

PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA APROBACIÓN DE CONCENTRACIONES EN TIEMPOS DE CRISIS

Antonio MARTÍNEZ SÁNCHEZ

Jaime RODRÍGUEZ ORDÓÑEZ

Abogados de Allen & Overy

1. INTRODUCCIÓN

A nadie se le escapa que desde, aproximadamente, mediados de 2008 es frecuente observar en los medios de comunicación noticias sobre empresas que pasan por dificultades económicas y financieras. Muchas de esas noticias inciden en la necesidad, bien de realizar profundas reestructuraciones en el seno de las compañías, bien de renegociar la deuda contraída por éstas con terceros.

La situación de crisis económica que vivimos, tanto en el ámbito global como nacional, ha disparado los supuestos de operaciones de rescate de compañías que se encuentran en una delicada situación económica. Buena parte de estas operaciones implican la toma de control de la empresa afectada y, por consiguiente, de alcanzar los correspondientes umbrales, requieren autorización previa por parte de las autoridades de control de concentraciones competentes.

La concesión de estas autorizaciones precisa, a su vez, de un procedimiento administrativo previo que exige la notificación de la operación

por parte de la empresa o empresas que adquieren el control¹. Además, hasta tanto no sea autorizada, la operación no puede ser ejecutada, so pena de la posible imposición de elevadas multas por parte de la Autoridad de competencia competente².

En este contexto, se plantea la cuestión de hasta qué punto los actuales procedimientos nacional y comunitario de control de concentraciones disponen de la flexibilidad suficiente para que las empresas puedan ejecutar lícitamente, y en un plazo breve, operaciones de rescate de empresas en crisis.

O, dicho con otras palabras, se plantea la cuestión de si la normativa de control de concentraciones dispone de mecanismos de reacción urgente que permitan dar una respuesta adecuada a las situaciones de crisis empresarial que desemboquen en un cambio de control sujeto a notificación y autorización previa.

La cuestión no es baladí, ya que de la respuesta a esta pregunta puede depender la viabilidad de empresas que se encuentren en una situación comprometida.

Un reciente ejemplo de lo anterior son las declaraciones de directivos de una conocida empresa norteamericana, de las que se han hecho eco recientemente los medios de comunicación³. Según estas informaciones, los citados directivos se habrían quejado del supuesto retraso que, a su juicio, acumula el procedimiento de autorización por la Comisión Europea del proyecto de adquisición de esta compañía por parte de un tercero. Según dicha información, estos directivos consideran que este retraso estaría suponiendo que la compañía incurra en pérdidas de cien millones de dólares

¹ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia («LDC») (BOE 159, de 4 de julio de 2007) (particularmente, arts. 7 a 10) y Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (Reglamento 139/2004) (DOUE L-24, de 29 de enero de 2004).

² *Vid.*, en particular, lo previsto en los arts. 62.3.d) y 63.1.b) de la LDC y el art. 14.2 del Reglamento 139/2004. A modo de ejemplo se puede mencionar la sanción de 1.000.000 € impuesta a ACS por ejecutar la adquisición de Dragados sin haber obtenido la preceptiva autorización previa (N-245 ACS/Dragados), confirmada mediante Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2003 (JUR 2004/144586) y Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2006 (RJ 2006/4971). En el ámbito comunitario destaca la reciente multa de 20.000.000 € impuesta a la compañía eléctrica belga Electrabel por haber adquirido un paquete accionario de control en la también eléctrica Compagnie Nationale du Rhône sin haber notificado esta adquisición a la Comisión Europea (Asunto núm. COMP/M.4994, *Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône*).

³ *Financial Times*, edición de 21 de octubre de 2009. Noticia disponible en <http://www.ft.com/cms/s/0/8b2cace-bdcb-11de-9f6a-00144feab49a.html>. En este sentido, son también destacables las manifestaciones realizadas por varios senadores norteamericanos solicitando a la Comisión Europea una decisión rápida que permitiera ejecutar la operación en cuestión en un período breve de tiempo. *Vid.*, *Global Competition Review*, edición de 25 de noviembre de 2009, <http://www.globalcompetitionreview.com/news/article/19481/senators-say-oracle-sun-review-europe-end>.

al mes y sería la causa directa de que haya tenido que despedir a tres mil de sus empleados.

Este tipo de declaraciones dejan entrever la importancia de que se consiga la aprobación rápida de las autoridades de competencia de aquellas operaciones que se enmarcan en reestructuraciones o cambios de control como consecuencia de la situación de crisis de la adquirida.

Cabría pensar que la necesidad de ejecución rápida de este tipo de operaciones viene determinada por la propia situación de la empresa, acuciada por la situación económica que está experimentando y por la necesidad de recibir cuanto antes el apoyo que supondrá su toma de control por un tercero.

Sin embargo, y en íntima conexión con lo anterior, no es menos cierto que la rápida ejecución de la operación también puede venir motivada por la toma en consideración de la aplicación de la propia normativa mercantil que regula la situación de las empresas en crisis.

En el apartado segundo que sigue procederemos a exponer algunos ejemplos de cómo la propia existencia de estas normas exigen que la operación de rescate correspondiente se realice en un plazo breve.

Posteriormente (apartado tercero), serán analizados los obstáculos procedimentales y de índole práctica que presentan los procedimientos de control de concentraciones nacional y comunitario, para una rápida autorización de la operación.

A continuación (apartado cuarto), se indicará cuál ha sido la respuesta práctica de las autoridades españolas y comunitarias de la competencia al enfrentarse a estos obstáculos.

Finalmente, (apartado quinto), se formularán algunas propuestas tendentes a facilitar que la aplicación de la normativa de control de concentraciones no sea un obstáculo para la rápida ejecución de operaciones de empresas en crisis, garantizándose, al tiempo, que la autoridad disponga de la posibilidad de ejercer un control efectivo sobre la operación sometida a su consideración.

Nuestro análisis en relación con lo expuesto en los apartados tercero (obstáculos), cuarto (práctica de las autoridades) y quinto (propuestas) se limitarán al procedimiento de autorización de operaciones en primera fase. Y ello debido, en primer lugar, a que este tipo de operaciones son, con diferencia, las más habituales. De hecho, desde la entrada en vigor de la nueva LDC, el número de operaciones autorizadas en primera fase por el Consejo de la CNC ha ascendido a 156, habiendo adoptado únicamente

cuatro Resoluciones en segunda fase⁴. En segundo lugar, debe tenerse presente que es precisamente en las operaciones autorizadas en primera fase en las que —por no presentar problemas de competencia— resulta más justificable que el procedimiento de autorización sea lo más rápido posible en caso de que resulte necesario por la situación económica de las empresas afectadas.

2. EJEMPLOS DE NORMAS QUE IMPONEN UNA REACCIÓN RÁPIDA EN EL SUPUESTO DE EMPRESA EN CRISIS

A) Normativa mercantil aplicable en supuestos de empresa en crisis

Ante una situación de crisis empresarial se disparan los mecanismos de reacción que la normativa mercantil prevé para este tipo de situaciones. Estos mecanismos de respuesta exigen de los administradores de la sociedad en crisis la adopción de una serie de medidas en plazos muy breves. De no ser detenidos a tiempo, la puesta en marcha de estos mecanismos puede llevar a la compañía a una situación que dificulte (o, directamente, impida) la solución acordada con un tercero para su rescate.

Pensemos, por ejemplo, en la hipótesis de una sociedad anónima que, estando incurso en una de las causas de disolución previstas en el art. 260.1.3.º a 5.º y 7.º del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (la «LSA»)⁵, haya alcanzado un acuerdo de reestructuración/salvamento con un tercero que implicara su toma de control por este último.

El mecanismo de reacción previsto en nuestra normativa mercantil ante esta situación (art. 262.2 de la LSA) impone a los administradores de la sociedad anónima la obligación de convocar Junta General de Accionistas para disolver la compañía dentro de los dos meses siguientes al momento en que tengan conocimiento de alguna de las causas de disolución

⁴ *Memoria de Actividades 2007-2009 de la Comisión Nacional de la Competencia*, p. 47. Disponible en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Memorias/tabid/72/Default.aspx>.

⁵ El Art. 260 de la LSA prevé que: «1. La sociedad anónima se disolverá: [...]

3.º Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto o la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social o por la paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento.

4.º Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

5.º Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal. [...]

7.º Por cualquier otra causa establecida en los estatutos».

previstas en el citado art. 260.1.3.º a 5.º y 7.º de la propia LSA. En términos similares se expresa el art. 105.1 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada («LSRL») en lo referente a la obligación de los administradores de una Sociedad de Responsabilidad Limitada («SL») de convocar Junta General para proceder a la disolución de la SL dentro del plazo de dos meses desde que se incurre en alguna de las causas de disolución previstas en el art. 104.c) a 104.g) de la LSRL.

Pues bien, no se oculta que si la operación de rescate proyectada con el tercero no es ejecutada antes de que expire el citado plazo de dos meses, se habrá llegado a un extremo (convocatoria de Junta General de Accionistas para la disolución de la sociedad) que puede comprometer la existencia misma de la compañía objeto de rescate. La obtención de las necesarias autorizaciones de control de concentraciones dentro de ese plazo máximo de dos meses puede resultar, por tanto, vital para poder llevar a cabo la operación de rescate proyectada.

Otro ejemplo de obligación legal impuesta a los administradores como consecuencia de una situación de crisis se puede encontrar en el art. 163.1 segundo inciso de la LSA, que prevé que los administradores de la sociedad anónima deberán llevar a cabo una reducción de capital cuando las pérdidas hayan hecho disminuir el patrimonio neto de la sociedad por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin que se hubiese recuperado el patrimonio neto.

Igualmente, otra muestra de respuesta de la norma mercantil a una situación de crisis de la compañía viene dada por el art. 5 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal («LC»), que prevé que el deudor debe solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o hubiera debido conocer su estado de insolvencia.

En todos estos supuestos es la propia normativa mercantil la que impone un procedimiento de respuesta en plazos muy breves que —paradójicamente— puede poner en peligro cualquier intento de rescate de carácter consensual si éste no es ejecutado antes de que expiren dichos plazos.

B) La normativa aplicable a la ejecución de garantías

Como consecuencia de la falta de pago de un crédito, el acreedor puede terminar adquiriendo control sobre una compañía o sobre una unidad de negocio si ejecuta las garantías otorgadas a su favor (por ejemplo, las prendas sobre las acciones de la sociedad que ha incurrido en el impago).

De hecho, no es inhabitual en los tiempos que corren encontrarse con acreedores (en muchos casos, entidades financieras) que ejecutan prendas

sobre acciones o hipotecas sobre bienes inmobiliarios a los que se les puede atribuir facturación, circunstancia que, en ciertas condiciones, pueden dar lugar a un cambio de control que podría estar sujeto a la normativa de control de concentraciones.

Lo habitual es que este cambio en el control se produzca en un período de tiempo realmente corto. Tomemos como ejemplo el art. 1.872 del Código Civil, que prevé la ejecución notarial de prendas. De acuerdo con este precepto, el acreedor al que no se le satisficiera su derecho de crédito podría proceder a la enajenación de la prenda mediante subasta pública ante Notario. Si, tras dos subastas, no se hubiese conseguido adjudicar los bienes pignorados, el acreedor podría hacerse con la titularidad de los mismos. Supongamos que los bienes dados en prenda fueran acciones de una compañía y supongamos, igualmente, que el paquete de acciones fuera lo suficientemente importante como para que otorgara control. En este supuesto, nos encontraríamos ante una operación de concentración económica que, de cumplir alguno de los umbrales nacionales o comunitarios de notificación, debería ser notificada a la autoridad competente antes de su ejecución.

Lo mismo cabe decir de aquellas operaciones de compensación contractual y de garantías financieras que estén sometidas a lo dispuesto en el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública.

A los efectos que nos ocupan, parece particularmente significativo el procedimiento de ejecución pignoraticia recogido en el art. 12, párrafo primero de dicha norma.

Según este precepto, cuando la garantía de un crédito financiero consista en valores negociables pignorados, el acreedor, en caso de incumplirse las obligaciones o cualquier hecho pactado, podrá solicitar la enajenación de los valores dados en garantía u ordenar su traspaso a su cuenta. El depositario de los valores adoptará el mismo día o al día siguiente de recibir la notificación por parte del acreedor las medidas necesarias para proceder a su enajenación o a su traspaso.

En el segundo supuesto, esto es, en el caso del traspaso de los valores negociables al acreedor, se puede producir una operación de concentración si, como consecuencia de la ejecución de la garantía pignoraticia, el acreedor adquiere títulos valores (ej., acciones) que le otorguen control sobre una compañía. El caso prototípico sería la ejecución de una garantía financiera sobre acciones propias de la compañía beneficiaria de la línea de financiación.

No se oculta al lector que, aunque ninguna de las normas citadas incluya ninguna referencia a un eventual procedimiento de autorización en materia de control de concentraciones: i) el cumplimiento de la normativa de control de concentraciones resulta, desde luego, imperativo; y ii) cualquier trámite de autorización por parte de la autoridad española o comunitaria de competencia deberá sustanciarse en los plazos más breves posible al objeto de poder hacerlo compatible con la inmediatez que exige este tipo de procedimientos de ejecución de garantías, en los términos expuestos.

3. POSIBLES OBSTÁCULOS DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPAÑOL Y COMUNITARIO DE CONTROL DE CONCENTRACIONES PARA LA APROBACIÓN RÁPIDA DE OPERACIONES DE RESCATE

Identificadas en el apartado anterior las razones jurídicas (que, aparte de la propia situación económica de la empresa) justifican que cualquier procedimiento de control de concentraciones relacionado con una empresa en crisis se sustancie en los plazos más breves posible, abordaremos a continuación los posibles obstáculos procedimentales y de orden práctico que se pueden presentar en la consecución de este objetivo.

Para llevar a cabo este análisis, distinguiremos en cada epígrafe entre obstáculos de carácter procedimental y obstáculos de carácter práctico.

A) **El marco normativo español y los posibles obstáculos con los que se pueden encontrar las empresas notificantes que pretendan obtener una autorización rápida**

a) *Obstáculos de carácter procedimental*

Con carácter preliminar, cabe señalar que la normativa española de control de concentraciones no prevé formalmente medidas que permitan un tratamiento acelerado de notificaciones de operaciones de concentración económica. Dicho de otro modo, ni la LDC, ni su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero («RDC») prevén un procedimiento abreviado o sumario («*fast track*» en terminología inglesa) para aquellas operaciones que requieran la autorización de la CNC en un período corto de tiempo.

En este sentido, no debe entenderse como procedimiento sumario el hecho de que la notificante pueda hacer uso del formulario abreviado de notificación por concurrir las condiciones previstas en los arts. 56 de la LDC y 57 del RDC. Si bien es cierto que este formulario abreviado de

notificación reduce el volumen de información que se debe facilitar a la CNC (lo que —sin duda— incide en que la preparación de la notificación sea menos compleja), formalmente no acorta los plazos de los que dispone la CNC para analizar y, en su caso, aprobar la operación.

En todo caso, es de justicia reconocer que, con carácter general, el procedimiento de control de concentraciones español no cuenta con trámites procedimentales que puedan dilatar innecesariamente la obtención en plazos breves de la aprobación de una operación de concentración.

La única excepción a lo anterior podría ser la obligación recogida en el art. 17.2.c) de la LDC, en virtud de la cual la CNC viene obligada a solicitar a los reguladores sectoriales la emisión de un informe no vinculante cuando esté examinando operaciones de concentración en los sectores de su competencia.

De acuerdo con lo previsto en el art. 37.2.d) de la LDC, la solicitud del informe mencionado a los reguladores sectoriales suspende obligatoriamente el cómputo del plazo máximo de resolución por un período que no podrá superar en ningún caso los tres meses.

El análisis de las operaciones notificadas a la CNC desde la entrada en vigor de la LDC⁶ muestra que, en la práctica: i) la Dirección de Investigación suspendió en doce expedientes el procedimiento de autorización hasta tanto no obtuvo el informe del regulador sectorial pertinente; y ii) que esta suspensión se prolongó por un plazo medio de veinte días⁷.

En aquellas situaciones en las que se pretenda rescatar a una empresa en una situación económica comprometida, el hecho de que el procedi-

⁶ Período contemplado del 1 de septiembre de 2007 al 1 de septiembre de 2009.

⁷ A la hora de realizar este cálculo se han excluido conscientemente dos asuntos. El primero es el Expediente C-110/08, *Abertis/Axión*, debido a que el informe solicitado a la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones tardó 69 días naturales en ser remitido a la CNC, período que excede con mucho la media del resto de casos y que hacía subir el período medio de paralización de manera engañosa. El segundo es el Expediente C-22/07, *Repsol/BP Oil* en el que no se indica la fecha en la que la Comisión Nacional de la Energía remitió su informe a la CNC y por tanto no resulta posible calcular el período en el que el procedimiento permaneció paralizado por esta razón.

Por otro lado, cabe indicar, como ejemplo de la práctica en supuestos de solicitud de informes a reguladores sectoriales, el Expediente de concentración *Caixanova/R Cable* (Expediente C-114/08). En este asunto Caixanova notificó a la CNC la adquisición de un paquete accionario representativo del 35.44 por 100 del capital social de R Cable, propiedad de Unión Fenosa. Caixanova ya era propietaria del 30.8 por 100 del capital social de R Cable por lo que, a resultados de la operación, pasaría a ejercer el control exclusivo sobre dicha sociedad. En este asunto no había ningún tipo de solapamiento horizontal o vertical entre las actividades de Caixanova y de R Cable lo que permitió la utilización del formulario abreviado de notificación. Pues bien, como R Cable es una empresa que opera en el mercado de las telecomunicaciones, la CNC solicitó el preceptivo informe no vinculante al regulador sectorial competente, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones («CMT»), permaneciendo el procedimiento de control de concentraciones paralizado durante diecinueve días naturales hasta que la CMT remitió su informe a la CNC.

miento de control de concentraciones pudiera mantenerse paralizado durante un período de hasta tres meses (al menos en teoría, si bien este plazo se reduce, en la práctica, a un período medio de veinte días, como se ha expuesto), a la espera de la emisión de un informe no vinculante de un organismo regulador sectorial, podría representar el acta de defunción de la operación y, por ende, de la empresa.

Entendemos, no obstante, que, para evitar este riesgo en los casos de operaciones de rescate de una empresa en crisis, la autoridad dispone de una herramienta que puede resultar de la máxima utilidad.

Nos referimos al art. 63.2 del RDC, precepto que: i) deja a la discreción de la Dirección de Investigación determinar el plazo que se concede al regulador sectorial para emitir su informe no vinculante; y ii) lo que es igualmente importante, faculta a la Dirección de Investigación para levantar la suspensión del procedimiento una vez transcurrido dicho plazo.

De este modo, si la Dirección de Investigación estimara que concurren razones justificadas de urgencia de obtener la aprobación, nada le impediría, ni fijar un plazo muy reducido para que el regulador sectorial emita su informe sectorial, ni proceder al levantamiento de la suspensión del procedimiento si dicho regulador no hubiera remitido su informe en el plazo conferido.

b) Posibles obstáculos de carácter práctico

Sobre los obstáculos de tipo práctico que puedan dilatar la aprobación de las operaciones de rescate de empresas en crisis, queremos llamar la atención respecto a tres cuestiones: i) el desarrollo de la denominada fase de pre-notificación, ii) la posible remisión del expediente por la CNC a la Comisión Europea y iii) la ausencia de un plazo para resolver la consulta previa que las empresas pueden formular de conformidad con el art. 55.2 de la LDC acerca de si una determinada operación constituye una concentración económica o sobre si, en caso afirmativo, supera los umbrales mínimos de notificación obligatoria previstos en el art. 8 de la LDC.

Respecto a la primera de estas cuestiones, es sabido que desde la entrada en vigor de la nueva LDC se recomienda a los notificantes que pre-notifiquen la operación de concentración mediante el envío de un borrador de notificación a la Dirección de Investigación, en línea con la tradicional práctica en la materia de la Comisión Europea⁸.

⁸ Vid. el apartado 3 de las «Indicaciones provisionales para la tramitación de las notificaciones de operaciones de concentración económica de acuerdo con la Ley 15/2005, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia» (BOE núm. 159, de 4 de julio). Disponible en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Publicaciones/tabid/188/Default.aspx>.

Parece fuera de discusión que la prenotificación de una operación de concentración incrementa la rapidez y la eficacia de su tramitación administrativa. La experiencia en este sentido es positiva y sin duda, las empresas, y sus asesores legales, agradecen la posibilidad de dirigirse informalmente a la Dirección de Investigación para facilitar su labor de análisis.

Sin embargo, en casos de extrema urgencia como los que nos podemos encontrar cuando una empresa se halla en una situación financiera delicada, recomendar vivamente que se prenotifiquen siempre y en todo caso este tipo de operaciones, o extender la fase de prenotificación durante un período de tiempo excesivamente largo, puede suponer en la práctica un obstáculo importante para el salvamento de la empresa.

La solución posiblemente pase por un ejercicio de flexibilidad de la CNC (consistente en renunciar a exigir este período de prenotificación o en reducirlo a plazos muy breves), que debería verse —a su vez— correspondido con el esfuerzo de la empresa en presentar un formulario de notificación suficientemente completo y claro que permita un correcto examen de la operación por parte de la Autoridad.

El segundo aspecto práctico a valorar por la CNC en el supuesto de que la operación exija una autorización rápida consiste en la posible solicitud por la Autoridad de remisión del expediente a la Comisión Europea sobre la base de la facultad prevista en el art. 57.2.d) de la LDC.

En efecto, si la CNC decide solicitar a la Comisión Europea que sea esta última la autoridad que lleve a cabo el análisis de una operación notificada en España, se iniciará el procedimiento previsto en el art. 22 del Reglamento CE 139/2004 para determinar si la Comisión Europea se hace cargo o no de la operación⁹. De acuerdo con este artículo, la autoridad del Estado miembro que solicite la remisión del expediente a la Comisión (en este caso la CNC) debe hacerlo dentro de los quince días laborables siguientes a la recepción de la notificación¹⁰. Recibida la solicitud de remisión, la Comisión notifica este hecho al resto de autoridades de competencia de los demás Estados miembros para que se pronuncien sobre si

⁹ Desde la aprobación de la nueva LDC, sólo tenemos conocimiento de que la CNC haya solicitado la remisión a la Comisión Europea, sobre la base del art. 22 del Reglamento 139/2002, de dos operaciones de concentración que le habían sido notificadas: Expedientes C-0011/07, *ABF/Activos GBI* (que dio lugar al asunto comunitario COMP/M.4980) y C-0055/08 *Arsenal/DSP* (que dio lugar al asunto comunitario COMP/M.5153).

¹⁰ A los efectos que nos ocupan, es poco probable que las partes notificantes se decidan a solicitar el reenvío previsto en el párrafo 5 del art. 4 del Reglamento CE 139/2004 dado que ello retrasaría significativamente la aprobación de la operación notificada. Por este motivo únicamente nos referimos aquí a la solicitud de remisión prevista en el art. 22 del mencionado Reglamento y que sería solicitado por las autoridades de competencia de los distintos Estados miembros.

desean adherirse a dicha solicitud. Para ello, las autoridades de los Estados miembros cuentan con otro período de quince días laborables desde que se les notifica la solicitud original de reenvío a la Comisión. Finalmente, desde el momento en el que concluye el plazo anterior, la Comisión tiene que decidir sobre la pertinencia o no de la remisión dentro de los diez días laborables inmediatamente siguientes.

Como podrá observarse, si la viabilidad de la operación de rescate de una empresa depende de la celeridad con que se obtenga la autorización de ésta por parte de la CNC, una solicitud de remisión a la Comisión Europea podría condenar a dicha operación al fracaso, ya que podrían transcurrir hasta cuarenta días laborables sólo para que se conozca cuál es la autoridad competente para analizar la operación.

Por este motivo, entendemos que la CNC debe ponderar muy especialmente si procede o no hacer uso o no de la facultad de remisión de operaciones a la Comisión Europea en aquellos supuestos en los que exista una razón justificada para que la operación sea autorizada en un plazo breve.

Finalmente, abordaremos la cuestión de la ausencia de un plazo máximo para resolver la cuestión previa a la notificación prevista en el art. 55.2 de la LDC. Con carácter preliminar, cabe indicar que la falta de plazo para resolver la mencionada consulta previa¹¹ no puede considerarse, en puridad, como un obstáculo de índole práctico que dificulte la aprobación de una operación de concentración, sino como una circunstancia que a menudo las empresas valoran como un elemento que puede retrasar la autorización a su operación. De hecho, no es infrecuente que las empresas renuncien a la posibilidad de la consulta previa y notifiquen la operación, *ad cautelam*, sabedoras de que la CNC sí ha de pronunciarse sobre dicha notificación en un plazo máximo de un mes en primera fase.

Por este motivo, cabría considerar la posible inclusión de dicho plazo máximo como un aspecto del procedimiento susceptible de mejora que posiblemente llevaría a las empresas a recurrir efectivamente a este instrumento, evitándose de este modo la necesidad de notificar una operación sobre la que se tienen dudas sobre su propio carácter concentrativo o sobre el cumplimiento de los umbrales de notificación.

¹¹ *Vid.* en este sentido el art. 59 del RDC.

B) El marco normativo comunitario y sus posibles obstáculos, tanto de carácter procedimental como práctico

a) *Obstáculos de carácter procedimental*

A diferencia de lo que ocurre con el procedimiento español, el procedimiento comunitario de control de concentraciones cuenta con dos trámites previstos en primera fase de ineludible cumplimiento.

El primero de estos trámites consiste en la necesaria publicación del hecho de la notificación en el *DOUE* (art. 4.3 del Reglamento 139/2004)¹². El Reglamento 139/2004 prevé esta publicación al objeto de que los terceros interesados puedan realizar las observaciones que estimen oportunas. A tal efecto, se ha venido concediendo un período de diez días naturales desde la fecha de publicación de este anuncio en el *DOUE*.

El segundo trámite de obligado cumplimiento consiste en el plazo de quince días laborables con el que cuentan las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros para solicitar —si así lo desean, y en determinadas condiciones— el reenvío de la operación notificada a la Comisión Europea (art. 9 del Reglamento 139/2004). Dicho plazo de quince días hábiles, que empieza a correr desde que las autoridades de los Estados miembros reciben de la Comisión copia del formulario de notificación, tiene carácter legal y, por tanto, debe ser respetado por la Comisión sin que pueda proceder a la aprobación de ninguna operación de concentración con anterioridad a su expiración.

Estos trámites procedimentales para la autorización de operaciones de control de concentraciones impiden a la Comisión acortar los plazos de análisis y trámites de resolución y, sin duda, son una de las razones principales por las que, en materia de control de concentraciones, la respuesta de la Comisión Europea no ha presentado la misma celeridad que —por ejemplo— la respuesta dada por esta institución en materia de ayudas públicas en su examen de los planes de rescate del sector financiero¹³.

¹² Art. 4.3 del Reglamento CE 139/2004, art. 5.5 del Reglamento CE 802/2004, así como la Comunicación de la Comisión sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas concentraciones en virtud del Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, *DOUE* C 56/04, apartado 16.

¹³ A modo de ejemplo se puede citar el plan de rescate del sector bancario en el Reino Unido que la Comisión consideró compatible con el Mercado Común después de haberlo analizado durante un solo día (*vid.*, State Aid N507/2008—UK, *Financial Support Measures to the Banking Industry in the UK*). El plan de rescate mencionado fue notificado a la Comisión Europea el 12 de octubre de 2008 y fue considerado compatible con el Mercado común al día siguiente (13 de octubre de 2008). Lo mismo cabría decir de las medidas de refinanciación en favor de las instituciones financieras notificadas por la República Francesa a la Comisión el 28 de octubre de 2008 (*vid.*, Aide d'Etat N548/08—*République Française, Mesures de refinancement des institutions financières*). Estas medidas fueron consideradas por la Comisión como compatibles con el Mercado Común el 30

Otra diferencia respecto al procedimiento español consiste en que el procedimiento comunitario cuenta, al menos formalmente, con un procedimiento abreviado, previsto en la Comunicación sobre procedimiento simplificado (la «Comunicación»). La finalidad de este procedimiento es doble:

i) Por un lado, pretende facilitar que, respecto de aquellas operaciones que, en principio, no se prevé que puedan ser susceptibles de restringir la competencia (enumeradas en el apartado 5 de la Comunicación), las notificantes se vean liberadas de utilizar el formulario de notificación ordinario, pudiendo hacer uso de un formulario abreviado.

ii) Por otro lado, persigue que la Comisión pueda adoptar una decisión abreviada en cuanto se agote el plazo de quince días laborables para que los Estados miembros soliciten el reenvío de la operación, según lo previsto en el art. 9 del Reglamento 139/2004 (*vid.* lo dispuesto en el apartado 17 de la Comunicación).

No obstante lo anterior, en la práctica entendemos que el procedimiento descrito no resulta ser un procedimiento sumario propiamente dicho, en la medida en que los plazos de análisis y trámites de resolución no difieren con respecto de las operaciones en las que se utiliza el formulario ordinario de notificación CO, y que sigue el procedimiento ordinario. La única diferencia significativa, con implicaciones prácticas, respecto al procedimiento «ordinario» es que, en el procedimiento simplificado, la Comisión puede resolver autorizar la decisión mediante una decisión abreviada (prevista en los apartados 17 y 18 de la Comunicación). Esta posibilidad sin duda aligera la carga de trabajo del equipo de funcionarios de la Comisión encargados de preparar el proyecto de decisión, lo que —en la práctica— puede repercutir de manera favorable en un acortamiento del plazo de autorización.

de octubre de 2008, tan sólo dos días después de haber sido notificadas. Los ejemplos mencionados muestran que el procedimiento de evaluación de ayudas públicas puede ser tan flexible que ciertas medidas urgentes de carácter sectorial se han aprobado en prácticamente veinticuatro horas.

Ahora bien, no en todos los casos de ayudas públicas a entidades financieras, la Comisión se ha mostrado tan comprensiva con los Estados miembros. Si tomamos como ejemplo uno de los primeros casos de medidas de rescate a entidades financieras individuales notificados en 2008, el asunto WestLB [*vid.*, *Staatliche Beihilfe N 25/2008 (ex CP 15/08) WestLB riskshield, Germany*], se observa que la Comisión tardó más de tres meses en analizar y resolver sobre la compatibilidad con el Mercado Común de las ayudas al banco alemán WestLB. Este período de tiempo relativamente largo contrasta con otras decisiones más recientes donde la Comisión parece haber refinado su procedimiento de análisis y resolución, aprobando ayudas a entidades financieras individuales en un período de tiempo que rondaría los quince días (*vid.* a modo de ejemplo las decisiones de la Comisión en los asuntos *Aide d'Etat N 249/2009, République Française, Renforcement des fonds propres de l'entité qui sera issue du rapprochement des organes centraux des groupes Caisse d'Épargne et Banque Populaire* o *Staatliche Beihilfe N 615/2008, Deutschland, Staatliche Beihilfe an die BayernLB*). Esta circunstancia parece indicar que la Comisión Europea ha llevado a cabo una especie de «proceso de aprendizaje» que le ha permitido acortar significativamente el período de análisis de las medidas de ayudas públicas a entidades financieras.

b) Otros posibles obstáculos de carácter práctico

A las barreras procedimentales de carácter formal antes indicadas se une, en la práctica, el problema que a veces puede suponer para las notificantes la existencia misma de la fase de la prenotificación, por muy corta que ésta sea. La Comisión Europea se muestra muy favorable a que, en toda operación que se le vaya a notificar, haya fase de prenotificación. Prueba de ello es lo que se indica en su Código de Buenas Prácticas («*Best Practices on the conduct of EC merger proceedings*»), en los que la Comisión recomienda, idealmente, tener una fase de prenotificación que pueda extenderse hasta en dos semanas antes de la notificación formal¹⁴.

Durante esta fase de prenotificación, no sólo se procede a remitir a la Comisión el borrador de notificación, sino que se debe seguir un procedimiento algo más complejo consistente en:

iii) Solicitar la asignación del equipo de funcionarios («*case team*», en terminología inglesa) que se va a encargar del análisis de la operación. Para ello se debe utilizar un formulario específico a estos efectos¹⁵, en el que se debe detallar una cantidad de información nada desdeñable.

iv) Una vez realizada la solicitud de asignación del equipo de funcionarios, corresponde a los responsables de la Comisión decidir quién formará parte de dicho equipo.

v) Asignado el equipo de funcionarios, corresponde a la empresa notificante enviarle el borrador de notificación para su revisión.

Todo ello puede suponer en la práctica una tramitación más larga de lo necesario. En casos de urgencia extrema, ello puede suponer que la autorización de la operación —y, con ella, el rescate de la empresa— se retrase notablemente.

4. LA PRÁCTICA DE LA CNC Y DE LA COMISIÓN EUROPEA PARA EL TRATAMIENTO URGENTE DE NOTIFICACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

Una vez analizados algunos de los obstáculos procedimentales más importantes con los que se topan las notificantes de operaciones de concentración económica para obtener la autorización de éstas de manera

¹⁴ «*DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger proceedings*», apartado 10. (disponible en <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>).

¹⁵ Vid. el documento «*Case team allocation request, Mergers*» disponible en http://ec.europa.eu/competition/contacts/mergers_mail.html.

rápida, procederemos a analizar en este apartado las medidas prácticas adoptadas por la CNC y la Comisión Europea, respectivamente, para acelerar, dentro de lo posible, la concesión de su autorización.

A) La práctica administrativa de la CNC para el tratamiento urgente de notificaciones de concentración económica

La práctica de la CNC demuestra que las autoridades españolas son sensibles a los problemas con los que se enfrentan las empresas en situación de crisis y tienden, en la medida de lo posible, a acortar el plazo de análisis y resolución de las operaciones notificadas.

En primer lugar, cabe mencionar que la fase de prenotificación, aun siendo recomendada por la CNC, no parece resultar imprescindible. De hecho, de acuerdo con las estadísticas de la propia CNC¹⁶, un 30 por 100 de las operaciones que le han sido notificadas desde la entrada en vigor de la nueva LDC (esto es 54 operaciones sobre un total de 175), no fueron objeto de prenotificación.

Por otro lado, la CNC también se ha mostrado sensible para acortar significativamente el período de análisis y resolución cuando las circunstancias lo requerían. En este sentido, tras haber analizado las operaciones de concentración notificadas a la CNC en los últimos dos años¹⁷, se pueden encontrar abundantes ejemplos de operaciones de concentración en las que la CNC se ha pronunciado favorablemente sobre su aprobación en primera fase mucho antes de que se agotara el plazo de un mes previsto para su análisis y resolución.

Especial referencia merecen expedientes como los números C-0036/07 *Mitsubishi/Flexitech*, C-0037/07 *KMR/Capricorn (Negocio Chatarra Acero)* y C-0124/08, *3i Gestión/Labco*, en los que la CNC autorizó estas operaciones en el plazo de una semana.

Otro buen ejemplo en el que la CNC también se ha mostrado comprensiva con el urgente contexto económico en que se realizaba la operación y ha procedido a acortar los plazos de análisis y autorización es el Expediente C-0120/08, *Lloyds TBS/HBOS*, en el que la CNC concedió su autorización doce días naturales antes del plazo máximo para resolver en primera fase. De modo similar, en el Expediente C-0139/09, *IEASA/Spainair*, la CNC aprobó la adquisición de Spainair por parte de IEASA en tan

¹⁶ Vid. Memoria de Actividades 2007-2009 de la Comisión Nacional de la Competencia, *op. cit.*, pp. 42 y 44.

¹⁷ Durante el período comprendido desde la entrada en vigor de la LDC el 1 de septiembre de 2007 hasta el pasado 1 de septiembre de 2009.

sólo diecinueve días naturales desde el momento de su notificación, y ello a pesar de que el procedimiento permaneció paralizado durante tres días debido a un requerimiento de información remitido a la notificante.

Además, cabe indicar que, si bien la CNC suele ser más proclive a aprobar en plazos breves aquellas operaciones aptas para la utilización del formulario abreviado de notificación, también se encuentran ejemplos de operaciones con solapamientos en los que la CNC ha concedido su autorización de manera rápida.

Un ejemplo de este último tipo de supuestos es el mencionado asunto C-0037/07 *KMR/Capricorn (Negocio Chatarra Acero)*. El 21 de diciembre de 2007, KMR notificó a la CNC la adquisición del negocio de tratamiento de chatarra de acero inoxidable de Capricorn. KMR solicitó el levantamiento de la obligación de suspensión prevista en el art. 9.2 de la LDC para el día 1 de enero de 2008. A pesar de que existían solapamientos entre las actividades de KMR y los activos adquiridos a Capricorn, la CNC resolvió autorizar la operación el día 27 de diciembre de 2007, esto es, en una semana desde la fecha de notificación.

Los ejemplos anteriores, muestran que la CNC es, en efecto, sensible a la premura de tiempo con la que deben aprobarse ciertas operaciones que implican el rescate de compañías en crisis y se suele mostrar favorable a acortar los plazos de análisis y resolución, siempre que resulte evidente que la operación no presenta problemas de competencia.

De hecho, otro elemento digno de reconocimiento es el que la CNC, sin que expresamente se prevea en la LDC o en el RDC, haya decidido adoptar decisiones muy breves (que, *de facto*, cabría calificar como «simplificadas», siguiendo la terminología comunitaria) en aquellos supuestos en los que se utiliza el formulario abreviado de notificación. Esta práctica sin duda aligera la carga de trabajo del instructor, lo que redundará en una aprobación más rápida de la operación de concentración.

Finalmente, otra posibilidad para agilizar el rescate de compañías en crisis sería que la CNC, a instancia de las notificantes, acordara el levantamiento de la obligación de suspensión de la ejecución de la concentración prevista en el art. 9.2 de la LDC.

Sin embargo, sobre este punto cabe indicar que la CNC ha demostrado ser muy reacia, por no decir inflexible, a la hora de conceder la dispensa de la obligación de suspensión de la ejecución de la concentración. De las operaciones analizadas, hemos identificado treinta y cinco casos —de un total de ciento setenta y cinco notificaciones realizadas desde la entrada en vigor de la nueva LDC— en los que las notificantes han solicitado el levantamiento de la obligación de suspensión. Pues bien, salvo error u

omisión, no nos consta que el Consejo de la CNC haya accedido a levantar la obligación de suspensión en ninguna de esas treinta y cinco operaciones¹⁸.

Resulta de especial interés el Expediente C-0150/09, *Orona/Omega Elevator*. En este asunto, Orona solicitó, de acuerdo con lo previsto en el art. 9.6 de la LDC, el levantamiento parcial de la obligación de suspensión en lo referente a i) la adquisición de ciertas delegaciones de Omega en el norte de España y ii) a la adquisición de ciertas participaciones de la sociedad británica Omega City Lifts Ltd. La Dirección de Investigación propuso al Consejo: i) no levantar la suspensión para la adquisición de las delegaciones de Omega en el norte de España; ii) que se levantara la suspensión respecto a la adquisición de la sociedad Omega City Lifts Ltd. El Consejo, no obstante, tras denegar la solicitud de levantamiento de la suspensión respecto a las delegaciones de Omega en el norte de España, indicó que no era necesario que se pronunciara sobre la adquisición de Omega City Lifts Ltd al ser una sociedad que no operaba en España.

B) La práctica de la Comisión Europea para el tratamiento urgente de notificaciones de concentración económica

Por lo que se refiere a la práctica de la Comisión Europea, se puede indicar en primer lugar que, en contraste con lo que ocurre con la CNC, esta institución tiende a mantenerse firme respecto a la necesidad de tener una fase de prenotificación. Aunque no existen datos disponibles, al menos que nosotros conozcamos, ni de en cuántas ocasiones se han prenotificado operaciones a la Comisión, ni de la duración media de dicha fase de prenotificación, nos consta que la Comisión sigue realizando esfuerzos por acelerar la fase de prenotificación. No obstante, la experiencia también indica que, en la práctica, los trámites necesarios —antes expuestos— para que comience el examen de la operación (y, en concreto, la asignación del equipo de funcionarios que se debe hacer cargo del análisis de la operación), pueden incidir sin duda en que esta fase de prenotificación sea más larga de lo deseable en casos de urgencia.

Al igual que indicamos al referirnos a la práctica de la CNC, se observa en la Comisión Europea una voluntad clara de acortar los plazos de revisión y resolución, siempre dentro de lo estrecho que resulta el corsé en el que se desarrolla el procedimiento comunitario [apartado 3.B).a), *supra*].

¹⁸ Para llegar a esta conclusión, hemos asumido que en aquellas resoluciones en las que se menciona que las notificantes solicitaron el levantamiento de la obligación de suspensión de la concentración y no se da ninguna otra indicación del análisis realizado, el Consejo de la CNC rechazó estas solicitudes.

Algunos ejemplos de ello son los asuntos *Hutchison/Evergreen*¹⁹, *RaiFFEISEN Informatik/PC-Ware*²⁰ o *SHV/Vanderlande*²¹, en los que la Comisión aprobó las operaciones mencionadas dentro del vigésimo primer día laborable desde el momento de la notificación, lo que implica que dichas operaciones se aprobaron cuatro días laborables antes de la finalización del período de análisis y resolución en primera fase, esto es, muy poco tiempo después de que expiraran los plazos (de respeto ineludible) de alegaciones de terceros interesados o para que autoridades nacionales solicitaran el reenvío de la operación.

Parte de este acortamiento en los plazos de análisis y resolución cabe atribuirlo a la posibilidad, antes mencionada, de que la Comisión pueda adoptar decisiones «simplificadas» (abreviadas) en aquellas operaciones que sean aptas para la utilización del procedimiento abreviado.

Posiblemente por la rigidez del procedimiento comunitario anteriormente indicadas, la Comisión se ha mostrado ligeramente más favorable a la concesión del levantamiento de la obligación de suspensión de la operación de concentración prevista en el art. 7.1 del Reglamento CE núm. 139/2004, de lo que lo ha hecho la CNC al aplicar su equivalente español.

No obstante, tampoco se puede concluir que la Comisión conceda dispensas de la obligación de suspensión con suma facilidad. Para que ello suceda, las partes solicitantes deberán justificar la necesidad y urgencia del levantamiento de la obligación de suspensión, así como la falta de efectos anticompetitivos sobre el mercado en caso de concederse ésta.

Prueba de lo anterior es que desde el año 1990 hasta el 30 de septiembre de 2009, la Comisión ha concedido únicamente un total de ciento cinco dispensas de la obligación de suspensión de la ejecución de la concentración²². Aunque este número pueda parecer elevado comparado con las estadísticas indicadas para la CNC, tan sólo representa un 2,5 por 100 de las operaciones notificadas a la Comisión en este período²³.

El año en el que se concedieron un mayor número de dispensas fue el año 2002, con un total de catorce asuntos. Durante el año 2008 se concedieron seis dispensas de la obligación de suspensión, lo que supone el doble del número que se concedieron en el año 2007. En lo que va de año

¹⁹ Case núm. COMP/M.5398, *Hutchison/Evergreen*.

²⁰ Case núm. COMP/M.5371, *RaiFFEISEN Informatik/PC-Ware*.

²¹ Case núm. COMP/M.5362, *SHV/Vanderlande*.

²² Estadísticas disponibles en <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>.

²³ 2,5 por 100 es lo que representan las 105 derogaciones concedidas por la Comisión desde el año 1990 sobre un total de 4.189 operaciones notificadas.

2009, la Comisión ha procedido a levantar la obligación de suspensión de la ejecución de la operación en cuatro ocasiones.

Entre las causas que la Comisión ha tenido en cuenta a la hora de conceder el levantamiento de la obligación de suspensión en casos anteriores, se encontraba la difícil situación económica por la que atravesaba la empresa adquirida y la necesidad de llevar a cabo un plan de reestructuración urgente de la misma (*vid.*, por ejemplo, el Asunto *EADS/Astrium*)²⁴. Por tanto, no parece que haya ningún impedimento formal, más allá de la cautela de la propia Comisión, que impida acceder al levantamiento de la obligación de suspensión cuando concurren causas similares.

5. POSIBLES MODIFICACIONES DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS PARA ADAPTARLOS A SITUACIONES DE CRISIS

A modo de conclusión, y aun reconociendo la voluntad de las autoridades de no retrasar en primera fase, en la medida de lo posible, las operaciones que presentan un carácter urgente, cabe preguntarse acerca de qué medidas se podrían adoptar para facilitar que las operaciones de rescate que estuvieran sometidas a la obligación de notificación en España o en el ámbito comunitario pudieran aprobarse de manera rápida.

Cualquiera de las medidas que se pudieran adoptar al respecto deberá, en cualquier caso, respetar el equilibrio entre la necesidad de una revisión ágil, que conduzca a una aprobación rápida, y la garantía de que la autoridad dispondrá de la posibilidad efectiva de comprobar que la operación no provocará efectos anticompetitivos en el mercado.

A) Creación de un procedimiento abreviado de control de concentraciones para aquellas operaciones en las que se pretenda rescatar a empresas en dificultades

La reforma quizás más audaz y ambiciosa en la que se podría pensar consistiría en la creación de un procedimiento abreviado de control de concentraciones («*fast track*» en terminología inglesa) que se pudiera aplicar, entre otras situaciones, a aquellas operaciones de rescate de compañías en dificultades que, *prima facie*, no presentaran problemas de competencia. Este procedimiento abreviado permitiría acortar los plazos de resolución, de manera que se pudiera obtener la pertinente autorización antes de que

²⁴ Case núm. COMP/M.3156, *EADS/Astrium (II)*.

expirase el período previsto para el análisis y resolución de operaciones que siguieran el procedimiento «ordinario».

Esta solución no es en absoluto ajena a otras jurisdicciones. Quizás el ejemplo paradigmático sean los Estados Unidos. En este país, cuando una operación de concentración está sometida a la notificación prevista en el *Hart Scott Rodino Act* (comúnmente conocida como «HSR») el período de análisis y resolución normal del que disponen la *Federal Trade Commission* y/o el *Department of Justice* en primera fase es de treinta días. No obstante, este período se ve reducido a únicamente quince días si la operación de concentración notificada se refiere a una oferta pública de adquisición que sea satisfecha en metálico o cuando la empresa adquirida se encuentre sometida a la normativa concursal norteamericana²⁵. Este último supuesto es un ejemplo de norma procedimental de control de concentraciones excepcionalmente diseñada para facilitar la adquisición de empresas que se encuentran en grave riesgo de desaparición.

Este procedimiento de autorización rápido se ve completado en Estados Unidos con la figura de la «*early termination*», mediante la cual cualquiera de las partes que venga obligada a notificar una operación de concentración puede solicitar a la autoridad encargada de analizarla que, una vez haya tomado la decisión de no oponerse a la misma, dé por finalizado de manera anticipada el período de revisión levantándose así la obligación de suspensión. Este hecho es notificado a las partes y publicado en la página web de la autoridad sin que sea necesario la adopción de una decisión formal que ponga fin al procedimiento.

Igualmente, en otros países de nuestro entorno, como por ejemplo Portugal, se pueden encontrar procedimientos abreviados para ciertas operaciones de concentración que reúnan una serie de características determinadas²⁶. En efecto, en el país vecino existe un procedimiento de «Decisión Simplificada» que permite la resolución del procedimiento de control de concentraciones en un período de tiempo más reducido. Para que este procedimiento pueda aplicarse, es necesario que la operación se ajuste a alguno de los supuestos de hecho previstos para su utilización como es, por ejemplo, que no se produzcan solapamientos entre las actividades de las partes o que la operación notificada se refiera a la creación de una empresa en participación cuya presencia en el mercado portugués vaya a ser insignificante, entre otras.

Si bien es cierto que el procedimiento anteriormente mencionado no está exclusivamente diseñado para supuestos de rescate de empresas, sí

²⁵ Vid. la norma 363.b) del capítulo 11 del US Code [11 USC § 363.b)] disponible en http://www.law.cornell.edu/uscode/11/uscode_sec_11_00000363---000-.html.

²⁶ Vid. http://www.concorrenca.pt/download/Comunicado12_2007.pdf.

que parece adaptarse bien a la mayoría de situaciones en las que se desarrollan este tipo de operaciones.

La adopción de este procedimiento parece en principio más necesaria a nivel comunitario que en España, toda vez que —excepción hecha de los supuestos en que es precisa la intervención de un regulador sectorial— en España nada impide, y la experiencia así lo demuestra, que se concedan autorizaciones en plazos muy breves.

B) Otras posibles reformas de los procedimientos de control de concentraciones que permitan obtener las autorizaciones pertinentes en un menor tiempo

Una de las posibles reformas a considerar tendría por objeto permitir que la *dispensa de la obligación de suspensión sea otorgada con mayor facilidad* a la empresa notificante en supuestos urgentes en los que, *prima facie*, la operación no plantee problemas de competencia.

En un discurso reciente²⁷, el Director General de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, el Sr. Philip LOWE, se ha mostrado escéptico sobre la necesidad de que la Comisión revise los plazos con los que cuenta para analizar las operaciones que se le notifican. El Sr. LOWE indicó que para poder llevar a cabo un análisis detallado y efectivo sobre si una operación de concentración puede presentar problemas de competencia, la Comisión «necesita tiempo suficiente». Sin embargo, no es menos cierto que el Sr. LOWE también abogó por una mayor flexibilidad a la hora de levantar la obligación de suspensión de la ejecución de la operación, a instancia de las partes. Esto permitiría, según él, ejecutar la transacción de manera inmediata a la espera de una decisión definitiva por parte de la Comisión.

En esta línea, cabría considerar no sólo que las autoridades de competencia se mostraran más receptivas a conceder dispensas a la obligación de suspensión cuando las circunstancias de la operación así lo requieran, sino que, incluso, se podría pensar en una reforma mediante la cual se acordara el levantamiento automático de la obligación de suspensión para las operaciones que se notifiquen siguiendo el formulario abreviado. Operaciones que, por sus características, resultan altamente improbables que planteen problemas de competencia. En la solución que se propone, la dispensa de la obligación de suspensión se produciría una vez que la autoridad competente hubiera comprobado que concurren las condiciones para la utiliza-

²⁷ P. LOWE, «*Keeping Markets working effectively: Europe's challenge in recessionary times*», p. 8, European Competition Day, Brno, Czech Republic, 14 May 2009.

ción del formulario abreviado y que no existe ninguna razón para solicitar a las partes la utilización del formulario ordinario de notificación²⁸.

Otras posibles medidas que podrían resultar efectivas para no retrasar la ejecución de operaciones de rescate sería la *eliminación de trámites procedimentales* que pueden retrasar injustificadamente su aprobación por la autoridad de control de concentraciones.

Ello parecería especialmente recomendable en el procedimiento comunitario. En este procedimiento, una medida que podría agilizar sobremanera la aprobación de operaciones de rescate sería la reducción del período de quince días laborables con el que cuentan los Estados miembros para pronunciarse sobre si solicitan o no el reenvío de una operación de acuerdo con lo previsto en el art. 9 del Reglamento CE 139/2004. Esta medida parecería especialmente adecuada para aquellas operaciones destinadas a utilizar el formulario abreviado de notificación. Dado que, en principio, ese tipo de operaciones no deberían presentar problemas significativos de competencia, cabe pensar que, en principio, tampoco cumplirán las condiciones previstas en el art. 9 del Reglamento comunitario para que sean remitidas a las autoridades de competencia de un Estado miembro. De este modo, reducir (que no eliminar) el plazo de quince días laborables con el que cuentan los Estados miembros para pronunciarse sobre un reenvío sobre la base de lo previsto en el art. 9 del Reglamento comunitario no parece que pueda afectar de forma negativa al derecho de las autoridades nacionales a optar a conocer de una concreta operación sobre la base de lo dispuesto en dicho precepto.

Por lo que se refiere al procedimiento español de control de concentraciones, posiblemente fuera demasiado aventurado proponer la eliminación de la obligación de solicitar al regulador sectorial el informe preceptivo no vinculante en aquellas operaciones aptas para utilizar el formulario de notificación abreviado, toda vez que el test que está llamado a realizar el regulador sectorial es independiente de la situación de competencia que existirá después de la operación.

No obstante, cabría ponderar posibles soluciones como la sustitución de la obligación que el art. 37.2.d) LDC impone actualmente, siempre y en todo caso, a la CNC de suspender el procedimiento en los casos en los que deba solicitar informe a un regulador sectorial, por la previsión de este supuesto como uno de aquellos en los que la suspensión del procedimiento de autorización sea facultativa (supuestos previstos en el art. 37.1 LDC).

²⁸ Vid., entre otros, «AmCham EU Response to the Commission's public consultation on the functioning of the EC Merger Regulation (Council Regulation 139/2004)», disponible en http://ec.europa.eu/competition/consultations/2008_merger_regulation/amcham_en.pdf.

De no llegar a darse este paso, cabría en todo caso valorar la posibilidad, ya adelantada anteriormente, de que la CNC otorgara al regulador sectorial un período de tiempo reducido para la elaboración del informe y que, de no cumplir con el plazo concedido, el procedimiento de evaluación y resolución se reanudara sin esperar a contar con dicho informe.

Las posibles reformas apuntadas no son en modo alguno incompatibles con medidas de carácter práctico ya expuestas que podrían, sin duda, agilizar el procedimiento de control de concentraciones tanto nacional como comunitario, como son: i) las relativas al desarrollo de un modo ágil de la fase de prenotificación; y ii) la posición de las autoridades de proceder a solicitudes de remisión o reenvío de asuntos únicamente cuando haya una poderosa razón que justificara este tipo de actuaciones.

En definitiva, se trata de buscar fórmulas que aligeren el procedimiento de autorización de aquellas operaciones que, por razón de la difícil situación económica de las empresas afectadas, requieran una rápida ejecución, garantizándose al tiempo que las autoridades podrán seguir ejerciendo un control efectivo sobre dichas operaciones. Para la consecución de este punto de equilibrio resulta tan necesaria la colaboración de las autoridades, como la de las propias empresas y sus asesores, que habrán de facilitar a las primeras la información necesaria para que puedan ejercer de un modo adecuado su labor.

La existencia de un rápido (y efectivo) procedimiento de control de concentraciones es una de las mejores contribuciones que los sistemas nacional y comunitario de defensa de competencia pueden realizar al mercado en una situación de crisis económica como la actual.