

---

## Procedimiento administrativo ante las autoridades nacionales de la competencia: el procedimiento de control de concentraciones empresariales

Oriol ARMENGOL  
Jaime DE BLAS<sup>1</sup>

- I. Introducción
- II. Normativa aplicable
- III. Principios básicos informadores del procedimiento nacional
  - 1. Control preventivo
  - 2. Definición de interés público
  - 3. Obstaculización de una competencia efectiva como criterio valorativo
  - 4. Tratamiento de eficiencias
  - 5. Competencias de Control
- IV. Procedimiento
  - 1. Cuestiones Previas
    - 1.1. Aspectos Jurisdiccionales
    - 1.3. Tratamiento de las restricciones accesorias
  - 2. Iniciación del procedimiento
    - 2.1. Notificante
    - 2.2. Forma y Contenido de la Operación
    - 2.3. Levantamiento de la suspensión de la ejecución de la operación
- V. Régimen sancionador

---

1. Abogados del Departamento de Derecho de la Competencia de Pérez-Llorca.

## I. INTRODUCCIÓN

El 18 de octubre de 1989 entró en vigor la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, normativa que coincidió prácticamente en el tiempo con la entrada en vigor del primer Reglamento comunitario de control de concentraciones<sup>2</sup>.

Hasta estas fechas, el control de concentraciones era una práctica altamente desconocida, tanto a nivel comunitario como en España. Sin embargo, en poco tiempo experimentó un amplio desarrollo a nivel comunitario, lo que favoreció que, sobre la base de este modelo<sup>3</sup> y gracias a las aportaciones de la jurisprudencia y la doctrina, el control de concentraciones pronto se asentara en España, convirtiéndose en una práctica jurídica sólidamente consolidada en la actualidad.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, ya existía normativa en España encargada de la regulación de aspectos de defensa de la competencia, en concreto, resultaba de aplicación la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia. No obstante, la Ley de Defensa de la Competencia del año 1989 constituye el primer marco regulador a nivel nacional en materia de control de concentraciones. Como se ha indicado anteriormente, esta Ley se inspiró en la normativa comunitaria de control de concentraciones, y se basó en los principios de libertad de empresa y de defensa de los consumidores establecidos en la Constitución española.

En concreto, esta Ley de Defensa de la Competencia trataba de responder al objetivo consistente en garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, sobre la base de lo dispuesto en: (i) el art. 38 de la Constitución española, que reconoce la libertad de empresa en una economía de mercado, asegurando asimismo la protección de su ejercicio y la defensa de la productividad por parte de los poderes públicos; y (ii) el art. 55 de la Constitución española, que regula la protección a los consumidores y usuarios mediante el establecimiento de procedimientos eficaces que garanticen, entre otros aspectos, la protección de sus legítimos intereses económicos.

Pese a las dudas y reticencias iniciales acerca del establecimiento de un sistema de control de concentraciones, con el transcurso del tiempo fue incrementando el convencimiento sobre la necesidad y eficacia del sistema de control de concentraciones introducido en 1989 basado en un control preventivo de las operaciones, que se consideró un mecanismo imprescindible para la asignación de los recursos.

Partiendo de este convencimiento se ha ido profundizando en el proceso de liberalización de los mercados, potenciando la política de defensa de la competencia sobre la idea de que la libre competencia es la que crea un clima propio para la innovación y el

---

2. Reglamento núm. 4064/1989 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989. Posteriormente derogado por el Reglamento núm. 134/2004, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de Concentraciones»).

3. Así se reconoce expresamente en el Preámbulo de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, cuando dispone que la citada Ley se inspira en las normas comunitarias de política de competencia, que han desempeñado un papel trascendental en la creación y funcionamiento del mercado común.

progreso técnico que, a su vez, protege los intereses de los consumidores, que estarán en disposición de obtener bienes y servicios en las mejores condiciones.

Este potenciamiento del sistema de control de concentraciones ha contribuido a incrementar la seguridad jurídica de los operadores económicos, minimizándose al mismo tiempo los efectos anticompetitivos de la concentración empresarial. Este hecho se vio plasmado con la entrada en vigor el 1 de septiembre de 2007 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia («LDC»), normativa que derogó la anterior Ley de Defensa de la Competencia de 1989, y que contribuyó al desarrollo y mejora del citado sistema de control de concentraciones, adaptando el sistema español al nuevo modelo comunitario regulado en el Reglamento comunitario de Concentraciones de 2004, e introduciendo una serie de novedades de gran importancia.

Entre las novedades introducidas por la LDC con respecto a la anterior Ley de 1989, destacaron las siguientes:

- (i) La ampliación del concepto de concentración, que no sólo se refiere a la creación de una empresa en participación con plenas funciones (*full-function joint venture*), sino también a aquella empresa creada con la finalidad de coordinar la actuación de las empresas matrices. Con anterioridad a la entrada en vigor de la LDC, estas operaciones eran analizadas sobre la base del art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, y no de conformidad con la normativa sobre control de concentraciones.
- (ii) El incremento del umbral mínimo de cuota de mercado del 25% al 30% en un mercado relevante desde el punto de vista de producto y geográfico.
- (iii) La introducción de la posibilidad de pre-notificación. Si bien no constituye una obligación legal, se trata de una práctica ampliamente asentada a nivel comunitario y altamente recomendable, consistente en una primera toma de contacto con la autoridad de defensa de la competencia con la finalidad de discutir aquellos aspectos más controvertidos de la operación de concentración con carácter previo a su notificación formal.
- (iv) La presentación del formulario abreviado de notificación para aquellas operaciones de concentración que no den lugar a problemas de competencia. En concreto, la LDC prevé la notificación mediante formulario abreviado en los supuestos de: (i) ausencia de solapamientos horizontales o verticales entre las partes porque ninguna de ellas realice actividades en el mismo mercado de producto o geográfico; (ii) participación escasa de las partes en el mercado de tal manera que no sean susceptibles de afectar significativamente la competencia; (iii) paso de control conjunto a control exclusivo sobre una empresa; y (iv) empresas en participación que no ejerzan ni vayan a ejercer actividades en España.
- (v) La introducción del test de mercado o *market test*, medida ya aplicada a nivel comunitario consistente en pulsar con los interesados en el expediente y con el resto de operadores del mercado si los compromisos presentados<sup>4</sup> por el notificante para resolver los problemas de competencia derivados de la operación de concentración los resuelven realmente o no.

---

4. La presentación de compromisos por iniciativa propia del notificante supone otra novedad introducida por la LDC.

- (vi) La aprobación del Reglamento de Defensa de la Competencia («RDC»), mediante el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

Aunque, como se ha indicado, el sistema de control de concentraciones es un mecanismo necesario para la asignación de los recursos económicos y para el fomento de la eficiencia económica, no todas las operaciones de concentración están sometidas al control de concentraciones por parte de las autoridades de defensa de la competencia.

Únicamente entran dentro del ámbito del control de concentraciones aquellas operaciones que, sin tener dimensión comunitaria (en cuyo caso estarán, en su caso, sometidas al control de concentraciones comunitario), superen determinados umbrales mínimos establecidos en la LDC. El establecimiento de estos umbrales mínimos responde a la búsqueda de una gestión eficiente de la actividad de la autoridad de competencia, evitando la dedicación de recursos humanos, de tiempo y materiales al análisis de operaciones de concentración que no tengan un impacto suficiente como para poder alterar la estructura del mercado nacional (o de una parte significativa del mismo) en forma contraria al interés público. En este sentido, el art. 5 de la LDC regula las conductas de menor importancia que, pese a referirse expresamente a conductas potencialmente anticompetitivas (y no al procedimiento de control de concentraciones) son aquellas que, por su escaso impacto sobre el mercado, quedan fuera del espectro de control de las autoridades de defensa de la competencia<sup>5</sup>.

La LDC prevé dos umbrales mínimos alternativos cuyo cumplimiento por parte de las empresas partícipes de la operación de concentración de que se trate, dará lugar a la obligación de notificar la citada operación de concentración a la autoridad de defensa de la competencia (actualmente, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la «CNMC»), que se encargará de su análisis con la finalidad de determinar su compatibilidad con el mercado nacional.

En primer lugar, se establece un umbral de cuota de mercado, en virtud del cual, será sometida al control de concentraciones aquella operación de concentración que dé lugar a una adquisición o incremento de una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado de producto y geográfico relevante<sup>6</sup>. La Ley de Economía Sostenible introdujo una excepción a este umbral de cuota de mercado, elevándolo al 50 por ciento de cuota de mercado cuando el valor de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos no supere los 10 millones de euros en el último ejercicio contable<sup>7</sup>.

Es importante resaltar que la mayoría de los sistemas de control de concentraciones de los Estados miembros de la Unión Europea no disponen de este umbral de cuota de mercado<sup>8</sup>, y únicamente prevén un umbral de notificación basado en la facturación de

5. Estas conductas de menor importancia o de *minimis* se desarrollan reglamentariamente en el RDC, que dispone que se entenderán de menor importancia: (i) las conductas entre empresas competidoras, reales o potenciales, cuando su cuota de mercado conjunta no exceda del 10 por ciento en el mercado relevante en cuestión; y (ii) las conductas entre empresas no competidoras, ni reales ni potenciales, cuando la cuota de mercado de cada una de ellas no exceda el 15 por ciento en el mercado relevante en cuestión.

6. Art. 8.1 a) de la LDC.

7. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Disposición Final Tercera.

8. Además de España., únicamente Portugal y el Reino Unido prevén un umbral de cuota de mercado.

las empresas que forman parte de la operación de concentración, tal y como se detalla a continuación.

En segundo lugar, la LDC regula la obligación de someter al control de concentraciones aquella operación de concentración en la que el conjunto de las partes intervinientes tengan un volumen de negocios global en España en el último ejercicio contable de más de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de las partes realicen de manera individual en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros<sup>9</sup>.

Tal y como se explica en detalle más adelante, en caso de que una operación supere cualquiera de estos dos umbrales, ha de someterse al control por parte de la CNMC y no podrá ejecutarse con anterioridad a la obtención de la correspondiente autorización, expresa o tácita, por parte de la CNMC.

Se considera una concentración toda operación que dé lugar a un cambio estable<sup>10</sup> del control de la totalidad o parte de una empresa<sup>11</sup>, entendiéndose por control la posibilidad de ejercer una influencia decisiva mediante derechos de propiedad o uso de determinados activos de dicha empresa o a través de contratos, derechos o cualquier otro medio que permita influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o los órganos de dicha empresa.

Esta modificación estable en la estructura de control de las empresas puede producirse como consecuencia de: (i) la fusión de dos o más empresas anteriormente independientes; (ii) la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas; (iii) la creación de una empresa en participación (*joint venture*); o (iv) la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, siempre y cuando las mismas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma, lo que se conoce como empresa en participación con plenas funciones o *full-function joint venture*<sup>12</sup>.

Quedan excluidas del concepto de concentración aquellas operaciones consistentes en (i) la mera distribución de valores o activos entre empresas dentro de un mismo grupo; (ii) la tenencia con carácter temporal de participaciones adquiridas por una empresa con la intención de proceder a su reventa por parte de entidades de crédito, financieras o de seguro cuya actividad normal comprenda la transacción y negociación de títulos por cuenta propia o de terceros, siempre y cuando no se ejerzan los derechos de voto con el objetivo de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa; y (iii) la adquisición de control por una persona en virtud de un mandato conferido por la autoridad pública de conformidad con la normativa concursal<sup>13</sup>.

9. Art. 8.1 b) de la LDC.

10. A nivel comunitario, el Reglamento comunitario de Concentraciones se refiere a cambio "duradero" de control.

11. De conformidad con el ap. 20 del Reglamento comunitario de Concentraciones, el concepto de concentración abarca las operaciones que dan lugar a un cambio duradero en el control de las empresas afectadas y, por tanto, en la estructura del mercado.

12. Art. 7 de la LDC, art. 3 del Reglamento comunitario de Concentraciones, y sección B de la Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

13. Art. 7.3 de la LDC.

Como se ha indicado, se entiende que una empresa ostenta el control sobre otra empresa cuando tiene la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre ella. No obstante, no es necesario probar el verdadero ejercicio de dicha influencia decisiva, siendo suficiente la mera posibilidad de ejercerla.

El control puede ser exclusivo o conjunto. Se entiende que una empresa A controla exclusivamente otra empresa B cuando puede ejercer una influencia decisiva sobre ella, situación que puede suceder: (i) cuando la empresa A tiene poder suficiente para determinar las decisiones estratégicas de la empresa B<sup>14</sup>, normalmente mediante la adquisición de la mayoría de sus derechos de voto (lo que se conoce como control positivo); o (ii) cuando la empresa A puede vetar las decisiones estratégicas de la empresa B, es decir, cuando tiene la capacidad para bloquear la adopción de medidas estratégicas (lo que se conoce como control negativo).

Por su parte, se entiende que existe control conjunto cuando la capacidad para determinar o bloquear las decisiones estratégicas de otra empresa corresponde a dos o más empresas. El control conjunto se caracteriza por la posibilidad de llegar a una situación de bloqueo a causa de la facultad que tienen estas dos o más empresas matrices de rechazar las decisiones estratégicas propuestas.

A continuación, a lo largo del presente capítulo describiremos en detalle el procedimiento nacional de control de concentraciones, indicando la normativa de aplicación, los principios básicos que regulan el procedimiento, las distintas fases del procedimiento, y el régimen sancionador aplicable en caso de incumplimiento del mismo.

## II. NORMATIVA APLICABLE

El sistema de control de concentraciones nacional se basa, principalmente, en la siguiente normativa:

- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. En concreto, el Capítulo II – De las concentraciones económicas, y el Capítulo III – Del procedimiento de control de concentraciones económicas.
- Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. En concreto, el Capítulo II – De las concentraciones económicas, y el Capítulo III – De los procedimientos de control de concentraciones económicas.
- La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- La Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de Competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.
- Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre de 2004, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia.

---

14. Normalmente, las decisiones estratégicas de una empresa se refieren a cuestiones tales como: (i) la aprobación del presupuesto; (ii) la aprobación del plan de negocios o *business plan*; (iii) el nombramiento de los miembros de los órganos de administración; o (iv) la aprobación de inversiones significativas llevadas a cabo por la empresa.



La autoridad nacional de defensa de la competencia, en aplicación y desarrollo de esta normativa, y haciendo uso de la facultad que le confiere la LDC en su Disposición Adicional Tercera<sup>15</sup>, ha publicado una serie de Comunicaciones con la finalidad de aclarar sus principios de actuación, incrementando así la transparencia y la seguridad jurídica. En particular, en materia de control de concentraciones destaca la Comunicación sobre los supuestos en los que resulta de aplicación el formulario abreviado previsto en el art. 56 de la LDC.

Adicionalmente, con efectos meramente interpretativos, hay que señalar las distintas Comunicaciones publicadas por la Comisión Europea, entre las que destacan las siguientes en materia de control de concentraciones:

- La Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas;
- La Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia;
- La Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) núm. 802/2004 de la Comisión; y
- La Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin.

### III. PRINCIPIOS BÁSICOS INFORMADORES DEL PROCEDIMIENTO NACIONAL

Tal y como se establece en el preámbulo de la LDC, la defensa de la competencia se ha consolidado en la actualidad como uno de los pilares básicos de la política económica.

En una economía de mercado es necesaria la existencia de una competencia efectiva entre los distintos operadores presentes en el mercado, de manera que se produzca una reasignación de los recursos productivos en favor de aquellos operadores más eficientes. De esta forma, estas eficiencias se traducirán en un mayor beneficio y bienestar para los consumidores finales y, por ende, para la sociedad en su conjunto, ya que se dispondrá de productos o servicios de una mayor calidad o variedad, de una mayor innovación o a precios más reducidos.

El sistema de control de concentraciones se encarga de velar por el correcto funcionamiento del mercado, sobre la base de los siguientes principios básicos:

#### 1. Control preventivo

A diferencia de lo que sucede con los acuerdos (regulados en el art. 1 de la LDC) o los abusos de posición de dominio (regulados en el art. 2 de la LDC) potencialmente

---

15. La Disposición Adicional Tercera de la LDC dispone que la CNC (actualmente la CNMC) podrá publicar Comunicaciones aclarando los principios que guían su actuación en aplicación de la presente Ley (la LDC).

anticompetitivos, cuyo análisis se lleva a cabo *a posteriori* teniendo en consideración prácticas o conductas ya realizadas, el análisis del control de concentraciones se lleva a cabo *a priori, ex-ante*, de manera preventiva, con anterioridad a la ejecución de la operación de concentración en cuestión.

A la hora de analizar una operación de concentración, las autoridades de defensa de la competencia tratan de dar respuesta a la pregunta sobre los efectos que dicha operación, en caso de ser ejecutada, tendría sobre la competencia en cualquier posible mercado de producto y geográfico relevante. Se trata de identificar aquellas operaciones que, en caso de ser ejecutadas, afectarían negativamente al funcionamiento competitivo del mercado.

Para evitar que esto suceda y que un mercado se vea afectado negativamente por una operación de concentración, las autoridades de defensa de la competencia tienen la facultad de analizar, con carácter previo a su ejecución<sup>16</sup>, todas aquellas operaciones de concentración que cumplan los umbrales previstos, bien en la normativa comunitaria (en caso de que la operación de concentración pudiera afectar al mercado común y tuviera dimensión comunitaria), bien en la LDC (en caso de que la operación de concentración pudiera afectar al mercado nacional y tuviera dimensión nacional).

Tal y como se explicará más adelante, una vez realizado el análisis de una operación de concentración por las autoridades de defensa de la competencia, éstas pueden autorizar incondicionalmente la operación, autorizarla sometiénola al cumplimiento de una serie de compromisos que eliminarían los posibles efectos anticompetitivos que pudieran derivarse de la operación o, en última instancia, prohibirla. En cualquier caso, la operación de concentración no podrá ejecutarse hasta que la autoridad de defensa de la competencia encargada de su análisis la autorice.

## 2. Definición de interés público

Por regla general, las concentraciones entre empresas mediante fusiones, adquisiciones o mediante la creación de una empresa en participación tienen efectos positivos sobre los mercados. La agrupación de las actividades de varias empresas permite realizar sinergias en numerosos ámbitos como, por ejemplo, en la investigación y el desarrollo de nuevos productos o técnicas, o mediante reestructuraciones que reducirán los costes de producción o distribución. De esta forma, las empresas aumentan su eficiencia en el mercado, la competencia se intensifica y el consumidor final se beneficia de unos productos de mayor calidad y a precios más ajustados.

En este contexto, el control de concentraciones encuentra su fundamento en la idea de que los mercados concentrados y con barreras de entrada, en donde un número limitado de empresas se reparten las ventas, dan pie a comportamientos no competitivos de los que se derivarían niveles elevados de precios o peor calidad y, en consecuencia, pérdidas de bienestar.

---

16. Hay algunos sistemas que se rigen por el control *a posteriori* de las operaciones de concentración, como el sistema de los EE.UU. No obstante, tanto el sistema español como el comunitario, como la práctica totalidad de los sistemas de los Estados Miembros de la Unión Europea se rigen por un sistema de control preventivo, *a priori*.



Buscando el equilibrio entre estas dos aproximaciones, desde la perspectiva de la defensa de la competencia, el tratamiento normativo de la concentración económica no tiene por objetivo impedir las decisiones empresariales que lleven al aumento del tamaño de los operadores o a la modificación de su estructura en respuesta a los cambios en los mercados, sino instaurar un control con el propósito de proteger la competencia cuando la importancia y efectos de las concentraciones pudieran alterar la estructura del mercado nacional en forma contraria al interés público.

### 3. Obstaculización de una competencia efectiva como criterio valorativo

Todo sistema de control de concentraciones ha de disponer de un criterio sustantivo o *substantive test* que sirva de base para determinar si una operación de concentración ha de ser autorizada, modificada o prohibida.

Tradicionalmente han existido dos criterios distintos para valorar sustantivamente una operación de concentración: por un lado, la obstaculización significativa del mantenimiento de una competencia efectiva o *substantial lessening of competition* y, por otro lado, la posición de dominio o *dominance test*.

El criterio de la obstaculización significativa del mantenimiento de una competencia efectiva se encarga de valorar si la operación de concentración dará lugar a un deterioro o disminución sustancial de la competencia efectiva en el mercado relevante en cuestión, entendiéndose por competencia efectiva aquella existente en un mercado que, sin reunir las condiciones de competencia perfecta, se aproxima suficientemente a ellas, impidiendo, de hecho, el poder de mercado por parte de oferentes o demandantes.

Por su parte, el criterio de la posición de dominio se encarga de evaluar si la operación de concentración conllevará la creación o refuerzo de una posición de dominio (ya sea individual o colectiva) en el mercado relevante en cuestión. Tal y como estableció la jurisprudencia comunitaria en el asunto *United Brands*<sup>17</sup>, se entiende que una empresa es dominante cuando tiene la posibilidad de comportarse de manera independiente respecto de sus competidores, clientes y consumidores, esto es, cuando es totalmente ajena a la presión ejercida por la competencia en cuestiones como el precio, la calidad o las condiciones del negocio.

No es necesario que una empresa se encuentre en situación de monopolio en un mercado para considerar que la misma es una empresa dominante<sup>18</sup>. Existe una presunción *iuris tantum* en virtud de la cual se considera que una empresa que ostenta una cuota de mercado superior al 50% es dominante en dicho mercado y, de no serlo, la carga de la prueba recae sobre dicha empresa<sup>19</sup>. En el caso de cuotas de mercado inferiores al 50%,

17. Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, en el asunto C-27/1976, *United Brands Company y United Brands Continental BV contra la Comisión*.

18. Recientemente, la extinta CNC impuso una multa de 3,3 millones de euros a Correos por considerar que había abusado de su posición de dominio en el mercado de servicios mayoristas de acceso a la red postal pública (donde contaba con una cuota de mercado del 100%) y en el mercado de servicios minoristas de notificaciones administrativas.

19. Sentencia del TJCE, de 3 de julio de 1991, en el asunto C-62/1986, *AKZO Chemie BV contra la Comisión* (Akzo III).

habrá que atender a otros elementos como el peso de los competidores o la existencia de barreras de entrada para determinar si la empresa en cuestión es dominante o no.

En el ámbito comunitario, el criterio sustantivo utilizado en el pasado cuando estaba en vigor el Reglamento de Concentraciones de 1989, se basaba en analizar si la operación de concentración podría crear o reforzar una posición dominante como consecuencia de la cual la competencia efectiva fuera significativamente restringida. Sin embargo, la entrada en vigor del Reglamento comunitario de Concentraciones de 2004, introdujo una modificación en el criterio sustantivo, que actualmente se basa en analizar si una operación de concentración podría impedir significativamente la competencia efectiva, en particular (aunque no exclusivamente) como resultado de la creación o refuerzo de una posición de dominio.

Así lo establece el art. 2.3 del Reglamento comunitario de Concentraciones que dispone que las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de manera significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición de dominante, se declararán incompatibles con el mercado común.

Respecto al ámbito nacional, la LDC mantiene el criterio sustantivo utilizado en el pasado y previsto en la anterior Ley de 1989, basado en la obstaculización significativa de la competencia efectiva en los mercados relevantes para la operación de concentración en cuestión. Sin embargo, la LDC introduce un cambio significativo al establecer la posibilidad de que la Administración Pública (a través del Ministerio de Economía y Hacienda<sup>20</sup> y del Consejo de Ministros) pueda adoptar decisiones basadas en motivos de interés general ajenos a la defensa de la competencia.

La LDC establece en su art. 10 que la CNMC valorará las operaciones de concentración atendiendo a la posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional. Y especifica que, en concreto, a la hora de realizar su análisis atenderá a una serie de elementos, entre otros, la estructura del mercado, el peso en el mercado de las empresas objeto de la operación de concentración, la competencia, la existencia de barreras de entrada, o la existencia de eficiencias derivadas de la operación de concentración.

Por su parte, el citado art. 10 de la LDC prevé en su apartado 4 que el Consejo de Ministros podrá valorar las operaciones de concentración atendiendo a criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia. El art. 60 de la LDC regula expresamente la intervención del Consejo de Ministros y establece que el Ministro de Economía y Hacienda<sup>21</sup> podrá elevar la decisión sobre la operación de concentración al Consejo de Ministros por razones de interés general cuando el Consejo de la CNMC haya resuelto prohibir la operación de concentración o condicionarla al cumplimiento de determinados compromisos o condiciones, y el Consejo de Ministros podrá decidir autorizar la operación de concentración motivando debidamente dicha decisión sobre la base de razones de interés general distintas de la defensa de la competencia. La LDC establece como criterios de interés general, entre otros: (i) la defensa y seguridad nacionales; (ii) la protección de la seguridad y salud públicas; (iii) la libre circulación de bienes

---

20. Actualmente, el Ministerio de Economía y Competitividad.

21. Ver nota al pie anterior.

y servicios dentro del territorio nacional; (iv) la protección del medio ambiente; (v) la promoción del I+D tecnológico; o (vi) la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial.

#### 4. Tratamiento de eficiencias

Históricamente, la existencia de posibles eficiencias derivadas de una operación de concentración no era tenida en consideración por parte de las autoridades de defensa de la competencia a la hora de realizar la evaluación de la operación de concentración en cuestión.

Sin embargo, con la entrada en vigor del Reglamento comunitario de Concentraciones, y con la posterior aprobación de la LDC, las autoridades de defensa de la competencia entendieron la necesidad de valorar cualquier eficiencia a la que pudiera dar lugar una operación de concentración al determinar el impacto que dicha operación de concentración puede tener sobre la competencia.

Así lo prevén expresamente tanto el Reglamento comunitario de Concentraciones como la LDC. El Reglamento comunitario de Concentraciones hace una alusión expresa a la necesidad de valorar las eficiencias de una operación de concentración al establecer que «para determinar la repercusión de una concentración sobre la competencia en el mercado común, conviene tener en cuenta las posibles eficiencias invocadas y motivadas por las empresas afectadas»<sup>22</sup>. Por su parte, la LDC dispone que la CNMC valorará las concentraciones económicas atendiendo a la posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional teniendo en consideración, entre otros elementos, las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración<sup>23</sup>.

La justificación por la cual las autoridades de defensa de la competencia han de tener en cuenta las posibles eficiencias a la hora de analizar una operación de concentración radica en que éstas pueden contrarrestar los efectos que la citada operación de concentración podría tener sobre la competencia y el posible daño causado a los consumidores que tendría lugar en caso de no existir dichas eficiencias. De esta forma, una operación de concentración que, por sus características, en principio obstaculizaría la competencia efectiva de manera significativa, puede ser declarada compatible con el mercado nacional o común si las eficiencias derivadas de la misma tienen unos efectos positivos sobre el mercado mayores que los posibles efectos negativos.

De no ser así, en caso de no evaluarse las posibles eficiencias derivadas de una operación de concentración, las autoridades de defensa de la competencia estarían pasando por alto un elemento clave en el análisis del impacto que la operación de concentración tendría sobre el mercado en cuestión. Esto fue lo que sucedió en algunos casos comunitarios que fueron prohibidos por la Comisión Europea, como por ejemplo, el asunto *Tetra Laval/Sidel*<sup>24</sup>, por considerar que los efectos de la operación de concentración la

22. Ver ap. 29 del Reglamento comunitario de Concentraciones.

23. Ver art. 10.1 h) de la LDC.

24. Decisión de la Comisión Europea, de fecha 13 de enero de 2003, en el asunto *COMP/M.2416, Tetra Laval/Sidel*.

hacían incompatible con el mercado común. En dichos casos, la Comisión Europea no tuvo en consideración las posibles eficiencias de las operaciones de concentración notificadas, prescindiendo así de una parte del análisis que, de haberse valorado, podría haber dado lugar a una conclusión distinta sobre la compatibilidad de la operación de concentración con el mercado común.

Respecto a la alegación de las eficiencias, la carga de la prueba recae sobre las partes de la operación de concentración, que han de ser capaces de probar suficientemente su existencia ante las autoridades de defensa de la competencia. En este sentido, en el asunto *Inco/Falconbridge*<sup>25</sup>, la Comisión Europea no estimó la existencia de eficiencias que compensaran los efectos adversos derivados de la operación de concentración, concluyendo que las partes de la operación de concentración no fueron capaces de demostrar que las eficiencias alegadas no se podían conseguir mediante una vía alternativa menos anticompetitiva y que las mismas beneficiarían directamente a los consumidores finales de aquellos mercados donde se habían identificado los problemas de competencia.

Tal y como establece la LDC, las eficiencias pueden consistir, entre otros factores, en la mejora de los sistemas de producción o comercialización, o en la competitividad empresarial. Así lo menciona expresamente el Reglamento comunitario de Concentraciones, que prevé que la Comisión Europea tendrá en cuenta a la hora de evaluar una operación de concentración, entre otros elementos, el desarrollo del progreso técnico o económico, siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia.

Para que las eficiencias sean tenidas en consideración por las autoridades de defensa de la competencia, éstas han de producir un beneficio sobre los consumidores, han de ser específicas de la operación de concentración, y han de ser verificables.

Respecto al beneficio para los consumidores, las eficiencias han de ser sustanciales, producirse con prontitud, y han de beneficiar a los consumidores de los mercados relevantes en los que, de no existir dichas eficiencias, probablemente surgirían problemas de competencia. Ha de existir un incentivo para que las partes de la operación de concentración repercutan las eficiencias a los consumidores.

En relación con la necesidad de que las eficiencias sean específicas de la operación de concentración, éstas han de ser una consecuencia directa de la operación de concentración notificada, y no ha de existir ninguna solución alternativa que pueda producir las mismas eficiencias y cuyos efectos sean menos anticompetitivos, es decir, han de ser inherentes a la operación de concentración.

Por último, respecto a la verificabilidad de las eficiencias, para que las autoridades de defensa de la competencia puedan tener una seguridad razonable de que las eficiencias se materializarán, las mismas han de ser verificables y ser lo suficientemente sustanciales como para compensar el perjuicio potencial que una operación de concentración pueda ocasionar a los consumidores.

---

25. Decisión de la Comisión Europea, de fecha 4 de julio de 2006, en el asunto *COMP/M.4000 - Inco/Falconbridge*.

## 5. Competencias de Control

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LDC el 1 de septiembre de 2007, la anterior Ley de 1989 atribuía las competencias de control de las concentraciones a órganos pertenecientes a la Administración Pública, en particular al Ministerio de Economía y Hacienda<sup>26</sup> y al Consejo de Ministros.

Sin embargo, la LDC introduce un cambio significativo al atribuir las competencias de control de concentraciones a la extinta Comisión Nacional de la Competencia («CNC»), una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda<sup>27</sup>, pero que desempeña su actividad con autonomía orgánica y funcional y con plena independencia de las Administraciones Públicas.

La intervención del Consejo de Ministros se limita a aquellos casos en los que, por razones de interés general, la CNC (actualmente, la CNMC) haya resuelto prohibir la operación de concentración o subordinar su autorización al cumplimiento de determinados compromisos o condiciones.

El 6 de junio de 2013 entra en vigor la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia («LCNMC»). Esta Ley supuso la extinción, entre otros organismos, de la CNC, que fue reemplazada por la nueva CNMC. En lo que a competencia se refiere, este nuevo organismo está compuesto por dos órganos principales, que son: (i) el Consejo de la CNMC, y (ii) la Dirección de Competencia.

Tal y como se explicará en profundidad más adelante en el apartado correspondiente a la tramitación de los expedientes de control de concentraciones, una vez recibida la notificación de la operación de concentración, la Dirección de Competencia es el órgano encargado de formar expediente y de elaborar un informe y una propuesta de resolución. El informe y la propuesta de resolución de la Dirección de Competencia son remitidos al Consejo de la CNMC que, sobre la base de los mismos, se encargará de resolver sobre la operación de concentración, ya sea autorizándola, subordinando su autorización al cumplimiento de determinados compromisos o condiciones o, en última instancia, archivándola o prohibiéndola.

## IV. PROCEDIMIENTO

### 1. Cuestiones Previas

Con carácter previo al análisis de las cuestiones relativas al procedimiento de notificación, es necesario referirse a los aspectos que permiten a la parte notificante que el procedimiento de notificación se realice con la máxima agilidad desde un punto de vista temporal. Aspectos tales como la coexistencia de normativa nacional y comunitaria, la posibilidad que ofrece la LDC de plantear consultas previas a la notificación de la operación de concentración y la identificación de restricciones a la competencia que pudiesen

26. Ver nota al pie 22 anterior.

27. Ver nota al pie 22 anterior.



potencialmente ser consideradas como necesarias o innecesarias para la ejecución de la operación desde un punto de vista de defensa de la competencia.

Como se explica en detalle más adelante, según lo dispuesto en la normativa de aplicación, la duración del procedimiento puede comprender desde un plazo mínimo de un mes (en caso de que la operación de concentración sea autorizada en primera fase) hasta un plazo máximo de aproximadamente tres meses y quince días (en el caso de que la operación de concentración se resuelva mediante Acuerdo del Consejo de Ministros).

### **1.1. Aspectos Jurisdiccionales**

Ante una operación de concentración que, por su naturaleza o por sus características, ha de ser notificada, el primer aspecto a tener en cuenta es ante qué jurisdicción ha de presentarse la notificación, o qué autoridad es la competente para conocer de ella. Como se ha indicado anteriormente, coexisten la normativa nacional y la normativa comunitaria y, por lo tanto, en función de la normativa que resulte de aplicación, será la CNMC o la Comisión Europea, respectivamente, la autoridad competente para resolver sobre la operación de concentración de que se trate.

La razón de ser de los umbrales de notificación radica en que únicamente se sometan a la revisión y análisis de competencia aquellas operaciones que, por la envergadura de las empresas implicadas, sean susceptibles de tener un impacto más o menos significativo en los mercados. A pesar de que tanto en el ámbito nacional como en el ámbito comunitario se utiliza el criterio de los umbrales, la diferencia entre el régimen de control de concentraciones nacional y el comunitario es el sistema de doble criterio de valoración establecido por la LDC.

En España, la notificación se impone en aquellos casos en los que, como resultado de la operación, se superan unos umbrales que pueden ser cuantitativos (volumen de negocios o de ventas) y/o cualitativos (cuota de mercado). Por su parte, el sistema comunitario únicamente tiene en consideración el umbral cuantitativo.

En primer lugar, hay que analizar si la operación cumple los umbrales comunitarios establecidos en el Reglamento comunitario de Concentraciones, en cuyo caso la operación tendría dimensión comunitaria y la Comisión Europea será la autoridad competente para analizar y valorar la operación. En caso contrario, si la operación de concentración no tiene dimensión comunitaria, habría que comprobar si cumple los umbrales previstos en la LDC, en cuyo caso tendría dimensión nacional y la autoridad competente para su evaluación sería la CNMC.

Los umbrales comunitarios tienen carácter acumulativo, de modo que una operación de concentración tendrá dimensión comunitaria y, por tanto, tendrá que ser notificada a la Comisión Europea, en caso de cumplirse todos los umbrales establecidos en el art. 1.2 del Reglamento comunitario de Concentraciones. En concreto, si se cumple lo siguiente:

- Que la suma de los volúmenes de negocios realizados por todas las empresas afectadas, a escala mundial, supere los 5.000 millones de euros; y
- Que el volumen de negocios total, a escala comunitaria, realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la operación de concentración supere los 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total a nivel comunitario en un mismo Estado miembro.



Alternativamente a los umbrales indicados anteriormente (conocidos como umbrales primarios), el Reglamento comunitario de Concentraciones prevé unos umbrales secundarios. En particular, se considera que una operación de concentración tiene dimensión comunitaria si cumple con los siguientes requisitos:

- Que el volumen de negocios a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas sea superior a 2.500 millones de euros;
- Que, en al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas sea superior a 100 millones de euros en cada uno de dichos Estados;
- Que, en al menos tres de los Estados contemplados en el punto anterior, el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros; y
- Que el volumen de negocios total, a escala comunitaria, realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas sea superior a 100 millones de euros, salvo, nuevamente, que cada una de las empresas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Unión Europea en un mismo Estado miembro.

De acuerdo con lo expresado anteriormente, los Estados miembros deben abstenerse, en principio, de aplicar su legislación nacional a aquellas concentraciones que, de acuerdo con el art. 1, apartados 2 y 5 del Reglamento de comunitario de Concentraciones, se reputen comunitarias<sup>28</sup>. Sin perjuicio de ello, este Reglamento contempla el reenvío de expedientes entre los Estados y la Comisión Europea, siempre que se cumplan determinados requisitos.

Cabe destacar que esta posibilidad puede ir en una doble dirección, dado que se prevé tanto que (i) la Comisión Europea remita una concentración de dimensión comunitaria a las autoridades nacionales competentes, con el objetivo de que decidan conforme a Derecho interno, como que (ii) sean las autoridades nacionales quienes reenvíen una operación de ámbito nacional a la Comisión Europea, para que sea ésta la que conozca de ella.

En su origen, la incorporación al Reglamento comunitario de Concentraciones de estos mecanismos de mutuo reenvío encontró su fundamento, por un lado, en la reticencia por parte de los Estados miembros a ceder soberanía sobre el control de concentraciones que afectarían exclusivamente a mercados internos y, por otro lado, en la ausencia de mecanismos y órganos propios de control en algunos Estados miembros. No obstante, tras la modificación de 1997 centrada prioritariamente en ampliar el ámbito de actuación de la Comisión Europea reduciendo las multi-notificaciones, de irregular resultado, los retos surgidos fueron otros. Así, cuando se inició el proceso de reforma normativa que dio lugar a la promulgación del Reglamento comunitario de Concentraciones, había que dar respuesta a los retos derivados del surgimiento de regímenes de control de concentraciones en un mayor número de países, así como a la prevista ampliación de la Unión Europea.

---

28. El sistema se rige por un sistema de ventanilla única o "one-stop-shop".

Por último, las novedades más destacadas en el ámbito jurisdiccional fueron dos: (i) la simplificación de los procedimientos de reenvío de expedientes entre los Estados miembros y la Comisión Europea, y (ii) la posibilidad de reenvíos con carácter previo a la notificación de la concentración.

– **Remisiones posteriores a la notificación de concentración**

En relación con las remisiones realizadas tras la notificación de la operación de concentración, de acuerdo con el párrafo 50 de la Comunicación sobre remisión de asuntos de concentraciones<sup>29</sup>, las realizan los Estados miembros de oficio o a instancia de la Comisión Europea. Dos son los mecanismos contemplados por el Reglamento vigente para el reenvío de expedientes entre autoridades:

(i) *Remisión de la Comisión Europea a los Estados miembros*

- A la luz del art. 9 del Reglamento comunitario de Concentraciones, o «cláusula alemana»<sup>30</sup>, son dos los supuestos por los que un Estado miembro<sup>31</sup> puede solicitar a la Comisión Europea que le remita una operación de concentración que hubiere sido notificada a la propia Comisión Europea. El primer supuesto, regulado por el apartado 2 a) del citado art. 9, tendrá lugar cuando una operación de concentración que tenga dimensión comunitaria amenace con afectar significativamente a la competencia en un mercado definido de un Estado miembro. El segundo supuesto, contemplado en el apartado 2 b) del mismo artículo, se producirá cuando la operación de concentración afecte a la competencia del mercado definido de un Estado miembro, que no constituya una parte sustancial del mercado común.
- A estos efectos, debe entenderse por mercado definido, aquél constituido por un territorio en el que las empresas afectadas intervengan en la oferta y la demanda de bienes y servicios, y en el que las condiciones de competencia sean suficientemente homogéneas. En definitiva, lo relevante es que dicho territorio pueda distinguirse de otros territorios colindantes.
- Por lo que respecta al procedimiento de solicitud, el Estado miembro que pretenda solicitar la remisión dispone de un plazo de quince días laborables para realizar la comunicación a la Comisión Europea, contados desde la fecha en la que el Estado miembro reciba la copia de la notificación de la operación de concentración. Por su parte, la Comisión Europea deberá adoptar su decisión en un plazo de treinta y cinco días laborables a contar desde la notificación, salvo que la Comisión Europea haya incoado el procedimiento de investigación en segunda fase, en cuyo caso dispondría de sesenta y cinco días laborables.
- La autoridad del Estado miembro competente para conocer del expediente remitido por la Comisión Europea deberá decidir sobre el mismo «sin demora indebida». En este sentido, se establece en el art. 9, apartado 6 del Reglamento comunitario de Concentraciones, que la autoridad deberá infor-

29. Comunicación 2005/C 56/2002 sobre remisión de asuntos de concentraciones.

30. Recibe su nombre de la solicitud realizada por las autoridades alemanas para la inclusión de dicha cláusula en el Reglamento de concentraciones original de 1989.

31. En el caso de España, la CNMC.

mar a las empresas afectadas, en el plazo de cuarenta y cinco días laborables contados a partir de la remisión, del resultado de su análisis preliminar y, en su caso, de qué actuación tiene intención de realizar.

- En lo referente a las competencias decisorias de la autoridad nacional a la que se reenvía el asunto, cabe destacar que dicha autoridad sólo puede adoptar las medidas estrictamente necesarias para preservar o restablecer la competencia efectiva en el mercado objeto en cuestión.
  - En los últimos años, de los asuntos remitidos por la Comisión Europea a las autoridades de competencia españolas en fase de post-notificación, cabe destacar los asuntos *SHELL ESPAÑA/CEPSA/SIS JV*<sup>32</sup> y *SESA/DISA/SAE/JV*<sup>33</sup>. En ambos asuntos la remisión fue total, tratándose en sendas operaciones, de empresas dedicadas al comercio de carburantes.
- (ii) *Remisión de los Estados miembros a la Comisión Europea*
- En sentido inverso, el art. 22 del Reglamento comunitario de Concentraciones permite la remisión de expedientes por parte de uno o varios Estados miembros a la Comisión Europea. Ésta última se conoce como «cláusula holandesa»<sup>34</sup>.
  - Tal y como se ha expresado con anterioridad, los mecanismos de reenvío se inician a instancia de los Estados miembros, por iniciativa propia o mediante invitación de la Comisión Europea. En concreto, el mecanismo recogido en el mencionado art. 22 puede iniciarse a instancia de uno o de varios Estados miembros.
  - En este sentido, para que la Comisión Europea admita una operación de concentración que no tenga dimensión comunitaria, es preciso que dicha operación de concentración afecte al comercio entre Estados miembros y amenace con afectar significativamente a la competencia en el territorio del Estado miembro o Estados miembros que presenten la solicitud. Circunstancias que, en cualquier caso, habrán de ser alegadas por las autoridades nacionales interesadas.
  - En particular, para aquellos casos que afecten a España, es competencia de la CNMC decidir sobre la conveniencia de instar la aplicación de lo previsto en el art. 22 del Reglamento comunitario de Concentraciones.
  - De acuerdo con el apartado 1 del artículo 22 del Reglamento comunitario de Concentraciones, los Estados miembros deben presentar la solicitud en un plazo de quince días laborables, a contar desde la fecha de notificación de la operación de concentración en el ámbito nacional. En el caso de que no se exija tal notificación, el plazo se computa a partir de la fecha de su

32. Decisión de la Comisión Europea, de fecha 23 de noviembre de 2004, en el asunto *COMP/M.3275, SHELL ESPAÑA/CEPSA/SIS JV*.

33. Decisión de la Comisión Europea, de fecha 21 de junio de 2012, en el asunto *COMP/M.6525, SESA/DISA/SAE/JV*.

34. Dicha cláusula debe su denominación al hecho de que los Países Bajos, en la fecha de entrada en vigor del anterior Reglamento (CEE) 4064/1989 de Concentraciones, carecían de normativa propia en materia de control de concentraciones.

«comunicación» al Estado miembro en cuestión. A continuación, el apartado 2 del mismo artículo establece que, una vez recibida la solicitud, la Comisión Europea la transmitirá al resto de Estados miembros, los cuales podrán sumarse a la solicitud en un plazo de quince días laborables desde que hubieren recibido una copia de la solicitud inicial por parte de la Comisión Europea.

- Finalmente<sup>35</sup>, tras este período de quince días laborables, la Comisión Europea dispondrá de un plazo de diez días laborables para decidir si acepta el asunto remitido. De no adoptarse tal decisión en plazo, el silencio se reputará positivo y, en consecuencia, se considerará tácitamente que la Comisión Europea ha decidido examinar la operación de concentración.
- En caso de que la Comisión Europea conozca de una operación de concentración remitida en virtud del art. 22 del Reglamento comunitario de Concentraciones, la Comisión Europea deberá informar a todos los Estados miembros y a las empresas afectadas de su decisión al respecto. A su vez, los Estados miembros solicitantes dejarán de aplicar su normativa nacional a dicha operación de concentración.
- Es importante destacar lo dispuesto en el tercer párrafo del art. 22.2 del Reglamento comunitario de Concentraciones, que dispone que el cómputo de todos los plazos nacionales relativos a la operación de concentración queda en suspenso hasta que se haya decidido sobre la jurisdicción que estudiará la operación de concentración. No obstante, dicha suspensión finalizará para el Estado miembro en cuestión en cuanto haya informado a la Comisión Europea y a las empresas afectadas de su intención de no desea sumarse a la solicitud.
- Hasta la fecha, cabe destacar tres expedientes remitidos por la autoridad de defensa de la competencia nacional (actualmente, la CNMC) a la Comisión Europea. En concreto, son los asuntos *Arsenal/DSP*<sup>36</sup>, *Syngenta/Negocio Semillas Girasol Monsanto*<sup>37</sup>, y *SC Johnson/SARA LEE*<sup>38</sup>. De flamante actualidad es la decisión de remisión total del asunto *Cemex/Holcim Assets*<sup>39</sup>, al considerar la Comisión Europea que la operación de concentración puede afectar a la competencia en los mercados españoles del cemento, el hormigón y agregados.

#### — Remisiones previas a la notificación de concentración

Con arreglo al anterior Reglamento comunitario de concentraciones de 1989, existía la obligación de notificar las operaciones de concentración en el plazo de una semana

35. Art. 22.3 del Reglamento comunitario de Concentraciones.

36. Decisión de la Comisión Europea, de fecha 16 de mayo de 2008, en el asunto *COMP/M.5153, Arsenal/DSP*.

37. Decisión de la Comisión Europea, de fecha 12 de noviembre de 2009, en el asunto *COMP/M.5675, Syngenta/Negocio Semillas Girasol Monsanto*.

38. Decisión de la Comisión Europea, de fecha 7 de septiembre de 2010, en el asunto *COMP/M.5969, SC Johnson/Sara Lee*.

39. La Comisión Europea aceptó el pasado 18 de octubre de 2013, la solicitud de remisión por parte de la CNMC, en el asunto *COMP/M.7054, Cemex/Holcim Assets*.

tras la celebración del acuerdo. Sin embargo, el vigente Reglamento comunitario de Concentraciones suprimió esta obligación temporal, permitiendo la posibilidad de que los expedientes se reenvíen en fase de pre-notificación, lo cual permite una mayor flexibilización del sistema y una mejor coordinación entre los sistemas jurisdiccionales en el marco del análisis de las operaciones de concentración.

Las remisiones realizadas con carácter previo a la notificación son llevadas a cabo por iniciativa propia de las partes de la operación. Asimismo, son dos los mecanismos contemplados por el Reglamento comunitario de Concentraciones para el reenvío de expedientes entre las autoridades de defensa de la competencia en fase de pre-notificación.

(i) *De la Comisión Europea a los Estados miembros*

— El art. 4.4 del Reglamento comunitario de Concentraciones prevé que las partes puedan solicitar, en fase de pre-notificación, el reenvío de una operación de concentración que cumpla los umbrales de la normativa comunitaria a las autoridades de un Estado miembro. Para ello, las partes deberán presentar un escrito motivado que acredite que la operación de concentración puede afectar de manera significativa a la competencia en un mercado de dicho Estado miembro. En este sentido, tal y como se exigía para las remisiones posteriores a la notificación, es necesario que el mercado presente todas las características de un mercado definido, de modo que sea necesario el examen de la operación de concentración, en parte o en su totalidad, por el referido Estado miembro.

— Tras la recepción del escrito motivado, la Comisión Europea deberá transmitirlo sin demora a todos los Estados miembros. A continuación, el Estado miembro al que pretende remitirse la operación, dispondrá de quince días laborables desde la recepción del escrito para manifestar su posición en lo relativo a la solicitud de reenvío del asunto. En caso de que dicha autoridad no adoptase una decisión en plazo, el silencio se reputará positivo y se considerará que está de acuerdo con el reenvío de la operación de concentración.

Si el referido Estado miembro manifiesta su desacuerdo a la remisión del asunto, el reenvío de la operación de concentración no podrá tener lugar. En caso contrario, la Comisión Europea tendrá veinticinco días laborables desde la recepción del escrito motivado para emitir la decisión de proceder o no a la remisión del asunto. Una vez adoptada, la decisión debe ser comunicada tanto a las partes como a los Estados miembros. Si la Comisión no adoptase una decisión en el plazo mencionado, tal silencio se reputará positivo, considerándose que ha decidido remitir la operación de acuerdo con el escrito presentado por las partes.

Cabe resaltar que cuando la Comisión Europea opte por remitir una operación de concentración en su integridad, no se requerirá que la eventual ejecución de la operación sea notificada a la Comisión Europea, siendo de aplicación la normativa nacional correspondiente.

Una vez que el asunto sea remitido a la autoridad nacional correspondiente, ésta informará a las empresas afectadas del resultado de su análisis preliminar y, en su caso, de qué actuación tiene intención de realizar. Para ello, contará con un plazo máximo de cuarenta y cinco días laborables a partir de la recepción de la notificación completa. Dicho plazo, con carácter excepcional, puede ser suspendido por la autoridad nacional

en caso de que las empresas afectadas no le hayan facilitado la información necesaria de acuerdo con su normativa<sup>40</sup>.

Entre los casos recientes que han utilizado este mecanismo, deben destacarse por su relevancia los siguientes casos: *Repsol/BP/JV*<sup>41</sup>, *ENAGÁS MURPHY/ALMACENAMIENTO LA GAVIOTA*<sup>42</sup> y *Telecinco/Cuatro*<sup>43</sup>.

(ii) *De los Estados miembros a la Comisión Europea*

- En este caso, el art. 4.5 del Reglamento comunitario de Concentraciones contempla la posibilidad de que las partes de una operación de concentración que no tenga dimensión comunitaria, reenvíen el caso a la Comisión Europea en fase de pre-notificación. Los requisitos exigidos son tres: (i) que la operación de concentración sea susceptible de ser analizada con arreglo a la normativa nacional de, al menos, tres Estados miembros; (ii) que la operación de concentración no haya sido notificada en ningunos de estos Estados miembros, y por último; (iii) que las personas o empresas potencialmente obligadas a notificar la operación de concentración soliciten la remisión a la Comisión Europea por medio de escrito motivado.
- Para este mecanismo, se prevé un procedimiento automático y rápido, con arreglo al cual, si ningún país se opone, la Comisión Europea podrá conocer de la operación de concentración remitida.
- Una vez recibido el escrito, la Comisión Europea lo transmitirá a todos los Estados miembros. En particular, el Estado miembro que, de acuerdo con la normativa nacional en materia de competencia, sea competente para examinar la operación de concentración, podrá manifestar su posición respecto al reenvío del asunto. Dispondrá para ello de un plazo de quince días laborables desde la recepción del escrito motivado.
- De acuerdo con lo anterior, si algún Estado miembro expresa su desacuerdo, no se remitirá el asunto y finalizará el procedimiento de remisión. Si, por el contrario, ningún país manifiesta su desacuerdo, se considerará que la operación de concentración tiene dimensión comunitaria. En consecuencia, en aplicación del art. 4, apartados 1 y 2, del Reglamento de comunitario de Concentraciones, la operación de concentración deberá ser notificada a la Comisión Europea, quedando vetada la posibilidad de aplicación de la normativa interna de los Estados miembros.
- En definitiva, en caso de que ningún Estado miembro se oponga al reenvío, este mecanismo permite, en primer lugar, anunciar la dimensión comunitaria de la operación de concentración y, en segundo lugar, que las partes se eviten las notificaciones en varios Estados miembros. Como contrapartida,

40. Art. 9.6 del Reglamento comunitario de Concentraciones.

41. Decisión de la Comisión Europea, de fecha 21 de agosto de 2007, en el asunto *COMP/M.4626, Repsol/BP/JV*.

42. Decisión de la Comisión Europea, de fecha 6 de octubre de 2010, en el asunto *COMP/M.5892, ENAGÁS/MURPHY/ALMACENAMIENTO LA GAVIOTA*.

43. Decisión de la Comisión Europea, de fecha 13 de marzo de 2010, en el asunto *COMP/M.5776, Telecinco/Cuatro*.



este instrumento supone que la oposición de un solo Estado miembro impida el reenvío, obligando con ello a las partes a realizar las pertinentes notificaciones a las autoridades nacionales de competencia que correspondan. No obstante, en este último supuesto, cabría la posibilidad de que, con carácter posterior a la notificación, con arreglo al mencionado art. 22 del Reglamento comunitario de Concentraciones, alguno de los Estados miembros solicite la remisión a la Comisión Europea.

## 1.2. Posible Planteamiento de una consulta previa

Los problemas interpretativos que una operación de concentración puede llegar a ocasionar para las partes de la misma en relación con cuestiones tales como la existencia de una operación de concentración, la posible definición de mercado o el cumplimiento de los correspondientes umbrales de notificación, pueden verse ven superados mediante este mecanismo previsto en la LDC<sup>44</sup>.

Con carácter preliminar al procedimiento de notificación y de manera gratuita, las partes implicadas en una operación de concentración podrán, en los términos previstos en el RDC<sup>45</sup>, formular una consulta a la CNMC, cuando tengan dudas razonables sobre dos cuestiones: (i) si la operación constituye una concentración a los efectos de lo dispuesto en el art. 7 de la LDC; y (ii) si una determinada operación de concentración supera los umbrales mínimos de notificación obligatoria previstos en el art. 8 de la LDC.

En relación con el art. 7 de la LDC, la consulta ha de versar sobre un cambio de control estable en la totalidad o parte de una o más de las empresas afectadas por la operación cuando no se aprecie de forma clara, por ejemplo en supuestos en los que se entienda que existe un control de *facto* o indirecto.

En cuanto al art. 8 de la LDC, la consulta previa puede tanto referirse al cálculo del volumen de negocios con el objetivo de determinar si se supera el umbral cuantitativo, como al cálculo de la correspondiente cuota de mercado para determinar si se cumple el umbral cualitativo.

La definición de mercado afectado por la operación es una pieza clave dentro del procedimiento de notificación en la medida en que, por un lado, determina cómo han de analizarse, proyectarse y tratar de corregirse los efectos de la operación sobre la dimensión competitiva del mismo y, por otro lado, porque condiciona el resultado del proceso de control de la operación de concentración objeto de notificación.

El RDC establece que la parte o partes que realicen la consulta previa deberán dirigirse por escrito a la Dirección de Competencia, órgano encargado de la tramitación de la consulta previa, cuya resolución será llevada a cabo por el Consejo de la CNMC. El contenido de la consulta previa deberá incluir una descripción de la operación, de las partes que intervienen, del volumen de negocios de las empresas partícipes en el último ejercicio contable, y toda la información necesaria para determinar los mercados relevantes y las cuotas de las empresas partícipes en los mismos, de acuerdo con las secciones quinta y sexta del formulario de notificación.

44. Art. 55.2 de la LDC.

45. Art. 59 del RDC.

Una vez remitida la anterior información, la Dirección de Competencia analizará, en primer lugar, si es suficiente y, en segundo lugar, si el objetivo de la consulta previa se adecúa a alguno de los dos motivos regulados en la LDC. Si la información resultara insuficiente, la Dirección de Competencia requerirá a las partes que la complete, y en caso de versar la consulta previa sobre un objetivo distinto a los previstos en la LDC, la Dirección de Competencia dictará resolución de inadmisión a trámite.

Este procedimiento de consulta previa carece de plazo para su resolución, lo cual dificulta enormemente su aplicación en la práctica, en tanto en cuanto es habitualmente más rápido proceder directamente a comenzar los contactos de pre-notificación. En este sentido, para impulsar el uso de este mecanismo, parece necesario el establecimiento de un plazo máximo y breve para su resolución.

Otro asunto que no aborda la LDC es el problema de la interpretación del silencio administrativo cuando la consulta previa se haya formulado de modo que la CNMC deba responder si la operación ha de notificarse obligatoriamente o no. Es posible afirmar que el silencio se interpretará en sentido positivo y, por lo tanto, mediante el mismo se dispensará a las partes que hayan planteado la consulta de la obligación de notificar la operación, aunque nuevamente la ausencia de plazo máximo para su resolución dificulta la cuestión.

Por otra parte, en caso de resolución expresa por parte de la CNMC, en el supuesto de respuesta afirmativa en relación con la obligación de notificar, las partes consultantes se verán obligadas a presentar la correspondiente notificación si desean ejecutar la operación de concentración, incluso cuando no acepten la respuesta derivada de la consulta, ya que no cabe ningún otro recurso a la resolución de una consulta previa que el recurso contencioso-administrativo<sup>46</sup>, y por una cuestión relativa a los plazos el planteamiento de dicho recurso, esta posibilidad deviene poco práctica, teniendo en cuenta el plazo de resolución definitiva de dicho recurso.

Por último, es necesario hacer un breve apunte a la confidencialidad. Debe tenerse en cuenta que las consultas previas se realizan respecto de operaciones empresariales que no se han notificado y que puede llegar el caso que no se materialicen, ya sea por el resultado de la consulta o por cualquier otro motivo. Por lo tanto, es esencial respetar el interés de las empresas acerca del secreto sobre la operación, tanto respecto al planteamiento de la consulta como respecto al resultado de la resolución por parte de la CNMC. Por todo ello, el RDC prevé que las actuaciones relativas a la consulta tendrán carácter confidencial.

### **1.3. Tratamiento de las restricciones accesorias**

De conformidad con el art. 10.3 de la LDC, en la valoración de una operación de concentración podrá entenderse que determinadas restricciones a la competencia comprendidas en la misma son accesorias, siempre que estén directamente vinculadas a la operación y sean necesarias para su realización.

---

46. En los términos previstos en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y conforme a lo previsto en el art. 48.1 de la LDC.

De conformidad con los precedentes nacionales y comunitarios sobre restricciones accesorias, y según lo previsto en la Comunicación sobre Restricciones Accesorias<sup>47</sup>, serán en última instancia las partes de la operación de concentración las que deberán esgrimir las razones por las cuales las restricciones accesorias de la operación de concentración no exceden de lo que se considera razonable para la operación propuesta. Las razones esgrimidas por las partes han de ser de naturaleza objetiva, y no se entiende que las restricciones no están directamente vinculadas a la realización de la operación de concentración y no son necesarias a tal fin por el mero hecho de que las partes así lo consideren.

La justificación para estimar que determinadas restricciones a la competencia son accesorias a una operación de concentración puede residir en la necesidad de proteger el valor transferido, de preservar la continuidad del suministro tras la disolución de una antigua entidad económica, o de permitir la puesta en marcha de una nueva entidad<sup>48</sup>.

En concreto, en la valoración de una operación de concentración podrán entenderse comprendidas determinadas restricciones a la competencia que sean accesorias, siempre que, tal y como se establece en los arts. 6.1 (b) y 8.2, párrafo tercero, del Reglamento comunitario de Concentraciones, las mismas estén directamente vinculadas a la operación y sean necesaria para su realización. Se considera que una restricción a la competencia es necesaria para la realización de una operación de concentración cuando, en su ausencia, no se podría llevar a cabo la operación de concentración o sólo podría realizarse en condiciones más inciertas, con costes considerablemente superiores, en un período de tiempo bastante más largo o con mucha más dificultad.

Las restricciones accesorias pueden consistir, entre otros, en acuerdos o cláusulas de no competencia, de no captación de recursos humanos o de otro tipo, de confidencialidad, u obligaciones de compra o suministro.

A la hora de analizar si estas restricciones tienen la consideración de accesorias a la operación de concentración, es necesario tener en cuenta la duración, el contenido del acuerdo, el ámbito geográfico de aplicación, la cláusula u obligación en sí misma, así como la justificación de que tales acuerdos, cláusulas y obligaciones deban ser tratadas como una restricción accesoria a la operación de concentración que se notifica. En particular, respecto a la duración de una restricción accesoria, se entiende que la misma no restringe la competencia siempre que su duración no exceda de dos años en el caso de que la cesión de la empresa incluya la transferencia de la clientela fidelizada como fondo de comercio, o de tres años en el caso de que, además del citado fondo de comercio, la cesión de la empresa también incluya la transferencia de conocimientos técnicos o *know-how*.

Es importante señalar que cuando existan alternativas de eficacia idéntica para lograr el objetivo legítimo que se pretende, las partes de la operación de concentración deberán escoger la que, desde un punto de vista objetivo, restrinja menos la competencia<sup>49</sup>.

47. Comunicación de la Comisión Europea sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/2003).

48. Párrafo 13 de la Comunicación sobre Restricciones Accesorias.

49. Párrafo 13 de la Comunicación sobre Restricciones Accesorias.

## 2. Iniciación del procedimiento

Conforme al preámbulo de la LDC, y en el marco del art. 38 de la Constitución relativo a la libertad de empresa, el objetivo de la LDC es establecer garantías respecto a la existencia de una competencia efectiva entre las empresas, y constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o de las técnicas más eficientes. De aquí se deriva la aplicación del régimen de control sobre aquellas operaciones de concentración que, por su importancia y efectos, puedan alterar la estructura del mercado nacional en forma contraria al interés público.

Conforme al régimen de notificación, siempre que una operación entre dentro del ámbito de aplicación previsto en el art. 8 de la LDC, ésta deberá ser notificada a la CNMC con carácter previo a su ejecución<sup>50</sup>. Además, la operación de concentración no podrá ejecutarse hasta que haya recaído y sea ejecutiva la autorización expresa o tácita de la Administración en los términos previstos en el art. 38 de la LDC, salvo en caso de levantamiento de la suspensión.

El procedimiento se entiende iniciado cuando se presenta el formulario de notificación, ya sea ordinario o abreviado (en aquellos supuestos expresamente previstos por la LDC<sup>51</sup>). Desde el punto de vista temporal, el RDC prevé que la operación de concentración se podrá notificar desde que exista proyecto o acuerdo de concentración<sup>52</sup>.

A estos efectos, existen supuestos diversos en los que se entiende que existe proyecto o acuerdo: (i) en caso de adquisición de control, desde que los partícipes consienten en realizar la operación de concentración, es decir, desde que determinan cuestiones como la forma mediante la que adoptarán el acuerdo, el plazo previsto para ello y las condiciones en las que se ejecutará la operación; (ii) cuando las partícipes sean sociedades y sus órganos de administración hayan adoptado un acuerdo (incluso si dicho acuerdo posteriormente debe ser ratificado por otro órgano societario); (iii) en los casos de ofertas públicas de adquisición, cuando exista acuerdo del consejo de administración de los oferentes y se haya anunciado públicamente su intención de presentar oferta; y (iv) en el caso de fusiones de sociedades, cuando se cumpla lo dispuesto en la normativa societaria.

Cuando una oferta se concreta mediante Oferta Pública de Adquisición de Acciones (OPA) existen algunas particularidades en relación con la iniciación del procedimiento. El oferente deberá notificar la operación de concentración a la CNMC en el plazo de los cinco días siguientes a la presentación de la solicitud de autorización de la oferta a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, siempre que no la hubiera notificado a la CNMC con anterioridad.

No obstante lo anterior, si la Comisión Nacional del Mercado de Valores estima que la operación de concentración entra dentro del ámbito de aplicación de la LDC y dicho extremo no se ha hecho constar en el folleto de oferta presentado, la Comisión Nacional del Mercado de Valores tiene la obligación de dar a conocer lo anterior a la

---

50. Art. 9 de la LDC.

51. Los supuestos de notificación mediante formulario abreviado están previstos en el art. 56 de la LDC.

52. Art. 54 del RDC.

CNMC, para que sea este último órgano el que requiera al oferente para la presentación de la notificación.

Cuando la operación de concentración no se inicie mediante la presentación de la notificación por parte de la partícipe notificante, la CNMC podrá de oficio requerir a los obligados a notificar para que procedan a la notificación en un plazo de veinte días a contar desde la recepción del requerimiento.

Transcurrido dicho plazo, si no se ha producido la notificación, la Dirección de Competencia podrá iniciar de oficio el expediente, y todo ello sin perjuicio de que, como expondremos más adelante en el apartado relativo al régimen sancionador, las operaciones de concentración que se ejecuten sin contar con la debida autorización por parte de la Administración, darán lugar a sanciones por importe de hasta el 10% del volumen de ventas en España de las partes de la operación propuesta, así como a multas coercitivas de hasta 12.000 euros por cada día de incumplimiento. Es importante señalar que las operaciones de concentración que se notifiquen a requerimiento de la CNMC no podrán beneficiarse del silencio administrativo positivo previsto en el art. 38 de la LDC, ni en primera ni segunda fase.

Por último, es rara la ocasión en la práctica en la que el inicio del procedimiento se produce como resultado de una denuncia. Formalmente no está previsto que se pueda dar de tal manera, si bien es cierto que cualquier comunicación formal o informal dirigida a la CNMC podría servir de estímulo para el comienzo de una investigación sobre el caso denunciado.

## **2.1. Notificante**

Una cuestión procedimental de gran relevancia consiste en determinar sobre quién recae la obligación de notificar, ya que como se ha expuesto, las operaciones de concentración pueden tener múltiples partícipes y partes interesadas. Por ello, el régimen que establece la LDC<sup>53</sup> hace referencia a la clase de operación y al tipo de control, de tal forma que, en los casos de fusión de empresas, deberán notificar conjuntamente todas las empresas que se fusionan. La notificación también será conjunta en los supuestos de creación de una empresa en participación y cuando como resultado de la operación las partes adquieran control conjunto. Por otra parte, cuando el adquirente de una operación adquiere control exclusivo de una empresa o de una parte de una o varias empresas, la obligación de notificar recaerá sobre éste y no sobre el vendedor. Adicionalmente, en los casos de Ofertas Públicas de Adquisición de acciones, la obligación de notificar recae sobre el oferente.

## **2.2. Forma y Contenido de la Operación**

Los requisitos formales se refieren a la presentación del formulario ordinario o abreviado de notificación, lo que en la práctica supone que los notificantes vayan respondiendo a cada una de las cuestiones planteadas en su totalidad y en un único documento, siguiendo el orden y numeración de las secciones y apartados previstos. Los modelos de

---

53. Art. 9.4 de la LDC.



formulario ordinario y abreviado de notificación se incluyen en los Anexos II y III del RDC, respectivamente.

#### **El formulario ordinario**

El formulario ordinario de notificación consta de los siguientes apartados: (i) Carátula; (ii) Información relativa a las partes; (iii) Naturaleza, características y dimensión de la operación de concentración; (iv) Restricciones accesorias; (v) Propiedad y control previos; (vi) Definición y situación competitiva de los mercados relevantes; (vii) Cuestiones generales; y (viii) Documentos anejos.

Los documentos que se deben adjuntar al modelo oficial obligatoriamente son (i) las copias de los informes de gestión y cuentas anuales correspondientes a los últimos tres ejercicios de las empresas partícipes en la concentración; (ii) la copia de los documentos acreditativos del contrato, acuerdo, o adquisición de derechos que dé lugar a la operación de concentración, en su versión definitiva o más reciente, así como cualquier modificación de los referidos documentos; (iii) análisis, informes o estudios que se consideren relevantes; (iv) en el caso de que la notificación sea efectuada por representante legal, copia notarial del poder de representación o fotocopia del poder de representación o fotocopia compulsada del poder de representación, con traducción jurada si dicho poder está redactado en lengua no oficial; (v) en el caso de una Oferta Pública de Adquisición, el folleto de oferta que deba presentarse ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores o su equivalente en otros países; (vi) copias de los informes o documentos explicativos que con motivo de la operación hayan preparado o encargado a terceros las partes para cualquiera de sus órganos de dirección, para los accionistas o para inversores y analistas; y (vii) justificante de pago de la tasa por el análisis y estudio de la operación.

Todo ello sin perjuicio de que la Dirección de Competencia pueda requerir documentación adicional y traducciones (incluso juradas) de todos o algunos de estos documentos.

Por lo que respecta a la tasa que se ha de abonar para que la CNMC analice y estudie la operación presentada mediante el formulario ordinario de notificación, la cuantía se graduará en función del volumen global de ventas en España del conjunto de partícipes en la operación de concentración<sup>54</sup>. De este modo, los distintos pagos que prevé la ley serán:

- (i) 5.502,15 euros cuando el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes en la operación de concentración sea igual o inferior a 240.000.000 de euros;
- (ii) 11.004,31 euros cuando el volumen de negocios global en España de las empresas partícipes sea superior a 240.000.000 de euros e igual o inferior a 480.000.000 euros;
- (iii) 22.008,62 euros cuando el volumen de negocios global en España de las empresas partícipes sea superior a 480.000.000 de euros e igual o inferior a 3.000.000.000 de euros; y
- (iv) una cantidad fija de 43.944 euros cuando el volumen de negocios en España del conjunto de los partícipes sea superior a 3.000.000.000 de euros, más 11.004,31 euros adicionales por cada 3.000.000.000 de euros en que

54. Calculado conforme al art. 23 del LDC y el art. 60 del RDC.



el mencionado volumen de negocios supere la cantidad anterior, hasta un límite máximo de 109.860 euros.

### **El formulario abreviado**

Una de las principales novedades introducidas por la LDC<sup>55</sup> es la posibilidad de presentar un formulario abreviado de notificación, en los siguientes supuestos:

- (i) Cuando no exista solapamiento horizontal o vertical entre las partes de la operación porque ninguna de ellas realice actividades económicas en el mismo mercado geográfico y de producto de referencia o en mercados relacionados de modo ascendente o descendente dentro del proceso de producción y comercialización;
- (ii) Cuando la participación de las partes en los mercados, por su escasa importancia, no sea susceptible de afectar significativamente a la competencia;
- (iii) Cuando una parte adquiera el control exclusivo de una o varias empresas o partes de empresa sobre la cual tiene ya el control conjunto; o
- (iv) Cuando, tratándose de una empresa en participación, ésta no ejerza ni haya previsto ejercer actividades dentro del territorio español o cuando dichas actividades sean marginales. Se considerará que las actividades de una empresa en participación son marginales en España cuando su volumen de negocios no supere o previsiblemente no vaya a superar los 6 millones de euros.

No obstante, pese a cumplirse las condiciones expuestas anteriormente, la CNMC podrá exigir al notificante la presentación de un formulario ordinario de notificación, entre otros, en los siguientes supuestos<sup>56</sup>:

- (i) En aquellos casos en los que es difícil definir los mercados de referencia, los casos en que una parte sea un nuevo operador o un operador en potencia o un titular de una patente importante;
- (ii) En los casos en los que no sea posible determinar adecuadamente las cuotas de mercado de las partes;
- (iii) En los mercados con altas barreras a la entrada, con un alto grado de concentración o con problemas conocidos de competencia;
- (iv) Cuando al menos dos de las partes de la concentración estén presentes en mercados adyacentes estrechamente relacionados;
- (v) En las operaciones que puedan plantear problemas de coordinación;
- (vi) Cuando una parte adquiera el control exclusivo de una empresa en participación de la que ya tenga el control conjunto, cuando la parte que adquiere y la empresa en participación tengan conjuntamente una posición de mercado fuerte o cuando la empresa en participación y la parte que adquiere tengan posiciones fuertes en mercados verticalmente relacionados; o
- (vii) Cuando el formulario abreviado contenga información incorrecta o engañosa.

---

55. Art. 56 de la LDC.

56. Art. 56.2 de la LDC.

Una de las principales ventajas del formulario abreviado de notificación es la cuota fija de 1.530,15 euros en concepto de tasas que cuesta el trámite; cuantía muy inferior a las tasas que deben abonarse en aquellas operaciones de concentración que deban tramitarse por el procedimiento de notificación ordinario<sup>57</sup>.

En resumen, el formulario abreviado de notificación es un procedimiento menos costoso incluido en la LDC para favorecer y acelerar aquellas operaciones de concentración que, *a priori*, no presente problemas desde el punto de vista de competencia (supuestos del art. 56 de la LDC descritos anteriormente). No obstante, si la autoridad de defensa de la competencia entiende que no cabe incluir dicha operación de concentración en alguno de los citados supuestos, las partes se verán obligadas a presentar el formulario ordinario y a realizar la liquidación complementaria correspondiente de conformidad con las tasas previstas para las notificaciones mediante formulario ordinario<sup>58</sup>.

### 2.3. Levantamiento de la suspensión de la ejecución de la operación

La propia naturaleza del procedimiento de control de concentraciones tiene un marcado carácter de control *ex ante*, circunstancia que da lugar a suspensión de la operación de concentración. Esta suspensión evita que se ejecute una operación de concentración con anterioridad a su autorización por parte de la CNMC y que, posteriormente, ésta concluya que es contraria a la competencia y que ha de deshacerse, lo cual puede resultar muy complejo, e incluso en ocasiones, imposible.

El esquema seguido por el ordenamiento español relativo al régimen de suspensión de la ejecución está inspirado en el régimen comunitario<sup>59</sup>. Como se pone de manifiesto en la exposición de motivos de la LDC, el sistema español mantiene la notificación con efecto suspensivo, pero prevé una excepción a la norma general consistente en el levantamiento de la suspensión, tal y como, expresamente establecen los artículos 9 de la LDC y 58 del RDC.

Esta excepción exige que el notificante de la operación solicite el levantamiento de la suspensión (que podrá ser total o parcial) justificando de forma motivada las razones en las que basa su solicitud. En concreto, el solicitante del levantamiento de la suspensión tiene la obligación de explicar de forma motivada los perjuicios que comportaría para la operación de concentración su suspensión. Para ello, se prevé que legalmente se puedan formular compromisos, lo que implica que los partícipes de la operación de concentración asuman condiciones y obligaciones tendentes a preservar la competencia efectiva, eliminando los posibles efectos negativos que la ejecución de la concentración pudiera causar.

El órgano competente para resolver sobre el levantamiento de la suspensión de ejecución es el Consejo de la CNMC a propuesta de la Dirección de Competencia. Se

---

57. Punto 2.4 del Anexo de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

58. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), de fecha 9 de octubre de 2009, sobre la operación de la adquisición por parte de Unión Fenosa Distribución S.A. de ciertos activos de Marcial Chacón e Hijos S.L.

59. Art. 7 del Reglamento comunitario de Concentraciones.

prevé un tratamiento diferenciado para las ofertas públicas de adquisición de acciones, de manera que la suspensión únicamente afectaría a los derechos de voto inherentes a los títulos y no a la posibilidad de lanzar la oferta, siempre que se cumpla con los plazos previstos en la Ley.

En cuanto al procedimiento para la solicitud del levantamiento de la suspensión, no se establece legalmente un plazo máximo de resolución de la solicitud. No obstante, en la práctica, la resolución del levantamiento de suspensión suele ser breve (generalmente en un plazo de entre diez y quince días).

#### 2.4. Tramitación de los expedientes

La LDC prevé dos fases distintas para la tramitación y resolución de las operaciones notificadas en el marco del procedimiento de control de concentraciones.

Con estas dos fases diferenciadas, se pretende que las operaciones de concentración que no planteen problemas de competencia y resulten menos problemáticas puedan ser analizadas con más rapidez y serán resueltas con mayor celeridad en primera fase (en un plazo máximo de un mes desde su notificación), mientras que aquellas que requieran de un análisis más profundo y pormenorizado puedan ser evaluadas en segunda fase durante un plazo de tiempo mayor (dos meses adicionales desde la apertura de la segunda fase, con la posibilidad de alargarse hasta un mes y quince días más en caso de intervenir el Consejo de Ministros)<sup>60</sup>.

Durante la primera fase, que se caracteriza por su mayor brevedad, se analizan aquellas operaciones que no obstaculizan el mantenimiento de la competencia efectiva. En la segunda fase se analizan aquellas operaciones que, *a priori*, podrían dar lugar a problemas de competencia y que, por tanto, requieren de un examen más exhaustivo y detallado.

Por último, si en la segunda fase la operación de concentración hubiese sido prohibida o sometida a compromisos o condiciones, la resolución del Consejo de la CNMC no es ejecutiva y, por ello, el Ministerio de Economía y Hacienda<sup>61</sup> podrá elevar el expediente de concentraciones al Consejo de Ministros, para que adopte un acuerdo autorizando o prohibiendo la operación de concentración.

A pesar de que la LDC se refiera expresamente de primera y segunda fase del procedimiento, podría entenderse que, en realidad, existiría una tercera fase en caso de intervención por parte del Consejo de Ministros, aunque suele ser poco frecuente.

Como se ha indicado, las operaciones que se resuelven en primera fase, por lo general, no plantean problemas desde el punto de vista de competencia, y por ello es frecuente que muchas de ellas sean notificadas a través del formulario abreviado de notificación, previsto precisamente para los casos en los que la operación de concentración no suponga, en principio, una alteración significativa de la competencia. A título ilustrativo, durante los años 2014 y 2015<sup>62</sup> el número de formularios abreviados utilizados para

60. Sin tener en cuenta posibles ampliaciones o suspensiones.

61. Ver nota al pie 16 anterior.

62. Memorias 2014 y 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Cabe señalar que la Memoria correspondiente a 2016 está pendiente de publicación por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

notificar operaciones de concentración, se situó en el 50% del total de las notificaciones presentadas en este período.

### **Fase de pre-notificación**

Tal y como se ha indicado en la introducción a este capítulo, una de las novedades más significativas que introdujo la LDC fue la fase de pre-notificación, que pese a no ser una fase obligatoria, es una práctica asentada a nivel comunitario y altamente recomendable.

Esta fase consistente en la primera toma de contacto con la autoridad de defensa de la competencia con la finalidad de informarle acerca de los términos principales de la operación y discutir sobre sus aspectos más controvertidos con carácter previo a la notificación formal.

Desde la entrada en vigor de la LDC, es cada vez más común que, con carácter previo al inicio del procedimiento, las partes participen en la operación de concentración entablen contactos preliminares con la CNMC, en los que, en la práctica, se suele enviar un borrador del formulario de notificación, con la finalidad de que la CNMC oriente a las partes sobre la adecuación de la información proporcionada.

Aunque estos contactos informales con la autoridad no inician el cómputo de los plazos del procedimiento de notificación, permiten que el procedimiento pueda discurrir con mayor rapidez una vez notificada la operación, en la medida en que ayudan a que la información que se proporciona en el formulario de notificación definitivo se ajuste de manera más apropiada a lo que la CNMC estima necesario para autorizar la operación de concentración. Más del 90% de las notificaciones que se realizaron en los años 2014 y 2015<sup>63</sup> utilizaron esta posibilidad para contactar con la CNMC antes del inicio del procedimiento de notificación formal.

Por todo ello, es altamente recomendable, con el objetivo de evitar ulteriores controversias y dilaciones durante el procedimiento, iniciar los contactos de pre-notificación con la CNMC para cerciorarse que bien una determinada operación de concentración no requiere ser finalmente notificada<sup>64</sup>, o bien la información proporcionada por las partes no es adecuada o suficiente.

### **Primera Fase**

*Tramitación:* El procedimiento de notificación comienza con la presentación del correspondiente formulario ordinario o abreviado de notificación. Si no se hubiere iniciado la fase de pre-notificación o habiendo tenido lugar, todavía persistan cuestiones por resolver, la Dirección de Competencia podrá requerir documentación adicional o que se subsane alguna cuestión del formulario, en cuyo caso se interrumpe el plazo máximo de un mes para resolver la operación. Una vez proporcionada la documentación adicional o subsanadas las posibles cuestiones requeridas por la Dirección de Competencia, ésta formará un expediente y elaborará un informe conforme a los criterios establecidos en el art. 10 de la LDC. En el informe constarán los extremos relativos a la operación de concentración que hubieren sido identificados por la Dirección de la Competencia como posibles problemas de competencia, y dicho informe será elevado al Consejo de la CNMC junto con una propuesta de resolución.

---

63. Ver nota al pie anterior.

64. Resolución de la CNC, de fecha 29 de julio, en el asunto *SNC/0006/2010*.

**Resolución:** Conforme a lo establecido en la LDC<sup>65</sup>, el Consejo de la CNMC debe resolver en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la notificación, sobre la base del informe de la Dirección de Competencia y su propuesta de resolución. Su resolución podrá consistir en:

- (i) La autorización incondicional de la operación de concentración;
- (ii) La subordinación de la autorización al cumplimiento de determinados compromisos que han de presentar los notificantes de la operación de concentración en el plazo de veinte días desde la notificación, supuesto en el cual el plazo máximo para resolver se verá ampliado en diez días adicionales;
- (iii) El inicio de la segunda fase del procedimiento de notificación, siempre que el Consejo de la CNMC considere que la operación propuesta puede afectar al mantenimiento de la competencia efectiva;
- (iv) La remisión de la operación de concentración a la Comisión Europea, de conformidad con lo previsto en el art. 22 del Reglamento comunitario de Concentraciones; o
- (v) El archivo de las actuaciones<sup>66</sup>.

### Segunda Fase

Como se ha explicado anteriormente, en el caso de que el Consejo de la CNMC considere que la operación de concentración notificada puede dar lugar a una obstaculización de la competencia efectiva en el territorio español o en una parte del mismo, acordará el inicio de la segunda fase del procedimiento de notificación para un estudio más profundo de los problemas de competencia que, en su caso, podría suscitar la operación.

**Tramitación:** Una vez acordado el inicio de la segunda fase del procedimiento de notificación, la Dirección de Competencia elaborará una nota sucinta que comunicará a los notificantes, para que puedan identificar la información que debe considerarse confidencial. Una vez resueltos los posibles aspectos confidenciales, dicha nota se pondrá en conocimiento de las personas físicas o jurídicas que pudieran resultar afectadas, para que puedan presentar alegaciones en el plazo de diez días.

El siguiente paso es la elaboración por la Dirección de Competencia de un pliego de concreción de hechos, en el que se recogen los posibles problemas que derivarían de la operación de concentración para que, en el plazo de diez días, los interesados realicen las alegaciones que consideren relevantes y oportunas a efectos de la aprobación de la operación de concentración por la autoridad de competencia.

A continuación, hasta doce días después de la notificación del pliego de concreción de hechos, las partes notificantes podrán solicitar al Consejo de la CNMC la celebración de una vista oral, que el Consejo de la CNMC comunicará al resto de interesados, junto con un plazo para que puedan manifestar su voluntad de asistir a la vista oral o aportar

65. Art. 57 de la LDC.

66. Los supuestos de archivo de las actuaciones están previstos en el art. 44 de la LDC. Generalmente, el supuesto más habitual es el establecido en la letra d) de este artículo, que establece que la CNMC procederá al archivo de las actuaciones cuando las partes de una concentración desistan de su solicitud de autorización.

documentación. Una vez celebrada la vista se entenderá completado el trámite de audiencia, y la Dirección de Competencia elevará su propuesta de resolución definitiva al Consejo de la CNMC.

*Resolución:* El Consejo de la CNMC, a la vista de la propuesta de resolución definitiva de la Dirección de Competencia, adoptará una decisión final sobre la operación de concentración mediante resolución. El Consejo de la CNMC deberá adoptar esta resolución en el plazo máximo de dos meses desde el acuerdo de apertura de la segunda fase, que podrá consistir en:

- (i) La autorización de la concentración;
- (ii) La subordinación de la autorización al cumplimiento de determinados compromisos que han de presentar los notificantes de la operación en el plazo de treinta y cinco días desde la notificación de la operación de concentración, en cuyo caso el plazo máximo para resolver se verá ampliado en quince días adicionales;
- (iii) Prohibir la operación de concentración; o
- (iv) Acordar el archivo de las actuaciones<sup>67</sup>.

### **Intervención del Consejo de Ministros**

De acuerdo con el art. 60 LDC, cuando en segunda fase el Consejo de la CNMC haya resuelto prohibir la concentración o subordinar la autorización al cumplimiento de compromisos, en el plazo de quince días, el Ministro de Economía podrá resolver elevar al Consejo de Ministros la decisión sobre la concentración, cuando concurren razones de interés general.

El Consejo de Ministros podrá, en un plazo máximo de un mes desde la resolución del Ministro de Economía, confirmar la decisión del Consejo de la CNMC o autorizar la operación de concentración, con o sin compromisos. En el caso de que el Consejo de Ministros agote el plazo sin adoptar una decisión, la resolución del Consejo de la CNMC será eficaz, inmediatamente ejecutiva y pondrá fin a la vía administrativa.

A modo ilustrativo, de conformidad con los datos publicados por la CNMC en su últimas Memorias (correspondiente a los ejercicios 2014 y 2015), la CNMC, analizó un total de 163 operaciones de concentración, de las cuales la gran mayoría (149) fueron autorizadas en primera fase sin compromisos. Del resto de informes en primera fase, 3 de ellos autorizaban con compromisos la operación propuesta, 3 de ellos consistieron en la propuesta de inicio de la segunda fase del procedimiento, y tan solo 4 contenían una propuesta de archivo.

## **V. RÉGIMEN SANCIONADOR**

Las autoridades de defensa de la competencia tienen la facultad de imponer sanciones económicas a las empresas que vulneren la normativa de control de concentraciones., facultad prevista tanto en la LDC como en el Reglamento comunitario de Concentraciones.

67. Ver nota al pie 64 anterior.



En el caso de la normativa nacional, el Título V de la LDC versa sobre el régimen sancionador, y establece la calificación, entre otras, de las infracciones realizadas por las partes de una operación de concentración, así como la sanción económica derivada de las mismas.

En concreto, el art. 62.2 de la LDC califica como infracciones leves, cuya multa a las partes infractoras puede ascender hasta el 1 por ciento de su volumen de negocios total: (i) la presentación de la notificación de una operación de concentración fuera del plazo de veinte días desde que la CNMC requirió a las partes de la misma para que la notificaran<sup>68</sup>; (ii) la falta de notificación de una operación de concentración, tras haber sido requeridas las partes de la misma por la CNMC para que la notificaran; (iii) la falta de suministro de información o el suministro de información incorrecta, incompleta, engañosa o falsa a requerimiento de la CNMC; (iv) la falta de sometimiento a una inspección por parte de la CNMC o la obstaculización de la labor de inspección.

Por su parte, el art. 62.3 de la LDC regula las infracciones graves, cuya multa a las partes infractoras puede ascender hasta el 5 por ciento de su volumen de negocios total. En lo que a control de concentraciones se refiere, la principal infracción grave consiste en la ejecución de una operación de concentración sujeta a control de concentraciones, bien antes de haber sido notificada a la CNMC, o bien, en caso de que hubiera sido notificada, antes de haber obtenido resolución expresa o tácita por parte de la CNMC, siempre que no se hubiere acordado el levantamiento de la suspensión. Esta infracción es comúnmente conocida por el término anglosajón *gun-jumping*.

Por último, el art. 62.4 de la LDC califica como infracción muy grave, que puede ser sancionada con una multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios de las empresas infractoras, el incumplimiento o la contravención de lo establecido en una resolución o acuerdo, o el incumplimiento de los compromisos o condiciones a los que la CNMC hubiere subordinado la autorización de la operación de concentración.

Adicionalmente a las multas económicas descritas anteriormente, la CNMC puede imponer también multas coercitivas de hasta 12.000 euros diarios con la finalidad de obligar a las partes de una operación de concentración a: (i) deshacer una operación de concentración que haya sido declarada prohibida por la CNMC, o (ii) cumplir con los compromisos o condiciones contenidos en las resoluciones de la CNMC o en los acuerdos del Consejo de Ministros.

Existen numerosos casos en los que la autoridad de defensa de la competencia, tanto nacional, como comunitaria, ha impuesto sanciones a las partes de una operación de concentración, principalmente por *gun-jumping*, esto es, por haber llevado a cabo la ejecución de una operación de concentración sujeta a control de concentraciones sin haberla notificado previamente a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente, o habiéndola notificado, por haber ejecutado con anterioridad a la obtención de la correspondiente autorización.

---

68. La extinta CNC sancionó con una multa de 76.000 euros a Bergé por haber ejecutado la adquisición de Marítima Candina sin haber procedido a la notificación de la operación a la CNC. Cuando la CNC consideró que esta adquisición constituía una operación de concentración notificable, requirió a Bergé para que procediera a notificarla en un plazo de veinte días. Esta Resolución de la CNC fue recurrida por Bergé ante la Audiencia Nacional, que estimó el recurso.

En el ámbito nacional, a modo ilustrativo, el 26 de enero de 2010, en el *Expte. SNC/0003/2009, Abertis-Tradia*, la extinta CNC consideró que la operación consistente en la adquisición por parte de Tradia Telecom (controlada por Abertis) del control exclusivo sobre Teledifusión Madrid era una operación de concentración que debía someterse al control de concentraciones, y la falta de notificación de esta operación de concentración por parte de Tradia Telecom a la CNC fue considerada como una infracción grave, recayendo una multa económica sobre Tradia Telecom de 143.000 euros. Esta resolución de la CNC fue recurrida ante la Audiencia Nacional, pero el recurso fue desestimado.

Asimismo, unos meses más tarde, la extinta CNC, en el *Expte. SNC/0006/2010, Bergé/Marítima Cantina*, tras una denuncia de un competidor de Bergé, consideró que la adquisición por parte de Bergé de control exclusivo sobre Candina constituía una operación de concentración de notificación obligatoria. Bergé no notificó esta operación de concentración y la CNC, tras el análisis de la información recabada durante su actuación preliminar, y en aplicación de las facultades conferidas en virtud del art. 35.2 f) de la LDC, le requirió para que notificara la operación de concentración en un plazo de veinte días. Finalmente, la CNC resolvió imponer a Bergé una multa de 76.000 euros por haber cometido una infracción grave, aunque posteriormente esta sanción fue recurrida por Bergé ante la Audiencia Nacional, que decidió a anular la Resolución.

Más recientemente, en julio de 2013, la CNC consideró que la adquisición por parte de France Telecom España (Orange) del control exclusivo sobre Symio era una operación de concentración sujeta al control de concentraciones que no fue notificada por las partes de la misma y que debió serlo. La CNC resolvió imponiendo una sanción económica de 61.600 euros a Orange por la comisión de una infracción grave consistente en *gun-jumping*.

En el ámbito comunitario, una sanción destaca sobre todas las demás, es la sanción impuesta por la Comisión Europea a Electrabel en junio de 2009 como consecuencia de su adquisición de la Compagnie Nationale de Rhône (CNR). En diciembre de 2003 Electrabel adquirió acciones en CNR, ostentando casi el 50% del capital de esta compañía. Electrabel ejecutó esta operación sin notificarla a la Comisión Europea, probablemente bajo la creencia de que su participación en CNR era insuficiente para otorgarle control sobre la misma. Más de cuatro años después, en marzo de 2008, tras diversas consultas al respecto con la Comisión Europea, Electrabel notificó la operación de concentración, que fue autorizada incondicionalmente en primera fase.

La Comisión Europea consideró que Electrabel había cometido una infracción y le impuso una multa de 20 millones de euros, por mucho, la multa por infracciones en materia de control de concentraciones más elevada hasta el momento. Es importante resaltar que la Comisión Europea afirmó que si la citada operación de concentración hubiera dado lugar a problemas de competencia, la sanción impuesta hubiera sido incluso mayor. Esta sanción ha sido recientemente confirmada por el Tribunal General<sup>69</sup>.

Con anterioridad a la sanción impuesta a Electrabel, la primera sanción impuesta por la Comisión Europea por *gun-jumping* tuvo lugar en 1998, cuando Samsung fue

---

69. Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera), de 12 de diciembre de 2012, en el asunto T-332/2009, *Electrabel contra la Comisión*.

sancionada con una multa de 33.000 euros por haber ejecutado la adquisición de AST Research sin haber notificado la operación previamente a la Comisión Europea<sup>70</sup>.

Asimismo, destaca la sanción de 219.000 euros impuesta por la Comisión Europea a AP Møller, por no haber notificado y haber ejecutado tres operaciones de concentración descubiertas durante el análisis de otra operación de concentración notificada<sup>71</sup>.

Además de las sanciones impuestas por *gun-jumping*, algunas de las cuales han sido descritas brevemente con anterioridad, la Comisión Europea ha impuesto numerosas sanciones por infracciones en materia de control de concentraciones consistentes, por ejemplo, en el suministro de información incorrecta o incompleta. En esta línea, en junio de 2002, la Comisión Europea impuso una multa de 35.000 euros a Deutsche Post por proporcionar inintencionadamente pero negligentemente información incompleta en relación con una adquisición. Asimismo, en julio de 2004, Tetra Laval fue sancionada con una multa de 90.000 euros por suministrar información incorrecta o engañosa durante el transcurso del análisis por parte de la Comisión Europea de la oferta de Tetra Laval sobre Sidel<sup>72</sup>.

Resulta asimismo relevante la multa impuesta por la Comisión Europea a Mitsubishi, que, sin ser parte de una operación de concentración, no suministró la información requerida por la Comisión Europea en un requerimiento de información, y fue sancionada con una multa cuyo importe ascendió a 950.000 euros<sup>73</sup>.

De los precedentes puede observarse que se trata de sanciones muy dispares, sin que pueda deducirse cuáles son las pautas o criterios seguidos por las autoridades de defensa de la competencia, que puedan servir de directrices para las empresas en relación con la cuantificación de las multas por infracción del deber de notificar y/o de suspender la ejecución de la concentración hasta que sea autorizada por las autoridades de defensa de la competencia.

En el ámbito nacional, podría, no obstante, entenderse que el hecho de notificar voluntariamente o de oficio determinaría en cierta medida el importe de la multa. El hecho de notificar voluntariamente podría tenerlo en cuenta la CNMC frente a los casos en los que se espere el requerimiento de la Dirección de Competencia. Este criterio podría explicar la diferencia entre las multas impuestas en los casos *ACS/Dragados* y *Abertis-Tradia*. En el primero, se impuso una multa mucho más elevada que en el segundo, y en la primera se notificó tras un requerimiento de oficio, mientras que en la segunda se hizo voluntariamente (si bien en el asunto *Abertis-Tradia* la CNC consideró que ello no constituía una circunstancia atenuante). Por el contrario, en los asuntos *Intur*, este elemento no se ha tenido en cuenta. Existe una diferencia de 75.000 euros entre ambas multas cuando en las dos operaciones se notificó previo requerimiento del extinto Servicio de

---

70. Decisión de la Comisión Europea, de 18 de febrero de 1998, en el asunto *IV/M.920, Samsung/AST*.

71. Decisión de la Comisión Europea, de 10 de febrero de 1999, en el asunto *IV/M.969, AP Møller*.

72. Decisión de la comisión Europea, de 7 de julio de 2004, en el asunto *COMP/M.3255, Tetra Laval/Sidel*.

73. Decisión de la Comisión Europea, de 12 de julio de 2000, en el asunto *M.1634, Mitsubishi Heavy Industries*.

Defensa de la Competencia, por lo que parece que la influencia del carácter voluntario de la notificación es muy relativa.

Otro criterio o pauta común que podría desprenderse del análisis de estos precedentes sería el del volumen de ventas de la empresa infractora. De esta manera, tendría cierta coherencia el imponer a una empresa como ACS – con un elevado volumen de negocios, además de empresa cotizada – una multa superior a la de una empresa como Intur. Sin embargo, este criterio tampoco se deduce con claridad cómo línea directriz de la actuación de la CNMC, puesto que a una empresa del tamaño de Abertis, cuyo volumen es comparable al de ACS, se le impuso una multa de 143.000 euros.

Finalmente, ha de indicarse que, pese a no especificarse en tales precedentes el peso de cada uno de los factores que se describen a continuación en la determinación final de la multa, los escasos precedentes resueltos bajo la nueva LDC se refieren de manera genérica a los siguientes factores:

- (i) La naturaleza procedimental de la infracción, esto es, que no se trate de una conducta colusoria o abusiva;
- (ii) La dimensión de la operación, a través del volumen de negocio de las empresas adquirida y adquirente;
- (iii) El peso en cuota de mercado y volumen de negocios en el mercado relevante de la empresa adquirida;
- (iv) El hecho de que la operación de concentración fuese autorizada en primera fase sin compromisos, o
- (v) La existencia o no de circunstancias agravantes y atenuantes.