil euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión (salvo a aquellas personas que formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto).

## **2. Sanciones por incumplimiento de la obligación de suspensión de la operación**

Por su parte, el incumplimiento de la obligación de suspensión de la operación de concentración notificada se tipifica como infracción grave. Concretamente, será punible la ejecución de una concentración sujeta a control de acuerdo con lo previsto en la Ley antes de haber sido notificada a la Comisión Nacional de la Competencia, o antes de que haya recaído y sea ejecutiva resolución expresa o tácita autorizando la misma, y sin que se haya acordado el levantamiento de la suspensión (artículo 62.3.d) de la Ley 15/2007).

La comisión de esta infracción podrá ser sancionada con multa de hasta el cinco por cien del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (artículo 63.1.b) de la Ley 15/2007); y, cuando el infractor sea una persona jurídica (artículo 63.2 de la Ley 15/2007), se podrá imponer una multa de hasta sesenta mil euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión (salvo a aquellas personas que formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto).

## **3. Sanciones por incumplimiento de la decisión que ponga fin al procedimiento de control de concentraciones**

Por último, se tipifica como infracción muy grave y será punible incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la Ley, en materia de control de concentraciones. La comisión de esta infracción podrá ser sancionada con multa de hasta el diez por cien del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (artículo 63.1.c) Ley 15/2007); y, cuando el infractor sea una persona jurídica (artículo 63.2 de la Ley 15/2007), se podrá imponer una multa de hasta sesenta mil euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión (salvo a aquellas personas que formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto).

La proporcionalidad o graduación de este sistema sancionador puede ser cuestionable, en la medida en que dos conductas materialmente idénticas (ejecución de la operación de concentración sin haber obtenido autorización o ejecución de la operación en contravención de una de las condiciones

de la autorización obtenida) sean susceptibles de distinta sanción. A primera vista parece que el juicio valorativo que debe suscitar la realización de la operación sin realizar la notificación debe ser análogo, al menos, al que suscite el incumplimiento de las condiciones o compromisos adoptados en el marco del procedimiento de control de concentraciones.

#### 4. **Multas coercitivas**

Finalmente, la Ley prevé la posibilidad de que la Comisión Nacional de la Competencia, independientemente de las multas sancionadoras y sin perjuicio de la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento, pueda imponer, previo requerimiento del cumplimiento a las empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de estas, y agentes económicos en general, multas coercitivas de hasta doce mil euros al día con el fin de obligarlas: (i) a deshacer una operación de concentración que haya sido declarada prohibida conforme a lo dispuesto en la Ley; (ii) al cumplimiento de los compromisos o condiciones adoptados en las resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia o en los Acuerdos de Consejo de Ministros; o (iii) al cumplimiento de lo ordenado en una resolución, requerimiento o acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia o del Consejo de Ministros [artículo 67.b), d) y e) Ley 15/2007].

#### 5. **Prescripción y publicidad de las infracciones y de las sanciones**

Con el propósito de otorgar seguridad y certidumbre jurídica a las empresas participantes en una concentración sobre el tiempo en el que las potenciales infracciones de las obligaciones legales puedan ser perseguidas y sancionadas por la Comisión Nacional de la Competencia, la disciplina sancionadora se acompaña de la previsión de diferentes plazos de prescripción de las infracciones y sanciones en función de su gravedad. En efecto, según el régimen previsto en la Ley, las infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años, las graves a los dos años y las leves al año; y el término de la prescripción se computará desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que hayan cesado (artículo 68.1 Ley 15/2007).

Del mismo modo, las sanciones impuestas por la comisión de infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años, las impuestas por la comisión de infracciones graves a los dos años y las impuestas por infracciones leves al año (artículo 68.2 Ley 15/2007).

Como medida de refuerzo del sistema sancionador previsto en la norma, y en la forma y condiciones que se prevea reglamentariamente, se introduce un régimen de publicidad de las multas impuestas, que busca de alguna manera extender socialmente a la reputación de los infractores el castigo derivado de las sanciones administrativas. Por ello, las multas impuestas en aplicación de la Ley 15/2007, su cuantía, el nombre de los sujetos infractores y la infracción cometida serán públicas (artículo 69 Ley 15/2007).