

Reglamento de Ejecución (UE) 2023/914, de la Comisión, de 20 de abril de 2023, por el que se aplica el Reglamento (CE) n.º 139/2004, del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas, y se deroga el Reglamento (CE) n.º 802/2004 de la Comisión
[DOUE L 119, 5-v-2023]

BUSCANDO LA SIMPLIFICACIÓN Y LA ACTUALIZACIÓN DEL CONTROL DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

Como parte del Paquete de simplificación del control de las concentraciones (*EU Merger Simplification Package*), aprobado el 20 de abril de 2023, se publicó el Reglamento de Ejecución 2023/914, de la Comisión, por el que se aplica el Reglamento 139/2004 sobre control de las concentraciones. Se trata, sin duda, de la norma más relevante del paquete legislativo, naciendo acompañada de una Comunicación de la Comisión sobre tramitación simplificada referida al Reg. 139/2004 y una segunda Comunicación relativa al art. 3, apartado 2; art. 13, apartado 3; y los arts. 20 y 22 del Reglamento de Ejecución que comentamos.

Como consecuencia de su aprobación y posterior entrada en vigor, el anterior Reglamento de Ejecución 802/2004 ha quedado finalmente derogado y repelido. Por ello, trataremos de exponer sucintamente las principales novedades que trae consigo el cambio de reglamento, aunque debe indicarse que se trata de una reforma continuista.

Como ya sabemos, el régimen de las concentraciones entre empresas en la UE ha resultado en una rama particular del derecho de la competencia que exhibe, sin duda, algunas singularidades nada desdeñables. En efecto, a diferencia de los ilícitos tratados en los arts. 101 y 102 del actual TFUE, el control de las concentraciones económicas se encuentra fuera del tratado, siendo regulada la materia actualmente en el Reg. 139/2004, a cuya compleción se dedica la norma que reseñamos. Se trata, como su propio nombre indica, de una disciplina basada en el sometimiento de la operación de concentración empresarial a un previo examen por parte de la Comisión, quien tiene la última palabra a la hora de autorizarla, condicionarla o prohibirla. En todo este proceso, son claves el diálogo y el intercambio de información entre la pluralidad de partes implicadas y afectadas por la concentración y la Comisión. Para empezar, porque pesa sobre las propias partes en proceso de concentración una obligación de notificación, so pena de multa por su incumplimiento. Los pormenores de la comunicación a lo largo del procedimiento se convierten, por tanto, en un asunto de primer orden para el adecuado flujo de información, así como para la seguridad y la confianza de los implicados. Estas cuestiones, en absoluto menores, se dejaron con acierto a la norma de ejecución, permitiendo su rápida actualización en caso necesario.

Así las cosas, desde el 1 de septiembre de 2023, el Reglamento 802/2004 ha quedado derogado, pasándose a regular la tramitación y la comunicación entre las

partes con base en el nuevo Reglamento 2023/914 (art. 26), si bien se prevé un régimen transitorio que permite a las concentraciones notificadas hasta el 31 de agosto de 2023 ser tramitadas conforme al régimen anterior (art. 25.2), algo que resulta una exigencia de seguridad jurídica, respetuosa con la documentación ya aportada en ese momento por la parte.

Los principales puntos de interés de la reforma serían los siguientes: 1) un régimen más amplio y flexible para el procedimiento simplificado, establecido por la Comunicación sobre procedimiento simplificado y que se cifraría en 2 nuevos supuestos en los que cabe acudir al procedimiento abreviado, así como la posibilidad para la Comisión de optar discrecionalmente por el procedimiento simplificado de tramitación para todo tipo de operaciones de concentración siempre que se cumplan ciertos umbrales de seguridad; 2) la racionalización y la simplificación de la documentación a aportar y su examen por parte de la Comisión; 3) un nuevo conjunto de formularios simplificados que optan por cerrar la amplitud anterior de las preguntas a responder por las partes notificantes, sustituyendo siempre que es posible el sistema de preguntas abiertas por otro de casillas predispuestas a marcar por la parte notificante; 4) en fin, la tramitación electrónica como norma y no como excepción.

En relación con la ampliación del ámbito del procedimiento simplificado, se suman dos supuestos nuevos: a) cuando las cuotas de mercado por separado o combinadas en sentido ascendente no superen el 30 % y la cuota de compra combinada respete ese mismo umbral; y b) cuando las cuotas de mercado, conjuntas o separadas, sean inferiores al 50 % en mercados ascendentes o descendientes; el índice de concentración de mercado (calculado como incremento del índice IHH) sea inferior a 150, y la empresa con cuota de mercado más pequeña sea siempre la misma en todos los mercados analizados.

De igual forma, la Comisión podrá de modo discrecional tratar determinadas concentraciones bajo el sistema de procedimiento simplificado, aunque no entren dentro de las categorías prefijadas, correspondiendo a las partes instar a la Comisión a utilizar este cauce procedimental. Para ello deben cumplirse algunos umbrales de salvaguarda: a) la cuota combinada de las partes que se fusionan deben encontrarse entre el 20-25 % en los solapamientos horizontales; b) la cuotas conjuntas o separadas de las partes en una relación vertical deben encontrarse en la horquilla del 30-35 %; c) cuando en relaciones combinadas la cuota conjunta o separada no supere el 50 % en un mercado y el 10 % en el otro mercado vinculado verticalmente; en fin, d) todas las operaciones entre empresas que conjuntamente tengan un volumen de activos entre 100 y 150 millones de euros en el Espacio Económico Europeo.

En lo referido al uso preferente de los medios electrónicos de comunicación (art. 22.2), el régimen de plazos, comunicaciones, obligaciones de las partes y capacidad decisoria de la Comisión permanece inalterado. La información se sigue considerando recibida en los mismos supuestos y bajo los mismos requisitos, así como se podrá suspender el plazo por idénticas razones y durante el mismo tiempo. La principal novedad en este sentido es que el cómputo y cumplimiento de los plazos se simplificará

de ordinario, pues se tendrán por recibidos los documentos en la fecha de recepción de éstos por parte de la Comisión (art. 5.1), lo que será el propio día hábil en que se envíen por vía electrónica (art. 22.4), emitiéndose un acuse de recibo electrónico al efecto por parte de la Comisión. La excepción serán los propios formularios de comunicación (en los que se encuentra el verdadero peso de la reforma y que se entenderán recibidos el propio día de remisión, siempre y cuando la recepción y el justificante emitido al efecto se encuentren dentro del rango horario de apertura de la Dirección General de Competencia, encargada de recibirlos (art. 22.4 *in fine*) y que constará en la correspondiente web.

La documentación electrónica deberá ir firmada mediante una firma electrónica cualificada y conforme a los requisitos del Reg. 910/2014 (eIDAS), así como a los propios criterios y especificaciones técnicas publicadas por la Dirección General de Competencia en su sitio web.

Dejando lo mejor para el final, lo más destacado de la reforma es, sin duda, el cambio experimentado por los formularios. Se trata, en principio, de cambios menores pero relevantes, tendentes a mejorar y facilitar el trabajo de preparación por parte de los notificantes. El epicentro de estos cambios será esencialmente el Formulario CO abreviado (Anexo II), cuyas secciones 1-7 y 13-16 se deberán cumplimentar en todo caso, permitiendo omitir ciertas partes cuando la concentración no dé lugar a solapamientos horizontales o a relaciones verticales, por poner algunos ejemplos interesantes. Lo más destacado del formulario, sin duda, es el cambio de la estructura formal, que pasa de un sistema basado principalmente en la redacción, la descripción y la explicación escrita por la parte notificante en respuesta a preguntas generales y abiertas, a un sistema de casillas predefinidas, donde la parte debe simplemente marcar o señalar las circunstancias relevantes. Ello facilita enormemente la labor de redacción, pero también la posterior revisión por parte de la Dirección General de Competencia.

Las descripciones prolijas y pormenorizadas se sustituyen ahora por cuestionarios simplificados y, sobre todo, por tablas tipo, donde se incluyen todos los datos relevantes para que la Comisión pueda valorar la operación, orientando a los empresarios sobre qué datos son relevantes y deben, por tanto, consignar. Algo que se hace notar especialmente en lo que se refiere a la definición de los mercados relevantes, tanto en el Formulario CO simplificado como en el ordinario. En este sentido destacan los cuadros de solapamientos horizontales y de relaciones verticales. De igual forma, la definición de los mercados relevantes trata de ampliarse, mandando a las partes notificantes operar sobre el concepto de «mercados plausibles», que incluye un conjunto diverso de mercados relevantes posibles o efectivos. En fin, el incremento del formalismo se ve compensado con frecuentes cláusulas de apertura tipo «información adicional que se desee hacer constar», de naturaleza residual, donde la parte podrá consignar toda la información que considere relevante, pero que no tenga cabida en el esquema formal propuesto por el formulario.

El resto de documentos (Formularios CO, EM y RM) mantienen esencialmente el mismo contenido que sus antecesores en el Reg. 802/2004, con pequeñas

modificaciones orientadas a dar claridad o mejorar la corrección del lenguaje técnico utilizado (por ejemplo, se sustituye audiencia formal por audiencia oral o, simplemente, audiencia), así como cierta reordenación de los contenidos descriptivos del formulario, a fin de darle mayor claridad y concisión.

Es previsible que los cambios introducidos faciliten la labor de las partes notificantes y de la Comisión, cumpliendo, por tanto, su cometido de agilizar los plazos de resolución y autorización de las concentraciones. Para ello, requisito imprescindible será que la información sea completa, esto es, según el propio reglamento, suficiente y no engañosa. En este sentido y como quiera que debe reconocerse la nueva realidad digital de la transmisión de documentos, el art. 22.5 considera como no recibida la información que llegue a la Comisión corrupta, con virus (o malware en general) o cuyas firmas electrónicas no puedan ser verificadas.

Marcos CRUZ GONZÁLEZ
Profesor sustituto de Derecho Mercantil
Doctor en Derecho
Universidad de Salamanca
macrugo@usal.es