

TRABAJO FIN DE GRADO
Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2021/2022
Convocatoria: fin de carrera (marzo)

**EL PAPEL DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA
COMPETENCIA EN LOS PROCESOS DE CONCENTRACIÓN
EMPRESARIAL.**

**THE ROLE OF THE NATIONAL COMMISSION OF MARKETS AND
COMPETITION IN BUSINESS CONCENTRATION PROCESSES.**



Realizado por el alumno D. Álvaro Alexander Díaz Rodríguez

Tutorizado por la Profesora Dra. D^a. Lourdes Verónica Melero Bosch

Departamento: Derecho público y privado especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento: Derecho Mercantil

ABSTRACT

In this work we will analyze the figure of the National Commission of Markets and Competition, a public body created in 2013 that is framed within the independent administrative authorities regulated by Law 40/2015 of the Legal Regime of the Public Sector, and which has the functions of guaranteeing, preserving and promoting the defense of competition in Spain. In particular, we will analyze the role of this body in mergers and acquisitions, in accordance with the provisions of Law 3/2007 about the Defense of Competition.

To do this, in the first place, a study will be carried out on dissecting the development of Competition Law in Spain, the applicable regulations, the predecessor bodies of the CNMC and the functions that it currently holds. On the other hand, the figure of business concentrations and the role played by the CNMC in them will be studied, with special emphasis on the administrative procedure of prior control and in specific cases that the CNMC has instructed from 2013 to the present.

All this with the purpose of systematically exposing how competitiveness is defended in business concentration procedures through prior control, how this control affects freedom of business and what are the difficulties encountered by the CNMC when guaranteeing effective competition in all markets and productive sectors, especially taking into account the increase in business concentrations that have occurred in recent times and the forecasts that many more will be produced in the future, within the current economic context.

Key Words: National Commission Of Markets And Competition, Competition law, independent administrative authority, regulatory agency, mergers and acquisitions.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

En este trabajo se va a analizar la figura de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, organismo público creado en 2013 que se enmarca dentro de las autoridades administrativas independientes reguladas por la Ley 40/2015 del Régimen Jurídico del Sector Público y que tiene las funciones de garantizar, preservar y promover la defensa de la competencia en España. En especial, se va a analizar el papel de este organismo en las concentraciones empresariales, a tenor de lo dispuesto en la Ley 3/2007 de Defensa de la Competencia.

Para ello, en primer lugar, se hará un estudio relativo a diseccionar el desarrollo del Derecho de la Competencia en España, la normativa aplicable, los organismos antecesores de la CNMC y las funciones que esta ostenta en la actualidad. Por otro lado, se estudiará la figura de las concentraciones empresariales y el rol que desempeña la CNMC en ellas, haciendo especial énfasis en el procedimiento administrativo de control previo y en casos concretos que la CNMC ha instruido desde 2013 hasta la actualidad.

Todo ello con el propósito de exponer de manera sistemática cómo se defiende la competitividad en los procedimientos de concentración empresarial mediante el control previo, cómo este control afecta a la libertad de empresa y cuáles son las dificultades que se encuentran la CNMC a la hora de garantizar la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, especialmente teniendo en cuenta el aumento de concentraciones empresariales que se han producido en los últimos tiempos y las previsiones de que en el futuro se van a producir muchas más, dentro del contexto económico actual.

Palabras clave: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Derecho de la Competencia, autoridades administrativas independientes, organismo regulador, concentración empresarial.



AGRADECIMIENTOS.

A mi madre, por haberme enseñado a no rendirme nunca ante todas las dificultades que la vida nos pone por delante, en especial en estos últimos dos años.

A mi padre, por estar siempre animándome y apoyándome.

A mi abuela Petra, a mi abuelo Ángel y a mi tía Nieves por haberme cuidado e inspirado para llegar hasta aquí.

A la profesora Dra. D^a. Lourdes Verónica Melero Bosch por haberme tutorizado durante la elaboración del presente trabajo.

A mi familia, amigos y demás personas que me han ayudado a lo largo de estos años.

ÍNDICE DE CONTENIDOS:

1. Introducción	6
2. El Derecho de la competencia y la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia	9
2.1. El Derecho de la Competencia: concepto y finalidad. Fundamentación económica	9
2.2. La Regulación del Derecho a la Competencia en España: normativa europea y normativa nacional	12
2.3. La creación de la CNMC: antecedentes históricos y la cuestión de su independencia	17
2.4. Las funciones y potestades de la CNMC como organismo regulador y supervisor de la competencia	21
3. Los procesos de concentración empresarial y su relación con el Derecho de la Competencia	26
3.1. Concentración empresarial: concepto y la cuestión del control en la toma de decisiones	26
3.2. Tipos de concentraciones empresariales. Casos concretos ...	32
3.3. La relevancia de la libre competencia en las concentraciones empresariales	36
4. El procedimiento de control de concentraciones empresariales ante la CNMC	39
4.1. El sistema de control previo de la CNMC en los procesos de concentración empresarial	39
4.1.1. Primera fase de investigación	40
4.1.2. Segunda fase de investigación	44
4.1.3. Finalización del procedimiento	46



5. Conclusiones	47
6. Bibliografía	50
Anexo de legislación	52
Anexo de jurisprudencia	54
Anexo de recursos web consultados	55

1. INTRODUCCIÓN.

Desde mediados del siglo XX, en Europa se viene impulsando la integración de las economías de los Estados europeos mediante la creación de un Mercado Común Único, con la finalidad de ser un instrumento que garantice la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas entre los países de nuestro continente. Si bien en España existe legislación sobre la materia desde 1963, su aplicación práctica quedó menguada por las dificultades que se encontraron las autoridades españolas para introducir estas normas en unos mercados donde los operadores tenían una visión corporativista y propicia a la cartelización del ejercicio de la actividad económica en los más variados sectores.¹

Con la firma del Tratado de Roma de 1967 por el que se estableció la Comunidad Económica Europea, se originó un interés por la búsqueda de mecanismos que promoviesen el correcto y eficaz funcionamiento de los mercados, con la finalidad de garantizar el progreso técnico de los procesos industriales, el bienestar general y las innovaciones en nuestra sociedad. La entrada de España en las Comunidades Europeas supuso una renovación y potenciación de las políticas de defensa de la competencia. Para ello, se promulgó una nueva Ley de Defensa de la Competencia en 1989, que si bien supuso indudables avances, su desarrollo práctico estuvo plagado de dificultades, especialmente en lo relativo a la independencia de las autoridades competentes para la supervisión de las concentraciones empresariales y la tendencia a llevar estos procesos hacia la judicialización.

¹ RUIZ PERIZ, J. I., “*La reforma institucional del Derecho de la competencia español*”, Diario La Ley, nº. 8002, 2013. Recuperado de <https://bit.ly/3fcIGFm>

No fue a partir de los años noventa, con la firma del Tratado de Maastricht, cuando se inició el necesario proceso de consolidación del Derecho de Competencia en España, cuya culminación llegó con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.²

Para que se pueda garantizar un funcionamiento eficaz de los mercados en una economía libre y globalizada, desde las instituciones europeas se ha acudido al Derecho de la Competencia para articular normas que promuevan la competencia justa entre las empresas, sin que se den abusos de poder por parte de grandes conglomerados que atenten contra los intereses de consumidores, empresas rivales y de la economía en general. Tal y como declara el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los mismos términos que el antiguo artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, “serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior [...]”.³

Por otra parte, la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, dice en su Exposición de Motivos que “la existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos

² BERENGUER FUSTER, L., GINER PARREÑO, C. A. y ROBLES MARTÍN-LABORD, A. “*La nueva legislación española ante la evolución del derecho de la competencia*”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 20 a 23. Recuperado de <https://bit.ly/3la9p9l3>

³ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión Consolidada. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 115, de 9 de mayo de 2008, pp. 88 a 89.

esenciales de la economía de mercado, en cuanto disciplina de actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos a favor de los operadores o de las técnicas más eficientes”. Esta idea se encuentra también reflejada en la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución de 1978, que se reconoce en su artículo 38 “la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la garantía y protección de la misma por los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación”.^{4 5}

Con la consolidación en los últimos años del Derecho de la Competencia como uno de los elementos principales de la política económica, se ha acrecentado la importancia de uno de los aspectos que embarcan esta materia, como es el control de las concentraciones económicas. La Ley 15/2007 dedica el Capítulo II del Título I, así como otros artículos, al papel de la Comisión Nacional de la Competencia, ahora Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, y al proceso administrativo que este órgano hace para controlar las concentraciones empresariales. Las concentraciones económicas o empresariales, como operaciones donde se realiza una modificación estable de la estructura de control de una empresa o parte de ella, suponen una modificación de la estructura del mercado, ya que siempre ocasiona una concentración del poder económico o de decisión en la industria o sector.

A lo largo de este trabajo, se analizará el rol que juega la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) en los procesos de

⁴ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. BOE, 4 de julio de 2007, núm. 159.

⁵ Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

concentración empresarial, como órgano competente para garantizar el buen funcionamiento de los mercados en aplicación de las normativas europeas y nacionales sobre Derecho de la Competencia, así como los mecanismos de los que dispone para supervisar dichas concentraciones, y el procedimiento que se sigue. Además, se analizará cómo estas cuestiones se ponen en práctica, desde un punto de vista jurídico, puesto que han sido numerosos los casos en los que se ha tenido que acudir a esta materia últimamente, dado el número de concentraciones que se han realizado en los últimos años.

2. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA.

2.1. El Derecho de la Competencia: concepto y finalidad. Fundamentación económica.

Adam Smith escribió en su obra *La Riqueza de las Naciones*, considerada como el primer libro moderno de economía, que «raras veces se reúnen las gentes que ejercen el mismo negocio, para cuando lo hacen, la conversación termina en una conspiración contra el público o en alguna maquinación para subir los precios». A partir de Adam Smith, la ciencia económica ha desarrollado a lo largo de muchos siglos diferentes teorías y estudios acerca de la competencia, como condición existente en la economía que busca que los diferentes agentes que participan en un mercado apliquen mejores estrategias para luchar por la superioridad comercial. El debate acerca de la competencia es una cuestión troncal en materia económica, puesto que a

partir de ella se pueden explicar gran parte de la evolución de la economía mundial desde el liberalismo clásico hasta la actualidad.

Los ordenamientos jurídico-privados europeos se inspiran en un modelo económico y social caracterizado por el mercado como institución básica, siguiendo con los postulados clásicos del siglo XIX, que se basan en la ley de la oferta y la demanda en un sistema de libre competencia, organizada en torno a la igualdad formal de oferentes y demandantes. El concepto económico de competencia alude a la concurrencia en un mismo mercado de diferentes agentes económicos que ofrecen sus productos y servicios a un conjunto de consumidores, que actúan independientemente, y que constituyen la demanda (oferentes y demandantes).⁶

Según con el principio clásico, cuanto mayor sea la competencia, mayor es la probabilidad de que las empresas sean eficientes y mayores sean las variedades o tipos de productos, lo que beneficia al consumidor por abaratar el precio y mejorar la calidad. El problema es que la libre iniciativa privada no siempre conduce a la existencia de una competencia suficiente en el mercado, lo que lleva a que en la realidad, la mayoría de los mercados estén caracterizados por alguna forma de competencia imperfecta, y esto termina promoviendo que se formen oligopolios, duopolios, carteles u otras situaciones en las que la competencia sea menor de lo deseado.

Por ello, se hizo necesario la adopción de medidas legislativas por partes de los Estados para controlar el poder económico, estableciendo mecanismos de control que restaurasen esa situación ideal de competencia en un

⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, E. “*Derecho Mercantil, Parte Primera*”. Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2017, pp. 127-128. Recuperado de <https://bit.ly/35FTU3x>

mercado, evitando los abusos del poder económico privado y protegiendo la libre competencia.⁷

Según la Constitución Española de 1978, la defensa de la libre competencia es un principio de orden público económico y, en cuanto tal, pieza clave del vigente sistema constitucional económico. En el Art. 38 CE se reconoce “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”. De ahí que, tanto nuestra legislación interna, como la comunitaria, hayan dispuesto un sector normativo específico, incluido dentro del Derecho Mercantil, cuyo objeto es promover y proteger la existencia de una competencia libre y efectiva. Ese conjunto de medidas legislativas es lo que hoy conocemos como Derecho de la Competencia.⁸

El Derecho de la Competencia se puede dividir en dos bloques. Por un lado, la defensa de la competencia, cuyo objeto es la protección del interés general prohibiendo aquellas prácticas y conductas que tienen por objeto o producen el efecto de falsear la competencia. Por otro lado, se encuentra la limitación de la competencia desleal, que tiene como objeto la protección del interés particular empleando como principal herramienta las acciones de responsabilidad por daños y perjuicios.⁹

Las concentraciones de empresas, que es la materia en la que se hará hincapié en este trabajo, quedan enmarcadas dentro de la rama de la defensa de la competencia.

⁷ BERENGUER FUSTER, L., GINER PARREÑO, C. A. y ROBLES MARTÍN-LABORD, A. *op. cit.*, p. 33.

⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, E. *op. cit.*, p. 129.

⁹ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. “*Manual de Derecho Mercantil*”. Ed. Tecnos, Madrid, 2015.

2.2. La Regulación del Derecho a la Competencia en España: normativa europea y normativa nacional.

El Derecho de la Competencia moderno tiene su raíz en los Estados Unidos de América, cuando la rápida industrialización del siglo XIX provocó el surgimiento de grandes corporaciones industriales en un país que hasta entonces era de pequeños empresarios del sector agrícola. Dada la tan arraigada creencia en el país de que unas pocas personas tengan mucho poder supone un peligro para la democracia, el Gobierno de los Estados Unidos adoptó las llamadas medidas *antitrust*, que buscaba evitar los abusos del poder económico privado. La norma legislativa más importante fue la Ley Sherman de 2 de julio de 1890, que declaró ilegal todas las prácticas de monopolización por parte de las empresas.¹⁰

En Europa, la situación era diferente, puesto que aquí los cárteles eran una práctica habitual de organizar la economía, contando con el beneplácito de los poderes públicos. El Derecho de la Competencia se introdujo en Europa tras la Segunda Guerra Mundial, estando intrínsecamente ligada al proceso de integración europea. Es por ello por lo que se puede afirmar que la gran impulsora del Derecho de la Competencia en nuestro continente ha sido la Unión Europea, ya que ha empleado la política de competencia como medio para impulsar la “federalización”, incidiendo en la vida de los ciudadanos indirectamente a través de la regulación de los mercados europeos, llegando a crear una “cultura de competencia” entre empresas y particulares.¹¹

¹⁰ ORTIZ BLANCO, L., MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., IBÁÑEZ COLOMO, P., LAMADRID DE PABLO, A. “*Manual de Derecho de la competencia*”. Ed. Tecnos, Madrid, 2008, pp. 19 a 21.

¹¹ Ídem, pp. 22 a 25.

Si bien en España ya existía la Ley 110/1963 sobre Prácticas Restrictivas de la Competencia previa a la entrada de nuestro país en las, por entonces, Comunidades Europeas, esta normativa estaba fuertemente inspirada en los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea. La Ley del año 1963 justificaba la actuación de los Estados en los mercados para profundizar en la libertad de empresa, al decir que “la iniciativa empresarial constituye un factor muy poderoso de desarrollo económico y, consecuentemente, de progreso social. Consciente de ello, el Estado, con su política económica intenta crear las condiciones que permitan el máximo despliegue de la libertad de empresa, no sólo mediante la eliminación de intervenciones administrativas que, justificadas en otras etapas pudieran hoy obstaculizar el funcionamiento de los mercados, sino también, y más trascendentalmente, a través de la creación de un marco institucional adecuado que asegure un amplio grado de flexibilidad al sistema económico en su conjunto [...]”.¹²

La Ley 110/1963, promulgada durante la etapa franquista, no tuvo una aplicación satisfactoria, en parte porque si bien tenía una intención liberal, dada la naturaleza del régimen franquista, su aplicación en la economía quedó subordinada a intereses políticos, y a la discrecionalidad del Gobierno. Resultó ser más burocrática que liberal, y nació condicionada por los principios inspiradores del régimen.¹³

¹² CALDERÓN PATIER, C., CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. y PALOMAR OLMEDA, A. “*El Derecho de la Competencia*”, Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2015, p. 10. Recuperado de <https://bit.ly/3zvUwTr>

¹³ BETANCOR, A., HUERTA, E., PETITBÓ, A., “*Defensa de la competencia: innovación y control en el contexto intervencionista*”. Fundación Ramón Areces, Madrid, 2020, p. 128. Recuperado de <https://bit.ly/3jWzmqO>

Con la promulgación de la Constitución de 1978, se acentuó el énfasis en la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, en la defensa de la productividad y de los intereses de los consumidores. Si bien la Constitución del 78 supuso un impulso para la libertad de empresa con respecto a la regulación franquista, la Ley 110/1963 siguió vigente hasta su sustitución en 1989, ya con España dentro de las Comunidades Europeas.¹⁴

Con la mencionada entrada de España en las Comunidades Europeas en 1986, se produjo la integración del Derecho Comunitario dentro del ordenamiento jurídico español, lo que implicó la necesidad de reformar el marco normativo español sobre Derecho de la Competencia. Por ello, el legislador derogó la Ley de 1963 y la sustituyó por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Esta nueva Ley buscaba la coordinación entre la normativa española y la comunitaria, incorporando disposiciones del Derecho Comunitario que se habían desarrollado mediante Derecho Derivado. La entrada en vigor de la Ley 16/1989 coincidió en el tiempo con el desarrollo por parte de las autoridades comunitarias de normativa en materia de Derecho de la Competencia, como fue el ya derogado Reglamento del Consejo de las Comunidades Europeas nº. 4064/89, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas.^{15 16}

¹⁴ Ídem. p. 157.

¹⁵ ORTIZ BLANCO, L., MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., IBÁÑEZ COLOMO, P., LAMADRID DE PABLO, A. *op. cit.*, p. 26.

¹⁶ Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. 395, de 30 de diciembre de 1989, pp. 1 a 12. Recuperado en <https://bit.ly/3CMmKLI>

Todas estas normas desarrolladas durante las décadas de los ochenta y noventa del siglo XX supusieron un cambio en el panorama empresarial español, pues se empezó a tomar conciencia dentro del tejido económico de que la existencia de unas autoridades que persiguieran la comisión de conductas contrarias a la competencia eran necesarias en una economía europea, basada en los principios del mercado y en la libertad de empresa.¹⁷

Ya entrados en el siglo XXI, la normativa en materia de competencia siguió evolucionando, tanto en el plano comunitario como nacional. El Consejo de la UE publicó en 2003 el Reglamento 1/2003 de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los Arts. 81 y 82 del Tratado de la Unión Europea, con el fin de modernizar la normativa en materia de Defensa de la Competencia comunitaria. Se introdujo un nuevo reparto de competencias entre la Comisión Europea, las autoridades de la competencia nacionales y los jueces nacionales, buscando potenciar la aplicación de las normas comunitarias.¹⁸

De la misma manera, un año después se promulgaron el Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, así como el Reglamento (CE) n° 802/2004, de 7 de abril de 2004, sobre la aplicación práctica de lo dispuesto en el Reglamento 139/2004.^{19 20}

¹⁷ BETANCOR, A., HUERTA, E., PETITBÒ, A., *op. cit.*, p. 160.

¹⁸ NAVARRO VARONA, E., “Modernización del Derecho de Competencia Europeo”, Actualidad jurídica Uría y Menéndez, n° 4/2003, 2003, p. 1. Recuperado de <https://bit.ly/3g84S4c>

¹⁹ Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 24, de 29 de enero de 2004, pp. 1 a 22.

²⁰ Reglamento (CE) n° 802/2004, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo sobre el control de las

Conjuntamente, estas dos normas incidieron de manera decisiva en el desarrollo de la política de competencia comunitaria en materia de concentraciones empresariales, pues se estableció que de manera general los Estados miembros no deberían poder aplicar su normativa nacional en materia de competencia a las concentraciones de dimensión comunitaria, limitando los poderes de las autoridades nacionales, y amplían considerablemente el concepto de concentración incompatible con el derecho comunitario.²¹

La entrada en vigor de los Reglamentos 1/2003 y 139/2004 por parte de la Unión Europea hizo ver la necesidad de derogar la Ley de 1989 para adaptar y armonizar la normativa nacional con la nueva normativa comunitaria. Por ello se promulgó en 2007 la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, así como el Real Decreto 261/2008, que desarrolló dicha Ley mediante el Reglamento de Defensa de la Competencia. Esta Ley y su Reglamento son las que en la actualidad establecen el marco normativo a nivel nacional en materia de Defensa de la Competencia, y en especial sobre concentraciones empresariales.^{22 23}

A nivel comunitario, tras la reformas realizadas en los tratados europeos por el Tratado de Lisboa, los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la

concentraciones entre empresas. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 133, de 30 de abril de 2004, pp. 1 a 39.

²¹ BAÑO LEÓN, J. M., “*La evolución del Derecho de la competencia y su irradiación en el Derecho público*”. Revista de Administración Pública, nº 200, 2016, pp. 298. Recuperado de <https://bit.ly/3Mh8fUL>

²² Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. BOE, 4 de julio de 2007, núm. 159.

²³ Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. BOE, 27 de febrero de 2008, núm. 50.

Comunidad Europea pasaron a ser los artículos 101 a 109 en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y se introdujo el Protocolo nº 27, sobre mercado interior y competencia, que aclara que entre los objetivos del mercado interior tal como se define en el artículo 3, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea (TUE) se incluye la competencia no falseada.²⁴

2.3. La creación de la CNMC: antecedentes históricos y la cuestión de su independencia.

La propia naturaleza del Derecho de la Competencia implica la necesidad de que exista una autoridad que tenga funciones relativas a la investigación y castigo de ciertas conductas prohibidas cuando se actúe en contra de la libre competencia en los mercados, como a la autorización de las concentraciones económicas cuando estas afecten a los mercados y a las ayudas públicas en pro de la competencia. Cuando se publicó la Ley 110/1963, se optó por un esquema dual en las que la instrucción y la resolución de los casos se asumía por órganos diferentes. Por un lado, el Servicio de Defensa de la Competencia y por otro el Tribunal de Defensa de la Competencia. El Servicio de Defensa de la Competencia, encargado de iniciar, instruir y documentar los expedientes, dependía del Ministerio de Economía, mientras que el Tribunal de Defensa de la Competencia tenía la función de resolver los expedientes y sancionar a las empresas que incurrieran en conductas prohibidas.^{25 26}

²⁴ HONNEFELDER, S. (2019). “*Fichas temáticas sobre la Unión Europea: La política de competencia*”. Recuperado de <https://bit.ly/3CVNolk>

²⁵ CASES PALLARÉS, L. “*Derecho Administrativo de la defensa de la competencia*”. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.

²⁶ BETANCOR, A., HUERTA, E., PETITBÒ, A., *op. cit.*, p. 261.

Con el desarrollo de las políticas de competitividad en el Mercado Común Comunitario, este modelo se vio afectado por el debate que en esos años comenzó a producirse en el seno de los países europeos, acerca de la necesidad de tener órganos independientes que supervisaran y resolvieran los expedientes. La cuestión de la independencia de las autoridades de Defensa de la Competencia ha sido un debate muy presente entre la doctrina, puesto que uno de los rasgos más sobresalientes de la aplicación del Derecho de la competencia es que su supervisión y control se ejerce por los Estados a través de sus administraciones, pero sus decisiones no pueden partir de intereses políticos o privados que interfieran en los mercados, sino en cuestiones meramente técnicas.

Si bien el debate acerca de si estas Administraciones, más típicas de países anglosajones, encajan en el modelo democrático europeo ha existido, la realidad es que con el proceso de integración europeo la apuesta por parte de las autoridades comunitarias ha sido que sean administraciones independientes quienes asuman las funciones de intervención pública en materia de competencia, especialmente en relación con sectores en los que otras Administraciones Públicas actúen como operadores privados, como puede ser el caso del sector postal, donde el Estado participa a través de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, o en mercados en los cuales existen elementos en los cuales hay monopolios naturales, como el sector del ferrocarril con Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF).²⁷

Con el desarrollo de la normativa comunitaria, las autoridades europeas han fomentado la creación de Administraciones independientes en cada país

²⁷ MONTERO PASCUAL, J. J., “*La Comisión Nacional de las Mercados y la Competencia*”. Ed. Tirant Lo Blanc, Madrid, 2013, pp. 43-46. Recuperado de <https://bit.ly/3iXYONq>

para fomentar la competencia, creando a su vez una red coordinada por la Comisión Europea. Asimismo, se ha buscado por parte de los Estados miembros una aplicación coordinada del Derecho nacional y del Derecho europeo, con la Comisión en una situación de primacía sobre las autoridades nacionales, tal y como se aprecia en el Reglamento 139/2004.

Durante los años noventa y principios del siglo XXI, se inició en España un período de modernización del sector público empresarial del Estado, caracterizado por la privatización de empresas públicas como Telefónica o Tabacalera, y la liberalización de mercados tradicionalmente monopolizados como el sector energético o el de telecomunicaciones. Una de las consecuencias de esto fue la creación de comisiones específicas que buscaban regular estos mercados, como fueron la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional del Sector Postal, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

Cuando se publica la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se establece la desaparición del Tribunal y del Servicio de Defensa de la Competencia. Las funciones de estos dos órganos son asumidas por una única autoridad de la competencia, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), que unifica la instrucción y la resolución de los expedientes bajo un mismo ente. Pasar de un modelo dual a un modelo único puso en España en consonancia con otros países de nuestro entorno, como Portugal, Bélgica o Grecia, entre otros.²⁸

²⁸ ORTIZ BLANCO, L., MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., IBÁÑEZ COLOMO, P., LAMADRID DE PABLO, A. *op. cit.*, p. 30.

La creación como tal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se anunció a mediados de 2011. Con la llegada al poder del Gobierno de España del Partido Popular tras las elecciones de ese año, se inició la reforma de la Comisión Nacional de Competencia y de los organismos sectoriales, con el fin de aglutinar toda la regulación competencial bajo un mismo órgano de control. Esta propuesta tenía como objetivo reducir el número de órganos directivos en materia de competencia, buscando una mayor eficiencia y austeridad en el gasto. Tras su correspondiente tramitación parlamentaria, se promulgó la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.^{29 30 31}

La Ley 3/2013 estableció la desaparición de todos los reguladores sectoriales, quedando consolidada sus funciones en un único organismo. Esto ha generado un debate acerca de la afectación que esto pueda tener acerca de la independencia de este órgano en concreto, en contraposición al modelo existente en el pasado.

En mi opinión, la existencia de un regulador multisectorial puede ser perjudicial para el interés público, puesto que cuantos más organismos existan, más recursos económicos habrá que repartir entre ellos, y esto implicará que los medios de los que dispongan para las materias que han de regular sean insuficientes para abarcar asuntos tan complejos, lo que eleva la probabilidad de que se produzcan conductas contrarias a los mercados que no puedan ser investigadas o sancionadas como se merecen. Por el

²⁹ MONTERO PASCUAL, J. J., *op. cit.*, pp. 57-58.

³⁰ Ídem, pp. 59-60.

³¹ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. BOE, 5 de junio de 2013, núm. 134.

contrario, un único organismo con buenos medios y con una estructura sólida y asentada, puede ser un buen baluarte para la defensa de los intereses que una autoridad administrativa independiente ha de defender, al contar con mayor personal administrativo y una misma estructura orgánica.

Asimismo, con varios pequeños reguladores muy especializados en sectores concretos, el riesgo de que los miembros de estos pequeños organismos reguladores sectoriales pueden ser “capturados” por las empresas reguladas es mayor, al existir tendencia a que, en estos organismos, sus miembros, tengan una formación muy técnica y altamente cualificada en la materia objeto, lo que multiplica las posibilidades estas personas hayan tenido o tengan intereses particulares relativos a estas empresas. Esto deriva en que las decisiones que se puedan tomar no se dirijan a la defensa del interés general, sino a la defensa de los intereses particulares de las empresas reguladas.

2.4. Las funciones y potestades de la CNMC como organismo regulador y supervisor de la competencia.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es, según lo dispuesto por el artículo 109 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, una autoridad administrativa independiente. Según este artículo, "son autoridades administrativas independientes de ámbito estatal las entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la

Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley". Este tipo de autoridades forman parte del sector público institucional estatal, y han de regirse, principalmente, por lo dispuesto en sus respectivas leyes de creación, sus estatutos y la legislación especial de los sectores económicos sometidos a su supervisión.³²

Como tal, la CNMC se define como un organismo público con personalidad jurídica propia, independiente del gobierno y sometido a control parlamentario. La CNMC investiga y sanciona prácticas anticompetitivas, dicta recomendaciones para mejorar la situación de los distintos mercados, autoriza las concentraciones, supervisa las conductas de empresas que operan en mercados regulados, promueve los valores de la competencia y una regulación eficiente y contribuye a garantizar la unidad del mercado. El órgano de decisión es el Consejo que actúa en pleno y en salas, una dedicada a temas de competencia y la otra dedicada a regulación. La dirección de competencia tiene atribuidas las funciones de instrucción recogidas en la Ley de Defensa de la Competencia.³³

Uno de los aspectos más relevantes de un organismo como la CNMC es su relación con el poder ejecutivo, en especial con aquellos ministerios con competencias en materia económica. La independencia de la CNMC en relación con el Gobierno y la Administración General del Estado no implica que no existan y deban existir mecanismos de coordinación e incluso de dirección, puesto que el Gobierno mantiene su potestad reglamentaria para crear normas en la materia y su potestad constitucional de dirección de la política general. La Comisión tiene competencias para realizar aquellas

³² Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. BOE, 2 de octubre de 2015, núm. 236.

³³ BETANCOR, A., HUERTA, E., PETITBÒ, A., *op. cit.*, p. 262.

funciones que la Ley le encomienda, con la protección de que sus miembros están obligados a no solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública, tal y como dice el artículo 3 de la Ley 3/2013.³⁴

Sin embargo, en contraste con la preocupación por la independencia de la CNMC con el Gobierno y la Administración General del Estado, son numerosos los instrumentos de colaboración de estas con las instituciones europeas. El artículo 5.2 de la Ley de Creación de la CNMC contempla que este órgano mantendrá una colaboración regular y periódica con las instituciones y organismos de la Unión Europea, en especial, con la Comisión Europea y con las autoridades competentes y organismos de otros Estados miembros.

La CNMC ejerce tres tipos de funciones principalmente: la aplicación de la normativa de competitividad, la regulación de mercados específicos y funciones de garantía en sectores específicos. Dentro de las funciones de la CNMC en aplicación de la normativa de competitividad, su principal cometido es preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos mediante la aplicación de lo dispuesto en la Ley de Defensa de la Competencia y la normativa europea en materia de competencia. En esta materia, las funciones actuales de la CNMC no sufren variación con respecto a las funciones de la anterior Comisión Nacional de Competencia.

El principal cometido de la CNMC en materia de política de competitividad es promover y preservar la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos. Para ello, la CNMC puede hacer uso de expedientes administrativos, los cuales ellos instruyen y resuelven. Una vez resueltos,

³⁴ MONTERO PASCUAL, J. J., *op. cit.*, pp. 88-89.

pueden hacer uso de facultades sancionadoras, con el fin de castigar aquellas conductas que atenten contra la competencia. En segundo lugar, supervisa el control de concentraciones empresariales, y por último, supervisa las ayudas públicas que se pueden dar a determinadas empresas, así como realizar trabajos e informes para las Administraciones Públicas.

La adopción de actos administrativos será la forma más habitual de actuación de la CNMC, sean estos sancionadores o reguladores, pero no la única. La CNMC hereda de las anteriores Administraciones independientes reguladoras potestades normativas y cuasi-jurisdiccionales, a la hora de resolver conflictos que se pueden dar en relación con el marco competencial de este órgano. El Art. 30 de la Ley 3/2013 establece la posibilidad de que la CNMC dicte disposiciones de desarrollo y ejecución de las leyes, reales decretos y órdenes ministeriales que se aprueben en relación con los sectores sometidos a su supervisión. Estas disposiciones son denominadas circulares, siguiendo el precedente de las Circulares del Banco de España.³⁵

Mucho se ha escrito por parte de la doctrina sobre la capacidad normativa de las Administraciones independientes, especialmente con lo establecido por los Arts. 66 y 97 de la Constitución, donde se dice que únicamente la potestad legislativa del Estado lo tienen las Cortes Generales y la potestad reglamentaria la tiene el Gobierno. La mayoría de la doctrina considera suficiente la habilitación legal expresa y determinada en cuanto a su ámbito y extensión. Sobre esta polémica, el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de estas normas en su Sentencia 135/1992, relativa a las

³⁵ Ídem, pp. 183-193.

Circulares del Banco de España, y en su Sentencia 133/1997, relativa a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.^{36 37 38 39}

Otras potestades de la CNMC que se usan en materia de competitividad son las llamadas potestades instrumentales. Estas potestades se basan en lo establecido por el artículo 27 de la Ley 3/2013, que implica que el personal de la CNMC debidamente autorizado tendrá la condición de agente de la autoridad, por lo que podrá realizar labores inspectoras, acceder a instalaciones de los operadores, hacer requerimientos de información, adoptar medidas cautelares, multas coercitivas, etc.⁴⁰

En cuanto al control de las concentraciones empresariales, la CNMC tiene la capacidad de supervisar aquellos procesos de concentración, haciendo uso de una prerrogativa establecida en la Ley de Defensa de la Competencia, que es la autorización previa. Toda operación de concentración que supere un umbral mínimo establecido ha de ser notificada a la CNMC previamente a su ejecución, para proceder a su revisión siguiendo con un procedimiento administrativo concreto. La concentración económica no podrá ejecutarse hasta que haya recaído y sea ejecutiva la autorización expresa o tácita de la CNMC.⁴¹

³⁶ MUÑOZ MACHADO, S., “*Servicio público y mercado. I. Los fundamentos*”, Ed. Cívitas, Madrid, 1998, pp. 283-290.

³⁷ MONTERO PASCUAL, J. J., *op. cit.*, p. 191.

³⁸ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 135/1992 de 5 de octubre de 1992. Disponible en: <https://bit.ly/3kfGtuC>

³⁹ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 133/1997 de 16 de julio de 1997. Disponible en: <https://bit.ly/387zWN1>

⁴⁰ GUILLÉN CARAMÉS, J., “*Régimen jurídico de la inspección en Derecho de la Competencia*”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2010.

⁴¹ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Artículo 9. BOE, 4 de julio de 2007, núm. 159.

La CNMC valorará la operación de concentración mediante un estudio de las empresas intervinientes, teniendo en cuenta la estructura de los mercados afectados, la posición en dichos mercados de las empresas afectadas, su situación financiera, la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera del territorio nacional, las posibilidades de elección de proveedores y consumidores, el acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de barreras para el acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y de la demanda de los productos y servicios de que se trate, el poder de negociación de la demanda o de la oferta, y finalmente, las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración, en especial en como dicha concentración afecte al consumidor final, en cuanto a la formación de una mayor o mejor oferta y de menores precios. Si la CNMC entiende que una concentración no obstaculiza el mantenimiento de una competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional, la aprobará.⁴²

3. LOS PROCESOS DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

3.1. Concentración empresarial: concepto y la cuestión del control en la toma de decisiones.

Si bien en Europa y en España el núcleo del Derecho de la Competencia lo constituyen la prohibición de los acuerdos colusorios entre empresas y la prohibición del abuso de la posición de dominio, existen dos regulaciones

⁴² MONTERO PASCUAL, J. J., *op. cit.*, pp. 124-131.

vinculadas complementariamente a este régimen general de la competencia. Su esencia consiste en encomendar a las autoridades públicas, sea la Comisión Europea, o sean las autoridades de la Competencia de cada país. por una parte, el control de las concentraciones de las empresas y, por otra parte, el control de las ayudas públicas con la finalidad de que tanto las concentraciones económicas como las subvenciones y otras ventajas a las empresas no distorsionen la competencia en el mercado común europeo.⁴³

Según el artículo 7.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, “se entenderá que se produce una concentración económica cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de: la fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, o la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas o la creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma”. Dicho artículo se basa en lo establecido por el Reglamento de la Comisión Europea 139/2004, que dice que las concentraciones empresariales se producen cuando tiene lugar un cambio duradero del control como consecuencia de la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o de la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por

⁴³ CARBAJO CASCÓN, F., MARTÍN ARESTI, P., ORDOÑEZ SOLÍS, D., CURTO POLO, M.M., PÉREZ BENÍTEZ, J.J., GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E. “*Manual Práctico de Derecho de la Competencia*”, Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2017, pp. 195-196. Recuperado de <https://bit.ly/2WjwKLJ>

cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas (art. 9 LCD).⁴⁴

El concepto usado por la normativa europea se basa en la concepción económica de una concentración, buscando abarcar todas las circunstancias y hechos que impliquen el resultado de una concentración, aunque desde un punto de vista netamente jurídico no se encuadren en el concepto del Derecho de Sociedades de fusión o adquisición. Con carácter general, existirá concentración cuando se produzca una modificación permanente de la estructura de una sociedad, ejerciendo una influencia decisiva sobre la actividad de dicha empresa.⁴⁵

Al objeto de analizar el concepto de concentración dado por el Reglamento 139/2004 y por el Art. 7 LDC, es preceptivo mencionar la Comunicación 2008/C 95/01 de la Comisión Europea, que viene a consolidar varias comunicaciones anteriores sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia. Esta comunicación constituye un punto de partida imprescindible para comprender qué entiende la Comisión Europea como concentración empresarial. En esta comunicación se dice que para conocer que es una concentración, previamente hay que analizar varios aspectos, para saber que se entiende como “adquisición del control” de una empresa y para saber cuándo se produce una “modificación de la estructura de control estable” de una empresa.^{46 47}

⁴⁴ Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, sobre sobre el control de las concentraciones entre empresas. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 24, de 29 de enero de 2004, pp. 1 a 22.

⁴⁵ ORTIZ BLANCO, L., MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., IBÁÑEZ COLOMO, P., LAMADRID DE PABLO, A. *op. cit.*, pp. 280-282.

⁴⁶ Comunicación consolidada (UE) 2008/C 95/01 de la Comisión, sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de

La cuestión de determinar con certeza qué es “tener el control de una empresa” es relevante para diferenciar lo que es una concentración empresarial y lo que no. Para tener el control de una empresa no es necesario controlar todas sus decisiones, ni controlar su gestión diaria, basta con tener una capacidad de decisión dentro de la empresa que sea determinante a la hora de controlar todas o algunas de las decisiones que sean consideradas estratégicas. Ejemplos de estas decisiones consideradas estratégicas son las relativas al presupuesto, los planes anuales de negocios, objetivos y acciones programadas de calado o nombrar personal directivo o en los Consejos de Administración.^{48 49}

Por ejemplo, en el asunto sustanciado ante la CNMC sobre el caso Abertis/Hispasat, se dice en la resolución del Expediente C-0528/13 que hay un control sobre la empresa porque se pasó de una situación de control conjunto por diversos accionistas a otra de control exclusivo por el accionista mayoritario al eliminarse el derecho al voto de los accionistas minoritarios sobre las decisiones estratégicas, lo que de facto implicaba que el accionista mayoritario se hacía con el control de las decisiones

conformidad con el Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Diario Oficial de la Unión Europea, 16 de abril 2008.

⁴⁷ MASSAGUER FUENTES, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA CRESPO, J., GUTIÉRREZ, A., “*Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*”, Ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2017, pp. 471-476.

⁴⁸ Europa, Tribunal Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta). Sentencia núm. C-250/92 de 15 de diciembre de 1994. Disponible en: <https://bit.ly/3DjD4DF>

⁴⁹ ORTIZ BLANCO, L., MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., IBÁÑEZ COLOMO, P., LAMADRID DE PABLO, A. *op. cit.*, pp. 282-286.

estratégicas porque la opinión de los accionistas minoritarios dejaba de ser relevante al no poder vetar.⁵⁰

Del mismo modo, también se considera por parte de la normativa comunitaria, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento, que hay una concentración empresarial cuando hay un control sobre “partes de una empresa”. Esto sucede cuando hay un control sobre asuntos relativos a la adquisición de bienes materiales, control de la clientela o de bienes intangibles, como patentes, marcas o derechos de autor. El primer Reglamento sobre concentraciones de las Comunidades Europeas, publicado en 1989, determinaba que cómo «los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, aunque aplicables según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a determinadas concentraciones, no son sin embargo suficientes para incluir todas las operaciones que pueden resultar incompatibles con el régimen de competencia no falseada establecido por el Tratado».

La cuestión de cuando hay un control total o parcial de una empresa es un asunto muy discutido y tratado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, pero en la práctica, las Autoridades Nacionales han insistido en el carácter autónomo de la noción de control con respecto a la aplicada en otros ámbitos del Derecho. Por ejemplo, en el Informe N/05001 del Servicio de Defensa de la Competencia de fecha 13 de enero de 2005, relativo al asunto Udra Industrial/Duro Felguera, se afirmaba que «la notificante señala que, como consecuencia de la operación, Udra no poseerá ni podrá disponer, directa o indirectamente, de la mayoría de los derechos de voto del capital

⁵⁰ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución del Expediente C-0528/13, Abertis/Hispasat. 13 de enero de 2005. Disponible en: <https://bit.ly/3i6ytLQ>

social de Duro Felguera. Sin embargo, en el ámbito de la defensa de la competencia el concepto de control se basa en criterios cualitativos que trascienden de una participación accionarial determinada o del nombramiento de un número concreto de representantes en los órganos de gobierno de una sociedad». ⁵¹

Según la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de marzo de 2018, sobre el concepto y la finalidad de la concentración económica se puede decir que «conviene destacar que en las operaciones de concentración económica debe perseguirse un equilibrio entre el derecho de libertad de empresa y el derecho a la competencia. En este sentido, tanto en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia como en la regulación actual recogida en la Ley 15/2007, de 3 de julio, destacan que la competencia, como principio rector de la economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el artículo 38 de la Constitución [...]». ⁵²

La legislación comunitaria vigente para las concentraciones empresariales se encuentra principalmente en el Reglamento 139/2004, que dice que aquellas concentraciones que tengan dimensión comunitaria, la autoridad

⁵¹ España. Informe del Servicio de Defensa de la Competencia sobre «*N-05001 Udra Industrial/Duro Felguera*». 13 de enero de 2005. Disponible en: <https://bit.ly/3KFfd49>

⁵² España, Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso). Sentencia 962/2018 de 7 de marzo de 2018. Disponible en: <https://bit.ly/35nqBmn>

competente será la Comisión Europea. Por otra parte, aquellas concentraciones que escapen del ámbito de aplicación de la normativa europea serán evaluadas por las autoridades de los Estados miembros.⁵³

Se trata, así, de evitar o corregir la excesiva concentración del mercado cuando ello pueda perjudicar de manera significativa las condiciones de competencia, sea a nivel nacional o comunitario. Es por eso que, el procedimiento de control de las concentraciones económicas se aplica sólo a las que tengan una especial intensidad, de modo que las que no alcancen los umbrales señalados en el artículo 8.1 de la Ley de Defensa de la Competencia resultan autorizadas sin necesidad de someterse a ningún procedimiento de control administrativo de competencia.⁵⁴

3.2. Tipos de concentraciones empresariales. Casos concretos.

En cuanto a la tipología de concentraciones, existen diferentes tipos a los que recurren las sociedades, ya sean por motivos económicos o por motivos de poder de mercado, en función de sus intereses. Entre todos estos tipos, el ejemplo más evidente de lo que es una concentración es la fusión, que según el artículo 3.1.a del Reglamento de Concentraciones es cuando dos o más empresas anteriormente independientes pasan a ser una misma. Las fusiones pueden ser por constitución de una nueva sociedad o por absorción, donde hay una entidad absorbente que absorbe a otra y la absorbida desaparece.

⁵³ ORTIZ BLANCO, L., MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., IBÁÑEZ COLOMO, P., LAMADRID DE PABLO, A. *op. cit.*, pp. 279-281.

⁵⁴ CALDERÓN PATIER, C., CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. y PALOMAR OLMEDA, A. “*El Derecho de la Competencia. 2ª edición*”, Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2019, p. 143. Recuperado de <https://bit.ly/3ylUNHb>

También están las fusiones económicas o de facto, que se dan cuando las sociedades se mantienen separadas, pero combinen sus actividades bajo una única dirección común permanente.⁵⁵

Un reciente ejemplo de expediente de fusión llevado por la CNMC es el expediente C/1144/20, sobre la fusión por absorción de CAIXABANK S.A. a BANKIA S.A. En dicha operación de concentración, BANKIA queda absorbida por CAIXABANK, extinguiéndose mediante disolución sin liquidación, y transmitiendo en bloque todo su patrimonio todos sus derechos y todas sus obligaciones a CAIXABANK, por sucesión universal. En concreto, esta operación de fusión tuvo una especial relevancia para la CNMC porque las dos empresas participantes de la concentración son dos de los principales bancos de España, con importantes activos en diversos mercados, no sólo el bancario, sino también en seguros, inmobiliario, pensiones o medios de pago.⁵⁶

Otro tipo de concentraciones se produce cuando, según el artículo 3.1.b) del Reglamento, dos empresas generan un vínculo a través de la adquisición de acciones de una empresa o activos de la misma, siempre que estos últimos sean significativos y tengan presencia en el mercado. Este tipo de concentraciones pueden ser por la adquisición del control exclusivo de una empresa o por la adquisición de control conjunto mediante una empresa común, lo que se llama “Joint Ventures”.

⁵⁵ ORTIZ BLANCO, L., MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., IBÁÑEZ COLOMO, P., LAMADRID DE PABLO, A. *op. cit.*, p. 287.

⁵⁶ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución del Expediente C/1144/20, Caixabank/Bankia. 23 de marzo de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3KH2dex>

Según el Art. 3.1.b.), las concentraciones por la adquisición del control exclusivo de una empresa se dan normalmente cuando una empresa adquiere la mayoría del capital social y de los derechos de votos de una sociedad. También se puede dar si, aún siendo parte minoritaria del capital social, se posean derechos que permitan determinar la política comercial de la empresa. Las concentraciones por adquisición del control exclusivo son las mayoritarias, representando el 87% de las operaciones de concentraciones totales supervisadas por la CNMC en el año 2020.⁵⁷

Uno de estos ejemplos fue la adquisición en 2018 de NAVIERAS ARMAS S.A. por parte de TRANSMEDITERRÁNEA S.A., que fue resuelta por la CNMC en el expediente C/0922/18. Esta concentración tenía una especial relevancia para el sector de transporte marítimo, en especial para las rutas que conectan el sur de la Península con Melilla y con Canarias, lo que suponía una serie de riesgos para la competencia en los tráficos de pasajeros y de mercancías, dado que desaparecía un competidor relevante y que, en el caso de la ruta con Canarias, suponía la aparición de un monopolio. Debido a esto, la CNMC resolvió aprobar la concentración, pero estableciendo una serie de compromisos por parte de las empresas para que se suscribieran contratos de fletamento, con otra serie de obligaciones (cesión de uso de amarres, sistema de expedición de billetes, abstención de uso de marca y comunicación a clientes).^{58 59}

⁵⁷ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, “Memoria 2020”, Madrid, 2021. Recuperado de: <https://bit.ly/38vxobP>

⁵⁸ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, “Memoria 2018”, Madrid, 2019. Recuperado de: <https://bit.ly/3ylriFp>

⁵⁹ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución del Expediente C/0922/18, Naviera Armas/Transmediterránea. 22 de mayo de 2018. Disponible en: <https://bit.ly/3q66GPZ>

En el caso de los “joint ventures”, se da cuando dos o más empresas llegan a un acuerdo de asociación estratégica temporal para, mantenido individualmente su independencia jurídica, actuar unidas bajo una misma dirección y normas, con el objetivo de llevar adelante una operación comercial determinada, donde se distribuyen las inversiones, el control, responsabilidades, personal, riesgos, gastos y beneficios. Esto se traduce en que hay un control conjunto de una empresa en participación por parte de dos o más empresas participes, ya sea si el joint venture se ha creado ex novo o mediante una modificación de un control conjunto preexistente.⁶⁰

Uno de los casos de Joint Ventures más relevantes de los últimos años se produjo cuando, Mooring & Port Services, S.L. y Cemesa Amarres de Barcelona, S.A., compañías “rivales” que se dedican al amarre y desamarre en el Puerto de Barcelona, llegaron a un acuerdo para crear una empresa cuya participación y control estaba dividida en partes iguales entre las dos sociedades, para gestionar toda la actividad del puerto bajo una única empresa. Este expediente (C/1134/20) fue autorizado por la CNMC sujeto a una serie de compromisos, tras un arduo proceso de análisis, puesto que, mediante la creación de esta joint venture, el Puerto de Barcelona pasó de tener dos licenciatarias a una sola, lo que implicaba la creación de un monopolio en un servicio sujeto a obligaciones con las Administraciones Públicas por ser materia de un Servicio Público Universal (SPU).⁶¹

⁶⁰ MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., “*Empresas en participación (Joint Ventures) y Derecho Comunitario de la Competencia*”. Revista de Administración Pública, Barcelona, 2007, pp. 520. Recuperado por <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/47800>

⁶¹ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución del Expediente C/1134/20, Mooring Port Services S.L. / Cemesa Amarres Barcelona S.A. 27 de julio de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3teNYXe>

Asimismo, existen otros tipos de concentraciones empresariales, los cuales se dan menos en la práctica, como pueden ser la adquisición de activos de una empresa por parte de otra, o la adquisición de una rama de negocio concreta. Un ejemplo de esto es el expediente C/1087/20, que trata de la adquisición por parte de GRUPO BIMBO, S.A.B. de C.V., a través de su filial en España, del 100% de las acciones y participaciones del capital social de dos empresas del GRUPO SIRO, concretamente de las empresas SIRO PATERNA, S.A.U. y SIRO VALENCIA, S.L.U., las cuales eran las empresas del GRUPO SIRO que se dedicaban a la instalación industrial para fabricación de pan envasado de marca blanca, concretamente para la empresa de supermercados MERCADONA S.A.^{62 63}

3.3. La relevancia de la libre competencia en las concentraciones empresariales.

Vigilar las concentraciones empresariales resulta necesario para evitar que el cambio de control de una empresa altere la estructura del mercado. El control por parte de una autoridad administrativa sobre estas intervenciones incide sobre las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles, ya que, como se dijo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1981, fundamento jurídico 3º, «la defensa de la competencia constituye, a la vez, un presupuesto y un límite necesario de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, reconocida en el artículo 38 de la Constitución

⁶² Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, “Memoria 2020”, Madrid, 2021. Recuperado de: <https://bit.ly/38vxobP>

⁶³ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución del Expediente C/1087/19, Grupo Bimbo/Fábrica De Paterna De SIRO, 12 de junio de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/35JN8tz>

Española. Como dijimos en la tan citada Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1986 «el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución [...] supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste». ⁶⁴

En términos similares, pero esta vez sobre la regulación de las concentraciones empresariales, se refiere la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/2014, de 26 de junio, al decir que «siendo indudable que las concentraciones económicas constituyen una manifestación de la libertad de empresa [...] no obstante, la necesidad de ordenar las condiciones de competencia en el mercado ha hecho que desde la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se establezca un sistema de control de las fusiones empresariales que puedan tener un impacto negativo en la libre competencia». ^{65 66}

⁶⁴ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 37/1981 de 16 de noviembre de 1981. Disponible en: <https://bit.ly/3DkdZZh>

⁶⁵ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 108/2014 de 22 de julio de 2014. Disponible en: <https://bit.ly/3jgapaH>

⁶⁶ CALDERÓN PATIER, C., CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. y PALOMAR OLMEDA, A. “*El Derecho de la Competencia. 2ª edición*”, Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2019, p. 140-142. Recuperado de <https://bit.ly/3ylUNHb>

Y es que la libertad de empresa no reconoce el derecho a acometer cualquier actividad empresarial, ya que su ejercicio puede estar sujeto a normas de muy diverso orden. Las razones que pueden invocar los poderes públicos para justificar su intervención son muy variadas, abarcando la práctica totalidad de las materias sobre las que es posible legislar. Ahora bien, las intervenciones sobre el derecho de libertad de empresa han de ser analizadas a la luz del principio de proporcionalidad, tal y como ha mantenido el Tribunal Constitucional en sentencias como STC 66/1995 de 8 de mayo, STC 66/1991 de 22 de marzo y STC 75/1983 de 1 de marzo, estableciendo que se ha de realizar un juicio que implica el examen de la adecuación entre los medios empleados y los fines invocados.⁶⁷

Por eso es relevante que, cuando la CNMC actúa en supervisión de los procesos de concentración empresarial, entienda que se ha de ponderar diversos aspectos a la hora de proteger la competitividad frente a la libertad de empresa, empezando por buscar una competencia efectiva y no tanto una competencia perfecta, ya que la realidad de todo proceso de concentración empresarial entre sociedades competidoras en un mismo mercado es que se va a producir una merma en la competitividad en dicho ámbito. El Art. 10 LDC establece una serie de criterios de valoración sustantiva que la CNMC ha de seguir a la hora de decidir sobre las concentraciones. De este artículo se puede entender que la CNMC ha de realizar un análisis prospectivo de la «posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional».

⁶⁷ LENCE REIJA, C., “*La tutela de la libertad de empresa frente a intervenciones administrativas desproporcionadas*”. Revista General de Derecho Administrativo nº 46, 2007. Recuperado por: <https://bit.ly/3mCUvJD>

4. EL PROCEDIMIENTO DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES ANTE LA CNMC.

4.1. El sistema de control previo de la CNMC en los procesos de concentración empresarial.

Para el efectivo control de las concentraciones empresariales, la CNMC cuenta con la potestad de intervención pública, en forma de autorización previa. La finalidad de este “control previo” es que las concentraciones pretendidas sean estudiadas por la CNMC, para que valore la afectación que esta puede tener en la competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional. La concentración económica no podrá ejecutarse hasta que haya recaído autorización expresa o tácita de la Administración.⁶⁸

Las operaciones de concentración empresarial han de ser notificadas a la CNMC previamente a su ejecución, cuando estas operaciones superen un umbral mínimo, el cual viene recogido principalmente en el Art. 8 LDC y en el reglamento de desarrollo. El legislador establece los umbrales de cuota de mercado y del volumen del mismo, los medios de cálculo para su determinación y la valoración de las eficiencias económicas. Si por la concentración se adquiere o se incrementa una cuota de mercado de las empresas por un valor del 30% o mayor, se tendrá que someter al procedimiento de concentración de empresas, aunque no se plantee la posibilidad de riesgos en la competencia, así como cuando el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes de la concentración supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros.

⁶⁸ MONTERO PASCUAL, J. J., *op. cit.*, pp. 122-124.

El Art. 5.1 apartado d) de la Ley 3/2013 de creación de la CNMC dice que “para garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realizará las siguientes funciones: Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de control de concentraciones económicas”. Este artículo nos indica que, en materia del control que efectúa la CNMC de las concentraciones de empresas, habrá que acudir a lo dispuesto por la Ley de Defensa de la Competencia, la cual dedica su Capítulo III al procedimiento de control de concentraciones económicas (artículos 55 a 60).

4.1.1. Primera fase de investigación.

De acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo III de la Ley de Defensa de la Competencia, concretamente en el Art. 55, formalmente el procedimiento de control de las concentraciones de empresas comienza en el momento que la CNMC recibe la notificación. A partir de la notificación, se inicia lo que se conoce como “primera fase”, que sirve para analizar la operación notificada, investigar a las empresas, sus mercados y la afectación que dicha operación puede tener en la competencia, para finalmente decidir sobre ella.⁶⁹

El Art. 9.4 LDC establece que la obligación de notificar una concentración les corresponde a las partes, conjuntamente, así como a título individual a la parte que adquiera el control exclusivo sobre la totalidad o parte de una o varias empresas. Para elaborar la notificación, existen unos modelos

⁶⁹ MASSAGUER FUENTES, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA CRESPO, J., GUTIÉRREZ, A., *op. cit.*, pp. 1225-1229.

oficiales de formulario ordinario y abreviado, en los Anexo II y II del Reglamento de Defensa de la Competencia, respectivamente.

El formulario abreviado se usará para aquellas operaciones que, a priori, no plantearían problemas de competencia, de acuerdo con lo establecido por los Arts. 56 LDC y 57 RDC, de desarrollo del Reglamento (CE) 802/2014 en esta materia. Con el formulario abreviado, las empresas pueden ahorrarse tiempo y costes, ya que se reduce la información obligatoria que han de aportar. En la práctica, más de un tercio de las notificaciones presentadas ante la CNMC son realizadas mediante el formulario abreviado. Puede darse la circunstancia de que las empresas presenten un formulario abreviado y la CNMC considere que no cumplen con los requisitos para ello, requiriendo a las empresas para que subsanen la notificación presentando un formulario ordinario.⁷⁰

Si las empresas ejecutan la operación sin autorización, pueden ser sancionadas, como en el caso como descrito en el Expediente Sancionador SNC/DC/0038/15, de 5 de noviembre de 2015, en donde MASMOVIL IBERCOM S.A llegó a un principio de acuerdo con la sociedad británica THE PHONE HOUSE HOLDING para la adquisición de XTRA TELECOM, S.L.U., e instrumentó el acuerdo por medio de escritura pública ante notario sin esperar a la autorización por la CNMC, por lo que fue sancionado.⁷¹

⁷⁰ MASSAGUER FUENTES, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA CRESPO, J., GUTIÉRREZ, A., *op. cit.*, pp. 1243-1252.

⁷¹ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución del Expediente sancionador SNC/DC/0038/15 MASMOVIL. Disponible en: <https://bit.ly/3t5SKpV>

En la práctica, esta notificación se realiza cuando la operación de concentración alcanza un grado de maduración comercial en las negociaciones entre las sociedades, a partir del momento en el que haya un proyecto o acuerdo de concentración. Es habitual que se ponga en conocimiento de la CNMC que se están realizando negociaciones para una concentración, mediante el envío de prenotificaciones informales, borradores o acuerdos no vinculantes. Esta práctica está permitida por el Art. 55.2 LDC, y es recomendada por la propia CNMC, especialmente si hay dudas de si se cumplen los umbrales.⁷²

Asimismo, puede ser que la CNMC considere que, si la notificación no ha sido presentada en forma, deba de ser inadmitida a trámite, conforme al Art. 56.4 RDC. Si ha sido presentada en forma, pero carece de información, la CNMC puede requerir al notificante para que lo subsane.

Una vez recibida la notificación, la dirección de competencia de la CNMC formará un expediente, elaborará un informe y una propuesta de resolución, conforme a lo establecido por el Art. 57.1 LDC, que será elevado al Consejo de la CNMC para que resuelva. El Consejo de la CNMC deberá resolver en el plazo de un mes desde la presentación de la notificación, como indica el Art. 36.2 apartado a) LDC. Este plazo puede ser ampliado si las partes presentan compromisos. Si no se resuelve en plazo, el silencio administrativo es positivo a favor de la concentración, como indica el Art. 38.2 LDC.

Durante esta fase, la CNMC valorará si la propuesta de concentración obstaculiza o no el mantenimiento de una competencia efectiva en todo o en

⁷² MASSAGUER FUENTES, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA CRESPO, J., GUTIÉRREZ, A., *op. cit.*, pp. 1227-1231.

parte del mercado nacional, según una serie de criterios: la estructura de todos los mercados relevantes; la posición en los mercados de las empresas; la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera del territorio nacional; las posibilidades de elección de proveedores y consumidores, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados; la existencia de barreras para el acceso a dichos mercados; la evolución de la oferta y de la demanda de los productos y servicios de que se trate; el poder de negociación de la demanda o de la oferta y su capacidad para compensar la posición en el mercado de las empresas afectadas; y las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración.⁷³

Estos criterios sirven para evaluar si los efectos de la concentración en producción o comercialización, y como una concentración puede producir perjuicio a los consumidores intermedios y finales, en especial, a una disminución de la oferta y el aumento de los precios.

De acuerdo con el Art. 57.2 LDC, el Consejo de la CNMC decidirá si la operación notificada es susceptible de ser autorizada (con o sin compromisos), si debe ser archivada, si remitir la concentración a la Comisión Europea cuando sea esta competente, o si por el contrario, la concentración requiere ser analizada más detalladamente por los problemas de competencia que pueda generar, lo que dará paso a segunda fase del procedimiento, en la que ya se prevé la participación de terceros interesados.

La autorización con compromisos en primera fase es una práctica prevista en el Art. 59 LDC, que permite que las empresas lleven a cabo su acuerdo de concentración con autorización de la CNMC, pero subordinándolo al

⁷³ MONTERO PASCUAL, J. J., *op. cit.*, p. 131.

cumplimiento de unos compromisos propuestos por el o los notificantes. Esto es positivo para las sociedades, porque se ahorran los inconvenientes de las largas e intensas investigaciones en segunda fase. La autorización con compromisos se da cuando hay problemas de competencia “claramente identificables” y que puedan ser “fácilmente remediados”, como establece el Art. 69.5 RDC. La CNMC revisará los compromisos presentados y podrá pedir su modificación si los considera insuficientes, como ha ocurrido en casos como el expediente C/0758/16, de 28 julio de 2016, entre GAS NATURAL FENOSA y REPSOL BUTANO S.A.⁷⁴

4.1.2. Segunda fase de investigación.

Como explica el apartado II del Preámbulo de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, en la segunda fase del procedimiento de control de concentraciones se realizará un análisis más detallado de la operación, con participación de terceros interesados, con el fin de que el Consejo de la CNMC adopte la resolución final.

La apertura de la segunda fase ha sido relativamente poco frecuente. Según datos de la CNMC, de las 64 operaciones de concentración resueltas durante el año 2020, solamente se autorizó una concentración en segunda fase, la operación C/1052/19 CIMSA/CEMEX, y en otras dos operaciones se acordó su paso a dicha fase.^{75 76 77}

⁷⁴ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución del Expediente C/0758/16 GAS NATURAL FENOSA- GLP REPSOL BUTANO -ACTIVO. Disponible en: <https://bit.ly/3swWPV1>

⁷⁵ MASSAGUER FUENTES, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA CRESPO, J., GUTIÉRREZ, A., *op. cit.*, pp. 1259-1260.

El Art. 58 LDC regula el procedimiento de concentración en segunda fase. En su apartado primero, establece que “la Dirección de Investigación elaborará una nota sucinta sobre la concentración que, una vez resueltos los aspectos confidenciales de la misma, será hecha pública y puesta en conocimiento de las personas físicas o jurídicas que puedan resultar afectadas y del Consejo de Consumidores y Usuarios, para que presenten sus alegaciones en el plazo de 10 días”. Esta es una de las características principales de la segunda fase, la intervención de terceros interesados en el expediente al hacerse pública la nota sucinta, para que tengan la condición de interesados en el proceso.

La Dirección de Investigación de la CNMC realizará un pliego de concreción de hechos, indicando los posibles obstáculos para la competencia derivados de la concentración, como por ejemplo barreras de entrada o el volumen de negocios de dichas empresas en un mercado. Este pliego será notificado a los interesados para que formulen alegaciones, así como a los terceros interesados, excluyendo información confidencial. Si los notificantes así lo solicitan, se celebrará una vista oral ante el Consejo de la CNMC con el fin de tratar lo dispuesto en el pliego, en la que podrán participar los interesados. Tras esta vista, la Dirección de Competencia de la CNMC realizará una propuesta de resolución.⁷⁸

⁷⁶ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. “Memoria 2020”, Madrid, 2021. Recuperado de: <https://bit.ly/38vxobP>

⁷⁷ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución del Expediente C/1052/19 CIMSAC/CEMEX. Disponible en: <https://bit.ly/3KbL7VF>

⁷⁸ MASSAGUER FUENTES, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA CRESPO, J., GUTIÉRREZ, A., *op. cit.*, pp. 1271-1276.

4.1.3. Finalización del procedimiento.

A tenor del Art. 58.4 LDC, tras el análisis de la propuesta de resolución, el Consejo de la CNMC resolverá si la concentración debe ser autorizada de pleno o autorizada con compromisos, prohibirla o archivarla, en el plazo de dos meses desde la apertura de la segunda fase. En el caso de que la resolución del Consejo sea de prohibición o subordinación a compromisos o condiciones, existe la particularidad establecida en los Art. 58.5 y 58.6 LDC de que el procedimiento no ponga fin a la vía administrativa y sea comunicado al Ministerio de Economía, que podrá elevar el asunto al Consejo de Ministros.

La intervención del Consejo de Ministros se regula en el Art. 60 LDC, y viene justificada por razones de interés general, ajenas a la defensa de la competencia, por lo que se actúa con un amplio margen de discreción, especialmente cuando estamos ante sectores sensibles. La Ley permite incluso que se autorice con o sin condiciones una concentración que ha sido prohibida por la CNMC o que han sido aprobadas con condiciones. El único caso en que el Consejo de Ministros ha intervenido para modificar una decisión de la CNMC ha sido el caso C/0432/12 ANTENA 3/LA SEXTA, en el cual se modificó favorablemente las condiciones interpuestas por la CNMC a petición de las empresas, argumentando su decisión en que tales condiciones afectaban negativamente al sector audiovisual en abierto, provocando un perjuicio para la pluralidad informativa.⁷⁹

⁷⁹ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución del Expediente C/0432/12 ANTENA 3/LA SEXTA. Disponible en: <https://bit.ly/3sAxmdv>

5. CONCLUSIONES.

Habiendo analizado con cierta profundidad los muchos cambios de los medios de control establecidos por el Derecho español en materia de concentraciones empresariales desde su aparición en Europa hasta llegar a la actualidad, una de las primeras conclusiones es que el Derecho de la Competencia supone uno de los ámbitos más relevantes de nuestro ordenamiento en el que el Derecho comunitario ha conseguido desarrollar una importancia transcendental en el día a día. No se puede entender la evolución del Derecho de la competencia en España sin acudir previamente a la normativa europea, que ha ido perfilando de manera palpable lo dispuesto por el legislador a la hora de desarrollar el sistema vigente de la LDC y su reglamento de desarrollo.

A pesar de que el proceso no ha sido todo lo fructuoso que se esperaba, con normas como las Leyes 110/1963 y Ley 16/1989 que no pudieron lograr una implementación exitosa, las sucesivas modificaciones en esta materia han permitido una constante evolución de esta rama, perfeccionando sus mecanismos, como el pasar de un sistema dual a uno en dónde sólo hay un organismo regulador y supervisor, la CNMC, con potestad administrativa suficiente para promover la competencia.

Esta evolución ha sido posible gracias a la importancia que la Unión Europea le ha dado al Derecho de la competencia, como medio para articular el Mercado Común entre los países miembros. Prueba de ello es que los organismos reguladores de los distintos países formen parte de una red, comandados por la Comisión Europea. Este sistema jerárquico está asentado en todos los países de la UE, y es muestra de una positiva

armonización entre normativa estatal y normativa comunitaria, a la cual todavía le queda recorrido hasta lograr una plena integración.

En el ámbito nacional, tras la Ley promulgación de la Ley 3/2013 se ha conseguido una mejora de la eficiencia y de la concentración en los procedimientos de derecho de la competencia, pasando de muchos organismos reguladores a tener de uno sólo, con la suficiente independencia para ejercer sus funciones de regulación de mercados y protección de la competencia de manera ordenada, alejándose del caos organizativo existente a mi juicio durante los primeros años de aplicación de la LDC. Ahora la CNMC puede tratar mejor aquellos asuntos complejos técnicamente, puesto que cuenta con más medios que los que disponía la extinta CNC y los reguladores sectoriales, aportando seguridad jurídica.

En la actualidad, el sistema vigente para las concentraciones empresariales, basado en lo dispuesto por la Ley de Defensa de la Competencia, su reglamento de desarrollo, y la Ley de creación de la CNMC, es un procedimiento administrativo rápido, abierto y aceptado entre los operadores mercantiles. Esta conclusión se puede observar atendiendo a datos de la propia CNMC, sobre el cumplimiento de los breves plazos de la LDC tanto para la primera fase del procedimiento, como para su decisión; así como del hecho de que la mayoría de las notificaciones presentadas sean por el formulario abreviado, y con propuestas de condiciones, muchas de ellas previamente recomendadas por la CNMC en reuniones informales.

Si bien es cierto que el disponer de unos plazos tan cortos permite un mayor dinamismo en los procesos de concentración, considero que sería valorable el permitir a la CNMC que amplíe los plazos durante más tiempo, especialmente cuando se tratan operaciones complejas en segunda fase,

donde una investigación insuficiente puede derivar en falta de seguridad jurídica al no poder la CNMC entender un asunto en toda su plenitud.

Así mismo, la actual puesta en práctica de las propuestas de condiciones en primera fase es un mecanismo dinámico, pues permite a las empresas ser participes de sus expedientes, siendo escuchados por la CNMC. El reducido número de expedientes notificados que pasan a la segunda fase es prueba evidente del buen hacer de la CNMC, al ser proclives a negociar con las empresas mecanismos que solucionen estas cuestiones problemáticas, ahorrando tiempo y recursos tanto a las empresas como a la Administración Pública en general.

Por último, sería de desear que esta rama del ordenamiento siga creciendo y mejorando en los años venideros, asentándose en la práctica de la actividad económica empresarial, dadas las previsiones de que, en un futuro próximo, la tendencia en los mercados sea la de promover las concentraciones en aquellos sectores más importantes para los ciudadanos, como por ejemplo la banca o los medios de transporte aéreos. Dichas concentraciones producirán un impacto en el día a día de muchos usuarios en los siguientes años, por lo que es de interés público que el papel del derecho de la competencia siga en aumento.

La realidad es que, con una CNMC consolidada y con un procedimiento ágil y eficiente, se podrá proteger la libertad de empresa al mismo tiempo que se garantiza un perjuicio limitado en la competencia de los mercados, en los demás operadores de dichos mercados, y especialmente en los consumidores. Este es en el fondo, el fin último que justifica la existencia del control de la competencia en las concentraciones por parte de organismos reguladores independientes.

6. BIBLIOGRAFÍA.

- BAÑO LEÓN, J. M., “*La evolución del Derecho de la competencia y su irradiación en el Derecho público*”. Revista de Administración Pública, nº 200, 2016, pp. 295-314.
- BERENGUER FUSTER, L., GINER PARREÑO, C. A. y ROBLES MARTÍN-LABORD, A. “*La nueva legislación española ante la evolución del derecho de la competencia*”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.
- BETANCOR, A., HUERTA, E., PETITBÒ, A., “*Defensa de la competencia: innovación y control en el contexto intervencionista*”. Fundación Ramón Areces, Madrid, 2020.
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. “*Manual de Derecho Mercantil*”. Ed. Tecnos, Madrid, 2015.
- CALDERÓN PATIER, C., CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. y PALOMAR OLMEDA, A. “*El Derecho de la Competencia*”, Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2015.
- CALDERÓN PATIER, C., CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. y PALOMAR OLMEDA, A. “*El Derecho de la Competencia. 2ª edición*”, Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2019.
- CARBAJO CASCÓN F., CURTO POLO M.M., GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E. “*Manual Práctico De Derecho De La Competencia*”. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- CASES PALLARÉS, L. “*Derecho Administrativo de la defensa de la competencia*”. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E. “*Derecho Mercantil, Parte Primera*”. Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2017.

- LENCE REIJA, C., “*La tutela de la libertad de empresa frente a intervenciones administrativas desproporcionadas*”. Revista General de Derecho Administrativo nº 46, 2007.
- MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., “*Empresas en participación (Joint Ventures) y Derecho Comunitario de la Competencia*”. Revista de Administración Pública, Barcelona, 2007, p. 520.
- MASSAGUER FUENTES, J., SALA ARQUER, J.M., FOLGUERA CRESPO, J., GUTIÉRREZ, A., “*Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*”, Ed. Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2017.
- MONTERO PASCUAL, J. J., “*La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*”. Ed. Tirant Lo Blanc, Madrid, 2013.
- MUÑOZ MACHADO, S., “*Servicio público y mercado. I. Los fundamentos*”, Ed. Cívitas, Madrid, 1998, pp. 283-290.
- NAVARRO VARONA, E., “*Modernización del Derecho de Competencia Europeo*”, Actualidad jurídica Uría y Menéndez, nº. 4/2003, 2003, p. 1.
- ORTIZ BLANCO, L., MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., IBÁÑEZ COLOMO, P., LAMADRID DE PABLO, A. “*Manual de Derecho de la competencia*”. Ed. Tecnos, Madrid, 2008.
- RUIZ PERIZ, J. I., “*La reforma institucional del Derecho de la competencia español*”, Diario La Ley, nº. 8002, 2013.

ANEXO DE LEGISLACIÓN.

- Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión Consolidada. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 115, de 9 de mayo de 2008.
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. BOE, 4 de julio de 2007, núm. 159.
- Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. BOE, 5 de junio de 2013, núm. 134.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. BOE, 2 de octubre de 2015, núm. 236.
- Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. Diario Oficial de las Comunidades Europeas núm. 395, de 30 de diciembre de 1989.
- Reglamento (CE) 139/2004, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 24, de 29 de enero de 2004.
- Reglamento (CE) n° 802/2004, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 133, de 30 de abril de 2004.
- Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia. BOE, 23 de diciembre de 2004, núm. 308.

- Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. BOE, 27 de febrero de 2008, núm. 50.
- Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. BOE, 31 de agosto de 2013, núm. 209.
- Comunicación consolidada (UE) 2008/C 95/01 de la Comisión, sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Diario Oficial de la Unión Europea, 16 de abril 2008.
- Comunicación (UE) 2013/C 366/04 de la Comisión, sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas operaciones de concentración con arreglo al Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea, 14 de diciembre 2013.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA.

- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 108/2014, de 22 de julio de 2014.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 37/1981, de 16 de noviembre de 1981.
- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso) 962/2018, de 7 de marzo de 2018.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 133/1997, de 16 de julio de 1997.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 135/1992, de 5 de octubre de 1992.
- Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) núm. C-250/92, de 15 de diciembre de 1994.

ANEXO DE RECURSOS WEB CONSULTADOS.

- Tribunal de Cuentas Europeo, “Informe Especial 24/2020: Procedimientos aplicados por la Comisión para el control de las concentraciones y la defensa de la competencia en la UE: es necesario mejorar la supervisión del mercado”. 2020. Recuperado de: <https://bit.ly/3DjZ4yk>
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, “Memoria 2020”, 2021. Recuperado de: <https://bit.ly/38vxobP>
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, “Memoria 2019”, 2020. Recuperado de: <https://bit.ly/2WrxiyW>
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, “Memoria 2018”, 2019. Recuperado de: <https://bit.ly/3ylriFp>
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, “Memoria 2017”, 2018. Recuperado de: <https://bit.ly/3ku2hCY>
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, “Memoria 2016”, 2017. Recuperado de: <https://bit.ly/2XUxRSx>
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, “Memoria 2015”, 2016. Recuperado de: <https://bit.ly/3DiwSMh>
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, “Memoria 2014”, 2015. Recuperado de: <https://bit.ly/3zkTRUp>
- Servicio de Defensa de la Competencia, “Informe sobre «N-05001 Udra Industrial/Duro Felguera»”. 2005. Disponible en: <https://bit.ly/3KFfd49>
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución del Expediente C-0528/13, Abertis/Hispasat. 13 de enero de 2005. Disponible en: <https://bit.ly/3i6ytLQ>

- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución del Expediente C/1144/20, Caixabank/Bankia. 23 de marzo de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3KH2dex>
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución del Expediente C/0922/18, Naviera Armas/Transmediterránea. 22 de mayo de 2018. Disponible en: <https://bit.ly/3q66GPZ>
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución del Expediente C/1134/20, Mooring Port Services S.L. / Cemesa Amarres Barcelona S.A. 27 de julio de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3teNYXe>
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución del Expediente C/1087/19, Grupo Bimbo/Fábrica De Paterna De SIRO, 12 de junio de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/35JN8tz>
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución del Expediente sancionador SNC/DC/0038/15 MASMOVIL. Disponible en: <https://bit.ly/3t5SKpV>
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución del Expediente C/0758/16 GAS NATURAL FENOSA- GLP REPSOL BUTANO -ACTIVO. Disponible en: <https://bit.ly/3swWPV1>
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución del Expediente C/1052/19 CIMSA/CEMEX. Disponible en: <https://bit.ly/3KbL7VF>
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución del Expediente C/0432/12 ANTENA 3/LA SEXTA. Disponible en: <https://bit.ly/3sAxmdv>