

CEU

*Instituto Universitario
de Estudios Europeos*

Universidad San Pablo

Documento de Trabajo

Serie Política de la Competencia

Número 21 / 2006

La reforma del sistema español de defensa
de la competencia

**La intervención del Gobierno
en el control de concentraciones
económicas**

Albert Sánchez Graells

CEU Ediciones

Documento de Trabajo
Serie Política de la Competencia
Número 21 / 2006

La reforma del sistema español de defensa
de la competencia

**La intervención del Gobierno
en el control de concentraciones
económicas**

Albert Sánchez Graells
Econlaw Strategic Consulting¹
Noviembre 2006

El Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo, Centro Europeo de Excelencia Jean Monnet, es un Centro de investigación especializado en temas europeos cuyo objetivo es contribuir a un mayor conocimiento y divulgación de los temas relacionados con la Unión Europea.

Los Documentos de Trabajo dan a conocer los proyectos de investigación originales realizados por los investigadores asociados del Instituto Universitario en los ámbitos histórico-cultural, jurídico-político y socio-económico de la Unión Europea.

El Centro de Política de la Competencia del Instituto Universitario de Estudios Europeos publica en su colección de Documentos de Trabajo estudios y análisis sobre competencia y regulación de los mercados con el fin de impulsar el debate público. Las opiniones y juicios de los autores no son necesariamente compartidos por el Centro.

Serie de Documentos de Trabajo de Política de la Competencia del Instituto Universitario de Estudios Europeos

La reforma del sistema español de defensa de la competencia
La intervención del Gobierno en el control de concentraciones económicas

No está permitida la reproducción total o parcial de este trabajo, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del copyright.

Derechos reservados © 2006, por Albert Sánchez Graells
Derechos reservados © 2006, por Fundación Universitaria San Pablo-CEU

CEU Ediciones
Julián Romea, 18 - 28003 Madrid
<http://www.ceu.es>

Instituto Universitario de Estudios Europeos
Avda. del Valle, 21 - 28003 Madrid
<http://www.ideo.ceu.es>

ISBN: 84-86117-69-0
Depósito legal: M-46510-2006

Compuesto e impreso en el Servicio de Publicaciones de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU

Sumario

1. Introducción	5
2. La intervención del Gobierno en la vigente Ley de Defensa de la Competencia	7
2.1. La intervención del Ministro de Economía (en primera fase)	8
2.2. La intervención del Consejo de Ministros (en segunda fase)	9
3. La necesidad de reforma del sistema de intervención del Gobierno en el sistema español de control de concentraciones	13
3.1. Razones derivadas del control jurisdiccional de las decisiones del Consejo de Ministros: la necesidad de motivación y la (cada vez mayor) dificultad para separarse del Informe del TDC	13
3.2. Razones derivadas de las libertades comunitarias y de la nueva oleada de concentraciones transfronterizas	16
3.3. Razones derivadas de la creciente cultura de competencia y de las recomendaciones de organismos internacionales	17
4. Las consideraciones del Libro Blanco sobre la intervención del Gobierno en el procedimiento de control de concentraciones: la prevalencia de la intervención del Consejo de Ministros	18
5. La intervención del Gobierno en el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia	21
6. Ventajas y desventajas del sistema propuesto	22
7. Conclusiones: una mejora insuficiente del sistema español de control de operaciones de concentración empresarial	24
8. Anexo I: Procedimiento de control de concentraciones en la vigente Ley de Defensa de la Competencia y en el Proyecto de Reforma	26
9. Anexo II: Análisis de los riesgos de error derivados de la intervención del Consejo de Ministros en la vigente Ley de Defensa de la Competencia y en el Proyecto de Reforma	27
10. Anexo III: Comentarios al Libro Blanco en relación con el sistema de intervención del Gobierno en el procedimiento de control de concentraciones	28
11. Anexo IV: Comentarios al Anteproyecto de Ley de Reforma en relación con el sistema de intervención del Gobierno en el procedimiento de control de concentraciones	30
12. Referencias	31

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 1/2003² 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 139/2004³ de control de concentraciones⁴. 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*⁵ (en adelante, “Libro Blanco”), y ha tenido continuidad con la publicación del Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia en marzo de 2006⁶ (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 2006⁷ (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.⁸

¹ Albert Sánchez Graells (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.

² 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.

³ 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.

⁴ 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.

⁵ Disponible en http://www.dgdc.meh.es/LibroBlanco/Libro_Blanco%20Reforma_Def_Competencia.pdf (visitada el 06.09.2006).

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

⁷ 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).

⁸ 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 capitales⁹. 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).

⁹ “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 normativa¹⁰, 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 LDC¹¹. 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

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

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

pivota sobre un mecanismo de adopción de decisiones administrativas por parte del Gobierno.

Así, queda a la discrecionalidad administrativa – ciertamente tasada o constreñida por los informes de órganos especializados en materia de competencia, como se ha encargado de recordar el Tribunal Supremo (vid *infra* §2.1)- la aprobación de las operaciones de concentración en primera fase por el Ministro de Economía o su sometimiento a una segunda fase de investigación, a cuyo término será el Consejo de Ministros el que adopte una decisión autorizando la operación (*rectius*, no oponiéndose a la misma), subordinándola al cumplimiento de determinadas condiciones “compensatorias” de sus efectos restrictivos de la competencia, o prohibiendo su ejecución (e, incluso, ordenando las medidas adecuadas para el establecimiento de una competencia efectiva – incluyendo la desinversión- en caso que la operación hubiera sido indebidamente ejecutada).

Tabla 1: Evolución del sistema español de control de concentraciones 1990 – 2006

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998
Notificaciones	8	11	17	15	13	20	23	19	31
No remisión al TDC	5	11	10	12	10	14	20	9	19
Remisión al TDC	3	0	7	3	2	5	2	7	7
Acuerdo del CdM	3	0	7	3	2	5	1	7	6
Archivo	0	0	0	0	1	1	1	3	5

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005 (*)	2006 (**)
Notificaciones	51	93	76	100	79	94	115	64
No remisión al TDC	34	81	65	83	72	86	103	58
Remisión al TDC	14	11	7	9	5	5	6	4
Acuerdo del CdM	14	11	7	9	4	5	6	2 (**)
Archivo	2	1	3	7	1	3	6	2

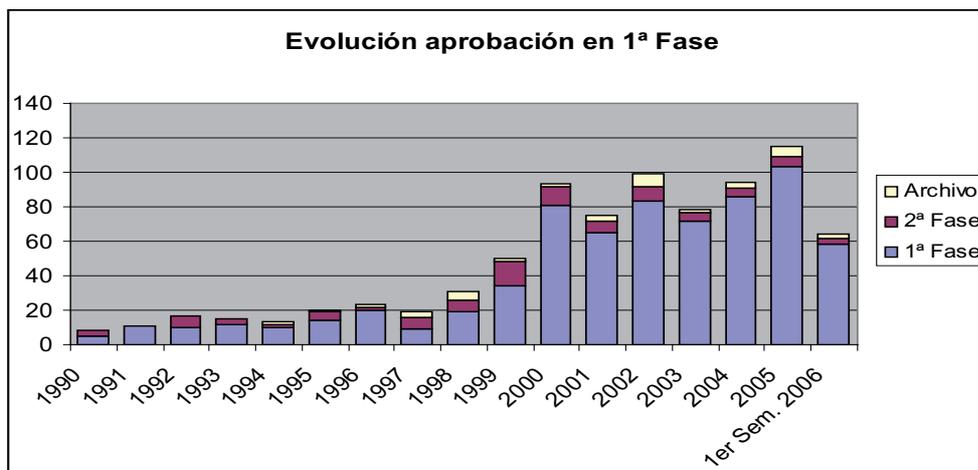
Fuente: Servicio de Defensa de la Competencia, *Informe Anual 2005*, pág. 12. Disponible en http://www.dgdc.meh.es/memoria/sdc/MEMORIA_SDC_2005.pdf (visitada el 06.09.2006). (*) Primer semestre de 2006, de elaboración propia con la información publicada en http://www.dgdc.meh.es/control_concentra.html (visitada el 06.09.2006). (**) Decisión pendiente en los expedientes *ABACOCINE / CINEBOX* y *UNIVERSAL MUSIC / VALE MUSIC*.

2.1. La intervención del Ministro de Economía (en primera fase)

Como hemos apuntado, el vigente sistema español de control de operaciones de concentración económica prevé que el Ministro de Economía adopte la decisión (tácita o expresa) de aprobación de una concentración en primera fase o de apertura de una segunda fase de investigación sobre dicha operación. En este sentido, se atribuye al Ministro de Economía la potestad de decidir si una determinada operación de concentración puede obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado. Para ello, debe basarse en el informe elaborado por el SDC (y, en principio, sólo debería abrir una segunda fase de investigación a propuesta del SDC – ex Art. 15bis.1 LDC¹²).

¹² La LDC no deja claro el ámbito de discrecionalidad del Ministro de Economía en la adopción de esta decisión, sin que, hasta el momento, haya habido pronunciamientos jurisprudenciales al respecto.

Gráfico 1: Evolución decisiones de autorización en primera fase



Fuente: elaboración propia. El gráfico muestra cómo, en los años de aplicación del sistema de notificación obligatoria (a partir de abril de 1999), el envío de operaciones de concentración a 2ª Fase ha sido generalmente inferior al 10% de las notificaciones.

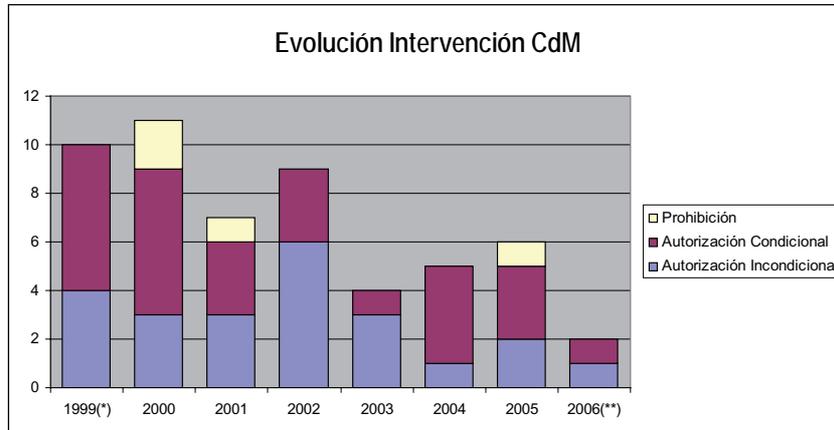
A lo largo de la vigencia de la LDC, la decisión del Ministro de Economía ha sido mayoritariamente de aprobación en primera fase de las operaciones notificadas. De hecho, en los últimos años, menos del 10% de las operaciones notificadas al SDC han sido objeto de una segunda fase de investigación por parte del TDC. De este modo, la mayor parte de las operaciones de control de concentraciones notificadas a las autoridades españolas de defensa de la competencia han sido valoradas exclusivamente por el SDC y en el plazo máximo de un mes; lo que supone un mecanismo bastante ágil para las empresas notificantes.

2.2. La intervención del Consejo de Ministros (en segunda fase)

Por su parte, una vez abierta la segunda fase de investigación a decisión del Ministro de Economía, la facultad de resolver sobre la autorización, sometimiento a condiciones o prohibición de una determinada operación de concentración reside en el Consejo de Ministros. Para adoptar esta decisión, el Consejo de Ministros cuenta con el informe elaborado por el TDC, que debe analizar el riesgo de obstaculización competitiva de la operación notificada conforme a una serie de parámetros establecidos legalmente – entre los que se incluyen las eficiencias derivadas de la propia operación de concentración-. A la vista del informe del TDC, el Consejo de Ministros podrá oponerse o no a la operación notificada, o someterla a condiciones que aporten al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar sus efectos restrictivos de la competencia¹³.

¹³ Dado que la generación de eficiencias económicas ya ha sido analizada por el TDC en la elaboración de su informe, cabe pensar que las condiciones impuestas por el Consejo de Ministros, cuando no coincidan con las propuestas por el TDC, deben orientarse a la generación de mayores eficiencias económicas –si es que ello es posible- o a garantizar una mayor participación de los consumidores en las eficiencias ya generadas por la propia concentración. Cabría plantear la posibilidad de que la compensación no se produzca en términos de eficiencia económica (dada la amplitud de la expresión progreso económico y social) pero resulta extraña a un procedimiento de control de concentraciones (al igual que la consideración de otros criterios de interés general, como propone el Proyecto de LDC, sobre el que volveremos *infra* en §4).

Gráfico 2: Evolución decisiones de autorización en segunda fase



Fuente: elaboración propia. (*) Sólo operaciones notificadas desde el 14/07/1999.
 (**) Primer semestre de 2006 sin incluir las decisiones pendientes en los expedientes *ABACOCINE / CINEBOX* y *UNIVERSAL MUSIC / VALE MUSIC*.

En el periodo de vigencia del sistema de control de concentraciones de notificación obligatoria¹⁴, las decisiones del Consejo de Ministros han sido de no oposición a la concentración en un 43% de los casos y de prohibición en un 7% de las ocasiones. La aprobación del restante 50% de las operaciones remitidas a segunda fase ha sido sometida a condiciones.

En aproximadamente un 15% de los casos, el Consejo de Ministros se ha separado del informe del TDC. Prácticamente en la mitad estas ocasiones¹⁵ ha decidido subordinar a condiciones operaciones que el TDC había recomendado declarar improcedentes, adoptando una decisión más permisiva y generando potenciales efectos restrictivos de la competencia que deberían ser compensados por el juego de las condiciones impuestas. Por contra, en la otra mitad de las ocasiones¹⁶, el Consejo de Ministros ha decidido imponer condiciones en operaciones que el TDC había considerado oportuno aprobar incondicionalmente. En estos casos, la intervención del Consejo de Ministros ha podido caer en una confusión entre control de concentraciones y regulación de los mercados en que las empresas afectadas por la operación desarrollan su actividad principal¹⁷.

Cuestión distinta es el número de ocasiones en que el Consejo de Ministros ha impuesto condiciones distintas a las propuestas por el TDC. De las 19 ocasiones en que el Consejo de Ministros ha seguido la opinión del TDC y ha sometido la correspondiente operación de concentración al cumplimiento de determinadas condiciones, en casi dos terceras partes de las ocasiones ha impuesto condiciones distintas

¹⁴ Pueden encontrarse estadísticas relativas al periodo anterior en DE GUINDOS JURADO, Luis. "El control de concentraciones en España: evolución reciente y perspectivas de futuro", en *Anuario de la Competencia 2001*. Madrid, Marcial Pons, 2002. Págs. 15 – 24. Sin embargo, los datos aportados para 1999 – 2001 no coinciden con los contenidos en la página web del Servicio de Defensa de la Competencia –en los que nos hemos basado–.

¹⁵ Este ha sido el caso de los expedientes de concentración: *Midesta / Logista, Heineken / Cruzcampo, Solvay Ibérica / EVCI, Mahon / San Miguel* y, muy recientemente, *Gas Natural / Endesa*.

¹⁶ Esta ha sido la situación en los expedientes de concentración: *Logista / Burgal, Iberenova / Gamesa y Shell España / Cepsa*.

¹⁷ En este sentido, véase ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. "Regular y autorizar deberían ser cosas distintas, especialmente en el control de fusiones", en *Expansión*, 19.12.2005.

de las propuestas por la autoridad de competencia¹⁸. De estas 12 ocasiones, prácticamente en la mitad ha impuesto condiciones más estrictas¹⁹ y en la otra mitad, el Consejo de Ministros ha sido más permisivo que la propuesta del TDC²⁰.

Por tanto, de forma global, podemos considerar que el Consejo de Ministros se ha separado de la recomendación del TDC en prácticamente el 40% de las ocasiones (sea por adoptar decisiones distintas de las propuestas, sea por imponer condiciones distintas de las recomendadas por el TDC). En estos casos, la intervención del Consejo de Ministros ha sido ligeramente más permisiva que las propuestas del TDC (en doce de las veinte ocasiones en que se ha desviado de la propuesta del TDC ha suavizado el contenido de la decisión final sobre la operación de concentración), aunque no hayan faltado casos significativos de endurecimiento de las condiciones propuestas por la autoridad de defensa de la competencia.

Tabla 2: Decisiones del Consejo de Ministros en relación con las propuestas del TDC 1999^(*) – 2006^()**

Decisiones del Consejo de Ministros	
Prohibir operaciones que el TDC había recomendado someter a condiciones	0
Subordinar a condiciones operaciones que el TDC había recomendado autorizar	3
Endurecer las condiciones propuestas por el TDC	5
Adoptar la misma decisión propuesta por el TDC	34
Suavizar las condiciones propuestas por el TDC	7
Subordinar a condiciones operaciones que el TDC había recomendado prohibir	5
Autorizar operaciones que el TDC había recomendado prohibir	0

Fuente: elaboración propia. ^(*) Sólo operaciones notificadas desde el 14/07/1999. ^(**) Primer semestre de 2006 sin incluir las decisiones pendientes en los expedientes *ABACOCINE / CINEBOX* y *UNIVERSAL MUSIC / VALE MUSIC*.

A la vista de los anteriores datos, debemos tener en cuenta que el Consejo de Ministros, pese a haberse separado del dictamen del TDC en un número significativo de expedientes, no ha adoptado nunca decisiones radicalmente distintas de las propuestas por el órgano de competencia, en el sentido de que nunca ha autorizado una operación que se hubiera propuesto autorizar sin condiciones, ni viceversa.

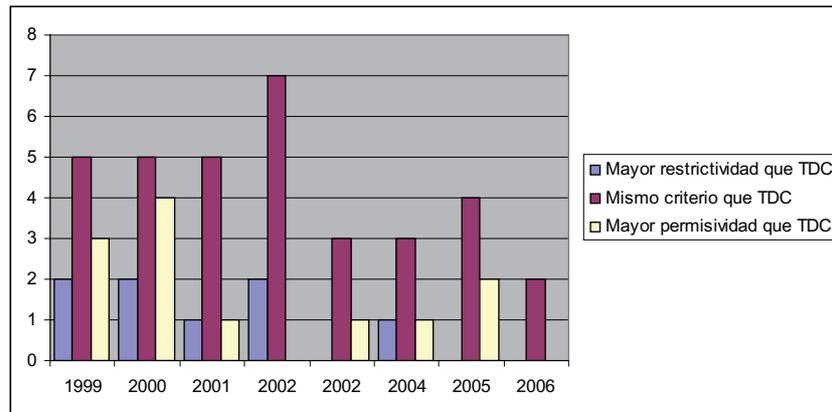
Por tanto, la introducción de un derecho de veto en el sistema de control de concentraciones podría resultar innecesaria por la escasa perspectiva de utilización. Si en los años de vigencia del sistema de control de concentraciones obligatorio no se ha hecho uso de una facultad similar, no parece que vayan a cambiar las circunstancias en el futuro de tal manera que dicho instrumento sea imprescindible para el Gobierno.

¹⁸ El Consejo de Ministros no ha impuesto condiciones distintas a las propuestas por el TDC en los casos: *Antena3TV / Movierecord Cine, Pfo Coronado / Cemetrio, Caprabo / Enaco, Intur / Euro Stewart, Disa / Shell Peninsular / Shell Atlántica, Igualmequisa / Adeslas / IMQ Seguros / Iquimesa Seguros* y, muy recientemente, *Cofares / Hefame*.

¹⁹ Así, el Consejo de Ministros ha endurecido las condiciones propuestas por el TDC en los casos *BBV / Argentaria, Inter Malta / Maltamancha, Prosegur / Blindados del Norte, Endesa / Iberdrola y Sogecable / Vía Digital*.

²⁰ El Consejo de Ministros ha reducido las exigencias propuestas por el TDC en los siguientes casos: *Alianza Bus / Enatcar, Carrefour / Promodés, BBVA / Telefónica / Móvilpago, Nutreco / Agrovic, Abertis Telecom / Retevisión I, Balearia / Umafisa* y, recientemente, *Unión Radio / Antena3 Radio*.

Gráfico 3: Evolución decisiones del Consejo de Ministros en relación con las propuestas del TDC 1999^(*) – 2006^()**



Fuente: elaboración propia. ^(*) Sólo operaciones notificadas desde el 14/07/1999.

^(**) Primer semestre de 2006 sin incluir las decisiones pendientes en los expedientes *ABACOCINE / CINEBOX* y *UNIVERSAL MUSIC / VALE MUSIC*.

Por otra parte, podemos concluir que el Consejo de Ministros ya ha estado *de facto* adoptando decisiones basadas en criterios distintos de la defensa de la competencia al permitir la realización de operaciones de concentración que, según la opinión cualificada del TDC, eran restrictivas de la competencia en el mercado (o su realización en condiciones menos exigentes).

Por ello, la reforma propuesta por el Proyecto de LDC no viene a modificar sustancialmente el sistema que, de hecho, se viene aplicando en el control de concentraciones en España (dado que aumenta proporcionalmente las posibilidades de que el Consejo de Ministros se comporte con una mayor permisividad respecto a las decisiones de la futura CNC²¹). Sin embargo, la propuesta de reforma sí introduce modificaciones formales que pueden distorsionar su funcionamiento y su revisión jurisdiccional de forma sustancial.

²¹ En este sentido, ver infra §5 y Anexo II.

3. La necesidad de reforma del sistema de intervención del Gobierno en el sistema español de control de concentraciones

La reforma de la normativa comunitaria de control de concentraciones exigía la correspondiente reforma del sistema español de control de concentraciones que, si bien en el ámbito material ya estaba alineado con el test sustantivo adoptado por la Comisión en el Reglamento 139/2004, en el plano competencial y procesal presentaba importantes diferencias con el procedimiento comunitario.

Estas diferencias radicaban principalmente en la instrucción por parte de dos órganos separados en primera y segunda fase, así como en la capacidad de las partes para intervenir en el proceso y negociar compromisos (*remedies*) con las autoridades con el objetivo de obtener la aprobación de la operación notificada. Ambos aspectos han sido tenidos en cuenta en el Proyecto de LDC, que prevé que la futura Dirección de Investigación de la CNC sea la encargada de la instrucción del expediente de control de concentraciones tanto en primera como en segunda fase (Art. 57 y 58 Proyecto de LDC), así como la posibilidad de que las partes notificantes negocien distintos compromisos con la CNC (Art. 59 Proyecto de LDC).

Sin embargo, estas importantes reformas no agotan todos los aspectos en que se evidencia la necesidad de modernización del procedimiento español de control de concentraciones. En concreto, la intervención del Gobierno en el sistema ha sido cuestionada no sólo por la necesaria coordinación entre el sistema español y el comunitario; sino que, la crítica se ha realizado de forma más general – muy especialmente después de que el Tribunal Supremo haya dictado importantes sentencias en revisión de Decisiones del Consejo de Ministros en procedimientos de control de concentraciones-.

Debe tenerse en cuenta que la intervención del Gobierno en el procedimiento de control de concentraciones es una opción minoritaria en el entorno comparado –si bien es cierto que otros Estados miembros de la UE mantienen esta solución- y no encaja bien en las propuestas de las organizaciones internacionales. Por tanto, existen razones suficientes para eliminar o, al menos, restringir la intervención del Gobierno en el procedimiento de control de concentraciones. Y pese a ello, el legislador español amplía esta posibilidad en el Proyecto de LDC. A continuación analizamos en mayor detalle cada una de estas razones para la reforma del sistema de intervención del Gobierno en el procedimiento de control de concentraciones.

3.1. Razones derivadas del control jurisdiccional de las decisiones del Consejo de Ministros: la necesidad de motivación y la (cada vez mayor) dificultad para separarse del Informe del TDC

En aquellos casos en que el expediente de control de concentraciones ha sido sometido a una segunda fase de investigación por parte del Ministro de Economía, el Consejo de Ministros debe adoptar la decisión final sobre su autorización, prohibición o sometimiento a condiciones (vid *supra* §1). En estos casos, la LDC se limita a prever la emisión de un informe preceptivo por parte del TDC, pero no vincula al Consejo de Ministros a su contenido ni establece claramente el ámbito de discrecionalidad de que goza el Ejecutivo para separarse de la apreciación del órgano especializado sobre si un proyecto u operación de

concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado, o no.

Dada la aplicación supletoria de la norma administrativa general, debemos tener en cuenta que el Art. 54.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante “LRJPAC”) exige que se motiven “*con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho* [aquellos actos administrativos] *que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos*”. Por tanto, independientemente de la capacidad que se atribuya al Consejo de Ministros para separarse de la valoración realizada por el TDC, es claro que las decisiones que no adopten exactamente el contenido del informe preceptivo deberán estar suficientemente motivadas.

Como hemos puesto de manifiesto (*supra* §1.2), en la mayor parte de las ocasiones –cerca del 60%- el Consejo de Ministros ha seguido el criterio del dictamen emitido por el TDC. Por tanto, en estos casos, los requisitos de motivación no han sido especialmente problemáticos (y menos aún los de homogeneidad material entre el informe del TDC y la decisión del Ejecutivo).

Sin embargo, en un número significativo de operaciones –cerca del 40%- el Consejo de Ministros se ha separado de la opinión del TDC. En las ocasiones en que ha sido más permisivo que el TDC, como regla general, sus decisiones no se han visto recurridas –ni por las partes, por razones obvias, ni por terceros perjudicados-. Por contra, los casos en que el Consejo de Ministros ha endurecido las condiciones propuestas por el TDC o ha adoptado decisiones de prohibición han dado lugar a una clara jurisprudencia del Tribunal Supremo que viene a restringir la capacidad de actuación del Consejo de Ministros en materia de control de concentraciones²².

Son especialmente relevantes las sentencias recaídas en torno a las operaciones de concentración *Prosegur / Blindados del Norte* (STS de 2 de abril de 2002, RJ 2002\9844) y *Canal Satélite Digital / Vía Digital* (STS de 29 noviembre 2005, RJ 2006\107)²³.

En la sentencia *Prosegur / Blindados del Norte*, el Tribunal Supremo estableció la importancia de la norma de motivación del Art. 54 LRJPAC en el ámbito del control de concentraciones al considerar que:

“La regla general de que han de ser motivados los actos administrativos que se separen del dictamen de órganos consultivos [...] reviste una especial importancia en materia de concentraciones de empresas, dada la singular función que el legislador ha atribuido, en primer lugar al Servicio de Defensa de la Competencia y, más tarde y sobre todo, al Tribunal de Defensa de la Competencia en cuanto organismo administrativo específicamente habilitado para calibrar los efectos nocivos de operaciones de esta naturaleza. Si el Consejo de Ministros, a la vista del dictamen emitido por

²² En general, sobre el procedimiento de control jurisdiccional de las decisiones en materia de control de concentraciones, véase GARCÍA ALONSO, Juan Andrés. “El control jurisdiccional en materia de control de concentraciones española”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 237, 2005. Págs. 16–34.

En relación con la protección cautelar de las partes de una operación de concentración en caso de recurso de la decisión del Consejo de Ministros ante el Tribunal Supremo, véase FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ ACEBO, Alejandro. “Control jurisdiccional de las concentraciones económicas y medidas cautelares: reflexiones en torno al auto del Tribunal Supremo en el asunto <<Salcai / Utinsa>> (2001)”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 221, 2002. Págs. 76–93.

²³ Además de las citadas, cabe destacar la resolución recaída en el expediente *Salcai / Utinsa* (STS de 1 de abril de 2002, RJ 2002\9951), si bien anuló la decisión de prohibición de la concentración por aspectos puramente procesales. Igualmente, resultan interesantes las sentencias recaídas en las operaciones *SER / Antena3 Radio* (STS de 9 de junio de 2000, RJ 2001\450) y *Sociedad Azucarera de España / Sociedad Azucarera Ebro Agrícolas* (STS de 29 de marzo de 2004, RJ 2004\5011). Sin embargo, en ambas sentencias y por las circunstancias del caso, el Tribunal Supremo basa su fundamentación jurídica en razones distintas de los criterios de defensa de la competencia, por lo que consideramos que su análisis es menos relevante para nuestro estudio.

Para un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre motivación de las decisiones del Consejo de Ministros en materia de control de operaciones de concentración empresarial, véase ALLENDESALAZAR CORCHO, Rafael. “Procedimiento de control de concentraciones en España. Balance y algunas propuestas de mejora”, en BENEYTO, José María (Dir.) *Control de concentraciones empresariales. Reforma de las normativas comunitaria y española. Análisis sectorial*. Madrid, Dykinson, 2005. Pág. 73–75.

aquel órgano, quiere separarse de él, ha de explicar concretamente por qué adopta esa decisión, de modo que la motivación exigible no es sólo la general relativa al acto sino la específica relativa a la discrepancia con el órgano consultivo.

[El acuerdo] *debe necesariamente incorporar la explicación de por qué se separa del dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia en aquello en que así lo haga*" (FJ 4º, énfasis añadido)²⁴.

Pero, de modo aún más importante, en la propia sentencia *Prosegur / Blindados del Norte*, el Tribunal Supremo delimitó la discrecionalidad del Consejo de Ministros para el diseño de las condiciones a cuyo cumplimiento pretenda someter la autorización de una operación de concentración. El Tribunal Supremo determinó claramente que el único objetivo que el Consejo de Ministros debe perseguir es el que inspira la LDC:

"En la medida en que las condiciones no respondan a la finalidad que la Ley 16/1989 les asigna, o restrinjan indebidamente, más allá de lo necesario, las facultades de las empresas para decidir su política empresarial en un marco de libre competencia, dichas condiciones no serán válidas" (FJ 7º).

Adicionalmente, las decisiones del Consejo de Ministros no sólo deben restringirse a los criterios propios de la defensa de la competencia sino que deben ajustarse al principio de intervención mínima y optar siempre por la alternativa que suponga una menor restrictividad para los derechos de los administrados:

"[...] enfrentada a dos alternativas igualmente válidas y eficaces, la Administración ha de optar por la menos gravosa para los derechos de los particulares, garantizados que queden los intereses generales por una y otra. Se trata, en definitiva, de hacer realidad la norma según la cual el contenido de los actos de intervención debe ser congruente con los motivos y fines que los justifiquen y, si fueren varios los admisibles, debe elegirse el menos restrictivo de la libertad individual" (FJ 7º).

Por su parte, la sentencia *Canal Satélite Digital / Vía Digital* confirma la anterior jurisprudencia y ha concretado el ámbito al que debe restringirse la revisión jurisdiccional de las condiciones impuestas por el Consejo de Ministros:

"El Gobierno, a través de la motivación del acto, bien directamente, bien mediante la remisión a los informes emitidos por los órganos competentes, expresará cuales han sido los criterios que ha seguido para tomar su decisión, y si de ellos se deduce que ésta no ha sido arbitraria, irracional o fundada en error manifiesto, no puede esta Sala declarar su invalidez. [...] El primordial examen es, en consecuencia, determinar si las medidas son, desde un punto de vista racional y no arbitrario, adecuadas para restablecer la competencia, o al menos suficientes para minimizar los efectos perjudiciales que la concentración produce en ella, y, si la operación puede redundar en beneficio de los consumidores. Si este objetivo se logra a través de las condiciones, hay que declarar la validez del acuerdo" (FJ 4º.III, énfasis añadido).

Esta jurisprudencia del Tribunal Supremo no sólo ha venido a aclarar que el Consejo de Ministros está

²⁴ Concreta el Tribunal Supremo que, "en realidad la motivación explícita resulta obligada tan sólo respecto de las determinaciones que el Consejo de Ministros introduzca por sí mismo en contra o al margen del dictamen previo: para el resto [...] basta la motivación por referencia y podría el Consejo de Ministros remitirse, sin más, al dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia que -siendo público desde la adopción del acuerdo, según ahora dispone el artículo 16 de la Ley 16/1989- explica ya con toda clase de razones por qué procede, y bajo qué términos, la concentración notificada" (FJ 4º).

vinculado por el dictamen del TDC en la medida en que no exista una justificación suficiente para apartarse del mismo; sino que ha restringido la discrecionalidad del Consejo de Ministros a la adopción de decisiones justificadas por el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados afectados por las operaciones de concentración, y no por cualesquiera otros criterios.

En este escenario, es claro que la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia en materia de control de concentraciones debería integrar la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a la especial necesidad de motivación de las decisiones de control de concentraciones y a la imposibilidad de adoptar decisiones conforme a criterios distintos del mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado.

Sin embargo, desde sectores más intervencionistas, se ha valorado la concreción del ámbito de discrecionalidad del Ejecutivo como una insuficiencia del sistema –que actualmente no permite la adopción de decisiones basadas en criterios de interés general ajenos a la defensa de la competencia- y, por tanto, se ha identificado una necesidad de reforma de la LDC de sentido opuesto. Así, tanto el Libro Blanco como el Anteproyecto y el Proyecto de LDC abogan por el establecimiento de un sistema de intervención del Consejo de Ministros por razones de interés general distintas de la defensa de la competencia (sobre el que volveremos más adelante, §4).

En cualquier caso, es claro que el desarrollo jurisprudencial de la LDC por parte del Tribunal Supremo constituye una de las principales razones detrás de la reforma del sistema español de control de concentraciones.

3.2. Razones derivadas de las libertades comunitarias y de la nueva oleada de concentraciones transfronterizas

En los últimos años, las autoridades comunitarias han tenido que intervenir en una serie de casos en que los Estados miembros han vetado operaciones de concentración empresarial (directa o indirectamente, a través del procedimiento de control de concentraciones) por razones de interés general, en vulneración de las libertades consagradas en el Tratado de la Comunidad Europea –principalmente, la libre circulación de capitales²⁵. Sin entrar en los detalles de estas resoluciones y de la jurisprudencia aplicable, es importante destacar que la construcción del mercado interior y la garantía de las libertades comunitarias impiden –con carácter general- que los Estados miembros adopten medidas proteccionistas basándose en criterios de interés general²⁶.

El control de distintos sectores regulados (especialmente los recientemente privatizados) por parte del Estado ha sido claramente rechazada por la jurisprudencia comunitaria –especialmente en materia de acción de oro (*golden share*)²⁷-. Por tanto, no cabe asumir que la intervención del Estado en estos

²⁵ Algunos ejemplos recientes de este proteccionismo pueden encontrarse en los procedimientos de infracción del Art. 226 Tratado CE abiertos contra Polonia (Unicredit/HBV, IP/06/277) o España (modificación de las competencias de la Comisión Nacional de la Energía en relación con el caso E.On/Endesa, IP/06/569).

²⁶ Salvo que cumplan con los requisitos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha determinado que: “La libre circulación de capitales, como principio fundamental del Tratado, sólo puede limitarse mediante una normativa nacional si ésta se halla justificada por razones contempladas en el artículo [58 CE, apartado 1] o por razones imperiosas de interés general que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de acogida. Además, para que pueda justificarse de esta manera, la normativa nacional en cuestión debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no ir más allá de lo necesario para alcanzarlo, a fin de respetar el criterio de proporcionalidad”, ¶45 SSTJCE en los asuntos *Comisión/Francia* (C-483/99 Rec. p. I-4781), y *Comisión/Bélgica* (C503/99, Rec. p. I-4809), en materia de acción de oro o “golden share”.

²⁷ Sentencias de 4 de junio de 2002, *Comisión/Portugal* (C-367/98, Rec. p. I-4731); *Comisión/Francia* (C-483/99 Rec. p. I-4781), y *Comisión/Bélgica* (C-503/99, Rec. p. I-4809), así como las sentencias de 13 de mayo de 2003, *Comisión/España* (C-463/00, Rec. p. I-4581), y *Comisión/Reino Unido* (C-98/01, Rec. p. I-4641). En la actualidad están pendientes ante el Tribunal de Justicia otros dos procedimientos por incumplimiento incoados contra los Países Bajos por las acciones especiales que posee el Estado en la sociedad KPN N.V. (asunto C-282/04) y TPG N.V. (asunto C-283/04).

sectores a través de otros medios –i.e. control de control de concentraciones- vaya a superar el análisis de indispensabilidad, adecuación y proporcionalidad a que la van a someter las autoridades comunitarias. Por otra parte, si existe una justificación suficiente para la especial regulación de un sector de la economía, no es el procedimiento de control de concentraciones el instrumento adecuado para la instrumentación de una determinada política (energética, económica, industrial, etc), sino que el Estado en cuestión deberá acometer su ordenación a través de legislación y regulación de carácter general.

Por tanto, al menos en relación con las concentraciones transfronterizas intracomunitarias, es necesario establecer y mantener un sistema de control de concentraciones que se base exclusivamente en criterios propios de la defensa de la competencia y que elimine la posibilidad de adoptar decisiones conforme a otros criterios de interés general que, a la postre, probablemente resultarán conculcatorios de las libertades fundamentales establecidas en el Tratado CE. Y si este enfoque – i.e. minimizar la intervención en el procedimiento de control de concentraciones y regular los sectores “estratégicos” tanto como sea necesario para proteger adecuadamente el interés general, sin caer en un exceso regulatorio- es el adecuado para las operaciones de concentración intracomunitarias, no se aprecian razones por las que no lo vaya a ser también para las extracomunitarias.

En todo caso, parece que la voluntad política del Gobierno es contraria a estas exigencias del desarrollo del Derecho comunitario, dado que el Proyecto de LDC apuesta por establecer un cauce de intervención del Gobierno en los procedimientos de control de concentraciones por razones distintas de la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores –llamadas de interés general, pero tras las que subyacen otro tipo de intereses políticos-.

3.3. Razones derivadas de la creciente cultura de competencia y de las recomendaciones de organismos internacionales

Finalmente, existen diversas razones derivadas del cada vez mayor desarrollo de la cultura de competencia y de la madurez del sistema español de control de concentraciones que apuntan a la necesidad de reformar el sistema de intervención política en el procedimiento de control de estas operaciones. En primer lugar, debemos tener en cuenta que la experiencia acumulada por las autoridades españolas de defensa de la competencia –así como el acervo de precedentes nacionales y comunitarios- son suficientes para dotar a esta regulación de la independencia funcional que le es propia en otros ordenamientos jurídicos.

Por otra parte, en los últimos años ha sido creciente la demanda de la doctrina por la eliminación de la intervención política en el sistema de control de concentraciones²⁸ o, al menos, por su modificación en aras de una mayor independencia de las autoridades de competencia²⁹. De hecho, el propio Libro Blanco se hacía eco de que las principales críticas al vigente sistema español de control de concentraciones se

²⁸ Véase MARCOS, Francisco y Juan SANTALÓ. “Control del Gobierno sobre concentraciones”, en *Expansión*, 08.04.2005, pág. 62: “debe suprimirse la interferencia del Consejo de Ministros sobre los procesos de control de concentraciones en la futura reforma del sistema de defensa de la competencia español”.

²⁹ “El sistema actual de control de concentraciones deja en manos del Gobierno la última decisión en todas y cada una de las concentraciones notificadas. El sistema pone en cuestión nuevamente la independencia de nuestro sistema institucional de defensa de la competencia y debe ser modificado en el sentido de conceder la última palabra al órgano encargado de la competencia, con independencia de dejar algún resquicio para que una concentración no aprobada pueda ser autorizada por el Gobierno por razones de interés público nacional”. BERENGUER FUSTER, Luis. *Sistema de defensa de la competencia*. Documento de trabajo 54/2004. Madrid, Fundación Alternativas, 2004. Pág. 26.

En este mismo sentido, se ha realizado una crítica más dura al actual sistema de intervención del Gobierno en el sistema de control de concentraciones. Véase JIMÉNEZ DE LAIGLESIA, José María. *Propuesta de reforma del sistema de control de concentraciones de empresas*. Documento de trabajo 56/2004. Madrid, Fundación Alternativas, 2004. Págs. 24. El autor proponía que “la decisión de examinar en profundidad una operación de concentración y el resultado final de un caso residan en la autoridad de competencia” (pág. 25), recomendando la adopción de reformas encaminadas a que “la decisión de examinar en profundidad una operación de concentración y la decisión final sobre el caso [residan] en la autoridad de competencia, proceso que debe ser llevado a cabo por un único órgano administrativo” (pág. 48). Sin embargo, el autor también abogaba por la importación del sistema alemán de intervención política, sobre el que volveremos más adelante (vid. infra § 4).

concretaban en la intervención del Gobierno³⁰.

En esta misma línea, las recomendaciones de las principales organizaciones internacionales en materia de competencia abogan por la independencia de las autoridades de competencia en la aplicación del régimen de control de concentraciones. De forma clara, el grupo de trabajo en materia de control de concentraciones de la *International Competition Network* ha considerado que “*las autoridades de competencia deben tener suficiente independencia para garantizar la aplicación objetiva y el cumplimiento de la legislación sobre examen de concentraciones*”. Más concretamente, en sus comentarios a la anterior recomendación, el grupo de trabajo ha considerado que “*las autoridades de competencia deben [...] tratar de evitar que se generen percepciones de que actúan por motivos distintos a los establecidos en la legislación sobre control de concentraciones*”³¹. Por tanto, la independencia de la autoridad de competencia y la fundamentación de sus decisiones en materia de control de concentraciones exclusivamente en criterios de defensa de la competencia son el eje central de las recomendaciones internacionales.

Aparentemente, el incremento o refuerzo de la independencia de la futura CNC en la adopción de decisiones de control de concentraciones es uno de los pilares del Proyecto de LDC. Sin embargo, veremos cómo esta mayor independencia no queda garantizada por la propuesta de reforma que, de hecho, restringe la independencia de la CNC al permitir la adopción de decisiones por parte del Gobierno sobre la base de criterios ajenos a la defensa de la competencia.

4. Las consideraciones del Libro Blanco sobre la intervención del Gobierno en el procedimiento de control de concentraciones: la prevalencia de la intervención del Consejo de Ministros

Haciéndose eco de las razones indicadas en la sección anterior, el Libro Blanco reconocía las críticas relativas a la falta de independencia del sistema de control de concentraciones vigente:

“Desde la perspectiva sustantiva, el sistema español ha sido en ocasiones tildado de carente de independencia debido a la intervención del Ministro de Economía en la decisión de primera fase —envío del expediente al TDC— y a la decisión final por parte del Consejo de Ministros” (Pág. 70).

No obstante, el enfoque del Libro Blanco pretendía minimizar la importancia de estas críticas por considerar que

“en la práctica, el Consejo de Ministros sigue el dictamen del TDC en la inmensa mayoría de operaciones y, en los casos de divergencia, los cambios suelen referirse a la concreción de las condiciones a imponer para facilitar su ejecución y vigilancia” (Pág. 70).

³⁰ Véase *Libro Blanco*, Op. Cit. Pág. 70, e *infra* §3.

³¹ INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, Mergers Working Group. *Prácticas Recomendables para Procedimientos de Notificación de Concentraciones*. Disponible en la página web de la ICN: http://www.internationalcompetitionnetwork.org/rp_practicas_recomendables.pdf (visitada el 06.09.2006). Recomendación XII.C, Pág. 42.

Sin embargo, esta apreciación nos parece excesiva. Ya hemos puesto de manifiesto que, prácticamente en el 40% de los casos, el Consejo de Ministros se ha desviado de la recomendación del TDC. Y, en muchos de esos casos, la modificación de las condiciones impuestas a las partes afectadas por la operación de concentración no se limitaban a una concreción de las condiciones que facilitase su ejecución y vigilancia (¡por parte de las propias autoridades de competencia que las habían propuesto!), sino que alteraban significativamente el contenido material de la decisión de autorización condicionada de la operación.

Adicionalmente, el Libro Blanco apuntaba a la existencia de un doble límite de la discrecionalidad del Consejo de Ministros en la adopción de decisiones en procedimientos de concentración económica. Este doble límite restringiría el alcance de las críticas relativas a la falta de independencia de las autoridades de competencia en esta materia. Así, el Libro Blanco consideraba que:

*“En todo caso, la capacidad de decisión del Consejo de Ministros se encuentra limitada por dos elementos importantes: –Por una parte, por [...] los criterios que deben guiar la decisión, en particular, en lo relativo a la imposición de condiciones, que **deben basarse en criterios de competencia o en la aportación al progreso económico y social de la concentración, concepto asimilable a la consideración de las eficiencias derivadas de la misma.** – Por otra, por la necesidad de motivar cualquier divergencia con respecto al informe-dictamen del TDC dispuesta en la normativa de procedimiento administrativo y reforzada por el Tribunal Supremo en su sentencia Prosegur-Blindados del Norte” (Pág. 70, énfasis añadido).*

En el Proyecto de LDC, ambas limitaciones desaparecen, dado que la intervención del Gobierno debe basarse exclusivamente en razones de interés general distintas de la defensa de la competencia [Art. 60.3.b)]³². Así, se eliminan ambos límites a la intervención del Consejo de Ministros y, en realidad, la propuesta del Proyecto de LDC no sólo no supera la falta de independencia apuntada por el Libro Blanco, sino que agrava la situación preexistente al ampliar sustancialmente el ámbito de discrecionalidad del Gobierno en su intervención (véase *infra* §5).

Esta modificación legislativa va en línea con la propuesta del propio Libro Blanco, que apuntaba a la necesidad de reforzar la independencia en la toma de decisiones para superar las carencias del sistema actual de intervención del Consejo de Ministros en los procedimientos de control de operaciones de concentración empresarial³³, a la vez que abogaba por el establecimiento de un derecho de veto del Gobierno por razones ajenas a la defensa de la competencia. Más concretamente, el Libro Blanco proponía que:

“El refuerzo de la independencia [pasara ...] por que la decisión final sea adoptada por la propia Comisión sobre la base de criterios exclusivamente basados en competencia, considerando explícitamente las eficiencias como elemento compensador. Sin embargo, [...] parece conveniente considerar el mantenimiento de algún tipo de posibilidad de veto por parte del Consejo de

³² Sobre la posibilidad de que la Comisión Europea tenga en cuenta criterios distintos de la defensa de la competencia en la adopción de decisiones de control de concentraciones, véase McGOWAN, Lee y Michelle CINI. “Discretion and Politization in EU Competition Policy: The Case of Merger Control”, en *Governance: An International Journal of Policy and Administration*, Vol. 12, No. 2, April 1999 (pp. 175-200). Aunque los autores analizan la situación conforme al derecho comunitario vigente en 1998, sus conclusiones principales son extrapolables al ordenamiento actual (“Decisions are not just about the effects on European industrial structure and economic efficiencies, but can also end up as almost symbolic battles determining the ideological / national winners and losers of this aspect of European integration”, pág. 197).

Duso, Neven y Röller demuestran empíricamente la importancia de factores distintos de puros criterios de defensa de la competencia en la adopción de decisiones de control de concentraciones por la Comisión Europea (“Our results suggest that the Commission’s decisions are not purely explained by the motive of protecting consumer surplus. In other words, the institutional and political environment does matter”, pág. 27). DUSO, Tomaso, Damien J. NEVEN, and Lars-Hendrik RÖLLER, “The Political Economy of European Merger Control: Evidence using Stock Market Data” (April 2003). WZB Discussion Paper No. FS IV 02-34. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=467323> (visitada el 06.09.2006).

³³ Libro Blanco, Op. Cit., Pág. 72.

Ministros que, excepcionalmente y sobre la base de criterios claramente tasados basados en el interés general y, por tanto, en cuestiones ajenas a la defensa de la competencia, podría vetar o modificar la decisión de la Comisión” (Págs. 73–74).

Sin embargo, esta propuesta resulta incongruente en sí misma. De una parte, es prácticamente imposible reforzar la independencia de un órgano cuyas decisiones son susceptibles de revisión por parte de un órgano administrativo superior. Y, de otra parte, ese refuerzo de su independencia se ve aún más dificultado por el hecho que los criterios –o la base jurídica- utilizados por el órgano superior no son los mismos a que debe atenerse el órgano decisor.

Por tanto, la propuesta de refuerzo de la independencia de las autoridades españolas de defensa de la competencia es una reacción adecuada a las críticas realizadas al sistema vigente –de las que el Libro Blanco se hizo eco y que, pese a tratar de minimizarlas, debió considerar justas, toda vez que propuso el refuerzo de la independencia de las autoridades de competencia como elemento a incluir en la reforma de la LDC-. Pero la simultánea propuesta de mantenimiento de un derecho de veto del Ejecutivo sobre las decisiones de la futura CNC es, simplemente, una *contradictio in terminis*.

Así, realmente, el Libro Blanco no apostaba por un refuerzo de la independencia de las autoridades de defensa de la competencia, sino que abogaba por la ampliación de la discrecionalidad del Consejo de Ministros en su intervención en procedimientos de control de concentraciones. Al proponer que el Gobierno no se viera constreñido a adoptar sus decisiones conforme a criterios de competencia o en la aportación al progreso económico y social de la concentración, sino que pueda (*rectius*, deba) basarse exclusivamente en razones de interés general distintas de la defensa de la competencia, el Libro Blanco negaba toda efectividad a los límites a la discrecionalidad gubernamental que en el mismo se habían identificado.

Por tanto, en realidad, la propuesta del Libro Blanco –acogida en el Proyecto de LDC, como veremos en la sección siguiente- no era la de reforzar la independencia de la futura CNC en materia de control de concentraciones sino, más bien, la de mantener la prevalencia de la intervención del Consejo de Ministros en esta materia.

5. La intervención del Gobierno en el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia

Como hemos apuntado en la sección anterior (§3), el Libro Blanco³⁴ proponía la implantación en España de un sistema de intervención del Gobierno en el sistema de control de concentraciones parecido al alemán y al portugués, en que el Consejo de Ministros pudiera vetar o modificar las decisiones de la autoridad de competencia³⁵. Esta propuesta se recoge íntegramente en el Proyecto de LDC³⁶ que, en su Art. 60, prevé un mecanismo de intervención del Gobierno en que el Consejo de Ministros puede vetar o modificar las decisiones de sometimiento a condiciones o de prohibición de operaciones de concentración de la futura CNC³⁷ y ³⁸.

En efecto, el Proyecto de LDC prevé que, ante una decisión de la CNC de prohibición de una concentración o de sometimiento de su autorización a condiciones o al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes, el Ministro de Economía y Hacienda podrá elevar la decisión sobre la concentración al Consejo de Ministros. El Ministro de Economía y Hacienda podrá adoptar esta decisión por su propia iniciativa –a diferencia del sistema actual, en que el Ministro debe actuar a propuesta del SDC (vid *supra* §1.1)- siempre que aprecie la concurrencia de razones de interés general.

Pese a que el Proyecto de LDC no lo indique claramente, hay que entender que estas razones de interés general deberán ser las mismas en que el Consejo de Ministros puede basar sus decisiones – que se encuentran recogidos en el Art. 10 del Proyecto de LDC a efectos meramente ejemplificativos o de *numerus apertus*-. El Ministro de Economía y Hacienda dispondrá de 15 días para adoptar la decisión de remisión de la operación al Consejo de Ministros. En caso de silencio administrativo, la decisión de la CNC será inmediatamente ejecutiva –i.e. devendrá firme en vía administrativa-.

En caso que el Ministro de Economía y Hacienda remita la operación al Consejo de Ministros, éste dispondrá de un mes para adoptar una decisión en que confirme la decisión de la CNC o la modifique, acordando la autorización con o sin condiciones de la concentración propuesta. Antes de adoptar el acuerdo correspondiente, el Consejo de Ministros podrá solicitar informe a la CNC³⁹. En caso que el Consejo de Ministros no adopte una decisión expresa en el plazo de un mes, la decisión de la CNC será

³⁴ Ver Libro Blanco, *Op. Cit.*, Pág. 63.

³⁵ En general, sobre los cambios introducidos por el Anteproyecto de LDC en el sistema de control de concentraciones, véase BROKELMANN, Helmut. “La reforma del régimen de control de concentraciones en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 241, 2006. Págs. 89–95. Las modificaciones introducidas en el Anteproyecto de LDC se han mantenido casi en su totalidad en el Proyecto de LDC, por lo que el contenido del artículo mantiene su interés.

³⁶ El Anexo I detalla esquemáticamente el procedimiento de control de concentraciones propuesto por el Proyecto de LDC, así como el procedimiento vigente.

³⁷ Según el Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de agosto de 2006 por el que se remite a las Cortes Generales el Proyecto de LDC: “con la creación de la Comisión [Nacional de la Competencia], el Consejo de Ministros sólo tendrá la posibilidad excepcional de intervenir en determinados casos por razones de interés general previstas en la Ley y distintas de la defensa de la competencia. En particular, el Consejo de Ministros sólo podrá apartarse de la decisión de la Comisión Nacional de la Competencia en caso de que ésta haya decidido prohibir la concentración o sujetarla a condiciones o compromisos. Es decir, en operaciones autorizadas por la Comisión el Consejo de Ministros no podrá intervenir. Con ello, se privilegia la libertad de empresa y se incrementa la independencia de la autoridad española de competencia, restringiéndose la posibilidad de que el Gobierno intervenga a casos tasados. El Proyecto de Ley determina que el Consejo de Ministros sólo podrá apartarse de la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia cuando su decisión esté debidamente motivada en razones de interés general y sean distintas de las de competencia”. El texto completo del Acuerdo del Consejo de Ministros está disponible en http://www.la-moncloa.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2006/refc20060825.htm, visitada el 06.09.2006.

³⁸ Este sistema ya había sido propuesto por parte de la doctrina. Vid. JIMÉNEZ DE LAIGLESIA. *Op. Cit.* Pág. 48: “Es posible reservar al Gobierno la capacidad de aprobar una operación, a instancia de parte, solamente en los casos en los cuales la autoridad de competencia ha decidido prohibir una operación y exclusivamente conforme a criterios transparentes relacionados con el interés público y no con la competencia”. También por BERENGUER FUSTER, ya citado en la nota al pie 29.

³⁹ No se entiende bien esta previsión, toda vez que la CNC ya habrá manifestado y motivado su criterio en la resolución que el Ministro de Economía y Hacienda haya elevado al Consejo de Ministros para su consideración, por lo que no se comprende cuál sea el objetivo perseguido por esta solicitud de un informe adicional a la CNC.

inmediatamente ejecutiva.

Debe destacarse que la decisión del Consejo de Ministros deberá estar debidamente motivada en razones de interés general distintas de la defensa de la competencia, de acuerdo con lo establecido en el Art. 10 del Proyecto de Ley. Dicho artículo establece una enumeración de los criterios de interés general que pueden motivar las decisiones del Consejo de Ministros, si bien con carácter meramente orientativo o de *numerus apertus*.

Concretamente, el Proyecto de LDC prevé que el Consejo de Ministros pueda fundamentar su decisión en razones de interés general tales como la defensa y seguridad nacional, la protección de la seguridad o salud públicas, la libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio nacional, la unidad del mercado nacional y el equilibrio territorial, la protección del medio ambiente, las políticas sociales, la protección del pluralismo informativo, la promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos, o la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial⁴⁰.

6. Ventajas y desventajas del sistema propuesto

Por tanto, con la propuesta del Proyecto de LDC, la independencia de la futura CNC no se ve especialmente reforzada respecto a la del TDC bajo el régimen vigente –salvo, quizá, por la imposibilidad de que se alteren sus decisiones de autorización incondicional de las operaciones de concentración⁴¹-. En el nuevo sistema, el Gobierno no puede vetar ni modificar una decisión (expresa o tácita)⁴² de autorización incondicional de una operación de concentración, ni prohibir operaciones que hayan sido condicionadas por la futura CNC⁴³.

Es cierto que con la propuesta del Proyecto de LDC se eliminan los riesgos de mayor desviación del Consejo de Ministros respecto al criterio de la CNC. Sin embargo, ya hemos visto que son supuestos extremadamente infrecuentes⁴⁴, por lo que la modificación carece de relevancia práctica.

Y, por otra parte, se promueve un sistema en que la intervención del Consejo de Ministros sea tendencialmente más permisiva que la CNC. Pese a que la posición del Gobierno sea considerar que con la propuesta del Proyecto de LDC “*se privilegia la libertad de empresa y se incrementa la independencia de la autoridad española de competencia, restringiéndose la posibilidad de que el Gobierno intervenga a casos tasados*”⁴⁵, lo cierto es que no podemos compartir este enfoque. Al contrario, parece que se establezca

⁴⁰ Se ha eliminado de este elenco la “*protección de los derechos y libertades constitucionales*”, que se incluía en el Anteproyecto de LDC y que generaba, cuanto menos, las mismas dudas que el resto de criterios que se han mantenido en el Proyecto de LDC acerca de su idoneidad para alterar las decisiones de la CNC.

⁴¹ Pese a compartir la conclusión general en relación con la insuficiencia de la reforma, defienden la conclusión contraria BEL, Germà y Milagros ÁLVAREZ. “La reforma del control de concentraciones en España: un balance provisional”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 243, junio de 2006. Págs. 35–44.

⁴² Con buen criterio, el Proyecto de LDC ha corregido una de las incongruencias del Anteproyecto de LDC, que permitía la intervención del Ministro de Economía y, por tanto, del Consejo de Ministros en los casos de autorización tácita por parte de la CNC [Art. 62.1.c) del Anteproyecto de LDC]. Esa distinción entre autorización expresa y tácita generaba una distorsión valorativa que, afortunadamente, se ha eliminado del Proyecto de LDC.

⁴³ Evidentemente, no puede prohibirlas directamente pero sí indirectamente, a través de la fijación de unas condiciones tales que eliminen la lógica económica de la operación propuesta por las partes afectadas por la misma.

⁴⁴ Vid. *supra* §1.2. En efecto, como puede apreciarse en la Tabla 2, sólo en tres ocasiones se ha sometido a condiciones operaciones que el TDC había recomendado autorizar incondicionalmente y no se ha dado el caso de que el Consejo de Ministros prohibiera una operación que el TDC hubiera recomendado someter a condiciones.

⁴⁵ Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de agosto de 2006 por el que se remite a las Cortes Generales el Proyecto de LDC, Op. Cit., en nota al pie 37.

un mecanismo adecuado para un mayor intervencionismo del Ejecutivo en el sistema de control de concentraciones⁴⁶.

En términos generales, con la propuesta del Proyecto de LDC, se subordina la defensa de la competencia a la protección de otros intereses generales. Como medida de política legislativa, no parece que esta decisión sea necesariamente perjudicial en todos los casos, dado que pueden existir situaciones en que otros intereses sean realmente más atendibles que la mejora de la eficiencia económica o de la estructura de los mercados. Y, de otra parte, un sistema permisivo de control de concentraciones puede resultar menos perjudicial para la eficiencia general de la economía que un sistema especialmente restrictivo⁴⁷.

Sin embargo, no se aprecia ninguna razón por la que deba preverse una intervención específica del Gobierno conforme a estos criterios en sede de la normativa de control de concentraciones. Sin duda, nuestro ordenamiento jurídico prevé suficientes mecanismos generales de intervención de los poderes públicos en la actividad económica para la protección de dichos intereses generales como para que el establecimiento de esta medida resulte innecesaria.

Y, de otra parte, la vaguedad de los términos en que se formula la capacidad de intervención del Gobierno en el procedimiento de control de concentraciones genera una importante inseguridad jurídica y no alcanza a encubrir completamente el objetivo de intervencionismo económico que subyace en las propuestas del Proyecto de LDC. Por tanto, sería conveniente eliminar este derecho de veto y/o revisión de las decisiones de la CNC por parte del Gobierno.

Además de estas consideraciones de carácter general, en el sistema propuesto por el Proyecto de LDC podemos apreciar algunas desventajas o insuficiencias claras.

De una parte, el sistema propuesto por el Proyecto de LDC hace que la CNC pueda tender a adoptar decisiones extremas en casos en que haya una importante carga política en una determinada operación. Si la CNC autoriza una operación sin someterla a condiciones excluye la intervención del Consejo de Ministros, por lo que podrá haber ocasiones en que renuncie a la imposición de condiciones (moderadas) para evitar que el Consejo de Ministros intervenga para endurecerlas en contra de la operación y de los intereses generales de los consumidores y del sector económico afectados por la operación de concentración.

Y, al contrario, en los casos en que políticamente se haya decidido prohibir una determinada operación, la CNC se podrá ver presionada para adoptar una decisión de prohibición –renunciando a la imposición de condiciones (duras)– para evitar una intervención expresa del Consejo de Ministros en casos en que no se aprecie claramente la concurrencia de razones de interés general. Por tanto, por distintos motivos, la actuación de la CNC se puede llevar a los extremos siempre que las operaciones de concentración tengan un determinado trasfondo político.

⁴⁶ De ello se ha hecho eco la prensa especializada. Véase LUCAS, R. T. "España será uno de los países de la UE más intervencionistas en las fusiones empresariales", en *Expansión*, 19.06.2006.

⁴⁷ Conforme al pensamiento liberal, siempre será mejor que se aprueben operaciones de concentración restrictivas de la competencia que lo contrario. Así, la autorización de operaciones anticompetitivas generará efectos negativos a corto plazo pero, a medio y largo plazo, las fuerzas del mercado deberán corregir esta situación. En este caso, los incentivos a la inversión y a la reestructuración de los mercados no se verán afectados negativamente. Al contrario, la prohibición de operaciones pro-competitivas generará pérdidas de bienestar de los consumidores – sin que el mercado pueda ajustarlas- y, de manera más importante, perjudicará el entorno económico general y reducirá los incentivos a la actividad corporativa. Por tanto, en términos generales, puede ser preferible un sistema de control de concentraciones relativamente permisivo frente a un sistema de control de concentraciones relativamente restrictivo.

De otra parte, la propuesta del Proyecto de LDC mantiene abierta la puerta a la regulación de sectores económicos aprovechando la revisión de operaciones de concentración⁴⁸, toda vez que permite que el Consejo de Ministros modifique las condiciones impuestas por la CNC por razones distintas de la defensa de la competencia, entre las que destaca muy claramente la “*garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial*” [Art. 10.4.i) Proyecto de LDC]. Esta posibilidad distorsiona las relaciones entre Derecho de la competencia y regulación de los sectores especiales. Relación que, por otra parte, el Proyecto de LDC pretende articular en su Art. 17 en sentido contrario; esto es, dando primacía a la normativa de competencia sobre la regulación, toda vez que los dictámenes emitidos por la CNC serán vinculantes para los entes reguladores, pero no al contrario⁴⁹.

Adicionalmente, el sistema propuesto por el Proyecto de LDC plantea problemas derivados de que el Consejo de Ministros no aplique criterios de competencia en sus decisiones de control de concentraciones. En primer lugar, ya hemos apuntado (*supra* §3) que el hecho que el Consejo de Ministros decida conforme a criterios distintos de la defensa de la competencia elimina las restricciones a la discrecionalidad que la legislación vigente y la jurisprudencia que la interpreta han establecido. Por tanto, con carácter general, el Proyecto de LDC otorga una mayor discrecionalidad al Consejo de Ministros en su intervención en el sistema de control de concentraciones.

En segundo lugar, la valoración de esta discrecionalidad resulta compleja y de difícil fiscalización. Al no tener en cuenta criterios de competencia, es muy difícil valorar el equilibrio o *trade-off* realizado por el Consejo de Ministros entre defensa de la competencia y otros intereses generales (especialmente si son difusos) en sus decisiones en materia de control de concentraciones. En este sentido, las decisiones del Consejo de Ministros estarán cubiertas en gran medida por su discrecionalidad política y, por tanto, serán más difícilmente atacables que las que actualmente adopta conforme a criterios de competencia.

7. Conclusiones: una mejora insuficiente del sistema español de control de operaciones de concentración empresarial

En este artículo hemos visto como el Proyecto de LDC propone una modificación significativa del sistema de intervención del Gobierno en el procedimiento de control de concentraciones. Esta reforma, en principio, se orienta a la mejora de la independencia de las autoridades de competencia en la toma de decisiones en materia de control de concentraciones.

Frente al sistema actual, en que la intervención del Ministro de Economía se produce al final de una primera fase de análisis de la operación y el Consejo de Ministros tiene la decisión definitiva sobre la operación de concentración propuesta en la segunda fase de análisis; en el nuevo sistema, se propone que la intervención de ambos órganos se produzca tras la adopción de una decisión por parte de la futura CNC,

⁴⁸ En este sentido, véase ALFARO ÁGUILA-REAL, Op. Cit., nota al pie 17.

⁴⁹ En este sentido, llama la atención que el Art. 17.2 del Proyecto de LDC prevea que: “b) [...] los reguladores sectoriales solicitarán **informe** a la Comisión Nacional de la Competencia, antes de su adopción, sobre las circulares, instrucciones o decisiones de carácter general en aplicación de la normativa sectorial correspondiente que puedan incidir significativamente en las condiciones de competencia en los mercados. c) La Comisión Nacional de la Competencia solicitará a los reguladores sectoriales 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” (énfasis añadido).

en una suerte de tercera fase de escrutinio de la operación. Sin embargo, este mecanismo no garantiza una mayor independencia de la futura CNC, dado que sus decisiones en materia de control de concentraciones seguirán sometidas a un importante escrutinio por parte del Gobierno.

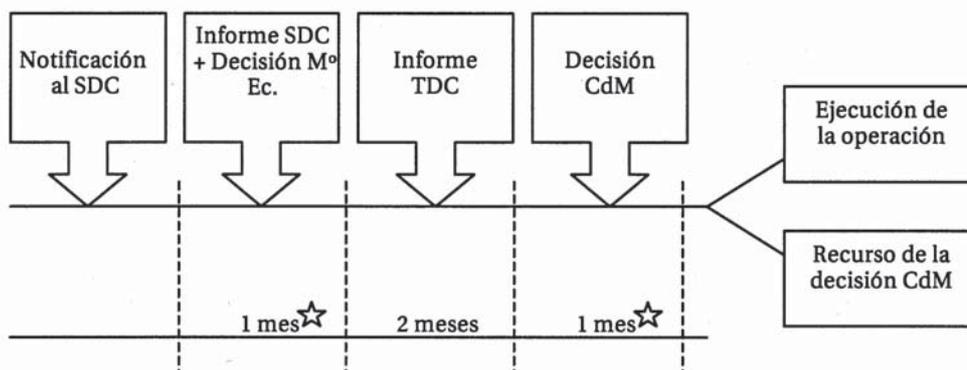
Por otra parte, frente al sistema actual, en que el Consejo de Ministros debe adoptar sus decisiones en materia de control de concentraciones basándose exclusivamente en criterios sustantivos de defensa de la competencia; en el nuevo sistema, el Consejo de Ministros podrá intervenir por motivos de interés general distintos de la defensa de la competencia, en una clara politización de un procedimiento de control de concentraciones que siempre ha sido criticado por la falta de independencia del Gobierno en la toma de determinadas decisiones (de las que el caso Gas Natural/Endesa es sólo el último ejemplo).

Pese a que el sistema propuesto por el Proyecto de LDC presenta algunas ventajas respecto al sistema actual – dado que limita la posibilidad de que el Consejo de Ministros adopte decisiones marcadamente alejadas del criterio de la autoridad de competencia- también mantiene algunas de sus principales desventajas y genera algunas deficiencias adicionales en el mecanismo de intervención del Consejo de Ministros en el procedimiento de control de concentraciones. En particular, el sistema propuesto incrementa la discrecionalidad del Consejo de Ministros y dificulta la fiscalización de sus decisiones, a la vez que puede generar un comportamiento “extremo” de la CNC en la adopción de sus decisiones en casos particularmente delicados y que permite que se siga utilizando el procedimiento de control de concentraciones para regular sectores económicos – lo que excede claramente de sus objetivos y posibilidades-.

En definitiva, consideramos que, en contra de lo aparentemente pretendido por la reforma, la propuesta del Proyecto de LDC puede debilitar la independencia de la futura CNC en esta materia y, por tanto, su credibilidad frente a los operadores económicos. Por tanto, de *lege ferenda*, consideramos muy conveniente la supresión de la intervención del Gobierno –i.e. tanto del Ministro de Economía y Hacienda como del Consejo de Ministros- del procedimiento de control de operaciones de concentración económica.

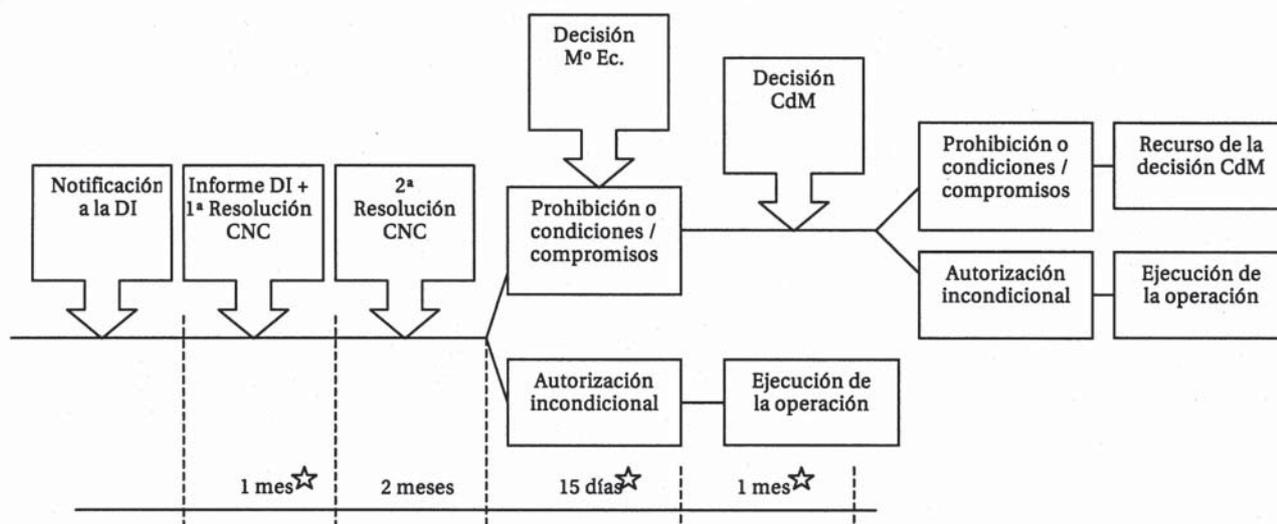
8. Anexo I: Procedimiento de control de concentraciones en la vigente Ley de Defensa de la Competencia y en el Proyecto de Reforma

Esquema del sistema de control de concentraciones vigente



Fuente: elaboración propia. ☆ indica los momentos en que puede ejecutarse la operación notificada, sea por autorización tácita por el transcurso de 1 mes en primera fase, sea por aprobación por el Consejo de Ministros (con o sin condiciones), en segunda fase.

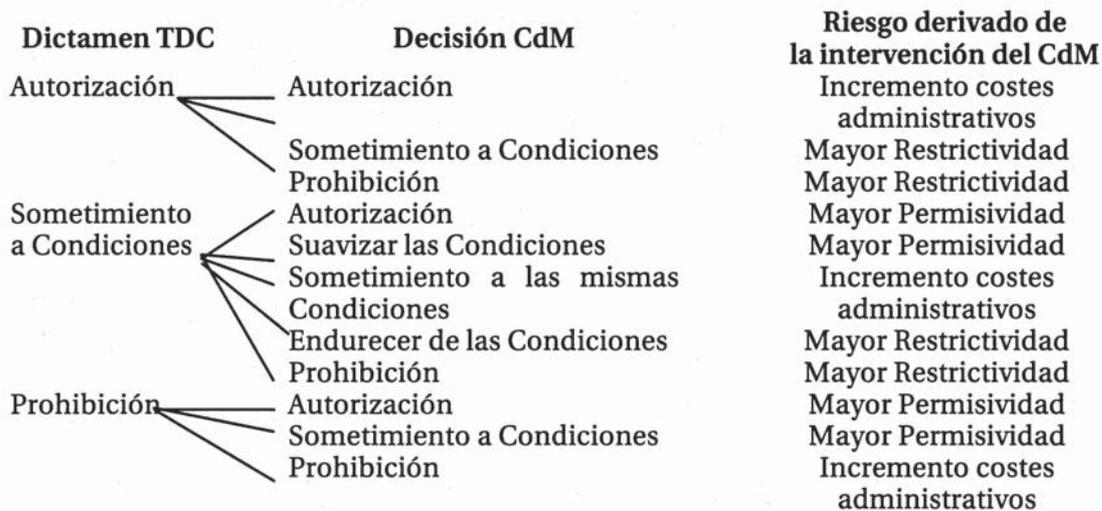
Esquema del sistema de control de concentraciones propuesto por el Proyecto de LDC



Fuente: elaboración propia. ☆ indica los momentos en que puede ejecutarse la operación notificada, sea por autorización tácita por el transcurso de 1 mes en primera fase, sea por aprobación tácita por la CNC sin que el MEH o el CdM dicten una resolución, en segunda fase.

9. Anexo II: Análisis de los riesgos de error derivados de la intervención del Consejo de Ministros en la vigente Ley de Defensa de la Competencia y en el Proyecto de Reforma

Sistema vigente



Sistema propuesto por el Proyecto de LDC



Posibles Riesgos Derivados de la Intervención del CdM

	LDC Vigente	Proyecto de LDC
Mayor Restrictividad	4	1
Incremento costes administrativos	3	2
Mayor Permisividad	4	4

10. Anexo III: Comentarios al Libro Blanco en relación con el sistema de intervención del Gobierno en el procedimiento de control de concentraciones

(Todos los comentarios se encuentran disponibles en <http://www.dgdc.meh.es/ContribucionesLibroBlanco.htm>, visitada el 06.09.2006)

Como pusimos de manifiesto en su día⁵⁰ y desarrollamos a lo largo del presente artículo, consideramos que la nueva Ley de Defensa de la Competencia no debería prever ningún tipo de sistema de veto por parte del Gobierno. De esta misma opinión, ASHURST, en sus *Comentarios al Libro Blanco sobre la Reforma del Sistema Español de Competencia*, pág. 9 (“nos parece muy desaconsejable otorgar al Consejo de Ministros un “derecho de veto” de ciertas concentraciones por cuestiones ajenas al derecho de la competencia. La LDC no es lugar para otorgar al Gobierno el poder de vetar ciertas concentraciones por motivos ajenos a la defensa de la competencia”).

En la misma línea se manifestaba el despacho DLA Piper en sus *Comentarios y Recomendaciones al Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*, pág. 29 (el paso a un sistema de autoridad independiente es difícil “y quizás simplemente haya que ser valiente y tomar este paso, sin que le quede al Consejo de Ministros una medida que pudiera ser considerada como de libertad vigilada”).

También Jones Day, en sus *Observaciones al Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*, pág. 17 (“Dudamos seriamente que pueda establecerse un derecho de veto en nuestro ordenamiento, y no nos parece aceptable que el Gobierno vote decisiones de aprobación con o sin compromisos. En este último caso volveríamos al sistema actual ya que la decisión de la CNC se convertiría en una mera recomendación: las partes y la propia CNC estarían a expensas de la decisión última del Gobierno”) aunque apuntan la posibilidad de introducir un mecanismo parecido al veto en casos de prohibición de operaciones por la CNC, consistente en un recurso frente al Gobierno –similar a la solicitud de aprobación excepcional por el Gobierno vigente en Alemania-.

Parece mostrarse en contra de la potestad de veto, ALONSO SOTO, que indica que es necesario “atribuir a la Autoridad de Competencia la decisión definitiva sobre el control de concentraciones” (*Observaciones al “Libro Blanco para la reforma del sistema español de Defensa de la Competencia”*, pág. 3). También parece manifestarse en este sentido PETITIBÓ, que propugna una mayor independencia para la CNC de la recogida en el Libro Blanco (véase PETITIBÓ JUAN, AMADEO. “El espinoso asunto de la defensa de la competencia y la unidad de mercado”, en *Libro Marrón 2006*. Madrid, Círculo de Empresarios, 2006. Págs. 255 – 283).

⁵⁰ OBSERVATORIO DE POLÍTICA DE COMPETENCIA, INSTITUTO DE EMPRESA. *Observaciones y Comentarios al Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*. Madrid, marzo de 2005.

Al contrario, se muestra a favor de la inclusión de este poder de veto la Asociación Española para la Defensa de la Competencia, en sus *Observaciones acerca del Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*, pág. 7 (“Debería otorgarse al Gobierno un veto sobre la concentración aprobada por el órgano de competencia en base a causas de interés público, que deberían estar tasadas en la Ley”).

También el despacho Garrigues, en sus *Comentarios al Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*, pág. 7 (“Es razonable la posibilidad de que el Consejo de Ministros, con carácter excepcional y sobre la base de criterios claramente tasados como dice el [Libro Blanco], pueda vetar una decisión [de la autoridad de competencia]”).

Hace una rotunda defensa de la potestad de veto del Consejo de Ministros DEL REY SALGADO, que la considera “totalmente imprescindible” (*Comentario al Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*, p. 16).

También a favor de la inclusión de la potestad de veto del Consejo de Ministros, Telefónica en sus *Comentarios de Telefónica al Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*, pág. 19.

Igualmente, BORRELL y COSTAS se muestran favorables a la regulación de la potestad de veto en sus *Sugerencias y Comentarios al “Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia”*, pág. 11 (“Es, por tanto, mejor evitar las tentaciones de forzar el derecho de la competencia y generar complejas revisiones jurisdiccionales, y establecer un mecanismo como el veto que permite a los gobiernos motivar y hacer explícitos por qué en ocasiones es conveniente perseguir el interés público por un medio diferente al de la defensa de la competencia”).

En una posición más intermedia, CMS Albiñana & Suárez de Lezo, en sus *Comentarios al Libro Blanco para la Reforma del Sistema de Defensa de la Competencia*, pág. 6 (“Alguna duda cabe respecto de la delimitación de los casos en los que el Gobierno puede vetar o modificar las decisiones de la CNDC sobre la materia. Convendría reducir la discrecionalidad estableciendo con especial precisión los supuestos en los que el Gobierno puede ejercitar tal potestad”).

En un sentido parecido, los comentarios conjuntos de los despachos de abogados Cuatrecasas, Garrigues, Gómez-Acebo & Pombo, Martínez Lage & Asociados y Uría & Menéndez, pág. 21 y 22.

11. Anexo IV: Comentarios al Anteproyecto de Ley de Reforma en relación con el sistema de intervención del Gobierno en el procedimiento de control de concentraciones

(Todos los comentarios se encuentran disponibles en http://www.dgdc.meh.es/Observaciones_ALDC.htm, visitada el 06.09.2006)⁵¹

Coherentemente con la posición adoptada en relación con el Libro Blanco, también nos hemos mostrado contrarios a la potestad de veto del Consejo de Ministros en nuestros comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia⁵².

Apunta tímidamente en esta misma línea el despacho de abogados Ernst & Young en sus *Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia* (“La configuración de los procedimientos de concentración económica propuesta por el Anteproyecto, donde la Comisión Nacional de Competencia adquiere protagonismo decisivo en sustitución del Poder Ejecutivo, supone un avance hacia la despolitización de esta materia, pero a nuestro entender insuficiente”, pág. 9).

La Asociación Española para la Defensa de la Competencia mantiene su posición favorable a la potestad de veto del Consejo de Ministros, si bien ofrece comentarios muy matizados y en algunos aspectos, incluso contradictorios, al particularizar la visión de distintos de sus miembros. En cualquier caso, la Asociación Española para la Defensa de la Competencia parece abogar por la limitación de la facultad de intervención del Gobierno a la autorización de operaciones y prohibidas. Y, en caso que se permita su intervención en casos de operaciones condicionadas, sólo para “suavizar” las condiciones impuestas por la CNC (*Comentarios de la Asociación Española para la Defensa de la Competencia al Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia*, págs. 18 – 20).

En esta misma línea, el Consejo Superior de Cámaras de Comercio considera que la potestad de veto debe mantenerse en la futura Ley de Defensa de la Competencia, si bien propone limitar su aplicación a los casos de prohibición de operaciones por parte de la CNC (*Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia*, pág. 4).

También acepta la existencia de la potestad de veto del Consejo de Ministros el despacho DLA que, en línea con lo comentado por otros despachos, considera que esta fase ante el Consejo de Ministros debería regirse en mayor medida por un principio contradictorio en que las partes de la operación de concentración puedan intervenir de un modo más directo y transparente que en el sistema actual (*Comentarios y Recomendaciones al Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia*, pág. 12).

⁵¹ Llama la atención el reducido número de comentarios emitidos al Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia, en relación con los realizados tras la publicación del Libro Blanco.

⁵² OBSERVATORIO DE POLÍTICA DE COMPETENCIA, INSTITUTO DE EMPRESA. *Observaciones y Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia*. Madrid, marzo de 2006.

12. Referencias

Legislación Comunitaria

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.

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.

Legislación Nacional

Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre por el que se desarrolla la LDC en lo referente al control de concentraciones económicas. BOE núm. 16, de 18 de enero de 2002.

Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. BOE núm. 170, de 18 de julio.

Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de agosto de 2006 por el que se remite a las Cortes Generales el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia. Disponible en <http://www.la-moncloa.es/ConsejodeMinistros/Referencias/2006/refc20060825.htm>. Visitada el 06.09.2006.

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.

Jurisprudencia Comunitaria

Sentencias de 13 de mayo de 2003, *Comisión/España* (C-463/00, Rec. p. I-4581), y *Comisión/Reino Unido* (C-98/01, Rec. p. I-4641).

Sentencias del TJCE de 4 de junio de 2002, *Comisión/Portugal* (C-367/98, Rec. p. I-4731); *Comisión/Francia* (C-483/99 Rec. p. I-4781), y *Comisión/Bélgica* (C-503/99, Rec. p. I-4809).

Jurisprudencia Nacional

STS de 29 noviembre 2005 – concentración *Canal Satélite Digital / Vía Digital* (RJ 2006\107).

STS de 29 de marzo de 2004 – concentración *Sociedad Azucarera de España / Sociedad Azucarera Ebro Agrícolas* (RJ 2004\5011).

STS 2 de abril de 2002 – concentración *Prosegur / Blindados del Norte* (RJ 2002\9844).

STS de 1 de abril de 2002 – concentración *Salcai / Utinsa* (RJ 2002\9951).

STS de 9 de junio de 2000 – concentración *SER / Antena3 Radio* (RJ 2001\450).

Doctrina

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. “Regular y autorizar deberían ser cosas distintas, especialmente en el control de fusiones”, en *Expansión*, 19.12.2005.

ALLENDESALAZAR CORCHO, Rafael. “Procedimiento de control de concentraciones en España. Balance y algunas propuestas de mejora”, en BENEYTO, José María (Dir.) *Control de concentraciones empresariales. Reforma de las normativas comunitaria y española. Análisis sectorial*. Madrid, Dykinson, 2005. Pág. 59–75.

BEL, Germà y Milagros ÁLVAREZ. “La reforma del control de concentraciones en España: un balance provisional”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 243, junio de 2006. Págs. 35–44.

BERENGUER FUSTER, Luis. *Sistema de defensa de la competencia*. Documento de trabajo 54/2004. Madrid, Fundación Alternativas, 2004.

BROKELMANN, Helmut. “La reforma del régimen de control de concentraciones en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 241, 2006. Págs. 89–95.

DE GUINDOS JURADO, Luis. “El control de concentraciones en España: evolución reciente y perspectivas de futuro”, en *Anuario de la Competencia 2001*. Madrid, Marcial Pons, 2002. Págs. 15 – 24.

DUSO, Tomaso, Damien J. NEVEN, and Lars-Hendrik RÖLLER, “The Political Economy of European Merger Control: Evidence using Stock Market Data” (April 2003). *WZB Discussion Paper No. FS IV 02-34*. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=467323>. Visitada el 06.09.2006.

FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ ACEBO, Alejandro. “Control jurisdiccional de las concentraciones económicas y medidas cautelares: reflexiones en torno al auto del Tribunal Supremo en el asunto <<Salcai / Utinsa>> (2001)”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 221, 2002. Págs. 76–93.

GARCÍA ALONSO, Juan Andrés. “El control jurisdiccional en materia de control de concentraciones español”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 237, 2005. Págs. 16–34.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, Mergers Working Group. *Prácticas Recomendables para Procedimientos de Notificación de Concentraciones*. Disponible en http://www.internationalcompetitionnetwork.org/rp_practicas_recomendables.pdf. Visitada el 06.09.2006.

JIMÉNEZ DE LAIGLESIA, José María. *Propuesta de reforma del sistema de control de concentraciones de empresas*. Documento de trabajo 56/2004. Madrid, Fundación Alternativas, 2004.

KROES, Neelie. “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.

LUCAS, R. T. “España será uno de los países de la UE más intervencionistas en las fusiones empresariales”, en *Expansión*, 19.06.2006.

MARCOS, Francisco y Juan SANTALÓ. “Control del Gobierno sobre concentraciones”, en *Expansión*, 08.04.2005.

McGOWAN, Lee y Michelle CINI. “Discretion and Politization in EU Competition Policy: The Case of Merger Control”, en *Governance: An International Journal of Policy and Administration*, Vol. 12, Noº. 2, April 1999 (pp. 175-200).

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA. Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia. Madrid, 20 de enero de 2005. Disponible en http://www.dgdc.meh.es/LibroBlanco/Libro_Blanco%20Reforma_Def_Competencia.pdf. Visitada el 06.09.2006.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA. Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia. 10 de marzo de 2006. Disponible en <http://www.dgdc.meh.es/legislacion/AnteproyectoLDC-10-3-2006%20.pdf>. Visitada el 06.09.2006.

OBSERVATORIO DE POLÍTICA DE COMPETENCIA, INSTITUTO DE EMPRESA. *Observaciones y Comentarios al Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*. Madrid, marzo de 2005. Disponibles en <http://www.dgdc.meh.es/ContribucionesLibroBlanco.htm>. Visitada el 06.09.2006.

OBSERVATORIO DE POLÍTICA DE COMPETENCIA, INSTITUTO DE EMPRESA. *Observaciones y Comentarios al Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia*. Madrid, marzo de 2006. Disponibles en http://www.dgdc.meh.es/Observaciones_ALDC.htm. Visitada el 06.09.2006.

ORDOVER, Janusz A. “Conflicts of Jurisdiction: Antitrust and Industrial Policy”. *Law and Contemporary Problems*. (1987) Vol. 50, nº 3, 165 – 177.

PETTIBÓ JUAN, AMADEO. “El espinoso asunto de la defensa de la competencia y la unidad de mercado”, en *Libro Marrón 2006*. Madrid, Círculo de Empresarios, 2006. Págs. 255 – 283.

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.

SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Informe Anual 2005. Disponible en http://www.dgdc.meh.es/memoria/sdc/MEMORIA_SDC_2005.pdf. Visitada el 06.09.2006.



CEU

*Instituto Universitario
de Estudios Europeos*

Universidad San Pablo

Boletín de Suscripción

Deseo recibir gratuitamente los próximos números de los Documentos de Trabajo de la Serie “Política de la Competencia” del Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo:

Nombre y Apellidos

.....

Dirección.....

Población.....C.P.....País.....

Teléfono.....Correo electrónico.....

Instituto Universitario de Estudios Europeos

Universidad CEU San Pablo

Avda. del Valle 21, 28003 Madrid

E-mail: idee@ceu.es

Tfno: 91 514 04 22 | Fax: 91 514 04 28

www.idee.ceu.es



CEU

*Instituto Universitario
de Estudios Europeos*

Universidad San Pablo

Boletín de Solicitud de números atrasados

Deseo recibir gratuitamente los números siguientes de los Documentos de Trabajo de la Serie “Política de la Competencia” del Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo:

Nombre y Apellidos

.....

Dirección.....

Población.....C.P.....País.....

Teléfono.....Correo electrónico.....

Nº	Título
----	--------

.....
-------	-------

.....
-------	-------

.....
-------	-------

.....
-------	-------

Instituto Universitario de Estudios Europeos

Universidad CEU San Pablo

Avda. del Valle 21, 28003 Madrid

E-mail: idee@ceu.es

Tfno: 91 514 04 22 | Fax: 91 514 04 28

www.idee.ceu.es

Números Publicados

Serie Política de la Competencia

- Nº 1 2001** “El control de concentraciones en España: un nuevo marco legislativo para las empresas”
José María Beneyto
- Nº 2 2001** “Análisis de los efectos económicos y sobre la competencia de la concentración Endesa - Iberdrola”
Luis Atienza, Javier de Quinto y Richard Watt
- Nº 3 2001** “Empresas en Participación concentrativas y artículo 81 del Tratado CE: Dos años de aplicación del artículo 2(4) del Reglamento CE de control de las operaciones de concentración”
Jerónimo Maíllo González-Orús
- Nº 1 2002** “Cinco años de aplicación de la Comunicación de 1996 relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con los acuerdos entre empresas”
Miguel Ángel Peña Castellot
- Nº 2 2002** “Leniency: la política de exoneración del pago de multas en derecho de la competencia”
Santiago Illundáin Fontoya
- Nº 3 2002** “Dominancia vs. disminución sustancial de la competencia ¿cuál es el criterio más apropiado?: aspectos jurídicos”
Mercedes García Pérez
- Nº 4 2002** “Test de dominancia vs. test de reducción de la competencia: aspectos económicos”
Juan Briones Alonso
- Nº 5 2002** “Telecomunicaciones en España: situación actual y perspectivas”
Bernardo Pérez de León Ponce
- Nº 6 2002** “El nuevo marco regulatorio europeo de las telecomunicaciones”
Jerónimo González González y Beatriz Sanz Fernández-Vega
- Nº 1 2003** “Some Simple Graphical Interpretations of the Herfindahl-Hirshman Index and their Implications”
Richard Watt y Javier De Quinto
- Nº 2 2003** “La Acción de Oro o las privatizaciones en un Mercado Único”
Pablo Siegrist Ridruejo, Jesús Lavalle Merchán, Emilia Gargallo González
- Nº 3 2003** “El control comunitario de concentraciones de empresas y la invocación de intereses nacionales. Crítica del artículo 21.3 del Reglamento 4064/89”
Pablo Berenguer O’Shea y Vanessa Pérez Lamas
- Nº 1 2004** “Los puntos de conexión en 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”
Lucana Estévez Mendoza

- Nº 2 2004** “Los impuestos autonómicos sobre los grandes establecimientos comerciales como ayuda de Estado ilícita ex art. 87 TCE”
Francisco Marcos
- Nº 1 2005** “Servicios de Interés General y Artículo 86 del Tratado CE: Una Visión Evolutiva”
Jerónimo Maillo González-Orús
- Nº 2 2005** “La evaluación de los registros de morosos por el Tribunal de Defensa de la Competencia”
Alfonso Rincón García Loygorri
- Nº 3 2005** “El código de conducta en materia de fiscalidad de las empresas y su relación con el régimen comunitario de ayudas de Estado”
Alfonso Lamadrid de Pablo
- Nº 18 2006** “Régimen sancionador y clemencia: comentarios al título quinto del anteproyecto de la ley de defensa de la competencia”
Miguel Ángel Peña Castellot
- Nº 19 2006** “Un nuevo marco institucional en la defensa de la competencia en España”
Carlos Padrós Reig
- Nº 20 2006** “Las ayudas públicas y la actividad normativa de los poderes públicos en el anteproyecto de ley de defensa de la competencia de 2006”
Juan Arpio Santacruz

Serie Unión Europea

- Nº 1 2000 “La política monetaria única de la Unión Europea”
Rafael Pampillón Olmedo
- Nº 2 2000 “Nacionalismo e integración”
Leonardo Caruana de las Cagigas y Eduardo González Calleja
- Nº 1 2001 “Standard and Harmonize: Tax Arbitrage”
Nohemi Boal Velasco y Mariano González Sánchez
- Nº 2 2001 “Alemania y la ampliación al este: convergencias y divergencias”
José María Beneyto Pérez
- Nº 3 2001 “Towards a common European diplomacy? Analysis of the European Parliament resolution on establishing a common diplomacy (A5-0210/2000)”
Belén Becerril Atienza y Gerardo Galeote Quecedo
- Nº 4 2001 “La Política de Inmigración en la Unión Europea”
Patricia Argerey Vilar
- Nº 1 2002 “ALCA: Adiós al modelo de integración europea?”
Mario Jaramillo Contreras
- Nº 2 2002 “La crisis de Oriente Medio: Palestina”
Leonardo Caruana de las Cagigas
- Nº 3 2002 “El establecimiento de una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros”
José María Beneyto y Claus Giering
- Nº 4 2002 “La sociedad anónima europea”
Manuel García Riestra
- Nº 5 2002 “Jerarquía y tipología normativa, procesos legislativos y separación de poderes en la Unión Europea: hacia un modelo más claro y transparente”
Alberto Gil Ibáñez
- Nº 6 2002 “Análisis de situación y opciones respecto a la posición de las Regiones en el ámbito de la UE. Especial atención al Comité de las Regiones”
Alberto Gil Ibáñez
- Nº 7 2002 “Die Festlegung einer genaueren Abgrenzung der Kompetenzen zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten”
José María Beneyto y Claus Giering

- Nº 1 2003** “Un español en Europa. Una aproximación a Juan Luis Vives”
José Peña González
- Nº 2 2003** “El mercado del arte y los obstáculos fiscales ¿Una asignatura pendiente en la Unión Europea?”
Pablo Siegrist Ridruejo
- Nº 1 2004** “Evolución en el ámbito del pensamiento de las relaciones España-Europa”
José Peña González
- Nº 2 2004** “La sociedad europea: un régimen fragmentario con intención armonizadora”
Alfonso Martínez Echevarría y García de Dueñas
- Nº 3 2004** “Tres operaciones PESD: Bosnia i Herzegovina, Macedonia y República Democrática de Congo”
Berta Carrión Ramírez
- Nº 4 2004** “Turquía: El largo camino hacia Europa”
Delia Contreras
- Nº 5 2004** “En el horizonte de la tutela judicial efectiva, el TJCE supera la interpretación restrictiva de la legitimación activa mediante el uso de la cuestión prejudicial y la excepción de ilegalidad”
Alfonso Rincón García Loygorri
- Nº 1 2005** “The Biret cases: what effects do WTO dispute settlement rulings have in EU law?”
Adrian Emch
- Nº 2 2005** “Las ofertas públicas de adquisición de títulos desde la perspectiva comunitaria en el marco de la creación de un espacio financiero integrado”
José María Beneyto y José Puente
- Nº 3 2005** “Las regiones ultraperiféricas de la UE: evolución de las mismas como consecuencia de las políticas específicas aplicadas. Canarias como ejemplo”
Carlota González Láynez
- Nº 24 2006** “El Imperio Otomano: ¿por tercera vez a las puertas de Viena?”
Alejandra Arana
- Nº 25 2006** “Bioterrorismo: la amenaza latente”
Ignacio Ibáñez Ferrándiz
- Nº 26 2006** “Inmigración y redefinición de la identidad europea”
Diego Acosta Arcarazo

Serie Economía Europea

- Nº 1 2001** “Impacto económico de la inmigración de los Países de Europa Central y Oriental a la Unión Europea”
M^a del Mar Herrador Morales
- Nº 1 2002** “Análisis de la financiación de los Fondos Estructurales en el ámbito de la política regional de la Unión Europea durante el período 1994-1999”
Cristina Isabel Dopacio
- Nº 2 2002** “On capital structure in the small and medium enterprises: the spanish case”
Francisco Sogorb Mira
- Nº 3 2002** “European Union foreign direct investment flows to Mercosur economies: an analysis of the country-of-origin determinants”
Martha Carro Fernández
- Nº 1 2004** “¿Es necesario reformar el Pacto de Estabilidad y Crecimiento?”
Ana Cristina Mingorance
- Nº 2 2004** “Perspectivas financieras 2007-2013: las nuevas prioridades de la Unión Europea y sus implicaciones en la política regional”
Cristina Serrano Leal, Begoña Montoro de Zulueta y Enrique Viguera Rubio
- Nº 3 2004** “Stabilisation Policy in EMU: The Case for More Active Fiscal Policy”
María Jesús Arroyo Fernández y Jorge Uxó González
- Nº 1 2005** “La negociación de las perspectivas financieras 2007-2013: Una historia de encuentros y desencuentros”
Cristina Serrano Leal
- Nº 9 2006** “La cuestión agrícola en las negociaciones comerciales multilaterales”
Ana Fernández-Ardavin Martínez y M^a Ángeles Rodríguez Santos

Serie del Centro de Estudios de Cooperación al Desarrollo

- Nº 1 2003 “Papel de la UE en las recientes cumbres internacionales”
Mónica Goded Salto
- Nº 1 2004 “La asociación Euro-Mediterránea: Un instrumento al servicio de la paz y la prosperidad”
Jesús Antonio Núñez Villaverde
- Nº 2 2004 “La retroalimentación en los sistemas de evaluación. Experiencias en la cooperación al desarrollo”
José María Larrú Ramos
- Nº 3 2004 “Migraciones y desarrollo: propuestas institucionales y experiencias prácticas”
Carlos Giménez, Alberto Acosta, Jaime Atienza, Gemma Aubarell, Xabier Aragall
- Nº 4 2004 “Responsabilidad social corporativa y PYMES”
Amparo Merino de Diego
- Nº 1 2005 “La relación ONG-Empresa en el marco de la responsabilidad social de la empresa”
Carmen Valor y Amparo Merino

Instituto Universitario de Estudios Europeos

Centro de Política de la Competencia

Presidente

Marcelino Oreja Aguirre

Director

José María Beneyto Pérez

Coordinador

Jerónimo Maíllo González-Orús

Comité Consultivo

Centro de Política de la Competencia

Ricardo Alonso Soto
Manuel Azpilicueta Ferrer
Luis Berenguer Fuster
Miguel Ángel Cortés Martín
Emilio Cuatrecasas
José María Cuevas
Miles Curley
Claus-Dieter Ehlermann
Antonio Garrigues Walker
Enrique González-Díaz
Luis de Guindos
Inmaculada Gutiérrez Carrizo
Rafael Illescas
Juan Iranzo
Vicente López –Ibor Mayor
Cecilio Madero Villarejo
Santiago Martínez-Lage
Luis Ortiz Blanco
Enrique Moya Francés
Julio Pascual y Vicente
Mercedes Pedraz
Amadeo Petitbó Juan
Fernando Pombo
Javier de Quinto Romero
Rafael Ripoll Navarro
Juan Antonio Rivière Martín
Alexander Schaub
Gonzalo Solana
Rodrigo Uría Meruéndano

Resumen: Tras la modernización del sistema comunitario de defensa de la competencia, se ha hecho patente la necesidad de actualización y adaptación de la legislación española en la materia, que se ha concretado en la presentación de un Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia en que se introducen importantes cambios y novedades. Entre ellos, destaca especialmente la modificación del sistema de control de concentraciones económicas, en el que se altera el sistema de atribución de competencias entre la nueva Comisión Nacional de Competencia y el Gobierno. En este paper se analizan los cambios introducidos por el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia en la intervención del Ministro de Economía y del Consejo de Ministros en el control de concentraciones económicas. Se analiza el nuevo sistema de control de concentraciones desde la perspectiva de los sistemas públicos de toma de decisiones y de intervención en la actividad económica, tratando de identificar sus ventajas e inconvenientes.

Palabras clave: defensa de la competencia, control de concentraciones económicas, interés general, intervención gubernamental, discrecionalidad administrativa, reforma legislativa. Clasificación Jel: K21, K42, L49.

Abstract: After the recent modernisation of the European system of competition law, a clear need for the reform and update of the Spanish competition legislation arouse and has lead to the elaboration of a Draft Competition Act in which substantial changes and novelties are proposed. Amongst them, most noteworthy is the reform of the merger control procedure, in which the allocation of decision-making powers between the future Competition Commission and the Government is altered. This paper analyses the changes proposed in the Draft Competition Act as regards the intervention of the Minister for the Economy and the Council of Ministers in merger control. The new system is analysed from the standpoint of public decision-making systems, as well as from the perspective of public intervention on the economy, trying to highlight its advantages and main drawbacks.

Keywords: competition law, merger control, general interest, governmental intervention, administrative discretion, legislative reform. Jel Classification: K21, K42, L49.