

**Propuesta de reforma del sistema  
de control de concentraciones  
de empresas**

**José M<sup>a</sup> Jiménez Laiglesia**

Documento de trabajo 56/2004



## José M<sup>a</sup> Jiménez Laiglesia

Abogado especialista en Derecho de la Competencia y Regulación, y Derecho comunitario. Estudió derecho en la Universidad Complutense de Madrid y es LL.M. por la University College de Londres.

Ejerce actualmente en el Departamento de Competencia de Jones Day, despacho de abogados con una dilatada experiencia en competencia en los EE UU, Europa y Asia.

Ha sido profesor asociado de Derecho de la Competencia de la Universidad Carlos III de Madrid y profesor del Instituto de Empresa.

Ninguna parte ni la totalidad de este documento puede ser reproducida, grabada o transmitida en forma alguna ni por cualquier procedimiento, ya sea electrónico, mecánico, reprográfico, magnético o cualquier otro, sin autorización previa y por escrito de la Fundación Alternativas

© Fundación Alternativas

© José M<sup>a</sup> Jiménez Laiglesia

ISBN: 84-96204-56-1

Depósito Legal: M-38038-2004

## Contenido

<b>Resumen ejecutivo</b> .....	<b>5</b>
<b>Introducción</b> .....	<b>7</b>
<b>1 Control de concentraciones: relaciones con la política de competencia y sus objetivos. Necesidad de formular una política de competencia</b> .....	<b>9</b>
<b>2 Control de concentraciones: Administración o Jurisdicción</b> .....	<b>14</b>
<b>3 Descripción del sistema de control de concentraciones de la LDC</b> .....	<b>19</b>
<b>4 Interferencia política en el caso concreto. Propuesta de eliminación de la competencia del Gobierno sobre la decisión final: compatibilidad con los objetivos de interés general</b> .....	<b>21</b>
<b>5 La Administración responsable del sistema de control: administraciones autonómicas y órganos reguladores</b> .....	<b>26</b>
<b>6 Notificación obligatoria y umbrales de notificación</b> .....	<b>29</b>
<b>7 Suspensión de la ejecución de la operación, fases del procedimiento y plazos de examen</b> .....	<b>32</b>
<b>8 Formulario de notificación: Información, evidencia y poderes de la autoridad</b> .....	<b>35</b>
<b>9 Garantías de procedimiento</b> .....	<b>37</b>
<b>10 Concepto de concentración</b> .....	<b>39</b>
<b>11 Regla material de análisis</b> .....	<b>41</b>
<b>12 Remedios y condiciones a las operaciones de concentración</b> .....	<b>44</b>
<b>13 La revisión judicial</b> .....	<b>46</b>
<b>14 Conclusiones: Recomendaciones de reforma</b> .....	<b>48</b>

**Siglas**

CE	Constitución Española
CMT	Comisión del Mercado de Telecomunicaciones
CNE	Comisión Nacional de la Energía
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
HHI	Índice Herfindahl-Hirschman
LDC	Ley de Defensa de la Competencia 16/89
SDC	Servicio de Defensa de la Competencia
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia

## Propuesta de reforma del sistema de control de concentraciones de empresas

José M<sup>a</sup> Jiménez Laiglesia  
Abogado

**Un sistema de control de concentraciones es un instrumento esencial para una política de competencia articulada y coherente**, y su funcionamiento eficiente responde al interés general.

Se trata de impedir la aparición de estructuras que no garanticen la competencia efectiva en los mercados y causen perjuicio a los consumidores. **El sistema tiene que tener dos objetivos: evitar prohibir aquellas operaciones que deberían ser aprobadas y no aprobar operaciones que habrían de ser prohibidas.**

Para ello es preciso examinar de forma objetiva, transparente, y sobre bases empíricas los efectos de las operaciones de concentración, siendo conscientes de las dificultades inherentes a un sistema de control que por su naturaleza es preventivo.

La inevitable incertidumbre sobre la validez de los juicios que se llevan a cabo en el examen de una operación de concentración exige un mecanismo de control predecible, consistente y proporcionado, asentado sobre principios económicos aceptables y verificables en la práctica, y conforme a un procedimiento transparente. De lo contrario, es lógico que se extienda el escepticismo sobre el objeto del sistema y su capacidad de resistir una manipulación interesada.

**El sistema de control de concentraciones establecido en la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia (LDC)<sup>1</sup> no cumple actualmente con estos requisitos.** Ideado en su momento como un sistema que atiende esencialmente a las competencias del Gobierno en esta materia

---

<sup>1</sup> Ley de 17 de julio de 1989 (BOE, n. 170, de 18-7-1989).

y no a su verdadero objetivo de mantener la competencia en el mercado nacional, y quizá por la tradicional inexistencia de una política de competencia, perviven en el mismo determinados elementos materiales e institucionales que impiden su desarrollo y asentamiento y que vienen a añadirse a una estructura necesitada de reforma.

Estos elementos son esencialmente los siguientes:

- las decisiones que determinan el procedimiento de control no corresponden al órgano especializado en derecho de la competencia, sino al Ministro de Economía y/o al Gobierno;
- los criterios sobre los que se fundamenta la decisión final del Gobierno sobre una operación de concentración no tienen por qué estar relacionados estrictamente con el mantenimiento de la competencia efectiva: pueden atender también a otros intereses.
- las condiciones o remedios a los efectos de una concentración en la competencia se imponen sobre los notificantes y, obviamente, sobre el mercado en un procedimiento nada transparente.

Debido a estas razones, el sistema no ha sido capaz de producir decisiones coherentes y razonadas en los asuntos con trascendencia que son, en definitiva, aquellos que determinan su credibilidad interna y externamente, afectando a la seguridad jurídica de las empresas y produciendo también errores que son causa de perjuicios a los consumidores.

Es preciso, por lo tanto, modificar el procedimiento de control en el contexto de la formulación de una política de defensa de la competencia que se una a la reforma general de la LDC. Deberá establecerse ante todo que el **objeto del sistema es mantener la competencia efectiva en el mercado, dejando de lado otras finalidades ajenas a la competencia por muy legítimas que sean y que corresponden a otras políticas de fomento e intervención**. A estos efectos, el presente trabajo se divide de la siguiente forma: comenzaremos por analizar las razones por las cuales es aconsejable dotarse de un sistema de control preventivo de operaciones de concentración y veremos cuáles son sus rasgos ideales. Luego describiremos el mecanismo de control actualmente vigente en la LDC sin olvidar, en lo relevante, cuál ha sido su evolución desde el año 1989 y cuáles eran, realmente, los objetivos del legislador al diseñarlo. A continuación examinaremos una serie de cuestiones y problemas que se derivan del sistema actualmente vigente e intentaremos determinar si se han producido resultados contrarios al objetivo que idealmente debería tener la LDC. Finalmente formularemos propuestas específicas de reforma del sistema de control establecido en la LDC.

## Introducción<sup>2</sup>

Cerca de 80 países cuentan con un sistema de control de operaciones de concentración: los mecanismos varían (diferente concepto de operaciones de concentración, notificación obligatoria o voluntaria, diversos criterios materiales de control, distintas instituciones encargadas del control, revisión de las decisiones, etc.), pero, en suma, existe un reconocimiento general de la necesidad de supervisar el efecto en la competencia de las operaciones de concentración entre empresas.

Los procesos de concentración empresarial se producen global o localmente por una diversidad de razones: la extensión geográfica de los mercados, los cambios tecnológicos, que en algunos sectores han producido importantes incentivos a la consolidación de la industria, o hasta los deseos o ambiciones personales de los directivos. Sin embargo, un sistema de control de concentraciones no atiende de forma principal a los motivos por los cuales las empresas desean integrarse o concentrarse, excepto, y parcialmente, cuando estas sostienen que existen mejoras de eficiencia a resultas de la operación que contrarrestan los efectos perjudiciales en la competencia. El contexto en el cual las operaciones se producen puede ser importante para apreciar su racionalidad, pero un sistema “sano” de control no prohíbe o aprueba operaciones de concentración atendiendo a sus motivos, sino a los previsible efectos en la competencia.

En efecto, el objeto del sistema de control debe ser prohibir solamente aquellas operaciones de concentración que impidan la competencia en los mercados relevantes. No se trata de que la Administración “apruebe” aquellas operaciones que tengan un efecto positivo, sino solamente de que identifique y prevenga aquellas cuyo efecto se demuestre negativo. No hay mayor error que prohibir aquellas operaciones que no tienen problemas o autorizar aquellas que sí lo tienen. Un sistema que, como el establecido en España, atiende menos a lo que debe prohibir que a lo que debe aprobar es fuente de graves ineficiencias como luego veremos.

Este objetivo debe cumplirse teniendo en cuenta que, por su propia naturaleza, el análisis de los efectos en la competencia de una operación es prospectivo. Este rasgo de cualquier

---

<sup>2</sup> Es preciso advertir que el presente trabajo es un documento de síntesis de una materia muy amplia que no está dirigido al lector especializado: cualquier pregunta, duda o cuestión adicional puede dirigirse directamente al autor: [jmjimenez@jonesday.com](mailto:jmjimenez@jonesday.com).

sistema de control centrado en la notificación obligatoria y previa se justifica por los enormes costes e inseguridad jurídica que se derivarían de la prohibición de una operación una vez consumada la integración jurídica y de gestión de las empresas. Ello obliga a plantearse en qué circunstancias y de qué forma debe ser revisada una operación ya producida y cuáles son las limitaciones de la revisión judicial de las decisiones administrativas que afectan a las concentraciones empresariales.

La incertidumbre sobre la validez de los juicios que se llevan a cabo en el examen de una operación de concentración no impide en absoluto exigir que un sistema de control sea predecible, consistente y proporcionado, asentado sobre principios económicos aceptables y empíricamente verificables y conforme a un procedimiento transparente. No hay mayor fracaso que prohibir operaciones que hubieran podido tener efectos beneficiosos para la competencia. Por lo tanto, un sistema de control debe ser eficiente y, por ello, cualquier propuesta de reforma debe tener en cuenta la posibilidad de examinar si las decisiones adoptadas han cumplido los objetivos que se proponían.

En España, la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia (LDC) estableció un sistema de control de las operaciones de concentración entre empresas que “por su importancia y efectos, pudieran alterar la estructura del mercado nacional en forma contraria al interés público”. La LDC originalmente preveía un sistema voluntario de notificación, pero desde el año 1999 las operaciones de concentración que superen determinados umbrales están sujetas a notificación obligatoria.

En todo caso aún se mantienen rasgos esenciales del sistema originalmente adoptado:

- las decisiones que determinan el procedimiento de control no corresponden al órgano especializado en derecho de la competencia, sino al Ministro de Economía y/o al Gobierno;
- los criterios sobre los que se fundamenta la decisión final del Gobierno sobre una operación de concentración no tienen por qué estar relacionados estrictamente con el mantenimiento de la competencia efectiva: pueden atender también a otros intereses;
- las condiciones o remedios a los efectos de una concentración en la competencia se “imponen” sobre los notificantes y, obviamente, sobre el mercado en un procedimiento nada transparente.

La propuesta que formulamos más adelante pretende esencialmente eliminar estos rasgos perniciosos, de forma que sea compatible un análisis predecible de los efectos en la competencia de una operación de concentración con la toma en consideración de elementos relacionados con el interés general conforme a una delimitación estricta de competencias y asunción de responsabilidades.



# **1. Control de concentraciones: relaciones con la política de competencia y sus objetivos. Necesidad de formular una política de competencia**

Un sistema de defensa de la competencia constituye un instrumento esencial de cualquier economía de mercado. Se trata de un mecanismo de intervención que parte del reconocimiento de la inexistencia de competencia perfecta. Se presupone la existencia de fallos de mercado respecto a un ideal y se atiende a lo realizable o lo posible, examinando específicamente el mercado del que se trata en un momento dado. Tiene, por lo tanto, el objeto de garantizar la existencia de competencia efectiva o posible en los mercados de productos y servicios, en beneficio de los consumidores. La función de garantía del sistema es lo que permite su conexión con el interés público: los mercados no son competitivos de forma automática y, por lo tanto, es necesaria una política pública que respalde la existencia de competencia efectiva.

El control de concentraciones es parte esencial del sistema: se trata de asegurarse de que los acuerdos entre empresas con impacto estructural estable en los mercados no impidan la competencia efectiva en estos últimos. Los beneficios de esta competencia en esencia son menores precios, más opciones para los consumidores, mejores productos, más innovación, etc. La experiencia demuestra que estos beneficios sociales se obtienen cuando los mercados son eficientes (en términos de menores costes de producción y mayor o más eficiente asignación de los recursos). En general el interés público exige que las empresas no puedan imponer de forma concertada o unilateral el precio a los consumidores: este objetivo es el que se persigue, sea mediante normas prohibitivas (contra acuerdos sobre precios o el abuso de una posición dominante) o mediante un sistema de control previo de procesos de concentración empresarial. En realidad, el daño a la competencia es “equivalente” cuando las empresas acuerdan sus precios o se reparten el mercado o cuando concentrándose, consiguen incrementar sus precios y reducir su producción y/o la de las demás empresas que permanecen en el mercado.

Sin embargo, la política de competencia se diseña en el contexto de la realidad económica del país, lo que a su vez influye sobre los objetivos que se asignan al sistema de defensa de la competencia. Aun cuando existe un reconocimiento general sobre el valor de la competencia, ello no impide que el objetivo del sistema pueda ser diferente dependiendo de la importancia que se le otorgue en el marco de las políticas de intervención. Ello, unido a que el sistema se asienta sobre conceptos jurídicos indeterminados (“restricción”,

“impedimento significativo en la competencia”, etc.), que a su vez se fundamentan sobre teorías económicas variables o en evolución, y a la dificultad de presentar datos objetivos sobre el impacto de la política de competencia en la estructura económica, explica la complejidad del diseño de un sistema predecible o eficiente. Cuando, como ocurre en España, la estructura institucional encargada de aplicar las normas de defensa de la competencia es defectuosa, resulta difícil anticipar criterios y resultados de los análisis de mercados.

Aun así, la política de competencia constituye la forma más impersonal y menos discriminatoria de control social de la economía de mercado. También resulta la menos costosa si el sistema responde, como decimos, a criterios de eficiencia. Pero, siendo claro que una política de competencia difícilmente puede pretender llevar a cabo una redistribución de renta, es obvio que sus objetivos varían en atención a los principios culturales, sociales y morales vigentes en cada momento. Existen serias diferencias ideológicas acerca de los objetivos de la competencia, a pesar del consenso general favorable a la economía de mercado: por ejemplo, la clásica polémica sobre si la finalidad es la protección del proceso competitivo o, en realidad, la protección de los competidores, o la importancia de la equidad en la evaluación de las conductas en el mercado, la protección del “pequeño” comerciante, etc.

Aparecen, además, importantes discrepancias sobre la primacía que debe darse en cada caso a las distintas políticas de intervención o, si se quiere, sobre cómo deben coordinarse. Por ejemplo, el mantenimiento del empleo, los desequilibrios regionales o el fomento de la cooperación son cuestiones que los poderes públicos pueden decidir primar sobre la política de competencia. Ello se hace de buena o, en ocasiones, de mala fe: así a veces las decisiones relacionadas con objetivos políticos se “venden” públicamente como medidas de defensa de la competencia, de tal forma que se incrementa la confusión en el sistema. La competencia se convierte en el ropaje que justifica una decisión adoptada conforme a otros intereses, casi como si se tratara de una “marca” reconocida y aceptada por el público.

Cuando, como en el caso de España, el propio procedimiento establecido garantiza la intervención política en el resultado del caso concreto se desarrolla de forma opaca y limita la revisión de las decisiones adoptadas, no sólo se merma la eficiencia, sino que resulta difícil que el sistema de defensa de la competencia se sedimente y crezca. El resultado es la adopción de decisiones *ad hoc*, apoyadas en teorías económicas sin fundamento alguno, pero que justifican una elección previa de naturaleza política, y, lo que es peor, sin que el sistema garantice el manejo por parte de la Administración de toda la información disponible.

El problema, por supuesto, no es que los responsables políticos decidan determinadas prioridades económicas, ya que es su función. El conflicto surge cuando se mezclan ambas cuestiones en el mismo procedimiento, de tal forma que el caso concreto no se juzga atendiendo de forma exclusiva a sus efectos sobre la competencia sino también con rela-

ción a otros objetivos. En efecto, el sistema de defensa de la competencia resulta impredecible, inoperante y carece de credibilidad si las decisiones son determinadas conforme a objetivos propios de otras políticas de intervención en el mercado. Pues no es creíble un sistema de defensa de la competencia que atienda a objetivos no relacionados con ella. El objeto del sistema de defensa de la competencia más predecible consiste, sin duda, en determinar de la forma más exacta posible si la estructura de mercado que resulta de la operación de concentración (o la conducta de la empresa en posición dominante o el acuerdo de las empresas a examen) es eficiente. En el contexto del control de concentraciones, el objetivo es impedir que se creen estructuras de mercado que perjudiquen a la eficiencia productiva y a la correcta asignación de los factores de producción. Todas aquellas concentraciones que no impliquen dicho perjuicio no requieren un análisis en profundidad.

No cabe duda de que este objetivo es complejo, sobre todo cuando existe un reconocimiento general de que, por diversas razones (existencia de formas de competencia no relacionadas con el precio, mercados de innovación, diferentes percepciones sobre el concepto de barreras de entrada, etc.), no existe un criterio universalmente aceptado de eficiencia. Sin embargo, de todos los objetivos de la política de competencia en el ámbito del control de concentraciones, no cabe duda de que la medición aproximada de los efectos actuales y futuros de una operación sobre el funcionamiento del mercado es el más relevante para construir y consolidar un sistema de defensa de la competencia coherente y predecible.

A diferencia de aquellas finalidades más relacionadas con políticas públicas de fomento, la evaluación del efecto de una operación de concentración sobre la competencia efectiva en los mercados permite que el sistema se consolide a medio plazo y que gane credibilidad, de forma que la seguridad jurídica se asiente, las empresas respeten las normas y la sociedad civil aprecie la valía de este instrumento adoptado en su propio beneficio.

En efecto, la adopción de un criterio material para la protección de competencia, y sólo para ella, tiene características positivas, ya que es:

- **neutra:** no se emiten juicios de valor o de oportunidad sobre las decisiones empresariales o sobre la transacción, evitando de esta forma la confusión de intenciones o intereses;
- **objetiva,** ya que el criterio material se aplica de igual manera para cada transacción;
- **realizable** en un gran número de ocasiones si se cuenta con la información adecuada;
- **dinámica,** ya que permite el debate contradictorio entre los interesados y la autoridad de competencia, lo que posibilita un conocimiento gradual del funcionamiento de diferentes mercados que alimenta futuras decisiones en diversos ámbitos;

- **predecible:** sin perjuicio de los casos que den lugar a cuestiones nuevas, los operadores pueden anticipar si una operación podrá llevarse a cabo o no, lo que reduce sus costes de transacción.

El “problema” del sistema español, aparte de detalles concretos cuya discusión aborda este trabajo, responde a la ausencia de un marco de referencia. En efecto, en España no ha existido, ni actualmente existe, la tradición de formular una política de competencia articulada (general o sectorial) de forma que sea posible anticipar con cierto grado de seguridad cuál será el resultado de un análisis de mercado concreto en el marco institucional vigente. Por ejemplo, nunca ha habido una definición explícita de los objetivos que se desean alcanzar en el contexto de la LDC en materia de concentraciones.

Ello se debe en última instancia a que es francamente difícil apreciar en la génesis de la LDC una discusión sobre qué objetivos se pretendían con la adopción de un sistema de defensa de la competencia que incluyera un control de concentraciones. Los trabajos existentes acerca de la elaboración parlamentaria de la LDC son suficientemente descriptivos: mientras que el Grupo Popular se opuso a la adopción de un sistema de control de concentraciones por diversas razones, el grupo socialista mantuvo la necesidad de adoptar dicho mecanismo (como sabemos de notificación voluntaria), sobre la base de “tratar de armonizar la necesaria defensa de la competencia, del mercado, con otra serie de razones que son las que corresponde apreciar al Gobierno, teniendo en cuenta o no –para eso es el Gobierno quien decide– el dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia” (TDC).

En suma, el debate se centró sobre las competencias, no sobre los objetivos. Podría decirse que en España nunca ha habido una política de competencia articulada o explicada, sencillamente porque no había necesidad política alguna. Dicho de otro modo, paradójicamente, el único consenso sobre la defensa de la competencia (que se remite al Artículo 38 CE donde se pretende hacer compatible la defensa de la competencia con las exigencias de la planificación económica, lo que carece de sentido) fue aceptar que no había acuerdo sobre sus objetivos. Y por ello, lo que se termina pactando es que el sistema permita al Gobierno decidir sobre el caso concreto, en atención a cualesquiera razones que tenga en consideración bajo un concepto de “interés general” que ni se define. Ello, unido a la falta de transparencia del procedimiento de control en aspectos esenciales (si bien se han corregido parcialmente algunas cuestiones y el Tribunal Supremo ha intervenido en otros ámbitos), difícilmente permite sostener que, a fecha de hoy, existe en nuestro país una política de competencia sobre concentraciones entre empresas.

Es cierto, sin embargo, que, aparte de la información que contienen las Memorias Anuales del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), este último organismo ha adoptado pasos para introducir transparencia en los criterios de análisis de las operaciones, lo cual es muy positivo a pesar de que no constituya una verdadera formulación de la políti-

ca de competencia. De esta forma, el SDC publica ahora todos los informes que remite al Ministro de Economía en la primera fase del procedimiento y ha dado a conocer unas Directrices de análisis que, a pesar de no ser exhaustivas, no son incompatibles en modo alguno con el objeto del sistema que mantenemos debe adaptarse.

Esta mejora deriva de la adopción del sistema de notificación obligatoria por cumplimiento de umbrales en 1999: cuando se deben analizar al menos 100 operaciones al año, como en el año 2003, se precisa estabilidad. Estos avances en el plano técnico permiten acometer ya una reforma en la línea que aquí se propone. El problema no es, pues, la falta de capacidad técnica o el esfuerzo que desarrolla el SDC sino la ausencia de una política de competencia, que defina las razones y objetivos que puede utilizar el Gobierno, dado el poder total que le otorga el procedimiento actualmente en vigor.

A esta carencia se une un proceder espasmódico a la hora de reformar la LDC y aprobar decretos-leyes para determinados sectores, que puede ser políticamente rentable pero, indudablemente, es fuente de contradicciones e incoherencias. Más aún, en ocasiones se ha reformado la LDC en atención a un caso concreto: por ejemplo, para permitir al Gobierno, al aprobar una concentración, suspender la aplicación de las normas regulatorias que establezcan determinadas limitaciones. El origen de esta disposición es el asunto Endesa/Iberdrola, pero también se ha aplicado para eliminar las restricciones de propiedad de la Ley de Televisión privada en el caso Sogecable/Vía Digital.

Esta forma de proceder explica, en última instancia, que se considere normal o apropiado que los responsables políticos realicen declaraciones públicas durante el procedimiento de examen de una operación “sensible”, a pesar de que equivalen a una intervención directa sobre el resultado del caso. De esta forma, se interfiere en el procedimiento, se prejuzga la cuestión y se contribuye, sin duda alguna, a que las instituciones de competencia pierdan credibilidad, sobre todo teniendo en cuenta nuestra larga tradición de escepticismo respecto de la independencia de los órganos colegiados. Que sean casos que, por su tamaño o consecuencias, son importantes desde el punto de vista general no excusa esta forma de comportarse: es precisamente en estos asuntos donde se mide la calidad y credibilidad del sistema.

Por lo tanto, la primera recomendación es que resulta conveniente adoptar una disciplina de transparencia en la formulación de una política para la defensa de la competencia (general y sectorial), diferenciada de otros objetivos económicos que se una a la reforma del procedimiento de control de concentraciones y, en general, de la LDC.

## 2. Control de concentraciones: Administración o Jurisdicción

Tratamos ahora en términos generales la cuestión de quién debe decidir si una operación de concentración merma la competencia de forma significativa. Porque, aun cuando por razones que luego explicamos no creemos que sea por ahora aconsejable modificar la naturaleza administrativa del sistema de control, sí que es preciso advertir que, idealmente, debería ser un órgano jurisdiccional el que, en su caso, acordara dentro de unos determinados límites si una operación debe ser prohibida o no.

La “judicialización” del derecho de la competencia es ya un hecho respecto de la aplicación de las normas de defensa de la competencia que se refieren al control de conductas restrictivas de la competencia (Artículo 1 LDC y Artículo 81 del Tratado CE) y al abuso de posición dominante (Artículo 6 LDC y Artículo 82 del Tratado CE<sup>3</sup>). La modernización del derecho de la competencia comunitario otorga un papel muy relevante a los órganos jurisdiccionales nacionales, sin perjuicio de las competencias de los órganos administrativos especializados: están obligados a decidir sobre la aplicación al caso concreto de las mencionadas disposiciones y no meramente a revisar la decisión de la autoridad administrativa. Es de prever que esa reforma acabe por ser adoptada también en una futura (y necesaria) reforma de la LDC.

En todo caso, teniendo en cuenta el interés público en el mantenimiento de la competencia efectiva, dicha intervención de la jurisdicción no es incompatible en absoluto con la existencia de órganos administrativos encargados de aplicar las mismas normas, cuyas decisiones, además, están sujetas a revisión jurisdiccional. Sin perjuicio de los problemas que se derivan de la coexistencia de normas nacionales y comunitarias de competencia y de una responsabilidad administrativa y jurisdiccional compartida, es inevitable y muy positivo que se promueva la aplicación judicial del derecho de la competencia, también nacional, en los litigios entre particulares relativos a la validez de los contratos o a la reclamación de daños y perjuicios por la infracción de normas imperativas de defensa de la competencia. Las consecuencias son de todo orden, pero, en particular, obligaría a los jueces a ordenar procedimientos de prueba muy complejos (no existe, por ejemplo, un solo precedente en España que reconozca daños y perjuicios por la infracción de estas normas) a la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados y al manejo de términos y herramientas económicas sofisticados.

---

<sup>3</sup> Tratado de Roma, constitutivo de la CE: <http://europa.eu.int>.

La aplicación judicial de las normas de competencia tiene ventajas evidentes: de entrada, es imposible que una autoridad administrativa pueda perseguir todas las infracciones que se cometen. En el caso de España, la situación del sistema institucional lo aconseja aún más. Actualmente el SDC no persigue infracciones graves de oficio por falta de recursos, no por falta de interés. El sistema es puramente reactivo también por el tradicional escaso interés del Gobierno en formular una política de competencia coherente. Además, el TDC no ayuda a mejorar la eficiencia del sistema cuando revisando ordenes de archivo o sobreseimiento del SDC obliga a este último órgano a examinar asuntos que carecen de interés público o general. La falta de recursos, la dualidad institucional innecesaria y perjudicial, y, desafortunadamente, los graves equívocos sobre las prioridades, aconsejan una reforma de la LDC que garantice la aplicación judicial de sus normas de forma concurrente con las normas comunitarias.

Por otro lado, si la aplicación judicial es efectiva, inevitablemente las empresas se cuidarán mucho de respetar las normas. Aun cuando no existan daños punitivos por infringir normas imperativas, la mera posibilidad de verse obligado a abonar daños y perjuicios a una o varias empresas afectadas por las conductas ilegales (y no se olvide que puede acumularse a una sanción administrativa concurrente), sirve como eficaz instrumento de prevención.

Asumiendo que el objetivo del control de concentraciones no es, obviamente, sancionar a las empresas que se concentran, lo que es indudable es que, por diversas razones, la revisión jurisdiccional de las decisiones en esta materia es poco efectiva. Puede haber mejoras, sin duda, y algunas de ellas se proponen aquí, pero, en última instancia es inherente a un sistema de control de concentraciones de naturaleza administrativa que la revisión jurisdiccional sea limitada en su alcance y efectos. La intensidad del problema difiere si aquellos que solicitan la revisión judicial son las partes de una concentración declarada prohibida por la autoridad administrativa, o si se trata de terceros interesados que impugnan una decisión de aprobación. Sin embargo, en la mayor parte de los asuntos, en ambas situaciones la sentencia posterior corre el riesgo de carecer de efectos prácticos. Para entonces, o bien la operación se ha abandonado o bien se ha ejecutado: en ambos casos carece de interés para unos o para otros.

En España, aún no existe un precedente de impugnación de una decisión de prohibición, tanto por la probable inutilidad de esta actuación, como por la natural inclinación de los empresarios a no litigar con el Gobierno de turno, dada la amplia esfera de intervención que existe y la habitual posible compensación por otras vías. Esta es una de las razones, de nuevo, que aconsejan eliminar el control político sobre esta materia.

Pero, sí que existe cierta experiencia acerca de la gran diferencia que hay entre pretender ejecutar una sentencia de nuestro Tribunal Supremo declarando nulo un acuerdo del Consejo de Ministros que aprobaba una concentración, y llevar a la práctica dicha ejecución. Si bien las razones de la anulación en el asunto Unión Radio no se relacionan con la competencia y sí con el pluralismo informativo, el caso demuestra que el remedio permanente

y propio de cualquier sistema de defensa de la competencia, el restablecimiento de la competencia tras la prohibición de una concentración, no se obtendría con facilidad. En ausencia del cumplimiento de ese objetivo esencial, la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa carece de eficacia e interés más allá del ámbito académico.

Por otro lado, incluso si no existiera un control político discrecional sobre el caso concreto, como por ahora sucede, centrar en un órgano administrativo (de cualquier naturaleza) la decisión final sobre una operación de concentración introduce ciertos interrogantes sobre las garantías de los administrados. Aún cuando se establezcan determinadas mejoras, que aquí proponemos, existen riesgos evidentes derivados de que la misma autoridad administrativa investiga los hechos y decide sobre los mismos.

El problema es evidentemente mayor en el supuesto de prohibición de una operación, dado que, a diferencia de una decisión de aprobación impugnada por terceros, la Administración ejerce aquí el mayor grado de intervención en la libertad empresarial. Si los terceros han tenido oportunidad de manifestarse de forma efectiva en el procedimiento administrativo (lo que no es el caso en nuestro sistema), la tutela de sus intereses no requiere de mayor protección y no se puede penalizar arbitrariamente a aquellas empresas que, habiendo propuesto una concentración, han de afrontar una potencial prohibición.

Por ello, un avance limitado pero positivo en este caso sería el que, con independencia de que se concentren (y mejoren) las funciones de investigación y decisión en un órgano administrativo especializado, al menos dicha autoridad deba acudir ante un tribunal cuando pretenda prohibir una operación de concentración. Si la autoridad administrativa tuviera que demostrar ante un órgano jurisdiccional, no revisor y, por lo tanto, no sujeto a la presunción de legalidad de la actuación administrativa, que el interés público exige la prohibición de una determinada operación, no cabe duda que la Administración tendría un poderoso incentivo para ejercer su función de la forma más irreprochable posible.

También desde otro punto de vista, la percepción de que la Administración puede “ganar” un asunto de esta naturaleza constituye también un poderoso incentivo para que las empresas acuerden remedios o condiciones efectivos con objeto de evitar el procedimiento judicial. Ahora bien, como veremos, es precisamente en este ámbito de examen e “imposición” de condiciones o remedios a los problemas de competencia derivados de la concentración donde nuestro sistema es más defectuoso.

La obligación de acudir ante un juez para prohibir una concentración engloba, lógicamente, la necesidad de solicitar la suspensión cautelar de la ejecución de la operación o medidas más limitadas (por ejemplo la gestión separada del negocio objeto de conflicto). Obviamente, es en sede cautelar donde normalmente se decidirá el asunto, dado que hay que ser particularmente escéptico sobre la efectividad de procedimientos “acelerados” en esta materia. En suma, o bien la Administración no continuaría litigando en caso de que se niegue dicha medida (y si lo hace las empresas asumen el riesgo de que gane en sen-



tencia final), o bien las empresas normalmente no tendrían motivo para continuar con la operación a la espera de la sentencia final. Esta modificación que se propone obligaría también a considerar con detenimiento la reforma del procedimiento cautelar en este ámbito, sin perjuicio de la necesidad de una reflexión sobre su aplicación incluso si se mantiene exclusivamente la naturaleza revisora de la jurisdicción.

Ahora bien, en el supuesto de una reforma de la LDC, que abarque aspectos materiales (por ejemplo, la desaparición del sistema de autorización, una política de clemencia etc.) e institucionales (“fusión” del SDC y TDC, dotación de recursos, nombramiento etc.), es preciso plantearse esta cuestión de la reforma del procedimiento cautelar, particularmente para aclarar las relaciones entre el Gobierno y el órgano especializado encargado de aplicar las normas de competencia. Si se opta, como defendemos, por que el órgano especializado tenga la decisión final sobre una operación de concentración en lo que respecta a sus efectos en la competencia, es natural preguntarse si los procedimientos internos de dicha institución garantizan realmente una decisión correcta. En lo relativo a operaciones de concentración, algunas mejoras legislativas del funcionamiento interno de esta institución (actualmente hipotética), pero que también tienen sentido en la estructura institucional existente, son necesarias pero quizás insuficientes para garantizar la adopción de la decisión correcta.

Aun cuando no exista un problema derivado de la concentración de la fase de instrucción y de resolución en el mismo órgano, es evidente que la mayor disciplina que el órgano administrativo puede alcanzar, por encima de cuestiones internas de procedimiento, es tener que defender sus decisiones ante la jurisdicción. Si se crea un órgano de defensa de la competencia con competencia plena en esta materia, es razonable someter el verdadero poder de este órgano –la capacidad de prohibir una operación de concentración– a control judicial, incluyendo cualquier medida adicional que desee imponerse a las partes, tal y como ocurre en el sistema norteamericano. Ello es todavía más aconsejable si el órgano depende directamente del Gobierno. Sin duda, esta es una propuesta bastante radical en un sistema que, como el nuestro, prácticamente no prohíbe operaciones de concentración debido a la interferencia política, lo que hace difícil anticipar sus efectos. También resulta claro que una propuesta en este sentido debe ir acompañada de una reflexión sobre la reforma jurisdiccional que se escapa a este trabajo.

En el contexto de una reforma general de la LDC, nuestra segunda propuesta sería la obligación de la Administración de acudir a la jurisdicción cuando pretenda prohibir una concentración.

Finalmente, una reforma mucho más ambiciosa, y cuya aplicación considero meramente en términos de hipótesis, pero que tiene su fundamento lógico, es la posibilidad de que terceros impugnen ante la jurisdicción las concentraciones entre empresas, con total independencia de que la operación haya sido autorizada por la Administración o no. Obviamente esta idea tiene un efecto sobre la seguridad jurídica que se deriva de un proce-

dimiento de notificación obligatorio, pero tiene todo su sentido si tenemos en cuenta que la Administración aprueba o no una concentración conforme al interés público y no necesariamente al interés privado. Un sistema que reconociera de forma restrictiva la legitimación activa para impugnar una concentración, sin perjuicio de la posición o competencia de la Administración, vendría a completar esta laguna. En muchas ocasiones la Administración puede, o bien considerar que no existen efectos negativos en la competencia que afecten a determinados terceros, o bien que dichos efectos no justifican en su caso la prohibición de la operación o, incluso, la adopción de remedios o condiciones. Si la legitimación activa solamente se acordara para el caso en que se probara la existencia de un efecto en la competencia que afectara directamente a estos terceros, parece difícil negar la protección judicial a dichos intereses, excepto si se defiende una concepción paternalista de la defensa de la competencia. En todo caso, esta última propuesta de reforma no es objeto de detallada discusión aquí: nos limitamos a apuntar que es razonable amparar intereses de terceros que no son necesariamente tenidos en cuenta por la Administración en el procedimiento de control.

En última instancia, las reformas prácticas que aquí tratamos presuponen un sistema administrativo de control de concentraciones, sujeto a revisión judicial de naturaleza contencioso-administrativa, en el cual no cabe impugnación separada de su revisión por la Administración. La razón es que, al menos por ahora, no parece razonable apartarse del sistema de control establecido en la Unión Europea y otros Estados miembros, sobre todo cuando la Comisión Europea pretende construir el control de concentraciones de dimensión comunitaria sobre la base de un sistema flexible de reenvíos entre autoridades de los Estados miembros, lo que obligará a cierta coordinación de procedimientos y plazos, cuya realización práctica es más sencilla de obtener desde el punto de vista administrativo.

### 3. Descripción del sistema de control de concentraciones de la LDC

El sistema de control establecido por la LDC obliga a notificar las operaciones de concentración al SDC previamente a su realización, debiendo las empresas suspender su ejecución hasta recabar la autorización pertinente.

La definición de “concentración” es similar al concepto finalista establecido en derecho comunitario. Se trata de cualquier operación por la que se modifique la estructura de control preexistente. Las operaciones que deben ser notificadas son aquellas que superen al menos uno de los siguientes umbrales: cuando como consecuencia de la operación se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 25% del mercado nacional, o de un mercado geográfico definido dentro del mismo, de un determinado producto o servicio, o cuando el volumen de ventas global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240,4 millones de Euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de ventas superior a 60,1 millones de Euros.

No existe plazo para notificar, aunque en todo caso debe ser antes de que se lleve a efecto la operación. La LDC establece sanciones administrativas si se infringe la obligación de notificación y/o ejecución de la operación. Además de la imposición de multas, el SDC puede requerir de oficio a las empresas partícipes que notifiquen la operación en el plazo máximo de 20 días.

La notificación debe presentarse siguiendo el formulario recogido en el Real Decreto 1443/2001<sup>4</sup> ante el SDC, previo pago de una tasa que oscila entre 3.000 y 60.000 Euros, dependiendo del volumen de facturación en España de todos los partícipes. Si con anterioridad a la presentación de la notificación los partícipes tuviesen dudas sobre el cumplimiento de los umbrales previstos en la LDC, podrán formular consulta previa al SDC, sin que exista en este caso devengo de tasa.

La notificación (partícipes y tipo de operación) se publica en la página *web* del SDC. Resulta normal que los competidores afectados por la operación se personen ante el SDC, presenten alegaciones y mantengan contactos informales con los funcionarios. No obstante, durante esta fase no se les otorga la condición de terceros interesados y, por lo tanto, no tienen acceso al expediente.

---

<sup>4</sup> RD de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 16/1989 (BOE, 18 de enero de 2002).

Si se considera que la operación puede obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado, el Ministro de Economía remitirá el expediente al TDC, haciéndose público el informe del SDC en su página *web*. Si se hubiere solicitado al SDC el levantamiento de la obligación de suspensión, será en el momento en que decida remitir el expediente al TDC cuando resuelva sobre la procedencia de la suspensión, la cual, de concederse, puede estar sometida al cumplimiento de determinadas condiciones.

El SDC dispone de un mes para acordar la remisión del expediente al TDC. Si en ese plazo no se ha remitido, se considera que se autoriza tácitamente la operación. No obstante, si la notificación hubiera sido presentada por requerimiento del SDC, la operación no se podrá beneficiar de la autorización tácita.

En esta primera fase, el expediente puede concluir si el SDC comprueba que la operación no supone la creación o refuerzo de una posición de dominio que pueda dificultar el desarrollo de la competencia en el mercado y que los obstáculos que plantea son fácilmente subsanables. En ese caso, el Ministro de Economía podrá instar a las partes a presentar compromisos o modificaciones de la operación. En este supuesto la operación tampoco se beneficiará de autorización tácita. Los partícipes deberán contestar en el plazo de un mes. Si los compromisos son suficientes, el Ministro podrá autorizar la operación con esas condiciones o remitir el expediente al TDC.

Una vez remitido el expediente al TDC, éste deberá emitir su dictamen en el plazo de dos meses, trasladándose de nuevo al SDC. Recientemente se ha reformado la LDC para permitir que el dictamen sea público antes de la decisión del Gobierno. Durante esta fase el TDC suele elaborar una nota sucinta de la operación, notificándosela a los terceros (normalmente competidores, compradores, vendedores de las empresas partícipes, etc.) para que aleguen lo que estimen conveniente sobre la operación. Del mismo modo, los terceros podrán solicitar al TDC que se les tenga por parte interesada, lo que de concederse otorga el derecho de acceso al expediente (salvo a la parte que se hubiera declarado confidencial) y a acudir en audiencia ante el TDC. Una vez recibido el dictamen del TDC, el Consejo de Ministros en el plazo de un mes deberá decidir entre las siguientes opciones:

- no oponerse a la operación de concentración;
- subordinar su aprobación al cumplimiento de determinadas condiciones;
- declararla improcedente, ordenando que no se proceda a ejecutar. Si ya se hubiera ejecutado, podrá adoptar las medidas oportunas, incluyendo la desconcentración.

El SDC vigilará el cumplimiento de los acuerdos del Consejo de Ministros. El incumplimiento de estos acuerdos podrá acarrear multas, de hasta el 10% de su volumen de ventas en España, impuestas a cada una de las empresas partícipes.

El acuerdo del Consejo de Ministros que resuelve sobre una operación de concentración puede ser recurrido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

#### **4. Interferencia política en el caso concreto. Propuesta de eliminación de la competencia del Gobierno sobre la decisión final: compatibilidad con los objetivos de interés general**

Como hemos visto, la LDC establece la competencia del Ministro de Economía para remitir una operación al TDC y la del Gobierno para adoptar una decisión final sobre ella, incluyendo la imposición de las condiciones que permiten su aprobación. La LDC, además, parece permitir al Gobierno adoptar decisiones conforme a criterios no relacionados con la defensa de la competencia.

En lo que respecta a la intervención del Ministerio de Economía en la remisión de la operación al TDC, la reciente práctica del SDC de publicar los informes en los que recomienda al Ministro qué decisión adoptar introduce transparencia, además de obligar al SDC a ser consistente en su análisis. Ahora bien, la transparencia se produce una vez adoptada la decisión de remisión, sin perjuicio de que, en la práctica, el SDC no tenga reparo alguno en mantener contactos con las partes y en que pueda discutirse abiertamente acerca de las dificultades, lo que redundaría en beneficio del procedimiento.

La mayoría de las operaciones de concentración no causan problemas de competencia y, en este sentido, la intensidad del trabajo del SDC está siendo comparable a la de otras autoridades de competencia: dejando de lado los graves defectos del formulario de notificación, que genera carencias de información, y la falta de operatividad de las “modificaciones a la operación” que podrían subsanar los problemas sin necesidad de acudir al TDC, el SDC es capaz, en general, de identificar rápidamente los problemas de forma objetiva y de adoptar el curso correcto. Cuestión distinta es si en gran parte de los casos en los que no hay problema alguno de competencia y, por lo tanto, no cabe la remisión al TDC es necesario destinar los limitados recursos con los que cuenta el SDC a preparar un informe detallado de recomendación al Ministro de Economía. El establecimiento de un procedimiento simplificado o de “mirada rápida” es, por esta razón, una de las propuestas que luego desarrollamos.

Mucho más grave es la absoluta falta de transparencia respecto de la decisión final del Gobierno y la ejecución, en su caso, de las condiciones impuestas. Y esta cuestión afecta a la credibilidad de todo el sistema.

Así, una vez que el TDC aprueba el dictamen sobre la operación de concentración, ni las partes notificantes, ni los terceros, pueden conocer o intervenir en la última fase del procedimiento. El Gobierno puede libremente adoptar una serie de decisiones con un solo límite: el Tribunal Supremo (Prosegur/Blindados del Norte) se ha limitado a recordar que el Gobierno debe razonar en la decisión final por qué se aparta de la recomendación del TDC, lo que en última instancia remite a una regla general del procedimiento administrativo que el Gobierno sencillamente no respetaba. La ausencia de razones ha venido siendo la regla general: por ejemplo, en las concentraciones producidas en el mercado de la fabricación y distribución de la cerveza, Heineken/Cruzcampo y Mahou/San Miguel, el Gobierno aprobó las operaciones en contra del criterio del TDC sin dar explicación alguna.

Curiosamente la necesidad de razonar en qué se aparta la decisión gubernamental de lo establecido en el dictamen del TDC ha tenido un efecto claramente perverso, aparte de constituir una limitación claramente insuficiente en esta materia.

En primer lugar, el Gobierno no ha tenido reparo alguno en interferir en el proceso de elaboración por parte del TDC del dictamen y recomendación respecto de un caso concreto. Se buscaba que el TDC no limitara la discrecionalidad del Gobierno o, incluso peor, que se preparara el camino para la decisión final previamente adoptada. De esta forma, el Gobierno podía escudarse públicamente en el dictamen del TDC para adoptar decisiones ajenas a cuestiones de competencia.

El efecto de esta interferencia opaca, pero conocida, ha sido desastroso. Por un lado, el TDC ha adoptado recomendaciones respecto de los mismos mercados absolutamente contradictorias: así el dictamen de prohibición de la operación de Unión Fenosa/Hidrocarbónico, que aceptó el Gobierno, fue seguida poco tiempo después por la recomendación de aprobación con condiciones de la integración Endesa/Iberdrola. No hay explicación justificada por principios de competencia que ampare esta diferencia de análisis.

Por otro lado, estas interferencias han provocado fisuras internas en el TDC en varias ocasiones, con el consiguiente descrédito de la institución y del sistema de control: han proliferado los votos particulares que no consisten en una mera discrepancia técnica que pueda tener cierta justificación (como por ejemplo en Abertis/Retevisión), sino que en realidad las diferencias de opinión han sido tan evidentes que, más que un dictamen, parecían dos (Sogecable/Vía Digital).

Esta situación ha venido acompañada, además, por un gradual empeoramiento del análisis de los problemas de competencia en el seno del TDC. Quizá también por los graves defectos del formulario de notificación, el TDC muchas veces carece de la información y evidencia necesaria para poder sostener sus conclusiones. Se opta muchas veces por teorías económicas “novedosas” *ad hoc* o se realizan afirmaciones generales sin aportar evidencia alguna. La situación es particularmente grave en lo que respecta al argumento

de “eficiencias”: ni se ha discutido en detalle qué es una eficiencia que compense un problema de competencia, ni se ha llevado a cabo nunca cuantificación alguna de la misma.

En todo caso, no vale sostener que estos problemas solamente afectan a determinados asuntos de naturaleza sensible. Precisamente es en estas ocasiones en las que el TDC debe intervenir, donde se demuestra la calidad y credibilidad del sistema y en las que se demuestra la verdadera voluntad política de respetar el objetivo de competencia.

En segundo lugar, la obligación de motivar la decisión final en aquello que se aparta de la recomendación del TDC es insuficiente, no sólo por las limitaciones de la revisión jurisdiccional, sino porque la exigencia de su cumplimiento para evitar la sanción de nulidad es francamente tenue. En este caso, habrá que esperar a ver si el Tribunal Supremo incrementa las exigencias al Gobierno en esta cuestión a raíz de los procedimientos actualmente en curso.

En toda esta situación también subyace un problema de fondo. La LDC descansa sobre una lógica errónea que coloca al Gobierno, por muy buena fe que tenga, en una posición imposible. En efecto, si bien son las empresas que se concentran las que deben notificar la operación aportando cuanta información consideren relevante conforme al formulario oficial, la LDC parece presumir que es el Gobierno el que, conociendo el mercado, es capaz de imponer remedios y condiciones que solventen los problemas de competencia identificados. El que sea el Gobierno el que “imponer” condiciones y no las partes que se concentran las que ofrezcan compromisos o remedios a los problemas de competencia tiene como consecuencia inevitable el error en la decisión, aparte del escaso plazo de un mes en el cual, se supone, el Gobierno debe resolver el problema.

Considerar al Gobierno capaz de anticipar unilateralmente qué condiciones son las más adecuadas para resolver un problema de competencia constituye una visión paternalista de su función: ni conoce todos los mercados en toda su extensión, ni puede conocerlos en el plazo establecido en la LDC por muy capacitados que estén los funcionarios del SDC. La cuestión se agrava por una interpretación errónea de los derechos de las partes y de los interesados, que se ha mantenido en numerosos casos: a diferencia de los procedimientos de control de concentraciones en los cuales existen garantías de transparencia, el Gobierno se niega en redondo a reconocer a los terceros la capacidad de comentar sobre los remedios o condiciones que pretende “imponer”, argumentando que el derecho de audiencia se ejerce ante el TDC y no en la última fase del procedimiento.

El resultado no es positivo. De entrada, se adoptan condiciones no operativas, desproporcionadas o absurdas que poco o nada tienen que ver con el problema de competencia y sí con intereses políticos. Peor aún, se corre el riesgo de que el Gobierno asuma una responsabilidad que no le corresponde, pues las partes notificantes pueden abandonar la operación de concentración si las condiciones impuestas no son aceptables: el Gobierno corre con el riesgo político de una decisión empresarial.

La cuestión también tiene que ver con la naturaleza de las condiciones que se imponen. La interpretación correcta de la LDC es que no se autoriza al Gobierno a adoptar cualquier condición, sino solamente aquellas que respondiendo a la finalidad de la propia ley resuelvan los problemas de competencia derivados de la operación. Lo absolutamente fundamental del conjunto de condiciones (o remedios) que se impone es que resuelva el problema de competencia de forma completa y efectiva, y sin necesidad de supervisión constante. Si no se puede eliminar el problema de competencia en su totalidad, la concentración debe ser prohibida. Dicho de otra forma, las condiciones exigidas deben permitir concluir que la operación no da lugar a una posición en el mercado susceptible de impedir la competencia.

Esta posición no es compartida en la práctica por el Gobierno. Las condiciones de aprobación se imponen frecuentemente por razones que no tienen que ver con el problema de competencia en cuestión. El caso más significativo es cuando se utilizan para “suspender” la aplicación de una norma previa, pero no hace falta recurrir a estos extremos para mostrar la distorsión que se produce. La aplicación de la condición típica y normal de un sistema de control de concentraciones, es decir, la obligación de desinvertir en activos que permita resolver el problema de competencia derivado de la acumulación de poder de mercado no se da prácticamente nunca en España. Se opta por condiciones que o bien no resuelven nada (como meras promesas de buen comportamiento) o se imponen condiciones fuera de lugar en mercados en competencia (como el control de precios por parte de la Administración). A veces, incluso se presume del elevado número de condiciones impuestas, independientemente de su valía, lo que resulta francamente embarazoso.

Si bien la naturaleza de las condiciones que impone el Gobierno, siempre sin escuchar a los interesados, puede ser objeto de crítica, peor aún es la formulación de las mismas así como su determinación en la práctica. El Gobierno suele optar por aprobar unas determinadas condiciones que hace públicas, y luego delega en las partes notificantes y el SDC la fijación de su modo de cumplimiento. Esta fase del procedimiento, que es la clave para la vigilancia del cumplimiento de las condiciones impuestas, carece completamente de transparencia. No es posible hacer juicios certeros sobre cómo se aplican los remedios en la práctica y cómo se supervisa su cumplimiento, lo que es grave, sobre todo porque el SDC no tiene recursos de control suficientes. Resulta, entonces, que las condiciones o no se aplican, o se aplican mal, convirtiéndose en mera fachada de una decisión política.

En suma, esta posición central del Gobierno no ha sido positiva en modo alguno ni para la credibilidad del sistema de control ni, creemos, para la eficiencia en los mercados, si bien no hay estudios profundos sobre esta cuestión. Se ha optado por una clara indefinición del criterio de interés general o de los motivos que justifican determinadas decisiones, se ha convertido el sistema de control en puras soluciones *ad hoc*, incluso mediante la intromisión directa en el procedimiento ante el TDC, y todo ello se ha hecho, además, rodeando todo el procedimiento en esta fase tan sensible de la más absoluta falta de transparencia y control externo.



Es, por lo tanto, necesario, de nuevo en el contexto de una reforma meditada de toda la estructura institucional de la LDC, que la decisión de examinar en profundidad una operación de concentración y el resultado final de un caso residan en la autoridad de competencia.

Adicionalmente, es preciso modificar la lógica interna de aplicación de las condiciones o remedios a una determinada operación: deben ser propuestas por las partes notificantes y su efectividad para resolver el problema de competencia debe evaluarse de forma transparente, en un procedimiento en el que participen los interesados. Debe corresponder a la autoridad de competencia la aprobación o rechazo de las condiciones que se presentan.

Si se desea reservar al Gobierno la facultad de intervenir en el procedimiento con objeto de defender otros objetivos de interés público, dicha intervención debe ser transparente, no relacionada con cuestiones de competencia y, además, limitada a los casos en los cuales la autoridad haya considerado finalmente que una operación no puede ser condicionada y, por lo tanto, debe ser prohibida y las partes crean que pueden probar la existencia de dicho interés. Se trata del sistema alemán que en la práctica no es utilizado a menudo con objeto de no interferir en el examen de la autoridad de competencia, pero que permite al Gobierno federal asumir su responsabilidad en ocasiones específicas.

De esta forma, el Gobierno español asumiría la responsabilidad de optar por defender públicamente que una operación merece ser aprobada por criterios ajenos y superiores al mantenimiento de la competencia. Por supuesto, estas decisiones deben estar fundamentadas y estarían sujetas a revisión judicial. Por lo tanto, podría ser recomendable reservar al Gobierno la capacidad de intervenir, siempre a instancia de parte, y solamente en los casos en los que la autoridad de competencia ha decidido prohibir una operación, y exclusivamente conforme a criterios transparentes relacionados con el interés público y no con la competencia.

Por otro lado, la desaparición de la facultad del Gobierno de decidir sobre el caso concreto no elimina la posibilidad de instar a la autoridad de competencia a examinar un mercado concreto e informar al poder ejecutivo de sus condiciones de competencia. Si bien, en mi opinión, este tipo de recomendaciones de actuación concretas son contraproducentes, ya que inducen a confundir los papeles del Gobierno y de la autoridad en esta materia y, además, pueden prejuzgar el resultado de un caso concreto, sí que resulta claro que, de producirse, se debería atribuir a la autoridad poderes de investigación suficientes que permitan obtener la información adecuada.

## **5. La Administración responsable del sistema de control: administraciones autonómicas y órganos reguladores**

La descentralización en la aplicación de las normas de conducta de la LDC ordenada por el Tribunal Constitucional no abarca el procedimiento de control de concentraciones. De esta forma, solamente la Administración central tiene competencia en esta materia. Desde la perspectiva de la eficacia del sistema y de la realidad económica del mercado nacional esta opción es la más adecuada.

El fundamento del nuevo sistema comunitario de control, que se basa en una relación flexible de reenvíos de operaciones entre la Comisión Europea y las autoridades de cada Estado miembro, no justifica la adopción de un enfoque descentralizado en España. Aparte de las dudas y potenciales conflictos que se derivarían de un sistema que delimitase competencias sobre la base de los efectos localizados en el mercado, la realidad objetiva es que sería muy ineficiente establecer sistemas de reenvío intranacionales a la vista del probable número de concentraciones afectadas.

Sin embargo, es evidente que en muchas ocasiones los mercados geográficos relevantes afectados por una operación de concentración son infranacionales o, cuando menos, existen efectos simultáneos y singulares en diferentes mercados locales o regionales. Es el caso, por ejemplo, de concentraciones que afectan al sector de la distribución comercial, la distribución de energía o las actividades industriales, cuyos costes de transporte relativos y otras características justifican la delimitación local de los efectos (por ejemplo, la fabricación de hormigón). También existen en España mercados en transición hacia una dimensión nacional, lo que ha justificado en ocasiones el examen conjunto de los efectos en el mercado nacional y en mercados regionales (por ejemplo, la distribución de cerveza).

Teniendo en cuenta estas particularidades, sería recomendable prever expresamente el derecho de las autoridades de competencia autonómicas a participar en el procedimiento de control, sin facultades de co-decisión, pero yendo más allá de la mera exigencia de colaboración entre las diferentes administraciones. Por ejemplo, podría establecerse la capacidad de instar a la Autoridad a examinar una operación de concentración (en el caso en el que se retenga, contra nuestra opinión, un umbral de notificación basado en cuota de mercado) y el derecho a participar activamente en el procedimiento, como cualquier otro interesado, a efectos de aportar consideraciones sobre los efectos locales.

Por otro lado, de la misma forma que es preciso por muchas razones eliminar la dualidad de órganos (SDC y TDC) en el tratamiento de los expedientes de prácticas restrictivas y abuso de posición dominante, tampoco se entiende que el procedimiento de control se divida en diferentes fases ante dos órganos diferentes. Supone una duplicidad de esfuerzos (sobre todo ahora que el SDC ha desarrollado una práctica muy clara de examen de mercados) que, además, genera en ocasiones dictámenes diferentes sobre los mismos problemas. Por lo tanto, sin perjuicio de la adopción de determinadas garantías de procedimiento, es preciso concentrar el examen y decisión respecto de las operaciones de concentración en un único órgano administrativo. Dicha autoridad debe mantener una separación interna entre la instrucción de un asunto y la decisión final, de forma que, aparte de respetar exigencias legales de nuestro procedimiento administrativo, se evite el problema del sesgo confirmatorio, común en derecho de la competencia, que tiene lugar cuando las personas encargadas de un asunto pueden examinar la evidencia disponible con objeto de confirmar ideas preconcebidas sobre el problema.

Esta autoridad debe, además, tener competencias expresas para adoptar directrices, recomendaciones o comunicaciones que aclaren de forma transparente el tratamiento de diversas cuestiones de gran interés para las partes. La práctica actual es deficitaria en este aspecto, pues, a pesar de los esfuerzos del SDC en este sentido (adoptando unas Directrices sobre los elementos esenciales del análisis de concentraciones económicas), la LDC carece de información detallada y no está claro en qué aspectos las autoridades nacionales siguen las pautas establecidas por la Comisión Europea.

En cuanto a las relaciones entre la autoridad de competencia y los órganos reguladores sectoriales (CNE y CMT), creo que sería erróneo atribuir a estos últimos capacidad de decisión respecto de concentraciones en sus respectivos sectores, ya que no contribuiría a la necesaria claridad y transparencia del sistema. Ello no sería impedimento para la coordinación inter-administrativa que podría darse en materia de prácticas restrictivas y de abuso de posición dominante (en mi opinión no debería haber problema en que aplicaran la LDC en estas materias conforme al sistema británico. Es preciso, pues, mantener la exigencia de dictamen previo de la CNE y la CMT en concentraciones que afecten a los mercados energéticos y de telecomunicaciones.

Sin embargo, es preciso aclarar la relación existente entre determinados procedimientos de autorización de operaciones que las Leyes reservan a estos órganos sectoriales con aquella relativa a la defensa de la competencia. Por ejemplo, la facultad de la CNE de examinar el impacto de una operación en los niveles de inversión en actividades reguladas (Gas Natural/Iberdrola, REE, etc.) no puede resultar en una duplicación de autorizaciones de “competencia”, para garantizar las funciones que se atribuyen a los órganos reguladores en estos mercados. La coordinación de procedimientos debe realizarse tanto en lo que respecta al objeto como a la secuencia temporal de ejercicio de las respectivas competencias, incluso teniendo en cuenta la necesaria adaptación de la normativa del mercado de valores. Por ejemplo, en el caso Gas Natural/Iberdrola se solicitó la autori-

zación de la CNE, que debía analizar el impacto de la operación en las actividades reguladas, antes de que la autoridad de competencia hubiese examinado el asunto y el Gobierno hubiese decidido si se “imponían” condiciones de desinversión de activos, que ya había ofrecido Gas Natural. La falta de orden lógico del examen también estuvo presente en el caso Endesa/Iberdrola, cuando la CNE emitió un dictamen “abierto”, dada la estructura de la operación, que el SDC aceptó examinar (fusión más desinversión de activos no especificados). Es recomendable, pues, coordinar, en el objeto y en las fases el procedimiento de control de concentraciones con las autorizaciones que corresponde otorgar a los órganos reguladores y, en su caso, a la CNMV.

## 6. Notificación obligatoria y umbrales de notificación

El sistema de control en vigor, como la mayor parte de los que se examinan en derecho comparado (con la relevante excepción de Gran Bretaña), establece una obligación de notificación previa a la ejecución que se impone a las empresas que se concentran o a aquella que adquiere el control sobre una o varias empresas.

La obligatoriedad de la notificación está justificada por la falta de recursos de la autoridad para poder investigar de oficio y, sobre todo, como es nuestro caso, por la ausencia de un sistema de impugnación de concentraciones ante la jurisdicción por parte de los terceros afectados (los competidores, proveedores o clientes). Es verdad que, si una operación crea un problema de competencia, lo lógico es que los afectados acudan ante la autoridad con objeto de denunciar los efectos en sus intereses legítimos. Sin embargo, ello retrasa el examen y no aporta más ventajas que un sistema objetivo de notificación obligatoria. En suma, es preciso mantener la notificación obligatoria.

Ahora bien, la notificación obligatoria debe ir acompañada de un sistema de umbrales que solamente establezca dicha obligación para operaciones que tienen un efecto en España. La jurisdicción de la autoridad nacional no puede extenderse a operaciones cuyo nexo con España es inexistente o tenue. Sin entrar en las complejas particularidades de los procedimientos de examen multi-jurisdiccional que escapan a este trabajo, resulta claro que es preciso diseñar de forma adecuada los umbrales de notificación.

El principio a respetar en todo momento es que los umbrales deben basarse en criterios objetivos y cuantificables. Deben permitir a las empresas y a sus asesores, de forma rápida y con información que les resulte accesible, poder determinar la existencia de la obligación. Este primer paso no debe presuponer ningún elemento del análisis posterior.

Ello no ocurre en la LDC. Existe un umbral de cuota de mercado que sencillamente no es necesario. Este umbral (que prácticamente no existe ya en derecho comparado) no añade nada a la credibilidad de nuestro sistema, ya que incrementa los costes de forma artificial. En efecto, es común que los asesores deban decidir en abstracto si una determinada definición de mercado relevante de producto es la adecuada para luego tener que estimar si la operación supera las cuotas establecidas, todo ello con objeto de decidir si existe o no obligación de notificación. Por otro lado, las dudas sobre la aplicación de este umbral malgastan los recursos del SDC al tener que atender el procedimiento de consulta previa establecido en la LDC. Finalmente, y sobre todo, el umbral tal y como viene definido en

la LDC obliga a la notificación de operaciones cuya importancia es extremadamente reducida y su impacto en la competencia nulo. Por ejemplo, la adquisición por una sociedad sin actividad en España de una empresa que tenga una cuota del 25% en un mercado relevante de producto (si existiese), está sujeta a notificación obligatoria, a pesar de que resulta evidente que dicha operación carece de impacto en el mercado. En suma, sería recomendable la eliminación en la LDC del umbral de notificación basado en la cuota de mercado que se alcanza en el mercado nacional o en una parte del mismo.

El umbral de notificación debe relacionarse realmente con la actividad de las dos “partes” de la operación (comprador y activos o empresas adquiridas), combinando criterios de dimensión de forma razonable. El sistema establecido en la LDC respecto del umbral del volumen de negocios (suma agregada de volúmenes netos de ventas a nivel nacional siempre que al menos dos partes en la operación superen un determinado montante de ventas en España) es, en principio, adecuado, si bien resulta extraño que tengamos un umbral significativamente superior al de otros países comparables (Francia, por ejemplo). El origen está en la falta de un análisis público que lo relacione con la economía nacional. A diferencia de otros países (Italia, por ejemplo), en España no se ha producido una revisión de los umbrales y nadie conoce su justificación actual.

Si, a resultados de un estudio razonable y prospectivo, se decidiera incrementar el volumen de ventas agregado de las empresas que concurren como partes en una operación, con objeto de limitar la obligación de notificación a las operaciones relevantes, entonces la sugerencia sería limitar el segundo umbral al volumen de negocios de la parte adquirida en sustitución de la regla actual mencionada más arriba.

En suma, a falta de un análisis pendiente por parte del SDC, es aconsejable mantener el umbral relacionado con los volúmenes de ventas netos en España de las empresas partícipes en la operación durante el año anterior (datos cuantitativos e inmediatamente accesibles). Resultaría también beneficioso, por otro lado, desarrollar el concepto de empresa partícipe y de grupo empresarial a efectos de la suma de los volúmenes de venta, dado que en estos momentos la normativa de aplicación es muy parca en esta materia y crea problemas de consistencia con conceptos ajenos a la normativa de competencia.

Ahora bien, como antes señalábamos, nuestro sistema actual no permite ni a la autoridad ni a terceros examinar o impugnar concentraciones no sujetas a notificación obligatoria. En nuestra opinión, cualquier reforma de los umbrales debe considerar este factor. También es preciso tener en cuenta, en el diseño de los umbrales, aquellas operaciones que pueden reducir la competencia en España a raíz de una pérdida de competencia actual o potencial en otro Estado. Es decir, es preciso tratar aquellas operaciones en las que una empresa con posición dominante en España adquiere activos o empresas en el extranjero (sin nexo con la economía nacional), pero que tienen un efecto en nuestro país. En este aspecto, o bien se establece un umbral cuantitativo muy alto o bien se definen criterios

objetivos relacionados con la operación que permitan a la autoridad instar la notificación a las empresas afectadas.

La fijación de umbrales cuantitativos y objetivos debe venir acompañada de un refuerzo de las sanciones administrativas por falta de cumplimiento de la obligación, si bien esta cuestión se relaciona, sobre todo, con la definición del concepto de concentración que luego examinamos. En general, el SDC ha sido activo en esta materia con objeto de hacer respetar las obligaciones de notificación y, por lo tanto, no resulta necesario reformar los procedimientos, sin perjuicio de que sería deseable una mayor transparencia en la resolución de expedientes sancionadores.

## 7. Suspensión de la ejecución de la operación, fases del procedimiento y plazos de examen

El sistema de la LDC permite la notificación de un mero proyecto de operación de concentración. Este es un elemento positivo que, además, ha sido interpretado de manera flexible por el SDC en acuerdos informales con las partes: la existencia de cartas de intenciones o borradores de contratos permiten al SDC evaluar la seriedad de la notificación. Por otro lado, exigir la notificación de una operación cerrada complicaría sobremanera la negociación de las transacciones y realmente no es lógico que se produzcan notificaciones puramente especulativas que malgasten los recursos del SDC. Además, la existencia de tasas por la notificación y su publicidad evita parcialmente este tipo de notificaciones. En nuestra opinión, si tiene lugar una reforma en este campo, debería bastar con obligar a que las partes certificaran de buena fe su intención de consumir la operación que se notifica, de forma similar a como ocurre en EE UU.

El sistema también prevé que no quepa la ejecución de la operación hasta que exista una decisión expresa o tácita de aprobación, permitiendo a las partes solicitar el levantamiento de la suspensión en el caso de que el Ministro decida remitir el expediente al TDC. Este es el sistema actualmente vigente en la UE.

La suspensión de la ejecución se basa en la dificultad de imponer remedios o condiciones de desconcentración a una operación ya ejecutada. Precisamente por ello, la “suspensión” obliga a la Administración a pronunciarse en un plazo razonable.

Sin embargo, el riesgo de una potencial prohibición de la operación, o que las condiciones que se definan finalmente para su aprobación no puedan ser asumidas en atención a su impacto económico, debería ser una eventualidad que asumieran las partes en sus contratos sujetos a notificación. No es sencillo, pero en modo alguno imposible, anticipar si una operación en cuestión puede tener problemas de competencia y, por lo tanto, el riesgo de la ejecución sin previa autorización debe recaer en las partes

Finalmente, el examen en profundidad de los problemas de competencia de una operación de concentración es un procedimiento complejo, de tipo legal y económico, que precisa un tiempo razonable para poder llevarlo a cabo.

La solución al dilema entre seguridad jurídica para las empresas y tiempo para examinar los problemas de competencia pasa por filtrar adecuadamente las operaciones que nece-



sitan un examen en profundidad y, simultáneamente, por dotar a la autoridad de competencia de los instrumentos necesarios para obtener información adecuada.

Ello exige como paso inicial codificar buenas prácticas de relación entre la autoridad y las partes que notifican. En particular, es preciso anticipar si la operación puede tener problemas de competencia y establecer qué niveles de información debe contener su notificación. La autoridad debería tener la posibilidad de renunciar a determinada información, reduciendo, por lo tanto, el esfuerzo del trámite de la notificación. En esta materia, el SDC actualmente opera de forma similar a cualquier autoridad de competencia madura, excepto que sería deseable, de nuevo, la codificación de esta práctica de alguna forma.

En paralelo es posible adoptar un procedimiento simplificado de notificación para operaciones para las que resulte obvio que carecen de problemas de competencia y que pueden ser definidas de forma objetiva por la autoridad de modo similar al modelo comunitario (concentraciones conglomerado con cuotas bajas, por debajo de cuotas de mercado predeterminadas, etc.). En estos casos, los requisitos de información serían reducidos y las partes podrían asumir, si lo desean, la decisión de ejecución.

En todo caso, es aconsejable mantener, como hasta ahora, un procedimiento en dos fases con un plazo máximo de resolución a contar desde la notificación completa de la operación:

- La primera fase debe permitir a la autoridad decidir si la operación merece un examen en profundidad de los problemas de competencia y no debe durar más de un mes desde la fecha de la notificación. Si ha habido una comunicación fluida previamente a la notificación es posible que la autoridad pueda informar rápidamente a las partes de que la operación no tiene problemas de competencia y que no se opone a su ejecución. La eliminación de la intervención del Ministerio de Economía en esta fase sin duda contribuiría a una mayor rapidez. La autoridad debe tener la posibilidad de rechazar la notificación si no está completa y, en su caso, solicitar información directamente a los notificantes o a los terceros acerca de la operación. Cuando no se planteen problemas de competencia o que los mismos se hayan resuelto mediante el ofrecimiento de compromisos o remedios por las notificantes (y su efectividad haya sido comprobada por la autoridad de forma transparente), la operación se considera aprobada y puede ser ejecutada.
- La segunda fase del procedimiento consiste en el examen en profundidad de la operación. Debe tener un plazo máximo no inferior a tres meses desde la fecha de inicio. La autoridad podrá requerir información de las partes notificantes o de cualquier tercero. Es fundamental que la segunda fase se inicia mediante la comunicación a las partes notificantes de los problemas de competencia identificados por la autoridad, para reducir el ámbito del debate a cuestiones específicas y concretas que puedan ser examinadas en detalle. Esta comunicación no prejuzga la decisión final, pero sí que fija los términos

de la cuestión con el objeto de obligar a la autoridad a ser concreta respecto a los puntos que han suscitado preocupación y han motivado la apertura de la investigación. Actualmente las razones por las cuales se remite una operación al TDC se conocen con posterioridad a la remisión, lo que resulta absurdo si las partes tienen la posibilidad de evitar dicho examen en profundidad ofreciendo compromisos. Y, todavía peor, el TDC no está vinculado por el análisis del SDC, lo que resulta en duplicidades y contradicciones en el examen.

En ambas fases la autoridad debe poder discutir con las partes notificantes la modificación de la operación o la adopción de remedios y condiciones que resuelvan los problemas de competencia, siempre que la autoridad compruebe su efectividad, solicitando la opinión de los interesados. Asimismo, los terceros que tengan un interés legítimo han de poder participar en el procedimiento mediante el acceso al expediente y la presentación de alegaciones. Actualmente esto no resulta posible en España, precisamente por la absurda competencia del Gobierno en lo referente a la imposición de condiciones. En efecto, es el Ministro que debe resolver el que tiene que incitar a las partes a presentar compromisos, lo que, como se comprenderá, no ocurre.

Igualmente debe existir la posibilidad de ampliar los plazos si las partes notificantes están de acuerdo al respecto.

Por lo tanto, para operaciones de concentración, sería recomendable mantener la suspensión obligatoria de la ejecución durante el plazo de un mes para aquellos casos que merecen un examen en profundidad y mejorar el filtro para las situaciones que carecen de problemas. El examen en profundidad debe tener una duración máxima de al menos tres meses, en lugar de dos como se prevé ahora para el TDC, y debe iniciarse mediante una especificación de las razones de competencia por las cuales la autoridad considera que debe llevarse a cabo un estudio pormenorizado de la operación.

## **8. Formulario de notificación: Información y evidencia y poderes de la autoridad**

La obtención de forma rápida y efectiva de información acerca del mercado es esencial para asegurar una decisión final correcta sobre una operación de concentración. Ello es así, tanto si los funcionarios deben probar internamente las objeciones a una operación, como si hay que acudir a un tribunal porque lo que se pretende es su prohibición.

La situación actual en este aspecto no es satisfactoria. No solo no se utilizan de manera efectiva determinadas facultades o poderes de investigación, sino que sobre todo se aceptan demasiadas notificaciones incompletas o técnicamente muy deficientes. La notificación es la principal fuente de información de la autoridad de competencia y, por ello, es fundamental tanto definir un contenido exhaustivo de ella como exigir su cumplimiento. La responsabilidad no es sólo del SDC sino también de las empresas y sus abogados que, en ocasiones, carecen de los conocimientos necesarios en esta materia. De nuevo, una relación fluida y previa a la notificación puede ayudar en esta materia.

Por otro lado, el grado de información que debe contener una notificación debe guardar relación con el umbral que se establezca. Si, por ejemplo, se decide recortar el umbral, sería preciso reducir la información inicial que deben proveer las partes limitándola a aquellos elementos que permitan rápidamente constatar si la operación tiene problemas de competencia. Reducida así la carga de trabajo en esta primera fase, la autoridad debería estar luego en condiciones de poder requerir información más completa en aquellos casos en que la operación plantea dudas.

El actual formulario de notificación que establece la normativa de desarrollo de la LDC resulta insuficiente como fuente de información para la autoridad de competencia y, por lo tanto, es preciso contemplar su reforma. Una crítica detallada desborda el ámbito de este trabajo, pero sí que es posible realizar una serie de consideraciones a título de ejemplo. En primer lugar, el lenguaje en algunas materias es impreciso o ambiguo, lo que deriva también de la parca regulación de algunos conceptos en la LDC y su normativa de desarrollo. En segundo lugar, se requiere información innecesaria que además permite extenderse en consideraciones muy generales sobre los mercados que carecen de utilidad. En tercer lugar, no existe una clara delimitación de los efectos en los mercados, de forma que se obligue a las partes a manifestar su opinión sobre los efectos de manera precisa y adecuada. En cuarto lugar, no existe una obligación clara de cuantificación respecto de

las eficiencias que se aleguen. Y, finalmente, no existe una lista exhaustiva de documentación que debería acompañar a la notificación.

En el procedimiento actual, ni el SDC ni, lo que es peor, el TDC utilizan de forma consistente y efectiva las herramientas de investigación que establece la LDC, aparte de que no existen recursos que permitan la medición cuantitativa de los efectos de una operación en casos complejos. Si existiese una autoridad de competencia que uniera las fases de instrucción y resolución, la obtención de información objetiva e imparcial debería comenzar inmediatamente tras la aceptación de una notificación completa.

A este respecto, los requerimientos de información a las partes y a terceros, la obligación de aportar documentos internos de los notificantes, las audiencias de las partes recogidas en el expediente, la posibilidad de encargar estudios específicos, las inspecciones de las empresas, etc., son facultades de investigación que deberían atribuirse a la autoridad de competencia. Actualmente algunas de estas herramientas previstas en la LDC no se utilizan en la práctica (por ejemplo, requerimientos de información completos), dada la división de competencias existente entre el SDC y el TDC. En efecto, el SDC basa su recomendación al Ministro esencialmente en la notificación que recibe de las partes. Por otro lado, la interpretación meramente pasiva que el TDC asume de su posición en el procedimiento a la hora de formular su dictamen constituye también un problema. En realidad, el TDC se limita a recibir alegaciones de las partes, a escucharlas en una audiencia no pública y, en ocasiones muy puntuales, a requerir información específica de las partes. Ello se agrava en nuestro procedimiento por razones de plazo, ya que el Gobierno limitó a dos meses la fase de dictamen del TDC, lo que resulta a todas luces insuficiente en la mayor parte de los casos que merecen un examen en profundidad.

En suma, cualquier reforma del sistema debe replantearse las facultades y poderes de investigación de la autoridad de competencia con objeto de que, desde el primer momento, no se dependa excesivamente de la información suministrada por las partes en la notificación.

## 9. Garantías de procedimiento

Un sistema de control de concentraciones debe ser transparente y respetuoso con los derechos de todos los interesados, de forma que las partes notificantes conozcan en todo momento qué problemas puede tener la operación notificada y la autoridad tenga en cuenta, de verdad, los intereses legítimos de los terceros.

El procedimiento administrativo en España, con múltiples fases ante diferentes órganos con distintas competencias y objetivos, no garantiza los derechos de las partes ni de los interesados. Esta situación se debe tanto a sus vagos objetivos como a la posición que se reserva al Gobierno en el mismo. Ello se manifiesta en una pluralidad de cuestiones que deben ser modificadas, de nuevo, en el contexto de una reforma general que cree una nueva autoridad de competencia. Por dar algunos ejemplos de carácter general sin entrar en casos concretos podemos citar:

En primer lugar, no es posible evitar la remisión de una operación de concentración al TDC, con las graves incertidumbres que ello conlleva, ya que las partes, una vez presentada la notificación, no pueden obligar al SDC o al Ministro a tener en cuenta modificaciones o compromisos que lo eviten.

En segundo lugar, los terceros interesados carecen de capacidad de actuación alguna ante el SDC.

En tercer lugar, no existe una regla objetiva o coherente de acceso al expediente y de declaración de confidencialidad de los elementos que contiene. El TDC adopta decisiones arbitrarias en estas cuestiones sin dar a conocer razonamiento alguno.

En cuarto lugar, no se hacen públicas las opiniones orales vertidas en las audiencias ante el TDC, por lo que no es posible conocer en toda su extensión lo que tiene en cuenta el tribunal a la hora de formular el dictamen.

En quinto lugar, la posición del TDC es puramente reactiva y no considera las alegaciones de los interesados. Ello se debe también a que no adopta decisiones, sino recomendaciones, y a que debe hacerlo en un plazo manifiestamente insuficiente y sin recursos. No existe forma de anticipar la opinión del TDC, de manera que las partes puedan fijar el debate en cuestiones específicas. El procedimiento se convierte en un debate general

y muy vago sobre multitud de temas sin que exista forma de obligar al TDC a ser específico en su análisis. Por ello, lo normal es que el contenido del dictamen del TDC esté desconectado de las condiciones que se recomiendan.

En sexto lugar, ni las partes notificantes ni los terceros interesados pueden comentar sobre el contenido específico de las condiciones que el TDC pretende recomendar al Gobierno antes de su adopción.

En séptimo lugar, y a pesar de que recientemente se ha previsto que el dictamen del TDC se haga público antes de la decisión del Gobierno, su publicidad se retrasa de forma injustificada, produciéndose, además, filtraciones parciales a los medios de las condiciones antes que a los interesados, lo que resulta vergonzoso.

En octavo lugar, y como hemos visto, el Gobierno de forma arbitraria no reconoce el derecho de intervención de los interesados en esta última fase del procedimiento. Se limita a adoptar una decisión unilateralmente sin atender al derecho de audiencia y sin comunicar a nadie qué condiciones pretende adoptar en su caso.

En noveno lugar, el Gobierno delega en el SDC la fijación detallada de las condiciones que impone a la operación, por lo que no es posible conocer en profundidad las mismas a la hora de examinar la decisión final.

Finalmente, el SDC y las partes notificantes acuerdan la aplicación concreta de las condiciones impuestas sin que ningún interesado tenga derecho alguno a conocerlas en el seno de un procedimiento opaco que se denomina de “vigilancia”, cuya efectividad se desconoce.

El panorama es, pues, desolador. Ello se debe, en el fondo, a la consideración del procedimiento de control de concentraciones como una prerrogativa del Gobierno y no como lo que debiera ser: un procedimiento administrativo que busque una decisión correcta de forma objetiva y transparente. Por ello es preciso adoptar nuevas reglas para el procedimiento administrativo que garanticen los derechos de todos los interesados.

## 10. Concepto de concentración

La LDC se basa en el concepto de concentración establecido en la normativa comunitaria. Así, una operación de concentración existe cuando una o más empresas, mediante la compra de participaciones en el capital o la adquisición de elementos del activo, a través de contrato o por cualquier otro medio, adquieran, directa o indirectamente, el control sobre la totalidad o parte de una u otras empresas. El control resulta de los derechos, contratos, u otros medios que, por si mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa. En particular, se trata de los derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa o derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.

La determinación de la existencia de control, exclusivo o conjunto, y su modificación como elemento constitutivo del concepto de concentración es un ejercicio complejo, sobre todo en circunstancias de control conjunto de dos o más empresas y en el control exclusivo por debajo del 50% del capital de la empresa adquirida. En algunas ocasiones este concepto, por su ambición de aprehender toda la realidad empresarial que tenga un impacto estructural, falla estrepitosamente. Hay que decir que se producen situaciones obvias de control conjunto en las cuales la inexistencia de vetos formales conocidos obliga a las autoridades a mirar hacia otro lado. En otras ocasiones, la decisión discrecional de atribuir importancia a unos factores que “indican” control respecto de otros introduce inseguridad jurídica. Es imposible analizar de forma objetiva todos los supuestos de control que pueden darse en la realidad. Por eso, quizá sería recomendable adoptar criterios claros relacionados con el tamaño de la transacción, acompañados de un sistema objetivo de exención como en los EE UU, pero creemos que, dada la necesaria coherencia de nuestro sistema con el comunitario, es preciso retener un concepto idéntico de control a efectos de determinar si existe o no operación de concentración.

Un elemento que sí necesita reforma es el tratamiento de las empresas conjuntas o de riesgo compartido. El sistema de la LDC está basado en la antigua y problemática distinción entre aspectos concentrativos y cooperativos. Las operaciones “concentrativas” están sujetas al control de concentraciones mientras que aquéllas cuyo objeto principal sea la coordinación del comportamiento competitivo de las matrices (cooperación) reciben el tratamiento general de la Ley 16/1989 para los acuerdos restrictivos y, en su caso,

una autorización singular. Esta distinción procedimental es onerosa para las partes y nada efectiva en la práctica. En nuestra opinión, no es sólo que en el contexto de una reforma general de la LDC debe desaparecer la posibilidad de autorización de prácticas restrictivas (en consonancia con el nuevo sistema comunitario), sino que toda operación de creación de empresa conjunta con plenas funciones debe ser analizada por los servicios dedicados al control de concentraciones.

Finalmente, en algunos casos, determinar si la operación constituye o no una concentración puede tener también implicaciones en la normativa del mercado de valores y de validez o eficacia de pactos parasociales, a la luz de la nueva normativa sobre transparencia. Esta es una cuestión compleja y aún no resuelta. En nuestra opinión, el concepto de control a efectos de la normativa de competencia no se puede trasladar sin matiz alguno a otras normativas. Por ejemplo, tener control conjunto en una sociedad no debe significar sin más que las empresas actúan concertadamente a efectos del mercado de valores. Sin embargo, existen dudas y lagunas en esta materia que deberían ser objeto de tratamiento.



## 11. Regla material de análisis

En lo que respecta a la regla material de análisis de las concentraciones, su estudio en detalle desborda este trabajo. Sí que conviene, sin embargo, precisar algunas cuestiones: en primer lugar, el objeto de todo sistema debe ser identificar y prevenir cualquier operación que afecte a la competencia de forma significativa y, por ello, no tiene sentido diferenciar el efecto por su tipología.

En segundo lugar, a pesar de que el SDC procede correctamente en términos generales en esta materia, es importante adaptar la normativa española a la nueva regla material comunitaria de forma expresa, para hacer coherente el análisis material de concentraciones y modificar, expandiendo, la actual comunicación del SDC sobre tratamiento de concentraciones. Además, es aconsejable hacer tabla rasa, a la vista de los errores materiales que el TDC ha cometido en numerosas ocasiones por las razones ya comentadas respecto del procedimiento actualmente vigente. No es exagerado afirmar que en el momento actual, y por esta razón, no hay certeza alguna respecto a qué concentraciones crean problemas de competencia, una vez que se remite el expediente ante el TDC.

En tercer lugar, es preciso establecer una disciplina interna, pero pública de análisis de operaciones, que atienda de forma ordenada a los elementos necesarios para poder determinar de forma objetiva si existen o no problemas de competencia. Así, por ejemplo, una lista de cuestiones que deben evaluarse materialmente podría ser la siguiente:

- **Definición de mercado relevante de producto y geográfico**, de forma que se tengan en cuenta todos los elementos que constriñen la capacidad de competir de las empresas que se concentran, y aceptando que este ejercicio nunca puede ser perfecto. Sobre todo, carece de sentido atribuir a un elemento más importancia que a otro o excluirlo directamente del análisis. Por ejemplo, las dudas sobre si la “sustituibilidad” de la oferta tiene “menos” importancia que la de la demanda o si dicho elemento debe tenerse en cuenta a la hora de analizar las barreras de entrada y no cuando se examina la definición de mercado, implican que muchas operaciones que carecen de problemas por esta cuestión no son evaluadas correctamente. Finalmente, en este aspecto es preciso no perder de vista que cuando existe competencia actual de productos o servicios del extranjero, la definición del mercado geográfico debe servir para reducir el análisis de la competencia en lo que afecta a España.
- **Efectos unilaterales (no coordinados)**, que supone examinar si la empresa concentrada podrá incrementar los precios de forma rentable o reducir la innovación o la

capacidad de elección de los consumidores, siempre teniendo en cuenta a los competidores. El análisis debe separarse del tradicional concepto de posición dominante utilizado para determinar conductas contrarias a la competencia, evitar afirmaciones absolutas relativas a las cuotas de mercado al considerarlas como indicio de poder sobre todo en mercados de productos diferenciados, y establecer una serie de pasos para evaluar estos efectos: tipo de concentración (si combina o no productos sustitutivos en mercados de productos diferenciados), posición de las partes en el mercado, situación de sus competidores incluyendo la posibilidad de ampliar capacidad e incentivos para hacerlo, condiciones de competencia (utilizando índices de concentración como el HHI, pero sin el dogmatismo habitual), existencia o no de entradas recientes en el mercado y características de la demanda. Debe tenerse también en cuenta los casos especiales, sobre todo cuando el efecto unilateral tiende al monopsonio en mercados de compra o cuando la operación afecta a un competidor potencial definido adecuadamente.

- **Efectos coordinados**, que pretende determinar si la concentración da como resultado facilitar la coordinación de precios u otro efecto negativo en la competencia por parte de las empresas que permanecen en el mercado. Es preciso delimitar de forma clara los elementos de evidencia con objeto de evitar afirmaciones aventuradas sobre el concepto de “dominio conjunto” como ha ocurrido en algún asunto, tanto en casos de “conductas contrarias a la competencia” como de control de concentraciones. Se trata, en definitiva, de determinar si las empresas pueden realmente actuar de forma conjunta, supervisar esa coordinación y penalizar o frenar cualquier desviación respecto a lo pactado entre ellas.
- **Barreras de entrada o de expansión de capacidad**, que busca analizar en la evaluación de una operación que tiene algún efecto negativo en la competencia nacional, si el daño puede moderarse mediante la entrada de nuevos competidores o la expansión de capacidad de los existentes. En esta área es preciso determinar qué constituye entrada efectiva en el mercado en términos de capacidad de competir, así como el tiempo que puede transcurrir y la probabilidad de que tenga lugar, todo ello sobre la base de datos comprobables y no de meras afirmaciones generales sobre el efecto del incremento de barreras de entrada al cual está acostumbrado el TDC.
- **Eficiencias**, que es posiblemente el área en que el sistema español está menos desarrollado y se generan mayores problemas. En primer lugar, es preciso aclarar que el análisis de eficiencias invocadas y probadas por las partes puede ser llevado a cabo en el examen de la operación no meramente como una defensa ante una operación que cree problemas de competencia. Esta aproximación sería coherente con el objetivo de una política de competencia bien argumentada como antes hemos recomendado. En segundo lugar, es preciso que las partes prueben dichas eficiencias y que las mismas se deriven directamente de la operación y esto no ocurre en España. Actualmente no es sólo que las eficiencias no se prueban sino que, todavía peor, el TDC ha utilizado

un concepto de eficiencia, que abarca reducciones de coste de las empresas, derivado de la eliminación de la competencia sin ni siquiera probar en modo alguno que ello beneficiaría a los consumidores.

En suma, es recomendable que de forma normativa se establezca claramente el objeto último del sistema, haciéndolo coherente con la nueva regla material comunitaria y, sobre todo, que se imponga una disciplina interna, pero pública de análisis de operaciones, que atienda de forma ordenada a los elementos necesarios para poder determinar de forma objetiva si existen o no problemas de competencia.

## 12. Remedios y condiciones a las operaciones de concentración

Como ya se ha explicado en este trabajo, el sistema actual de control de concentraciones no garantiza la adopción de las condiciones o remedios adecuados por razones de procedimiento y materiales.

Respecto al procedimiento, constituye un grave error que el Gobierno sea competente para imponer condiciones, y un despropósito que, además, lo haga sin escuchar a los interesados y delegando su aplicación real en un procedimiento paralelo y opaco que gestiona el SDC.

Es preciso reformar la situación actual en la cual los remedios y condiciones no suelen ser proporcionales al problema de competencia y no sirven como solución. Antes al contrario, en algunos casos las condiciones impuestas agravan el problema de competencia o crean nuevos conflictos.

Es, por lo tanto, preciso establecer que las condiciones o remedios sean propuestos por las partes en cualquier momento del procedimiento, que la autoridad pueda comprobar su efectividad de forma rápida y completa y que sea posible para los terceros interesados manifestar su opinión. Los principios básicos de los remedios y condiciones deben modelarse, como poco, en el sistema comunitario. Por ello,

- no deben aceptarse meros compromisos de comportamiento futuro;
- los compromisos ofrecidos por las partes deben permitir una aplicación rápida, completa y efectiva que elimine el problema de competencia;
- los compromisos no deben generar incertidumbre alguna sobre su aplicación;
- los compromisos o remedios no deben ser complejos o estar sujetos a obligaciones cuyo cumplimiento no dependa de las partes y que no puedan ser efectivamente supervisados;
- los compromisos ofrecidos no deben requerir vigilancia alguna por parte de la autoridad de competencia una vez aplicados, o, si es precisa dicha supervisión por la naturaleza de los mercados, ésta debe ser lo menos onerosa posible.

La autoridad debe evitar cualquier tentación de utilizar las condiciones impuestas como mecanismo de regulación de la situación de competencia de un mercado, como ahora hace el Gobierno. Por ejemplo, resulta absurdo autorizar una operación de concentración que posteriormente necesite un control regulatorio de los precios aplicados por la empresa. El objetivo es mucho más modesto: se trata de resolver de la forma más efectiva posible el problema de competencia observado y no de diseñar mercados desde un despacho.

Además, la autoridad de competencia no debe tener reparo alguno en prohibir una operación cuyos problemas de competencia no pueden ser remediados. En este sentido, las condiciones o remedios son accesorios a la concentración, no son la operación en sí misma. En España se ha venido aceptando la notificación de operaciones de concentración que prometían la aplicación de remedios en un futuro plan de desinversión sin concretar. Esto representa una adulteración del sistema de control. No se puede notificar una operación respecto de las condiciones de competencia que existirían una vez aplicados unos remedios cuyo detalle, por su naturaleza, no se conoce. A este respecto, conviene de una vez por todas aclarar, mediante la eliminación de la competencia del Gobierno, que el sistema de control de concentraciones no es el apropiado para regular la estructura de un mercado. Ni ese es su objeto ni, además, puede serlo.

Es preciso también introducir cierta disciplina respecto de la aplicación de los remedios en cualquier decisión final. Así, la autoridad debe razonar por qué un remedio es elegido frente a otras alternativas y cuál es su efecto previsible. No cabe, como ahora, realizar afirmaciones vagas o generales sobre la bondad de las condiciones que se imponen.

Finalmente, es preciso que la autoridad revise periódicamente si los remedios o condiciones aplicadas fueron efectivos para poder contrastar el grado de acierto de las decisiones adoptadas.

## 13. La revisión judicial

Los precedentes existentes son poco significativos, afectan solo a elementos parciales, y ninguno examina el sistema de control establecido por la LDC en su integridad. Sin embargo, sí que es posible afirmar que el problema más grave en la revisión de las decisiones que adopta el Gobierno es la falta de efectividad por las dificultades derivadas de obligar a la Administración a ejecutar lo juzgado.

Desde el punto de vista de los terceros interesados, la suspensión cautelar de una decisión de concentración es muy difícil, una vez que nuestro Tribunal Supremo ha aceptado una interpretación restrictiva sobre el criterio del *periculum in mora* en este ámbito. En este caso, y dada la extensa duración de los procedimientos judiciales y la complejidad de la prueba legal y económica propia de los mismos, es perfectamente posible que una sentencia de anulación o bien llegue demasiado tarde o bien no pueda, como ya ha ocurrido, obtener las naturales consecuencias de un fallo anulatorio, esto es, la desconcentración efectiva mediante el restablecimiento de la competencia. En esta materia, sería conveniente que se desarrollaran medidas cautelares específicas para esta cuestión, más allá de la mera suspensión de la decisión. Por ejemplo, que la Administración garantizara la gestión separada de los negocios mientras se sustancia el procedimiento judicial.

Debe señalarse que la legitimación de los interesados para recurrir una decisión de aprobación no puede ser cuestionada en nuestro derecho, pero no cabe duda de que dicha posición podría ser interpretada de forma más restrictiva si existiera un procedimiento administrativo que garantizase, en un mínimo, la adopción de decisiones correctas. En la situación actual, los interesados afectados por una decisión de aprobación que no ha tenido en cuenta sus intereses están indefensos.

Por otro lado, si bien existen dudas legítimas sobre el alcance de esta cuestión, hay que tener en cuenta que la actuación del Tribunal consiste meramente en revisar la decisión adoptada limitándose a comprobar, aparte de cuestiones de forma, si se cometió un error de apreciación de los hechos o una infracción de norma jurídica. De esta forma, es muy dudoso, por ejemplo, que el Tribunal pueda anular ciertas condiciones adoptadas y no otras, sin apreciar la nulidad completa de la decisión. Este factor limita todavía más la efectividad de la sentencia desde el punto de vista de los interesados.

Para los notificantes, recurrir una decisión de prohibición, de lo que no hay precedentes en España, no es tampoco una solución efectiva. Una vez obtenida sentencia, normalmente las condiciones en las cuales se planteó la concentración originalmente ya no existen.

En suma, este es un problema complejo cuya única solución efectiva sería establecer la competencia jurisdiccional para aquellos asuntos en los que la Administración pretenda prohibir una operación de concentración. Si no se adopta este modelo, y tampoco abre la vía para la impugnación directa de concentraciones ante la jurisdicción por parte de los interesados, será preciso entonces plantearse modificaciones de procedimiento que permitan adoptar una decisión acelerada sobre esta cuestión y que contemplen también la revisión efectiva de los remedios y condiciones negociados entre las partes y la autoridad. En nuestra opinión, ello exige un procedimiento ante el Tribunal Supremo adecuado a esta materia que sea rápido y que, una vez fijados los términos del debate mediante la demanda y contestación, obligue a las partes a defender oralmente sus argumentos en una vista.

## 14. Conclusiones: Recomendaciones de reforma

- Resulta conveniente adoptar una disciplina de transparencia en la formulación de una política de defensa de la competencia, que se una a la reforma del procedimiento de control de concentraciones y, en general, de la LDC. En el contexto de una reforma general, debería meditararse la conveniencia de que la Administración tenga que acudir a la jurisdicción cuando pretenda prohibir una concentración.
- Es esencial establecer que el objeto del sistema es mantener la competencia efectiva en el mercado y que ha de tener como prioridad evitar dos graves errores: prohibir lo que se debía aprobar, y aprobar lo que se debía prohibir. La autoridad de competencia debe ser disciplinada y transparente en la aplicación de la regla material de análisis de operaciones, atendiendo de forma ordenada a los elementos necesarios para determinar objetivamente si existen o no problemas de competencia. Debe probarse lo que se afirma tanto por las partes como por la autoridad de competencia.
- La decisión de examinar en profundidad una operación de concentración y la decisión final sobre el caso deben residir en la autoridad de competencia, proceso que debe ser llevado a cabo por un único órgano administrativo.
- 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. Por otro lado, la supresión de la facultad del Gobierno de decidir sobre el caso concreto no es incompatible con el mantenimiento de la posibilidad de instar a la autoridad de competencia a examinar un mercado concreto e informar al Gobierno de sus condiciones de competencia.
- Sería recomendable prever expresamente el derecho de las autoridades autonómicas de competencia a participar en el procedimiento de control en aquellos casos en los que existen efectos locales. La participación debería extenderse a procedimientos en los que el Gobierno examina la petición de aprobación de una operación de concentración previamente prohibida por la autoridad de competencia por razones de interés público.
- Es recomendable mantener la exigencia de dictamen previo de la CNE y la CMT en concentraciones que afecten a los mercados energéticos y de telecomunicaciones, pero es preciso coordinar en su objeto y sus fases todo el procedimiento respetando el trámite



de las autorizaciones que corresponde otorgar a los órganos reguladores sectoriales.

- Es preciso mantener un sistema de notificación obligatoria, pero debe eliminarse el umbral basado en la cuota que se alcanza en el mercado nacional o en una parte del mismo.
- Es recomendable mantener la obligación de suspensión de la ejecución de una operación de concentración durante un mes, mejorando el filtro para aquellas operaciones que carecen de problemas. El examen en profundidad de los casos problemáticos debe tener una duración máxima de al menos tres meses y debe iniciarse con la exposición de las razones de competencia por las cuales la autoridad considera que debe llevarse a cabo un análisis pormenorizado de la operación.
- Es recomendable mantener el criterio de la modificación de control a efectos de determinar la existencia de una concentración.
- El actual formulario de notificación es insuficiente para que la autoridad de competencia obtenga toda la información relevante y, por lo tanto, es preciso contemplar su reforma.
- Cualquier reforma del sistema debe replantearse las facultades y poderes de investigación de la autoridad de competencia, con objeto de que, desde el primer momento, no se dependa excesiva o exclusivamente de la información suministrada por las partes en la notificación. La autoridad debe poder rechazar notificaciones incompletas y debe tener recursos suficientes.
- Es preciso adoptar nuevas reglas de procedimiento administrativo que garanticen los derechos de todos los interesados.
- Toda operación de creación de empresa conjunta de plenas funciones debe ser analizada por los servicios dedicados a control de concentraciones.
- Las condiciones o remedios deben ser propuestos por las partes notificantes y su efectividad para resolver el problema de competencia debe evaluarse de forma transparente en un procedimiento en el que participen los interesados. Debe corresponder a la autoridad de competencia la aprobación o el rechazo de las condiciones que se presentan, conforme a principios claros y conocidos. Las condiciones impuestas deben resolver el problema de competencia y la autoridad debe razonar por qué un remedio es elegido frente a otras alternativas y cuál es su efecto previsible.
- Es preciso adoptar reglas de procedimiento específicas para los casos de revisión jurisdiccional de las decisiones de aprobación o prohibición de una operación de concentración.

## Documentos de trabajo publicados

- 1/2003. **Servicios de atención a la infancia en España: estimación de la oferta actual y de las necesidades ante el horizonte 2010.** María José González López.
- 2/2003. **La formación profesional en España. Principales problemas y alternativas de progreso.** Francisco de Asís de Blas Aritio y Antonio Rueda Serón.
- 3/2003. **La Responsabilidad Social Corporativa y políticas públicas.** Alberto Lafuente Félez, Víctor Viñuales Edo, Ramón Pueyo Viñuales y Jesús Llaría Aparicio.
- 4/2003. **V Conferencia Ministerial de la OMC y los países en desarrollo.** Gonzalo Fanjul Suárez.
- 5/2003. **Nuevas orientaciones de política científica y tecnológica.** Alberto Lafuente Félez.
- 6/2003. **Repensando los servicios públicos en España.** Alberto Infante Campos.
- 7/2003. **La televisión pública en la era digital.** Alejandro Perales Albert.
- 8/2003. **El Consejo Audiovisual en España.** Ángel García Castillejo.
- 9/2003. **Una propuesta alternativa para la Coordinación del Sistema Nacional de Salud español.** Javier Rey del Castillo.
- 10/2003. **Regulación para la competencia en el sector eléctrico español.** Luis Atienza Serna y Javier de Quinto Romero.
- 11/2003. **El fracaso escolar en España.** Alvaro Marchesi Ullastres.
- 12/2003. **Estructura del sistema de Seguridad Social. Convergencia entre regímenes.** José Luis Tortuero Plaza y José Antonio Panizo Robles.
- 13/2003. **The Spanish Child Gap: Rationales, Diagnoses, and Proposals for Public Intervention.** Fabrizio Bernardi.
- 13\*/2003. **El déficit de natalidad en España: análisis y propuestas para la intervención pública.** Fabrizio Bernardi.
- 14/2003. **Nuevas fórmulas de gestión en las organizaciones sanitarias.** José Jesús Martín Martín.
- 15/2003. **Una propuesta de servicios comunitarios de atención a personas mayores.** Sebastián Sarasa Urdiola.
- 16/2003. **El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma.** Olga Fuentes Soriano.

- 17/2003. **Propuestas para una regulación del trabajo autónomo.** Jesús Cruz Villalón.
- 18/2003. **El Consejo General del Poder Judicial. Evaluación y propuestas.** Luis López Guerra.
- 19/2003. **Una propuesta de reforma de las prestaciones por desempleo.** Juan López Gandía.
- 20/2003. **La Transparencia Presupuestaria. Problemas y Soluciones.** Maurici Lucena Betriu.
- 21/2003. **Análisis y evaluación del gasto social en España.** Jorge Calero Martínez y Mercè Costa Cuberta.
- 22/2003. **La pérdida de talentos científicos en España.** Vicente E. Larraga Rodríguez de Vera.
- 23/2003. **La industria española y el Protocolo de Kioto.** Antonio J. Fernández Segura.
- 24/2003. **La modernización de los Presupuestos Generales del Estado.** Enrique Martínez Robles, Federico Montero Hita y Juan José Puerta Pascual.
- 25/2003. **Movilidad y transporte. Opciones políticas para la ciudad.** Carme Miralles-Guasch y Àngel Cebollada i Frontera
- 26/2003. **La salud laboral en España: propuestas para avanzar.** Fernando G. Benavides.
- 27/2003. **El papel del científico en la sociedad moderna.** Pere Puigdomènech Rosell.
- 28/2003. **Tribunal Constitucional y Poder Judicial.** Pablo Pérez Tremps.
- 29/2003. **La Audiencia Nacional: una visión crítica.** José María Asencio Mellado.
- 30/2003. **El control político de las misiones militares en el exterior.** Javier García Fernández.
- 31/2003. **La sanidad en el nuevo modelo de financiación autonómica.** Jesús Ruiz-Huerta Carbonell y Octavio Granado Martínez.
- 32/2003. **De una escuela de mínimos a una de óptimos: la exigencia de esfuerzo igual en la Enseñanza Básica.** Julio Carabaña Morales.
- 33/2003. **La difícil integración de los jóvenes en la edad adulta.** Pau Baizán Muñoz.
- 34/2003. **Políticas de lucha contra la pobreza y la exclusión social en España: una valoración con EspaSim.** Magda Mercader Prats.
- 35/2003. **El sector del automóvil en la España de 2010.** José Antonio Bueno Oliveros.
- 36/2003. **Publicidad e infancia.** Purificación Llaquet, M<sup>a</sup> Adela Moyano, María Guerrero, Cecilia de la Cueva, Ignacio de Diego.
- 37/2003. **Mujer y trabajo.** Carmen Sáez Lara
- 38/2003. **La inmigración extracomunitaria en la agricultura española.** Emma Martín Díaz

- 39/2003. **Telecomunicaciones I: Situación del Sector y Propuestas para un modelo estable.** José Roberto Ramírez Garrido y Juan Vega Esquerrá.
- 40/2003. **Telecomunicaciones II: Análisis económico del sector.** José Roberto Ramírez Garrido y Álvaro Escribano Sáez.
- 41/2003. **Telecomunicaciones III: Regulación e Impulso desde las Administraciones Públicas.** José Roberto Ramírez Garrido y Juan Vega Esquerrá.
- 42/2004. **La Renta Básica. Para una reforma del sistema fiscal y de protección social.** Luis Sanzo González y Rafael Pinilla Pallejà.
- 43/2004. **Nuevas formas de gestión. Las fundaciones sanitarias en Galicia.** Marciano Sánchez Bayle y Manuel Martín García.
- 44/2004. **Protección social de la dependencia en España.** Gregorio Rodríguez Cabrero.
- 45/2004. **Inmigración y políticas de integración social.** Miguel Pajares Alonso.
- 46/2004. **TV educativo-cultural en España. Bases para un cambio de modelo.** José Manuel Pérez Tornero.
- 47/2004. **Presente y futuro del sistema público de pensiones: Análisis y propuestas.** José Antonio Griñán Martínez.
- 48/2004. **Contratación temporal y costes de despido en España: Lecciones para el futuro desde la perspectiva del pasado.** Juan J. Dolado y Juan F. Jimeno.
- 49/2004. **Propuestas de investigación y desarrollo tecnológico en energías renovables.** Emilio Menéndez Pérez.
- 50/2004. **Propuestas de racionalización y financiación del gasto público en medicamentos.** Jaume Puig-Junoy y Josep Llop Talaverón.
- 51/2004. **Los derechos en la globalización y el derecho a la ciudad.** Jordi Borja.
- 52/2004. **Una propuesta para un comité de Bioética de España.** Marco-Antonio Broggi Trias.
- 53/2004. **Eficacia del gasto en algunas políticas activas en el mercado laboral español.** César Alonso-Borrego, Alfonso Arellano, Juan J. Dolado, Juan F. Jimeno.
- 54/2004. **Sistema de defensa de la competencia.** Luis Berenguer Fuster.
- 55/2004. **Regulación y competencia en el sector del gas natural en España. Balance y propuestas de reforma.** Luis Atienza Serna y Javier de Quinto Romero.