

# 1. Introducción

Tras un largo proceso de revisión de la normativa comunitaria en materia de defensa de la competencia, en los últimos años hemos asistido a una importante reforma y modernización que ha afectado a prácticamente todos los ámbitos de la regulación en la materia, entre los que sobresale la aprobación del Reglamento 1/2003<sup>2</sup> por cuanto promueve la aplicación descentralizada del derecho comunitario de la competencia. También de forma muy destacada –quizá por la presión derivada de importantes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en relación con anteriores prácticas y decisiones de la Comisión Europea- en 2004 se produjo una importante reforma del sistema comunitario de control de operaciones de concentración empresarial, que se concretó en la aprobación del Reglamento 139/2004<sup>3</sup> de control de concentraciones<sup>4</sup>. Ambas medidas –en el terreno antitrust y de control de concentraciones- han venido acompañadas de un paquete de directrices y otras normas de *soft-law* (conocidas como *modernisation package*) que han alterado la aplicación del derecho de la competencia por parte de las autoridades comunitarias.

Esta importante reforma del sistema comunitario de defensa de la competencia requería la consiguiente adaptación de la normativa de los Estados miembros. En España, este 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*<sup>5</sup> (en adelante, “Libro Blanco”), y ha tenido continuidad con la publicación del Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia en marzo de 2006<sup>6</sup> (en adelante “Anteproyecto de LDC”). Ambos documentos contienen importantes propuestas de reforma de la vigente Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia (en adelante “LDC”) que se han concretado en el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia presentado al Congreso de los Diputados para su tramitación parlamentaria en septiembre de 2006<sup>7</sup> (en adelante, “Proyecto de LDC”). En el presente artículo nos centraremos en las propuestas de reforma del sistema de control de concentraciones contenidas en el Proyecto de LDC y, más específicamente, en el nuevo sistema de intervención del Gobierno (tanto del Ministro de Economía como del Consejo de Ministros).

Para analizar estas propuestas de reforma, conviene tener en cuenta que, desde principios de los años 90, el control de las operaciones de concentración ha constituido una parte importante de la normativa de defensa de la competencia en la Unión Europea y en España. Sin embargo, el control de estas operaciones no ha tenido exclusivamente la finalidad de adoptar medidas en situaciones en que el incremento de la concentración en el mercado pudiera dar lugar a pérdidas de competencia en el mismo –que es la función preventiva que le asigna el sistema de defensa de la competencia- sino que se ha utilizado por los gobiernos como una medida de implementación y defensa de su política industrial.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Albert Sánchez Graells ([albertsanchez@econlaw.es](mailto:albertsanchez@econlaw.es)) es abogado de EconLaw Strategic Consulting y Doctorando en Derecho Mercantil en la Universidad Autónoma de Madrid. Licenciado y Premio Extraordinario en Derecho y Licenciado y Premio Extraordinario en Administración y Dirección de Empresas por la Universidad Antonio de Nebrija (Madrid). El autor agradece los comentarios de los Prof. Dr. D. Francisco Marcos y D. Juan Santaló a borradores preliminares de este artículo. En cualquier caso, todo error, omisión u opinión infundada son de la exclusiva responsabilidad del autor.

<sup>2</sup> Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. DOUE L 1, 04.01.2003, pág. 1.

<sup>3</sup> Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. DOUE L24, 29.01.2004, pág. 1.

<sup>4</sup> Sobre la reforma del control de concentraciones comunitario, véase entre otros, SÁNCHEZ SANTIAGO, Jaime y Albert SÁNCHEZ GRAELLS. “La reforma del control de concentraciones en la Unión Europea: novedades, luces y sombras”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 5, 2004.

<sup>5</sup> Disponible en [http://www.dgdc.meh.es/LibroBlanco/Libro\\_Blanco%20Reforma\\_Def\\_Competencia.pdf](http://www.dgdc.meh.es/LibroBlanco/Libro_Blanco%20Reforma_Def_Competencia.pdf) (visitada el 06.09.2006).

<sup>6</sup> Disponible en <http://www.dgdc.meh.es/legislacion/AnteproyectoLDC-10-3-2006%20.pdf> (visitada el 06.09.2006).

<sup>7</sup> Proyecto de ley 121/000100, de Defensa de la Competencia. Disponible en <http://www.dgdc.meh.es/legislacion/Proyecto%20LDC%2025-08-06.pdf> (visitada el 06.09.2006).

<sup>8</sup> De hecho, el conflicto entre defensa de la competencia y política industrial no es nuevo ni exclusivo de la Unión Europea. Véase, ORDOVER, Janusz A. “Conflicts of Jurisdiction: Antitrust and Industrial Policy”. *Law and Contemporary Problems*. (1987) Vol. 50, nº 3, 165 – 177. Pese a que el autor se centra en otros aspectos de la política industrial, sirva destacar la conclusión de que “*greatest protection should be extended to industrial policies which correct explicit market failures. Lesser protection should be accorded to direct interventions that attempt to cure socioeconomic ills*”. En nuestro caso, parece claro que la protección del primer tipo de medidas debe dejarse en exclusiva a los criterios de competencia que aplican las autoridades especializadas, mientras que deberían dejarse fuera las medidas proteccionistas de los Estados miembros, que no merecen esta protección.

Esta intervención política en la actividad económica a través del sistema de control de concentraciones ha dado lugar a un importante debate acerca del nacionalismo económico en la Unión Europea. Por ello, la Comisión Europea está intensificando sus esfuerzos para que los 25 adopten medidas para limitar su intervención en la economía y sigan trabajando en la construcción de un verdadero mercado interior en que se garantice la libre circulación de capitales<sup>9</sup>. En nuestra opinión, una de las principales medidas de auto-limitación que deberían adoptar los Estados miembros pasa por garantizar el adecuado funcionamiento del sistema de control de concentraciones conforme a los criterios propios de la política de competencia –limitando al máximo otros modos de intervención basada en criterios de interés general, que debe respetar las importantes restricciones impuestas por el Art. 10 Tratado CE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en esta materia-.

Sin embargo, el gobierno español –que es uno de los que está abanderando este resurgir del nacionalismo económico en la Unión Europea- en sus propuestas de reforma del sistema de control de concentraciones parece decidido a mantener la intervención política en el control de concentraciones económicas. Para ello, pese a otorgar mayores competencias a la futura Comisión Nacional de Competencia (en adelante “CNC”) en materia de control de concentraciones, establece un nuevo mecanismo de intervención del Gobierno que, de algún modo, puede revisar las decisiones de la CNC antes de que sean ejecutivas. En efecto, el Proyecto de LDC “importa” una solución que ha generado no poca controversia en Alemania. Pero no lo hace automáticamente, sino introduciendo algunas modificaciones que vienen a distorsionar la solución establecida y a enrarecer la pretendida separación entre decisiones de la CNC –en función de criterios de política de competencia- y las del Gobierno –limitadas a otros criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia-.

Como veremos en este artículo, además de generar un marco regulatorio muy proclive a la intervención política en el procedimiento de control de concentraciones (y, por ende, en la actividad económica); la solución propuesta no parece solventar los problemas del actual sistema de control de concentraciones, plantea importantes dudas interpretativas y genera una estructura de toma de decisiones que puede perjudicar gravemente el correcto funcionamiento del sistema español de control de operaciones de concentración empresarial.

Para analizar este fenómeno, en primer lugar, repasaremos el actual sistema de control de concentraciones (§1) e identificaremos los motivos que justifican su reforma (§2), así como las consideraciones realizadas por el Libro Blanco en torno a esta modificación de la LDC vigente (§3). A continuación describiremos la propuesta del Proyecto de LDC (§4) y apuntaremos las ventajas e inconvenientes que identificamos en la solución propuesta (§5). Concluiremos con algunas consideraciones y sugerencias de mejora del sistema previsto en el Proyecto de LDC que, eventualmente, pueden contribuir a la mejora de la futura Ley de Defensa de la Competencia (§6).

---

<sup>9</sup> “The EU’s single market rules, and the EC Merger Regulation (Article 21), clearly forbid unjustified measures taken by national governments to prevent the realisation of cross-border mergers of a European dimension. The Commission, as guardian of the Treaty, and as the body entrusted with the enforcement of the Merger Regulation is determined to ensure that these rules are abided by. [...] The Commission will not hesitate to continue enforcing the legal instruments at its disposal should a Member State unjustifiably oppose free movement of capital or mergers of a Community dimension between companies based in different Member States. [...] The enforcement of these provisions will remain one of our major priorities, to ensure that corporate restructuring in Europe can take place without undue interference and, by enhancing competitiveness, can play an important part in delivering economic growth and jobs in Europe.” Discurso de la Comisaria de competencia “Challenges to the integration of the European market: protectionism and effective competition policy”, Institute of Electrical Engineers, Londres, 12 de junio de 2006. SPEECH/06/369. Disponible en <http://europa.eu/rapid/searchAction.do> (visitada el 06.09.2006).

## 2. La intervención del Gobierno en la vigente Ley de Defensa de la Competencia

El vigente régimen de control de concentraciones se contiene en los artículos 14 a 18 de la LDC, que han sido objeto de desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la LDC en lo referente al control de concentraciones económicas. Conforme a esta normativa<sup>10</sup>, las operaciones de concentración deben notificarse al Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante “SDC”), que instruirá el correspondiente expediente administrativo y elevará informe al Ministro de Economía en el plazo de un mes.

A propuesta del SDC, el Ministro de Economía remitirá al Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, “TDC”) los expedientes de aquellas operaciones de concentración que puedan obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado; iniciando, así, una segunda fase de investigación de la operación notificada. En caso que el Ministro de Economía no adopte una decisión expresa de remisión del expediente al TDC o de autorización de la operación, ésta se considerará autorizada tácitamente por silencio administrativo positivo.

Una vez recibido el expediente, el TDC dispone de dos meses para elaborar un informe sobre la operación, manifestando su opinión acerca de los efectos de la operación sobre la competencia (es decir, si verdaderamente puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado). El TDC remitirá su informe al Ministro de Economía para que lo eleve al Gobierno.

El Consejo de Ministros, a la vista del informe del TDC y en el plazo máximo de un mes, decidirá si la concentración debe declararse procedente, improcedente o subordinarse al cumplimiento de determinadas condiciones que aporten al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar sus efectos restrictivos de la competencia. También en este caso, el silencio administrativo será positivo y la operación se entenderá autorizada si el Consejo de Ministros no adopta una decisión expresa en el plazo de un mes de que dispone para hacerlo.

Por tanto, la vigente LDC y su normativa de desarrollo prevén un sistema de control de concentraciones en dos fases y concreta la intervención del Gobierno en dos momentos. Inicialmente, al término de la primera fase, el Ministro de Economía –basándose en el informe del SDC- debe apreciar la posibilidad de que las operaciones de concentración obstaculicen la competencia. Posteriormente, el Consejo de Ministros –basándose en el informe del TDC- debe adoptar la decisión definitiva de autorización, prohibición o subordinación a compromisos de las operaciones notificadas. Como ha expresado el Tribunal Supremo, *“el Consejo de Ministros no interviene sino por la iniciativa de otro órgano administrativo que actúa a modo de primer filtro”* (STS de 2 de abril de 2002, FJ 4º).

De este modo, los órganos políticos deben adoptar las decisiones relevantes para la autorización, sujeción al cumplimiento de condiciones o prohibición de las operaciones de concentración económica que se engloban en el ámbito de aplicación de la LDC<sup>11</sup>. Por tanto, pese a ser un procedimiento de control de concentraciones que descansa (formal y) materialmente en el análisis y propuestas de órganos especializados como son el SDC y el TDC; en definitiva, el sistema español de control de concentraciones

<sup>10</sup> El Anexo I detalla esquemáticamente el procedimiento vigente de control de concentraciones, así como el propuesto por el Proyecto de LDC.

<sup>11</sup> Cabe recordar que el Art. 14 LDC establece el ámbito de aplicación del sistema de control de concentraciones.