

**UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA**



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS ECONÓMICAS Y EMPRESARIALES

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO Y ECONÓMICO

ÁREA DE DERECHO MERCANTIL

TESIS DOCTORAL

**LA EVALUACIÓN *ANTITRUST* DE  
LAS CONCENTRACIONES DE  
EMPRESAS EN LA UNIÓN EUROPEA**

AUTOR

**MARIO ANTONIO PÉREZ MOLINA**

DIRECTOR

PROF. DR. LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO

CÓRDOBA 2015

TITULO: *LA EVALUACIÓN ANTITRUST DE LAS CONCENTRACIONES DE EMPRESAS EN LA UNIÓN EUROPEA*

AUTOR: *Mario Antonio Pérez Molina*

---

© Edita: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba. 2015  
Campus de Rabanales  
Ctra. Nacional IV, Km. 396 A  
14071 Córdoba

[www.uco.es/publicaciones](http://www.uco.es/publicaciones)  
[publicaciones@uco.es](mailto:publicaciones@uco.es)

---



La realización de esta Tesis Doctoral se enmarca dentro del Proyecto de Investigación de Excelencia del MICINN “*Contratación mercantil y competencia empresarial: nuevas tendencias reguladoras y propuestas de conexiones normativas*” (Referencia DER2013-43674-P), del que son Investigadores Principales el Prof. Dr. Luis M<sup>a</sup> Miranda Serrano y el Prof. Dr. Javier Pagador López.





**TÍTULO DE LA TESIS:** La evaluación *antitrust* de las concentraciones de empresas en Unión Europea

**DOCTORANDO/A:** Mario Antonio Pérez Molina

**INFORME RAZONADO DEL/DE LOS DIRECTOR/ES DE LA TESIS**

(se hará mención a la evolución y desarrollo de la tesis, así como a trabajos y publicaciones derivados de la misma).

Quien firma el presente documento, en su condición de Director del trabajo de investigación realizado por el Licenciado Mario Antonio Pérez Molina e intitulado "La evaluación *antitrust* de las concentraciones de empresas en la Unión Europea", tiene a bien informar que, a su juicio, dicho trabajo reúne todos los requisitos necesarios para poder ser defendido como Tesis Doctoral en la Universidad de Córdoba. Así lo entiende por considerar que se trata de un trabajo ejecutado en su totalidad de conformidad con el programa o plan formativo del doctorando elaborado al inicio de la investigación y, por consiguiente, respetuoso con los requerimientos metodológicos, formales y de fondo que la práctica universitaria y la normativa vigente exigen a una investigación para poder ser presentada y defendida satisfactoriamente como Tesis Doctoral. Este juicio positivo es corroborado, además, por los indicios de calidad de la Tesis presentados por el doctorando: dos novedosos e interesantes artículos elaborados en solitario por él y publicados en la Sección "Estudios" de la "Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución" (la primera Revista a nivel nacional especializada en el ámbito específico sobre el que versa la Tesis: el Derecho de la competencia empresarial), y un amplio artículo –de más de cincuenta páginas– elaborado en régimen de coautoría por el doctorando y el Director de la Tesis y publicado como el primer estudio de la Sección "Doctrina" del número 294 de la "Revista de Derecho Mercantil" (publicación puntera y de gran prestigio en la difusión de trabajos de relevancia en materias mercantiles). En suma, por todo lo anterior es opinión de quien suscribe este Informe que la investigación a la que aquí se alude reúne los méritos necesarios para permitir a su autor la obtención del Grado de Doctor en Derecho.

Por todo ello, se autoriza la presentación de la tesis doctoral.

Córdoba, 26 de marzo de 2015

Fdo. Prof. Dr. Luis María Miranda Serrano

## **INTRODUCCIÓN**

1. Punto de partida. Aproximación a la normativa de control de las concentraciones de empresas en la Unión Europea: evolución y ámbito de aplicación.....	3
1.1 Evolución.....	3
1.1.1 La etapa inicial: el vacío normativo.....	4
1.1.2 Evolución posterior: el control indirecto.....	6
1.1.3 La etapa de control directo: los Reglamentos 4064/89 y 139/2004.....	8
2. El ámbito de aplicación del control <i>antitrust</i> .....	11
2.1 El criterio cualitativo: la noción de operación de concentración de empresas.....	12
2.2 El criterio cuantitativo: la noción de dimensión comunitaria de la operación de concentración y el principio de ventanilla única.....	18
3. Propósito, plan y relevancia de la investigación: el análisis del sistema de evaluación <i>antitrust</i> de las concentraciones de empresas en la Unión Europea.....	30
3.1 Propósito y plan de la investigación.....	30
3.2 Interés y relevancia de la investigación.....	32

## **CAPÍTULO PRIMERO. EL CRITERIO SUSTANTIVO DE EVALUACIÓN: DEL «TEST DE DOMINIO» AL «TEST DE LA OBSTACULIZACIÓN SIGNIFICATIVA DE LA COMPETENCIA»**

1. Consideraciones generales.....	43
2. El Reglamento 4064/89: el criterio de dominio.....	45
2.1 El elemento fáctico: la creación o el reforzamiento de una posición dominante.....	48
2.1.1 La posición de dominio individual.....	50

2.1.2 La posición de dominio colectiva o conjunta.....	55
2.1.2.1 Los riesgos competitivos del oligopolio desde la perspectiva económica.....	56
A) El principal problema del oligopolio: la colusión tácita.....	56
B) El modelo de la escuela estructuralista o de Harvard.....	59
C) El modelo de George Stigler.....	60
D) Otros modelos: la teoría de los juegos y la teoría de los comportamientos estratégicos.....	62
E) Consideraciones finales.....	64
2.1.2.2 Las limitaciones de las normas de control de conductas frente al problema del oligopolio.....	65
A) El artículo 101 TFUE: las prácticas colusorias.....	66
B) El artículo 102 TFUE: el abuso de la posición de dominio.....	72
2.1.2.3 El control de estructuras ante el problema del oligopolio: la prevención de la colusión tácita entre las empresas. La normativa de control de concentraciones y las posiciones de dominio colectivas.....	81
A) Consideraciones preliminares.....	81
B) La normativa de control de concentraciones y las posiciones dominantes colectivas según la interpretación de la Comisión Europea.....	83
C) La normativa de control de concentraciones y las posiciones dominantes colectivas según los Tribunales de Justicia de la Unión Europea.....	87
D) Consideraciones finales.....	91
2.2 El elemento de resultado: la obstaculización significativa de la competencia efectiva.....	93
3. El proceso de gestación del Reglamento 139/2004.....	96



3.1 Preliminar.....	96
3.2 El Libro Verde de la Comisión sobre la revisión del Reglamento 4064/89.....	97
3.3 El caso <i>Airtours/First Choice</i> .....	103
3.3.1 Presentación.....	103
3.3.2 La decisión de la Comisión Europea.....	104
3.3.3 La sentencia del Tribunal de Primera Instancia.....	107
3.4 La propuesta de Reglamento de la Comisión y el debate en el seno del Consejo.....	111
4. El nuevo criterio sustantivo del Reglamento 139/2004: la obstaculización significativa de la competencia efectiva.....	115
La aptitud del nuevo criterio sustantivo para hacer frente a los efectos unilaterales en los oligopolios no colusorios.....	120
5.1 Preliminar.....	120
5.2 Los efectos unilaterales en mercados diferenciados o heterogéneos.....	125
5.2.1 El tratamiento de los efectos unilaterales en mercados diferenciados según la teoría económica.....	126
5.2.2 La experiencia comunitaria en la aplicación de la doctrina de los efectos unilaterales en mercados heterogéneos. El caso <i>Oracle/PeopleSoft</i> .....	132
5.2.2.1 Consideraciones preliminares.....	132
A) La postura de las autoridades <i>antitrust</i> norteamericanas.....	134
B) La postura de la Comisión Europea.....	141

5.3	La existencia de efectos unilaterales por la eliminación de una empresa <i>maverick</i> o <i>díscola</i> . Asunto <i>T-Mobile/Tele.ring</i> .....	143
5.4	Reflexiones a la luz de los casos <i>Oracle/PeopleSoft</i> y <i>T-Mobile/tele.ring</i> .....	147

## **CAPÍTULO SEGUNDO. CRITERIOS GUÍAS DE MERCADO CARÁCTER ESTRUCTURAL: LAS BARRERAS DE ENTRADA Y EL PODER DE LA DEMANDA**

1.	Preliminar.....	153
2.	El mercado relevante: consideraciones generales.....	154
2.1	Los principios básicos de la delimitación del mercado relevante.....	155
2.2	El procedimiento de delimitación del mercado relevante.....	156
2.3	El análisis del mercado del producto.....	157
2.4	El análisis del mercado geográfico.....	163
3.	El criterio guía de las barreras de entrada: consideraciones preliminares.....	167
3.1	Concepto y clasificación de las barreras de entrada.....	170
3.1.1	Concepto de barreras de entrada.....	170
3.1.2	Clasificación de las barreras de entrada.....	176
3.1.2.1	Las economías de escala.....	177
3.1.2.2	Los costes hundidos o irrecuperables.....	179
3.1.2.3	La diferenciación de los productos.....	181
3.1.2.4	Las barreras legales.....	183
3.2	El análisis de la entrada de nuevos competidores en el mercado: el test de probabilidad, de prontitud y de suficiencia.....	185
3.2.1	La probabilidad.....	186

3.2.2 La prontitud.....	189
3.2.3 La suficiencia.....	191
3.3 A modo de conclusión.....	192
4. El poder de negociación de la demanda.....	194
4.1 Preliminar.....	194
4.2 Factores relevantes en el análisis del poder de la demanda.....	196
4.2.1 Las características de la demanda.....	196
4.2.2 Las características del mercado de referencia.....	198

**CAPÍTULO TERCERO. EL CRITERIO DE LA EFICIENCIA ECONÓMICA (*EFFICIENCY DEFENCE*): CONTRIBUCIONES A LA EFICIENCIA ECONÓMICA DE RELEVANCIA ANTITRUST**

1. Preliminar.....	203
2. Las distintas categorías de eficiencias económicas vinculadas a las operaciones de concentración.....	206
2.1 La eficiencia productiva.....	207
2.1.1 Las economías de escala.....	208
2.1.2 Las economías de alcance.....	208
2.2 La eficiencia transaccional.....	210
2.3 La eficiencia dinámica.....	211
2.4 La eficiencia asignativa.....	214
3. Los criterios de valoración de la eficiencia socioeconómica.....	215
3.1 El estándar de presunciones.....	215
3.2 El estándar de precios.....	216
3.3 El estándar del bienestar del consumidor.....	217

3.4	El estándar del bienestar total.....	218
4.	El criterio de la eficiencia durante la vigencia del Reglamento 4064/89 y su proceso de reforma.....	220
4.1	El debate sobre la ponderación o no de la eficiencia socioeconómica durante el proceso de gestación del Reglamento 4064/89.....	220
4.2	El criterio de la eficiencia bajo la vigencia del Reglamento 4064/89.....	224
4.3	La inclusión del criterio de la eficiencia en el proceso de reforma del sistema europeo de control de concentraciones.....	230
5.	El criterio de la eficiencia económica bajo la vigencia del Reglamento 139/2004.....	232
5.1	Preliminar: la apelación expresa a la eficiencia en el Reglamento 139/2004.....	232
5.2	Condiciones exigidas a las eficiencias para que posean relevancia <i>antitrust</i> en el control de concentraciones.....	235
5.2.1	El beneficio para los consumidores.....	236
5.2.2	El carácter inherente o especificidad de las eficiencias.....	240
5.2.3	La verificabilidad de las sinergias.....	242
5.3	A modo de epílogo.....	244
<b>CAPÍTULO CUARTO. LA EXCEPCIÓN DE LA EMPRESA EN CRISIS (<i>FAILING FIRM DEFENCE</i>): EVALUACIÓN DE LAS CONCENTRACIONES DE RECUPERACIÓN O SANEAMIENTO ECONÓMICO</b>		
1.	Consideraciones preliminares.....	247

2.	La aplicación de la doctrina de la <i>failing company</i> en el Derecho <i>antitrust</i> europeo: origen y evolución histórica.....	251
3.	Los presupuestos de la doctrina de la empresa en crisis en el actual Reglamento 139/2004 y en las Directrices sobre Concentraciones Horizontales.....	264
3.1	Las dificultades financieras de la empresa objeto de adquisición.....	265
3.2	La inexistencia de alternativas menos restrictivas para la competencia.....	268
3.3	La salida inevitable de los activos de la empresa adquirida.....	270
3.4	Las consecuencias del cumplimiento o incumplimiento del test de falta causalidad entre la operación de concentración y la restricción de la competencia efectiva.....	273
3.5	La reciente praxis comunitaria en torno a la excepción de la empresa en crisis. Asuntos <i>Nynas/Shell/Harburg Refinery</i> y <i>Aegean/Olympic</i> de 2013.....	276
4.	El caso particular de la excepción de la división en crisis de una empresa o <i>failing division defence</i> .....	279
5.	La excepción de la empresa en meras dificultades o <i>failing firm defence</i> .....	285
6.	La ratio o fundamento de la doctrina de la empresa en crisis o la <i>failing firm defence</i> .....	289

**CAPÍTULO QUINTO. LA EVALUACIÓN DE LAS RESTRICCIONES ACCESORIAS (ANCILLARY RESTRAINTS) INSERTAS EN OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN**

1.	Preliminar.....	299
----	-----------------	-----

2. El tratamiento de las restricciones accesorias en el ámbito del control de concentraciones de empresas: antecedentes históricos y evolución.....	301
3. El concepto y los presupuestos de aplicación de la doctrina de las restricciones accesorias en la Comunicación sobre restricciones accesorias de 2005.....	308
3.1 La existencia de una restricción de la competencia.....	310
3.2 El carácter accesorio de la restricción concurrencial: la vinculación directa y necesaria para la realización de la operación de concentración.....	311
3.3 El carácter proporcional o razonable de la restricción concurrencial.....	317
3.4 El carácter procompetitivo y lícito de la operación de concentración.....	318
3.5 Las consecuencias del cumplimiento o no del test de la accesoriedad.....	319
4. Las restricciones accesorias más comunes en operaciones de concentración de empresas.....	320
4.1 Las restricciones accesorias en operaciones de adquisición de empresa.....	321
4.1.1 Las cláusulas inhibitorias de la competencia.....	322
4.1.2 Acuerdos de licencia.....	326
4.1.3 Acuerdos de compra y suministro.....	327
4.2 Las restricciones accesorias en operaciones de creación de empresas en participación.....	329
4.3 Otras restricciones accesorias.....	333
5. La <i>ratio</i> de la doctrina de las restricciones accesorias: la unidad del sistema jurídico.....	334
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>339</b>

<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	373
<b>ANEXOS DOCUMENTALES</b> .....	393
Artículo 2 del Reglamento 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DOUE L 395, de 10.12.1990).....	395
Artículo 2 del Reglamento 139/2004 del Consejo, de 20 enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOUE L 24, 19.1.2004).....	396
Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de concentraciones entre empresas (DOUE C 31, de 5.2.2004).....	398
Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (DOUE C 56, DE 5.4.2005).....	429
Libro Blanco Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la Unión Europea [COM (2014) 449].....	440

# INTRODUCCIÓN



## INTRODUCCIÓN

## **1. Punto de partida. Aproximación a la normativa de control de las concentraciones de empresas en la Unión Europea: evolución y ámbito de aplicación**

### **1.1 Evolución**

Como todo fenómeno económico y jurídico, la concentración de empresas es una realidad ambivalente a la que se anudan importantes ventajas pero también serios inconvenientes. Entre sus ventajas, cabe mencionar aquí las de carácter técnico, ya que propician una mayor especialización de la maquinaria y mano de obra; las de carácter financiero, pues las grandes empresas suelen gozar de mayor crédito en el mercado de capitales; y, por último, las comerciales, toda vez que a las empresas de grandes dimensiones les resulta más económico el proceso de distribución y venta de sus bienes y servicios, con el consecuente ahorro de costes susceptible de alcanzar a los consumidores y usuarios.

Pero no todo son ventajas. A las concentraciones de empresas se anudan también relevantes inconvenientes, muchos de los cuales salen a flote principalmente cuando se analizan los efectos que estas operaciones producen sobre la libre competencia. Toda operación de concentración, por su esencia, comporta una reducción de los competidores. Es posible que tras la operación la nueva entidad se convierta en líder del mercado o adquiera, al menos, un poder económico considerable. No en vano, mediante las concentraciones los mercados alcanzan muchas veces estructuras oligopolísticas, convirtiéndose en mercados de unos pocos. Y, como se sabe, en este tipo de mercados la libre competencia se encuentra seriamente amenazada, al existir un

elevado riesgo de que las empresas coordinen sus comportamientos en detrimento de los consumidores y usuarios<sup>1</sup>.

Lo anterior explica que el Derecho de defensa de la competencia o *antitrust* no haya podido permanecer neutral ante las concentraciones de empresas. Así ha sucedido en el ámbito sobre el que gira la presente investigación, esto es, el de la Unión Europea. En él podemos diferenciar tres grandes etapas en lo que respecta al control de estas operaciones. La primera (de *vacío normativo*) va desde 1957 hasta la década de los setenta de la pasada centuria [*infra*, 1.1.1]. La segunda (de *control indirecto*) se desarrolla entre principios de la década de los años setenta del pasado siglo hasta diciembre de 1989 [*infra*, 1.1.2]. La tercera y más relevante (de *control directo*) abarca desde diciembre de 1989 hasta el momento presente [*infra*, 1.1.3]. Veamos:

### 1.1.1 La etapa inicial: el vacío normativo

El punto de arranque de la primera etapa ha de situarse en 1957 por ser éste el año en el que se aprueba el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE), también conocido como Tratado de Roma por haberse firmado en el Palacio del Campidoglio romano. Como se sabe, dicho Tratado persiguió la creación de un mercado común, lo que naturalmente exigía defender la libre competencia en ese espacio económico supranacional. En concreto, las preocupaciones en materia de competencia del legislador del Tratado CEE fueron básicamente dos: 1ª) por un lado, las prácticas colusorias, prohibiéndose los

---

<sup>1</sup> Entre nosotros, sobre los problemas que presentan los mercados oligopolísticos para la libre competencia, *vid.*, junto a los trabajos sobre posiciones dominantes colectivas que se citan *infra*: FERNANDEZ DE ARAOZ GOMEZ-ACEBO, A., «El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia: reflexiones en torno al mercado, la libre competencia y la geometría», en *Revista general de Derecho*, núm. 589-590, 1993, pp. 10057 y ss.; JIMENEZ DE LAIGLESIA, J.M., «Derecho de la competencia y oligopolio», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 23, 1995, pp. 119 y ss.

acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas que tengan por objeto o como efecto restringir o limitar la competencia en el mercado común o en una parte sustancial del mismo (artículo 85 –actualmente, 101 TFUE–); 2ª) por otro lado, las prácticas abusivas de posiciones dominantes, prohibitivas de los abusos cometidos por empresas que se encuentran en posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo (artículo 86 –actualmente, 102 TFUE–).

Sin embargo, nada se estableció en el TCEE en materia de control de concentraciones. Razón por la que puede hablarse de la existencia en este extremo de un vacío normativo o silencio legal. Éste pronto llamó la atención de los intérpretes, ya que algunos años antes el Tratado del Carbón y del Acero de 1951 (el conocido como Tratado CECA) había optado por el establecimiento de un control expreso de estas operaciones en el sector carbonosiderúrgico europeo. Este último dato pone de manifiesto que el legislador del Tratado de Roma era perfectamente consciente del vínculo existente entre la concentración empresarial y la operatividad de la libre competencia en el mercado. De ahí que debamos concluir que el vacío normativo aludido fue deliberado: el legislador de 1957 no quiso establecer un control de las concentraciones de empresas en el TCEE porque temió que su instauración quizá hubiese podido frenar más de lo razonable las tendencias concentracionistas de las empresas europeas que, dada la baja tasa de concentración empresarial entonces existente, se veían con buenos ojos para hacer frente a las empresas extracomunitarias de grandes dimensiones que ya comenzaban a cabalgar por Europa a un ritmo cada vez más inquietante<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Ampliamente, sobre esta etapa inicial *vid.* MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*, La Ley, Madrid, 1994, pp. 61 y ss.

### 1.1.2 Evolución posterior: el control indirecto

Ahora bien, con el paso de los años el contexto económico europeo fue cambiando. El nivel de concentración de las empresas comunitarias aumentó de forma considerable, lo que llevó a que se sintiera la necesidad de controlar algunas de estas operaciones. Como no existía norma expresa para ello se recurrió primeramente al artículo 86 TCEE (actualmente, 102 TFUE), prohibitivo de los abusos de posiciones dominantes. En concreto, este precepto se aplicó a una operación de concentración en el asunto *Continental Can*. Los hechos fueron básicamente los siguientes: la empresa *Continental Can* dotada de una posición de dominio adquirió a principios de los años setenta el 85% del capital de una empresa europea fuerte del sector del envasado. La Comisión entendió que esa operación de adquisición de capital (que, en rigor, era una concentración de empresas) constituía un abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 86 TCEE. Frente a dicha Decisión se interpuso recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, aunque éste anuló finalmente la Decisión por entender que la Comisión no había delimitado correctamente el mercado relevante, en el plano de los principios corroboró la tesis de la Comisión indicando que «es susceptible de constituir un abuso el hecho de que una empresa en posición dominante refuerce esta posición por vía concentrativa de empresas, hasta el punto de que el grado de dominación así alcanzado obstaculizara sustancialmente la competencia»<sup>3</sup>.

Pero las críticas a la Decisión y la Sentencia *Continental Can* fueron tantas y tan severas que las autoridades comunitarias nunca más se atrevieron a utilizar el artículo 86 TCEE como instrumento

---

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, de 21 de febrero de 1973, asunto 6/72 - *Europemballage Corporation y Continental Can Company/Comisión*, en Rec. I-215, considerando 26. También *vid.* Decisión de la Comisión Europea, de 9 de diciembre de 1971, asunto IV/26.811 - *Continental Can Company*, en DOUE L 7, 8.1.1972, pp. 25 a 39.

indirecto de control de las concentraciones. Dichas críticas se centraron principalmente en la inadecuación del artículo 86 TCEE para controlar estas operaciones, toda vez que dicho precepto es una norma de control de conductas o comportamientos, en particular, de los que suponen un abuso de derecho y son realizados por empresas en posición de dominio. En cambio, las operaciones de concentración de empresas no son comportamientos empresariales, sino procesos estructurales que comportan una alteración estable o duradera de la estructura de control de las empresas participantes y, consecuentemente, una modificación permanente de la estructura del mercado.

Algunos años más tarde, ya entrada la década de los ochenta de la pasada centuria, las autoridades comunitarias cambiaron de instrumento de control, recurriendo al artículo 85 TCEE (actualmente, 101 TFUE) prohibitivo de las prácticas colusorias. Así lo puso de manifiesto el asunto *Philip Morris*, relativo a una operación por la que *Philip Morris* adquirió el 30% del capital de *Rothman Internacional*; una participación minoritaria pero que le daba la posibilidad de ejercitar una influencia decisiva sobre el comportamiento de la otra empresa. También en el plano de los principios el TJUE defendió que el artículo 85 TCEE era susceptible de aplicarse a los acuerdos por los que se adquiere una parte del capital de una empresa competidora: «si el hecho de que una empresa tome una participación en el capital de una empresa competidora no constituye en sí un comportamiento restrictivo de la competencia, esta adquisición de participación puede, no obstante, constituir un medio susceptible de influir en el comportamiento comercial de las empresas en cuestión, de tal manera que se restrinja o falsee el juego de la competencia»<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de noviembre de 1987, asuntos acumulados 142 y 156/84 - *British American Tobacco Company Ltd.* Y

Este giro radical en la política de control de concentraciones por parte de las autoridades comunitarias también fue criticado duramente por la doctrina especializada en el Derecho *antitrust*. Sobre todo se denunció la inadecuación del precepto para controlar actos estructurales, toda vez que su función ha consistido desde siempre en el control de conductas o comportamientos colusorios entre empresas que mantienen su independencia tras el acuerdo, la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada. En nuestra opinión, la utilización del artículo 85 TCEE –actual 101 TFUE– como instrumento de control indirecto de las concentraciones empresariales, con la elevada dosis de inseguridad jurídica que introdujo, fue muy probablemente el factor desencadenante del alumbramiento, el 21 de diciembre de 1989, del Reglamento 4064/89 sobre control de las operaciones de concentración de empresas (en adelante, Reglamento 4064/89)<sup>5</sup>.

### **1.1.3 La etapa de control directo: los Reglamentos 4064/89 y 139/2004**

La aprobación del Reglamento 4064/89 en diciembre de 1989 dio paso a la tercera etapa de control directo de las operaciones de concentración de empresas. Dos son las novedades principales que introdujo este Reglamento en el Derecho europeo de la competencia: 1ª) En primer lugar, un efecto fortalecedor de la seguridad jurídica, al suponer la desautorización del manipulado uso alternativo que las autoridades comunitarias habían hecho de los arts. 85 y 86 TCEE como instrumentos de control indirecto de las concentraciones en los asuntos *Continental Can* y *Philip Morris* ya aludidos. 2ª) En segundo lugar, una

---

*R.J. Reynolds Industries Inc. c. Comisión de las Comunidades Europeas*, en Rec. 1987, p. 4557, considerando 37.

<sup>5</sup> Acerca de esta otra etapa de control indirecto a la que acabamos de referirnos *vid.*, con amplias referencias bibliográficas, MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas...*, *op. cit.*, pp. 95 y ss.

ampliación o ensanchamiento del sistema europeo protector de la libre competencia, en el sentido de que, tras su aprobación y entrada en vigor, el ordenamiento comunitario *antitrust* dejó de prestar atención sólo a la dimensión competitiva o conflictual de la competencia (*control de los comportamientos concurrenciales*) para atender también a su dimensión estructural (*control de las estructuras del mercado*).

Ahora bien, a diferencia de la práctica colusoria o abusiva, la operación de concentración de empresas no resulta prohibida *per se*, sino sólo cuando concurren en ella los requisitos constitutivos de su incompatibilidad con el mercado común. En realidad, el sistema de control de concentraciones cumple una *función preventiva*, al someter a análisis las operaciones de reestructuración empresarial previamente a su realización y, de esta manera, evitar la formación de estructuras de mercado susceptibles de perjudicar el normal funcionamiento de una competencia efectiva o eficiente (monopolio y oligopolio).

Tratándose de la primera normativa que establecía un control directo de las operaciones de concentración de empresas en la Unión Europea, no causa sorpresa que tanto la doctrina estudiosa del Derecho *antitrust* como las autoridades comunitarias concedieran gran importancia al Reglamento 4064/89. Lógicamente, la doctrina canalizó su interés por esta normativa en la elaboración de estudios y trabajos monográficos dirigidos a analizar en profundidad su contenido, a fin de facilitar su aplicación a las realidades reguladas<sup>6</sup>. Las autoridades comunitarias, por su

---

<sup>6</sup> Entre nosotros, *vid.*, *ad ex.*, los siguientes estudios monográficos: AROZAMENA, M.J., *Las concentraciones de empresas en la Comunidad Europea*, Fundación Universidad-empresa, Madrid, 1993; MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas...*, *op. cit.*; BELLO MARTIN-CRESPO, M.P., *Concentración de empresas de dimensión comunitaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997; BRIONES, J./FOLGUERA, J./FONT, A./NAVARRO, E., *El control de concentraciones en la Unión Europea: la práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento (CEE) 4064/89 por el Reglamento (CE) 1310/97*, Marcial Pons, Madrid, 1999.



parte, se tomaron muy en serio la aplicación del Reglamento 4064/89 a los casos concretos, a fin de salvaguardar el funcionamiento de la libre competencia en el mercado único europeo. Ahora bien, como suele siempre ocurrir, la aplicación práctica de estas normas puso al descubierto determinadas lagunas y deficiencias técnicas, sobre todo en lo que concierne al sistema de evaluación de estas operaciones.

En concreto, el *Libro Verde de la Comisión sobre la revisión del Reglamento 4064/89* publicado en 2001 planteó la cuestión de si el llamado criterio de dominio acogido por el Reglamento 4064/89 como criterio sustantivo de control de las concentraciones cubría o no el supuesto hipotético de que la empresa resultante de la concentración (pero no dominante) pudiera incrementar unilateralmente los precios al ejercer su poder económico<sup>7</sup>.

Se inició así un intenso debate sobre el cambio del criterio sustantivo que culminó con la aprobación de una nueva normativa de control de las operaciones de concentración de empresas: el Reglamento 139/2004 que reemplazó al Reglamento 4064/89, cuyo artículo 2 declara incompatibles con el mercado único europeo las concentraciones que supongan un obstáculo significativo para la competencia efectiva, especialmente –pero no necesariamente–

---

<sup>7</sup> Vid. Comisión de las Comunidades europeas, *Libro Verde sobre la revisión del Reglamento 4064/89*, Bruselas, 11.12.2001, COM (2001), apartados 159 a 169. Sobre este documento: ESTEVA MOSSO, C., «El Libro Verde sobre la reforma del Reglamento de control de concentraciones», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2001, pp. 77 a 96; BELLO MARTIN-CRESPO, M.P., «La segunda reforma del Reglamento comunitario sobre el control de concentraciones. Libro verde y propuesta de reforma», en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, tomo 23, pp. 1125 a 1157; BERENQUER FUSTER, L., «La reforma del reglamento de concentraciones: del libro verde a la propuesta de la Comisión», en AA.VV. (coords. ORTIZ BLANCO/GUIRADO GALIANA), *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, volumen V, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 349 a 406; MARTINEZ LAGE, S. «La reforma del Reglamento comunitario de concentraciones», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 229, 2004, pp. 3 a 11.

mediante la creación o el reforzamiento de una posición dominante<sup>8</sup>.

## 2. El ámbito de aplicación del control *antitrust*

El Reglamento 139/2004 –en la misma dirección seguida inicialmente por el Reglamento 4064/89– delimita su ámbito de

---

<sup>8</sup> Vid. Reglamento 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas, DOUE L 24, 29.1.2004, pp. 1 a 22. Entre otros, *vid.* sobre esta nueva norma: PEREZ MOLINA, M.A., *La evaluación de las concentraciones de empresas en la Unión Europea*, Publicaciones Universitarias, Córdoba, 2013, pp. 49 ss.; NAVARRO, E./FONT, A./FOLGUERA, J./BRIONES, J., *Merger Control in the European Union. Law, Economics and Practice*, 2ª ed., Oxford University Press, New York, 2005, pp. 143 y ss.; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation: Substantive Issues*, 4ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2012, pp. 36 y ss.; ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger Control*, C. H. Beck, München, 2010, pp. 86 y ss.; KOKKORIS, I., *Merger Control in Europe: The gap in the ECMR and National Merger Legislations*, Routledge, London, 2011, pp. 45 y ss.; SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics in European merger control*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 169 y ss.; COOK, J./KERSE, C., *EC Merger Control*, 5 ed., Sweet & Maxwell - Thomson Reuters, London, 2009, pp. 190 y ss.; REEVES, T./DETHMERS, F., «EU merger control since the introduction of the 2004 reforms», en *Fordham Competition Law Institute: International Antitrust Law & Policy*, 2014, pp. 153 a 185; GONZALEZ-DIAZ, F.E./CARPI, J.M., «La noción de concentración económica y la evaluación de sus efectos en los ordenamientos comunitario y español», en AA.VV. (dir. BENEYTO PEREZ, J.M.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, Tomo 1, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 629 a 750; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Las concentraciones de empresas*, Colex, Madrid, 2006, pp. 190 y ss.; FERNANDEZ TORRES, I., «Control de las concentraciones (I): cuestiones sustantivas», en AA.VV. (SIGNES DE MESA, J.I./FERNANDEZ TORRES, I./FUENTES NAHARRO, M.), *Derecho de la Competencia*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2013, pp. 319 y ss.; HERRERO SUAREZ, C.H., «Control de las concentraciones de empresas», en AA.VV. (coord. VELASCO SAN PEDRO, L.A.), *Derecho europeo de la competencia: antitrust e intervenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 437 y ss.; ORTIZ BLANCO, L./MAILLO GONZALEZ-ORUS, J./IBAÑEZ COLOMO, P./LAMADRID DE PABLO, A., *Manual de Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 2008, pp. 301 y ss.; BELLO MARTIN-CRESPO, M.P., «Control de concentraciones de empresas», en AA.VV. (coords. HERNANDEZ RODRIGUEZ y otros), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, 1ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 333 y ss.; GORRIZ LOPEZ, C., «Control de las concentraciones», en AA.VV. (dir. GARCIA-CRUCES, J.A.), *Tratado de Derecho de la competencia y publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 339 y ss.; HERNANDEZ, J.C., *El régimen jurídico-administrativo de las concentraciones de empresas en el Derecho Comunitario (test sustantivo y control judicial)*, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 131 y ss.; VIÑUELAS LIMARQUEZ, M./GAVELA LLOPIS, A./HORTALA VALLVE, J., «Concentración de empresas», en AA.VV. (coord. LOMA-OSORIO LERENA, D.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 351 y ss.

aplicación en función de dos criterios: uno cualitativo, que exige estar en presencia de una operación de concentración de empresas [*infra*, 2.1], y, otro cuantitativo, que requiere que la operación de concentración posea dimensión comunitaria [*infra*, 2.2].

### **2.1 El criterio cualitativo: la noción de operación de concentración de empresas**

En cuanto al *criterio cualitativo*, importa señalar que, en principio, existen dos formas de definir jurídicamente una operación de concentración. Por un lado, la definición *de medio*, que, como su propio nombre indica, consiste en definir la operación en función de los medios que se siguen para lograrla, con la ventaja de que proporciona una buena dosis de seguridad jurídica, aunque con el inconveniente de que dicha definición puede quedar obsoleta tan pronto surjan nuevas vías de lograr la concentración no incluidas en el listado de la norma. Por otro lado, la definición *de resultado*, que se basa fundamentalmente en los resultados económicos de la operación sin tomar en consideración los medios o instrumentos jurídicos utilizados para llevarla a cabo: el elemento determinante es la pérdida de la independencia económica que se produce mediante la adquisición del control por parte de una o varias empresas.

No hay duda de que la noción de concentración que proporciona el Reglamento 139/2004 es una noción *mixta*, que combina una noción de medio con otra de resultado. Según el Reglamento, cabe hablar de concentración de empresas en los siguientes casos:

1º) En primer lugar, cuando tiene lugar una *fusión* entre dos empresas independientes. La fusión es la forma última o más acabada de concentración empresarial. Con este término el

legislador comunitario abarca tanto los casos de las fusiones societarias conocidas por la doctrina como *fusiones propias*, ya sea en su variante de fusión por absorción o fusión por constitución de nueva sociedad, como las llamadas *fusiones impropias*, que tienen lugar cuando faltan algunos de los efectos propios de las fusiones en sentido estricto (caso, p. ej., de la venta de todas las acciones de una sociedad o de la transmisión en bloque del patrimonio de una sociedad a otra)<sup>9</sup>.

2º) En segundo lugar, cuando se constituye una *empresa común (o en participación) con plenas funciones* (artículo 3.4 del Reglamento 139/2004). Estamos ante esta modalidad de concentración en los casos en que una empresa es controlada en común por dos empresas (que son las empresas matrices) y además desempeña con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente. En rigor, dos son los requisitos que han de concurrir para que surja esta otra forma de concentración. Por un lado, ha de existir control común, que se apreciará cuando dos empresas controlen al 50% a una tercera empresa o cuando esas dos empresas, aun cuando no posean un control del 50%, lleguen a un acuerdo en virtud del cual se reserven un poder de codecisión en relación con todos los asuntos más relevantes de esa tercera empresa a la que nos hemos referido<sup>10</sup>. Por otro lado, la empresa ha de actuar en el mercado como una entidad económica independiente, lo que implica que tiene que tener acceso al mercado y desempeñar en él con

<sup>9</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 26 de julio de 2000, asunto COMP/M.1806 - *AstraZeneca/Novartis*, en DOUE L 110, 16.4.2004, considerandos 1 y 5 a 7 (fusión por constitución de nueva sociedad); Decisión de la Comisión Europea, de 29 de septiembre de 1999, asunto IV/M.1383 - *Exxon/Mobil*, en DOUE L 103, 7.4.2004, considerandos 4 y 5 (fusión por absorción); Decisión de la Comisión Europea, de 10 de febrero de 2003, asunto COMP/M.3071 - *Carnival Corporation/P & O Princess (II)*, en DOUE C 42, 21.2.2003, considerados 4 y 5 (fusión impropia).

<sup>10</sup> Vid. Decisión de la Comisión, de 14 de diciembre de 1993, asunto IV/M.308 - *Kali+Salz/MDK/Treuhand*, en DOUE L 186, 21.7.94, considerandos 7 y 8.

carácter duradero una actividad económica independiente de la que desarrollan las empresas matrices<sup>11</sup>.

3º) Por último, cabe hablar también de concentración cuando hay *adquisición de control* de una empresa sobre otra, esto es, cuando una empresa independiente adquiere directa o indirectamente el control sobre la totalidad o parte de otras empresas mediante la toma de participaciones en el capital, la compra de elementos del activo, un contrato o cualquier otro medio<sup>12</sup>. A estos efectos se entiende por control «la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa». Como corrobora la práctica en materia de concentraciones, el control sobre una empresa no sólo se logra cuando se adquiere la mayoría del capital y de los derechos de voto de una sociedad. Es también posible llegar a ese resultado mediante la adquisición de una parte minoritaria del capital, en los casos en que, al estar el resto del capital muy repartido, esa participación minoritaria comporta también el control; o bien cuando se adquiere una parte minoritaria del capital pero se trata de capital privilegiado que confiere una mayoría de los derechos de voto (caso de adquisición de una parte minoritaria de capital con voto plural)<sup>13</sup>.

Aunque el Reglamento 4064/89 utiliza un criterio tanto económico como jurídico a la hora de definir la operación de concentración, el factor de mayor relevancia lo constituye la noción de control o, si se prefiere, el *cambio duradero del control*. Actualmente, la Comisión Europea expone los parámetros a aplicar

---

<sup>11</sup> Para un estudio de las empresas en participación y sus riesgos competitivos *vid.*, en nuestra doctrina, MAILLO GONZALEZ-ORUS, J., *Empresas en participación (joint ventures) y Derecho comunitario de la competencia*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 161 y ss.

<sup>12</sup> *Vid.* Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 23 de febrero de 2006, asunto *Cementbouw Handel & Industrie BV contra Comisión*, en Rec., p. II-00319, considerandos 41 y ss.

<sup>13</sup> En nuestra doctrina ha prestado amplia atención a la noción de operación de concentración de empresas relevante para la normas *antitrust* de la UE: BELLO MARTIN-CRESPO, M.P., *Concentración de empresas...*, *op. cit.*

sobre la noción de concentración a efectos de esta normativa en la *Comunicación sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia*<sup>14</sup>. Por consiguiente, esta Comunicación se presenta ante el intérprete y aplicador de las normas de control de concentraciones europeas como un texto clave a fin de dilucidar qué operaciones son susceptibles de control por cumplir el criterio cualitativo al que acabamos de referirnos, relativo a la constatación de la existencia de una operación de concentración de empresas. En todo caso, quede aquí constancia de que la noción de operación de concentración de empresas es uno de los extremos de la normativa de control que menores cambios ha experimentado desde que fue introducida en el ordenamiento comunitario por el Reglamento 4064/89. En general, cabría afirmar que este asunto ha permanecido casi inmodificado desde 1989 (Reglamento 4064/89) hasta nuestros días, pues la reforma de 2004 (Reglamento 139/2004) incidió en otras materias distintas; sobre todo, en el criterio sustantivo de evaluación, en los términos que expondremos más adelante.

Aclarado lo anterior, interesa poner de manifiesto que el Libro Blanco *Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE* (en adelante, Libro Blanco)<sup>15</sup> publicado por la Comisión Europea en 2014, pretende ampliar el círculo de operaciones objeto de control y revisión por parte de la Comisión, dando cabida a las *participaciones minoritarias que no confieren el*

---

<sup>14</sup> Vid. Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento 139/2004 sobre el control de concentraciones, en DOUE C 95, 16.4.2008, pp. 1 a 48. Sobre ella, entre otros: BELLO MARTIN-CRESPO, M.P., «Nueva comunicación en materia de concentraciones. *Consolidated jurisdictional notice*», en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, tomo 27, 2006-2007, pp. 513 y ss.; y LÜBKING, J., «Commission adopts Jurisdictional Notice under the Merger Regulation», en *Competition policy newsletter*, núm. 3, 2007, pp. 1 y ss.

<sup>15</sup> Bruselas, 9.7.2014., COM(2014) 449 final.

*control*<sup>16</sup>. El fundamento de esta propuesta reside en que estas operaciones pueden ser potencialmente problemáticas para la competencia<sup>17</sup>. Según el Libro Blanco, esto ocurre principalmente en los casos en que crean «un vínculo significativo desde el punto de vista de la competencia», lo que tiene lugar cuando «a primera vista, se da una relación de competencia entre las actividades del comprador [empresa adquirente] y las del objetivo [empresa adquirida], bien porque actúan en los mismos mercados o sectores o porque actúan en mercados relacionados verticalmente»<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Como señala la doctrina, la existencia de un vacío normativo en esta materia y, por consiguiente, el deseo de ampliar el sistema de control para alcanzar a estas operaciones se puso de manifiesto en el caso *Aer Lingus* en el que el Tribunal General de Justicia sostuvo que la Comisión no podía aplicar normas previstas para operaciones de concentración a una participación minoritaria, pues la participación minoritaria que no confiere control no puede asimilarse a una operación de concentración, incluso cuando se inserte en una operación más amplia que hubiese sido declarada incompatible con el mercado único europeo: *vid.* NAVARRO VARONA, E., «La tercera de GJ», en *La Ley*, núm. 28. Nueva Época, julio-agosto de 2012, pp. 7 a 9.

<sup>17</sup> Sobre los problemas que para la competencia pueden derivarse de estas operaciones *vid.* ARMENGOL I GASULL, O./PASCUAL MORCILLO, A., «Participaciones minoritarias y Derecho de la competencia», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2004, pp. 229 a 258; OCDE, *Minority shareholdings*, DAF/COMP (2008) 30, disponible en: <http://www.oecd.org/competition/mergers/41774055.pdf>; GONZALEZ-DIAZ, F.E., «Minority shareholdings and creeping acquisitions: the european union approach», en *Fordham Competition Law Institute: International Antitrust Law & Policy*, 2012, pp. 423 a 498; BARDON FERNANDEZ-PACHECO, M., «Las participaciones minoritarias en empresas competidoras», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2013, pp. 301 a 320; BAÑO FOS, J., «The debate over minority shareholdings revisited: the need for a better harmonization with corporate law», en AA.VV. (coord. ORTIZ BANCO, L. y otros), *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, volumen XI, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 313 a 334.

<sup>18</sup> *Vid.* las consideraciones sobre de las denominadas «teorías del perjuicio» realizadas por la Comisión en el epígrafe 3.1.1. (pp. 11 a 13) del Libro Blanco. Según el documento de trabajo de los Servicios de la Comisión *Resumen de la Evaluación de Impacto que acompaña al Libro Blanco* (Bruselas, 9.7.2014; SWD –2014– 218 final), las teorías del perjuicio asociadas a las adquisiciones de participaciones minoritarias son, en líneas generales, semejantes a las relacionadas con las adquisiciones de control, y básicamente vienen a poner de manifiesto que la adquisición de una participación minoritaria puede “- dar lugar a efectos unilaterales horizontales debido al incremento de la capacidad de las partes y al incentivo para aumentar los precios o limitar la producción (véase, por ejemplo, el asunto *Siemens/VA Tech*); - permitir al comprador obtener una ventaja competitiva en el mercado incrementando los costes de su rival; - permitir al comprador utilizar su posición para limitar las estrategias competitivas de que dispone la empresa objetivo, debilitándola como fuerza competitiva (véanse, por ejemplo, *Ryanair/Aer Lingus* y *Toshiba/Westinghouse*); - mejorar la capacidad y el

Con el fin de ofrecer seguridad jurídica a los interesados, el Libro Blanco entiende que únicamente entran en la definición de «vínculo significativo desde el punto de vista de la competencia» aquellas operaciones que cumplen de forma acumulativa los dos requisitos siguientes: a) Primero: Existencia de una relación desde el punto de vista de la competencia entre el adquirente (o comprador) y el objetivo de compra, lo que implica que la participación minoritaria ha de adquirirse sobre un competidor o sobre una empresa vinculada verticalmente con el adquirente (o comprador). b) Segundo: La participación adquirida ha de ser del 20% o entre el 5% y el 20%, siempre que en este segundo caso se acompañe de otros factores adicionales tales como derechos que dan al comprador una minoría de bloqueo de facto, un puesto en el Consejo de Administración o acceso a información comercialmente sensible del objetivo<sup>19</sup>.

Para el procedimiento de control de estas operaciones de adquisición de participaciones minoritarias, se proponen en el Libro Blanco tres opciones distintas: 1ª) La primera consiste en un sistema de notificación previa, que ampliaría el actual sistema de control *ex ante* de las concentraciones a las adquisiciones de participaciones minoritarias que no confieren el control en determinadas situaciones. 2ª) La segunda estriba en un sistema de transparencia, que exigiría que la partes implicadas presentasen una nota informativa a fin de que la Comisión tuviera conocimiento de las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan el control. Esta nota informativa permitiría a la Comisión decidir si

---

incentivo de los operadores del mercado para que se coordinen a fin de lograr beneficios supracompetitivos (debido a una mayor transparencia y la amenaza de represalias); - llevar al bloqueo, especialmente al bloqueo de insumos, dado que el comprador solo internaliza una parte, y no la totalidad, de la pérdida de beneficios de la empresa objetivo (véase, por ejemplo, *IPIC/MAN Ferrostaal*)” (vid. epígrafe 2.1 del mencionado documento, p. 3).

<sup>19</sup> Vid. epígrafe 3.2.2. (pp. 15 y 16) del Libro Blanco.



procede investigar más acerca de la operación, y a los Estados miembros les facultaría, en su caso, para solicitar una remisión. 3ª) La tercera y última opción consiste en un sistema de autoevaluación, que no requeriría que las partes notificasen las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan el control con anterioridad a su culminación. No obstante, la Comisión puede iniciar una investigación en relación con adquisiciones de participaciones minoritarias potencialmente problemáticas sobre la base de denuncias o de su propia información acerca de los mercados<sup>20</sup>.

La Comisión considera que un sistema de notificación previa crearía una pesada carga para las empresas, al abarcar también las operaciones que no suscitan problemas de competencia. De ahí que se decante finalmente en el Libro Blanco por un *sistema de transparencia selectivo*. Este sistema consistiría básicamente en pedir a las partes implicadas que autoevaluaran si la operación crea o no un «vínculo significativo desde el punto de vista de la competencia» y, en caso afirmativo, que presentasen una nota informativa. Tras la presentación de esta nota, la Comisión tendría que decidir si investiga o no la operación y los Estados miembros si presentan o no una solicitud de remisión<sup>21</sup>.

### **2.2 El criterio cuantitativo: la noción de dimensión comunitaria de la operación de concentración y el principio de ventanilla única**

El *criterio cuantitativo* exige que la operación de concentración en el sentido apuntado posea, además, *dimensión comunitaria* (artículo 1). Sólo si la operación de concentración supera unos determinados umbrales en volumen de negocios se

---

<sup>20</sup> Vid. epígrafe 3.2.1. (p. 14) del Libro Blanco.

<sup>21</sup> Vid. epígrafe 3.2.2. (pp. 15 y 16) del Libro Blanco.

puede afirmar que posee dimensión comunitaria y se somete al sistema de control establecido por el Reglamento de control. Esto significa que el control *antitrust* diseñado por el legislador comunitario no se dirige a cualquier operación de concentración, sino sólo a aquellas concentraciones de trascendencia comunitaria. Las que no alcancen dimensión comunitaria podrán, no obstante, ser controladas por los Estados miembros de la Unión Europea en los casos en que cumplan los requisitos necesarios para la aplicación de alguna legislación nacional<sup>22</sup>.

Aquí no podemos entrar en detalles en torno a las exigencias cuantitativas instauradas por el Reglamento 4064/89 para hablar de concentración con dimensión comunitaria. No obstante, conviene señalar que inicialmente se requirió, por un lado, que todas las empresas afectadas por la concentración realizasen a nivel mundial un volumen de negocios superior a 5.000 millones de euros; y, por otro, que al menos dos de las empresas realizasen individualmente en el territorio de la Unión Europea un volumen de negocios de 250 millones de euros, a menos que cada una de las empresas afectadas realizara más de las 2/3 partes de su volumen de negocios en un mismo Estado miembro.

---

<sup>22</sup> En el caso de España, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) analiza una operación de concentración siempre que supere los umbrales fijados en el artículo 7 Ley 15/2007 y carezca de dimensión comunitaria. Al respecto *vid.*, entre otros muchos, FOLGUERA CRESPO, J./VIDAL MARTINEZ, P., «De las concentraciones económicas», en AA.VV. (dirs. MASSAGUER FUENTES, J. y otros), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 345 y ss.; ALLENDESALAZAR CORCHO, R., «Pistoletazo de salida a la creación de la CNMC», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 34, 2013, pp. 5 a 9; MONTERO PASCUAL, J.J., *La Comisión Nacional de los Mercados y la competencia: entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la competencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 57 y ss.; DIEZ ESTELLA, F., «La fusión entre Antena 3 y La Sexta. Comentario de urgencia y análisis... ¿antitrust?», en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 12, 2013, pp. 195 a 210.

En 1997 se modificó sustancialmente esta materia a fin de abarcar un número mayor de concentraciones<sup>23</sup>. En concreto, la reforma persiguió controlar las denominadas concentraciones transfronterizas, que son aquellas que no superan los umbrales anteriores, pero que afectan a distintos Estados miembros y cuyo volumen de negocios a nivel mundial sobrepasa los 2.500 millones de euros. Para ello se introdujo una nueva fórmula que constituye un complicado y penoso ejercicio de aritmética y que ha tenido escasa aplicación práctica<sup>24</sup>. Dicha fórmula ha permanecido inmodificada tras la amplia reforma del sistema europeo de control de concentraciones acometida en 2004 (Reglamento 139/2004).

A fin de calcular si la operación tiene o no dimensión comunitaria, la expresión «empresas afectadas por la operación» comprenderá todas aquellas empresas que forman parte del mismo grupo que las empresas participantes en la operación. El caso *Telefónica/Sogecable* permite ilustrar esta idea a modo de ejemplo: la operación consistía en la creación de una empresa común denominada Cablevisión que no se notificó a la Unión Europea por cuanto que las empresas afectadas entendieron que poseía una dimensión estrictamente nacional. El Gobierno español autorizó la operación. Pero la Comisión Europea entendió que la operación tenía dimensión comunitaria. Basó su decisión en que el perímetro

---

<sup>23</sup> Un estudio de las reformas introducidas por el Reglamento 1310/97 (DOUE L 180, de 9.7.1997) *vid.* en MEROLA, M., «El nuevo control comunitario de las concentraciones de empresas: el Reglamento núm.1310/97 que modifica el Reglamento 4064/89», en *Derecho de los Negocios*, núm. 90, 1998, pp. 1 a 20; TRAMOYERES GALVAN, P., «Nueva regulación de la normativa sobre control de concentraciones económicas», en *Derecho de la Competencia europeo y español: curso de iniciación*, volumen 3, 1999, pp. 491 a 504.

<sup>24</sup> *Vid.* Decisión de la Comisión, de 27 de junio de 2007, asunto COMP/4439 - *Ryanair/Aer Lingus*, en DOUE C 47, 20.2.2008, considerandos 11 y 12. En la doctrina *vid.* sobre ella: WEITBRECHT, A., «Ryanair and More – EU merger Control in 2007», en *European Competition Law Review*, volumen 29, núm. 6, 2008, pp. 341 a 348; YGLASIAS I JULIA, I./GARCÍA AGUADO, E., «Reseña de la Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2007, M. 4439, *Ryan Air/Aer Lingus*», en *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, núm. 4, 2009, pp. 346 a 349; GADAS, R./KOCH, O./PARPLIES, K./BEUVE-MERY, «Ryanair/Aer Lingus: Even “low cost” monopolies can harm consumers», en *Competition Policy Newsletter*, núm. 3, 2007, pp. 65 a 72.

de la operación había de comprender una serie de empresas que formaban parte del grupo de la empresa *Sogecable*. El Comité consultivo declaró en su Dictamen que la operación en cuestión debía ser declarada incompatible con el mercado común. Tres días después del conocimiento de este Dictamen las empresas anunciaron su compromiso de cancelar la operación<sup>25</sup>.

Al atribuir el Reglamento 4064/89 a la Comisión Europea la competencia exclusiva para juzgar las operaciones de concentración dotadas de dimensión comunitaria e imponer a los Estados miembros la obligación de abstenerse de utilizar su legislación nacional ante estas operaciones, el legislador comunitario consagró el que ha dado en llamarse y reconocerse como *principio de ventanilla única (one stop shop)*. Con él se trató de garantizar que todas las concentraciones con impacto transfronterizo quedaran sometidas a una única autoridad *antitrust* y fuesen evaluadas a la luz de una misma normativa de control de concentraciones. Ciertamente es, no obstante, que el Reglamento 4064/89 contempló algunas excepciones en esta materia con fundamento en el principio de subsidiariedad, permitiendo que una operación de concentración fuese remitida a la autoridad *antitrust* más apropiada para decidir acerca de su compatibilidad o incompatibilidad con el mercado<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Vid. Decisión de la Comisión, de 19 de julio de 1996, sobre la incoación del procedimiento del asunto IV/M.709 – *Telefónica/Sogecable/Cablevisión*, en DOUE C 288, 7.8.1996, pp. 5 y ss.

<sup>26</sup> Vid., *ad ex.*, MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas...*, *op. cit.*, pp. 447 y ss.; BERENQUER O'SHEA, P./PEREZ LAMAS, V., *El control comunitario de concentraciones de empresas y la invocación de intereses nacionales. Crítica del artículo 21.3 del Reglamento 4064/89*, Instituto de Estudios Europeos-Universidad San Pablo-CEU, Madrid, 2003, pp. 5 ss.; DOMINGUEZ PEREZ, M.D./BURNLEY, R., «The Article 9 Referral Back Procedure: A Solution to the Jurisdictional Dilemma of the European Merger Control», en *European Competition Law Review*, pp. 364 a 374; BRIGHT, C./PERSSON, C., «Article 22 of the EC Merger Regulation: An Opportunity Not to be Missed?», en *European Competition Law Review*, pp. 490 a 497.

La primera de estas excepciones se dio en conocer como *cláusula alemana*. En el proceso de negociación del Reglamento 4064/89 los Estados miembros que contaban con una normativa nacional de control de concentraciones, liderados por Alemania, se mostraron reacios a ceder su soberanía frente a concentraciones que incidían sustancialmente en sus territorios. Eso es lo que explica que el Reglamento 4064/89 optara finalmente por una solución de consenso en su artículo 9, facultando a la Comisión a remitir una operación de concentración de dimensión comunitaria – tras su notificación– a uno o varios Estados miembros<sup>27</sup>.

A la segunda excepción se le denominó *cláusula holandesa*. Al igual que la cláusula alemana, esta otra cláusula también fue resultado de un compromiso político. Los Estados miembros que carecían de un régimen de control de concentraciones, encabezados por Holanda, mostraron su preocupación por las concentraciones que, pese a no alcanzar dimensión comunitaria, suscitaran graves efectos anticompetitivos en sus territorios. De ahí que el legislador comunitario terminara por prever en el artículo 22 del Reglamento 4064/89 la facultad de los Estados miembros de remitir a la Comisión un asunto sin dimensión comunitaria.

Por último, el Reglamento 4064/89 fijó también la llamada cláusula de los *intereses legítimos* formulada por el artículo 21.3 (actualmente, 21.4), que autoriza a los Estados miembros a adoptar ciertas medidas complementarias sobre operaciones de dimensión comunitaria, a fin de proteger sus intereses legítimos dentro de sus territorios. Ahora bien, para que esta cláusula resultara aplicable se requirió desde un primer momento que se tratara de intereses distintos de los protegidos por la normativa de control de concentraciones (es decir, velar y proteger el

---

<sup>27</sup> Vid. Decisión de la Comisión, de 17 de agosto de 1999, asunto IV/M.1555 - *Heineken/Cruzcampo*, considerandos 34 a 36 (la Comisión reenvió el asunto a la autoridad de competencia española); Decisión de la Comisión Europea, de 14 de agosto de 2002, asunto COMP/M.2845 - *Sogecable/Canlsatélite Digital/Vía digital*.

funcionamiento de una competencia efectiva) y, además, que fueran compatibles con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario. En principio, el legislador comunitario estableció tres categorías de intereses legítimos: la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales (las normativas de supervisión de entidades financieras, mercado de valores y entidades de seguro). No obstante, se permitía a los Estados miembros recurrir a cualquier otro interés público, siempre que fuese comunicado y reconocido por la Comisión previamente a la adopción de cualquier medida sobre la operación de concentración dotada de dimensión comunitaria. Asimismo, esta cláusula comprendía los derechos de los Estados miembros de no revelar información y adoptar las medidas necesarias para proteger la seguridad nacional, así como las relativas a la producción o el comercio de armas, municiones y material de guerra<sup>28</sup>.

Esta materia fue modificada por el Reglamento 139/2004, que pretendió acometer la mejora del sistema de asignación de asuntos entre la Comisión y las autoridades nacionales de competencia (en lo sucesivo, ANC)<sup>29</sup>. Aunque el Reglamento

---

<sup>28</sup> Este precepto sólo ha sido aplicado en ocho asuntos. En este sentido, *vid.* las estadísticas elaboradas por la Comisión en: [http:// ec. europa. eu/ competition/ mergers/statistics.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf). A modo de ejemplo: Decisión de la Comisión Europea, de 29 de marzo de 1995, Reconocimiento de un interés legítimo de acuerdo con el Reglamento de concentraciones, en DOUE C 94, 14.4.1995, p. 2 y Decisión de la Comisión Europea, de 21 de diciembre de 1995, asunto IV/M.567 - *Lyonnaise des eaux/Northumbrian Water*, en DOUE C 11, 16.1.1996, p. 3 (ésta fue la primera solicitud de un reconocimiento de interés legítimo sobre el suministro de agua en Reino Unido); Decisión de la Comisión Europea, de 14 de marzo de 1994, asunto IV/M.423 - *Newspaper Publishing*, en DOUE C 85, 22.3.1994, p. 6 (Reino Unido invocó la pluralidad de los medios de comunicación); Decisión de la Comisión Europea, de 15 de mayo de 1996, asunto IV/M.724 - *GEC/Thomson-CSF (II)*, en DOUE C 186, de 26.6.96 (aplicación del artículo 346.1 b) TUE).

<sup>29</sup> Estas reformas son el resultado del debate y las propuestas que contenía el Libro Verde. En particular, se destacó que los umbrales alternativos fijados en el artículo 1.3 tras la reforma de 1997 no habían solucionado el problema de la pluralidad de notificaciones lo que mantenía el examen de las concentraciones de interés comunitario en varios Estados miembros. A su vez, se afirmaba que aún era posible mejorar el

139/2004 mantuvo los arts. 9 (*cláusula alemana*) y 22 (*cláusula holandesa*) del Reglamento 4064/89, no obstante modificó sustancialmente algunos de sus extremos, especialmente sus plazos y procedimientos. A su vez, en los apartados 4º y 5º del artículo 4 instauró una nueva modalidad de remisión de asuntos previa a su notificación a la autoridad *antitrust* correspondiente<sup>30</sup>.

Estos preceptos conforman el sistema vigente de remisión de las concentraciones celebradas en el mercado único europeo. Este sistema es de gran importancia toda vez que persigue paliar o corregir las deficiencias resultantes de la aplicación mecánica de los umbrales de volumen de negocios fijados en el artículo 1. Con él trata de reasignarse la jurisdicción a la autoridad mejor situada para valorar una operación de concentración (principio de subsidiariedad), evitando procedimientos paralelos y decisiones contradictorias. Actualmente, la Comisión Europea expone los principios y los criterios de éste sistema en la *Comunicación sobre la remisión de asuntos de concentraciones* de 2005<sup>31</sup>.

---

sistema de transferencia de asuntos de concentraciones entre la Comisión Europea y las ANC. *Vid.* Libro Verde, apartados 66 y ss.

<sup>30</sup> En concreto, en el Considerando 25 del Reglamento se señala lo siguiente: «Las empresas afectadas deben tener la posibilidad de solicitar la remisión a la Comisión o de ésta a los Estados miembros, antes de que se produzca la notificación de una concentración, con objeto de aumentar la eficiencia del régimen de control de concentraciones en la Comunidad».

<sup>31</sup> *Vid.* DOUE C 56, 5.3.2005, pp. 2 a 23. En la doctrina *vid.* al respecto, entre otros, PEREZ NAVARRO, S./ GONZALEZ PARAMO, C., «El reenvío de expedientes de concentración económica», en AA.VV. (dir. BENEYTO PEREZ, J.M.), *Control de concentraciones empresariales. Reforma de las normativas comunitaria y española. Análisis sectorial*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 35 a 58; SANCHEZ GRAELLS, A., «El sistema de remisión de asuntos entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia en el nuevo Reglamento (CE) 139/2004 sobre control de concentraciones», en AA.VV. (coord. ORTIZ BANCO, L. y otros), *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, volumen VI, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 371 a 399; PRADO GONZALEZ, L.M./ROSALES ROSADO, C., «Reflexiones sobre el uso reciente por la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia del sistema de remisión de operaciones de concentración establecido en el art. 22 del Reglamento 139/2004», en AA.VV. (coord. ORTIZ BANCO, L. y otros), *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, volumen XI, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 335 a 354.

En el Informe de 2009 sobre el funcionamiento del Reglamento 139/2004 (en adelante, Informe de 2009), la Comisión puso de manifiesto que varias concentraciones transfronterizas (que debían notificarse en tres o más Estados miembros) generaron efectos anticompetitivos considerables que, sin embargo, no fueron cubiertos por la normativa comunitaria de control de concentraciones<sup>32</sup>. En este sentido, la Comisión destacó que si bien los mecanismos de remisión de una concentración mejoraron considerablemente la flexibilidad jurisdiccional del control de concentraciones en la Unión Europea, aún seguían existiendo problemas en cuanto a sus plazos, así como cierta complejidad en sus procedimientos. De ahí que la Comisión terminara reconociendo la existencia de un cierto margen para la revisión del sistema de transferencia de asuntos entre ella y las ANC.

El Libro Blanco de 2014 al que anteriormente nos hemos referido ofrece ciertas propuestas de enmienda en esta materia a fin de facilitar las remisiones de asuntos y garantizar una adecuada división de tareas. En rigor, la Comisión estima que es posible reforzar el sistema de remisión previo a la notificación de la operación de concentración (apartados 4º y 5º del artículo 4), así como la remisión de un Estado miembro a la Comisión con posterioridad a la notificación (artículo 22 o *cláusula holandesa*)<sup>33</sup>.

El artículo 4.4 del Reglamento 139/2004 prevé que las empresas participantes pueden solicitar previamente a su notificación que una operación de concentración con dimensión

---

<sup>32</sup> Según la Comisión, un 6% de las concentraciones notificadas en al menos tres Estados miembros suscitaron problemas de competencia. Por ende, tales operaciones debían ser evaluadas a nivel comunitario en razón del principio de subsidiariedad. *Vid.* Informe sobre el funcionamiento del Reglamento 139/2004, COM(2009) 281, apartados 11 a 21.

<sup>33</sup> *Vid.* Libro Blanco, apartados 59 y ss.; COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Impact assessment*, SWD(2014) 217, apartados 106 y ss.



comunitaria sea remitida total o parcialmente a uno o varios Estados miembros. Para ello es necesario que concurren dos requisitos: 1º) que existan indicios de que la operación puede afectar significativamente a la competencia en uno o varios mercados y 2º) que el mercado o mercados afectados se encuentren dentro de un Estado miembro y presenten todas las características de un mercado definido. Si las partes aprecian que la concentración reúne estas condiciones, pueden informar a la Comisión mediante un escrito motivado (*formulario EM*) a fin de que la operación sea examinada por el Estado miembro afectado<sup>34</sup>. Pues bien, en el Libro Blanco la Comisión recomienda eliminar el primero de los requisitos aludidos, con vistas a que las partes ya no estén obligadas a probar que la operación afecta de manera significativa a la competencia en un mercado. Bastaría, por tanto, con demostrar que la transacción incide en un mercado definido dentro de un Estado<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> El procedimiento y los plazos de remisión en virtud del artículo 4.4. del Reglamento 139/2004 es el siguiente: Cuando la Comisión recibe el formulario EM, lo remitirá sin demora a todos los Estados miembros. El Estado al que haga mención el formulario ha de pronunciarse sobre su conformidad o no con la remisión del asunto en un plazo de 15 días laborales desde su recepción. En el supuesto que éste no responda, se entiende que está conforme con la solicitud de remisión. En todo caso, salvo que el Estado afectado se oponga, la Comisión decide finalmente si remite o no el asunto en un plazo de 25 días laborales desde su recepción inicial. Si la Comisión no resuelve en dicho plazo, se considera que consiente la remisión de la operación de dimensión comunitaria al Estado afectado. De remitirse el asunto de manera total o parcial y ya sea mediante decisión expresa o por el mecanismo del silencio administrativo, las partes no deben notificar la operación de concentración al Estado miembro, sino que éste ha de valorar la operación en atención al *formulario EM* y a la legislación nacional vigente. En el supuesto de una remisión parcial, las partes han de notificar la parte remitida a la Comisión a través del *formulario CO*. Además, es necesario destacar que el libro Blanco no propone una reforma del procedimiento y plazos del mecanismo de remisión de una concentración de dimensión comunitaria previa a su notificación a la Comisión. *Vid.* Comunicación sobre la remisión de asuntos de concentraciones, apartado 49 y anexo de la misma sobre el apartado 4 del artículo 4. Por otra parte, es importante apuntar que el *formulario EM* y el *formulario CO* han sido modificados por la Comisión en 2013: *vid.* Reglamento de Ejecución 1269/2013 de la Comisión de 5 de diciembre de 2013 por el que se modifica el Reglamento 802/2004, DOUE L 336, 14.12.2013, anexo III.

<sup>35</sup> Esta segunda condición supone que las partes han de acreditar que el mercado o mercados geográficos en los que se celebra la operación de concentración son de dimensión nacional o infranacional. Para ello es indispensable apreciar las

Por otra parte, el apartado 5º del artículo 4 permite que las partes de una operación sin dimensión comunitaria soliciten previamente a su notificación a la autoridad nacional competente que la concentración sea evaluada por la Comisión. Los requisitos que han de cumplirse para la incoación de este mecanismo son dos: 1º) que la transacción sea una concentración conforme a lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento 139/2004 y 2º) que la transacción deba ser notificada en al menos tres Estados miembros. Cuando las partes comprueban que la operación reúne dichos requisitos, pueden informar a la Comisión por medio de un escrito motivado (*formulario EM*) a fin de que la operación sea evaluada por ella. Una vez que la Comisión recibe dicho escrito, ha de transmitirlo sin demora a todos los Estados miembros. En el caso que ningún Estado miembro competente se oponga a tal remisión en el plazo de 15 días laborables, se considera que la operación de concentración tiene dimensión comunitaria y, por tanto, las partes han de notificarla a la Comisión a través del *formulario CO*<sup>36</sup>.

El Libro Blanco apunta que este procedimiento en dos fases puede ser la causa por la que las partes no suelen solicitar la remisión en asuntos susceptibles de ser remitidos a la Comisión<sup>37</sup>.

---

características del producto, la demanda y la oferta, los hábitos de consumo, las barreras de entrada, entre otros factores: *vid.* Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición de mercado de referencia de la normativa comunitaria en materia de competencia, en DOUE C 372, 9.12.1997, considerados 44 a 52.

<sup>36</sup> *Vid.* Comunicación sobre la remisión de asuntos de concentraciones, apartados. 24 a 32.

<sup>37</sup> *Vid.* Decisión de la Comisión Europea, asunto COMP/M.5828 - *Procter & Gamble/Sara Lee Air Care*, en DOUE C 259, 25.9.2010, considerandos 13 a 23. La operación en cuestión estaba por debajo de los umbrales del artículo 1 del Reglamento 139/2004 por lo que debía notificarse en 10 Estados miembros: Bulgaria, Italia, Austria, Polonia, Portugal, República Eslovaca, España, Hungría, Chipre y Alemania. No obstante, las partes no utilizaron el mecanismo de remisión del artículo 4.5. Optaron por notificar la operación a *Bundeskartellamt* alemán y a otras ANC. Sin embargo, Alemania invocó la *cláusula holandesa* (artículo 22) a la que se adhirieron Reino Unido, Bélgica, Portugal, España, Eslovaquia, Hungría y Polonia. Sin embargo, la Comisión tras analizar los criterios del artículo 22 sólo aceptó las solicitudes de Alemania, Bélgica,

De ahí que proponga suprimir la presentación del escrito motivado y posibilitar a las partes que notifiquen la transacción directamente a la Comisión. A menos que un Estado miembro competente no consienta la remisión en el plazo de 15 días laborables, la Comisión será competente para evaluar la concentración. A juicio de la Comisión, la introducción de esta enmienda en el sistema comunitario de control de concentraciones tendría el efecto de facilitar el mecanismo de remisión del artículo 4.5, incentivando su uso por las partes<sup>38</sup>.

Finalmente, el Libro Blanco propone la reforma del artículo 22, donde se formula la que ha sido bautizada como la *cláusula holandesa*. Como apuntamos más arriba, dicho precepto fue concebido para las concentraciones sin dimensión comunitaria celebradas en Estados miembros carentes de una normativa nacional de control de concentraciones. En la actualidad se trata de un mecanismo idóneo para hacer frente a las concentraciones con efectos transfronterizos, ya que permite a cualquier Estado miembro (sea o no competente para evaluar una operación de concentración) solicitar su remisión a la Comisión con posterioridad a su notificación. Para activar este mecanismo es necesario la comprobación de dos condiciones: 1º) que la concentración afecte al comercio entre los Estados miembros y 2º) que amenace con afectar significativamente a la competencia en el territorio del Estado o Estados miembros solicitantes<sup>39</sup>. Cuando la Comisión

---

España, Portugal y Reino Unido. También, *vid.* Comunicado de prensa de la Comisión Europea, de 31 de marzo de 2010, IP/10/395 - *Mergers: Commission accepts referral of proposed acquisition of Sara Lee's air care unit by Procter & Gamble*, disponible en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-10-395\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-395_en.htm); COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Impact assessment*, apartado 115.

<sup>38</sup> *Vid.* epígrafe 4.2.1. (p. 19) del Libro Blanco.

<sup>39</sup> *Vid.* Decisión de la Comisión Europea, de 18 de octubre de 2013, asunto COMP/M.7054 - *Cemex/Holcim Assets*, considerando 13 ss. (la Comisión aceptó la solicitud de remisión por la autoridad de competencia española –actualmente, la CNMC- y así procedió al análisis de la concentración por la que la empresa CEMEX adquiriría el control exclusivo de los activos controlados por Holcim en España en aplicación del Reglamento 139/2004. Sin embargo, la República Checa no se adhirió a

acepta la remisión, puede examinar los efectos competitivos de la concentración sólo en los territorios de los Estados miembros que así lo soliciten. El resto de Estados miembros que no se hayan unido a dicha petición conservan su competencia y resuelven el asunto a la luz de su normativa nacional en materia de competencia.

El Libro Blanco propone que los únicos Estados miembros facultados para invocar esta modalidad de remisión sean los competentes para investigar la operación de concentración. Además, recomienda ampliar la jurisdicción de la Comisión en los supuestos en que se admita el reenvío a fin de que el Ejecutivo comunitario pueda juzgar los efectos competitivos de la concentración sobre todo el espacio económico europeo, a menos que uno o más Estados competentes se opongan a la remisión. Junto a lo anterior, el Libro Blanco sugiere que una vez que las ANC sean notificadas (de forma obligatoria o voluntaria) acerca de una concentración transfronteriza, estarían obligadas a remitir *notas informativas* a todos los Estados miembros tan pronto como les fuese posible<sup>40</sup>. Si los Estados señalan en dichas notas la posibilidad de solicitar la remisión a la Comisión, se suspenderían todos los plazos nacionales en los Estados miembros que estén valorando la operación en cuestión<sup>41</sup>.

---

la solicitud realizada por España y, en consecuencia, examinó por separado los efectos de la operación en su territorio); Decisión de la Comisión Europea, de 27 de octubre de 2005, asunto COMP/M.3986 – *Gas Natural/Endesa* (la Comisión rechazó la solicitud de remisión de Portugal e Italia para analizar los efectos de la concentración entre *Gas Natural* y *Endesa* en sus territorios.

<sup>40</sup> Es importante destacar que no todos los Estados miembros fijan una obligación de notificación en su normativa nacional como es el caso de Reino Unido: *vid.* PEREZ NAVARRO, S./GONZALEZ PARAMO, C., «El reenvío de expedientes...», *op. cit.*, p. 53.

<sup>41</sup> *Vid.* epígrafe 4.2.2. (pp. 19 y 20) del Libro Blanco. También: COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Impact assessment*, apartados 112 a 115.

### 3. Propósito, plan y relevancia de la investigación: el análisis del sistema de evaluación *antitrust* de las concentraciones de empresas en la Unión Europea

#### 3.1 Propósito y plan de la investigación

Si la operación de concentración de empresas cumple los criterios cualitativo y cuantitativo a los que acabamos de hacer referencia –es decir, puede categorizarse como *operación de concentración de empresas* según la noción que ofrece el Reglamento 139/2004 y, además, reúne las exigencias necesarias para que pueda considerarse que posee *dimensión comunitaria* según ese mismo Reglamento–, se somete a evaluación por parte de la Comisión, quien tendrá que valorar si se trata de una operación compatible o incompatible con el mercado común de conformidad con el *criterio sustantivo de evaluación* contenido actualmente en el artículo 2 del Reglamento 139/2004.

Como se infiere de su título (“*La evaluación antitrust de las concentraciones de empresas en la Unión Europea*”), el presente trabajo de investigación se incardina dentro del sector del Derecho *antitrust* que, según la doctrina, puede designarse como *normativa de control de las estructuras del mercado* (frente al otro sector formado por la normativa de *control de los comportamientos anticoncurrenciales*<sup>42</sup>), y tiene el propósito principal de analizar con

---

<sup>42</sup> La actividad de los empresarios en el mercado ha de respetar un conjunto de reglas que conforman el marco normativo del tráfico económico. Entre ellas destacan las integrantes del llamado Derecho de la competencia, en su doble vertiente de Derecho de la competencia desleal y Derecho de defensa de la competencia. El presente trabajo se enmarca dentro de la segunda de las vertientes aludidas: el Derecho de defensa de la competencia; también denominado –más económicamente– *antitrust*. En líneas generales, a través de las normas integrantes de este sector del Ordenamiento concurrencial se persigue velar por la no conculcación del derecho constitucional a la libertad de empresa, que encuentra en la libertad de competencia su contenido esencial. Con tal propósito, la legislación *antitrust* establece dos tipos de controles: 1º) un *control de las conductas o comportamientos anticompetitivos*, orientado a la represión y sanción de las conductas empresariales contrarias a la libre competencia; y 2º) un *control de las estructuras del mercado*, dirigido a evitar la celebración de concentraciones entre empresas que puedan

cierto rigor y profundidad el sistema de evaluación *antitrust* de las concentraciones de empresas instaurado en la Unión Europea en 1989 (Reglamento 4064/89) y ampliamente modificado en 2004 (Reglamento 139/2004)<sup>43</sup>. Sobre todo, persigue ofrecer un estudio

---

resultar potencialmente peligrosas para el mantenimiento de una competencia efectiva. El *control de los comportamientos anticompetitivos* se sustenta fundamentalmente en la prohibición de las prácticas colusorias y abusivas de posiciones de dominio. Su infracción acarrea la imposición de sanciones tanto administrativas (sustancialmente multas) como civiles (al hacerse a los autores de tales prácticas responsables de los daños y perjuicios causados). Básicamente, con estas normas se persigue controlar ciertas conductas restrictivas de la competencia, tanto si en ellas sólo interviene un único sujeto –el abuso de la posición de dominio individual- como si son protagonizadas por varios operadores económicos independientes -acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas, prácticas concertadas o abusos de posiciones dominantes conjuntas. Mientras que el *control de las estructuras del mercado* se lleva a cabo a través de las normas controladoras de las operaciones de concentración entre empresas o concentraciones económicas. Tal como apuntamos, en el caso de las operaciones de concentración de dimensión comunitaria resulta aplicable el Reglamento 139/2004; en cambio, en las concentraciones con una incidencia meramente nacional se analizan en virtud de la Ley 15/2007 de Defensa de la competencia y su Reglamento de desarrollo. Por otra parte, cabe destacar que el Derecho de la competencia desleal y Derecho de defensa de la competencia, aun estando regulados en normas distintas, están conectados funcional u operativamente según la doctrina mayoritaria española. Se trata de la que ha dado en llamarse teoría de los puentes, con la que se pretende poner fin a las malas relaciones, incomprensiones y desencuentros mutuos que históricamente han tenido lugar entre las dos disciplinas del Derecho de la competencia. Merced a esta coordinación funcional de disciplinas, se reconoce a ambas una recíproca función auxiliar o complementaria, en el sentido de que cada una de ellas suple las carencias de la otra con el fin último de proteger el orden concurrencial del mercado; lo que se articula a través de una peculiar forma de interpretar dos singulares preceptos concurrenciales (uno *antitrust* y otro desleal) que lleva a concebirlas como normas de cierre del sistema del Derecho de la competencia a las que éste encomienda la relevante función de actuar como puentes o canales de comunicación entre las dos Leyes concurrenciales con vistas a su entendimiento y complementariedad en aras del común objetivo de protección institucional de la competencia: el artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (B.O.E. núm. 159, de 4 de julio) y el artículo 15.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (B.O.E. núm. 10, de 11 de enero) (ampliamente sobre estos preceptos, *vid.* FONT GALAN J.I./MIRANDA SERRANO L.M., *Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos*, Marcial Pons, Madrid, 2005; y más recientemente, en relación con el mencionado artículo 15.2, *vid.* el trabajo del último de los autores citados «Las subastas con precio de reserva ante el Derecho de la competencia. Reflexiones al hilo de una jurisprudencia reciente», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 277, julio-septiembre de 2010, pp. 993 y ss.

<sup>43</sup> Cierto es que este régimen de control de concentraciones también se reformó en 1997 (*vid.* Reglamento del Consejo 1310/97, de 30 de junio de 1998, en DOCE L 180 de 9 de julio de 1997); ahora bien, dicha fecha no se menciona, ni la reforma que en ella se produjo se analiza en el presente trabajo, por cuanto que las modificaciones acometidas en 1997 no alcanzaron el tema objeto aquí de estudio. En este sentido, consultar: MEROTA, M., «El nuevo control comunitario de las concentraciones de

completo y sistemático de los distintos criterios con los que las autoridades comunitarias de la competencia enjuician la licitud (compatibilidad) o ilicitud (incompatibilidad) de las concentraciones empresariales con el mercado único europeo.

Para la consecución de este propósito, el trabajo se ha dividido en varios Capítulos. Especial interés reviste el Capítulo Primero intitulado «*El criterio sustantivo de evaluación: del test de dominio al test de la obstaculización significativa de la competencia*», en donde se analiza el cambio del criterio sustantivo de evaluación acometido por el legislador comunitario en 2004 a través de la aprobación del Reglamento 139/2004; sobre todo insistiendo muy especialmente en su alcance práctico. Como tendremos oportunidad de constatar –y como de hecho se infiere del propio título con el que hemos bautizado este Capítulo Primero–, dicho cambio consistió sustancialmente en la sustitución del denominado *criterio o test de dominio* (Reglamento 4064/89) por el *criterio o test de la obstaculización significativa de la competencia efectiva* (Reglamento 139/2004).

Especial atención dedicaremos, por tanto, en este primer y relevante Capítulo al estudio de los que cabría denominar *elementos constitutivos de la incompatibilidad de las operaciones de concentración con el mercado único europeo*, así como a la aptitud del Reglamento 139/2004 para hacer frente tanto a los llamados efectos *unilaterales* como a los *coordinados*. Y es que, como tendremos ocasión de comprobar con el detenimiento que el asunto requiere, la actual normativa europea de control de concentraciones, al reemplazar el criterio de dominio por el de la obstaculización significativa de la competencia efectiva, es apta para cubrir todos los efectos negativos susceptibles de dimanar de las operaciones

---

empresas: el Reglamento núm. 1310/97 que modifica el Reglamento 4064/89», en *Derecho de los Negocios*, marzo de 1998, pp.1 y ss.; BRIONES, J./FOLGUERA, J./FONT, A./NAVARRO, E., *El control de concentraciones en la Unión Europea...*, op. cit.

de concentración de empresas: a) los *unilaterales*, que hacen referencia tanto al incremento del poder de mercado sin posición de dominio alguna, como a los casos de creación o reforzamiento de una posición de dominio individual, y b) los *coordinados*, que abarcan los supuestos de formación o consolidación de posiciones de dominio colectivas o conjuntas.

En el Capítulo Segundo prestamos atención en un primer momento a una tarea esencial en todo análisis *antitrust*, que ha de llevarse a cabo con carácter previo a cualquier enjuiciamiento dirigido a dilucidar si una conducta u operación ha de ser o no prohibida por su impacto sobre el orden concurrencial. Nos referimos a la *delimitación del mercado relevante*. Bien es cierto que el estudio que realizamos de este asunto es meramente aproximativo, pues un análisis en profundidad exigiría dedicarle una atención muy superior, lo que aquí no procede, ya que no es éste el objetivo principal de la investigación. En realidad, la atención que prestamos al mercado relevante en este Capítulo Segundo se limita a cumplir una función meramente instrumental y se explica principalmente por su íntima conexión con varios criterios guías de mercado carácter estructural que el Reglamento 139/2004 pone en manos de la autoridad de control (la Comisión Europea) a fin de que pueda servirse de ellos en su tarea evaluadora de las operaciones de concentración de empresas: el criterio de las *barreras de entrada*, por un lado, y el criterio del *poder de la demanda*, por otro. El análisis de ambos criterios guías constituye, por tanto, el núcleo principal de este Segundo Capítulo, que no en vano hemos intitulado «*Criterios guías de mercado carácter estructural: las barreras de entrada y el poder de la demanda*».

Ahora bien, el cambio del criterio sustantivo al que acabamos de aludir no sólo permite tener en cuenta a la autoridad *antitrust* los eventuales efectos negativos que la operación de concentración



produce sobre la competencia, sino también determinados *factores compensatorios*, así denominados por su utilidad para contrarrestar dichos efectos. Entre ellos especial importancia revisten (junto a las barreras de entrada y al poder de la demanda analizados en el Capítulo Segundo en el sentido que acabamos de indicar), la *excepción de la eficiencia económica* y la *excepción de la empresa en crisis*. Al análisis de ambos criterios, de especial alcance y significado –tanto práctico como dogmático–, se destinan dos nuevos Capítulos: el Tercero, intitulado «*El criterio de la eficiencia económica (efficiency defence): contribuciones a la eficiencia económica de relevancia antitrust en el control de concentraciones*», y el Cuarto, al que hemos bautizado como «*La excepción de la Empresa en crisis (failing firm defence): evaluación de las concentraciones de recuperación o saneamiento económico*».

El estudio de las materias abordadas en estos dos Capítulos nos permitirá concluir –al margen de otras conclusiones más específicas y sectoriales– que el que podríamos denominar *ilícito estructural por concentraciones*<sup>44</sup> (ex Reglamento 139/2004) participa de la misma naturaleza que los ilícitos de conducta colusorio (artículo 101 TFUE) y abusivo de posición de dominio (artículo 102 TFUE), al tratarse de un *ilícito eminentemente político* que, como tal, permite la negociación con la autoridad de control, lo que se traduce en la posibilidad de admitir un cierto perjuicio sobre la competencia dimanante de una operación de concentración

---

<sup>44</sup> La doctrina mercantilista no suele hablar de este ilícito estructural por concentraciones o ilícito concentrativo (con la excepción del Profesor MIRANDA SERRANO que sí viene aludiendo a él desde la publicación de su monografía *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*, aquí repetidamente citada). Sin embargo, creemos que existen razones de peso para afirmar la existencia de este ilícito estructural (ex Reglamento 139/2004) que, junto con los ilícitos de conducta colusoria y de abuso de posición de dominio (artículos 101 y 102 TFUE) constituyen la totalidad de los ilícitos *antitrust*. En lo que atañe a las razones que pueden invocarse en apoyo de la existencia de un ilícito estructural por concentraciones nos remitimos a las atentas consideraciones que sobre este asunto realiza FONT GALAN, J.I./MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust...*, *op. cit.*, p. 35, nota 30.

cuando con ello se consiguen resultados positivos para la eficiencia económica<sup>45</sup>.

Junto a lo anterior, no debemos perder de vista que el sistema de control de concentraciones cuenta con ciertas reglas valorativas de las *restricciones accesorias* insertas en operaciones de concentración (por ejemplo, pactos de no competencia incluidos en contratos de compraventa de empresas). Al análisis de estas reglas se destina el último de los Capítulos del trabajo, esto es, el Quinto, intitulado «*La evaluación de las restricciones accesorias (ancillary restraints) insertas en operaciones de concentración*».

En la misma dirección en que se ha manifestado en esta materia el Profesor Miranda Serrano<sup>46</sup>, el análisis llevado a cabo en este Capítulo Quinto nos lleva a concluir que detrás de la doctrina de las restricciones accesorias está la idea de la unidad del sistema jurídico: el carácter unitario del ordenamiento exige no considerar ilícitos por el Derecho *antitrust* los acuerdos o pactos que son inmanentes al Derecho contractual, en cuanto que imprescindibles para que determinados contratos produzcan los efectos que le son propios. Ambos sectores, pese a sus diversas funciones político-jurídicas y normativas, no deben entrar en contradicciones. De ahí que esta doctrina legal se nos presente como un punto de confluencia entre el Derecho de la competencia y el Derecho patrimonial privado; o, si se prefiere, como una clara manifestación de la idea de unidad del sistema jurídico, tan necesaria para evitar los conflictos entre normas pertenecientes a un mismo ordenamiento. Y es que, en efecto, para que determinados negocios o actos jurídicos puedan desplegar sus efectos y cumplir

---

<sup>45</sup> Sobre el ilícito *antitrust* como ilícito político *vid.* FONT GALAN, J.I./MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust...*, *op. cit.*, pp. 53 y ss.

<sup>46</sup> *Vid.* MIRANDA SERRANO, L.M., «En el derecho *antitrust* también lo accesorio sigue la suerte de lo principal: a propósito de la recepción por el Tribunal Supremo de la doctrina de las restricciones accesorias», en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 13, pp. 15 y ss.

sus fines, se hace necesario restringir, dentro lógicamente de ciertos límites, la libertad de acción en el mercado de todos, algunos o alguno de los sujetos que en ellos participan. Se trata de negocios o actos jurídicos considerados lícitos por el Derecho patrimonial y cuya celebración produce el efecto de estimular y reforzar la eficiencia empresarial y la institución misma de la competencia.

El ejemplo paradigmático en esta materia lo constituyen los contratos de cesión *inter vivos* de empresa (venta y arrendamiento de empresa). Permitir la celebración de estos negocios es una medida beneficiosa para la eficiencia empresarial y, a la larga, para el funcionamiento competitivo del mercado, por cuanto que estimula a los empresarios titulares de las empresas a ser más eficientes, animándoles a hacer de sus empresas organizaciones económicas productivas y eficientes. Y es que sólo de este modo podrán venderlas o arrendarlas a cambio de un buen precio o de una buena renta cuando lo consideren oportuno. Pero para que una empresa pueda ser efectivamente transmitida (vendida o arrendada), han de fijarse determinadas restricciones a la libertad de competir del transmitente (vendedor o arrendador). En particular, el *tradens* deberá obligarse a no realizar durante un cierto tiempo una actividad empresarial que pudiera ser competitiva con la desplegada por el *accipiens* a través de la empresa adquirida, pues si no fuera así y el *accipiens* lo hubiera sabido con anterioridad a la venta, ésta muy probablemente no habría llegado a celebrarse.

El trabajo concluye con la formulación de las *Conclusiones* más relevantes obtenidas de la investigación, así como con la relación de la *Bibliografía* utilizada, A ello, además, hemos añadido un *Anexo Documental*, con el ánimo de facilitar al lector la consulta de los textos legales o documentos jurídicos de mayor relevancia en este ámbito.

### 3.2. Interés y relevancia de la investigación

La importancia del tema objeto de estudio está fuera de duda. La evaluación de las operaciones de concentración de empresas se presenta como una cuestión esencial (de "piedra angular" cabría calificarla) para entender la "maquinaria" normativa del control de concentraciones y su encuadre sistemático dentro del Derecho *antitrust* globalmente considerado.

Además, se trata de un asunto de gran relevancia práctica, como lo corrobora el elevado número de operaciones de concentración que han sido evaluadas por las autoridades *antitrust* europeas desde la publicación del Reglamento 4064/89. No nos equivocamos al indicar que desde esa fecha hasta nuestros días el control de las operaciones de concentración de empresas se ha convertido en uno de los pilares esenciales de la política comunitaria de la competencia en el ámbito de la Unión Europea.

Efectivamente, desde entonces hasta la actualidad han sido examinados un número muy elevado de casos a la luz de esta normativa, lo que viene a probar que el área de control de concentraciones se ha convertido con el paso del tiempo en una de las más dinámicas de las que conforman las instituciones encargadas de velar por la defensa de la competencia en Europa<sup>47</sup>.

Por otra parte, aunque es cierto que sobre la normativa de control de las concentraciones de empresas existen contribuciones

---

<sup>47</sup> Ciertamente es que la Comisión ha considerado que la mayoría de operaciones por ella investigadas no planteaba problemas de competencia, por lo que las autorizó tras una investigación inicial. En rigor, sólo en un porcentaje algo menor al 5% de los casos se puso en marcha una investigación en profundidad, al existir dudas iniciales acerca de la compatibilidad o incompatibilidad de las operaciones con el mercado único europeo. En la mayoría de los supuestos estas dudas se disiparon mediante soluciones o medidas correctivas ofrecidas por las partes. Únicamente se han prohibido veinticuatro operaciones de concentración desde 1990 –año en el que entró en vigor el Reglamento 4064/89– y seis desde 2004 –tras la aprobación del nuevo Reglamento 139/2004–, lo que representa un porcentaje inferior al 1% de las cinco mil operaciones de concentración notificadas a la Comisión. Estos datos son suministrados por el Libro Blanco: *vid.* su epígrafe 2, p. 5.

doctrinales muy completas y meritorias –varias de ellas de carácter monográfico–, no menos cierto es que se trata de una materia que todavía sigue planteando importantes retos al jurista; especialmente, en el campo que va a ser objeto de análisis en este trabajo, relativo al sistema y los criterios de evaluación de las operaciones de concentración de empresas en el ámbito específico de la Unión Europea. En la medida de lo posible, esta investigación trata de afrontar de la mejor forma posible algunos de estos retos, con la finalidad de contribuir al avance del conocimiento en este ámbito.

Por otra parte, junto a lo anterior hemos de poner de relieve que la materia objeto de la investigación conecta directamente con el contexto de fuerte crisis económica que vivimos en la actualidad. Así ha de afirmarse por cuanto que en los Derechos europeo y español las concentraciones de empresas pueden funcionar como *instrumentos anticrisis*, dirigidas al logro de determinados objetivos de eficiencia socioeconómica que la competencia se muestra incapaz de conseguir por sí misma. Son las llamadas *concentraciones de recuperación o de saneamiento económico* o, si se prefiere, *de rescate*, definidas por la doctrina como aquellas que, sin llegar a eliminar la competencia, palián la incapacidad de ésta para el mantenimiento de actividades económicas necesarias para la cohesión económica y social.

En rigor, estaremos ante esta categoría de concentraciones cuando determinadas operaciones concentración se revelen como las vías menos traumáticas de todas las posibles para mantener una cierta dosis de competencia en el mercado y, al mismo tiempo, lograr la recuperación y conservación de las empresas objeto de adquisición. Será entonces factible que las empresas participantes en tales operaciones soliciten a la autoridad *antitrust* encargada de su control un trato de excepción consistente en compensar las posibles restricciones que introducen en el funcionamiento competi-

vo del mercado con los beneficiosos efectos económicos y sociales que de ellas se derivan.

Estas concentraciones anticrisis vienen a poner de manifiesto que el Derecho de defensa de la competencia debe estar al servicio tanto de la *eficiencia económica* como *social*, por más que en los últimos años las autoridades europeas de la competencia, muy influenciadas por las autoridades *antitrust* norteamericanas, pongan cada vez más el acento en los criterios de pura eficiencia económica, dejando en un plano muy secundario a los de naturaleza social, pese a su presencia en la Unión Europea desde su misma constitución en 1957, cuando se firmó en el Palacio del Campidoglio romano el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

## INTRODUCCIÓN

# **CAPÍTULO PRIMERO**

**EL CRITERIO SUSTANTIVO DE EVALUACIÓN: DEL  
«TEST DE DOMINIO» AL «TEST DE LA  
OBSTACULIZACIÓN SIGNIFICATIVA DE LA  
COMPETENCIA»**





## 1. Consideraciones generales

La necesidad de contar con un criterio sustantivo en la evaluación de las operaciones de concentración radica en que éstas no están prohibidas *per se*. Así ocurre por cuanto que el legislador considera –con buen criterio– que este tipo de transacciones empresariales no sólo ocasionan efectos nocivos para la competencia, sino que generan también beneficios para su normal funcionamiento, así como ventajas para los consumidores y usuarios y, en suma, para el bienestar general. Este dato permite diferenciar el control de las concentraciones de empresas del control de ciertos comportamientos anticompetitivos considerados *per se* nocivos para la competencia como, *ad ex.*, los cárteles de fijación de precios o de reparto de mercados y fuentes de abastecimiento<sup>48</sup>.

Con el sometimiento a un control *ex ante* (es decir, previamente a su ejecución) de las operaciones de concentración se pretende prevenir la formación de estructuras de mercado restrictivas de la competencia, mediante el análisis prospectivo de los efectos tanto negativos como positivos que dimanen de una operación de concentración en un determinado sector económico. Naturalmente, este control *ex ante* ha de apoyarse en un criterio sustantivo que permita a las autoridades comunitarias valorar la compatibilidad o incompatibilidad de estas operaciones con el mercado único europeo.

La relevancia de este criterio está fuera de toda duda, al constituir el pilar sobre el que se apoya la autoridad comunitaria de la competencia para juzgar la licitud o ilicitud *antitrust* de una operación de concentración. Además, la fijación de un criterio

---

<sup>48</sup> Vid. CALVIÑO SANTAMARIA, N., «El Reglamento 139/2004: novedades sustantivas en el sistema comunitario de control de concentraciones», en *Anuario de la competencia*, núm. 1, 2003, pp. 57 a 88.

sustantivo incide, desde un primer momento, en los factores y aspectos que la autoridad *antitrust* debe ponderar en el momento de dictar su decisión. Así, en razón del concreto estándar legal vigente en un determinado sistema de control de concentraciones, es factible que la autoridad de competencia esté facultada para valorar sólo cuestiones meramente competitivas o, por el contrario, pueda incorporar aspectos de otra naturaleza como los propios efectos positivos anudados a la operación de concentración empresarial e, incluso, objetivos de política industrial, regional y social<sup>49</sup>.

Inicialmente, el legislador comunitario fijó como criterio de evaluación en el Reglamento 4064/89 el que la doctrina dio en llamar «*test de dominio*». Según este criterio, la Comisión Europea analizaba la concurrencia o no en la operación de concentración de dos elementos: a) uno fáctico, que exigía la creación o el reforzamiento de una posición dominante; y b) otro de resultado, que requería la producción de una obstaculización significativa sobre la competencia efectiva. Como se expondrá más adelante, el análisis de las concentraciones realizado sobre la base de este criterio se centraba principalmente en la comprobación del elemento fáctico, es decir, de si la operación de concentración consolidaba o no una posición de dominio en el mercado relevante, que se erigía en el criterio-guía de todo el proceso de evaluación *antitrust*.

Sin embargo, con la entrada en vigor del Reglamento 139/2004 se produjo un cambio significativo en la evaluación de las operaciones de concentración merced a la adopción de un nuevo criterio sustantivo. Se trata del llamado «*test de la obstaculización significativa de la competencia efectiva*» que, a diferencia del anterior, comprende un único elemento de resultado. Según este

---

<sup>49</sup> En este sentido, *vid.* GONZALEZ-DIAZ, F.E./CARPI, J.M., «*La noción de concentración económica...*», *op. cit.*, pp. 679 y 680.

nuevo criterio, el camino a seguir por la autoridad comunitaria en la evaluación de las concentraciones estriba en determinar si la operación analizada es capaz o no de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado único europeo o en una parte sustancial del mismo, con independencia de que cree o no una nueva posición de dominio o suponga o no el reforzamiento de una posición dominante preexistente.

Para comprender en profundidad los cambios que se derivan del paso del criterio de dominio al nuevo criterio de la obstaculización significativa de la competencia efectiva, conviene analizar tres asuntos<sup>50</sup>: a) en un primer momento, hemos de centrar la atención en el antecedente del nuevo criterio introducido por el Reglamento 139/2004, esto es, en el test de dominio por el que optó inicialmente el legislador comunitario en el Reglamento 4064/89; b) en segundo lugar, debemos analizar el proceso de reforma o gestación del nuevo Reglamento 139/2004, sobre todo en lo que se refiere al cambio de criterio de evaluación que en él se consumó –lo que exigirá examinar el caso paradigmático *Airtours/First Choice* que cambió el horizonte a seguir en el proceso de reforma de la normativa comunitaria de control de concentraciones–; c) por último, hemos de referirnos al nuevo criterio material de la obstaculización significativa de la competencia efectiva acogido por el legislador de la Unión Europea en el Reglamento 139/2004.

## **2. El Reglamento 4064/89: el criterio de dominio**

Como hemos anunciado más arriba, a fin de determinar si las operaciones de concentración de empresas debían ser

---

<sup>50</sup> Vid. BERENQUER FUSTER, L., «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento comunitario de concentraciones», en *Anuario de la competencia*, núm.1, 2004, pp. 78 a 118.

consideradas compatibles o incompatibles con el mercado común, el legislador comunitario de finales de la década de los ochenta de la pasada centuria optó por el criterio o test de dominio en el artículo 2 del Reglamento 4064/89<sup>51</sup>. Dicha disposición se formuló tanto en una vertiente positiva o de compatibilidad como en una vertiente negativa o de incompatibilidad. En rigor, el artículo 2 del Reglamento 4064/89 en sus apartados 2 y 3 disponía lo siguiente:

*“Se declararán compatibles con el mercado común las operaciones de concentración que no supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al no crear ni reforzar posición dominante alguna en el mercado común o en una parte substancial del mismo” (2.2).*

*“Se declararán incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte substancial del mismo” (2.3).*

La lectura de este precepto permite constatar con relativa facilidad que para la declaración de incompatibilidad de las operaciones de concentración con el mercado común ex Reglamento 4064/89 era necesaria la concurrencia acumulativa de dos elementos: a) uno fáctico o de hecho, que exigía comprobar que la operación de concentración creaba o reforzaba una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo; y, b) otro relativo al resultado anticoncurrencial de la operación, que necesitaba acreditar que la concentración notificada

---

<sup>51</sup> Sobre esta norma existe una amplia bibliografía. Entre los estudios de carácter monográfico, *vid.*, entre otros, AROZAMENA M.J., *Las concentraciones de empresas...*, *op. cit.*; BELLO MARTIN-CRESPO, M.P., *Concentración de empresas...*, *op. cit.*; GOÑI URRIZA, *Problemas de aplicabilidad del Reglamento (CEE) sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas*, Comares, Granada, 1997; MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas...*, *op. cit.*, pp. 313 y ss.; BRIONES, J./FOLGUERA, J./FONT, A./NAVARRO, E., *El control de concentraciones...*, *op. cit.*, pp. 155 y ss.

a la autoridad *antitrust* ocasionaba un obstáculo significativo para la competencia efectiva<sup>52</sup>.

La Comisión Europea confirmó tempranamente lo que acabamos de indicar en su decisión de 2 de octubre de 1991, asunto *Aérospatiale-Alenia/De Havilland*, que fue la primera decisión de incompatibilidad de una operación de concentración con el mercado común<sup>53</sup>. En ella la Comisión sostuvo que una operación de concentración podía ser declarada compatible con el mercado comunitario aun en los casos en que creara una posición de dominio en el mercado afectado, siempre que ésta fuera temporal (esto es, no duradera) y, por consiguiente, permitiera la entrada de nuevos competidores que limitaran y contrarrestaran rápidamente la actuación de la empresa dominante<sup>54</sup>.

En esta misma dirección, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretó que el apartado 2 del artículo 2 del Reglamento 4064/89 exigía a la autoridad *antitrust* para poder prohibir una operación de concentración que verificara la existencia de un nexo de causalidad entre la operación de concentración y el menoscabo de la libre competencia; incluso en aquellos supuestos en los que

---

<sup>52</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas...*, op. cit., p. 316.

<sup>53</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 2 de octubre de 1991, asunto COMP IV/M.053 - *Aérospatiale-Alenia/De havilland*, en DOCE L 334, 5.12.1991, pp. 42 a 61. La operación notificada consistía en la adquisición conjunta por parte de *Aérospatiale* y *Alenia* de los activos de *De Havilland*. La operación empresarial afectaba el mercado de aviones de turbohélice para transporte regional en el que las adquirente ostentaban el primer lugar, mientras que la empresa objeto de adquisición ocupaba el segundo lugar. En la decisión, la Comisión concluye que la empresa resultante tendría una posición dominante que obstaculizaba significativamente la competencia en el mercado común.

<sup>54</sup> La Comisión Europea mantuvo esta línea interpretativa que le permitió autorizar operaciones de concentración pese a que las empresas afectadas ostentaran previo a la operación una posición de dominio. En el asunto *Coca-Cola/Amalgamated Beverages*, una de las partes, *Coca-Cola*, gozaba al momento de la notificación de la operación de una posición dominante que ningún competidor podía limitar. Por ello, la Comisión consideró que la operación no cambiaba la situación existente, puesto que *Coca-Cola* ya ejercía una influencia decisiva sobre la empresa objeto de adquisición. Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 22 de enero de 1997, asunto IV/M.794 - *Coca-Cola/Amalgamated Beverages* GB, en DOUE L 218, 9.8.1997, pp. 15 a 42.

la operación de concentración creaba o reforzaba una posición de dominio en el mercado afectado. De modo que, en opinión de este Tribunal, la Comisión Europea podía declarar lícita una operación de concentración cuando no fuera la causa de una posición dominante que afectara de manera significativa a la situación competitiva en el mercado relevante<sup>55</sup>.

## 2.1 El elemento fáctico: la creación o el reforzamiento de una posición dominante

El elemento fáctico era la primera y principal exigencia que debía cumplirse para que la autoridad de control declarara la incompatibilidad de una operación de concentración con el mercado único europeo. Dicho elemento reposaba sobre el concepto de posición de dominio. Ahora bien, dado que dichos términos no fueron definidos por el Reglamento 4064/89, tanto la doctrina como las autoridades comunitarias tuvieron que recurrir a los criterios jurisprudenciales utilizados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la interpretación del artículo 102 TFUE (antiguo artículo 82 del Tratado de la Unión Europea) que, como se sabe, prohíbe las conductas abusivas de las empresas que se encuentran en posición dominante<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Inicialmente, en la doctrina se discutía si el artículo 2.2 y 2.3 del Reglamento 4064/89 suponían la fijación de un único criterio sustantivo compuesto por dos elementos o, al contrario, si se trataba de dos test de compatibilidad. Tal como hemos apuntado, nosotros nos unimos a la primera de estas posturas. *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia, de 31 de marzo de 1998, asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 - *Francia y otros contra la Comisión*, en Rec. 1998, considerando 110; GONZALEZ-DIAZ, F.E./CARPI, J.M., «*La noción de concentración económica...*», *op. cit.*, p. 681.

<sup>56</sup> *Vid.* MIRANDA SERRANO, L.M., «La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas en el sistema comunitario europeo de control y concentraciones (STJCE Francia y otros c. Comisión de 31 de marzo 1998)», en *Derecho de los Negocios*, núm. 113, 2000, pp. 19 y 20; MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas...*, *op. cit.*, pp. 321 y ss.; BORREL ARQUE, J.R./COSTAS COMESAÑA, A., «La política europea de control de concentraciones en entredicho: el caso Airtours/First Choice», en *Anuario de la competencia*, núm. 1, 2002, pp. 204 y ss. Esta coincidencia entre el concepto de posición de dominio ex. Reglamento 4064/89 con el estipulado en el artículo 102 TFUE se puede apreciar en diferentes Decisiones de la Comisión

En concreto, la Comisión Europea, siguiendo muy de cerca la jurisprudencia comunitaria dictada en aplicación del artículo 102 TFUE, mantuvo que la posición dominante *ex* Reglamento 4064/89 consistía básicamente en «la capacidad para obstaculizar el desarrollo de una competencia efectiva que confiere a la empresa considerada la posibilidad de actuar con un grado apreciable de independencia respecto de los competidores, los clientes y los consumidores»<sup>57</sup>.

Naturalmente, para la elaboración de la noción de posición de dominio en el ámbito del control de las operaciones de concentración de empresas se tuvo muy en cuenta la diferencia que existe entre el análisis de la conducta anticompetitiva inherente al abuso de posición de dominio y el análisis estructural propio de las operaciones de concentración. En el primer caso, el discernimiento del abuso de la posición dominante exige realizar un examen *ex post* del comportamiento contrario a la competencia del operador económico. Ello requiere desplegar un procedimiento de carácter circular centrado en el estudio de un hecho acaecido en el pasado, requiriéndose comprobar la existencia o no de un vínculo de causalidad entre la situación de predominio y la actuación abusiva de una empresa en un mercado concreto. Por el contrario, para el análisis *ex ante* de los posibles efectos derivados de las operaciones de concentración es necesario partir de la posición de

---

acaecidas en el ámbito de control de concentraciones, *ad ex.*: Decisión de la Comisión Europea, de 12 de abril de 1991, asunto IVB/M.42 - *Alcatel/Telettra*, en DOUE L 122, 175.1991, pp. 48 y ss.; Decisión de la Comisión Europea, de 19 de julio de 1991, asunto IV/M.68 - *Tetra Pak/Alfa-Laval*, en DOUE L 290, 22.10.1991, pp. 35 y ss.; Decisión de la Comisión Europea, de 22 de julio de 1992, asunto IV/M.190 - *Nestlé/Perrier*, en DOUE L 356, 5.12.1992, pp. 1 y ss. En general, en ellas se afirma que la posición de dominio es el poder que ostenta una empresa en un determinado mercado que le permite actuar de forma independiente de sus competidores tanto reales como potenciales, de los clientes y consumidores.

<sup>57</sup> *Vid.* COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *XXI Informe sobre política de competencia*, Oficina de publicaciones de las Comunidades Europeas, Bruselas – Luxemburgo, 1992, p. 96.



las empresas partícipes en el momento de la concentración, para realizar posteriormente una prospección de los efectos que acaecerían en el mercado relevante en el caso de que llegara a materializarse dicha operación<sup>58</sup>.

Ahora bien, el concepto de posición de dominio relevante a los efectos de la normativa de control de las operaciones de concentración de empresas ha evolucionado notablemente a lo largo de los veinticinco años de existencia del sistema europeo de control de concentraciones. En un primer momento se interpretó que dichos términos sólo comprendían la *posición de dominio individual* [*infra*, 2.1.1]. Más tarde, sin embargo, se consideró que también abarcaban la *posición de dominio conjunta o colectiva* [*infra*, 2.1.2]. De ahí la necesidad de prestar atención a ambas figuras. Veamos:

### 2.1.1 La posición de dominio individual

Inicialmente, bajo la vigencia del Reglamento 4064/89 sólo se evaluaban las operaciones de concentración que creaban o reforzaban una *posición de dominio individual*. El concepto clásico de posición de dominio fue elaborado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Hoffmann-La Roche*<sup>59</sup>. En él dicho Tribunal señaló que la posición de dominio atañe a «*una situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse*

---

<sup>58</sup> Vid. JIMENEZ LAIGLESIA, J.; JIMENEZ LAIGLESIA, J.M., «La revisión del análisis comunitario europeo de concentraciones horizontales. Una primera aproximación al proyecto de comunicación (PC) de la Comisión Europea relativa a la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas», en *Anuario de la competencia*, núm. 1, 2001, p. 231.

<sup>59</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76 - *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, en Rec. 1979, considerando 38.

*con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, de los consumidores».*

El concepto de posición de dominio, al ser fruto de una construcción jurídica, se diferencia de la noción económica de monopolio<sup>60</sup>. La característica principal de la posición de dominio es que permite a la empresa que la disfruta actuar con cierta *independencia*, sin que sea indispensable que se convierta en el único operador del mercado. En cambio, en el monopolio la empresa que lo ostenta, pese a ser la única, no necesariamente goza de independencia en el mercado (*ad ex.*, cuando en el mercado es posible la entrada de nuevos competidores o si el monopolista ofrece un producto que es prescindible para los consumidores)<sup>61</sup>.

Por otra parte, a diferencia de lo que se produce en las estructuras monopolísticas, la presencia de una posición de dominio en un mercado determinado no elimina en él totalmente la competencia, pues existen más competidores que pueden ofrecer el producto o servicio afectado. Aún así, la posición de dominio faculta a la empresa dominante a influir considerablemente en los factores de la competencia como son los precios, las cantidades de

---

<sup>60</sup> El monopolio un modelo de mercado de competencia imperfecta en el que opera una sola empresa la cual controla la totalidad o una parte importante de la producción y venta de un bien en un sector económico. Así, la empresa monopolista es capaz de aumentar los precios y reducir la producción con lo que obtiene beneficios superiores a los normales (renta de monopolio). En estos mercados, los consumidores cuentan con una capacidad de elección reducida y al no existir una competencia se merma la eficiencia productiva por lo que se genera una pérdida neta del bienestar. *Vid.* JIMENEZ DE LAIGLESIA, J.M., «Derecho de la competencia...», *op. cit.*, pp. 141 y ss.; PASCUAL Y VICENTE, J., *Diccionario de derecho y economía de la competencia en España y Europa*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 273 y ss.; NAVARRO SUAY, M.C., *Las conductas conscientemente paralelas*, Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 30.

<sup>61</sup> PASCUAL Y VICENTE, J., «Prohibición del abuso de posición dominante», en AA.VV. (dir. BENEYTO PEREZ, J.M.), *Tratado de Derecho...*, *op. cit.*, 480 y ss.

producción, la calidad de los bienes y la innovación en la industria afectada<sup>62</sup>.

Al fijarse la posición de dominio como *requisito previo y necesario* para la declaración de incompatibilidad en el Reglamento 4064/89, la autoridad *antitrust* debía determinar con precisión si las empresas participantes en la operación de concentración lograban o consolidaban su situación de privilegio en el mercado de referencia. Esta tarea entrañaba enormes dificultades, toda vez que la normativa comunitaria no establecía una presunción *iuris tantum*, indicativa del grado de dominancia indispensable para el cumplimiento de dicho presupuesto. No obstante, el legislador comunitario fijó una presunción de compatibilidad de las operaciones de concentraciones que tuvieran una cuota de mercado inferior al 25% de un determinado sector económico<sup>63</sup>.

Lo anterior explica que la autoridad *antitrust* procediese normalmente al análisis de distintos factores y, especialmente, de los de naturaleza estructural como las cuotas de mercado de las empresas afectadas y de sus competidores, las características de la oferta (redes de distribución, fortaleza económica, patentes, economías de escala etc.), las variaciones en la demanda, la presencia de competencia potencial y las barreras de entrada<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76 - *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, considerando 39. También: NAVARRO SUAY, M.C., *Las conductas...*, *op. cit.*, pp. 29 y 30.

<sup>63</sup> La ley alemana de la competencia estipula distintas presunciones legales dominancia. Por una parte, señala que una empresa se encuentra en una posición de dominio individual cuando ostente más de un tercio de cuota de mercado. Por otra, varias empresas ocuparan una posición de dominio conjunta cuando ostenta más de la mitad de cuota del mercado. Vid. BRIONES, J./FOLGUERA, J./FONT, A./NAVARRO, E., *El control de concentraciones...*, *op. cit.*, pp. 160 y 161, nota 21.

<sup>64</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76 - *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, considerando 40 y ss.; BELLO MARTIN-CRESPO, M.P., «Seis años de defensa de la competencia en concentraciones de empresas realizadas en la CE», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 224, 1997, pp. 887 a 912; PASCUAL Y VICENTE, J., «Prohibición del abuso...», pp. 469 y ss.; JIMENEZ DE LAIGLESIA, J.M., «Derecho de la competencia...», *op. cit.*, p. 142;

Aunque la jurisprudencia comunitaria destacaba que los factores anteriores debían valorarse de forma conjunta, en la práctica se prestaba especial atención al examen de las cuotas de mercado, al permitir ponderar la posición que alcanzaban las partes y sus competidores tras la operación de concentración. En este sentido, los Tribunales de Justicia comunitarios reiteraron en distintas ocasiones que la presencia de cuotas de mercado extremadamente elevadas constituía en general prueba suficiente de una posición de dominio, salvo que el mercado presentara circunstancias excepcionales, como sucede en los supuestos de empresas en crisis o de ausencia de barreras de entrada. Y es que la empresa que posee una cuota de mercado muy alta puede ejercer durante cierto tiempo un poder económico que fuerza a otras empresas a realizar transacciones comerciales con ella, permitiéndole al mismo tiempo durante periodos relativamente largos tener una independencia de comportamiento, que es la característica principal de la posición de dominio. Usualmente se estima que las cuotas de mercado del 50% son indicativas de una posición dominante en el mercado de referencia. Sin embargo, ello no implica que cuotas inferiores puedan suscitar problemas de competencia, como ocurre en las estructuras donde la oferta se encuentra fragmentada<sup>65</sup>. De ahí que sea posible afirmar que la estimación de las cuotas de mercado constituye un primer acercamiento en la delimitación de una posición de dominio

---

BRIONES, J./FOLGUERA, J./FONT, A./NAVARRO, E., *El control de concentraciones...*, op. cit., pp. 160 y ss.

<sup>65</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76 - *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, considerando 40. También: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de julio de 1991, asunto C-62/86 - *Akzo c. Comisión*, en Rec. 1991, considerando 60; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 25 de marzo de 1999, asunto T-102/96 - *Gencor Ltd c. Comisión*, en Rec. 1999, considerando 205; COMISION EUROPEA, *XXI Informe...*, op. cit., pp. 96 y 97; *Idem*, *Glosario de términos utilizados en el ámbito de la política de competencia de la Unión Europea. Normas de Defensa de la competencia y control de las concentraciones*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2004, p. 20.

individual y, además, que por lo general cuanto mayor sea la cuota de mercado de una empresa, más probabilidades existen de que se verifique finalmente que dicha empresa se encuentra en posición dominante<sup>66</sup>.

Por su parte, las barreras de entrada constituyen otro factor decisivo en el análisis dirigido a verificar la existencia o no de una posición de dominio individual. Este factor hace referencia a las dificultades y obstáculos que las nuevas empresas o los competidores actuales deben enfrentar para operar –o expandirse– en un mercado determinado (*ad ex.*, las autorizaciones administrativas, los costes de transporte, las economías de escala, etc.). La trascendencia del estudio de las barreras de entrada estriba en que la constatación de su existencia permite a las empresas con altas cuotas de mercado consolidar su poderío económico, posibilitándoles implementar estrategias anticompetitivas. En el asunto *Tetra Pak/Alfa-Laval*<sup>67</sup>, la Comisión confirmó que la empresa *Tetra Pak* ostentaba una elevada cuota en el mercado comunitario de máquinas de envasado aséptico en cartón. Además, sostuvo que dicha empresa se encontraba en una posición de dominio ya que, merced a la presencia de barreras de entrada importantes, no existía una competencia real y potencial que estuviera en condiciones de limitar de forma significativa su actividad en el mercado. De modo que la constatación por la autoridad *antitrust* de barreras de entrada se presenta como un factor de relevancia que puede inclinar la balanza a favor de una

---

<sup>66</sup> Vid. PASCUAL Y VICENTE, J., «Prohibición del abuso...», *op. cit.*, pp. 470 y ss.

<sup>67</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 9 de julio de 1991, asunto IV/M068 - *Tetra Pak/Alfa-Laval* en DOUE L 290, 22.10.1991, pp. 35 a 43. Asimismo: Decisión de la Comisión Europea, de 30 de julio de 1997, asunto IV/M.877 - *Boing/McDonnell Douglas*, en DOUE L 336, 8.12.1997, pp. 16 a 47. En dicha decisión, la Comisión comprueba que tras la fusión se reforzaba una posición de dominio ya que la empresa alcanzaba una cuota del 70 por ciento del mercado de referencia.

posible declaración de incompatibilidad de una operación de concentración con el mercado único europeo<sup>68</sup>.

Tras lo expuesto es posible concluir que uno de los principales objetivos de la normativa de control de concentraciones de empresas estriba en prevenir que la empresa resultante de la operación de concentración logre una *posición de dominio individual* que le posibilite obstaculizar significativamente la competencia efectiva en el mercado de referencia. Veamos a continuación qué es y cómo se ha ido construyendo el concepto de *posición de dominio colectiva o conjunta* a los efectos del sistema de control de concentraciones en el ámbito de la Unión Europea.

### 2.1.2 La posición de dominio colectiva o conjunta

Con el transcurso del tiempo la autoridad *antitrust* y los Tribunales de Justicia comunitarios desarrollaron el concepto de posición de dominio colectiva o conjunta con el propósito de hacer frente a los problemas dimanantes de los *oligopolios colusorios*. En estas estructuras de mercado subsiste el riesgo de que las empresas oligopolísticas coordinen su comportamiento sin que medie acuerdo o contacto previo alguno entre ellas. Para comprender la importancia y evolución de dicho concepto en el ámbito del control de concentraciones es muy aconsejable, en primer lugar, aproximarnos al análisis que la teoría económica realiza de esta materia (*Infra* 2.1.2.1). En segundo lugar, estudiaremos el tratamiento y las limitaciones que a este asunto proporcionan los artículos 101 –prácticas colusorias– y 102 TFUE –abuso de posición de dominio– (*Infra* 2.1.2.2). Finalmente,

---

<sup>68</sup> No obstante, es importante advertir que la ausencia de barreras de entrada o expansión en un mercado puede funcionar como un factor de contrapeso de los efectos negativos que derivan de las operaciones de concentración en el mercado. Sobre esta función *Vid. infra* II.

centraremos la atención en el sistema de control de concentraciones, que no en vano se presenta como el sector del Derecho de la competencia más idóneo para prevenir el principal riesgo competitivo inherente a los oligopolios colusorios: la actuación paralela o colusión tácita (*Infra* 2.1.2.3).

### **2.1.2.1 Los riesgos competitivos del oligopolio desde la perspectiva económica**

#### **A) El principal problema del oligopolio: la colusión tácita**

En general, el oligopolio se caracteriza por ser la estructura de mercado donde opera un número reducido de empresas que acumulan un volumen de producción significativo que permite a cada una de ellas ejercer cierto poder de mercado<sup>69</sup>. Estas estructuras, al contar con un número limitado de empresas y, por consiguiente, con un alto índice de concentración en la oferta, propician una cierta *interdependencia* empresarial. Esto significa que los miembros de un oligopolio son conscientes de que los efectos de las decisiones que adopten en cuanto a precios, condiciones de comercialización y niveles de producción dependen de las respuestas o reacciones de sus rivales. De ahí que en estos mercados las empresas, al elaborar sus políticas de competencia,

---

<sup>69</sup> Tal como apunta la doctrina, para encontrarnos ante un oligopolio es necesario que en la estructura operen al menos dos empresas -duopolio-. Sin embargo, no existe un consenso en cuanto al número máximo de competidores que deben existir en un oligopolio. *Vid.* FERNANDEZ DE ARAOZ GOMEZ-ACEBO, A., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, pp. 10068 y ss.; JIMENEZ DE LAIGLESIA, J.M., «Derecho de la competencia...», *op. cit.*, p. 126; HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia comunitario», en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, tomo 23, 2002, pp. 113 a 145; NAVARRO SUAY, M.C., *Las conductas...*, *op. cit.*, p. 30, nota 8; PELLISE CAPELL, J., *Mercado Relevante, Posición de Dominio y otras Cuestiones que Plantean los Artículos 82 TCE y 6 LEDC*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 128 y ss.; VELASCO SAN PEDRO, L.A. (dir.), *Diccionario de derecho de la competencia*, Iustel, Madrid, 2006; PASCUAL Y VICENTE, J., *Diccionario de derecho...*, *op. cit.*, pp. 284 y ss.; COMISION EUROPEA, *Glosario de términos utilizados en el ámbito de la política de competencia...*, *op. cit.*, pp. 36 y ss.

tengan en cuenta las estrategias de sus competidores. Por ejemplo, cuando el competidor de un mercado en el que operan tres empresas con cuotas similares implementa una política de reducción de precios para aumentar su cuota de mercado, es posible que el resto de operadores igualen los precios con la intención de frustrar el comportamiento competitivo de la primera<sup>70</sup>. En el supuesto contrario, es decir, si una de las empresas sube los precios, es probable que los demás operadores no sigan dicha estrategia, pues ello se traduciría en una pérdida inmediata de la clientela.

De conformidad con la teoría económica, los mercados oligopolísticos son proclives a la *colusión*, es decir, a la adopción de comportamientos que conducen a precios superiores al nivel competitivo<sup>71</sup>. Al existir pocos operadores, resulta previsible que las

---

<sup>70</sup> Por ello se afirma que la principal característica y fuente de los principales problemas competitivos de los mercados oligopolísticos es la interdependencia entre las empresas que operan en dichas estructuras. De ahí que se asimile el funcionamiento de un mercado oligopolístico con una partida de ajedrez donde la decisión que adopte una empresa (jugador) dependerá de la elección (reacción) de su rival. *Vid.* HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, p. 116; NAVARRO SUAY, M.C., *Las conductas...*, *op. cit.*, pp. 31 y 32 (destaca que, en el estudio del oligopolio, la característica que más atención ha despertado es la interdependencia); VELASCO SAN PEDRO, L. A. (dir.), *Diccionario...*, *op. cit.*, pp. 508 y ss.; FERNANDEZ DE ARAOZ GOMEZ-ACEBO, A., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, p. 10059; JIMENEZ DE LAIGLESIA, J.M., «Derecho de la competencia...», *op. cit.*, pp. 124 y ss.

<sup>71</sup> En este sentido, es importante advertir que el concepto económico de colusión expresa y tácita difieren de su significado jurídico. En la teoría económica, el concepto se fundamenta en los efectos con independencia del medio o proceso por el que se obtenga. De esta forma, se dice que las empresas coluden cuando actúen paralelamente que conlleva a un precio superior al precio competitivo. Por ello, algunos autores sostienen que lo indispensable para el estudio del oligopolio es comprobar una situación que no corresponde al funcionamiento de una competencia efectiva y, por tanto, es en este aspecto donde las autoridades de competencia deben centrar su análisis. Mientras que en el ámbito jurídico y, más concretamente, en el Derecho de defensa de la competencia, definen la colusión en atención a los medios que se utilizan para lograrla. Así para que las empresas coluden medie un acuerdo o una práctica concertada. Así, a falta de un concierto de voluntades no es posible hablar de colusión. Tal como veremos, este será uno de los principales inconvenientes al aplicar el artículo 101 TFUE. Pese a esta diferencia, tanto la teoría económica como el Derecho convergen en reconocer que el problema intrínseco a todo oligopolio es la complejidad de su estudio; en concreto, su dificultad radica en determinar cuándo existe o no su estructura una competencia suficiente o efectiva. *Vid.* HERRERO SUAREZ, C., «El



empresas logren un consenso en las condiciones y términos de un acuerdo expreso contrario a la libre competencia (*colusión expresa*). No obstante, el principal peligro que muestran los mercados oligopolísticos consiste en que, en razón de algunas de sus características o condiciones, las empresas pueden actuar de forma paralela sin necesidad de recurrir a un acuerdo expreso<sup>72</sup>. De ahí la afirmación de que en los oligopolios existe un relevante peligro de *colusión tácita* entre las empresas integrantes del oligopolio. Según la doctrina, este peligro constituye el principal problema del oligopolio<sup>73</sup>.

Los efectos derivados de los *oligopolios colusorios* son perjudiciales para el funcionamiento de una competencia efectiva, dado su elevado grado de semejanza con los resultantes de los mercados monopolísticos. En los oligopolios las empresas actúan como una unidad y, en consecuencia, practican su poder de mercado de forma *conjunta o colectiva*. Dicha circunstancia les

---

problema del oligopolio...», *op. cit.*, p. 117, nota 15; NAVARRO SUAY, M.C., *Las conductas...*, *op. cit.*, pp. 32 y ss.; JIMENEZ DE LAIGLESIA, J.M., «Derecho de la competencia...», *op. cit.*, p. 126; FERNANDEZ DE ARAOZ GOMEZ-ACEBO, A., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, p. 10059.

<sup>72</sup> Las empresas oligopolísticas pueden coordinar su comportamiento en diversos aspectos. Entre ellos podemos señalar: los precios, la repartición de mercado, los niveles de producción, entre otros. *Vid.* HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, p. 116, nota 19.

<sup>73</sup> Lo anterior no excluye que en un mercado oligopolístico las empresas opten por actuar de manera independiente y, en suma, a competir. En efecto, desde un punto de vista económico, en un oligopolio es posible que las empresas desarrollen sus actividades de forma unilateral o individual, es decir, sin coludir tácita o expresamente. En principio, en los oligopolios no colusorios puede existir una competencia suficiente, pese a que la rivalidad entre los operadores no recaiga indispensablemente en los precios, sino en la diferenciación de sus productos, *ad ex.*, en la mejora de calidad o de las condiciones comerciales, en acciones promocionales, en publicidad, etc. Es importante destacar que estos aspectos se tienen en cuenta por la autoridad *antitrust*, siempre y cuando beneficien los intereses de los consumidores y usuarios. No obstante, en los oligopolios no colusorios subsiste el riesgo que se conviertan en colusorios sobre todo cuando el número limitado de competidores tienen un contacto explícito. *Vid.* HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, p. 116, nota 14; FERNANDEZ DE ARAOZ GOMEZ-ACEBO, A., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, pp. 10070 y 10102; VELASCO SAN PEDRO, L. A. (dir.), *Diccionario de derecho...*, *op. cit.*, p. 509.

permite manipular las condiciones de la competencia (como los precios o la producción) con la finalidad de maximizar sus beneficios en perjuicio de los intereses de los consumidores y usuarios de un determinado sector económico<sup>74</sup>.

## B) El modelo de la escuela estructuralista o de Harvard

Varios han sido los modelos económicos que han tratado de resolver el principal riesgo o peligro concurrencial del oligopolio, es decir, la tendencia de las empresas oligopolísticas a coordinar tácitamente sus comportamientos en el mercado. En los años cincuenta y sesenta de la pasada centuria, el modelo más influyente fue el defendido por la escuela *estructuralista o de Harvard*<sup>75</sup>. Dicha corriente sostenía que la coordinación anticompetitiva era inevitable o consustancial a las estructuras oligopolísticas. A tal efecto, se argumentaba que las empresas del oligopolio, al ser interdependientes entre sí, conocían que una estrategia de reducción de precios sería frustrada por los competidores mediante una equiparación de precios, lo cual perjudicaría la rentabilidad del sector económico en cuestión. En consecuencia, las empresas, conscientes de su interdependencia y de su interés común en maximizar sus beneficios, abandonarían su rivalidad. Se sostenía así como principal conclusión que las empresas del oligopolio están llamadas a implementar una política

---

<sup>74</sup> Los efectos que derivan tanto del oligopolio como del monopolio son similares, *ad ex*. precios supracompetitivos, ineficiencia en la producción y distribución, aumento de costes, entre otros. *Vid.* FERNANDEZ DE ARAOZ GOMEZ-ACEBO, A., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, p. 10060; JIMENEZ DE LAIGLESIA, J.M., «Derecho de la competencia...», *op. cit.*, p. 126; HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, p. 117, nota 15.

<sup>75</sup> Para un estudio de los modelos clásicos del oligopolio, consultar: FERNANDEZ DE ARAOZ GOMEZ-ACEBO, A., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, pp. 10063 y ss.

paralela de precios a fin de fijar una estructura de precios monopolística<sup>76</sup>.

### C) El modelo de George Stigler

En 1964 George Stigler, miembro de la escuela de Chicago, publicó su célebre trabajo sobre el oligopolio, cuyos principales postulados continúan siendo hoy una referencia importante para el análisis *antitrust* de este tipo de mercado. En su estudio puso en entredicho la tesis estructuralista, al defender que para la fijación de un comportamiento paralelo entre las empresas que operan en un oligopolio no basta la mera interdependencia. Según Stigler, la existencia de un comportamiento paralelo exige la concurrencia de diversas condiciones, toda vez que su ausencia permite que una o varias empresas tengan el incentivo de desviarse o «hacer trampas» a cualquier cooperación entre las empresas oligopolísticas. En este sentido, dicho autor apuntaba que las empresas oligopolísticas sólo pueden coordinar su comportamiento si el mercado reúne las condiciones siguientes: a) que las empresas cuenten con un *mecanismo de control* sobre el cumplimiento o no de los términos implícitos de la coordinación; b) que las empresas dispongan de un *mecanismo de castigo* ante los supuestos de incumplimiento para disuadir a los operadores de mantener la cooperación; y finalmente, c) que los miembros del oligopolio *eviten la entrada de nuevos competidores o consigan que éstos se adhieran* a los términos y condiciones de la coordinación en el mercado<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Vid. FERNANDEZ DE ARAOZ GOMEZ-ACEBO, A., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, p. 10065; BORREL ARQUE, J.R./COSTAS COMESAÑA, A., «La política europea de control de concentraciones en entredicho...», *op. cit.*, p. 206; HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, p. 117, nota 24.

<sup>77</sup> Vid. STIGLER, G., «A theory of oligopoly», en *Journal of Political Economy*, volumen 72, núm. 1, 1964, pp. 44 a 61; FERNANDEZ DE ARAOZ GOMEZ-ACEBO, A., «El

La comprobación de las anteriores condiciones requiere analizar distintos factores del mercado que pueden facilitar o, en su caso, complicar que los operadores establezcan una coordinación en un sector económico determinado. Entre estos factores cabe destacar los siguientes: a) la presencia *de un nivel de concentración elevado en la oferta*, es decir, la existencia de un número limitado de empresas, pues facilita que éstas consigan un equilibrio sobre los términos de la cooperación; b) *la existencia de barreras de entrada*, toda vez que este dato favorece la coordinación a largo plazo por cuanto que los competidores potenciales no pueden ingresar en el mercado y, por consiguiente, no pueden revitalizar la competencia como se produciría mediante una reducción de los precios; c) *la transparencia en el mercado*, que permite a las empresas conocer las variaciones en los precios y, a su vez, controlar el cumplimiento de los términos implícitamente acordados; d) *la demanda elástica*, que obstaculiza que los competidores aumenten los precios y reduzcan la producción, pues de llevarla a cabo los consumidores buscarían productos sustitutivos; e) el *poder de la demanda*, esto es, la presencia de compradores sofisticados y de grandes dimensiones, que dificulta mantener una conducta paralela, pues los grandes clientes pueden obtener otras fuentes de suministro ante un cambio de las transacciones comerciales que vulnere sus intereses; f) *las similitudes en las empresas del oligopolio (ad ex., la capacidad de producción, la estructura de costes y la forma de organización)*, que

---

problema del oligopolio...», *op. cit.*, pp. 10065 y ss.; BORREL ARQUE, J.R./COSTAS COMESAÑA, A., «La política europea de control de concentraciones en entredicho...», *op. cit.*, pp. 206 y ss.; JIMENEZ DE LAIGLESIA, J.M., «Derecho de la competencia...», *op. cit.*, p. 126, nota 5; HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, pp. 121 y ss.

ayuda al entendimiento entre ellas o a la comprobación de cualquier desvío en la coordinación<sup>78</sup>.

Según el examen al que acabamos de referirnos, es posible delimitar la presencia de ciertos factores que dificultan la coordinación en un mercado. De ahí que la teoría Stigleriana sostenga que si bien las empresas de un oligopolio tienen el incentivo de coordinar su comportamiento a fin de maximizar sus beneficios, también persiste una incertidumbre respecto al mantenimiento de la línea común, ya que los oligopolistas tienen por otra parte el incentivo de desvincularse de cualquier coordinación para aumentar su cuota de mercado.

#### **D) Otros modelos: la teoría de los juegos y la teoría de los comportamientos estratégicos**

En la actualidad existen otros modelos microeconómicos que abordan el problema del oligopolio. En general, se trata de modelos que complementan –con ciertas correcciones– la teoría Stigleriana, pero que al mismo tiempo mantienen sus principales postulados, esto es, la necesaria concurrencia de los tres requisitos a los que hemos hecho referencia.

El primero de estos modelos es la *teoría de los juegos* que, a diferencia del modelo de Stigler, permite un examen dinámico del comportamiento de las empresas del oligopolio. En el modelo de Stigler, los operadores se encuentran en un *juego simple*, puesto que sólo tienen dos opciones: competir o no competir. En la teoría

---

<sup>78</sup> Vid. FERNANDEZ DE ARAOZ GOMEZ-ACEBO, A., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, pp. 10070 y ss.; HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, pp. 122 y ss.; JIMENEZ DE LAIGLESIA, J.M., «Derecho de la competencia...», *op. cit.*, pp. 127 y ss.

de los juegos, sin embargo, los competidores se enfrentan en un *juego repetido*, lo que significa que compiten en múltiples ocasiones. Así pues, en un oligopolio las empresas deben elegir entre dos alternativas: a) en la primera, un operador que en principio coordinaba su comportamiento puede con el paso del tiempo desvincularse de esta opción y decidir competir; y b) en la segunda, las empresas que coordinan su comportamiento se inclinan por mantenerlo en el tiempo y, de este modo, poder disfrutar de rentas monopolísticas. Ante este escenario, el modelo de los juegos plantea que en un oligopolio las empresas optarán normalmente –a menos que no consideren sus ganancias a largo plazo– por la segunda opción, pues es la que más optimiza sus beneficios. Por consiguiente, de conformidad con la teoría de los juegos, siempre se alcanza un punto de equilibrio en el oligopolio, toda vez que las empresas asumen como opción razonable la no separación de la política común. En definitiva, cabe concluir que esta teoría permite un análisis dinámico del oligopolio, al entender que en estos mercados las empresas tienen en cuenta las posibles decisiones de sus competidores en razón de su interdependencia, optando por la estrategia que más les beneficia: fijación de precios supracompetitivos<sup>79</sup>.

El segundo de los modelos microeconómicos es *la teoría de los comportamientos estratégicos*. Este nuevo modelo explica que si bien los mercados oligopolísticos presentan elementos que complican la coordinación, las empresas pueden llevar a cabo ciertas conductas para facilitarla. Se elabora así el concepto de *prácticas facilitadoras* que alude a todas las conductas que ayudan a los oligopolistas a coordinar sus precios, su producción o realizar

---

<sup>79</sup> Vid. FERNANDEZ DE ARAOZ GOMEZ-ACEBO, A., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, pp. 10066 y ss.; HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, pp. 124 y ss.; NAVARRO SUAY, M.C., *Las conductas...*, *op. cit.*, 2005, pp. 34 y ss. Además, para un estudio más amplio de la teoría de los juegos: GIBBONS, R., *Un primer caso de teoría de los juegos*, Bosch, Barcelona, 1993.

cualquier otra conducta anticompetitiva. Entre éstas cabe destacar la existencia de participaciones recíprocas entre las empresas del oligopolio, las publicaciones anticipadas de precios, la inclusión de cláusulas del cliente más favorecido mediante la cual la empresa se obliga a extender los descuentos que ofrece a los clientes nuevos a los clientes iniciales, la fijación de puntos geográficos de referencia, auxiliando a las empresas a dar a conocer al resto de competidores la base para formular los precios según la localidad y las cláusulas de igualación de precios de la competencia. Dichas prácticas reducen los riesgos implícitos de la coordinación, es decir, disminuyen la incertidumbre sobre las estrategias futuras de los competidores y los motivos para desviarse de la coordinación. Se trata, por tanto, de prácticas empresariales que alteran las condiciones del mercado a fin de favorecer el surgimiento de conductas paralelas entre las empresas del oligopolio, sin que sea necesario llegar a acuerdos expresos. Por tanto, el principal problema que presentan estas prácticas estriba en propiciar la comisión de un ilícito *antitrust*. De ahí que no sean una práctica anticompetitiva en sí misma, sino la antesala para la realización de futuras conductas contrarias a la libre competencia<sup>80</sup>.

## E) Consideraciones finales

A la vista de lo hasta aquí expuesto, es posible concluir que el estudio del oligopolio colusorio se presenta como una tarea difícil y compleja. No obstante, la teoría económica se presenta como una herramienta esencial para su comprensión y ulterior

---

<sup>80</sup> Vid. FERNANDEZ DE ARAOZ GOMEZ-ACEBO, A., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, pp. 10076 y ss.; HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, p. 125; NAVARRO SUAY, M.C., *Las conductas...*, *op. cit.*, pp. 47 y ss. (esta última apunta que «este tipo de prácticas no son, en sí mismas consideradas, factores colusivos tácitos, pero sí son coadyuvantes para que la colusión tácita pueda llevarse a cabo»). También: PASCUAL PONS, C., «Las prácticas facilitadores de resultados anticompetitivos», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 5, 2008, pp. 17 a 28.

tratamiento jurídico. La idea central de las anteriores teorías y, especialmente, de la Stigleriana radica en que para el surgimiento de una colusión tácita en el oligopolio no basta la mera interdependencia o interacción estratégica entre las empresas que en él operan, sino que es indispensable la concurrencia de ciertos factores en la estructura del mercado. Además, los modelos matemáticos contemporáneos coinciden en poner de manifiesto que en el oligopolio persiste una fuerte tendencia a la alineación de las empresas. Incluso los competidores pueden acudir a prácticas empresariales que coadyuvan a su consecución. Asimismo, destacan que el oligopolio, al ser una estructura de mercado imperfecta, permite a las empresas obtener beneficios superiores a los de un nivel competitivo –por medio de la coordinación sin que medie un acuerdo– en perjuicio de los intereses de los consumidores y, en suma, del bienestar en general. Por tanto, ha de concluirse a favor de la conveniencia –o, mejor, necesidad– de que la autoridad *antitrust* y previamente a ella el legislador tengan en consideración todas estas aportaciones en momento de valorar la compatibilidad o incompatibilidad de las operaciones de concentración con el mercado único europeo.

### **2.1.2.2 Las limitaciones de las normas de control de conductas frente al problema del oligopolio**

El Derecho de defensa de la competencia no sólo realiza una función *preventiva* de la formación de estructuras de mercado proclives a la comisión de conductas anticompetitivas a través de la normativa de control de las operaciones de concentración de empresas. También puede ejercer una función *represiva* de los comportamientos que lesionan la libre competencia. Esta última función se lleva a cabo de dos formas: por un lado, mediante la sanción de las prácticas colusorias ex artículo 101 TFUE; por otro,



a través de la prohibición del abuso de la posición de dominio ex artículo 102 TFUE. Dichos preceptos integran el sector del Derecho *antitrust* enderezado al control de las conductas anticompetitivas. Ambas disposiciones permiten analizar los oligopolios colusorios y, en particular, el problema de la coordinación tácita desde una perspectiva de conducta empresarial. Veamos, pues, cuál es el posible tratamiento que recibe este fenómeno empresarial en aplicación, por una parte, del artículo 101 TFUE [infra, A)] y, por otra, del artículo 102 TFUE [infra, B)].

### **A) El artículo 101 TFUE: las prácticas colusorias**

Como se sabe, el artículo 101 TFUE prohíbe *a priori* las prácticas colusorias entre las empresas, es decir, declara que estas conductas no están permitidas, aun cuando es posible que sean exceptuadas de la prohibición sobre la base del apartado 3 de dicho precepto<sup>81</sup>. Desde una perspectiva jurídica, el concepto de colusión se fundamenta en los medios para su consecución. En particular, el legislador comunitario tipifica tres modalidades de comportamientos colusorios: los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas –también, entre empresas, pese al silencio en este último caso de la norma–. Además, para la activación de este mecanismo *antitrust* es necesario que dichas conductas sean susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembros y tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la libre competencia en el mercado único europeo<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> En este sentido, tras la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 se instaura un sistema de excepción automática, es decir, sin necesidad de una autorización previa y sin perjuicio de un posible análisis *a posteriori* de una práctica colusoria. *Vid.* Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, Relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, en DOUE L 1, 4.1.2003, pp. 1 y ss.

<sup>82</sup> *Vid.* VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas», en AA.VV. (coord. VELASCO SAN PEDRO, L.A.), *Derecho europeo de*

Como ha señalado la jurisprudencia comunitaria, la aplicación del artículo 101TFUE no presupone la existencia de un contrato o convenio generador de obligaciones entre las partes, sino que requiere la concurrencia, al menos, de un *concierto de voluntades o consentimiento* de las empresas por el cual renuncien a competir en el mercado. De esta manera, dicho precepto abarca sin mayor problema los supuestos de coordinación que tienen su origen en un acuerdo, para lo cual basta probar su existencia<sup>83</sup>. Sin embargo, esta norma no cubre los casos de colusión tácita a los que alude la teoría económica, esto es, el paralelismo en el comportamiento de las empresas de un oligopolio. Como se pone de manifiesto por la teoría Stigleriana, esta similitud en el proceder de las empresas deviene de ciertos factores o condiciones del mercado y no de una comunicación o contacto anticompetitivo entre ellas.

A la luz de los criterios de aplicación del artículo 101 TFUE, se entiende que estas conductas empresariales son *racionales* por cuanto que constituyen una adecuación *unilateral* de los

---

*la competencia: (antitrust e intervenciones públicas)*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 61 y ss.; GALAN CORONA, E., «Prohibición de prácticas colusorias (I): Visión general», en AA.VV. (dir. BENEYTO PEREZ, J.M.), *Tratado de Derecho...*, op. cit., pp. 174 y ss.; NAVARRO SUAY, M.C., *Las conductas...*, op. cit., pp. 32 y ss.; HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», op. cit., p.117, nota 15.

<sup>83</sup> En la sentencia *Volkswagen contra Comisión*, el Tribunal de Primera Instancia señalaba que el concepto de acuerdo, en el sentido del artículo 81 (actualmente, 101 TFUE) se basa en la existencia de una *concordancia de voluntades* entre por lo menos dos partes, cuya forma de manifestación carece de importancia, siempre que *constituya la fiel expresión de tales voluntades*. Por consiguiente, el Tribunal afirmó que no puede reputarse un comportamiento aparentemente unilateral por parte de un fabricante con sus distribuidores como un acuerdo si no se demuestra una *aquiescencia*, expresa o tácita, por parte de los demás agente económicos. Vid. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 3 de diciembre de 2003, asunto T-208/01 – *Volkswagen AG contra Comisión*, en Rec. 2003, considerando 30 y ss. y las sentencias que ahí se citan. En este sentido: GALAN CORONA, E., «Prohibición de prácticas colusorias...», op. cit., pp. 179y ss.; VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Acuerdos...», op. cit., pp. 62 y ss.; HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», op. cit., p.127 y ss.

operadores económicos a la estructura del mercado<sup>84</sup>. Este extremo fue tempranamente confirmado en la Sentencia del Tribunal de Justicia *Suiker Unie y otros c. Comisión* de 1975, donde se sostuvo que si bien los operadores deben determinar su política competitiva de forma autónoma, ello no excluye el derecho de las empresas a adaptarse de forma inteligente al comportamiento comprobado o previsto de sus competidores<sup>85</sup>.

Por consiguiente, en el Derecho *antitrust* se reconoce el derecho de los operadores económicos a adaptarse o anticiparse unilateralmente a las estrategias de sus competidores, pese a que la teoría económica ponga en evidencia que este comportamiento paralelo perjudica el bienestar de los consumidores y de la sociedad, al traducirse usualmente en un aumento de los precios y en una reducción de la producción. De ahí la afirmación de que la exclusión del ámbito material prohibitivo del artículo 101 TFUE del mero comportamiento autónomo y razonable –*aunque interdependiente*– de los operadores económicos es un mal que viene impuesto por la propia configuración del mercado<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> Vid. VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Acuerdos...», *op. cit.*, pp. 62 y ss.; HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, p. 129; JIMENEZ DE LAIGLESIA, J.M., «Derecho de la competencia...», *op. cit.*, p. 130.

<sup>85</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 16 de diciembre de 1975, asuntos acumulados 40/73 y otros – *Suiker Unie UA y otros contra Comisión*, en Rec. 1975, considerando 174.

<sup>86</sup> Además, el Tribunal añadía que, sin embargo, el artículo 101 se opone a cualquier forma de contacto directa o indirecta entre los operadores que tenga por objeto o efecto bien influir en el comportamiento de un competidor potencial o actual, o bien a desvelar a dicho competidor su comportamiento que ha decidido o tiene decisión de llevar a cabo en el mercado. Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 16 de diciembre de 1975, asuntos acumulados 40/73 y otros – *Suiker unie y otros c. Comisión*, considerando 174 y ss.; Sentencia del Tribunal de Justicia, de 14 de julio de 1981, asunto 172/80 – *Züchner contra Comisión*, en Rep. 1981, apartados 12 y ss. Asimismo: JIMENEZ DE LAIGLESIA, J.M., «Derecho de la competencia...», *op. cit.*, p. 131; FERNANDEZ DE ARAOZ GOMEZ-ACEBO, A., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, pp. 10098 y ss.; VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Acuerdos...», *op. cit.*, p. 68; HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, pp. 129 y ss.; GALAN CORONA, E., «Prohibición de prácticas colusorias...», *op. cit.*, pp. 187 y ss.; COMISION EUROPEA, *Glosario de términos utilizados en el ámbito de la política de competencia...*, *op. cit.*, p. 10.

La consideración de que el alineamiento de las conductas en los oligopolios colusorios constituye un ilícito *antitrust* perseguible por el artículo 101 TFUE presenta, en suma, dos problemas jurídicos. El primero estriba en la complicada tarea de tipificar una coordinación tácita teniendo en cuenta que el mero paralelismo es tolerado o está fuera del perímetro de aplicación del artículo 101 TFUE (problema sustantivo). El segundo, consiste en la dificultad de probar la existencia de una coordinación ante la ausencia de un acuerdo como tal (problema adjetivo)<sup>87</sup>.

Ambos problemas son resueltos por el legislador comunitario mediante la inclusión en el artículo 101 TFUE de una cláusula de cierre cual es la referencia expresa que la norma realiza a las *prácticas concertadas*. Dicha referencia pretende reconducir al ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE los conciertos de voluntad que no tienen cabida en las categorías del «acuerdo» o de las «decisiones de asociaciones de empresas»<sup>88</sup>.

En esta dirección, en el asunto *Materias Colorantes*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea definió las prácticas concertadas como toda forma de coordinación, que sin llegar a ser un acuerdo como tal, sustituye los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre las empresas. Asimismo, el Tribunal precisó que *el mero paralelismo no constituye por sí mismo una práctica concertada* pero que puede ser un indicio de ésta. Apuntaba al respecto el órgano judicial que esto ocurre cuando tras el estudio del tipo de productos, la importancia y el número de las empresas y el volumen de dicho mercado se llega a la única conclusión de que la coordinación existente entre las empresas no

---

<sup>87</sup> Vid. FERNANDEZ DE ARAOZ GOMEZ-ACEBO, A., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, pp. 10096 ss.

<sup>88</sup> Vid. VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Acuerdos...», *op. cit.*, pp. 66 y ss.; GALAN CORONA, E., «Prohibición de prácticas colusorias...», *op. cit.*, pp. 188 y ss.; HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, p. 131.

se corresponde con la estructura y condiciones del mercado en cuestión<sup>89</sup>.

En los mercados oligopolísticos asimétricos, es decir, en aquellos en los que las empresas poseen cuotas diferentes, los competidores pueden alinear sus precios con los fijados por la empresa más fuerte del mercado o *price leader* a fin de obtener mayores beneficios. Desde un prisma *antitrust*, dicho comportamiento paralelo no constituye un indicio de práctica concertada por cuanto que resulta de la propia estructura del mercado<sup>90</sup>.

En consecuencia, para aplicar la categoría prohibitiva de las prácticas concertadas es necesario que, junto al mero paralelismo, se acredite algún tipo de concierto entre las empresas, como lo serían los contactos en sentido amplio<sup>91</sup>. Precisamente, en el asunto *Cementeras*, el Tribunal de Primera Instancia destacó que el concepto de práctica concertada exige la presencia de contactos directos o indirectos caracterizados por la reciprocidad. E indicó que esto se cumple cuando un competidor informa a otro, a petición de éste o, al menos, con su beneplácito, de sus intenciones o de su conducta futura en el mercado<sup>92</sup>.

La doctrina, por su parte, pone de manifiesto que la comprobación de un *elemento consensual* entre las empresas del

---

<sup>89</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de julio de 1972, asunto 48/69 - *Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) y otros c. Comisión*, en Rep. 1972, considerandos 64 y ss.

<sup>90</sup> En este sentido, vid. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 16 de diciembre de 1975, asuntos acumulados 40/73 y otros - *Suiker Unie UA y otros contra Comisión*, considerando 287. A su vez: JIMENEZ DE LAIGLESIA, J.M., «Derecho de la competencia...», *op. cit.*, p. 126; GALAN CORONA, E., «Prohibición de prácticas colusorias...», *op. cit.*, p. 188.

<sup>91</sup> Vid. GALAN CORONA, E., «Prohibición de prácticas colusorias...», *op. cit.*, pp. 188 y ss. En una línea similar: VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Acuerdos...», *op. cit.*, pp. 67 y 68.

<sup>92</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 15 de marzo de 2000, asuntos acumulados T-25/95 y otros - *Cimenterías CBR y otros contra Comisión*, en Rec. 2000, considerandos 1849 y 3150.

oligopolio requiere de una investigación compleja, dilatada y costosa. Ello obedece a que las empresas tratan de ocultar cualquier contacto que ponga de manifiesto su concierto de voluntades (*ad ex.*, reuniones, faxes o e-mails)<sup>93</sup>.

A la vista de lo anterior, no es difícil comprender que en el análisis de este ilícito *antitrust* y, especialmente, en la verificación de si existe o no concertación, el uso de la teoría económica resulta de vital importancia, al permitir dilucidar si el mercado reúne o no los factores que permiten alcanzar o no una colusión tácita entre los miembros del oligopolio. *Ad ex.*, es muy probable que la coordinación no se explique por los factores estructurales del mercado, sino por la existencia de una práctica concertada cuando un grupo reducido de competidores incrementa los precios de forma simultánea en un mercado sin o con pocas barreras de entrada, donde subsisten diferencias de costes y grandes clientes con poder de negociación. Además, es importante tener en cuenta los modelos contemporáneos, en particular el que alude a las prácticas facilitadoras. En efecto, su estudio puede fortalecer el argumento de la presencia de una práctica concertada, puesto que las empresas, al llevar a cabo estas prácticas, reducen los obstáculos de un mercado para lograr la colusión entre ellas. Desde un punto de vista práctico, la comprobación de una conducta paralela junto a una práctica facilitadora puede justificar razonablemente una práctica concertada sancionable en un oligopolio<sup>94</sup>.

Por otra parte, los remedios que fija el artículo 101 TFUE son contraproducentes frente al problema de la colusión o coordinación tácita del oligopolio. Tanto el cese de las prácticas restrictivas como

---

<sup>93</sup> Vid. VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Acuerdos...», *op. cit.*, p. 67.

<sup>94</sup> Vid. JIMENEZ DE LAIGLESIA, J.M., «Derecho de la competencia...», *op. cit.*, pp. 137 y ss.; HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, pp. 129 y ss.

las multas que puede imponer la autoridad *antitrust* no cambian en modo alguno la estructura de un mercado oligopolístico, manteniéndose los elementos del mercado que favorecen o facilitan el paralelismo entre las empresas<sup>95</sup>.

En suma, es posible concluir que la operatividad del artículo 101 TFUE ante el problema de la colusión tácita es *limitada*. Esta norma sólo permite paliar parte de las nocivas externalidades inherentes a los mercados oligopolísticos: la coordinación fruto de un acuerdo o –en caso en que pueda demostrarse– de una práctica concertada. El artículo 101 TFUE no puede paliar de forma efectiva el problema de la colusión o coordinación tácita y, principalmente, la fuente de dicho problema, esto es, la estructura oligopolística<sup>96</sup>.

## **B) El artículo 102 TFUE: el abuso de la posición de dominio**

A la vista de las limitaciones del artículo 101 TFUE y, en especial, de las dificultades probatorias de las prácticas concertadas para abordar el problema de la colusión tácita, las autoridades de la competencia pusieron la mirada en el artículo 102 TFUE. De ahí que sea necesario analizar el tratamiento de la colusión tácita a la luz del ilícito *antitrust* del abuso de la posición de dominio. En particular, resulta especialmente relevante prestar atención a la evolución del concepto de posición de dominio colectiva, pues fue en la sede del artículo 102 TFUE donde se originó dicho concepto, sentándose las bases para su ulterior

---

<sup>95</sup> Las prácticas concertadas, a diferencia de los acuerdos y decisiones, no son declaradas nulas por cuanto que estas carecen de efectos jurídicos obligaciones. Es de recordar que las prácticas concertadas carecen de un instrumento obligacional o, pese a tenerlo, no es posible probar su existencia. *Vid.* JIMENEZ DE LAIGLESIA, J.M., «Derecho de la competencia...», *op. cit.*, pp. 140; COSTAS COMESAÑA, J., «Prohibición de acuerdos colusorios», en AA.VV. (coords. BELLO MARTIN-CRESPO/HERNANDEZ RODRIGUEZ), *Derecho de la libre competencia...*, *op. cit.*, pp. 65 a 111.

<sup>96</sup> *Vid.* NAVARRO SUAY, M.C., *Las conductas...*, *op. cit.*, pp. 210 y ss.

desarrollo en el ámbito singular del control de las operaciones de concentración de empresas<sup>97</sup>.

Como se sabe, el artículo 102 TFUE prohíbe el abuso de posición de dominio. En él se declara incompatible con el mercado interior y prohibida –en la medida que pueda afectar el comercio entre los Estados miembros– «la explotación abusiva, por una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo». Para la aplicación del precepto se requiere, por tanto, la concurrencia de dos elementos: uno estructural, la posición privilegiada o de dominio de la empresa en el mercado y, otro de conducta, el abuso de dicha situación.

En cuanto al elemento estructural, el propio tenor literal de la norma prevé que *varios operadores económicos* pueden ostentar una posición de dominio. Esto significa que el artículo 102 TFUE no sólo es aplicable a los casos en los que una empresa goza de poderío económico en solitario, sino también cuando varias

---

<sup>97</sup> Para un estudio del concepto de posición de dominio colectiva, *Vid.*: FERNANDEZ DE ARAOZ GOMEZ-ACEBO, A., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, pp. 10105 y ss.; JIMENEZ DE LAIGLESIA, J.M., «Derecho de la competencia...», *op. cit.*, pp. 141 y ss.; HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, pp. 134 y ss.; NAVARRO SUAY, M.C., *Las conductas...*, *op. cit.*, pp. 194 y ss.; HERNANDEZ RODRIGUEZ, F., «La posición dominante conjunta en el Derecho comunitario de la competencia», en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, tomo 21, 2000, pp. 91 a 106; CHAMORRO GONZALEZ, I., «La noción de posición de dominio y su determinación», en AA.VV. (coords. ORTIZ BLANCO y otros), *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, volumen 2, Dykinson, 1999, pp.91 a 97; URQUIZA ROYO, S., «El oligopolio y la posición dominante colectiva», en AA.VV. (coords. ORTIZ BLANCO y otros), *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, volumen 3, Dykinson, 1999, pp. 225 a 240; PRIETO KESSLER, E., «Principales problemas de regulación del abuso de posición de dominio», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 205, 2000, pp. 22 a 32; PASCUAL Y VICENTE, J., «El abuso de posición dominante», en *Revista de Derecho mercantil*, núm. 245, 2002, pp. 1291 a 1366; FOLGUERA CRESPO, J.; MARTINEZ CORRAL, B., «La posición dominante colectiva: estado actual de una larga evolución», en AA.VV. (dirs. MARTINEZ LAGE, S.; PETITBO JUAN, A.), *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2006, pp. 75 a 95; LOPEZ MIÑO, A., «Abuso de posición de dominio», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 330, 2012, pp. 27 a 44; SIGNES MESA, J.I., «Abuso de posición de dominio (I). Los conceptos de dominancia y abuso», en AA.VV. (SIGNES DE MESA, J.I./FERNANDEZ TORRES, I./FUENTES NAHARRO, M.), *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 237 y ss.



empresas, pese a no disfrutar de una posición dominante de manera individual, pueden ejercerla de forma conjunta o colectiva. Por ende, cabe sostener que esta disposición autorizaba a las autoridades *antitrust* a hacer frente a la coordinación tácita o conductas paralelas entre las empresas oligopolísticas, en la medida en que dicha situación les permite presentarse en el mercado como una entidad económica colectiva<sup>98</sup>. Sin embargo, la configuración y aplicación de dicha noción no ha sido una cuestión fácil de resolver en el ámbito comunitario<sup>99</sup>.

Inicialmente, pese a los esfuerzos de la Comisión Europea encaminados a aplicar el artículo 86 del Tratado de Roma (actualmente, artículo 102 TFUE) al oligopolio, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretó de forma restrictiva el concepto de posición de dominio<sup>100</sup>. En concreto, en el asunto

<sup>98</sup> Es importante señalar que el concepto de posición de dominio colectiva o compartida es fruto de la teoría norteamericana del monopolio compartido (*shared monopoly*). Tal teoría fue elaborada por un sector de la doctrina y la Administración *antitrust* estadounidense con el propósito de controlar las conductas restrictivas que acaecen en mercados oligopolísticos. Según esta doctrina, los mercados oligopolísticos donde operan pocas empresas fuertes es posible que éstas fijen precios monopolísticos sin que exista ningún acuerdo o concertación alguno. Afirmaban que ello acaecía cuando las empresas que ostentaban cierto poder de mercado asumían su situación de interdependencia al elaborar sus estrategias de mercado. Así se concluía que la situación de los mercados oligopolísticos se encuentran más cerca del monopolio que de la competencia, razón por la cual se le denomina como monopolio compartido. *Vid.* MIRANDA SERRANO, L.M., «La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas...», *op. cit.*, pp. 21 y ss.; HERNANDEZ RODRIGUEZ, F., «La posición dominante conjunta...», *op. cit.*, p. 93.; HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, p. 139, nota 76; PELLISE CAPELL, J., *Mercado Relevante...*, *op. cit.*, pp. 132 y ss.

<sup>99</sup> Desde la promulgación del Tratado de Roma, las autoridades han ido delimitando el concepto de posición de dominio colectiva. Así, en este proceso evolutivo es posible identificar tres fases de aplicación: a) en la primera, las autoridades comunitarias interpretaban restrictivamente el propio concepto de posición de dominio con lo cual llegaron a excluir su aplicación en la vertiente colectiva; b) en la segunda fase, las autoridades *antitrust* entendían que para la configuración de dicho concepto era necesario que las empresas dominantes estuvieran unidas por vínculos económicos o estructurales; y, finalmente c) en la tercera fase, las autoridades comunitarias amplían el concepto de posición de dominio colectiva al no exigir que las empresas estén unidas por tales vínculos. *Vid.* HERNANDEZ RODRIGUEZ, F., «La posición dominante conjunta...», *op. cit.*, p. 92.

<sup>100</sup> En el Derecho *antitrust* europeo, la Comisión Europea que hizo referencia por vez primera del concepto de posición de dominio colectiva fue en el Informe sobre el

*Hoffmann-La Roche*, el Tribunal rechazó que el artículo 102 TFUE fuera un instrumento adecuado para resolver los riesgos competitivos anudados a los mercados oligopolísticos. Con tal fin el Tribunal distinguió la posición de dominio de los comportamientos paralelos propios de un oligopolio. Según el Tribunal, en las estructuras oligopolísticas las empresas influyen unas sobre otras de forma recíproca, mientras que en una situación de posición de dominio la empresa que la ejerce determina su conducta, en gran medida, de forma independiente respecto de sus competidores<sup>101</sup>. Esto significa que el Tribunal entendía que en los oligopolios no era posible la presencia de una posición de dominio, toda vez que las empresas actúan de forma interdependiente para tomar sus decisiones, no concurriendo la nota de la independencia inherente a toda posición dominante<sup>102</sup>. Se omitía así la teoría económica que, como hemos visto más arriba, venía destacando que en las estructuras de mercado oligopolísticas las empresas pueden coordinar de forma tácita su comportamiento en razón de ciertas

---

comportamiento de las empresas petroleras en la Comunidad durante la crisis del petróleo de 1973. En dicho informe, la Comisión sostuvo que ante la decisión de los países árabes de reducir la producción y no abastecer a los Países Bajos las empresas petroleras internacionales ostentaban una posición de dominio colectiva en el mercado holandés. Posteriormente, en la Decisión de 19 de abril de 1977, asunto *AB-Empresas petroleras en los países bajo*, concerniente a los mismos hechos, no utilizó el concepto de posición de dominio colectiva. Por el contrario, afirmó que cada empresa disponía de una posición de dominio individual respecto a sus clientes habituales. Vid. COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, *Collection études*, serie concurrence, núm. 26, Bruselas, 1976; Decisión de la Comisión Europea, de 9 de abril de 1977, asunto IV/28.841- *ABG/Empresas petroleras de los Países Bajos*, en DOUE L 117, 9.5.1977, p. 8; Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de junio de 1978, asunto 77/77 - *BP y otros contra Comisión*, Rec. 1978, pp. 461 y ss.; NAVARRO SUAY, M.C., *Las conductas...*, op. cit., pp. 224 y ss.; PASCUAL Y VICENTE, J., «Prohibición del abuso...», op. cit., pp. 485 y ss. Asimismo, en esta línea: Decisión de la Comisión Europea, de 21 de diciembre de 1988, asunto IV/31.851 - *Magill TV Guide/ITP, BBC y RTE*, en DOUE L 78, 21.12.1988, pp. 43 a 51; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 10 de julio de 1991, asunto T-70/89, *BBC y otros contra Comisión*, en Rec. 1991, pp. II-00535 y ss.

<sup>101</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76 - *Hoffmann-La Roche c. Comisión*, considerando 39.

<sup>102</sup> Vid. NAVARRO SUAY, M.C., *Las conductas...*, op. cit., p. 221.

características del mercado, sin que medie acuerdo o concierto alguno entre ellas<sup>103</sup>.

Por tanto, tras esta sentencia la referencia que realiza el precepto al que aquí nos referimos a *varias empresas* quedaba desprovista de contenido alguno, negándose al artículo 102 TFUE de potencialidad para atacar los efectos negativos de los oligopolios. Incluso llegó a afirmarse que dicha disposición, al aludir a varias empresas, sólo abarcaba los grupos de empresas, es decir, una pluralidad de operadores jurídicamente independientes pero conformadores de una unidad económica. Sin embargo, esta interpretación restrictiva de la posición de dominio fue cambiando en la medida en que se fue delimitando con mayor precisión la noción de empresa relevante para el Derecho *antitrust* de la Unión Europea. Y es que, en efecto, ello permitió extender el concepto de posición de dominio colectiva a empresas económicamente independientes, esto es, autónomas y no pertenecientes a un mismo grupo<sup>104</sup>.

El asunto *Vidrio Plano* fue el primero en el que el Tribunal de Primera Instancia aplicó el artículo 102 TFUE a las estructuras oligopolísticas<sup>105</sup>. En él apuntaba el Tribunal que, a su juicio, no

<sup>103</sup> Es importante destacar que las empresas oligopolistas se enfrentan fundamentalmente ante dos opciones: competir o no. En otras palabras, a mantener la lucha por la clientela o a coordinar su comportamiento con sus rivales de forma expresa o tácita en el mercado. Y en el supuesto que fije esta última, resulta de la configuración del mercado, sin que medie un concierto de voluntades. Tal como destacaba la jurisprudencia comunitaria en razón del artículo 101 responde a un comportamiento independiente y racional de los miembros del oligopolio de adaptarse al comportamiento de sus competidores en el mercado.

<sup>104</sup> En el Derecho comunitario, para considerar una entidad como empresa es necesario que goce de autonomía económica que le permita decidir sus estrategias en el mercado. *Vid.* NAVARRO SUAY, M.C., *Las conductas...*, *op. cit.*, pp. 222 y ss.; HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, p. 135; HERNANDEZ RODRIGUEZ, F., «La posición dominante conjunta...», *op. cit.*, p. 97.

<sup>105</sup> *Vid.* Decisión de la Comisión Europea, de 7 de diciembre de 1988, asunto IV/31906 - *Vidrio Plano*, en DOUE L 33, 4.2.1989, pp. 44 a 73; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 10 de marzo de 1992, asuntos T-68/89, T-77/89 y T-78/89 - *Società Italiana Vetro Spa. y otros contra Comisión*, en Rec. 1992, considerandos 357 y ss.

existía razón alguna para interpretar el término empresa del artículo 86 del Tratado de Roma de forma distinta al modo en que se interpreta en relación con el artículo 85, que prohíbe los acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más entidades económicas capaces de competir la una contra la otra. De ahí que el Tribunal considerara que *«como principio, no puede descartarse que dos o más entidades económicas independientes se hallen, en un mercado concreto, unidas por tales vínculos económicos que, a causa de este hecho, se hallen conjuntamente en una posición dominante con respecto a los demás operadores en el mismo mercado»*<sup>106</sup>. Los vínculos o nexos económicos venían a configurarse así como el elemento clave para la constatación de la existencia de una posición de dominio conjunta o colectiva. Ahora bien, el Tribunal no definió los vínculos económicos necesarios para fijar dicha posición, sino que se limitó a enunciar ciertos ejemplos como los acuerdos o licencias entre las empresas que les proporcionan una ventaja tecnológica sobre el resto de operadores.

A partir del caso *Vidrio Plano*, la Comisión y los Tribunales de Justicia europeos hicieron uso de la noción de posición de dominio colectiva, pero nunca se precisó (ni en el ámbito del artículo 102 TFUE, ni en el relativo control de concentraciones) cuáles eran los vínculos económicos que debían de existir entre las empresas a fin de apreciar la existencia de dicha situación en el mercado<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> *Vid.* Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 10 de marzo de 1992, asuntos T-68/89, T-77/89 y T-78/89 - *Società Italiana Vetro Spa. y otros contra Comisión*, considerando 357.

<sup>107</sup> En el asunto *Almelo*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea fortalece esta exigencia al declarar que los vínculos económicos deben ser lo suficientemente fuertes para que las empresas logren actuar paralelamente y, por ende, gocen de una posición de dominio colectiva. Por consiguiente, los vínculos económicos se estipularon como una serie de presupuesto jurídico indispensable para el uso del concepto de posición de dominio colectiva. Ante este silencio normativo y jurisprudencial sobre los vínculos económicos, la doctrina trataba de dar un poco de luz al apuntar que era un concepto amplio que permitía englobar las relaciones estructurales, jurídicas y de cualquier otra

Aún así, es importante destacar que el concepto y los elementos formulados por el Tribunal de Primera Instancia en el caso *Vidrio Plano* fueron los principios que la Comisión Europea y los Tribunales de justicia acogieron de forma preliminar en el control de concentraciones. Ahora bien, como veremos, el presupuesto de los vínculos económicos dejó de ser un requisito relevante para la delimitación de la posición de dominio colectiva. Naturalmente, estos desarrollos incidieron posteriormente en el ámbito del control de las conductas abusivas ex artículo 102 TFUE<sup>108</sup>.

En general, cabe afirmar que la noción de posición dominante colectiva se revela como un mecanismo capaz de abarcar las estructuras oligopolísticas que favorecen la colusión o cooperación tácita entre las empresas. El propio paralelismo que deviene de ciertas características del mercado se establece como el requisito esencial para su delimitación por cuanto que estas condiciones facultan a dos o más empresas independientes a que se presenten o actúen juntas en un mercado como una entidad colectiva. En dicho concepto subyace la misma filosofía que en la posición de dominio individual, esto es, una situación de privilegio económico que permite a varias empresas influir en los precios o

---

naturaleza entre las empresas oligopolistas (ad ex., las participaciones cruzadas, las empresas comunes, entre otros). *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de abril de 1994, asunto C-393/92 - *Almelo contra Comisión*, en Rec. 1994, considerandos 40 y ss.; HERNANDEZ RODRIGUEZ, F., «La posición dominante conjunta...», *op. cit.*, p. 93, nota 20.

<sup>108</sup> Sobre la ulterior incidencia de los desarrollos del control de concentración en la aplicación del concepto de posición de dominio colectiva en el artículo 102 TFUE *vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de marzo de 2000, asuntos acumulados C-395/96 y C-396/96 - *Compagnie Maritime Belge Transports y otros contra Comisión*, en Rec. 2000, considerando 45; especialmente la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 26 de enero de 2005, asunto T-193/02 - *PIAU contra Comisión*, en Rec. 2005, considerando 110 y 111. También: SIGNES MESA, J.I., «Abuso de posición de dominio...», *op. cit.*, pp. 239 y ss.; ORTIZ BLANCO, L./MAILLO GONZANLEZ-ORUS, J./IBAÑEZ COLOMO, P./LAMADRID DE PABLO, A., *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 154 y ss.

en la producción sin tener en cuenta a sus competidores, clientes y consumidores<sup>109</sup>.

No obstante, es importante destacar al mismo tiempo que el artículo 102 TFUE, a diferencia del Derecho *antitrust* norteamericano, no prohíbe la posición de dominio, sino que además exige un *elemento de conducta* para su activación, esto es, la explotación abusiva de dicha posición de dominio. Esto significa que en el ámbito comunitario se admite la consecución del poder económico mediante el crecimiento interno de las empresas o de la propia configuración del mercado<sup>110</sup>.

Por consiguiente, se consiente que las empresas adquieran una posición de dominio y ejerciten *conjuntamente* su poder de mercado sobre las condiciones de la competencia, lo que usualmente se traduce en una disminución de la producción y un aumento de los precios. Pese a que dichos efectos perjudican los intereses de los consumidores y usuarios, las normas de competencia tratan este comportamiento como *normal y razonable*, ya que deviene de la propia estructura del mercado. Se desprende así otra de las limitaciones del Derecho de la competencia frente al problema del oligopolio, pues para la aplicación del artículo 102 TFUE es necesario que el ejercicio conjunto del poder de mercado se califique como abusivo<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> Vid. HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, p. 136; NAVARRO SUAY, M.C., *Las conductas...*, *op. cit.*, pp. 214 y ss.; JIMENEZ DE LAIGLESIA, J.M., «Derecho de la competencia...», *op. cit.*, pp. 141 y ss.; PASCUAL Y VICENTE, J., «Prohibición del abuso...», *op. cit.*, pp. 462 y ss.

<sup>110</sup> Por el contrario, el crecimiento externo de las empresas, esto es, el que logran las empresas a través de operaciones de concentración, se contralan previo a su realización para evitar posibles efectos nocivos en el mercado afectado Vid. NAVARRO SUAY, M.C., *Las conductas...*, *op. cit.*, pp. 215 y ss.; HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, pp. 136 y ss.; FOLGUERA CRESPO, J.; MARTINEZ CORRAL, B., «La posición dominante colectiva...», *op. cit.*, p. 83.

<sup>111</sup> Vid. HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, p. 137; NAVARRO SUAY, M.C., *Las conductas...*, *op. cit.*, pp. 218 y ss.; PASCUAL Y VICENTE, J., «Prohibición del abuso...», *op. cit.*, pp. 489 y ss.

En rigor, el ilícito *antitrust* del abuso de la posición de dominio únicamente sanciona los abusos que realizan las empresas oligopolísticas de su poder de mercado. El concepto *objetivo* de abuso engloba dos categorías distintas: a) de un lado, el abuso anticompetitivo, que hace referencia a las conductas que reducen o impiden la competencia en el mercado (*ad ex.*, la negativa de suministro, la discriminación de precios, entre otras) y, de otro lado, b) el abuso explotativo, que alude a las acciones que perjudican a los clientes y consumidores y son realizadas por empresas que se aprovechan de su poder económico (*ad ex.*, precios predatorios, precios excesivos o inequitativos, abuso de propiedad industrial, entre otros). De esta manera, es posible sancionar comportamientos oligopolísticos que estipulen precios inequitativos para lo cual es necesario comparar los precios con los costes en los que incurren las empresas o cotejarlos con los precios de competidores que ofrecen productos análogos. No obstante, la praxis comunitaria pone de manifiesto que la Comisión Europea se muestra reacia a regular los precios en el mercado<sup>112</sup>.

Asimismo, el artículo 102 TFUE faculta a castigar las conductas anticompetitivas o excluyentes que persiguen instaurar o robustecer las barreras de entrada. Este mecanismo resulta de interés, ya que permite el examen de los comportamientos que facilitan la instauración o consolidación de un comportamiento paralelo en un mercado oligopolístico<sup>113</sup>.

En cuanto a los remedios, el artículo 102 TFUE contempla sanciones económicas a las empresas que abusen de su posición de dominio y, a su vez, el cese de dicho comportamiento. No es difícil advertir que se trata de remedios que siempre mantienen los

---

<sup>112</sup> Vid. HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, p. 127; NAVARRO SUAY, M.C., *Las conductas...*, *op. cit.*, p. 221.

<sup>113</sup> Vid. JIMENEZ DE LAIGLESIA, J.M., «Derecho de la competencia...», *op. cit.*, pp. 149 y ss.; HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, p. 138.

factores estructurales que propician una alineación en el comportamiento de las empresas oligopolistas.

En suma, cabe concluir que el ilícito del abuso de la posición de dominio suple de forma parcial las deficiencias de las normas prohibitivas de las prácticas colusorias<sup>114</sup>. Mediante la regulación expresa de la posición de dominio colectiva y su posterior delimitación por la jurisprudencia, se permitió a las autoridades comunitarias llevar a cabo un cierto control de los supuestos de colusión o coordinación tácita en los que no existe evidencia de un acuerdo o práctica concertada entre las empresas del oligopolio. No obstante, para la activación de este mecanismo es necesaria la constatación de la explotación abusiva de dicha situación. Esto permite principalmente analizar *ex post* los comportamientos mediante los que las empresas impiden de forma conjunta la expansión o entrada de nuevos competidores en un determinado sector económico. Aún así, esta norma no elimina o previene los factores del mercado que facilitan el goce de un poder de mercado colectivo y, por ende, su abuso. Esta es su principal deficiencia.

### **2.1.2.3 El control de estructuras ante el problema del oligopolio: la prevención de la colusión tácita entre las empresas. La normativa de control de concentraciones y las posiciones de dominio colectivas**

#### **A) Consideraciones preliminares**

Las limitaciones de la normativa *antitrust* de control de conductas (artículos 101 y 102 TFUE) para combatir la colusión o coordinación tácita en los mercados oligopolísticos llevó a la Comisión Europea a centrar su atención en la normativa *antitrust*

---

<sup>114</sup> Vid. JIMENEZ DE LAIGLESIA, J.M., «Derecho de la competencia...», *op. cit.*, p. 150.



encaminada a ejercer una función preventiva de la formación de estructuras de mercado oligopolísticas, esto es, en el Reglamento 4064/89 de control de las operaciones de concentración de empresas. De hecho, esta normativa se muestra como un mecanismo alternativo y eficaz para prevenir los riesgos y efectos perniciosos que dimanaban de este tipo de mercados. Para ello la autoridad *antitrust*, consciente de los problemas para la competencia dimanantes de los oligopolios, aplicó en este ámbito la noción de posición de dominio colectiva o conjunta. La correcta delimitación de dicho término fue, no obstante, una tarea difícil, como podremos comprobar a continuación.

Inicialmente, la cuestión de la aplicación del Reglamento 4064/89 a los mercados oligopolísticos no estaba en absoluto clara, ya que el artículo 2, apartados 2 y 3, de dicha norma reglamentaria no aludía expresamente al concepto de posición de dominio colectiva o conjunta<sup>115</sup>. Ante esta laguna, era natural que se discutiera si la normativa de control de concentraciones facultaba o no a la Comisión Europea a declarar la ilicitud de una concentración mediante la cual la empresa de ella resultante y una tercera ajena a la operación creaban o reforzaban una posición de dominio conjunta o colectiva que obstaculizaba de forma relevante o significativa el funcionamiento de la competencia efectiva<sup>116</sup>.

Se inició así un intenso debate en el que pueden vislumbrarse dos posturas antagónicas. Un sector de la doctrina se

---

<sup>115</sup> En particular, esta omisión del legislador comunitario del concepto de posición de dominio colectiva cobró especial interés dado que la Comisión Europea en su XVI Informe sobre la política de competencia de 1997, manifestó que: «...la política de competencia debe tener por finalidad la prevención de situaciones que pudieran crear fuertes incitaciones hacia comportamientos de colusión tácita. Es éste uno de los objetivos del proyecto de control previo de las fusiones a nivel de la comunidad ». Vid. COMISION EUROPEA, *Decimosexto informe sobre la política de competencia*, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades europeas, Luxemburgo-Bruselas, 1987, p. 243; NAVARRO SUAY, M.C., *Las conductas...*, *op. cit.*, p. 237.

<sup>116</sup> Vid. JIMENEZ DE LAIGLESIA, J.M., «Derecho de la competencia...», *op. cit.*, p. 155.

mostró contrario a aplicar la noción de posición de dominio colectiva en el ámbito del control de concentraciones. Con tal fin argumentó que, a diferencia del artículo 86 (actualmente, 102) TFUE, el artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento 4064/89 no realizaba alusión alguna a dicho concepto. Razón por la cual no era adecuado utilizar ese precepto con la finalidad de prohibir las operaciones de concentración celebradas en mercados oligopolísticos. En cambio, un segundo sector doctrinal defendía que el Reglamento 4064/89 era un instrumento idóneo para controlar las concentraciones que se llevaban a cabo en este tipo de mercados. Este último grupo de autores argumentaba que la no alusión por el legislador comunitario a la posición de dominio colectiva en el Reglamento 4064/89 no significaba *ipso iure* su exclusión. Desde este último punto de vista, se señalaba que la normativa de control de concentraciones tenía como objetivo prevenir la creación o el reforzamiento de estructuras lesivas para la competencia, dentro de las cuales se encuentran –naturalmente– los oligopolios colusorios, pues en dichos mercados persiste un riesgo considerable de que las empresas adopten conductas paralelas, con las negativas consecuencias que de ellas se derivan para el buen funcionamiento del orden concurrencial<sup>117</sup>.

## **B) La normativa de control de concentraciones y las posiciones dominantes colectivas según la interpretación de la Comisión Europea**

Algún tiempo después de la entrada en vigor del Reglamento 4064/89, la Comisión Europea dio un importante paso hacia adelante en esta materia. En la decisión *Nestlé/Perrier* de 1992<sup>118</sup>,

<sup>117</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., «La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas...», *op. cit.*, pp. 23 y ss.

<sup>118</sup> Decisión de la Comisión Europea, de 22 de julio de 1992, asunto IV/M.190 - *Nestlé/Perrier*, en DOUE L 356, de 5.12.1992, pp. 1 a 31. En ella, se analizó la

afirmó por vez primera la posibilidad de prohibir por el Reglamento 4064/89 la *posición de dominio colectiva* creada o reforzada por la empresa resultante de la concentración y una tercera empresa ajena a la operación. La importancia de dicha decisión radica en reconocer que la posición de dominio colectiva puede mermar el desarrollo de una competencia efectiva en el mercado sin necesidad de que los operadores económicos partícipes en la operación de concentración y un tercer operador del mercado tengan vínculos o nexos económicos entre ellos. No obstante, la autoridad *antitrust* indicó que para la constatación de la presencia de una posición de dominio colectiva era necesaria la concurrencia de ciertas condiciones estructurales de mercado. En particular, la Comisión destacó las tres siguientes: a) que con anterioridad a la operación de concentración la competencia entre las empresas del oligopolio fuera escasa; b) que resultara probable la disminución de la competencia existente a consecuencia de una mayor

---

operación de concentración que consistía en la oferta pública de adquisición de la empresa suiza *Nestlé* a la empresa francesa *Perrier*. Para el examen de esta operación, la autoridad *antitrust* tuvo en consideración un acuerdo que se realizaría con posterioridad a la concentración, por el cual *Nestlé* vendería a *BSN* el manantial y marca *Volvic*. La Comisión Europea delimitó como mercado de referencia el sector francés del agua mineral embotellada y fijó que los tres principales operadores eran *Nestlé*, *Perrier* y *BSN*, quienes ostentaban aproximadamente una cuota conjunta del 80% de dicho mercado. En su análisis la Comisión comprobó: a) que existía un elevado grado de concentración en el mercado afectado; b) que en el oligopolio en cuestión se había producido una disminución del nivel competitivo de los precios y, a su vez, existía un paralelismo en sus incrementos; y, finalmente, c) que tanto los competidores reales y potenciales como los consumidores carecían de un poder económico susceptible de contrarrestar el comportamiento independiente del que gozarían *Nestlé* y *Perrier*. Por tanto, el Ejecutivo comunitario verificó que de celebrarse la operación y el acuerdo de venta del manantial y marca *Volvic*, se producía una posición dominante duopolista entre *Nestlé* y *BSN*. Asimismo, consideró que de no efectuarse dicho acuerdo la empresa resultante de la operación *Nestlé/Perrier*, alcanzaría una posición de dominio en el mercado considerado; ahora bien, *BSN* se mantendría como segundo operador en el mercado por lo que era de esperar que ambas empresas no competirían, pues ambas tenían los mismos intereses y buscarían maximizar sus beneficios. Pese a esta diferencia, que en el fondo era superflua, en ambos casos se facilitaba una actuación paralela y, en consecuencia, se producía un obstáculo significativo para la competencia ya que era previsible un aumento de los precios en menoscabo de los intereses de los consumidores y usuarios. Pese a ello, la Comisión Europea autorizó la concentración con ciertas condiciones estructurales; especialmente, la creación de un tercer competidor eficiente en el mercado francés del agua mineral embotellada.

concentración en la oferta; y c) que la ausencia de una competencia suficiente por parte de competidores reales y potenciales repercutiera sobre los precios<sup>119</sup>.

En rigor, en esta decisión la Comisión Europea se valió de fundamentos tanto económicos como jurídicos para afirmar la utilidad del Reglamento 4064/89 como instrumento de control de las posiciones de dominio colectivas. En relación con los primeros, la Comisión apuntó que, según la teoría económica, en los mercados con un alto grado de concentración es posible que las empresas coordinen sus comportamientos. Y ello por cuanto que no debe perderse de vista que las situaciones oligopolísticas tienen una doble dimensión: a) una referida a la estructura del mercado: fuertes barreras de entrada, bajo número de oferentes, concentración de la oferta, etc.; y, b) otra relativa a las empresas que en él operan: probabilidad de comportamientos colusorios. Lo anterior llevó al Ejecutivo a afirmar que era posible declarar la incompatibilidad con el mercado común (ex Reglamento 4064/89) de una operación de concentración que creara o reforzara situaciones oligopolísticas. En cuanto al fundamento jurídico, el Ejecutivo comunitario descartó que la falta de una regulación expresa en el artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento 4064/89 de las posiciones de dominio colectivas no permitía excluir su aplicación a las operaciones de concentración en las que la empresa resultante de la operación poseía conjuntamente con una tercera empresa ajena a la operación una posición de dominio de esta naturaleza. De no ser así, quedaría en entredicho el objetivo fundamental del artículo 3 b) TFUE, esto es, el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado único europeo<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> *Vid.* Decisión de la Comisión Europea, de 22 de julio de 1992, asunto IV/M.190 - *Nestlé/Perrier*, considerando 112.

<sup>120</sup> *Vid.* Decisión de la Comisión Europea, de 22 de julio de 1992, asunto IV/M.190 - *Nestlé/Perrier*, considerandos 113 y 114.

La decisión *Nestlé/Perrier* supuso, por tanto, la admisión expresa por parte del Ejecutivo comunitario de que el Reglamento 4064/89 era un instrumento apto para efectuar un *control preventivo de los mercados oligopolísticos*, es decir, de las estructuras de mercado en las que opera un número reducido de competidores y donde ninguno de ellos ostenta individualmente un poder para fijar los precios o sustraerse de la competencia, aunque sí cuentan para ello con un poder colectivo o conjunto<sup>121</sup>. De ahí que la doctrina afirme que con esta decisión la Comisión Europea inició el largo camino hacia el reconocimiento de la eficacia del Reglamento 4064/89 para prevenir el surgimiento de los oligopolios colusorios, pues naturalmente era necesario que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea avalara esta interpretación inicial de la Comisión<sup>122</sup>.

La Comisión continuó aplicando la noción de posición de dominio colectiva en la decisión *Kali+Salz/MDK/Treuhand* de 1993<sup>123</sup>. A diferencia de la decisión anterior, en esta nueva decisión consideró que era necesaria la existencia de *vínculos económicos*

<sup>121</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., «La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas...», *op. cit.*, pp. 22 y ss.; HERNANDEZ RODRIGUEZ, F., «La posición dominante conjunta...», *op. cit.*, pp. 103 y ss.

<sup>122</sup> Vid. HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, p. 140, nota 78.

<sup>123</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 14 de diciembre de 1993, asunto IV/M.308 – *Kali+Salz/MDK/Treuhand*, considerando 1 y ss. En esta decisión se analizó la operación por la que las empresas *Kali und Saldz* (en adelante K+S) y *Treuhand* decidieron convertir a la empresa *MDK (Mitteldesustchen Kali AG)* en una empresa en participación. En ella, la Comisión delimitó dos mercados: a) el mercado alemán; y, b) el mercado comunitario. En relación a este último con excepción de Alemania, la Comisión Europea precisó: a) que a raíz de la operación notificada los operadores *K+S/MDK* y la *Société Commerciale des potasses et de l'azore (SCPA)* alcanzaban una posición dominante colectiva duopolista -dado que sólo operaban tales empresas- con una cuota de mercado del 60 %; b) que la oferta se encontraba fragmentada y ésta no poseía un poder para competir con el duopolio; c) que no existiría entre los miembros del duopolio una competencia efectiva como consecuencia de las características del mercado de la potasa, tal como lo reflejaba el comportamiento anterior de estas empresas y por sus vínculos comerciales (como el control conjunto de la empresa en participación *Potacan*). Finalmente, la Comisión declaró la operación de concentración compatible pero subordinada al cumplimiento de determinadas condiciones y cargas con el propósito de suprimir la posición dominante colectiva.

o *estructurales* entre las empresas para que pudiera hablarse de posición de dominio colectiva o conjunta (*ad ex.*, interrelación de precios y condiciones de venta, utilización del mismo canal de comercialización, etc.). Procediendo de este modo la Comisión no hizo sino retomar los principios sentados por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia *Vidrio Plano* en el marco del artículo 102 TFUE. No obstante, esta decisión fue recurrida ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

### **C) La normativa de control de concentraciones y las posiciones dominantes colectivas según los Tribunales de Justicia de la Unión Europea**

Fruto del recurso al que acabamos de aludir fue la sentencia *Francia y otros contra la Comisión* de 1998<sup>124</sup>, en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirmó la aptitud del Reglamento 4064/89 para examinar y prevenir la creación o el reforzamiento de posiciones de dominio colectivas y, en consecuencia, de estructuras oligopolísticas colusorias. En rigor, esta resolución supuso la entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas en el ámbito del control comunitario de concentraciones, como tuvo oportunidad de señalarlo –con buen criterio– la doctrina estudiosa del Derecho antitrust<sup>125</sup>.

Para fundamentar su postura el Tribunal recurrió a una interpretación tanto teleológica como sistemática de las normas, basada en la finalidad del artículo 2, apartados 2 y 3, del

---

<sup>124</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 31 de marzo de 1998, asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 - *Francia y otros c. la Comisión*, en Rec. 1998, pp. I-01375 y ss.

<sup>125</sup> Vid. BRIONES, J./FOLGUERA, J./FONT, A./NAVARRO, E., *El control de concentraciones...*, *op. cit.*, pp. 197 y 198; MIRANDA SERRANO, L.M., «La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas...», *op. cit.*, pp. 22 y ss.

Reglamento 4064/89 y en su sistema general<sup>126</sup>. Como subrayó la doctrina, el recurso a este método hermenéutico implica la combinación de dos interpretaciones distintas. En primer lugar, la interpretación teleológica, que consiste en valerse de los objetivos y fines de la norma a modo de directrices o guías de la interpretación. En segundo lugar, la interpretación sistemática, que pone el acento en relacionar el sentido de la norma objeto de análisis con el resto de disposiciones y con el conjunto de la reglamentación (en nuestro caso, el régimen comunitario de control de concentraciones). Así, mediante la aplicación del método teleológico-sistemático el Tribunal concluyó que las posiciones de dominio colectivas o conjuntas están incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento 4064/89, dirigido a someter a control previo las operaciones de concentración de dimensión comunitaria que puedan resultar perjudiciales para el funcionamiento de la competencia efectiva en el mercado único europeo –ex artículo 3 b) TFUE–. Se admitió así la posibilidad de utilizar el Reglamento 4064/89 para declarar la incompatibilidad de una operación de concentración como consecuencia de la cual se creara o reforzara una posición de dominio colectiva (elemento fáctico) que obstaculizara significativamente la competencia efectiva (elemento de resultado concurrencial)<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., «La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas...», *op. cit.*, p. 27. Tal como apunta este autor, el uso de este método por la jurisprudencia europea se argumenta en que el Derecho europeo de la competencia está cimentado en los objetivos y orientaciones de la Unión los cuales se concretan en el TFUE.

<sup>127</sup> De esta forma, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pone fin a uno de los debates más polémicos y de mayor relevancia desde la entrada en vigencia del Reglamento 4064/89, esto es, si dicho Reglamento era una norma adecuada para controlar aquellas concentraciones que crean o refuerzan una posición de dominio colectiva en conjunta. Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., «La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas...», *op. cit.*, pp. 23 y ss.; HERNANDEZ RODRIGUEZ, F., «La posición dominante conjunta...», *op. cit.*, pp. 103 y ss.

Además, en esta sentencia el Tribunal sostuvo la innecesariedad de *la existencia de vínculos económicos o estructurales* a fin de determinar si existe o no una posición de dominio colectiva. En su opinión, para determinar la existencia de una posición dominante de esta naturaleza la Comisión Europea debía realizar un análisis prospectivo del mercado de referencia y examinar especialmente la presencia de factores correlativos entre los miembros del oligopolio y la capacidad de éstos para adoptar una línea común que les permitiese actuar con cierto grado de independencia respecto de los competidores, los clientes y los consumidores<sup>128</sup>. A su vez, en esta sentencia se reconoce que el artículo 2 del Reglamento 4064/89 concede al Ejecutivo *antitrust* una facultad discrecional para constatar si por medio de una operación de concentración se creaba o reforzaba una posición de dominio colectiva que obstaculizaba significativamente la competencia efectiva<sup>129</sup>.

Por tanto, si bien esta sentencia admite que el Reglamento 4064/89 es un mecanismo capaz de hacer frente al problema de los oligopolios colusorios, no detalla los tres requisitos que, según la teoría económica, han de comprobarse a fin de ponderar la presencia de una posición de dominio colectiva o conjunta en un sector económico determinado, es decir, si el mercado reúne las condiciones necesarias para que las empresas lleven a cabo un comportamiento paralelo que les permita ejercer un poder de mercado colectivo.

---

<sup>128</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 31 de marzo de 1998, asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 - *Francia y otros c. la Comisión*, considerando 221; MIRANDA SERRANO, L.M., «La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas...», *op. cit.*, pp. 31 y ss.

<sup>129</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 31 de marzo de 1998, asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 - *Francia y otros c. la Comisión*, considerados 222 a 224.



Finalmente, es oportuno referirnos a la sentencia del Tribunal de Primera Instancia *Gencor Ltd contra Comisión* de 1999, en la que se reiteraron los criterios fijados en la sentencia *Francia y otros contra la Comisión*<sup>130</sup>. Mediante esta sentencia el Tribunal corroboró la decisión de la Comisión en el asunto *Gencor/Lonrho* de 1996<sup>131</sup>, por la que declaró la incompatibilidad de una operación de concentración consistente en la adquisición conjunta de la empresa *Implats* por parte de las empresas *Gencor* y *Lonrho*, ya que de autorizarse dicha operación se habría generado una posición de dominio colectiva entre la empresa resultante y *Amplats* en el mercado mundial del platino y rodio. En ella el Tribunal se valió nuevamente del método teleológico-sistemático para fundamentar la inclusión de la posición de dominio colectiva en el artículo 2 del Reglamento 4064/89. Asimismo, el Tribunal entendió que el concepto de posición de dominio al que hace referencia el artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento 4064/89 se refiere: «a una situación de poder económico en que se encuentran una o varias empresas y que les permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de que se trate, confiriéndoles la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores»<sup>132</sup>. Además, el Tribunal ratificó que, a fin de determinar si un mercado era proclive a la formación de posiciones de dominio conjuntas o colectivas, no era necesaria la presencia de vínculos o nexos económicos entre las empresas miembros del oligopolio. Según sus palabras, «...no existe ninguna razón, en el plano jurídico o económico, para excluir del concepto de vínculo económico la relación de interdependencia

<sup>130</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 25 de marzo de 1999, asunto T-102/96 – *Gencor Ltd c. Comisión*, considerandos 119 y ss.

<sup>131</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 24 de abril de 1996, asunto IV/M.619 – *Gencor/Lonrho*, en DOUE L 11, 14.1.1997, pp. 30 a 72.

<sup>132</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 25 de marzo de 1999, asunto T-102/96 – *Gencor Ltd c. Comisión*, considerando 200.

*que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración del mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto pueden prever sus comportamiento recíprocos y se ven, por lo tanto, en gran medida impulsados a coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular maximizar sus beneficios comunes, restringiendo la producción con el fin de aumentar los precios»<sup>133</sup>.*

#### **D) Consideraciones finales**

A la vista de la experiencia *antitrust* acumulada en torno a estos asuntos, cabe afirmar que el concepto de posición de dominio colectiva o conjunta es fruto del esfuerzo jurisprudencial desarrollado con vistas a controlar las conductas restrictivas de la competencia que tienen lugar en los mercados oligopolísticos colusorios. Dicho concepto surge inicialmente como un medio para controlar la colusión o coordinación tácita, es decir, las conductas paralelas que no pueden calificarse como acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas en el sentido del artículo 101 TFUE<sup>134</sup>. Ahora bien, es importante destacar al mismo tiempo que la aplicación de dicho concepto en el ámbito singular del control de concentraciones no sólo evitó las dificultades probatorias inherentes a las prácticas concertadas, sino que también sirvió para prevenir la realización de conductas mediante las que se ejerce una posición de dominio colectiva pero que no pueden calificarse como abusos a la luz del artículo 102 TFUE. A fin de impedir el surgimiento de estas conductas empresariales, las

---

<sup>133</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 25 de marzo de 1999, asunto T-102/96 – *Gencor Ltd c. Comisión*, considerando 276.

<sup>134</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., «La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas...», *op. cit.*, p. 29; HERNANDEZ RODRIGUEZ, F., «La posición dominante conjunta...», *op. cit.*, pp. 105 y ss.

autoridades comunitarias hicieron uso del concepto de posición de dominio colectiva en el ámbito del control de concentraciones, retomando de forma preliminar los principios elaborados en la sede del artículo 102 TFUE. Sin embargo, esta tarea no fue fácil, dada la falta de regulación expresa de la posición de dominio colectiva en el Reglamento 4064/89. De ahí que en un primer momento se discutiera si esta modalidad de dominancia estaba o no al margen del régimen de control de concentraciones, pese a que con el paso del tiempo se consideró que debían ser susceptibles de control las concentraciones que desembocaban en estas posiciones, por sus nocivos efectos sobre el mantenimiento de una competencia efectiva dentro del mercado común. Estas circunstancias propiciaron que, bajo la vigencia del Reglamento 4064/89, se diera un avance significativo en el tratamiento de los oligopolios colusorios a través de la delimitación de dicho término, lo que al mismo tiempo supuso su relanzamiento en el Derecho europeo de defensa de la competencia en general, funcionando como una cláusula de cierre frente al problema del oligopolio colusorio <sup>135</sup>.

En rigor, una situación de dominio colectivo hace referencia a un poder económico que permite a la empresa resultante de una operación de concentración y a una tercera empresa actuar de forma conjunta con cierto grado de independencia respecto de los competidores, de los clientes y, en definitiva, de los consumidores. No obstante, aunque dicha noción es acorde con la teoría económica, al eliminarse el presupuesto de los vínculos o nexos entre las empresas del oligopolio, la Comisión y los Tribunales de Justicia europeos no delimitaron su alcance y presupuestos de aplicación. En otras palabras, no fijaron las condiciones o factores de mercado que, según la teoría Stigleriana, facilitan a las empresas del oligopolio actuar paralelamente en el mercado, lo que

---

<sup>135</sup> Vid. SOAMES, T., «An analysis of the principles of concerted practice and collective dominance: a distinction without a difference?», en *European Competition Law Review*, volume 17, núm.1, 1996, p. 30.

favorece la ejecución de un poder de mercado conjunto o colectivo. En este sentido, es importante destacar que los Tribunales de Justicia reconocieron que la Comisión Europea tenía un amplio margen de discrecionalidad para apreciar una posición de dominio colectiva en aplicación del Reglamento 4064/89. Como veremos en los siguientes apartados, este vacío en el correcto análisis de esta forma de dominancia generó grandes problemas en la práctica, lo que, en última instancia, propició la reforma sustantiva más importante acometida en los veinticinco años de existencia del sistema de control de concentraciones de la Unión Europea, esto es, la realizada en 2004 y de la que resultó el Reglamento 139/2004.

## **2.2 El elemento de resultado: la obstaculización significativa de la competencia efectiva**

En la evaluación *antitrust* de las operaciones de concentración bajo la vigencia del Reglamento 4064/89 la Comisión Europea, además de verificar la concurrencia del elemento fáctico ya analizado –la creación o el reforzamiento de una posición de dominio individual o colectiva en los términos que acabamos de analizar–, debía comprobar la presencia de un elemento de resultado anticoncurrencial. Este requisito era necesario por cuanto que la propia normativa comunitaria (ex artículo 2, apartado 2 y 3, del Reglamento 4064/89) exigía que el proyecto de operación de concentración produjese a su vez un obstáculo significativo para la competencia, empleándose así unos términos que encajaban perfectamente en la noción de concepto jurídico indeterminado<sup>136</sup>.

---

<sup>136</sup> Vid. PASCUAL Y VICENTE, J., «Nueva política europea de control de concentraciones: el reglamento (CE) 139/2004», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 231, pp. 57 a 70; MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas...*, op. cit., p. 333.

Como afirmó en su día la doctrina estudiosa del Reglamento 4064/89, para la constatación de este segundo requisito era necesario verificar el cumplimiento de dos condiciones<sup>137</sup>: a) que se obstaculizara la *competencia efectiva*, lo que implicaba tomar en consideración que la concepción de competencia que subyace, inspira y fundamenta las disposiciones del Derecho comunitario de control de concentraciones es la que permite y favorece la *eficiencia (económica y social)*<sup>138</sup>; y b) que los efectos sustanciales perjudiciales para la competencia efectiva sean *sensibles y duraderos en el tiempo*<sup>139</sup>.

La última de estas condiciones exigía que la posición dominante (elemento fáctico) fuera creada o reforzada por la operación concentración de forma duradera y no permitiera la coexistencia con los competidores reales, la entrada de nuevas empresas y, sobre todo, generara perjuicios para los consumidores.

Ahora bien, pese a la existencia de los dos elementos referidos, lo cierto es que en la evaluación de la compatibilidad o incompatibilidad de una operación de concentración con el mercado común ex Reglamento 4064/89 el elemento fáctico –la posición de domino individual o colectiva– se presentaba como el *pilar fundamental o axial de valoración*. Esto obedecía a que la

---

<sup>137</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas...*, *op. cit.*, pp. 328 y ss.; *idem*, «La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas...», *op. cit.*, p. 22.

<sup>138</sup> Vid. FONT GALAN, J.I., *La libre competencia en la comunidad europea*, Studia Albornotiana, Bolonia, 1986, p. 43.

<sup>139</sup> Esta segunda condición surge de la interpretación que realizó la doctrina del término «producción de un obstáculo significativo» con el propósito de dilucidar su alcance y significado. Para ello, la doctrina lo asoció con el criterio de *minimis* utilizado por la jurisprudencia comunitaria para el análisis de las prácticas colusorias. Según dicho criterio, se entiende que las prácticas colusorias que restringen la competencia de manera sensible quedan al margen de la prohibición del artículo 101 del TFUE. Posteriormente esta interpretación se confirmó por la Comisión Europea en el *Aérospatiale-Alenia/De havilland*. Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., «La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas...», *op. cit.*, p. 35, notas 17 y 18.

creación o el reforzamiento de una posición dominante constituía el *requisito previo y necesario* para determinar si se obstaculizaba o no significativamente la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo<sup>140</sup>. De ahí que la Comisión centrara sus esfuerzos en comprobar la presencia de ese elemento de la posición de dominio, que, desde un punto de vista económico, viene siendo considerado como un concepto estático, ligado al análisis de factores meramente estructurales como lo son las cuotas de mercado<sup>141</sup>.

Precisamente, esto último impedía a las autoridades comunitarias incluir en el análisis general de la licitud/ilicitud de las operaciones de concentración otros factores dinámicos que compensaran o contrarrestaran los efectos nocivos de la posición de dominio como es el caso de la eficiencia económica o la excepción de la empresa en crisis<sup>142</sup>.

Por consiguiente, la evaluación de las operaciones de concentración realizada por la Comisión consistía básicamente en un análisis estructural, limitado al estudio de ciertos factores tales como las cuotas del mercado y el nivel de concentración en el momento de realizarse la operación de concentración, y la estructura que existiría en el mercado de referencia si la operación no se llevara a cabo.

No obstante, la comprobación del elemento fáctico como requisito *sine qua non* para continuar con el análisis de la

---

<sup>140</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., «La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas...», *op. cit.*, p. 20.; MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas...*, *op. cit.*, p. 318; BRIONES, J./FOLGUERA, J./FONT, A.N./AVARRO, E., *El control de concentraciones...*, *op. cit.*, p. 156; HERNANDEZ RODRIGUEZ, F., «La posición dominante conjunta...», *op. cit.*, p. 103; COMISION EUROPEA, *XIX Informe sobre la política de competencia (1989)*, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades europeas, 1990, núm. 16, p. 35.

<sup>141</sup> Vid. BORREL ARQUE, J.R./COSTAS COMESAÑA, A., «La política europea de control de concentraciones en entredicho...», *op. cit.*, p. 205.

<sup>142</sup> Vid. *Infra* III y IV.

operación dificultaba el camino a seguir por la Comisión Europea para lograr su tarea fundamental de garantizar el mantenimiento de una competencia efectiva de la que derivasen beneficios para el bienestar general. Además, por medio del criterio de dominio sólo se evitaba la formación o el fortalecimiento de una posición de dominio individual o colectiva, dejando a la deriva el sistema de control preventivo ante cualquier otro medio diferente de obstaculización de la competencia efectiva en el mercado único<sup>143</sup>.

Lo anterior explica que se pusiera en marcha un proceso de reforma de la normativa comunitaria de control de concentraciones. Como constataremos a continuación, los vacíos normativos en cuanto a las posiciones de dominio colectivas y los nuevos desarrollos de la teoría económica en lo que atañe al oligopolio, propiciaron el cambio sustantivo más importante de la normativa de control de concentraciones desde que estas normas vieron la luz en la Unión Europea hace ya veinticinco años: la promulgación del Reglamento 139/2004 con el que se introdujo un nuevo criterio sustantivo de evaluación.

### **3. El proceso de gestación del Reglamento 139/2004**

#### **3.1 Preliminar**

Antes de analizar el proceso de reforma del test de dominio, conviene al menos apuntar algunas características del sistema de control comunitario de las operaciones de concentración, toda vez que ello nos ayudará a comprender la complejidad de dicho proceso. Primeramente, es importante destacar que este sistema se enmarca en una de las vertientes más críticas del Derecho comunitario de defensa de la competencia, debido a la reticencia

---

<sup>143</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., «La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas...», *op. cit.*, pp. 21 y ss.

de los Estados miembros de dotar a la Comisión Europea de amplias competencias en política industrial. Además, es necesario tener en cuenta que el sistema de control de concentraciones es reciente en comparación con el control de las conductas anticompetitivas que se estableció en 1957 con la firma del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea y respecto del cual se han publicado un mayor número de Comunicaciones (prácticas colusorias y abusos de posición de dominio). Asimismo, hemos de destacar la gran transcendencia de las operaciones de concentración de empresas para el desenvolvimiento de una competencia efectiva en el mercado único europeo. Y finalmente, conviene señalar que el examen *ex ante* de las operaciones de concentración de empresas exige el uso de herramientas económicas y una ulterior valoración jurídica, lo que dota de singularidad al asunto del control de las concentraciones aquí analizado<sup>144</sup>.

### **3.2 El Libro Verde de la Comisión sobre la revisión del Reglamento 4064/89**

Una de las cuestiones que hicieron correr más ríos de tinta en el proceso de reforma del Reglamento 4064/89 fue el debate sobre la posibilidad o no de modificar el criterio sustantivo de dominio fijado en el artículo 2 del Reglamento 4064/89<sup>145</sup>, que, además, había sido adoptado por la mayoría de las legislaciones nacionales de los Estados miembros, pese a la inexistencia de una norma comunitaria que obligase a ello.

---

<sup>144</sup> Vid. JIMENEZ LAIGLESIA, J./JIMENEZ LAIGLESIA, J.M., «La revisión del análisis comunitario europeo de concentraciones horizontales...», *op. cit.*, pp. 222 y ss.

<sup>145</sup> Vid. BERENGUER FUSTER, L., «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento...», *op. cit.*, p. 101.



El debate sobre el cambio de criterio se inició por la Comisión Europea con la publicación del Libro Verde sobre la revisión del Reglamento 4064/89 en 2001(en adelante, Libro Verde)<sup>146</sup>, en un contexto en el que las operaciones de concentración de empresas eran proclives a alcanzar una dimensión supracomunitaria debido a la creciente globalización de los mercados<sup>147</sup>. En concreto, la Comisión Europea examinaba en el Libro Verde la conveniencia de reemplazar el test de dominio por el de la disminución sustancial de la competencia (*substantial lessening of competition*). La diferencia entre ambos es evidente: según el criterio de dominio, la declaración de incompatibilidad con el mercado comunitario de una operación de concentración exige la concurrencia de dos elementos: 1º) la creación o formación de una posición de dominio individual o colectiva y 2º) la producción de un obstáculo significativo para una competencia efectiva. En cambio, para el criterio de la disminución sustancial de la competencia, basta que una operación de concentración lesione sustancialmente la competencia para que se declare incompatible y contraria al orden concurrencial, independientemente que dé lugar o no a la creación de una posición de dominio en el mercado.

A fin de valorar la pertinencia o no del cambio del criterio de dominio, la Comisión ponderaba su incidencia en aspectos de índole procesal y sustantiva o material<sup>148</sup>. Desde una *perspectiva procesal*, consideraba que la acogida del criterio de la disminución sustancial de la competencia en Europa coadyuvaría a la

<sup>146</sup> Vid. COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde sobre la revisión del Reglamento 4064/89*, Bruselas, 11.12.2001, COM (2001). Para un estudio estadístico del trabajo realizado por la Comisión Europea hasta ese momento véase ESTEVA MOSSO, C., «El Libro Verde sobre la reforma del Reglamento...», pp. 83 y ss. También: BELLO MARTIN-CRESPO, M.P., «La segunda reforma del Reglamento comunitario sobre el control de concentraciones...», en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, tomo 23, pp. 1127 y ss.; BERENQUER FUSTER, L., «La reforma del reglamento de concentraciones...», *op. cit.*, pp. 349 a 357.

<sup>147</sup> Libro Verde, apartado 167.

<sup>148</sup> Libro Verde, apartado 159.

coordinación y la convergencia de los parámetros de evaluación de las concentraciones empleados por las autoridades de competencia más importantes; en particular, por las estadounidenses (la *Federal Trade Commission*, FTC y el *Department of Justice*, DOJ). Según la Comisión, la ventaja de contar con una coordinación de criterios sustantivos ayudaría a la elaboración de una norma global encaminada a analizar las operaciones de concentración dotadas de dimensión mundial, cuyos mercados de referencia trascienden las fronteras del mercado común europeo<sup>149</sup>. Sin embargo, al mismo tiempo advertía que la coordinación con otras autoridades de la competencia por medio del cambio del test de dominio presentaba la desventaja de generar inseguridad jurídica a las empresas participantes en la concentración en el momento de pronosticar el resultado del control comunitario. Y es que tanto la práctica de la Comisión como la jurisprudencia comunitaria se centraban únicamente en el análisis de la posición de dominio, mientras que el test de la disminución sustancial de la competencia era notablemente más amplio, posibilitando tomar en consideración todo efecto nocivo para la competencia efectiva dimanante de la operación de concentración evaluada<sup>150</sup>.

Desde una *perspectiva sustantiva*, la Comisión ponía de manifiesto su conformidad con el test de dominio, sobre la base de que había mostrado suficiente flexibilidad para adaptarse a la evolución de la teoría económica. Según la Comisión, ello se infería principalmente de la aptitud del Reglamento 4064/89 para controlar las concentraciones empresariales de las que derivaba una posición de dominio individual (lo que prevenía la formación de monopolios) o colectiva (lo que evitaba la creación o consolidación

---

<sup>149</sup> Libro Verde, apartado 160.

<sup>150</sup> Vid. BERENGUER FUSTER, L., «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento...», *op. cit.*, pp. 101 y ss.

de oligopolios colusorios). Lo anterior llevaba a la Comisión a concluir que el criterio de dominio y el de la disminución sustancial de la competencia eran prácticamente similares, ya que ambos permitían hacer frente a los mismos efectos nocivos para la competencia efectiva<sup>151</sup>.

Por último, la Comisión Europea se planteaba en el Libro Verde el supuesto (hasta ese momento hipotético) de una operación de concentración que, aunque nociva para la competencia, no daba lugar ni a una posición de dominio individual ni colectiva. En rigor, este nuevo asunto hacía referencia a los riesgos competitivos que dimanaban de los *oligopolios no colusorios*. En concreto, el Ejecutivo se preguntaba si el criterio de dominio abarcaba o no el caso hipotético de que la empresa resultante de la concentración pudiera incrementar unilateralmente los precios al ejercer su poder económico, sin que disfrutara para ello de una situación de privilegio en el mercado de referencia. En su opinión, dicha situación podía generarse en una concentración entre el segundo y tercer operador de un mercado en el que ambos son sustitutos próximos o cercanos.

Al respecto, la Comisión manifestaba que el criterio de la disminución sustancial de la competencia se adecuaría mejor a dicho supuesto, en especial cuando las condiciones del mercado no llevaran a constatar la existencia de una posición de dominio colectiva. Ciertamente es que en el Libro Verde la Comisión se limitaba a afirmar que dicho caso resultaba interesante desde un punto de vista hipotético, pero que por el momento no se había encontrado frente a los denominados efectos unilaterales de los oligopolios no colusorios y, en todo caso, destacaba que el criterio de dominio no había presentado grietas importantes en el alcance de los efectos anticompetitivos<sup>152</sup>. Con ello parece que el Ejecutivo comunitario se

---

<sup>151</sup> Libro Verde, apartados 162 y ss.

<sup>152</sup> Libro Verde, apartado 165 y ss.

inclinaba por reconocer la aptitud del criterio de dominio para controlar las maniobras concentracionistas que no originaban una posición de dominio individual ni conjunta, aunque sí perjudiciales para el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado.

Las respuestas a la consulta pública sobre los motivos del posible cambio del criterio de dominio por el de la disminución sustancial de la competencia formulados en el Libro Verde de 2001 no tardaron en llegar. Entre ellas, se identificaban claramente dos posturas<sup>153</sup>.

La primera defendía el mantenimiento del criterio de dominio y fue acogida tanto por las autoridades de competencia comunitarias como por los representantes de la industria. Los partidarios de esta solución fundamentaban principalmente su postura en que con la aplicación del criterio de dominio se habían alcanzado básicamente los mismos resultados que los que se obtendrían con el criterio de la disminución sustancial de la competencia, lo que había quedado suficientemente demostrado con la utilidad del test de dominio en la prevención y el control de las posiciones de dominio colectivas<sup>154</sup>.

La segunda postura se decantaba por sustituir el criterio de dominio por el de la disminución sustancial de la competencia, siendo sostenida por algunas firmas de abogados y académicos. Desde este punto de vista, se partía de considerar que el criterio de dominio centraba su análisis en la estructura del mercado, es decir, en la determinación de si la operación de concentración creaba o

---

<sup>153</sup> Vid. <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments.html>.

<sup>154</sup> Vid. BERENQUER FUSTER, L., «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento...», *op. cit.*, pp. 102 y ss.; SOLANA GONZALEZ, G., «Diferencias entre Estados Unidos y la Unión Europea en materia de control de concentraciones», en *Anuario de la competencia*, núm. 1, 2001, pp. 25 a 44; CALVIÑO SANTAMARIA, N., «El Reglamento 139/2004: novedades sustantivas...», *op. cit.*, pp. 76; ESTAVA MOSSO, C., «El Libro Verde sobre la reforma...», *op. cit.*, pp. 89 ss.; MARTINEZ LAGE, S. «La reforma del Reglamento...», pp. 7 y ss.

reforzaba una posición de dominio; de modo que sólo ante la existencia de ésta era posible continuar el análisis en torno a si se obstaculizaba o no la competencia efectiva. En cambio, el criterio de la disminución sustancial de la competencia permitía un análisis más dinámico, al no ser necesario probar la existencia de una posición de dominio, bastando con determinar si la concentración producía o no un daño sustancial y permanente para la competencia.

Además, según esta segunda forma de entender el asunto, la posición de dominio se concebía como un *concepto estático* ligado al análisis de la estructura del mercado. En consecuencia, dicho análisis sólo describe el hecho de que una o varias empresas poseen una cuota de mercado elevada en un momento determinado y, por ende, únicamente permite constatar una posición de dominio individual o colectiva. En cambio, el criterio de la disminución sustancial de la competencia favorece una adaptación a las nuevas teorías económicas y a la realidad empresarial. A su vez, este otro criterio facultaba la toma en consideración de factores tanto estructurales como no estructurales, tales como la valoración de las sinergias o beneficios económicos para los consumidores que emanan de la operación de concentración en cuestión<sup>155</sup>.

Finalmente, este grupo ponía en entredicho que tanto el criterio de dominio como el de la disminución sustancial de la competencia permitiesen llegar al mismo resultado. A su juicio, así lo corroboraba la operación de concentración entre *General Electric* y *Honeywell*, de la que se conoció a ambos lados del Atlántico. Mientras que la División *antitrust* del DOJ autorizó la operación al estimar que daba lugar a eficiencias trasladables a los

---

<sup>155</sup> Vid. JIMENEZ LAIGLESIA, J./JIMENEZ LAIGLESIA, J.M., «La revisión del análisis comunitario europeo de concentraciones horizontales...», *op. cit.*, pp. 224 ss.; COSTAS COMESAÑA A., «La política europea de control de concentraciones en entredicho...», *op. cit.*, pp. 205 ss.

consumidores, la Comisión Europea, por el contrario, la declaró incompatible por entender que generaba una posición dominante perjudicial para la competencia y, por ende, para los consumidores<sup>156</sup>.

### 3.3 El caso *Airtours/First Choice*

#### 3.3.1 Presentación

En 2002 el Tribunal de Primera Instancia publicó las sentencias *Airtours*, *Schneider* y *Tetra Laval* mediante las cuales se anulaban las decisiones de la Comisión prohibitivas de dichas operaciones de concentración<sup>157</sup>. Especialmente, la sentencia *Airtours contra Comisión* tuvo gran importancia en el debate suscitado en torno al cambio del criterio de evaluación o test sustantivo<sup>158</sup>. En ella el Tribunal de Primera Instancia criticó

---

<sup>156</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 3 de julio de 2001, asunto COMP/M.2220 - *General Electric/Honeywell*, en DOUE L 48, 18.2.2004, considerandos 341 y ss.; SOLANA GONZALEZ, G., «Diferencias entre Estados Unidos y la Unión Europea...», *op. cit.*, pp. 38 y ss.; PLATT MAJORAS, D., «GE-HONEYWELL: THE U.S. DECISION», 2001, disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/9893.pdf>.

<sup>157</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 6 de junio de 2002, asunto T-342/99 - *Airtours contra Comisión*, en Rec. 2002, pp. II-2585 y ss.; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 22 de octubre de 2002, asunto T-77/02 - *Schneider Electric SA contra Comisión*, en Rec. 2002, pp. II-04201 y ss.; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 25 de octubre de 2002, asunto T-5/02 - *Tetra Laval BV contra Comisión*, en Rec. 2002, pp. 04381 y ss. También al respecto: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 11 de julio de 2007, asunto T-351/2003 - *Schneider Electric SA c. Comisión* (en la que el TPI sostiene por vez primera la existencia de responsabilidad extracontractual de la Comisión en materia de control de concentraciones); MARTINEZ MATA, Y., «La saga Schneider: un final decepcionante», en *Anuario de la competencia*, núm. 1, 2009, pp. 333 a 351; CHARRO NICOLAS, P., «Reseña de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 2007, As. T-351/2003, *Schneider Electric SA c. Comisión*», en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 2, 2008, pp. 329 a 334; ARTS, D., «'Schneider' and the non-contractual liability of the European Community in the Field of merger control ECJ: case C-440/07P *Commission v Schneider*», en *Journal of European Competition Law & Practice*, núm. 1, 2010, pp. 27 a 30.

<sup>158</sup> Sobre el caso *Airtours* vid. COSTAS COMESAÑA, A./BORREL ARQUE, J.R., «La política europea de control de concentraciones en entredicho...», *op. cit.*, pp. 213 y ss.;

duramente a la Comisión por el uso extensivo y desmesurado que había realizado del concepto de posición de dominio colectiva. Y es que en su Decisión la Comisión intentó sin éxito ampliar la noción de posición de dominio colectiva a los efectos unilaterales en los oligopolios no colusorios, es decir, al supuesto hipotético al que, como hemos visto, se hacía ya alusión por la Comisión en el Libro Verde de 2001<sup>159/160</sup>.

### 3.3.2 La decisión de la Comisión Europea

El 29 de abril de 1999 la Comisión Europea fue notificada del proyecto de concentración consistente en la adquisición de control por la empresa británica *Airtours* de su rival *First Choice*, mediante una oferta pública de adquisición. La operación de concentración suponía la consolidación de un nuevo operador entre las tres principales empresas en el mercado británico de viajes combinados al extranjero hacia destinos cercanos. Con tal propósito, la Comisión realizó un *análisis estático*, basado de manera primordial en la valoración de ciertas características del mercado relevante,

---

MARTÍNEZ GARCÍA, C., «El caso *Airtours*: ¿una nueva definición de dominio colectivo?», *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 1999, pp. 335 a 350; FEDDERSEN, C./O'DONOGHUE, R., «Case T-342/99, *Airtours plc. v. Commission*, Judgment of the Court of First Instance of 6 June 2002, nyr», en *Common Market Law Review*, volumen 39, núm. 5, 2002, pp. 1171 a 1185. Además: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 9 de septiembre de 2008, asunto T-403/05 - *MyTravel Group PLC contra Comisión*, en Rec. 2008, pp. II-2027 (en la que el TPI desestima el recurso interpuesto por MyTravel Group –anteriormente, *Airtours*– solicitando la responsabilidad extracontractual de la Comisión); LAGUNA DE PAZ, J.C., «Responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea en materia de concentraciones empresariales, a propósito de la STPI de 9 de septiembre de 2008, asunto *Airtours*», en *Revista de Derecho de la competencia y distribución*, núm. 4, 2009, pp. 247 a 256.

<sup>159</sup> Vid. Decisión de la Comisión, de 22 de septiembre de 1999, asunto IV/M.1524 – *Airtours/First Choice*, en DOUE L 93, 13.4.2000, considerandos 51 y ss.

<sup>160</sup> En este sentido, vid. BERENGUER FUSTER, L., «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento... », *op. cit.*, p. 104; KOKKORIS, I., *Merger Control in Europe: The gap in the EC MR...*, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

principalmente en las cuotas de mercado que se configurarían tras la realización de la operación de concentración<sup>161</sup>.

Inicialmente, el Ejecutivo comunitario comprobó que de efectuarse la operación notificada, la empresa resultante obtendría en el mercado afectado una cuota similar a la del operador principal, *Thomson*, de aproximadamente un 30%, y, a su vez, una cuota superior a la de su otro operador próximo, *Thomas Cook*, que era de un 20%. De ahí que la Comisión argumentara que tras la operación de concentración los tres operadores británicos de mayor dimensión alcanzarían una cuota cercana al 80% en el mercado relevante, lo que inevitablemente reducía el incentivo de competir entre ellos<sup>162</sup>.

De forma adicional, la Comisión Europea tuvo en cuenta otras características del mercado afectado por la concentración. En particular, estimó: a) que el mercado en el que operaban los tres principales tour operadores británicos era transparente, pues las empresas tenían estructuras y costes de operación similares, lo que propiciaría la adopción de comportamientos paralelos; b) que la estructura presentaba ciertos factores de disuasión, así como la posibilidad de represalias en el caso que uno de los tres grandes operadores turísticos optara por competir; y, finalmente, c) que la capacidad de reacción de los pequeños competidores reales y potenciales era nula en razón de las barreras que persistían en el mercado<sup>163</sup>.

---

<sup>161</sup> Vid. Decisión de la Comisión, de 22 de septiembre de 1999, asunto IV/M.1524 - *Airtours/First Choice*, considerandos 1 y ss.; BORREL ARQUE, J.R./COSTAS COMESAÑA, A., «La política europea de control de concentraciones en entredicho...», *op. cit.*, p. 215.

<sup>162</sup> Vid. Decisión de la Comisión, de 22 de septiembre de 1999, asunto IV/M.1524 - *Airtours/First Choice*, considerandos 72 y ss.

<sup>163</sup> Decisión de la Comisión, de 22 de septiembre de 1999, asunto IV/M.1524 - *Airtours/First Choice*, considerandos 168 a 72. También: ORTIZ BLANCO, L./MAILLO GONZANLEZ-ORUS, J./IBAÑEZ COLOMO, P./LAMADRID DE PABLO, A., *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 310.



Basándose en los resultados obtenidos en su evaluación y fundamentalmente en el análisis estático de las cuotas de mercado, la Comisión prohibió la operación de concentración, pues, a su juicio, de materializarse ésta se constituiría un *oligopolio dominante* entre la nueva entidad –*Airtours/First Choice*–, *Thomson y Thomas Cook*, lo que obstaculizaría significativamente la competencia efectiva. En tal sentido, argumentó que para la constatación de la existencia de una posición de dominio colectiva no era necesaria la colusión entre las empresas del oligopolio. Bastaba simplemente que, a causa de la concentración, las empresas adoptaran conductas individuales que redujeran significativamente la competencia, actuando con independencia de los competidores, clientes y consumidores<sup>164</sup>.

A la vista de lo expuesto, cabe concluir que en la decisión *Airtours/First Choice* la Comisión Europea aplicó de un modo arbitrario el criterio de dominio al caso hipotético aludido en el Libro Verde. En efecto, trató de controlar lo que cabría denominar *la tercera generación de efectos anticompetitivos* en el control europeo de las concentraciones de empresas, esto es, los efectos unilaterales en los mercados oligopolísticos no colusorios. Tales efectos aluden al supuesto de que la operación de concentración no crea ni refuerza una posición de dominio individual o colectiva pero dota a la empresa resultante de la operación de un *poder de mercado* susceptible de poner en peligro la competencia efectiva. Esto implica que la empresa resultante de la concentración *sin necesidad de ser el líder del mercado o de coordinar su actividad con terceras empresas puede comportarse unilateralmente*

<sup>164</sup> Vid. Decisión de la Comisión, de 22 de septiembre de 1999, asunto IV/M.1524 - *Airtours/First Choice*, considerandos, considerandos 53 y 54 (la Comisión afirmaba que el hecho que los competidores actúen de forma paralela no constituye una condición necesaria para la existencia de una posición dominante colectiva). En este sentido: BERENGUER FUSTER, L., «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento... », *op. cit.*, pp. 104 y ss.; JIMENEZ LAIGLESIA, J./JIMENEZ LAIGLESIA, J.M., «La revisión del análisis comunitario europeo de concentraciones horizontales...», *op. cit.*, pp. 232 y ss.

respecto de los competidores reales, los potenciales y los consumidores, que se ven así impedidos a desempeñar su tarea de *fuerza de control*. Como veremos, estas son las circunstancias que, *prima facie*, reúne esta operación de concentración, ya que en el mercado no estaban presentes ciertos factores que ayudan a las empresas a actuar de forma conjunta, ni la nueva entidad de la concentración lograba el liderazgo del mercado.

### 3.3.3 La sentencia del Tribunal de Primera Instancia

La decisión fue recurrida. En la sentencia dictada en respuesta a dicho recurso el Tribunal de Primera Instancia sostuvo que la Comisión no había probado la existencia de una posición de dominio colectiva que obstaculizara la competencia efectiva y, en suma, que el análisis realizado por la Comisión en su decisión se veía aquejado de múltiples patologías.

Primeramente, el Tribunal delimitó en qué casos surge una posición de dominio colectiva obstaculizadora significativamente de la competencia efectiva, aproximando aún más el concepto formulado en el asunto *Gencor* a la teoría económica sobre la colusión tácita. Al respecto, afirmó que ello ocurre cuando: *«...habida cuenta de las propias estructuras del mercado de referencia y la modificación que provocaría en su estructura la realización de la operación, ésta daría lugar a que cada miembro del oligopolio dominante, siendo consciente de los intereses comunes, considerase posible, económicamente racional y por tanto preferible adoptar de manera duradera una misma línea de acción en el mercado, con el fin de vender por encima de los*

*precios competitivos, sin necesidad de celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada en el sentido del artículo 81»<sup>165</sup>.*

Ahora bien, Tribunal de Primera Instancia precisó que para el surgimiento de una misma línea de acción en el mercado, esto es, de una colusión tácita entre las empresas oligopolísticas que les faculte a ejercer un poder de mercado conjunto, debían de concurrir los tres presupuestos que fijó en su momento George Stigler. Así, el Tribunal de Primera Instancia precisó que para constatar la presencia de una posición de dominio colectiva era necesaria la concurrencia de los tres requisitos siguientes<sup>166</sup>:

1º) En primer lugar, todos los miembros del oligopolio han de conocer el comportamiento del resto de miembros a fin de comprobar si están siguiendo o no la política común. Para ello no basta que las empresas sean conscientes de que pueden beneficiarse de un comportamiento interdependiente en el mercado, sino que deben contar con un *mecanismo de control de conductas* que les permita conocer si todas las empresas del oligopolio adoptan y mantienen la misma línea de acción. La transparencia debe ser, por tanto, suficientemente precisa e inmediata.

2º) En segundo lugar, es necesario que la coordinación tácita se mantenga en el tiempo, esto es, que sea duradera. Esto supone que todos los miembros del oligopolio han de tener un incentivo a no apartarse del comportamiento paralelo, pues sólo de esta forma pueden obtener beneficios supracompetitivos. Por consiguiente, es indispensable que las empresas dispongan de un *mecanismo de represión* en el caso que una empresa se desvíe –o haga trampas–

---

<sup>165</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 6 de junio de 2002, asunto T-342/99 - *Airtours contra Comisión*, considerando 61. En este sentido: BORREL ARQUE, J.R./COSTAS COMESAÑA, A., «La política europea de control de concentraciones en entredicho...», *op. cit.*, p. 214.

<sup>166</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 6 de junio de 2002, asunto T-342/99 - *Airtours contra Comisión*, considerando 60.

de los términos de la coordinación. De modo que cuando una empresa aplique una estrategia competitiva a fin de incrementar su cuota de mercado, las empresas rivales responderán de forma idéntica a fin de frustrar su iniciativa.

3º) Por último, para que pueda formarse o consolidarse una posición de dominio en el mercado es esencial que *la reacción previsible* de los competidores reales, los potenciales y los consumidores, radique en adoptar una conducta pasiva y no ejercer su fuerza de control ante el comportamiento común del oligopolio.

Seguidamente, el Tribunal procedió a analizar los argumentos expuestos por la Comisión en su decisión. En particular, comprobó que el estudio estático de las cuotas de mercado realizado por la Comisión no era acorde con la realidad del mercado en el que se desenvolvían los tres principales operadores turísticos británicos, ya que sus cuotas tenían la peculiaridad de la volatilidad, es decir, variaban rápidamente en el tiempo. Ejemplo de ello era el operador *Thomas Cook* que creció intensamente en el mercado británico con anterioridad a la operación de concentración hasta que alcanzó el 20% del total de ventas que en éste se realizaban.

A su vez, el Tribunal de Primera Instancia efectuó un análisis de las características que la Comisión atribuyó al mercado británico en cuestión, no corroborando ninguna de ellas. Para el Tribunal el mercado no era transparente debido a la volatilidad de la demanda que obstaculizaba a los operadores para discernir si el resto de competidores se comportaban según las exigencias de la demanda o, por el contrario, se separaban de la política común. Al mismo tiempo, demostró que los tres grandes operadores turísticos británicos no contaban con un mecanismo de castigo ante el incumplimiento de un acuerdo tácito entre ellos, debido a la

dificultad de aumentar de manera expedita la capacidad de la oferta para contrarrestar la conducta *procompetitiva* del operador que se separara del acuerdo. Por último, sostuvo que los competidores reales y potenciales de las empresas afectadas por la operación de concentración eran capaces de expandirse o ingresar en el mercado ante la adopción de cualquier comportamiento anticompetitivo.

En suma, es posible concluir que la sentencia *Airtours contra la Comisión* fue de vital importancia en el proceso de revisión del Reglamento 4064/89 por cuanto que ayudó considerablemente a marcar el horizonte a seguir a las autoridades comunitarias. En especial, reveló la necesidad de un cambio de criterio que dotara a la autoridad comunitaria de control de todas las armas posibles para proteger el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado único europeo frente a maniobras de concentración susceptibles de lesionarla. El Tribunal de Primera Instancia pone al descubierto en esta resolución la existencia de una laguna en el criterio de dominio, al no ser adecuado para controlar los efectos unilaterales que emergen de los oligopolios no colusorios. Asimismo, el Tribunal realiza un aporte sustancial al desarrollo y la evolución del concepto de posición de dominio conjunta o colectiva y, en consecuencia, al tratamiento de la colusión tácita en los mercados oligopolísticos. En concreto, delimita el alcance de dicho concepto al acoger la teoría Stigleriana en el control europeo de concentraciones de empresas, sosteniendo sin fisuras que el mercado debe reunir ciertas condiciones que faciliten a las empresas oligopolistas comportarse de forma paralela en un determinado sector económico. Por consiguiente, el Tribunal también limita la discrecionalidad que la jurisprudencia comunitaria reconoció con anterioridad a la Comisión Europea en el examen de los mercados oligopolísticos y, de esta manera, previene cualquier uso indebido de la noción de dominancia colectiva o conjunta por la

autoridad *antitrust* en aplicación de la normativa de control de concentraciones<sup>167</sup>.

### 3.4 La propuesta de Reglamento de la Comisión y el debate en el seno del Consejo

Tras la *sentencia Airtours contra Comisión* con la que, como acabamos de ver, se puso en entredicho la idoneidad y capacidad del criterio de dominio para controlar la concentración por la que se adquiere un poder de mercado suficiente para perjudicar el mantenimiento de una competencia efectiva, la autoridad comunitaria publicó su propuesta de Reglamento el 28 de enero de 2003<sup>168</sup>. En ella se mantenía el criterio de dominio previsto en el artículo 2 del Reglamento 4064/89 pero con la peculiaridad de que se le agregaba un cuarto apartado con vistas a controlar los comportamientos unilaterales en mercados oligopolísticos no colusorios. Este apartado disponía:

*«A efectos del presente Reglamento se considerará que una o varias empresas ocupan una posición de dominante si utilizan su fortaleza económica, ya sea de forma coordinada o no, para ejercer una influencia apreciable y prolongada sobre los parámetros de la competencia y, en particular, sobre los precios, la producción, la calidad de la producción, la distribución, o para restringir la competencia de manera apreciable»*<sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> En este sentido: BORREL ARQUE, J.R./COSTAS COMESAÑA, A., «La política europea de control de concentraciones en entredicho...», *op. cit.*, p. 214; HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, p. 142.

<sup>168</sup> Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones de empresas, en DOUE C 20, 28.1.2003, pp. 4 y ss.

<sup>169</sup> Las cursivas son propias.

Asimismo, la Comisión reforzaba la posibilidad de controlar los efectos unilaterales en un nuevo apartado 21. En el disponía expresamente que la noción de posición de dominio debía cubrir los supuestos en que, debido a la estructura oligopolística del mercado y a la interdependencia resultante de la concentración, una o varias empresas disfrutaban de un poder de mercado que les permite alterar las condiciones de la competencia.

En rigor, con estos preceptos la Comisión intentaba alinearse a los principios fijados por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia *Airtours*. Con tal propósito, perfiló un nuevo concepto de posición de dominio diferente del elaborado a raíz de la jurisprudencia dictada en aplicación del artículo 102 TFUE. Naturalmente, estas propuestas conllevaban una renuncia a la jurisprudencia comunitaria con la que hasta ese momento se contaba, así como una divergencia injustificada con la noción de dominancia aplicada en el ámbito del artículo 102 TFUE, pues dicho concepto se utilizaría exclusivamente en el terreno del control de las concentraciones de empresas.

Junto a la postura de la Comisión, que no ganó demasiados simpatizantes, en el seno del Consejo los Estados miembros se alinearon en diferentes posiciones<sup>170</sup>. Una de las más acentuadas fue la alemana, que sostuvo la ausencia de motivos para modificar el test de dominio fijado en el Reglamento 4064/89. Alemania argumentaba que dicho test había mostrado flexibilidad, al permitir que el control comunitario alcanzase a los oligopolios colusorios bajo el concepto de posición de dominio colectiva. Además, añadía que el criterio de dominio era el acogido por la mayoría de los Estados miembros en sus legislaciones nacionales, de modo que

---

<sup>170</sup> CALVIÑO SANTAMARIA, N., «El Reglamento 139/2004: novedades sustantivas...», *op. cit.*, pp. 77 y ss.; MARTINEZ LAGE, S., «El nuevo reglamento sobre el control de concentraciones», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 229, enero/febrero 2004, pp. 3 a 13.

su modificación generaría importantes discordancias. Al mismo tiempo, alegaba que su sustitución por el test de la disminución sustancial de la competencia conduciría a desaprovechar la rica praxis y jurisprudencia comunitaria que se había ido desarrollando en torno a la noción de posición de dominio. En suma, concluía que la solución para cubrir la supuesta laguna que existía en el control de los comportamientos unilaterales en los mercados oligopolísticos debía ser de índole práctica. En el fondo, no se oculta que esta postura mostraba una clara renuencia a otorgar mayor discrecionalidad a la Comisión Europea mediante la adopción del criterio más amplio de la disminución sustancial de la competencia, pues se pensaba que dicho test facilitaría la prohibición de un mayor número de proyectos de concentración.

Otra posición destacada fue la inglesa, favorable a acoger el criterio de la disminución sustancial de la competencia. En su opinión, si bien era cierto que el test de dominio estaba asentado en la mayoría de los Estados miembros de la Unión, no menos verdad era que existían ciertos Estados que optaban por el test de la disminución sustancial de la competencia (Reino Unido e Irlanda) y otros test asimilables (España, Francia y Grecia), por lo que no era correcto hablar de disfunciones. Asimismo, criticaba la postura de la Comisión de contar con una noción de dominio *ex profeso* para el control de concentraciones, ya que esto implicaría una más que probable contaminación del artículo 102 TFUE o viceversa. Por último, declaraba Reino Unido que la adopción de este criterio permitiría un análisis más dinámico y cubriría la laguna de los efectos unilaterales en mercado oligopolísticos. Precisamente, el asunto norteamericano conocido como *baby food* había puesto al descubierto esta clase de efectos y, en general, había llamado la atención sobre los riesgos para la libre competencia que entrañan



los oligopolios no colusorios<sup>171</sup>. La operación consistía en la concentración entre el segundo (*Heinz*) y el tercer operador (*Beech-Nut*) del mercado de alimentos para bebés. Las cuotas de mercado de las empresas participantes eran del 17.4% y el 15.4% respectivamente, mientras que el líder del sector (*Gerber*) ostentaba una cuota entre el 65% y 70%. Por tal motivo, la FTC se opuso a la concentración, considerando que tras la misma desaparecería la competencia entre las partes que habían entrado en disputa por el segundo lugar en el mercado y, en consecuencia, que tras la operación la nueva entidad sería capaz de incrementar los precios unilateralmente. Si bien es cierto que este asunto ponía de manifiesto la idoneidad del criterio de la disminución sustancial de la competencia para controlar los efectos unilaterales, su adopción en el sistema comunitario de control de concentraciones implicaba una renuncia a la praxis o jurisprudencia comunitaria en torno al concepto de posición de dominio alcanzado bajo la vigencia del Reglamento 4064/89.

Junto a las anteriores posturas más extremas, existió una tercera de carácter intermedio –es decir, de compromiso o *equilibrio*–, defendida por Francia, España e Irlanda. Según este punto de vista, era necesario adoptar un criterio que permitiera una mayor flexibilidad en el análisis de la operación de concentración, sin menospreciar el rico acervo comunitario existente sobre la materia.

---

<sup>171</sup> *Vid.* U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *FTC v. H.J. Heinz Co.*, 116 F. Supp. 2d 190, action No.00-5362, disponible en: [http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/55AF86136DE47D6985256F7A00641B66/\\$file/00-5362a.txt](http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/55AF86136DE47D6985256F7A00641B66/$file/00-5362a.txt). En la doctrina: LEARY, T.B., «An inside look at the Heinz Case», en *Antitrust*, volumen 16, núm. 2, 2002, pp. 32 a 35 (disponible en: <http://www.ftc.gov/public-statements/2001/12/inside-look-heinz-case>).

#### 4. El nuevo criterio sustantivo del Reglamento 139/2004: la obstaculización significativa de la competencia efectiva

De las diferentes posturas que se discutieron en el seno del Consejo de la Unión Europea se llegó finalmente a una solución de consenso. Así suele suceder en cualquier materia del Derecho de defensa de la competencia en la Unión Europea, aunque cierto es que siempre ha existido una mayor dificultad en el ámbito del control de concentraciones, en donde los Estados miembros normalmente suelen mostrarse reticentes a dotar de mayores competencias a la Comisión Europea<sup>172</sup>.

El resultado de ese gran consenso se concretó en el artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento 139/2004, que pasó a acoger el criterio de la *obstaculización significativa de la competencia efectiva* como elemento evaluador de las operaciones de concentración de empresas.

Con esta fórmula de equilibrio se cubrió la laguna del Reglamento 4064/89 para regular los efectos unilaterales de los oligopolios no colusorios que perjudican el mantenimiento de una competencia efectiva. La adopción de este criterio supone, además, una aproximación al criterio de la disminución sustancial de la competencia norteamericano<sup>173</sup>, lo que coadyuva a la cooperación internacional entre las principales autoridades *antitrust*, que era uno de los propósitos perseguidos por el Libro Verde.

---

<sup>172</sup> Vid. JIMENEZ LAIGLESIA, J./JIMENEZ LAIGLESIA, J.M., «La revisión del análisis comunitario europeo de concentraciones horizontales...», *op. cit.*, pp. 223 y ss.; BERENQUER FUSTER, L., «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento... », *op. cit.*, pp. 83 y ss.

<sup>173</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Las concentraciones...*, *op. cit.*, p. 193; PEINADO GRACIA, J.I., «Variaciones sobre el nuevo régimen comunitario de concentraciones empresariales», en *Derecho de los Negocios*, año 15, núm. 170, 2004, pp. 5 a 24.

En rigor, el Consejo de la Unión Europea adoptó un «*criterio híbrido*» que engloba las ventajas tanto del test de dominio como del de la disminución sustancial de la competencia<sup>174</sup>.

Por una parte, este nuevo criterio se caracteriza por una mayor *flexibilidad*, al permitir a la autoridad *antitrust* realizar un análisis más dinámico de los efectos nocivos para la competencia dimanantes de una operación de concentración. Efectivamente, por mor de él dicha autoridad queda habilitada para declarar incompatibles con el mercado único y, en consecuencia, prohibidas no sólo las concentraciones que desembocan en posiciones de dominio individuales o colectivas, sino también aquellas otras que, sin crear o reforzar posición de dominio alguna, obstaculizan de forma significativa la competencia. Así lo declara el legislador comunitario en el Considerando 25 del Reglamento 139/2004, donde pone de manifiesto que el concepto de obstaculización significativa de la competencia establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 2 del Reglamento abarca no sólo los efectos anticompetitivos dimanantes de una posición de dominio, sino también los resultantes de un comportamiento no coordinado entre empresas que carecen de una posición dominante en el mercado de referencia<sup>175</sup>.

---

<sup>174</sup> Vid. SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, op. cit., p. 185; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Las concentraciones...*, op. cit., p. 193; BERENGUER FUSTER, L., «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento...», op. cit., pp. 106 y ss.; CALVIÑO SANTAMARIA, N., «El Reglamento 139/2004: novedades sustantivas...», op. cit., p. 77.

<sup>175</sup> En concreto, en el Considerando 25 se afirma lo siguiente: «Habida cuenta de las consecuencias que las concentraciones pueden tener en estructuras de mercado oligopolísticas, resulta particularmente necesario preservar la competencia efectiva en estos mercados. Si bien muchos mercados oligopolísticos presentan un elevado grado de competencia, en determinadas circunstancias las concentraciones que implican la desaparición de importantes presiones competitivas que las partes en la concentración ejercían entre sí, así como una reducción de la presión competitiva sobre los competidores restantes, pueden, incluso en ausencia de la probabilidad de coordinación entre los miembros del oligopolio, llegar a ser un obstáculo significativo para la competencia. Sin embargo, los Tribunales comunitarios no han interpretado expresamente, hasta ahora, que el Reglamento (CEE) n° 4064/89 requiera que las concentraciones que dan lugar a estos efectos no coordinados sean declaradas

Por consiguiente, el nuevo criterio introducido por el Reglamento 139/2004 engloba ahora la totalidad de los efectos anticompetitivos susceptibles de producirse sobre los mercados oligopolísticos, así como los casos en que la empresa resultante de la operación alcanza una posición de dominio en el mercado en el que opera. La actual normativa europea de control de concentraciones cubre, por tanto, los siguientes efectos negativos: a) por un lado, los *unilaterales*, que hacen referencia tanto al incremento del poder de mercado sin posición de dominio alguna, como a los casos de creación o reforzamiento de una posición de dominio individual, y b) por otro lado, los *coordinados*, que abarcan los supuestos de formación o consolidación de posiciones de dominio colectivas o conjuntas<sup>176</sup>.

Por otra parte, el cambio de criterio sustantivo no sólo permite tener en cuenta los eventuales efectos negativos que la operación de concentración produce sobre la competencia, sino que también faculta a ponderar determinados *factores compensatorios*, así denominados por su utilidad para contrarrestar dichos efectos negativos. Estos factores son: la ausencia de barreras de entrada, el poder de la demanda, la eficiencia económica y la excepción de la empresa en crisis. A todos ellos prestaremos atención en los capítulos segundo a quinto del presente trabajo.

---

incompatibles con el mercado común. Así pues, y en aras de la seguridad jurídica, debería aclararse que este Reglamento permite un control efectivo de tales concentraciones al establecer que toda concentración que obstaculice de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo debería declararse incompatible con el mercado común. El concepto de obstaculización significativa de la competencia efectiva establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 2 debe ser interpretado haciéndolo extensivo, más allá del concepto de posición de dominio, sólo a los efectos anticompetitivos de una concentración que resulten de un comportamiento no coordinado entre empresas que no tengan una posición dominante en el mercado relevante».

<sup>176</sup> Vid. Directrices sobre la evaluación de concentraciones horizontales, en DOUE C 31, 5.2.2004, apartados 22 y 23.

Por otro lado, es importante destacar que tras la entrada en vigor del Reglamento 139/2004, la Comisión Europea ha dado a conocer los parámetros que sigue en la evaluación de las operaciones de concentración de empresas. Para ello ha publicado los textos siguientes: a) las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales (en adelante, Directrices sobre Concentraciones Horizontales)<sup>177</sup>; b) las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones no horizontales (en adelante, Directrices sobre Concentraciones No Horizontales)<sup>178</sup>; y c) la Comunicación sobre las restricciones accesorias directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias para tal fin (en adelante, Comunicación sobre restricciones accesorias)<sup>179</sup>.

A la luz de lo anteriormente apuntado, es posible afirmar que con el actual criterio sustantivo contemplado en el Reglamento 139/2004 se dota a la Comisión Europea de un amplio margen de apreciación para valorar todos los efectos positivos y negativos resultantes de una concentración económica. Ahora bien, el juicio de incompatibilidad recae sólo en un *elemento de resultado anticoncurrencial*. Ello supone que para declarar la licitud o ilicitud de una operación de concentración de dimensión comunitaria es necesario evaluar si produce un obstáculo significativo para la competencia efectiva en el mercado único europeo o en una parte sustancial del mismo. De modo que la autoridad comunitaria ha de centrar su análisis en detectar todos los *efectos nocivos, duraderos y esenciales*, que emanan de una operación y que impiden la consecución de los *beneficios de interés general* inherentes a una

---

<sup>177</sup> Vid. *supra* nota 176.

<sup>178</sup> Vid. DOUE C 265, 18.10.2008, pp. 6 y ss.

<sup>179</sup> Vid. Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin, en DOUE C 56, 5.3.2005, pp. 24 a 31.

competencia efectiva como precios bajos, productos de calidad, amplia oferta de bienes y servicios e innovación de éstos.

Así pues, cabe afirmar que con el actual criterio de la obstaculización significativa de la competencia se confiere a la autoridad comunitaria de defensa de la competencia un *arma jurídica idónea* para garantizar el sistema de control preventivo en materia de concentraciones, incluso de aquellas que no dan lugar a la creación o el reforzamiento de una posición de dominio. A su vez, este criterio, por su amplitud, admite acoplarse a los cambios de la realidad económica empresarial y al desarrollo de la teoría económica. Sin que pueda pasarse por alto, en último lugar, que conserva el rico acervo de catorce años de praxis y jurisprudencia comunitaria que se consiguió con la aplicación del Reglamento 4064/89, el cual sirve de guía en la aplicación del nuevo Reglamento 139/2004. Nótese que el legislador comunitario, con la finalidad de ayudar a la realización de esta tarea, indica en el artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento 139/2004 que la posición de dominio es particularmente susceptible de generar un obstáculo significativo sobre la competencia efectiva, pero que ésta no es el único medio que pueda originar este resultado, lo que pone ya de manifiesto el cambio de enfoque que lleva a cabo el Reglamento 139/2004 respecto del derogado Reglamento 4064/89.

En definitiva, es posible concluir que, sin lugar a dudas, el cambio sustantivo más importante en los veinticinco años de existencia de un sistema europeo de control de concentraciones es precisamente la acogida del criterio de la obstaculización significativa de la competencia. Transcurridos diez años desde la introducción de este criterio, el libro Blanco de la Comisión de 2014 comienza valorando muy positivamente su incorporación al sistema de control de concentraciones por obra del Reglamento 139/2004. A juicio de la Comisión, la recepción de este criterio eliminó una

posible laguna en el sistema de control, pues con anterioridad a él no estaba claro si podían o no controlarse «los efectos contrarios a la competencia derivados de una concentración de dos empresas en un mercado oligopolístico en el que la entidad resultante de la concentración no hubiera pasado a ser dominante». De ahí que el Libro Blanco atribuya al nuevo criterio de la obstaculización significativa de la competencia efectiva el mérito de haber eliminado esta incertidumbre y haber permitido a la autoridad de control fortalecer el análisis económico en casos de concentraciones complejas<sup>180</sup>.

## **5. La aptitud del nuevo criterio sustantivo para hacer frente a los efectos unilaterales en los oligopolios no colusorios**

### **5.1 Preliminar**

A partir de la década de los ochenta del siglo pasado, la teoría económica viene constatando la producción en los oligopolios de otros tipos de efectos contrarios a la competencia pero distintos de los que se derivan de la denominada colusión tácita. Se trata de los *efectos unilaterales o no coordinados*, propios de los *oligopolios no colusorios*. En estas estructuras de mercado es normal que las empresas actúen y elaboren sus estrategias de forma autónoma. De ahí que muestren una dosis de competencia

---

<sup>180</sup> Vid. el epígrafe 2.1 del Libro Blanco, intitulado «Apreciación sustantiva» (pp. 6 a 8). En concreto, la Comisión afirma aquí, entre otras cosas, que «el cambio más importante introducido en el Reglamento de concentraciones por la reforma de 2004 fue la prueba del OSCE -Obstaculización Significativa de la Competencia Efectiva-, añadiendo seguidamente que, aunque esta prueba sostiene que “los OSCE surgen sobre todo por la creación o el fortalecimiento de una posición dominante” –por lo que permite enjuiciar las concentraciones sobre la base de los precedentes de la Comisión y de la jurisprudencia de los Tribunales Europeos desarrollados en torno al criterio de dominio del Reglamento 4064/89–, a lo anterior añade la virtud de “eliminar una posible laguna de aplicación, ya que no se consideraba que la anterior prueba pudiera captar con claridad los efectos contrarios a la competencia derivados de una concentración de dos empresas en un mercado oligopolístico en el que la entidad resultante de la concentración no hubiera pasado a ser dominante”.

suficiente, pese la existencia de un número reducido de operadores<sup>181</sup>.

En el ámbito singular del control de concentraciones, los efectos unilaterales hacen referencia a las operaciones de concentración de empresas que suponen la creación de una entidad dotada de un poder económico significativo, que le permite impedir el desarrollo de una competencia efectiva. Naturalmente, para el surgimiento de dichos efectos no es necesario que la empresa resultante de la operación de concentración alcance o consolide una posición dominante, ni que coordine su comportamiento con el resto de competidores presentes en el mercado de referencia (efectos coordinados)<sup>182</sup>.

Aunque los efectos unilaterales y los coordinados se producen en mercados oligopolísticos, ambos presentan algunas diferencias tanto en lo que atañe al comportamiento de las empresas como a las características de la estructura del mercado. En relación con el comportamiento de las empresas, en los efectos unilaterales la empresa resultante de la concentración puede

---

<sup>181</sup> En rigor, la discusión sobre los efectos unilaterales inició con el trabajo de Salant, Switzer y Reynolds de 1983, donde señalaban la imposibilidad de fijar precios unilaterales o no colusorios en mercados oligopolísticos con productos homogéneos. Vid. SALANT, S.W./ SWITZER, S./ REYNOLDS, R.J., «Losses from horizontal merger: the effects of an exogenous change in industry structure on Cournot-Nash equilibrium», en *The Quarterly Journal of Economics*, volumen 98, núm. 2, 1983, pp. 185 a 199. También: BUSDZINSKI, O./CHRISTIANSEN, A., «The Oracle/PeopleSoft case: Unilateral Effects, Simulation Models and Econometrics in Contemporary Merger Control», en *Legal Issues of Economic Integration*, volumen 32, núm. 2, pp. 133 a 166 (en adelante, la referencia corresponde a su numeración electrónica); IVALDI, M./JULLIEN, B./REY, P./SEABRIGHT, P./ TIROLE, J., *The Economics of Unilateral Effects*, IDIE, Toulouse, disponible en [http:// ec. europa.eu/ competition/ mergers/ studies\\_reports/the\\_economics\\_of\\_unilateral\\_effects\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_unilateral_effects_en.pdf); HERRERO SUAREZ, C., «El problema del oligopolio...», *op. cit.*, p. 116; BLANQUEZ PALASI, L., «La noción de efectos unilaterales en el Reglamento comunitario 139/2004 de control de concentraciones y en las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales: especial atención a los asuntos GE/Instrumentarium y Oracle/Peoplesoft», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 238, 2005, p. 40.

<sup>182</sup> Vid. LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 287 y ss.



alterar de forma individual las condiciones de la competencia, siempre que el resto de los operadores del mercado reaccionen en solitario a su comportamiento. Es decir, la empresa resultante no depende de las respuestas de sus rivales para llevar a cabo sus estrategias en el mercado. En cambio, en los efectos coordinados para que la nueva entidad pueda adoptar un comportamiento anticompetitivo como la fijación de precios es indispensable que los otros competidores sigan su comportamiento. Y es que para que las empresas coludan –al menos de manera tácita– es imprescindible que alineen su comportamiento, en especial por el temor a cualquier represalia que incida negativamente en la rentabilidad del sector (*ad ex.*, por una guerra de precios)<sup>183</sup>.

En lo que se refiere a las condiciones del mercado, los escenarios en los que usualmente se suscitan los efectos unilaterales son las industrias altamente diferenciadas o heterogéneas, ya sea por las características de los productos o por la ubicación geográfica de las empresas (*differentiated products markets*). En los mercados heterogéneos los productos son considerados sustitutos imperfectos por cuanto que atraen a los consumidores de manera diferente que los productos rivales<sup>184</sup>. Por

<sup>183</sup> Vid. SHAPIRO, C., «Mergers with differentiated products», en *Antitrust*, spring 1996, p. 23; KOKKORIS, I., *Merger control in Europe: the gap in the EC MR...*, *op. cit.*, pp.10 a 12;; IVALDI, M.; JULLIEN, B./REY, P./SEABRIGHT, P./TIROLE, J., *The Economics of...*, *op. cit.*, pp. 1 y ss.; BUSDZINSKI, O./CHRISTIANSEN, A., «The Oracle/PeopleSoft case: Unilateral Effects...», *op. cit.*, p. 3.

<sup>184</sup> La teoría económica apunta que la diferenciación es una forma de ventaja competitiva la cual produce un beneficio para los consumidores ya que incrementa la variedad de los productos. A su vez, supone una ventaja para los competidores, pues es una estrategia que permite maximizar las ganancias. Sin embargo, desde una perspectiva *antitrust*, la Comisión Europea no estudia los supuestos en los que la empresa resultante incrementa la variedad de los productos, sino los casos que merced a la diferenciación de los productos la nueva entidad puede reducir la producción e incrementar los precios. Vid. PORTER, M.E. *Ventaja Competitiva: creación y sostenibilidad de un rendimiento superior*, Pirámide, 2012, p. 14; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 289, nota 8. También: BISHOP, S./WALKER, M., *The Economic of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3ª ed., Sweet and Maxwell, London, 2010, pp. 372 y ss.; BUSDZINSKI, O./CHRISTIANSEN, A., «The Oracle/PeopleSoft case: Unilateral Effects...», *op. cit.*, p. 3.

ejemplo, en el mercado amplio de cereales, los clientes aprecian de forma distinta los productos de dieta que los de alto contenido de azúcar, razón por la que ambos no se consideran sustitutos<sup>185</sup>. De ahí la afirmación de que en los mercados heterogéneos la competencia es proporcional al grado de sustituibilidad de los productos; en otras palabras, cuanto más intercambiables o próximos son los bienes o servicios, mayor es la disputa de los competidores por los consumidores. De modo que cuando se concentran el segundo y el tercer competidor más cercanos del mercado, es posible que la nueva entidad incremente los precios, dado que la transacción elimina la situación de estrecha competencia que imperaba entre ellas. Además, en este escenario es probable que tras la operación de concentración, el resto de competidores del sector puedan beneficiarse de la reducción de la presión competitiva, ya que la nueva entidad, al efectuar las anteriores estrategias, puede desviar parte de la demanda a éstos que, a su vez, pueden fijar precios de forma rentable. Ahora bien, ello no significa que las empresas que operen en el mercado después de la concentración coordinen su comportamiento, sino que reaccionan de forma razonable a los cambios en el comportamiento de los otros competidores (*non-collusive oligopoly scenario*). En cambio, los efectos coordinados se producen únicamente cuando el mercado reúne las condiciones que apuntaba la teoría Stigleriana. Recuérdese que éstos emanan de manera general en mercados con productos homogéneos, cuando

---

<sup>185</sup> Vid. U.S. District Court, S.D. New York, de 22 de febrero de 1995, *State of New York v. Kraft General Food, Inc.*, 926 F. Supp. 321 (1995). En esta sentencia, el Juez Wood analizó la operación mediante la cual la empresa *Post* acordó la compra de los bienes de cereales preparados para comer (*ready to eat cereal*, RTE) de su rival *Nabisco*. El juez apreció que el mercado de RTE era de productos diferenciados ya que los productos presentaban distintas características (*ad ex.*, el tipo de grano, el nivel de azúcar, la forma, entre otros). Para un estudio de esta sentencia: RUBINFELD, D.L., «Market definition with differentiated products: the Post/Nabisco cereal merger», en *Antitrust Law Journal*, núm. 1, 2000, pp. 166 y ss.; SHAPIRO, C., «Mergers with differentiated...», *op. cit.*, p. 29.

la demanda es poco sensible a las variaciones en los precios y donde los competidores ostentan cuotas de mercado y costes de producción similares<sup>186</sup>.

Se vislumbra, por consiguiente, otra diferencia estructural entre los efectos unilaterales y los coordinados: los primeros requieren que la empresa resultante obtenga una cuota de mercado lo suficientemente alta como para ejercer un poder económico pero sin conseguir el mayor volumen de negocios. Los coordinados, por el contrario, exigen que el mercado presente un alto nivel de concentración en la oferta, esto es, que las empresas cuenten con cuotas de mercado semejantes a fin de lograr mayores incentivos para adoptar una política común en el mercado de referencia<sup>187</sup>.

Sin embargo, los mercados heterogéneos o diferenciados no son el único medio propicio para el surgimiento de efectos unilaterales o no coordinados. En las operaciones de concentración en las que participa una empresa *maverick* o díscola también pueden generarse esta clase de efectos. Dichas empresas implementan estrategias altamente competitivas que impiden la coordinación en un oligopolio. Por consiguiente, la participación de una empresa *maverick* en una concentración puede perjudicar el mantenimiento de una competencia eficiente o efectiva en una industria en general, pues al desaparecer la empresa más activa de un mercado oligopolístico los demás competidores disminuyen la

---

<sup>186</sup> Vid. KOKKORIS, I., *Merger control in Europe: the gap in the ECMR...*, *op. cit.*, p. 11; SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, pp. 178 y 179.

<sup>187</sup> Vid. KOKKORIS, I., *Merger control in Europe: the gap in the ECMR...*, *op. cit.*, p. 11; SHAPIRO, C., «Mergers with differentiated...», *op. cit.*, pp. 23; BUSDZINSKI, O./CHRISTIANSEN, A., «The Oracle/PeopleSoft case...», *op. cit.*, pp. 2 y ss.; RUIZ CALZADO, J., «Los efectos unilaterales en el control de concentraciones: reflexiones a propósito del asunto Oracle/Peoplesoft», en *Anuario de la competencia*, núm. 1, 2004, pp. 173 y ss.; RUBINFELD, D.L., «Market definition with differentiated products...», *op. cit.*, pp. 165 y 166; BLANQUEZ PALASI, L., «La noción de efectos unilaterales...», *op. cit.*, p. 47; ORTIZ BLANCO, L./MAILLO GONZANLEZ-ORUS, J./IBAÑEZ COLOMO, P./LAMADRID DE PABLO, A., *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 308 y ss.

agresividad en sus estrategias y con ello los beneficios para los consumidores y usuarios (como, *ad ex.*, precios más bajos)<sup>188</sup>.

A fin de abordar los problemas concurrenciales que derivan de los oligopolios no colusorios, examinaremos primeramente los efectos unilaterales en mercados diferenciados o heterogéneos. Para ello, es importante aproximarnos al análisis que realiza la teoría económica. En particular, pondremos la mirada en las herramientas que han sido elaboradas para evidenciar cuándo una operación puede dar lugar a dichos efectos y, a su vez, las limitaciones que plantean en la evaluación *antitrust* (*infra* 5.2.1). A continuación, estudiaremos el tratamiento que reciben estos casos por parte de las autoridades de competencia y, en particular, nos centraremos en el asunto *Oracle/PeopleSoft*, que ha sido considerado por la doctrina como el supuesto de mayor relevancia tanto en Europa como en Norteamérica en lo que atañe a esta modalidad de daños competitivos (*infra* 5.2.2). Seguidamente, prestaremos atención a las concentraciones que persiguen la adquisición de una empresa *maverick* o díscola. Con tal propósito, estudiaremos el asunto *T-Mobile/tele.ring*, que se presenta como el primer supuesto de efectos unilaterales analizado en aplicación del Reglamento 139/2004 y, por ende, a la luz del criterio sustantivo de la obstaculización significativa de la competencia efectiva acogido por el legislador en dicha norma reglamentaria (*infra* 5.3).

## 5.2 Los efectos unilaterales en mercados diferenciados o heterogéneos

---

<sup>188</sup> Vid BOYCE, J./JEFFS, C., «Merger Control», en AA.VV. (BELLAMY/CHILD), *European Union Law of Competition*, ed. 7ª, Oxford University Press, United Kingdom, 2013, p. 625; SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, *op. cit.*, pp. 186 y ss.; ORTIZ BLANCO, L./MAILLO GONZANLEZ-ORUS, J./IBAÑEZ COLOMO, P./LAMADRID DE PABLO, A., *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 308.

### 5.2.1 El tratamiento de los efectos unilaterales en mercados diferenciados según la teoría económica

La teoría económica señala que la diferenciación es una forma de ventaja competitiva que pueden alcanzar los operadores en un determinado sector. Por lo general, una empresa se diferencia de otra cuando ofrece algo especial que aprecian los clientes, como la singularidad de sus productos o servicios o su ubicación en el mercado. Cuando una empresa consigue dicha ventaja puede atraer y lograr la lealtad de un gran número de consumidores o sólo de un subconjunto con ciertas necesidades. De esta manera, las empresas pueden fijar precios por encima de los niveles competitivos, ya que no perderían todos los clientes, pues una parte de ellos estaría dispuesta a pagar precios más altos<sup>189</sup>.

En estos mercados el análisis del impacto competitivo de las reestructuraciones empresariales genera grandes dificultades. En rigor, la literatura económica sostiene que en estos casos el estudio tradicional de las cuotas de mercado no permite apreciar la particular situación de competencia que subsiste entre los competidores. Ello obedece a que los bienes o servicios no presentan un nivel de sustitución similar, dadas las preferencias heterogéneas de los clientes. Por consiguiente, las empresas que desarrollan sus actividades en estas industrias *no ejercen una presión competitiva uniforme entre ellas*, sino que ésta varía en razón de la cercanía o proximidad de sus productos<sup>190</sup>.

---

<sup>189</sup> En este sentido: PORTER, M.E., *Ventaja Competitiva...*, *op. cit.* pp. 152 y ss.; SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, *op. cit.*, pp. 177 y ss.

<sup>190</sup> Los economistas afirman que las nuevas herramientas de análisis son más precisas y objetivas que el examen estructural, estos es, la definición del mercado relevante, el estudio de las cuotas de mercado de cada operador e, incluso, el nivel de concentración mediante el índice Herfindahl-Hirschman -en adelante, IHH- recientemente incorporado por las Directrices sobre Concentraciones Horizontales. El IHH se calcula mediante la suma de los cuadrados de las cuotas de mercado de cada una de las empresas en el mercado de referencia y en el caso que indique un cambio importante en el nivel de concentración o delta es posible que la operación de

Usualmente se considera que un competidor es cercano o próximo cuando ante un incremento de los precios asume un número significativo de clientes. Por ejemplo, en un mercado en el que operan cinco empresas, donde la empresa A vende 200 unidades, mientras que B, C, y D venden 100 y E únicamente 50 unidades. En el caso que las empresas B y C decidan fusionarse y a fin de determinar si son competidores próximos, es necesario examinar si la empresa C absorbería el mayor número de clientes que perdería B por el aumento de sus precios. En el supuesto que se confirme este extremo, es posible que la nueva entidad B/C pueda incrementar de manera rentable los precios de ambos productos sin alcanzar el liderazgo, pues los clientes consideran los demás productos como poco sustitutos<sup>191</sup>.

A la luz del caso anterior, podemos apreciar que en los mercados con productos diferenciados los consumidores se

---

concentración suscite problemas de competencia. Sin embargo, en la práctica, tanto las autoridades norteamericanas como europeas no aceptan únicamente como evidencia de efectos unilaterales la mera aportación de modelos de simulación o análisis econométricos. En cambio, exigen junto a ellos y de manera previa una definición rigurosa del mercado relevante ya que esta es la premisa o el punto de partida para cualquier examen de compatibilidad de las concentraciones empresariales. *Vid.* STAREK, R.B./STOCKUM, S., «What makes mergers anticompetitive?: “Unilateral effects” analysis under the 1992 Merger Guidelines», en *Antitrust Law Journal*, volumen 63, núm. 3, 1995, pp. 806 a 808; RUBINFELD, D.L., «Market definition with differentiated products...», *op. cit.*, p. 165 (dicho autor apuntaba de forma temprana que la definición del mercado relevante juega un papel limitado en el análisis de los efectos unilaterales); BISHOP, S./WALKER, M., *The Economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 372 y ss. (señala que la interpretación de las cuotas de mercado en industrias altamente diferenciadas es muy difícil dado a la competencia particular que impera entre las empresas donde los consumidores no consideran todos los productos como sustitutos); LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 289 y ss.; BUSDZINSKI, O./CHRISTIANSEN, A., «The Oracle/PeopleSoft case: Unilateral Effects...», *op. cit.*, p. 5; RUIZ CALZADO, J., «Los efectos unilaterales en el control de concentraciones...», *op. cit.*, p. 186; GIPINNI FOURNIER, E., «El ABC del índice UPP: una herramienta útil para el examen de efectos unilaterales en operaciones de concentración», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 16, 2010, pp. 47 a 53; Directrices sobre Concentraciones Horizontales, considerando 16 y 20 a 23.

<sup>191</sup> *Vid.* BISHOP, S./WALKER, M., *The Economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 372 y ss.; BUSDZINSKI, O./CHRISTIANSEN, A., «The Oracle/PeopleSoft case: Unilateral Effects...», *op. cit.*, pp. 3 y ss.

desvían de forma asimétrica y que, a su vez, la celebración de una operación de concentración entre los competidores cuyos productos gozan de mayor predilección por los consumidores puede ocasionar efectos no coordinados. De ahí que la teoría económica afirme que el análisis *antitrust* de tales efectos ha de radicar principalmente en verificar el grado de proximidad o cercanía entre las empresas participantes en el proyecto de concentración<sup>192</sup>. Para llevar a cabo esta tarea, los economistas han elaborado tres herramientas: el examen estructural de la demanda, los coeficientes de desvío entre dos productos – *diversion ratio*– y los análisis econométricos<sup>193</sup>.

El *examen estructural de la demanda* abarca distintos modelos de predicción que requieren datos sobre los precios, los costes y las ventas de las partes, así como sobre la elasticidad de la demanda. Aunque dichos estudios permiten simular el impacto de la operación de concentración en el mercado, el problema

<sup>192</sup> Consultar: SHAPIRO, C., «Mergers with differentiated...», *op. cit.*, p. 29; BUSDZINSKI, O./CHRISTIANSEN, A., «The Oracle/PeopleSoft case...», *op. cit.*, p. 6; RUIZ CALZADO, J., «Los efectos unilaterales en el control de concentraciones...», *op. cit.*, pp. 174 y ss.; EPSTEIN, R.J./RUBINFELD, D.L., «Merger simulation...», *op. cit.*, pp. 883 y ss.; GIPINNI FOURNIER, E., «El ABC del índice UPP...», *op. cit.*, pp. 48 y ss.; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 290 (en el caso de que las partes de la operación de concentración sean para los consumidores la mejor alternativa ante un incremento de los precios es posible que disfruten de un poder de mercado, aunque en un análisis ortodoxo del mercado tales cuotas no sean un indicador de un poder de mercado); RUBINFELD, D.L., «Market definition with differentiated products...», *op. cit.*, pp. 180 y 181 (este autor apunta que el objetivo principal en el análisis de los efectos unilaterales consiste en verificar que la nueva entidad puede o no ejercer un poder de mercado tras la pérdida de una competencia localizada entre las mismas); BISHOP, S./WALKER, M., *The Economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, p. 372; SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, *op. cit.*, p. 178; BUSDZINSKI, O./CHRISTIANSEN, A., «The Oracle/PeopleSoft case...», *op. cit.*, pp. 3 y ss.

<sup>193</sup> Principalmente, *vid.* BISHOP, S./WALKER, M., *The Economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 376 y ss.; BUSDZINSKI, O./CHRISTIANSEN, A., «The Oracle/PeopleSoft case: Unilateral Effects...», *op. cit.*, pp. 3 a 7. También, para un estudio de las diferentes herramientas que utiliza la autoridad *antitrust* para la valoración de los efectos unilaterales: Comunicación sobre el Mercado Relevante, apartado 39; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 293 a 298; EPSTEIN, R.J./RUBINFELD, D.L., «Merger simulation: a simplified approach with new applications», en *Antitrust Law Journal*, volume 69, núm. 3, 2002, pp. 883 a 919; GIPINNI FOURNIER, E., «El ABC del índice UPP...», *op. cit.*, p. 49.

radica en que para llevarlos a cabo es indispensable contar con datos precisos y detallados que en la mayoría de los casos no están disponibles en el mercado o, al menos, no son fáciles de apreciar<sup>194</sup>.

En cuanto a los *coeficientes de desvío*, su cálculo reside en medir la proporción de ventas que pierde un producto (A), debido al incremento de sus precios, y que gana otro producto (B). En principio, los coeficientes de desvío permiten conocer el nivel de presión competitiva y la cercanía que existe entre las partes del proyecto de concentración<sup>195</sup>. De ahí que se afirme que su correcta delimitación a través de los datos adecuados permite prescindir de la definición del mercado relevante, ya que mide directamente la rivalidad entre los competidores. Sin embargo, en la práctica, esta herramienta cuenta esencialmente con dos limitaciones. Por una parte, dicho coeficiente sólo cubre el comportamiento de los consumidores que, ante un aumento de los precios, se desplazan de un producto a otro –*consumidores marginales*–. Pero no contempla el número de clientes que continúan comprando los productos de una de las partes, pese a la variación en sus precios –*consumidores inframarginales*–. Por ende, el examen de los coeficientes de desvío es incompleto, al centrarse en el comportamiento de los clientes marginales y al no indicar el total de clientes que inicialmente abandonan un producto por el aumento

---

<sup>194</sup> Algunos de estos modelos son: el sistema ideal de la demanda -Almost Ideal System, AIDS- y Modelo *antritrust* logit -Antitrust Logit Model, ALM-. Vid. DEATON, A./MUELLBAUER, J., «An Almost Ideal Demand System», en *American Economic Review*, volumen 70, núm. 3, 1980, pp. 312 a 326; WERDEN, J.G./FROEB, L.M., «The antitrust logit model for predicting unilateral competitive effects», en *Antitrust Law Journal*, volume 70, núm. 1, pp. 257 a 260. Sobre ellos, también comentan de una forma breve: BISHOP, S./WALKER, M., *The Economic of EC Competition Law...*, op. cit., p. 376; SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, op. cit., pp. 192 a 195; BUSDZINSKI, O./CHRISTIANSEN, A., «The Oracle/PeopleSoft case...», op. cit., pp. 6 y 7.

<sup>195</sup> Vid. SHAPIRO, C., «Mergers with differentiated...», op. cit., pp. 24 y 25; Directrices sobre Concentraciones Horizontales, p. 16, nota 39.



de su precio, desplazándose a otra empresa. Por otra parte, los coeficientes de desvío no tienen en cuenta cuál sería la tendencia de los consumidores frente a la entrada de nuevos competidores o a la expansión de los actuales, ni cómo estas circunstancias ejercerían una fuerza de presión sobre una posible conducta unilateral de la empresa resultante de la concentración<sup>196</sup>.

En último lugar, los economistas han desarrollado distintos *análisis econométricos* que pueden ser útiles en circunstancias específicas, como sería el caso de las concentraciones celebradas en mercados de subastas donde las empresas compiten por la adjudicación de contratos –*bidding markets*–. Esta herramienta facilita ponderar la influencia que existe entre las partes de la concentración mediante la comparación de los precios y ventas que realizan cuando éstas coinciden o no en los procesos de licitación. Ahora bien, para llevar a cabo los estudios econométricos es necesario incluir en el análisis otros factores, tales como la importancia de los contratos y el número de los competidores. En el supuesto de que todas estas variables indiquen que los precios de las empresas participantes permanecen inmutables cuando compiten en las licitaciones, es probable concluir que la fusión entre ellas no va a producir efectos unilaterales ni coordinados<sup>197</sup>.

Como acabamos de comprobar, todas estas herramientas económicas presentan limitaciones a la hora de abordar el análisis *antitrust* de los efectos unilaterales en mercados altamente diferenciados. Todas ellas requieren de información previa y en la mayoría de los casos ésta no es exacta, pues es altamente difícil

---

<sup>196</sup> En este sentido: BISHOP, S./WALKER, M., *The Economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 377 y 378.

<sup>197</sup> *Vid.* BISHOP, S./WALKER, M., *The Economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 378 y 379; BUSDZINSKI, O./CHRISTIANSEN, A., «The Oracle/PeopleSoft case...», *op. cit.*, p. 7; RUIZ CALZADO, J., «Los efectos unilaterales en el control de concentraciones...», *op. cit.*, p. 174, nota 18; BLANQUEZ PALASI, L., «La noción de efectos unilaterales...», *op. cit.*, p. 45.

prever el comportamiento de los consumidores con gustos heterogéneos. Además, cabe destacar que dichas herramientas se basan fundamentalmente en un criterio cuantitativo: los precios. De modo que se subestiman otras cuestiones que pueden incidir en el análisis general del impacto competitivo de la operación de concentración. De ahí que sea necesario complementarlos con otros elementos dinámicos. En especial, con los factores compensatorios: la ausencia de barreras de entrada, el poder de la demanda, las eficiencias que dimanen de la operación de concentración (siempre que sean en beneficio de los consumidores) y la excepción de la empresa en crisis. Naturalmente, para analizar todos estos factores (tanto los positivos como los negativos) es imprevisible delimitar el mercado relevante antes de evaluar la compatibilidad o incompatibilidad de la operación, pues de esta manera se conoce bien el contexto en el que se celebra la operación de concentración: la posición de las empresas participantes, sus competidores, sus cuotas de mercado, la presencia de barreras de entrada, entre otros. En este sentido, es importante señalar que, en el ámbito comunitario, para definir el mercado relevante se adopta del *test del monopolista hipotético*, conocido también como el de *la variación pequeña y no transitoria de los precios*. Mediante este test se valora la reacción de los consumidores ante un incremento entre el 5% y el 10% de los precios. Con ello se fija el mercado del producto y geográfico en virtud del principio de la *sustituibilidad de la demanda*, esto es, los productos que los consumidores consideran intercambiables o sustitutos en función de sus características, precios y uso. Si a través de este test se constatan diferencias de precios sensibles y permanentes entre productos similares se puede percibir, *in extremis*, la existencia de un mercado diferenciado<sup>198</sup>.

<sup>198</sup> Vid. BISHOP, S./WALKER, M., *The Economic of EC Competition Law...*, op. cit., p. 375; SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, op. cit., pp. 194 y 195;

Asimismo, las limitaciones de los coeficientes de desvío ponen de manifiesto que no basta con comprobar que las empresas participantes en la concentración son los competidores más cercanos del mercado, es decir, que se trata del segundo y del tercer competidor más próximo. Al contrario, es necesario examinar otras circunstancias que efectivamente faculten a la empresa resultante a ejercer de forma estable y duradera un poder económico, como sería la posible reacción de los competidores actuales y potenciales de las empresas participantes frente a un incremento de los precios<sup>199</sup>. Por tanto, la evaluación de los efectos unilaterales en mercados diferenciados o heterogéneos exige efectuar un *análisis integral* donde las anteriores herramientas económicas pueden proporcionar una mayor certeza acerca de si la empresa resultante de la operación puede o no lesionar el funcionamiento de la competencia efectiva.

## **5.2.2 La experiencia comunitaria en la aplicación de la doctrina de los efectos unilaterales en mercados heterogéneos. El caso *Oracle/PeopleSoft***

### **5.2.2.1 Consideraciones preliminares**

---

BUSDZINSKI, O./CHRISTIANSEN, A., «The Oracle/PeopleSoft case...», *op. cit.*, p. 23; CHRISTENSEN, P./FOUNTOUKAKOS, K./SJÖBBLÖM, D., «Mergers», en AA.VV. (editores FAULL/NIKPAY.), *The EC Law of Competition*, 2ª ed., Oxford University Press, New York, 2007, *op. cit.*, p. 483; GIPINNI FOURNIER, E., «El ABC del índice UPP...» *op. cit.* p. 51; SHAPIRO, C., «Mergers with differentiated...», *op. cit.*, pp. 23 y 24; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 291; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Las concentraciones...*, *op. cit.*, p. 182.

<sup>199</sup> Esta cuestión ha sido recientemente destacada por la teoría de la organización industrial. En particular, tiene gran importancia el estudio de si los competidores de las empresas rivales pueden o no reposicionar su producción frente a un incremento de los precios por las partes de la concentración. En este sentido: SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, *op. cit.*, p. 179. Más ampliamente: GANDHI, A./FROEB, L./TSCHANTZ, S./WERDEN, G.J., «Post-merger product repositioning», en *The Journal of Industrial Economics*, volumen 56, núm. 1, 2008, pp. 49 a 67.

Como apuntamos más arriba, la doctrina de los efectos unilaterales ha sido incorporada al Derecho *antitrust* europeo mediante el nuevo criterio sustantivo de la obstaculización significativa de la competencia (artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento 139/2004). El legislador comunitario reconoce de manera expresa esta tercera modalidad de daño competitivo dimanante de las operaciones de concentración en el considerando 25 del Reglamento 139/2004. En él se afirma lo siguiente:

*«Si bien muchos mercados oligopolísticos presentan un elevado grado de competencia, en determinadas circunstancias las concentraciones que implican la desaparición de importantes presiones competitivas que las partes en la concentración ejercían entre sí, así como una reducción de la presión competitiva sobre los competidores restantes, puede, incluso en ausencia de probabilidad de coordinación entre los miembros del oligopolio, llegar a ser un obstáculo significativo para la competencia».*

En esta dirección, el Ejecutivo comunitario ha desarrollado en las Directrices sobre Concentraciones Horizontales una serie de factores para valorar los efectos unilaterales en general, como el hecho de que las empresas ostenten elevadas cuotas de mercado, que sus productos sean inmediatos o cercanos, que las posibilidades de los clientes para cambiar de proveedor sean limitadas, entre otros. Sin embargo, la Comisión no distingue el examen a seguir en los supuestos de posición de dominio individual frente a los efectos unilaterales o no coordinados que dimanen de los oligopolios. Esta labor es transcendental, ya que la evaluación en uno y otro caso es diferente. En particular, en los supuestos de efectos no coordinados en mercados heterogéneos, es imprescindible incluir en el análisis de la licitud o ilicitud de la operación de concentración las anteriores herramientas

económicas, pues las cuotas de mercado no distinguen entre los competidores cercanos y los no cercanos. De ahí que sea necesario apreciar la forma en que la autoridad de competencia examina dichos efectos en el mercado europeo<sup>200</sup>.

Hasta el momento presente el caso de mayor importancia en la aplicación de la doctrina de los efectos unilaterales en mercados heterogéneos ha sido el asunto *Oracle/PeopleSoft*, del que conocieron tanto de las autoridades norteamericanas como europeas. Por ello, consideramos oportuno estudiar primeramente la sentencia norteamericana del Tribunal de Justicia del Distrito de California y, posteriormente, la decisión de la Comisión Europea. Como veremos, la sentencia norteamericana incidió significativamente en la resolución del caso por parte del Ejecutivo comunitario<sup>201</sup>.

### A) La postura de las autoridades *antitrust* norteamericanas

---

<sup>200</sup> Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartados 24 y ss.

<sup>201</sup> En Norteamérica, la operación *Oracle/PeopleSoft* fue el primer caso mediante el cual se discutió en los tribunales el uso de los modelos de simulación en las concentraciones a fin de evaluar los efectos unilaterales. Mientras que en Europa, también fue la vez primera que la Comisión aplicó la teoría de los efectos unilaterales de forma expresa para analizar la licitud/ilicitud de una operación de concentración con el mercado único europeo. *Vid.* U.S. District Court Northern District Of California San Francisco Division, *U.S. y otros v. Oracle Corporation*, 331 F. Supp. 2d 1098, Case No. C 04 0807, disponible en: <http://www.justice.gov/atr/cases/f202500/202587.htm>; Comunicado de prensa de la Comisión Europea, de 17 de noviembre de 2003, IP/03/1556 - *La Comisión investiga la oferta de adquisición de PeopleSoft por parte de Oracle*, disponible en [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-03-1556\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-03-1556_es.htm); Decisión de la Comisión Europea, de 26 de octubre de 2004, asunto COMP/M.3216 - *Oracle/PeopleSoft*, en DOUE L 218, 23.08.2005, pp. 6 y ss. También, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?Uri=OJ:L:2005:218:0006:0012:ES:PDF>. También, sobre este asunto: BUSDZINSKI, O./CHRISTIANSEN, A., «The Oracle/PeopleSoft case...», *op. cit.*, pp. 9 y ss.; RUIZ CALZADO, J., «Los efectos unilaterales en el control de concentraciones...», *op. cit.*, pp. 178 y ss.; BLANQUEZ PALASI, L., «La noción de efectos unilaterales...», *op. cit.*, pp. 44 y ss.; MARCOS, F., «El control de concentraciones...», *op. cit.*, pp. 177 y ss.; PFLANZ, M., «Oracle/Peoplesoft: The Economics of the EC Review», en *European Competition Law Review*, volumen 26, núm. 3, 2005, pp. 123 y ss.

La operación de reestructuración consistía en la oferta pública de adquisición –OPA– de Oracle sobre todas las acciones en circulación de su acérrimo rival, PeopleSoft. Ambos operadores fabricaban y distribuían programas de aplicaciones informáticas para empresas con vistas a la coordinación de varias actividades administrativas, entre ellas: la gestión de recursos financieros y humanos, la automatización de las ventas y la distribución o la planificación de proyectos. Estas aplicaciones eran adquiridas primordialmente por las grandes empresas y organizaciones públicas en forma de paquetes. Para ello los clientes negociaban de forma individual y simultánea con distintos proveedores a fin de obtener los mejores descuentos que podían ser hasta de un 90% del valor inicial. Naturalmente, dichas aplicaciones eran bienes con alta innovación y difícilmente sustituibles por otros, es decir, se trataba de productos diferenciados. Además, en el mercado mundial de las aplicaciones para empresas, Oracle y PeopleSoft eran el segundo y el tercer operador del mercado respectivamente, mientras que el líder era la empresa alemana, SAP<sup>202</sup>.

En Norteamérica, el 26 de febrero de 2004 el DOJ solicitó al Tribunal de Distrito del Norte de California bloquear la operación de concentración, ya que contravenía la sección 7<sup>a</sup> de la *Clayton Act*

---

<sup>202</sup> Como era de esperar, la operación activo la alarma en ambos lados del Atlántico. Las dos autoridades sostenían que la operación deterioraba el mantenimiento de la competencia efectiva. De esta manera, las autoridades de competencia tenían como objetivo prohibir la concentración mediante el uso de la doctrina de los efectos unilaterales. *Vid.* BUSDZINSKI, O./CHRISTIANSEN, A., «The Oracle/PeopleSoft case...», *op. cit.*, p. 9; RUIZ CALZADO, J., «Los efectos unilaterales en el control de concentraciones...», *op. cit.*, pp. 178 y ss.; BLANQUEZ PALASI, L., «La noción de efectos unilaterales...», *op. cit.*, p. 51; MARCOS, F., «El control de concentraciones...», *op. cit.*, pp. 177 y ss. Para un estudio de las OPA, consultar: MARCOS FERNANDEZ, F., «El procedimiento de control de concentraciones y la supervisión por organismos reguladores de las Ofertas Públicas de Adquisición (I)», en *Derecho de los negocios*, núm. 220, 2009, pp. 5 a 37; *Idem*, «El procedimiento de control de concentraciones y la supervisión por organismos reguladores de las Ofertas Públicas de Adquisición (II)», en *Derecho de los negocios*, núm. 221, 2009, pp. 5 a 29.

al suponer una disminución sustancial de la competencia<sup>203</sup>. El DOJ consideraba que la operación podía suscitar un impacto

---

<sup>203</sup> En Estados Unidos, las autoridades de la competencia, el DOJ y la FTC, para prohibir una concentración deben demostrar frente a los Tribunales una violación a la sección séptima de la *Clayton Act*, esto es, que la operación conduce a una disminución sustancial de la competencia. Dichas autoridades, fueron las primeras en incorporar en su análisis la doctrina de los efectos unilaterales por medio de las Directrices sobre Concentraciones Horizontales de 1992 y, posteriormente, revisadas en 1997. En ellas se apuntaba dos escenarios en los cuales era previsible que derivaran efectos unilaterales. Primero, en los mercados con productos diferenciados y, segundo, en mercados homogéneos cuando las partes se distinguen por sus capacidades. En la actualidad, los efectos unilaterales se desarrollan en las *Horizontal Merger Guidelines* de 2010 las cuales suponen la actualización más importante del control de concentraciones norteamericano en los últimos años. En ellas se incluyen dos supuestos más, estos son: a) cuando a resultados de la operación se disminuye la innovación o la variedad de los productos y b) los efectos nocivos que emanan de los mercados de subastas o pujas. Las nuevas Directrices modifican sustancialmente la evaluación escalonada que llevaban a cabo las autoridades *antitrust*. En efecto, la tarea previa de la delimitación del mercado relevante es relegada a un segundo plano e, incluso, en ciertos supuestos no es indispensable su definición. Precisamente, este cambio se produce en el examen de los efectos unilaterales en mercados heterogéneos. Para ello, el DOJ y la FTC estipulan un análisis económico mediante la integración tácita del índice de presión al alza en los precios o, según sus siglas en inglés, *upward price pressure* (en adelante UPP). Sus autores, Farrel y Saphiro, argumentan que la delimitación del mercado relevante, el cálculo de las cuotas y el IHH no distinguen la especial relación de competencia que existe entre las empresas participantes. En este sentido, manifiestan que cuanto mayor es el grado de sustituibilidad de los productos más previsible es que la nueva entidad incremente los precios. Así, el índice UPP cuantifica el incentivo de la empresa resultante para fijar precios supracompetitivos. El cálculo se fundamenta en dos variables: a) los coeficientes de desvío de los productos afectados (A y B); y b) los márgenes de beneficio (precios y costes) de uno de los productos (B). De esta manera el índice UPP es el resultado de multiplicar el coeficiente de desvío por los márgenes de beneficios menos las eficiencias que proceden la operación (*ad ex.*, la reducción de costes y las economías de escala). Tal como ocurre con las herramientas económicas anteriores, para estimar ambas variables se requieren unos datos fiables lo que en muchos casos son muy difíciles de obtener y en otros no existen. Además, el índice UPP siempre tiene un resultado positivo por lo que la mayoría de los casos se someterán a un análisis más profundo. Naturalmente, la modificación o, mejor dicho, la inclusión del índice UPP en el control de concentraciones ha dividido a la doctrina norteamericana. Por una parte, el sector que defiende su inclusión sostiene que su aplicación elimina una de las etapas más complejas de la evaluación, esto es, la delimitación del mercado relevante. Además, destacan que es una herramienta sofisticada, precisa y con mayor fundamento económico. Por otra parte, el sector detractor argumenta que el uso del índice aumentará la carga de las autoridades ya que en todos los supuestos indica un incremento en los precios y, también, dilatará los procesos al basarse en datos complejos y de difícil consecución. Asimismo, afirman que el índice sólo estudia el factor precio por lo que en ciertos supuestos su uso es limitado, *ad ex.*, en los mercados donde las empresas compiten primordialmente en innovación. Finalmente, alegan que el índice no es una herramienta fiable puesto que sus resultados no se confrontan con aspectos como la reacción de los clientes, las barreras de entrada y el poder de la demanda. Por tanto, concluyen que el índice UPP no genera una certeza

negativo en el *submercado* de las aplicaciones para recursos internos de las empresas; principalmente, los relacionados a los sistemas de gestión financiera y de recursos humanos. Con tal propósito el DOJ, a fin de definir la dimensión material del mercado, examinó las características de los productos desde la perspectiva de los clientes. Así, el DOJ destacó que los productos afectados eran aplicaciones muy sofisticadas dirigidas a las grandes empresas e instituciones con una organización compleja y, en consecuencia, distintas de los que utilizaban las empresas medianas (*mid market*). Además, el economista Elzinga estudió la forma en que Oracle realizaba sus descuentos (*discount approval forms*, DAFs), lo que le permitió corroborar que eran mayores sólo cuando PeopleSoft intervenía en los procesos de negociación<sup>204</sup>.

---

más allá de toda duda sobre el impacto de la operación en los mercados de productos diferenciados. Vid. U.S. District Court Northern District Of California San Francisco Division, *U.S. y otros v. Oracle Corporation*, pp. 2 y ss.; U.S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, de octubre de 2010, disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.pdf>; HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, 4ª ed., West Publishing Co., United States of America, 2011, pp. 557 y ss.; BUSDZINSKI, O./CHRISTIANSEN, A., «The Oracle/PeopleSoft case...», *op. cit.*, pp. 7 y ss.; RUIZ CALZADO, J., «Los efectos unilaterales en el control de concentraciones...», *op. cit.*, pp. 175 y ss. Para un estudio de estas, entre otros: SHAPIRO, C., «The 2010 Horizontal Merger Guidelines: from hedgehog to Fox in forty years», en *Antitrust Law Journal*, volumen 77, núm. 1, 2010, pp. 49 a 107; GONZALEZ DIAZ, F.E., «Las nuevas directrices sobre concentraciones horizontales en Estados Unidos», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 20, 2011, pp. 5 a 8; GIPINNI FOURNIER, E., «El ABC del índice UPP...», *op. cit.*, pp. 48 y ss.

<sup>204</sup> Si bien es cierto que Elzinga delimitó el mercado relevante y, posteriormente, las cuotas de mercado, su análisis partía del estudio de los descuentos que realizaban las empresas participantes y el líder del mercado, SAP al momento de negociar con sus clientes. De esta manera, se deduce que para el examen de la concentración utilizó las nuevas tendencias en la teoría económica, estos es, dejar la tarea de la definición del mercado relevante en un segundo plano y examinar primordialmente los efectos anticompetitivos en los precios mediante el uso de herramientas económicas sofisticadas. Esto dio lugar a uno de los principales errores al evaluar los efectos unilaterales, pues, su análisis partía de una errónea circunscripción del mercado relevante. Naturalmente, al medir el nivel de concentración en el sector el IHH previo a la concentración en el mercado de gestión de recursos financieros fue de 2800 y tras la operación sería de 3800; mientras que el mercado de gestión de recursos humanos el IHH previo era de 2800 y tras la operación alcanzaría los 5700. Con dichos resultados era normal que la operación alarmara al DOJ y, por tanto, la sometiera al conocimiento de los Tribunales. Vid. U.S. District Court Northern District Of California San Francisco Division, *U.S. y*



En cuanto a la dimensión espacial, el DOJ circunscribió el mercado al territorio de los Estados Unidos, pues la relación entre los proveedores y los clientes era local. Así, el DOJ delimitó como mercado relevante el de las aplicaciones de gestión de recursos financieros y humanos de alta función para grandes empresas en Norteamérica. La autoridad *antitrust* argumentaba que en dicha estructura la competencia estaba localizada, pues se había configurado un submercado donde sólo operaban Oracle y PeopleSoft, mientras que el líder del mercado, SAP, no contaba con el suficiente prestigio y flexibilidad para adaptar su línea de producción<sup>205</sup>. Así, el DOJ alegó inicialmente que la concentración en cuestión originaba efectos unilaterales o no coordinados en mercados diferenciados, por cuanto que la empresa resultante aumentaría su poder de mercado, lo que le facultaría a incrementar los precios en el submercado en cuestión<sup>206</sup>.

No obstante, el Tribunal californiano apreció que la configuración del mercado limitado a las aplicaciones de alta función fue errónea y deficiente. Según el Tribunal, tales deficiencias provenían de las declaraciones especulativas de los clientes de las empresas afectadas por la concentración y, principalmente, del modelo de simulación defectuoso del

---

*otros v. Oracle Corporation* pp. 123 y ss.; GIPINNI FOURNIER, E., «El ABC del índice UPP...», *op. cit.* p. 47.

<sup>205</sup>En su defensa, *Oracle* sostuvo que la definición del mercado del DOJ era imprecisa. Manifestó que no existía motivo alguno para separar el *mid market* y el de alta función. Tal definición, excluía a otros operadores que participaban en las fases de producción, comercialización y mantenimiento de las aplicaciones de gestión de recursos financieros y humanos. Asimismo, señaló que la concentración no cumplía con los parámetros de la doctrina de los efectos unilaterales puesto que los clientes eran grandes empresas y, de este modo, era previsible que el poder de la demanda contrarrestara cualquier comportamiento unilateral de la empresa resultante (*Oracle/PeopleSoft*) a fin de aumentar los precios. Finalmente, expresó que el mercado era de dimensión global ya que el líder del mercado estaba ubicado en un territorio distinto al de Estados Unidos y los precios estaban relacionados. *Vid. U.S. District Court Northern District Of California San Francisco Division, U.S. y otros v. Oracle Corporation*, pp. 48 y ss.

<sup>206</sup>*Vid. U.S. District Court Northern District Of California San Francisco Division, U.S. y otros v. Oracle Corporation*, pp. 143 y ss.

economista Elzinga. En este sentido, el Tribunal afirmó que no existía evidencia alguna para excluir los productos del mercado de referencia el *mid market*, los servicios de subcontratación, las consultorías como las ofrecidas por las empresas especializadas en integración de sistemas. En consecuencia, el Tribunal consideró a estos productos como sustitutos de los de alta función con lo que fue posible ampliar el mercado material y, por tanto, el número de operadores; entre ellos: SAP, Microsoft, Lawson, AMS y más de 20 empresas de *outsourcing*<sup>207</sup>. Asimismo, el Tribunal valoró que el mercado era de dimensión global puesto que en el territorio norteamericano las aplicaciones eran exportadas de forma frecuente y significativa desde otros territorios<sup>208</sup>.

En cuanto a los efectos anticompetitivos, el Tribunal razonó que el DOJ no comprobó *el elemento fundamental* de la teoría de los efectos unilaterales en mercados heterogéneos: la existencia de un mercado localizado (nodo) en el que únicamente operan las empresas participantes en la operación de concentración. Según el Tribunal, para la comprobación de dicho escenario era necesario la concurrencia acumulativa de cuatro condiciones: a) en primer lugar, los productos de las empresas participantes deben ser *diferentes* de los que fabrican sus competidores; b) en segundo lugar, los productos de las empresas afectadas tienen que ser *próximos o cercanos*, lo que se cumple cuando un número significativo de clientes –nodo– de una de las partes en la concentración elige los de la otra en respuesta a un incremento de sus precios; c) en tercer lugar, los productos del resto competidores han de ser lo

---

<sup>207</sup> En este sentido, el Tribunal destacó que no es posible delimitar el mercado material ante la simple afirmación de que existe algo diferente entre los productos de las empresas fusionadas y el resto de operadores. Por el contrario, es necesario ofrecer una prueba cuantitativa que permita corroborar de manera fehaciente la existencia de productos heterogéneos. *Vid.* U.S. District Court Northern District Of California San Francisco Division, *U.S. y otros v. Oracle Corporation*, p. 126.

<sup>208</sup> *Vid.* U.S. District Court Northern District Of California San Francisco Division, *U.S. y otros v. Oracle Corporation*, pp. 131 y ss.

*suficientemente distintos* de los contralados por las partes del proyecto de concentración a fin de que la empresa resultante pueda llevar a cabo de forma rentable un aumento significativo y no transitorio de sus precios en el mercado localizado; y, finalmente d) los competidores reales y potenciales han de tener *pocas posibilidades* de reposicionar su línea de producción, lo que acontece si no son capaces de elaborar productos similares a los que ofrecen las empresas partícipes y, de esta manera, no podrían limitar una posible fijación de precios por la empresa resultante<sup>209</sup>.

En este sentido, el Tribunal oportunamente destacó que el DOJ no verificó que los productos de ambas empresas eran considerados por los consumidores como la primera y la segunda opción en el momento de adquirir un producto sustituto. Por el contrario, el Tribunal verificó que en el sector existían más operadores que vendían sus programas informáticos. Además, en dicha estructura SAP era la empresa con el mayor volumen de negocios en las aplicaciones de gestión de recursos financieros y el segundo en el de recursos humanos. En consecuencia, el Tribunal reconoció que SAP y el resto de competidores eran capaces de contrarrestar cualquier aumento de precios que la nueva entidad llevara a cabo de forma unilateral. Incluso, el Tribunal constató que los clientes eran sofisticados y de grandes dimensiones (*ad ex.*, IBM, Pepsi America Inc., la Administración del Estado de Dakota, etc.) por lo que era previsible que su poder restringiera o limitara cualquier posible política de precios supracompetitivos<sup>210</sup>.

En una fase ulterior del proceso, el DOJ alegó *in extremis* que la operación producía efectos coordinados. El Tribunal señaló que el mercado de referencia no reunía ninguno de los factores

---

<sup>209</sup> *Vid.* U.S. District Court Northern District Of California San Francisco Division, *U.S. y otros v. Oracle Corporation*, pp. 35 y 36.

<sup>210</sup> *Vid.* U.S. District Court Northern District Of California San Francisco Division, *U.S. y otros v. Oracle Corporation*, pp. 142 y ss.; RUIZ CALZADO, J., «Los efectos unilaterales en el control de concentraciones...», *op. cit.*, p. 181, nota 37.

propicios para la coordinación en cualquiera de sus modalidades, es decir, tácita o expresa. Precisamente, el Tribunal sostuvo que los productos afectados por la operación de concentración no eran homogéneos, sino diferenciados. Asimismo, apuntó que el mercado no era transparente, pues tanto los precios como los descuentos eran conocidos únicamente por el cliente y la empresa que los ofrecía<sup>211</sup>.

Ante estos hechos que propiciaron un cambio considerable en los alegatos del DOJ, el Tribunal norteamericano decidió no bloquear la operación *Oracle/PeopoleSoft*, dado que la delimitación del mercado relevante adolecía de grandes errores y, a su vez, no existían pruebas fehacientes para aplicar la doctrina de los efectos unilaterales; en particular, faltaba una evidencia cuantitativa mediante un análisis económico sofisticado (*ad ex.*, coeficientes de desviación, elasticidad cruzada de la demanda, etc.) que evidenciara la existencia de un submercado que reuniera las condiciones necesarias para que la nueva entidad optara por una política unilateral de incremento de precios.

## **B) La postura de la Comisión Europea**

Al otro lado del Atlántico, la operación fue notificada a la Comisión Europea bajo el derogado Reglamento 4064/89 en octubre de 2003. Como se sabe, dicho Reglamento no facultaba a la Comisión a prohibir una concentración sobre la base de aplicar la doctrina de los efectos unilaterales. El test de dominio del Reglamento 4064/89 exigía como requisito previo para la declaración de incompatibilidad que la operación creara o reforzara una posición de dominio (individual o colectiva) en el mercado

---

<sup>211</sup> *Vid.* U.S. District Court Northern District Of California San Francisco Division, *U.S. y otros v. Oracle Corporation*, p. 141.; BUSDZINSKI, O./CHRISTIANSEN, A., «The Oracle/PeopleSoft case...», *op. cit.*, p.15.

único europeo<sup>212</sup>. Pese a ello, el Ejecutivo comunitario evaluó los efectos coordinados y no coordinados, al igual que el DOJ, en el mercado de las aplicaciones de gestión de recursos financieros y humanos de alta función, aunque estimó que su alcance era global y no exclusivamente europeo<sup>213</sup>.

Inicialmente, en el pliego de cargos, la Comisión rechazó que la operación provocara efectos coordinados. Sostuvo que las características del mercado (elevado grado de heterogeneidad de los productos, poca transparencia y alto nivel de innovación) dificultaban que los operadores logaran una coordinación anticompetitiva. Ésta es la razón por la que la autoridad comunitaria centró su examen primordialmente en los posibles efectos unilaterales o no coordinados. Con tal fin, efectuó un estudio econométrico en distintas licitaciones, del que dedujo que Oracle y PeopleSoft eran competidores inmediatos y que su comportamiento estaba ligado al número e importancia de los licitadores. Lo anterior le llevó a sostener que, al desaparecer PeopleSoft, la nueva entidad sería capaz de obstaculizar significativamente la competencia en la industria de referencia<sup>214</sup>.

No obstante, la Comisión efectuó un nuevo examen econométrico a partir de las pruebas provenientes de Norteamérica. Ello le permitió confirmar que las empresas ofrecían sus descuentos en razón de la importancia del contrato y no por la presencia de rivales de grandes dimensiones. Además, verificó que

---

<sup>212</sup> Vid. RUIZ CALZADO, J., «Los efectos unilaterales en el control de concentraciones...», *op. cit.*, pp. 169 y ss.; BUSDZINSKI, O./CHRISTIANSEN, A., «The Oracle/PeopleSoft case...», *op. cit.*, p. 8; BLANQUEZ PALASI, L., «La noción de efectos unilaterales...», *op. cit.*, p. 50.

<sup>213</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 26 de octubre de 2004, asunto COMP/M.3216 - *Oracle/PeopleSoft*, considerandos 29 y ss.

<sup>214</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 26 de octubre de 2004, asunto COMP/M.3216 - *Oracle/PeopleSoft*, considerando 33 y ss.; BUSDZINSKI, O./CHRISTIANSEN, A., «The Oracle/PeopleSoft case...», *op. cit.*, pp. 16 y ss.; RUIZ CALZADO, J., «Los efectos unilaterales en el control de concentraciones...», *op. cit.*, pp. 183 y ss.

SAP, Oracle y PeopleSoft eran los principales operadores en la industria, pero no los únicos. A su juicio, Lawson, Intenia, IFS, QAD y Microsoft también competían en el sector, ya que los clientes grandes y de estructura compleja también adquirirían sus productos<sup>215</sup>. Por consiguiente, el Ejecutivo comunitario concluyó que la operación no representaba un peligro para el mantenimiento de la competencia y, al igual que el Tribunal californiano, declaró la concentración compatible con el mercado único europeo<sup>216</sup>.

### **5.3 La existencia de efectos unilaterales por la eliminación de una empresa *maverick* o díscola. Asunto *T-Mobile/Tele.ring***

Como señalamos inicialmente, los casos de competidores cercanos o inmediatos en mercados heterogéneos no son las únicas estructuras de mercado propicias para la producción de efectos unilaterales o no coordinados. Estos daños competitivos también se producen cuando una operación de concentración elimina una empresa *maverick* o díscola en el mercado. De hecho, las Directrices sobre Concentraciones Horizontales contemplan expresamente este supuesto bajo la expresión «*eliminación de una presión competitiva importante*»<sup>217</sup>.

---

<sup>215</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 26 de octubre de 2004, asunto COMP/M.3216 - *Oracle/PeopleSoft*, considerandos 19 a 26; BUSDZINSKI, O./CHRISTIANSEN, A., «The Oracle/PeopleSoft case...», *op. cit.*, pp. 18 y ss.

<sup>216</sup> Además de los vicios que adolecía el análisis de la Comisión, existieron otros motivos que incidieron en su decisión: 1) la entonces laguna legal del Reglamento 4064/89 para hacer frente a los efectos unilaterales en mercados oligopolísticos; 2) el precedente fijado en la sentencia norteamericana complicaba mantener unos argumentos contrarios para prohibir la concentración; y 3) la autoridad europea evitaba otra derrota frente al Tribunal de Primera Instancia como ocurrió en el asunto *Airtours/First choice*. Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 26 de octubre de 2004, asunto COMP/M.3216 - *Oracle/PeopleSoft*, considerando 45; RUIZ CALZADO, J., «Los efectos unilaterales en el control de concentraciones...», *op. cit.*, p. 183; BUSDZINSKI, O./CHRISTIANSEN, A., «The Oracle/PeopleSoft case...», *op. cit.*, p. 19.

<sup>217</sup> Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartados 37 y 38

El concepto de empresa *maverick* hace referencia a los operadores económicos que, pese a contar con una cuota de mercado reducida, ejercen un alto grado de presión competitiva sobre los demás competidores. Por ejemplo, este sería el caso de una nueva empresa de la que se espera que ofrezca productos o servicios más novedosos que el resto de competidores. Así, la desaparición de una empresa *maverick* o díscola puede causar una disminución considerable de la intensidad o dinámica de la competencia en una industria determinada<sup>218</sup>.

La Comisión aplicó por vez primera el nuevo criterio de la obstaculización significativa de la competencia para analizar dichos efectos en el asunto *T-Mobile/tele.ring* de 2006<sup>219</sup>. La operación consistía en la adquisición por T-Mobile de todas las acciones de su rival tele.ring. La Comisión delimitó que dicha adquisición afectaba el mercado austriaco de servicios de telefonía móvil a clientes finales en el que operaban tan sólo cinco empresas: Mobilkom, ONE, H3G y las partes del proyecto de concentración<sup>220</sup>.

<sup>218</sup> Vid. Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartados 37 y 38.

<sup>219</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 26 de abril de 2006, asunto COMP/M.3916 - *T-Mobile/Tele.ring*, en DOUE L 88, 29.03.2007, pp. 44 a 46; COMISION EUROPEA, *Informe sobre la política de competencia 2006*, Oficina de Publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, Bruselas-Luxemburgo, 2007, p. 6; LUEBKING, J., «T-Mobile Austria/tele.ring: Remediating the loss of a maverick», en *Competition Policy Newsletter*, núm. 2, 2006, pp.46 a 50; SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, op. cit., pp. 186 y ss.; ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, op. cit., pp. 131 y ss.; FERNANDEZ TORRES, I., «Control de las concentraciones (I)...», op. cit., pp. 342 y ss.; ORTIZ BLANCO, L./MAILLO GONZANLEZ-ORUS, J./IBÁÑEZ COLOMO, P./LAMADRID DE PABLO, A., *Manual de Derecho...*, op. cit., pp. 308 y ss.; KOKKORIS, I., *Merger control in Europe: the gap in the ECMR...*, op. cit., pp. 159 y ss.

<sup>220</sup> Para un estudio del sector de las telecomunicaciones vid., entre otros: SANTOS ESTERAS, I./CHARRO NICOLAS, P., «La regulación de los oligopolios no competitivos en el sector de las telecomunicaciones», en *Revista de Derecho de la competencia y distribución*, núm. 11, 2012, pp. 177 a 201; RUBIO MARTÍN, J., *Regulación y defensa de la competencia: Efectos en el mercado de las telecomunicaciones*, Universidad Complutense de Madrid, España, 2010; VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Regulación y competencia en el sector de las telecomunicaciones», en AA.VV. (dir. DE LA CUADRA-SALCEDO, T.), *Derecho de la Regulación Económica.Telecomunicaciones*, vol. 4, Iustel, Madrid, 2009, pp. 725 y ss.; CALVIÑO SANTAMARÍA, N., «Regulación y competencia en telecomunicaciones: los retos derivados del nuevo marco normativo», en *Información comercial española, Revista de economía*, núm. 832, 2006, pp. 57 a 74.

En tal estructura, T-Mobile y tele.ring eran el segundo y el cuarto operador respectivamente, mientras que la empresa líder era Mobilkom. El Ejecutivo comunitario, al valorar las cuotas de mercado, constató que la nueva entidad T-Mobile/tele.ring ostentaría una cuota entre el 30% y el 40% con la cual no alcanzaba una posición de dominio; aunque se trataba de una cuota similar a la de la empresa líder Mobilkom, que ostentaba entre un 35% a 45% del mercado austriaco. Asimismo, comprobó que previamente a la concentración tele.ring aumentó sustancialmente su cuota de mercado, mientras que, sin embargo, las cuotas de *T-Mobile* y Mobilkom disminuyeron. A continuación, la Comisión analizó la evolución de los precios y, especialmente, el comportamiento de los consumidores. Con ello verificó que tele.ring desempeñó el papel más activo en el mercado al implementar una estrategia agresiva de precios que le permitió aumentar su base de clientes de los cuales la mitad provenían precisamente de sus rivales T-Mobile y Mobilkom.

Lo anterior llevó a la Comisión Europea a sostener que si bien tele.ring carecía de una cuota de mercado significativa, no obstante era una empresa *maverick* o díscola, al presentarse como el operador más dinámico y desplegó una importante presión competitiva en el comportamiento de los competidores de mayor tamaño, T-Mobile y Mobilkom<sup>221</sup>. Según la Comisión, con la desaparición de tele.ring del mercado de telecomunicaciones austriaco, T-Mobile incrementaría aún más su base de clientes. En consecuencia, dicho operador no dispondría de los incentivos suficientes para desarrollar una política de precios agresiva tal como se venía haciendo por tele.ring. Según la Comisión, ello

---

<sup>221</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 26 de abril de 2006, asunto COMP/M.3916 - *T-Mobile/Tele.ring*, considerandos 49 y ss. (versión en inglés), disponible en: [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3916\\_20060426\\_20600\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3916_20060426_20600_en.pdf).



obedecía a que si T-Mobile ofrecía precios más bajos a los clientes potenciales debía de aplicar tales condiciones contractuales a toda su cartera de clientes lo cual no era económicamente rentable<sup>222</sup>.

A su vez, la Comisión valoró que de celebrarse la operación de concentración, ninguno de los operadores restantes reunía las condiciones para actuar activamente en el mercado relevante como tele.ring. En su opinión, si bien el operador H3G fijaba precios similares a tele.ring, sólo tenía una red limitada al 50% de la población de Austria, de modo que para cubrir el resto del mercado dependía de un acuerdo nacional de itinerancia o *roaming* con Mobilkom. De esta manera, H3G no sería capaz de mantener una estrategia competitiva que limitara la conducta de los operadores de mayor dimensión<sup>223</sup>.

En suma, la Comisión Europea concluyó que la eliminación de tele.ring como empresa *maverick* producía efectos unilaterales o no coordinados. En este sentido, argumentó que la operación repercutiría sustancialmente en los precios del mercado de servicios de telefonía móvil a clientes finales. Aunque no aumentarían a corto plazo, sí era probable que no continuaran descendiendo. A su vez, la Comisión investigó si tras la operación dimanarían efectos coordinados, dado que la nueva entidad y Mobilkom serían de tamaño similar y con una cuota conjunta entre el 60% y 80% del mercado afectado. Al respecto, la Comisión sostuvo que no era necesario analizar dichos efectos, dados los compromisos presentados por las partes, dirigidos a fortalecer de modo esencial la red de telefonía de H3G. De ahí que la Comisión Europea terminara aprobando la concentración en atención a que

---

<sup>222</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 26 de abril de 2006, asunto COMP/M.3916 - *T-Mobile/Tele.ring*, considerandos 77 y 78 (versión en inglés).

<sup>223</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 26 de abril de 2006, asunto COMP/M.3916 - *T-Mobile/Tele.ring*, considerandos 102 a 109 (versión en inglés).

los compromisos presentados paliaban los efectos nocivos dimanantes de la operación<sup>224</sup>.

#### 5.4 Reflexiones a la luz de los casos *Oracle/PeopleSoft* y *T-Mobile/tele.ring*

Al hilo de la experiencia práctica desarrollada en este ámbito, es necesario sostener que el estudio de los efectos unilaterales reviste una elevada complejidad. Principalmente, ello obedece a que esta modalidad de daño competitivo exige un análisis económico sustancial y que, además, emana en distintos escenarios. De ahí que la doctrina distinga entre *efectos unilaterales de primer y de segundo orden*. Los de primer orden son los que resultan únicamente de los mercados de productos diferenciados o heterogéneos. Mientras que los de segundo orden devienen de los supuestos en los que una de las partes es una empresa *maverick* o díscola que lleva a cabo un papel dinámico en una estructura de mercado<sup>225</sup>.

En cuanto a los de primer orden, su principal característica radica en que los productos de los competidores no son sustitutos perfectos, dadas las preferencias heterogéneas de los consumidores. De este modo, los consumidores se desplazan principalmente a los productos de ciertas empresas que a los del resto de operadores en el mercado. Así, en los mercados

---

<sup>224</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 26 de abril de 2006, asunto COMP/M.3916 - *TMobile/Tele.ring*, considerandos 125 y ss. (versión en inglés). También, otro supuesto similar y más reciente: Decisión de la Comisión Europea, de 12 de diciembre de 2012, asunto COMP/M.6497 - *Hutchison 3G Austria/Orange Austria*, en DOUE C 224, 3.8.2013, considerandos 29 y ss. Esta última concentración fue una operación que afectaba nuevamente el mercado austriaco de telecomunicaciones y donde una de las partes era precisamente H3G. Sin embargo, en esta última la Comisión utilizó un análisis económico superior como el uso de los coeficientes de desvío.

<sup>225</sup> Vid. SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, *op. cit.*, pp. 186 a 188.

altamente diferenciados, ha de verificarse el nivel de cercanía entre las empresas participantes en la operación de concentración. En particular, es necesario comprobar que las partes son la primera y segunda alternativa de los consumidores frente a un incremento de los precios y que, a su vez, los competidores y clientes no son capaces de reaccionar a tal comportamiento. Con ello se pretende apreciar la configuración de un *mercado localizado* en el que operan exclusivamente las empresas participantes, lo que les faculta a ejercer su poderío económico dentro de él. Por consiguiente, el *efecto directo* de las concentraciones en mercados diferenciados consiste en que al suprimirse la competencia entre los competidores más cercanos, estos podrán aumentar los precios en el mercado localizado. Pero también la operación de reestructuración produce un *efecto indirecto o en onda* en el mercado general donde los demás competidores adaptaran además una política de precios supracompetitivos de forma rentable a los consumidores –marginales– que decidan no comprar los productos de las partes. En este sentido, las autoridades de competencia a fin de ponderar el surgimiento de los efectos unilaterales en mercados altamente diferenciados deben utilizar múltiples herramientas económicas, así como desplegar un análisis competitivo estructural, esto es, la delimitación previa del mercado relevante. Precisamente, el asunto *Oracle/PeopleSoft* puso de manifiesto que la evaluación *antitrust* no puede apoyarse exclusivamente en el uso de modelos de simulación, siendo indispensable efectuar una adecuada definición del mercado de referencia. Este *análisis simultáneo* posibilita a las autoridades de competencia partir de una premisa real sobre la posición de las empresas, sus competidores y sus cuotas de mercado, lo que ha de confrontarse con los resultados de los modelos de simulación y de los estudios econométricos. Naturalmente, el resultado de ambos sobre la presencia de efectos unilaterales ha de incluir el estudio de los factores compensatorios: la usencia de barreras de

entrada, el poder de la demanda, las eficiencias económicas, y la excepción de la empresa en crisis. Sólo mediante un *análisis global* de estas cuestiones se puede alcanzar una *certeza razonable* de si el proyecto de concentración notificado suscita o no efectos no coordinados en industrias altamente diferenciadas o heterogéneas<sup>226</sup>.

En referencia a los efectos unilaterales de segundo orden, su examen estriba en probar que una de las empresas participantes en la operación de concentración es una empresa *maverick*, es decir, que ejerce una presión competitiva en todo el mercado de referencia. Así pues, el daño competitivo que deviene de estas concentraciones consiste en perjudicar el normal funcionamiento de una competencia en el mercado de referencia en general. En el asunto *T-Mobile/Tele.ring* se argumentaba que al desaparecer el competidor más activo, los demás competidores disminuirían la agresividad de sus estrategias e, incluso, aumentarían sus precios a medio plazo. No obstante, las partes de esta concentración, a fin de lograr la autorización de la Comisión Europea, asumieron compromisos dirigidos a cubrir el vacío competitivo que resultaba de la operación mediante la creación de otro competidor capaz de limitar el comportamiento de los operadores y, en especial, los de mayor dimensión. Por otra parte, cabe destacar que si bien el incremento generalizado de los precios es similar a los efectos coordinados, esto no significa que puedan producirse de forma simultánea. La doctrina señala que en estos casos en particular dichos efectos pueden surgir secuencialmente<sup>227</sup>. En este sentido,

<sup>226</sup> Vid. SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, op. cit., p. 200; BUSDZINSKI, O./CHRISTIANSEN, A., «The Oracle/PeopleSoft case...», op. cit., pp. 22 y ss.; KOKKORIS, I., *Merger control in Europe: the gap in the ECMR...*, op. cit., p. 3; MARCOS, F., «El control de concentraciones...», op. cit., p. 179; RUIZ CALZADO, J., «Los efectos unilaterales en el control de concentraciones...», op. cit., p. 186.

<sup>227</sup> SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, op. cit., p. 187; ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, op. cit., pp. 131 y 132.

es importante apuntar que las empresas *maverick* impiden la coordinación entre las empresas de un sector económico, pues optan por competir. En consecuencia, la eliminación de una empresa rebelde a la cooperación puede facilitar la adopción de una política común en el mercado, siempre que reúna las condiciones de la teoría Stigleriana. Por tanto, los efectos unilaterales de segundo orden emanan inicialmente, mientras que la colusión tácita se vuelve racional *a posteriori* por los cambios que suscita la operación de concentración en el mercado relevante (*post-merger market*)<sup>228</sup>.

---

<sup>228</sup> En este sentido: KOKKORIS, I., *Merger control in Europe: the gap in the ECMR...*, *op. cit.*, p. 11.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **CRITERIOS GUÍAS DE MERCADO CARÁCTER ESTRUCTURAL: LAS BARRERAS DE ENTRADA Y EL PODER DE LA DEMANDA**



## 1. Preliminar

El presente capítulo se dedica al estudio de algunos de los criterios guías que el Reglamento 139/2004 pone en manos de la autoridad *antitrust* a fin de facilitarle su tarea evaluadora de la compatibilidad (licitud) o incompatibilidad (ilicitud) de las operaciones de concentración con el mercado único europeo. Nos referimos, en concreto, a los criterios de las *barreras de entrada* y del *poder compensatorio de la demanda*, ambos mencionados por el artículo 2, apartado 1, del Reglamento 139/2004.

Al tratarse de dos criterios de mercado carácter estructural y, por ende, muy ligados a la estructura del mercado en el que proyecta celebrarse la operación de concentración, consideramos muy oportuno acometer con carácter previo a su análisis una tarea inicial, cual es la relativa al modo en que se lleva a cabo la *delimitación del mercado relevante*. En rigor, se trata de una tarea previa y necesaria en todo enjuiciamiento *antitrust* y, en lo que aquí interesa especialmente, especialmente relevante para analizar los efectos negativos y positivos que derivan de una operación de concentración<sup>229</sup>. No se pierda de vista que estos efectos se producen en mercados concretos en donde operan las empresas que participan en el proyecto de concentración sometido a evaluación<sup>230</sup>.

La importancia de la delimitación del mercado relevante estriba en que a través de él es posible conocer diferentes extremos. Primeramente, ayuda a acotar los productos o servicios que son afectados por la operación de concentración y la zona

---

<sup>229</sup> Vid. PELLISE CAPELL, J., *Mercado Relevante...*, *op. cit.*, p. 45, nota 111; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Las concentraciones...*, *op. cit.*, p. 177.

<sup>230</sup> Vid. ALTZELAI ULIONDO, I., «Algunas cuestiones del análisis antitrust: delimitación del mercado de referencia y efectos sobre el comercio intracomunitario», en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 2011, núm. 9, pp. 51 a 72.



geográfica en la que éstos se intercambian. Asimismo, permite fijar los competidores reales de las empresas que se concentran y la existencia o no de una competencia eficiente entre ellos. Por último, la delimitación del mercado relevante posibilita el cálculo de la cuota de mercado que corresponde a cada operador económico, particularmente las cuotas de las partes de la operación de concentración. Todo ello constituye el marco de referencia sobre el cual se valoran los efectos de la operación de concentración; en especial, sirve para apreciar si existe o no un poder de mercado proporcional al tamaño del mercado en el que se ejerce<sup>231</sup>. De ahí que sea posible afirmar que de la correcta delimitación del mercado relevante realizada por la autoridad de competencia depende el resto de la evaluación *antitrust* de los efectos dimanantes de la operación de concentración<sup>232</sup>.

Analizado el mercado relevante (*infra*, 2), ya si estaremos en condiciones de estudiar con mayor detalle y profundidad, los criterios guías de índole estructural a los que hicimos referencia más arriba, esto es, las barreras de entrada (*infra*, 3) y el poder compensatorio de la demanda (*infra*, 4).

## 2. El mercado relevante: consideraciones generales

La complejidad de la delimitación del mercado relevante – tarea esencialmente económica– ha hecho de éste uno de los asuntos más cuestionados y controvertidos en el ámbito del Derecho comunitario de defensa de la competencia. En concreto, han sido objeto de discusión aspectos tales como su concepto, su

<sup>231</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Las concentraciones...*, *op. cit.*, p. 178; ALTZELAI ULIONDO, I., «Algunas cuestiones del análisis...», *op. cit.*, p. 53.

<sup>232</sup> Vid. DIEZ ESTELLA, F., «Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre definición de mercado relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU», en *Anuario de la competencia*, 2001, pp. 321 a 349; ALTZELAI ULIONDO, I., «Algunas cuestiones del análisis...», *op. cit.*, pp. 52 y ss.

importancia y los criterios a seguir para su correcta delimitación<sup>233</sup>. Ante esta situación de incertidumbre, la Comisión Europea publicó en 1997 la «Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia» (en adelante, Comunicación sobre el Mercado Relevante)<sup>234</sup>, con la finalidad principal de orientar el proceso que ha de seguirse a la hora de definir el mercado de referencia en aplicación de la normativa *antitrust*.

Según esta Comunicación, la Comisión se apoya básicamente en dos criterios a la hora de delimitar el mercado relevante: a) por un lado, un *criterio material* –mercado del producto– mediante el cual se individualizan los bienes y servicios que, desde la perspectiva del consumidor, son idénticos o sustituibles en razón de sus características, precio o uso previsible; b) por otro lado, un *criterio espacial* –mercado geográfico– por mor del cual se demarca el territorio en el que las empresas participantes en la operación de concentración ofrecen sus bienes o prestan sus servicios y donde las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y distintas de cualquier otro ámbito espacial próximo.

## **2.1 Los principios básicos de la delimitación del mercado relevante**

En el proceso que realiza la Comisión Europea a fin de delimitar el mercado relevante (del producto y geográfico), rigen dos principios fundamentales: 1º) El primero alude a los parámetros que se utilizan para trazar las fronteras de los mercados del

---

<sup>233</sup> Vid. DIEZ ESTELLA, F., «Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de mercado relevante...», *op. cit.*, p. 322; ALTZELAI ULIONDO, I., «Algunas cuestiones del análisis...», *op. cit.*, p. 53.

<sup>234</sup> Vid. DOCE C 372, 9.12.1997, pp. 5 y ss.

producto y geográfico. Para ello, la Comunicación sobre el Mercado Relevante se apoya en los factores que actúan como *fuerza de control* del comportamiento de las empresas concentradas: la sustituibilidad de la demanda, la sustituibilidad de la oferta y la competencia potencial. Más adelante entraremos en el significado de cada uno de ellos. 2º) Por su parte, el segundo principio estriba en que sólo se tienen en cuenta las fuentes alternativas reales de suministro, lo que implica que únicamente se consideran los bienes o servicios sustituibles. Esto es, sólo se valoran los bienes que satisfacen las mismas necesidades o deseos que los productos afectados por la concentración, y que, además, son de fácil adquisición por proveedores cuya localización no resulta excesivamente lejana de los consumidores de las empresas que se concentran<sup>235</sup>.

## 2.2 El procedimiento de delimitación del mercado relevante

La Comunicación sobre el Mercado Relevante contempla las líneas generales de las actuaciones que han de realizarse para delimitar la estructura de referencia tanto en el control de conductas –artículos 101 y 102 TFUE– como el control de estructuras o control de concentraciones –Reglamento 139/2004–. De ahí que sea necesario hacer referencia a algunas características específicas de esta última vertiente del Derecho *antitrust*.

Desde una perspectiva temporal, el análisis de los posibles efectos derivados de una operación de concentración se realiza por medio de una *prospección* del mercado afectado. Esto supone partir de la posición en la que se encuentran las empresas partícipes en el momento previo a la celebración de la

<sup>235</sup> Vid. BELLO MARTIN-CRESPO, M.P., «Control de concentraciones...», *op. cit.*, p. 368; FONT GALAN, J.I., *Constitución económica y derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 65, nota 92.

concentración, para analizar seguidamente la posición que alcanzarían dichas empresas en el mercado relevante una vez consumada la operación, así como las condiciones que prevalecerían en dicho mercado si no se lleva a cabo el proyecto de concentración notificado.

Por otro lado, a diferencia del análisis del mercado relevante en el control de las conductas anticompetitivas –las prácticas colusorias y el abuso de la posición de dominio–, en la evaluación de las concentraciones empresariales no es necesario efectuar el *examen* de integración de los mercados a fin de dilucidar si la *operación afecta o no al comercio intracomunitario*. Ello obedece a que en materia de concentraciones se requiere que la operación posea una dimensión comunitaria como exigencia delimitadora del ámbito de aplicación del Reglamento 139/2004, y es evidente que toda concentración que cumpla esta exigencia cuantitativa lleva ínsita una afectación sensible o significativa del comercio entre los Estados miembros de la Unión. A lo anterior sólo cabe plantear la excepción de la denominada cláusula holandesa ya sea a petición de los Estados miembros o por las partes de la concentración lo que, en todo caso, permite someter al control de la Comisión Europea una operación de concentración carente de dimensión comunitaria en los términos anteriormente apuntados en la Introducción de este trabajo<sup>236</sup>.

### **2.3 El análisis del mercado del producto**

Por medio del mercado del producto se determinan los bienes o servicios que los consumidores consideran sustitutos respecto de los afectados por la concentración en razón de sus características, su precio y uso previsible. Desde una perspectiva

---

<sup>236</sup> *Vid. supra* Introducción. En este sentido: ALTZELAI ULIONDO, I., «Algunas cuestiones del análisis...», *op. cit.*, pp. 65 y ss.

procesal o adjetiva, la definición del mercado relevante en general se encuentra estrechamente vinculada a las fases de la evaluación de la operación de concentración. En este sentido, el legislador comunitario prevé que si *en una fase inicial* el proyecto de concentración no suscita problemas de competencia, éste se ha de declarar compatible con el mercado único europeo. En cambio, las concentraciones que en esta fase plantean series dudas en cuanto a su licitud con el mercado se analizan en *una segunda fase*, donde la Comisión examina en profundidad los efectos concurrenciales que despliega en el mercado de referencia – artículo 6, apartado 1, del Reglamento 139/2004–. Por ejemplo, en el asunto *Oracle/PeopleSoft*, la Comisión europeo efectuó en el pliego de cargos una delimitación estrecha del mercado relevante. Sin embargo, en la decisión, el Ejecutivo comunitario amplió dicha estructura, al apreciar que otras empresas también operaban en ella.

A fin de determinar el mercado del producto, la Comisión realiza un análisis en dos *fases*: a) una preliminar de delimitación general del mercado del producto; y b) otra final basada en el carácter sustituible de los bienes o servicios y su verificación con las condiciones en las que operan las empresas que se concentran<sup>237</sup>. En la fase preliminar, la Comisión Europea  *fija a grandes rasgos* el mercado de referencia desde la dimensión del producto. Con tal propósito, comprueba si un producto «A» y un producto «B» pertenecen a un mismo mercado en razón de sus características y usos previsibles, apoyándose para ello en la información que tenga a su disposición, de la que forma parte especialmente la suministrada por las partes. En algunos casos basta con que se identifique un producto «B» dentro de un mismo mercado para descartar posibles problemas de competencia. En esta dirección, la Comunicación sobre el Mercado Relevante

<sup>237</sup> Vid. COMISION EUROPEA, «Definición de mercado de referencia», en [http://europa.eu/legislation\\_summaries/competition/firms/l26073\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26073_es.htm).

apunta que en estos supuestos no es necesario apreciar si el mercado incluye productos adicionales, ni llegar a una conclusión precisa en cuanto a la delimitación del mercado del producto<sup>238</sup>.

Tras la fase preliminar, si es oportuno, la Comisión continúa con la *fase final de análisis* que parte del criterio de sustitución de la demanda y de la oferta. En concreto, el primero de estos criterios se utiliza por la Comisión para medir la sustituibilidad del producto desde la perspectiva del consumidor. Con anterioridad a la publicación de la Comunicación sobre el Mercado Relevante, el Ejecutivo comunitario utilizaba el test de la elasticidad cruzada de la demanda. Dicho test consistía en calcular la demanda de un producto ante el incremento en el precio de otro. La elasticidad de la demanda es positiva si los bienes son buenos sustitutos (*ad ex.*, el aumento del precio del autobús lleva a una mayor demanda de los billetes de metro). Por el contrario, es negativa si los bienes son complementarios (*ad ex.*, el aumento del precio de la gasolina lleva a un descenso de la demanda de aceites lubricantes para motor). Ejemplo de la aplicación de este test es la decisión, de 24 de julio de 1991, *Asunto Tetra Pak II*<sup>239</sup> y la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 6 de octubre de 1994, caso *Tetra Pak contra Comisión*<sup>240</sup>, pues ambas confirman la utilización de la técnica de la elasticidad de la demanda en la delimitación del mercado relevante en su dimensión de mercado del producto<sup>241</sup>.

Ahora bien, tras la Comunicación sobre el Mercado Relevante, emerge un nuevo test al que necesariamente hemos de

---

<sup>238</sup> Vid. Comunicación sobre el Mercado Relevante, apartados 25 a 27.

<sup>239</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 24 de julio de 1991, asunto IV/31.043 - *Tetra Pak II*, DOCE L072, 18.3.1992, considerandos 6 y ss.

<sup>240</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 6 de octubre de 1994, asunto T-83/91 - *Tetra Pak contra Comisión*, en Rec. 1994, pp. II-755 y ss.

<sup>241</sup> Vid. DIEZ ESTELLA, F., «Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre mercado relevante...», *op. cit.*, pp. 331 y ss.; MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas...*, *op. cit.*, pp. 342 y ss.

referirnos. Nos referimos al test de la «*variación pequeña y no transitoria del precio o del monopolista hipotético*», tomado de las *Merger Guidelines* del DOJ de 1982<sup>242</sup>. Con él se trata de analizar la reacción de los consumidores ante una variación entre un 5% y un 10% y no transitoria de los precios, lo que permite conocer si los clientes pueden acceder de manera inmediata y eficaz a productos sustitutos. Bien entendido que el precio a utilizar como parámetro en el análisis de las concentraciones es el prevalente en el mercado, habida cuenta del análisis prospectivo que siempre se realiza en esta materia, como tuvimos ocasión de precisar con anterioridad<sup>243</sup>.

Ahora bien, en esta segunda fase de análisis, la Comisión también puede hacer uso del *criterio de la sustituibilidad de la oferta* para fijar el mercado del producto, siempre y cuando sea equivalente en eficiencia y en reacción inmediata a la sustituibilidad de la demanda. Esto implica que, ante una variación pequeña y no transitoria de precios, los proveedores tienen la posibilidad de reorientar su fabricación y comercialización a productos sustitutos en un plazo corto y sin incurrir en riesgos y costes adicionales (así ocurre, *ad ex.*, cuando no es necesario ajustar de forma significativa los activos materiales e inmateriales existentes, las inversiones adicionales, las decisiones estratégicas o los plazos)<sup>244</sup>.

La diferencia entre el criterio de la sustituibilidad de la demanda y el de la oferta no es, pues, difícil de vislumbrar: mientras el primero alude a una posibilidad existente y efectiva, el

---

<sup>242</sup> Vid. U.S. Department of Justice, *Merger Guidelines*, 1982, pp. 3 y ss.; WERDEN, G.J., «The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm», 2002, disponible en: <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11256.pdf>, pp. 2 y ss.; DIEZ ESTELLA, F., «Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre mercado relevante...», *op. cit.*, p. 334; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Las concentraciones...*, *op. cit.*, p. 181.

<sup>243</sup> Vid. Comunicación sobre el Mercado Relevante, apartados 17 a 19.

<sup>244</sup> Vid. Comunicación sobre el Mercado Relevante, apartados 20 a 24.

segundo, en cambio, se refiere a proveedores de bienes y servicios no sustitutos de los productos afectados por la concentración, pero con capacidad para pasar a fabricarlos y comercializarlos. De ahí que la sustituibilidad de la oferta sea considerada desde un punto de vista económico menos eficiente<sup>245</sup>.

La fase final de delimitación del mercado del producto concluye con la *verificación* del carácter sustituible de la demanda y, cuando proceda, de la oferta, a través de ciertos elementos y condiciones en las que operan las empresas que se concentran. Entre ellos, cabe aquí mencionar los siguientes:

a) El análisis de los *acontecimientos o cambios bruscos recientes* como consecuencia de una variación de los precios. En especial, se aprecian las cantidades demandadas de un producto ante un aumento de los precios y la entrada de nuevos productos, siempre que sea posible fijar con precisión los productos cuyas ventas se han reducido<sup>246</sup>.

b) Por otra parte, la Comisión desarrolla diversos *estudios econométricos y estadísticos* entre los que destacan particularmente la elasticidad de la demanda y la elasticidad cruzada de la demanda. La primera permite medir la reacción de la demanda de un producto ante una variación porcentual de su precio, mientras que, como apuntamos, la segunda permite medir la demanda de un producto ante el aumento del precio de otro<sup>247</sup>.

c) El Ejecutivo comunitario también tiene en cuenta las *opiniones de los principales clientes y competidores* de las

---

<sup>245</sup> Vid. Comunicación sobre el Mercado Relevante, apartado 14; DIEZ ESTELLA, F., «Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre mercado relevante...», *op. cit.*, pp. 336 y ss.

<sup>246</sup> Vid. Comunicación sobre el Mercado Relevante, apartado 38.

<sup>247</sup> Vid. BELLO MARTIN-CRESPO, M.P., «Control de concentraciones...», *op. cit.*, p. 369; Comunicación sobre el Mercado Relevante, p. 10, nota 5.



empresas que se concentran, con lo que es posible conocer los límites del mercado y, a su vez, la reacción previsible de los clientes y competidores ante una variación pequeña y no transitoria del precio. Ahora bien, es importante destacar que las respuestas de los competidores y clientes han de estar fundamentadas en datos reales, pues estos pueden apoyarse en la información que más les beneficie y, por ende, conseguir de forma estratégica bloquear la operación de concentración o, en su caso, que las partes modifiquen su proyecto inicial. Por ejemplo, en el asunto *Oracle/PeopleSoft* ya aludido con anterioridad la información suministrada por ambos grupos originó que la autoridades de competencia norteamericanas y comunitarias delimitaran de forma ineficiente y errónea el mercado afectado por la operación de concentración.

d) Asimismo, la Comisión se basa en *estudios de mercadotecnia* realizados por las partes de la concentración y sus competidores a fin de precisar las preferencias de los consumidores en el mercado. De este modo, es posible establecer ciertos parámetros que utilizan las empresas para elaborar su política de precios o comercialización de sus productos como lo son las actitudes y hábitos de consumo de los consumidores.

e) La Comisión, además, integra en este análisis las barreras de entrada legales ya sea normativas o cualquier otra forma de intervención estatal. Como veremos, entre los obstáculos a ponderar destacan también los costes que asume la demanda para desplazarse hacia otros productos, dado que son un factor relevante para considerar dos bienes o servicios como sustitutos y, con ello, la circunscripción material del mercado de referencia.

f) Finalmente, la Comisión distingue las categorías de clientes en el sector económico en cuestión. Para comprender este elemento es necesario partir de que es posible identificar dos grupos de consumidores. Por una parte, los clientes que pueden

cambiar fácilmente de productos y sobre los cuales no es posible ejercer un poder de mercado. Se trata de los llamados *consumidores libres*. Por otra parte, los consumidores a los que se discrimina en precios y que, a diferencia de los anteriores, no pueden cambiar con facilidad a productos sustitutos. Se trata de los denominados *consumidores cautivos*, vulnerables a un cambio significativo y no transitorio de los precios en una determinada industria. La constatación de la existencia de estos dos grupos de consumidores permite a la Comisión delimitar un mercado relevante diferente y con una dimensión reducida o estrecha<sup>248</sup>. En otras palabras, con dicho estudio es posible apreciar *in extremis* la existencia de un submercado o un sector localizado en una industria altamente diferenciada.

#### 2.4 El análisis del mercado geográfico

El concepto de *mercado geográfico o espacial* tiene su origen en la jurisprudencia comunitaria; en concreto, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto *United Brands contra Comisión* de 1978<sup>249</sup>. Naturalmente, a partir de ese momento dicho concepto ha ido enriqueciéndose merced a otras decisiones jurisprudenciales y a la labor de la doctrina científica estudiosa del Derecho *antitrust*. Actualmente se entiende por mercado geográfico el territorio en el que las empresas participantes realizan su actividad de ofrecer productos y prestar servicios, donde las condiciones de competencia son

---

<sup>248</sup> Vid. DIEZ ESTELLA, F., «Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre mercado relevante...», *op. cit.*, pp. 338 y ss.

<sup>249</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de Unión Europea, de 14 de febrero de 1978, Asunto 27/76 – *United Brands contra Comisión*, Rec. 1978, considerandos 10 y ss.; DIEZ ESTELLA, F., «Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre mercado relevante...», *op. cit.*, p. 335.

suficientemente homogéneas y diferentes de cualquier territorio próximo<sup>250</sup>.

Los criterios utilizados y las fases que se siguen en la delimitación del mercado del producto coinciden con las que se emplean en la delimitación del mercado geográfico, con la única salvedad de que en este último hay que añadir una tercera fase que consiste en la fijación de la dimensión del mercado. En rigor, el orden que se sigue es el siguiente: a) fase de delimitación general del mercado geográfico; b) fase basada en el carácter sustituible y su verificación; y finalmente, c) fase de delimitación de la dimensión del mercado.

La *primera fase* está constituida por un análisis amplio del mercado geográfico considerando las cuotas de mercado de las empresas participantes en la concentración y sus competidores, es decir, el porcentaje de ventas que corresponde a cada operador del total que se realiza en el mercado afectado. A su vez, en esta primera fase se analiza la fijación y diferencia de precios a nivel nacional y comunitario<sup>251</sup>.

Posteriormente, se procede a la *segunda fase* de análisis de delimitación del mercado geográfico, basada en el criterio de la sustituibilidad bajo las reglas y test anteriormente expuestos. Mediante el análisis de la sustituibilidad de la demanda desde la dimensión geográfica se trata de conocer si ante la variación pequeña entre un 5% y un 10% y no transitoria del precio los consumidores están dispuestos a transferir sus pedidos a empresas localizadas en otra zona a corto plazo y a un coste no significativo. También se tiene en cuenta la sustituibilidad de la oferta, siempre que sea equivalente en eficiencia y en reacción inmediata al criterio de la demanda. Ello se cumple si al aplicar el test del monopolista hipotético se comprueba que ante una

---

<sup>250</sup> Vid. Comunicación sobre el Mercado Relevante, apartado 8.

<sup>251</sup> Comunicación sobre el Mercado Relevante, apartado 28.

variación pequeña y no transitoria de los precios los operadores no se encuentran con obstáculos serios para reorientar la fabricación y comercialización a productos sustitutos en la zona en que desarrollan las actividades las empresas que participan en la operación de concentración. Generalmente se presta atención al coste del transporte en función de la localización de las empresas, a los costes de producción y a los niveles de precios<sup>252</sup>. Además, en esta segunda fase, la Comisión verifica el carácter sustituible por medio de elementos presentes en el mercado del producto, como el desvío de pedidos en zonas geográficas ante la variación del precio, las características de la demanda, las opiniones de los principales clientes y competidores<sup>253</sup>.

Al mismo tiempo, existen otros elementos de gran importancia para delimitar el mercado geográfico. Uno de ellos es *la localización geográfica de las compras*, que consiste en el examen de los hábitos y prácticas de compra de los clientes en otras zonas pero siempre que las condiciones sean homogéneas o similares. A su vez, otro factor a estimar son *los flujos comerciales y la estructura de compra*, lo que tiene una gran relevancia cuando existe un gran número de clientes y no es posible fijar una localización geográfica de las compras. Para ello, la autoridad *antitrust* ha de apreciar la ubicación de las fábricas, los costes y cómo estos últimos afectan al comercio entre las zonas geográficas. Finalmente, la Comisión Europea analiza *las barreras y los costes asociados al desvío* de pedidos hacia empresas localizadas en otras zonas. Así, la Comisión determina las barreras que limitan a los clientes a desplazar sus pedidos a otras zonas geográficas y, en consecuencia, que aíslan a las empresas partícipes de las presiones que ejercen los competidores

---

<sup>252</sup> Comunicación sobre el Mercado Relevante, apartados 29 a 31.

<sup>253</sup> Comunicación sobre el Mercado Relevante, apartados 45 a 47.

localizados fuera de su zona. En la práctica comunitaria las barreras más comunes son el coste del transporte, el acceso a la red de distribución en una zona determinada y los obstáculos reglamentarios.

Por último, en la *tercera fase* la Comisión delimita el mercado geográfico según su dimensión, la cual que puede ser local o regional, nacional, comunitaria o mundial<sup>254</sup>. Por lo general, un mercado de referencia tiene carácter *local o regional* cuando cuenta con altos círculos concéntricos en los que son decisivos los costes del transporte y los sistemas de distribución (*ad ex.*, el mercado de la compra de alimentos o de servicios de hostelería es valorado normalmente como local)<sup>255</sup>. En cambio, el mercado de referencia es *nacional* cuando existen barreras culturales, económicas o legales, así como preferencias nacionales y margas de gran prestigio nacional (así ocurre, *ad ex.*, en los sectores bancario y de seguros, así como en los productos de consumo). Sin embargo, los mercados son de dimensión comunitaria cuando los clientes compran a empresas o se abastecen de licitadores situados en cualquier parte del territorio de la Unión Europea<sup>256</sup>. Los factores que permiten definir un mercado relevante comunitario son las ligeras diferencias de precios entre los Estados comunitarios, los costes de transporte significativos, las políticas de compra de ámbito comunitario, el establecimiento de los principales proveedores en Estados miembros, el gran nivel de ventas intracomunitarias y los escasos intercambios extracomunitarios. Por último, el mercado relevante de *dimensión global* es tratado por la Comisión como una autentica excepción en la delimitación del mercado relevante. Las características que suelen presentar este

<sup>254</sup> Comunicación sobre el Mercado Relevante, apartado 51.

<sup>255</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Las concentraciones...*, *op. cit.*, p. 188; MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas...*, *op. cit.*, p. 324.

<sup>256</sup> Comunicación sobre el Mercado Relevante, apartado 48.

tipo de mercados son la caída de las barreras arancelarias, técnicas y jurídicas que facultan a las grandes empresas realizar unas estrategias competitivas y de crecimiento de dimensión planetaria en torno a la cual se organiza la demanda (*ad ex.*, los productos de alta tecnología como los programas informáticos)<sup>257</sup>.

Tal como apunta la doctrina y la jurisprudencia comunitaria, el elemento esencial para determinar las fronteras de un mercado geográfico estriba en la importancia de la actividad económica que se lleva a cabo en una estructura, independientemente de que su extensión geográfica sea amplia o, por el contrario, reducida<sup>258</sup>. Además, se puede corroborar que existe un nexo o vínculo entre el mercado del producto y el geográfico, cuya delimitación se realiza en función de un análisis altamente económico<sup>259</sup>. Por otra parte, cabe afirmar a modo de conclusión última y reasuntiva que, desde un punto de vista económico y jurídico, el mercado relevante es el conjunto de bienes y servicios sustituibles en razón de la demanda (consumidores) o, en su caso, de la oferta (proveedores) en un determinado ámbito geográfico<sup>260</sup>.

### 3. El criterio guía de las barreras de entrada: consideraciones preliminares

Como apuntamos más arriba, el artículo 2.1 del Reglamento 139/2004 fija unos *criterios guías* de índole concurrencial y

<sup>257</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Las concentraciones...*, *op. cit.*, p. 190; MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas...*, *op. cit.*, p. 324.

<sup>258</sup> Vid. ALTZELAI ULIONDO, I., «Algunas cuestiones del análisis...», *op. cit.*, p. 58.

<sup>259</sup> Vid. DIEZ ESTELLA, F., «Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre mercado relevante...», *op. cit.*, pp. 339 y ss.

<sup>260</sup> Vid. SAMUELSON P.A./NORDHAUS, W.D., *Economía*, ed. 17ª, McGraw-Hill, Madrid, 2003, pp. 21 y ss.; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Las concentraciones...*, *op. cit.*, p. 177; DIEZ ESTELLA, F., «Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado relevante...», *op. cit.*, p. 324.

extraconcurrential que ayudan a la autoridad comunitaria a decidir la compatibilidad o incompatibilidad de las operaciones de concentración económica con el mercado único europeo. Entre los de naturaleza concurrential –y con un mercado carácter estructural–, la determinación de la existencia o no de barreras de entrada ocupa un lugar muy destacado.

Efectivamente, la doctrina estudiosa del Derecho de defensa de la libre competencia coincide en sostener que el análisis de las barreras de entrada es esencial en la evaluación *antitrust* de las operaciones de concentración de empresas<sup>261</sup>. A través de él se

<sup>261</sup> Para un estudio sobre las barreras, *vid.* LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 534 a 555; HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, pp. 39 a 42 y 579 a 592; ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, *op. cit.*, pp. 209 a 214; VAN BAEL/BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 5ª ed., Kluwer Law International, The Netherlands, 2010, pp. 694 a 700; SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, *op. cit.*, pp. 143 a 152.; JONES, A./SUFRIN, B., *EU Competition Law: text, cases, and materials*, Oxford University Press Inc., 4ª ed., New York, 2011, pp. 84 a 89, 333 a 342 y 934 a 935; BISHOP, S./WALKER, M., *The Economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 70 a 82 y 384 a 387; VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la competencia», en *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, núm. 6, 2010, pp. 13 a 36; MATA FERNANDEZ-BALBUENA, G., «Las barreras para la entrada de competidores potenciales a los sectores de actividad y su influencia en la posibilidad de obtener beneficios en los mismos», en *Revista de dirección, organización y administración de empresas*, núm. 36, 2008, pp. 69 a 72; KORAH, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, 9ª ed., United States, 2007, pp. 19 a 25; JULLIET HEIT, LL.M., «The Justifiability of the ECJ's Wide Approach to the Concept of "Barriers to Entry"», en *European Competition Law Review*, volumen 27, núm. 3, 2006, pp. 117 a 123; AREEDA, P.E./HOVENKAMP, H./SOLOW, J.L., *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 2ª ed., Aspen Law Business, volumen IV, New York, 2005, pp. 170 a 195; SCHMALENSEE, R., «Sunk costs and Antitrust Barriers to Entry», en *American Economic Review*, volumen 94, núm. 2, 2004, pp. 471 a 475; MCAFEE, R.P./MAILON H.M./WILLIAMS, M.A., «What is a Barrier to entry?», en *American Economic Review*, volumen 94, núm. 2, 2004, pp. 461 a 465; CARLTON, D.W., «Why Barriers to Entry Are Barriers to Understanding», en *American Economic Review*, volumen 94, núm. 2, 2004, pp. 466 a 470; MOTTA, M., *Competition Policy: theory and practice*, 7ª publicación, Cambridge University Press, New York, 2007, pp. 75 a 89; PETITBO JUAN, A., «Barreras de entrada y competencia», en *Anuario de la competencia*, núm. 1, 2003, pp. 185 a 206; HERGUERA, I./PETITBO JUAN, A., «La determinación del mercado relevante y de las barreras de entrada, pieza clave del Derecho de la Competencia», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2000, pp. 53 a 78; PELLISE CAPELL, J., *Mercado Relevante...*, *op. cit.*, pp. 95 a 103; BRIONES, J./FOLGUERA, J./FONT, A./NAVARRO, E., *El control de concentraciones...*, *op. cit.*, pp. 225 a 241; HARBORD, D./HOEHN, T., «Barriers to Entry and Exit in European Competition Policy», en *International Review of Law and Economics*, volumen 14, núm. 4, 1994, pp. 411 a 435. Asimismo: FERNANDEZ TORRES, I., «Control de las concentraciones...», *op. cit.*, pp. 345; WHISH, R./BAILEY,

trata de averiguar si estas barreras pueden constituir o no un medio idóneo para que la nueva entidad resultante de la concentración posea un poder de mercado susceptible de obstaculizar significativamente la competencia efectiva.

Por lo general, cuando la entrada de nuevas empresas en el mercado resulta relativamente fácil, es improbable que una operación de concentración suscite problemas de competencia. En tales casos, por tanto, la autoridad *antitrust* declarará la compatibilidad de la operación con el mercado único europeo, aunque la nueva entidad dimanante de ella posea una alta cuota de mercado o incluso llegue a originar una situación de monopolio. Así acontecerá por cuanto que dicha autoridad entiende –con buen criterio– que en tales supuestos la posición de la empresa resultante de la operación sería rápidamente erosionada por la entrada de competidores potenciales o por la expansión de los actuales en el mercado de referencia.

En rigor, la tarea de la Comisión Europea no sólo estriba en comprobar si las barreras de entrada son altas o bajas, esto es, en medir los obstáculos de acceso al mercado existentes en cada caso, sino también en valorar si el impacto de una concentración sobre los precios sería o no limitado por los competidores potenciales o reales<sup>262</sup>.

---

D., *Competition Law*, 7º ed., Oxford University Press Inc., New York, 2012, pp. 874; BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., «Control de concentraciones...», *op. cit.*, pp. 365; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Las concentraciones...*, *op. cit.*, pp. 209 y 210; PASCUAL Y VICENTE, «Prohibición del abuso...», *op. cit.*, pp. 474 a 475; GONZALEZ-DIAZ, F.E./CARPI, J.M., «La noción de concentración económica...», *op. cit.*, pp. 709 a 710. También, en el ámbito internacional: FTC/DOJ, *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*, 2006, disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/215247.htm>; OCDE, *Barriers to Entry*, 6/3/2006, DAF/COMP (2005) 42, disponible en: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/36344429.pdf>; OFFICE OF FAIR TRADING, *Barriers to entry and exist in UK competition policy*, 1994.

<sup>262</sup> Vid. LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 535; PINDYCK, R.S., *Sunk costs and Risk-Based Barriers to entry*, en *MIT Sloan Research Paper*, núm. 4723-09, 2009, disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers>.



A fin de comprender la importancia del análisis de las barreras de entrada, en las páginas siguientes nos proponemos estudiar, en primer lugar, la noción que de ellas se tiene en la teoría económica. Seguidamente, centraremos la atención en el concepto de dichas barreras acogido en el ámbito singular del control de las concentraciones de empresas (*infra*, 3.1.1). A continuación, nos referiremos a las barreras de entrada que suscitan una mayor problemática en las operaciones que caen dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 139/2004 (*infra*, 3.1.2). Por último, pondremos también la mirada en el análisis que lleva a cabo la autoridad *antitrust* con vistas a dilucidar cuándo una entrada o expansión es capaz de limitar o contrarrestar los efectos anticompetitivos que emanan de una operación de concentración en el mercado único europeo (*infra*, 3.2).

### 3.1 Concepto y clasificación de las barreras de entrada

#### 3.1.1 Concepto de barreras de entrada

La definición de las barreras de entrada es una cuestión muy controvertida en la teoría económica. Y, sin duda, se trata de un asunto de gran importancia en el debate *antitrust*, pues la determinación de si una empresa posee o no un poder de mercado susceptible de obstaculizar significativamente la competencia en un sector económico exige necesariamente constatar la presencia de las barreras de entrada existentes en él<sup>263</sup>.

En la literatura económica han sido varios los conceptos de barreras de entrada propuestos por los autores. Algunos de ellos se insertan en un continuo y dilatado debate suscitado sobre esta

---

[cfm?abstract\\_id=1350555](#), p. 1 y ss.; BISHOP, S./WALKER, M., *The Economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, p. 387.

<sup>263</sup> Vid. BORK, R., *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*, The Free Press, New York, 1993, pp. 130 a 131.

cuestión entre diferentes escuelas de economía, particularmente entre la de Harvard y la de Chicago<sup>264</sup>.

El primer estudio influyente en esta materia fue elaborado por Bain en 1956. Este autor, miembro de la Escuela de Harvard, define las barreras de entrada como «*las ventajas de los vendedores establecidos en una industria sobre los potenciales vendedores entrantes, lo cual se refleja en la medida en que tales vendedores establecidos pueden aumentar persistentemente sus precios por encima del nivel competitivo sin atraer la entrada de nuevas empresas en la industria*»<sup>265</sup>. A la vista de esta definición, no es difícil constatar que el concepto bainiano de la figura se sustenta principalmente en los efectos que emergen de las barreras de entrada, esto es, en la posibilidad de los competidores ya presentes de disfrutar de beneficios supracompetitivos en una industria inmune a la competencia potencial (teoría de los precios límite)<sup>266</sup>.

---

<sup>264</sup> Para un estudio sobre el debate que subyace en la teoría económica: JONES, A./SUFRIN, B., *EU Competition Law...*, op. cit., pp.85 y ss.; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, op. cit., pp. 54 y ss.; HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, op. cit., pp. 39 a 42; *Idem*, «Antitrust and the Costs of Movement», en *Antitrust Law Journal*, volume 78, núm. 1, 2012, pp. 77 y ss.; BISHOP, S./WALKER, M., *The Economic of EC Competition Law...*, op. cit., p. 75; VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Las barreras de entrada...», op. cit., pp. 16 y ss.; SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, op. cit., 145 y ss.; MCAFEE, R.P./MAILON H.M./WILLIAMS, M.A., «What is a Barrier...», op. cit., pp. 461 a 463; HARBORD, D./HOEHN, T., «Barriers to Entry and Exit...», op. cit., pp. 412 a 413; CARLTON, D.W. «Why Barriers to Entry...», op. cit., pp. 466 y 467; MATA FERNANDEZ-BALBUENA, G., «Las barreras para la entrada de competidores potenciales...», op. cit., pp. 69 y 70; PETITBO JUAN, A., «Barreras de entrada...», op. cit., pp. 186 y ss.; JULLIET HEIT, LL.M., «The Justifiability of the ECJ's...», op. cit., pp. 118 y 119.

<sup>265</sup> *Vid.* BAIN, J.S., *Barriers to new competition*, Harvard University Press, Cambridge, 1956, p. 3; *Idem*, *Industrial Organization*, 2ª ed., Wiley, New York, 1968, p. 252. Dicho trabajo, es fruto de la propuesta de Wallace en la 48ª Reunión de la *American Bar Association* de 1936.

<sup>266</sup> En este sentido, consultar: JONES, A./SUFRIN, B., *EU Competition Law...*, op. cit., p. 85; MCAFEE, R.P./MAILON H.M./WILLIAMS, M.A., «What is a Barrier...», op. cit., pp. 461 y 462; VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Las barreras de entrada...», op. cit., p. 17; HARBORD, D./HOEHN, T., «Barriers to Entry and Exit...», op. cit., p. 413.

Posteriormente Stigler, exponente de la Escuela de Chicago, propone una definición mucho más reducida de las barreras de entrada. En particular, este autor a partir de la constatación de las diferencias de costes que existen entre los competidores potenciales y los ya establecidos, define barreras de entrada como *«los costes de producción (en algunas o todas las fases de producción) que deben soportar las empresas que intenten entrar en una industria, pero que no son soportados por las empresas presentes en ella»*<sup>267</sup>.

Por su parte, Von Weizsacker mantiene la idea principal del concepto Stigleriano, aunque a ello añade que, en su opinión, la diferencia de costes eleva una barrera de entrada siempre y cuando incida en el bienestar económico<sup>268</sup>. Según la concepción de este autor, las barreras de entrada son *«un coste de producción que debe ser asumido por las empresas que intentan entrar en una industria, pero que no son asumidos por las presentes en ésta y que implica una distorsión en la distribución de recursos desde un punto de vista social»*<sup>269</sup>.

Finalmente, Gilbert, que sigue la concepción Bainiana, define las barreras de entrada como *«el beneficio adicional que una empresa puede obtener como consecuencia de estar establecida en una industria»*<sup>270</sup>. De modo que para este autor las barreras de entrada no son sino las ventajas que obtienen los incumbentes

<sup>267</sup> Vid. STIGLER, G.J., *The organization of industry*, The University of Chicago Press, Chicago, 1968, p. 67.

<sup>268</sup> Vid. SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, *op. cit.*, p. 145; MCAFEE, R.P./MAILON H.M./WILLIAMS, M.A., «What is a Barrier...», *op. cit.*, pp. 461 y 462; HARBORD, D./HOEHN . T., «Barriers to Entry and Exit...», *op. cit.*, p. 413.

<sup>269</sup> Vid. VON WEIZSACKER, C.C., «A Welfare Anlysis of Barriers to entry», en *Bell Journal of Economics*, núm. 11, 1980, p. 400.

<sup>270</sup> Vid. GILBERT, R., «Mobility Barriers and the Value of Incumbency», en AA.VV. (eds. SCHMALENSSEE, R./WILLIG, R.D.), *Handbook of industrial organization*, Amsterdam:North-Holland, 1989, p. 478.

(*first-mover advantages*) por operar antes que los competidores potenciales en un mercado determinado<sup>271</sup>.

En la actualidad es posible afirmar que los economistas no han aceptado un concepto unívoco de barreras de entrada. El debate se mantiene de forma esencial en torno a los conceptos propuestos por Bain y Stigler. En particular, se discute cuál de estas dos definiciones es la más precisa. Y es que ambas posturas no son idénticas ni siquiera análogas, por lo que la adopción de una y otra tiene grandes repercusiones en el análisis del poder de mercado. Mediante el concepto Bainiano es posible identificar las economías de escala como barreras de entrada, pues permite a los competidores establecidos obtener grandes beneficios sin alentar el ingreso de nuevos competidores o la expansión de los ya presentes en una industria. En cambio, bajo la noción Stigleriana las economías de escala no constituyen barreras de entrada, ya que tanto los incumbentes como los nuevos competidores deben enfrentarlas al operar en un sector económico. *Ad ex.*, en el supuesto de que la escala eficiente mínima requiera una cuota del 30%, es evidente que sólo sería posible que operen tres competidores en la estructura afectada<sup>272</sup>. Pues bien, en tal hipótesis, el enfoque Stigleriano entendería que la entrada de un cuarto competidor *no es socialmente deseable*, puesto que sería deficiente y forzaría la salida de una empresa. En consecuencia,

---

<sup>271</sup> Vid. JONES, A./SUFRIN, B., *EU Competition Law...*, *op. cit.*, p. 85; MCAFEE, R.P./MAILON H.M./WILLIAMS, M.A., «What is a Barrier...», *op. cit.*, p. 462; HARBORD, D./HOEHN, T., «Barriers to Entry and Exit...», *op. cit.*, p. 413.

<sup>272</sup> Las economías de escala pueden resultar en: a) una escala eficiente mínima (*minimum efficient scale*); y, b) en una escala viable mínima (*minimum viable scale*). La escala eficiente mínima es el nivel de producción necesario para reducir los costes medios al mínimo. Mientras que la escala viable mínima es el nivel de ventas que debe alcanzar un entrante a fin de obtener beneficios que justifiquen su ingreso al mercado. Vid. BISHOP, S./WALKER, M., *The Economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, p. 76; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 546, nota 61; PORTER, M.E., *Ventaja Competitiva...*, *op. cit.*, pp. 99 a 101; CABRAL, L.M., *Introduction to Industrial Organization*, Massachusetts Institute of Technology Press, Cambridge, 2000, p. 244.

concluiría que la economía de escala supone una baja barrera de entrada, pese a que dicha estructura sea favorable a una interdependencia oligopolística o facilite la coordinación tácita (principal problema del oligopolio –como bien sabemos–) o expresa (un cártel)<sup>273</sup>. De ahí la afirmación de que la noción de Bain goza de mayor amplitud, al abarcar todas las barreras Stiglerianas, mas no lo contrario<sup>274</sup>.

En las Directrices sobre Concentraciones Horizontales, la Comisión Europea afirma que las barreras de entrada son «...*unas características específicas del mercado que otorgan a las empresas ya presentes en él unas ventajas sobre sus competidores potenciales*»<sup>275</sup>. La lectura de esta definición nos permite constatar que el Ejecutivo comunitario opta por el concepto Bainiano de barreras de entrada en el ámbito específico del control de concentraciones, ya que la definición propuesta tiene como base las *ventajas de los incumbentes sobre los competidores potenciales o actuales* y no sólo la diferencia en sus costes<sup>276</sup>. En

<sup>273</sup> Aunque, es necesario matizar que la presencia de altas economías de escala no constituyen en sí una violación *antitrust*, pues, es una forma de eficiencia que en muchos casos beneficia los intereses de los consumidores; salvo que los incumbentes las fijan de forma estratégica a fin de disuadir una nueva entrada. Por tanto, en el control de concentraciones la solución no es forzar una cuarta entrada pero si es indispensable verificar que las ventajas en los costes de producción que derivan de las economías de escala beneficien a los consumidores y usuarios. En otras palabras, las autoridades de competencia deben determinar que las eficiencias compensen cualquier efecto anticompetitivo. Vid. HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, op. cit., pp. 40 y 582 a 583; AREEDA, P.E./HOVENKAMP, H./SOLOW, J.L., *Antitrust Law...*, op. cit., pp. 172 y 173; CALVIÑO, N., «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias en el análisis de las concentraciones empresariales», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2002, pp. 70 a 72. Sobre el problema del oligopolio en el Derecho de defensa de la competencia, vid. *supra* Capítulo Primero.

<sup>274</sup> Vid. JONES, A./SUFRIN, B., *EU Competition Law...*, op. cit., p. 85; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, op. cit., p. 543, nota 49; HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, op. cit., pp. 39 y 40; MCAFEE, R.P./MAILON H.M./WILLIAMS, M.A., «What is a Barrier...», op. cit., pp. 462 y 463; SCHMALENSSEE, R., «Sunk costs and Antitrust...», op. cit., p. 471; SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, op. cit., p. 145; JULLIET HEIT, LL.M., «The Justifiability of the ECJ's...», op. cit., p. 118.

<sup>275</sup> Vid. Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 70.

<sup>276</sup> Vid. LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, op. cit., pp. 543 y 544; SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, op. cit., p. 148, nota 526;

rigor, al ser éste un concepto más amplio, su utilidad es mayor a la hora de evaluar la compatibilidad o incompatibilidad de una operación de concentración con el mercado único europeo<sup>277</sup>.

En concreto, la Comisión Europea analiza si la entrada de los competidores potenciales o la expansión de los actuales es capaz de contrarrestar o no un posible aumento de los precios por parte de la empresa resultante de la operación de concentración. Con tal fin estudia si la presencia de barreras de entrada constituye o no un medio que faculta a una empresa a comportarse de forma independiente y ejercer un poder de mercado en perjuicio de los consumidores y, en definitiva, del bienestar general<sup>278</sup>. El concepto Bainiano está así aunado a la finalidad del control de las concentraciones en el sistema europeo de defensa de la competencia: evitar que a resultas de una operación de concentración se produzca un obstáculo significativo para la competencia efectiva.

Ahora bien, es importante apuntar que mientras que el concepto Bainiano y, en general, la literatura económica se basa en

---

JONES, A./SUFRIN, B., *EU Competition Law...*, *op. cit.*, p. 85. En cuanto al Derecho norteamericano, el DOJ y la FTC adoptan en las Directrices sobre Concentraciones Horizontales de 2010 el concepto de BAIN. En la práctica norteamericana, las sentencias de los Tribunales y la mayoría de las decisiones de la FTC se basan en tal concepto. En este sentido: U.S. DOJ; FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, p. 29; HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, p. 40.

<sup>277</sup> El Derecho de la Competencia acoge el concepto Bainiano y no su análisis para clasificar las barreras de entrada. En la actualidad, el estudio de las barreras de entrada versa principalmente en tres aspectos: a) los costes hundidos que afrontan los competidores potenciales al entrar en un mercado; b) las expectativas de las ganancias de los competidores potenciales para lo cual se considera la situación que resulta tras la entrada; y, c) la reacción de los incumbentes ante el ingreso de nuevos competidores o la expansión de los actuales. *Vid.* HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, pp. 39 a 40 y 580 a 582; *Idem*, «Antitrust and the Costs...», *op. cit.*, p. 77; SCHMALENSSEE, R., «Sunk costs and Antitrust Barriers...», *op. cit.*, pp. 471 a 473; SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, *op. cit.*, p. 14; JONES, A./SUFRIN, B., *EU Competition Law...*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>278</sup> En esta línea: SCHMALENSSEE, R., «Sunk costs and Antitrust Barriers...», *op. cit.*, p. 472; HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, p. 40.

los factores que impiden *indefinidamente* la entrada o expansión en un mercado determinado, el Derecho europeo de la competencia, en cambio, también se preocupa de aquellas condiciones que dificultan o retrasan sustancialmente la entrada en un mercado específico. Además, los economistas formulan un concepto de barreras de entrada enderezado a proteger el bienestar total, esto es, tanto los intereses de los consumidores como los beneficios de los productores. Sin embargo, la normativa europea de la competencia persigue unidireccionalmente la salvaguarda del bienestar de los consumidores y usuarios<sup>279</sup>. En suma, desde el prisma *antitrust*, es posible definir las barreras de entrada como los obstáculos que impiden o dificultan la entrada de los competidores potenciales o la expansión de los actuales a fin de restaurar las condiciones de competencia en un mercado de referencia<sup>280</sup>.

### 3.1.2 Clasificación de las barreras de entrada

El Ejecutivo comunitario clasifica las barreras de entrada según su origen. Así, diferencia tres categorías distintas; a saber: a) las ventajas legales; b) las ventajas técnicas; y, por último, c) las ventajas estratégicas. No es nuestro propósito realizar una clasificación exhaustiva de los factores que erigen una barrera de entrada. Más bien, pretendemos destacar las condiciones que plantean mayores problemas en el ámbito del control de las

<sup>279</sup> Vid. HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, pp. 580 y 582; JONES, A./SUFRIAN, B., *EU Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 86 y 87; SCHMALENSSEE, R., «Sunk costs and Antitrust Barriers...», *op. cit.*, pp. 472 y 473.

<sup>280</sup> Vid. SCHMALENSSEE, R., «Sunk costs and Antitrust Barriers...», *op. cit.*, p. 473; OCDE, *Barriers to Entry*, *op. cit.*, p. 59; AREEDA, P.E./HOVENKAMP, H./SOLOW, J.L., *Antitrust Law...*, *op. cit.*, p. 170; VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Las barreras de entrada...», *op. cit.*, p. 19. Contra: PASCUAL Y VICENTE, J., *Diccionario de derecho...*, *op. cit.*, p. 115 y 116. Este autor, formula un concepto económico y, particularmente, toma como base el enfoque Stigleriano, pues, identifica las barreras de entrada con los costes y las dificultades que asumen los competidores potenciales al ingresar en un mercado.

concentraciones empresariales. A continuación prestamos atención a los supuestos más importantes<sup>281</sup>.

### 3.1.2.1 Las economías de escala

En el control de concentraciones, al igual que en la concepción Bainiana, las economías de escala pueden ser categorizadas como barreras de entrada<sup>282</sup>. En particular, en este ámbito no se discute si las economías de escala son buenas o si las empresas deben ser incentivadas a su consecución. La cuestión a dilucidar es si una operación de concentración que no genera eficiencias debe ser autorizada o no cuando aumenta los niveles de concentración y restringe el acceso a nuevos competidores mediante las economías de escala. La decisión a

---

<sup>281</sup> Vid. Directrices sobre Concentraciones Horizontales, considerando 71. Desde una perspectiva jurídica, las barreras de entrada se clasifican por su *origen*; estas son: a) las barreras naturales las cuales son las condiciones inherentes al funcionamiento del mercado; y, b) las barreras artificiales las que derivan del comportamiento estratégico de los incumbentes con el propósito de impedir o dificultar la entrada en un mercado. En cualquier caso, la clasificación de las barreras de entrada está ligada al concepto que se adopte sobre éstas. Asimismo, la tipificación de los factores dentro de una u otra categoría es muy compleja; en particular, es muy difícil identificar cuándo una característica de mercado es técnica o estratégica. Para un estudio sobre la clasificación de las barreras de entrada *vid.*, entre otros: HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, pp. 41 y 42; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 544 y ss.; SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, *op. cit.*, pp. 145 y ss.; BISHOP, S./WALKER, M., *The Economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 76 y 77; VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Las barreras de entrada...», *op. cit.*, pp. 16 y ss.; ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, *op. cit.*, pp. 211 a 213; PETITBO JUAN, A., «Barreras de entrada...», *op. cit.*, p. 190; PORTER, M.E., *Estrategia Competitiva: Técnicas para el Análisis de los Sectores Industriales y de la Competencia*, Pirámide, Madrid, 2009, pp. 47 a 54; *Idem*, *Ventaja Competitiva...*, *op. cit.*, pp. 512 a 543; PELLISE CAPELL, J., *Mercado Relevante...*, *op. cit.*, pp. 97 y ss.; HARBORD, D./HOEHN, T., «Barriers to Entry and Exit...», *op. cit.*, pp. 415 y ss.

<sup>282</sup> En el asunto *Metsol/Svedala*, la Comisión apreció que en los sectores de gravas y construcción era necesario vender altas cantidades a fin de beneficiarse de economías de escala. Por ello, concluyó que los competidores potenciales se situaban en una desventaja en costes en relación con los productores instaurados puesto que tendrían que ofrecer una gama completa de productos de diversos tamaños y capacidades. *Vid.* Decisión de la Comisión Europea, de 24 de enero de 2001, asunto COMP/M.2033 - *Metsol/Svedala*, en DOUE L 088, 25.03.2004, pp. 0001 a 0031, considerando 160.



adoptar en cada caso debe procurar la convivencia entre la existencia de una competencia efectiva y la presencia de economías de escala<sup>283</sup>.

En tal sentido, es posible que se limite el ingreso de nuevos competidores cuando la escala viable mínima y la escala eficiente mínima son sustanciales y, a su vez, el tamaño del mercado afectado es reducido, es decir, operan uno o pocos competidores (monopolio natural u oligopolio natural)<sup>284</sup>. En dicho escenario, al disminuirse el número de competidores se aumentan los niveles de concentración por lo que el ingreso de un competidor a una escala eficiente resultaría en un exceso de la producción y en una depresión de los precios. Asimismo, si el nuevo competidor opera a una escala deficiente incurriría en costes más elevados que los incumbentes y de esta manera no obtendría beneficios que justifiquen su ingreso<sup>285</sup>.

Además, cuando los competidores actuales disfrutan de economías de escala significativas es verosímil que fijen una política de precios al coste o incluso por debajo de éste. En ambos

<sup>283</sup> Vid. AREEDA, P.E./HOVENKAMP, H./SOLOW, J.L., *Antitrust Law...*, op. cit., pp. 172 y 173.

<sup>284</sup> En el asunto *Interbrew/Bass*, las partes alegaron que los niveles de concentración que emanaban de la operación eran inferiores a otros mercados de cerveza europeos. Sin embargo, la Comisión estimó que ello obedecía a que los demás mercados europeos eran más pequeños que el de Reino Unido y, por tanto, era de esperar que tales mercados fueran más concentrados. Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 22 de agosto de 2000, asunto COMP/M.2044 – *INTERBREW/BASS*, considerando 40. También, nota 269.

<sup>285</sup> Si bien el ingreso de un nuevo operador a una escala competitiva supondría pérdidas a los incumbentes, sus ingresos no lograrían justificar su entrada y, por ende, no sería comercialmente rentable. Vid. AREEDA, P.E./HOVENKAMP, H./SOLOW, J.L., *Antitrust Law...*, op. cit., pp. 172 y 173; BISHOP, S./WALKER, M., *The Economic of EC Competition Law...*, op. cit., p. 76; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, op. cit., p. 547; HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, op. cit., pp. 583 y 584; SCHERER, F.M./ROSS, D., *Industrial market structure and economic performance*, 3ª ed., Houghton Mifflin Company, United States, 1990, pp. 111 a 118; SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, op. cit., p. 146.

casos, la estrategia de los competidores ya establecidos disuade de forma efectiva la entrada de nuevos competidores<sup>286</sup>.

Un supuesto análogo se origina en los mercados con efectos de red en donde las economías de escala están relacionadas al consumo de un bien más que a su producción. En dichas estructuras, la presencia de una amplia base de usuarios puede limitar el ingreso de nuevos competidores. Por ejemplo, un operador que pretende fabricar un nuevo sistema operativo, incluso superior a los existentes, debe sopesar que los proveedores ya instalados compatibilicen sus aplicaciones al nuevo sistema. Esto último no acontece cuando los proveedores consideren que el nuevo sistema sólo se utilizaría por un número reducido de usuarios<sup>287</sup>.

### 3.1.2.2 Los costes hundidos o irrecuperables

Los costes hundidos son las inversiones que asumen los nuevos entrantes y que no pueden recuperar al abandonar el mercado<sup>288</sup>.

El análisis aislado del tamaño de la inversión inicial de entrada (coste absoluto de entrada) no proporciona información

---

<sup>286</sup> Vid. HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, op. cit., p. 583.

<sup>287</sup> Vid. HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, op. cit., pp. 583 y 584; SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, op. cit., pp. 146 a 147; MOTTA, M., *Competition Policy...*, op. cit., pp. 82 a 88; KORAH, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law...*, op. cit., pp. 22, 23 y 121. Para un estudio sobre los efectos de red en el mercado de telecomunicaciones (redes físicas), consultar: Decisión de la Comisión Europea, de 25 de abril de 2006, asunto COMP/M.3916 – *T-Mobile/Tele.ring*, considerandos 74 a 81.

<sup>288</sup> Vid. COMISION EUROPEA, *Glosario de términos utilizados en el ámbito de la política de competencia...*, op. cit., p.19; U.S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, p. 16; CABRAL, L.M., *Introduction to Industrial...*, op. cit., pp. 21 y 22; VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Las barreras de entrada...», op. cit., p. 20; BRIONES, J./FOLGUERA, J./FONT, A./NAVARRO, E., *El control de concentraciones...*, op. cit., p. 226; JULLIET HEIT, LL.M., «The Justifiability of the ECJ's...», op. cit., p. 118; HARBORD, D./HOEHN, T., «Barriers to Entry and Exit...», op. cit., p. 414.

relevante en la medición de las barreras de entrada<sup>289</sup>. Precisamente, en el asunto *Carnival Corporation/P&O Princess*<sup>290</sup>, la Comisión verificó que la inversión en nuevos buques era muy elevada, puesto que se estimaba en cientos de millones de libras esterlinas. No obstante, señaló que la magnitud de la inversión es menos importante que la cuestión de determinar si los competidores pueden recuperarlos, es decir, si se trata de costes hundidos o no.

De esta manera, el aspecto principal a valorar es la altura de los costes hundidos. Ello significa que, desde una perspectiva *antitrust*, la pregunta clave no es cuánto debe invertir un competidor potencial para ingresar en un mercado, sino cuánto perdería ante su fracaso. *Ad ex.*, es más fácil redirigir a otros mercados los bienes utilizados para los servicios de entrega (almacén, vehículos de reparto y carga, etc.) que emplear una unidad de producción de acero para fabricar otros insumos. Por tanto, cuanto más altos son los costes hundidos y el riesgo asociado a la inversión, menos probable resulta el ingreso de los competidores potenciales en el mercado de referencia<sup>291</sup>.

Otro aspecto que influye en el riesgo que afrontan los competidores potenciales es el tiempo en el cual se materializa el impacto de la entrada. En efecto, cuando la entrada se demora sustancialmente, los competidores ya establecidos disfrutan de un

<sup>289</sup> Por tal motivo, es recomendable analizar la inversión inicial en razón del mercado afectado. *Vid.* HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, p. 584; BISHOP, S./WALKER, M., *The Economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, p. 76; SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, *op. cit.*, p. 151; VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Las barreras de entrada...», *op. cit.*, p. 20. Este autor, sin embargo, identifica las inversiones iniciales como capital fijo y no como coste absoluto de entrada.

<sup>290</sup> *Vid.* Decisión de la Comisión Europea, de 24 de julio de 2002, asunto COMP/M.2707 - *Carnival Corporation/P&O Princess*, en DOUE L 248, de 30.9.2003, considerandos 182 a 184.

<sup>291</sup> *Vid.* Directrices sobre Concentraciones Horizontales, considerando 69; HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, p. 584; PINDYCK, R.S., *Sunk costs and Risk-Based...*, *op. cit.*, pp. 1 a 3; BISHOP, S./WALKER, M., *The Economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, p. 76; HARBORD, D./HOEHN, T., «Barriers to Entry and Exit...», *op. cit.*, p. 414.

mayor tiempo de reacción y, en consecuencia, aumenta el riesgo que asumen los competidores potenciales al adherirse en el mercado. *Ad ex.*, es posible que los incumbentes aumenten la producción en el intervalo de la construcción de una fábrica y la distribución de sus productos<sup>292</sup>.

En la praxis, el Ejecutivo comunitario ha identificado como costes hundidos, entre otros: a) los gastos en la publicidad y la promoción<sup>293</sup>; b) las inversiones en personal especializado; c) la adquisición de bienes en ciertos sectores económicos<sup>294</sup>; y, d) las elevadas inversiones en investigación, desarrollo e innovación (I+D+i)<sup>295</sup>.

### 3.1.2.3 La diferenciación de los productos

La diferenciación es otra forma de ventaja competitiva de la que pueden beneficiarse los incumbentes. Las empresas logran la

---

<sup>292</sup> Vid. HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, op. cit., p. 585.

<sup>293</sup> En el asunto *Kimberly-Clark/Scott*, la Comisión destacó que el establecimiento de nuevas marcas implicaba altas inversiones en promoción y publicidad puesto que sólo de esta forma era posible convencer a los consumidores fieles a las marcas presentes (inversiones en publicidad persuasiva). Dichos gastos, eran irrecuperables y aumentaban el riesgo para acceder en el mercado en cuestión. Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 16 de enero de 1996, asunto IV/M.623 - *Kimberly-Clark/Scott*, en DOUE L 183, 23.07.1996, considerando 200.

<sup>294</sup> En el asunto *KLM/Martinair*, la Comisión apreció que la instauración de una aerolínea suponía altos costes hundidos; principalmente, la compra o el arrendamiento de aeronaves, la contratación y la formación de personal especializado. Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 17 de diciembre de 2008, asunto COMP/M.5141 - *KLM/Martinair*, considerando 197.

<sup>295</sup> En el asunto *Bayer/Aventis Crop Science*, la Comisión indicó que en los mercados con una I+D intensa, la entrada de nuevos competidores era sumamente difícil ya que exigía recursos sustanciales. Ello obedecía al largo periodo para elaborar sustancias igualmente eficaces a las fabricadas por los competidores y, a su vez, por los costes que conllevaba el desarrollo de un producto capaz de competir con los ya existentes en el mercado. Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 17 de abril de 2002, asunto COMP/M.2547 - *Bayer/Aventis Crop Science*, en DOUE L 107, 15.5.2004, considerando, 16. A su vez: Decisión de la Comisión Europea, de 11 de octubre de 2007, asunto COMP/M.4691 - *Schering-Plough/Organon Biosciences*, considerandos 53 a 55.

singularidad en una industria cuando sus productos o servicios son especiales para los consumidores y usuarios<sup>296</sup>.

Tal como apunta la teoría económica, la diferenciación permite a las empresas atraer a un gran número de clientes o sólo a un subconjunto con ciertas necesidades. Usualmente, la diferenciación de las empresas repercute negativamente en el funcionamiento del mercado y eleva los costes de manera sustancial. De esta forma, es probable que la diferenciación exija que los competidores operen con una economía de escala para alcanzar una amplia cobertura en las ventas. A su vez, es verosímil que las empresas al diferenciarse incurran en altos costes hundidos como la publicidad y la promoción con las que se crea un alto grado de fidelidad a las marcas<sup>297</sup>.

Los competidores potenciales únicamente asumen los costes de la diferenciación cuando existe un espacio disponible en el mercado afectado. En consecuencia, las empresas no invertirán en economías de escala si el mercado está saturado, puesto que su entrada conduciría a un exceso en la producción. Al mismo tiempo, no asumirán gastos de publicidad a fin de dar a conocer sus bienes ya que éstos serían irrecuperables; especialmente, cuando la fidelidad a las marcas es elevada, pues, es más difícil convencer a los clientes que cambian a las marcas de los competidores potenciales<sup>298</sup>.

<sup>296</sup> Para un estudio sobre la diferenciación de los productos, *Vid.* PORTER, M.E., *Ventaja Competitiva...*, *op. cit.*, 151 a 196. A su vez, *vid. supra* Capítulo Segundo.

<sup>297</sup> *Vid.* PORTER, M.E., *Ventaja Competitiva...*, *op. cit.*, pp. 159 a 162; *Idem*, *Estrategia Competitiva...*, *op. cit.*, pp. 49 y 50; HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, p. 586; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 548 a 550; VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Las barreras de entrada...», *op. cit.*, p. 22; SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, *op. cit.*, p. 147.

<sup>298</sup> *Vid.* HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, p. 586; SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, *op. cit.*, p. 147; CHRISTENSEN, P./FOUNTOUKAKOS, K./SJÖBBLÖM, D., «Mergers», *op. cit.*, p. 508. También, para un estudio sobre la relación entre la publicidad y la lealtad de los consumidores a las marcas: Decisión de la Comisión Europea, de 16 de enero de 1996, asunto IV/M.623 – *Kimberly-Clark/Scott*, considerando 211; Decisión de la Comisión Europea, de 21 de

La anterior teoría no es generalmente aceptada por los economistas. En particular, la Escuela de *Chicago* apunta que la publicidad es útil para informar a los clientes de sus productos y, además, que con la diferenciación se satisface las necesidades de un determinado grupo de consumidores<sup>299</sup>. No obstante, desde una perspectiva *antitrust*, la diferenciación puede convertir un mercado en infranqueable particularmente cuando se instaura un mercado localizado en el que sólo operan las partes de la operación de concentración y donde los competidores reales y potenciales no están en condiciones de penetrar en dicha estructura. Por tanto, es posible que las empresas que operan en una industria altamente diferenciada fijen una política de precios elevados, sin alentar la entrada de nuevos competidores<sup>300</sup>.

#### 3.1.2.4 Las barreras legales

Las barreras legales hacen referencia a los obstáculos que emanan de las normas y la intervención del Estado en la economía<sup>301</sup>.

---

junio de 1994, asunto IV/M.430 – *Procter & Gamble/VP Schickedanz* (III), en DOUE L 354, 31.12.1994, considerandos 125 a 130; Decisión de la Comisión Europea, de 27 de junio de 2008, asunto COMP/M.5086 *BAT/Skandinavisk Tobakskompagni*, considerando 40. Sobre esta última decisión: GUERRERO PIÑAR, «Reseña de la Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2008, M.5086, *BAT/Skandinavisk Tobakskompagni*», en *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, núm. 9, 2009, pp. 394 a 395.

<sup>299</sup> Vid. HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, op. cit., p. 586.

<sup>300</sup> Vid. PORTER, M.E., *Ventaja Competitiva...*, op. cit., p. 152; HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, op. cit., p. 586. Este último apunta que: «Cada vez que los incumbentes dan a los consumidores lo que ellos quieren, los nuevos entrantes tendrán más difícil encontrar beneficios».

<sup>301</sup> No obstante, el hecho que una normativa gubernamental consolide una barrera de entrada no significa que ésta sea ineficiente. Precisamente, este es el caso de una normativa que persiga prevenir o afrontar un fallo en el mercado, aunque ello puede restringir una entrada ya sea por incrementar los costes o las economías de escala. En cambio, pueden existir industrias poco reguladas en las que una entrada puede producirse con mayor facilidad. Por tanto, no es oportuno considerar que toda normativa impida o dificulte una entrada como ocurre en los mercados de distribución

Sin embargo, no toda normativa gubernamental constituye *per se* una barrera de entrada. Así, sólo son barreras legales las que impidan o dificultan *objetivamente* el ingreso de un nuevo operador y, por ende, proporcionan ventajas a los incumbentes<sup>302</sup>. Para ello no es necesario que la normativa limite de manera expresa el ingreso. Basta que su cumplimiento la desaliente; *ad ex.*, cuando el acatamiento de una ley de protección del medio ambiente suponga operar con una economía de escala considerable o contar con un elevado capital<sup>303</sup>.

Entre las barreras legales existentes podemos citar, a título meramente ejemplificativo, las siguientes: a) los requisitos para ingresar en un sector económico, *ad ex.*, las licencias<sup>304</sup>; b) los derechos de propiedad industrial e intelectual, *ad ex.*, las patentes, las marcas, los derechos de autor (que incluye el derecho sobre el *software*), entre otros<sup>305</sup>; y c) las actividades reservadas a ciertas empresas, *ad ex.*, los monopolios legales.

---

donde es necesario que los conductores de camiones cuenten con licencias para ello. Vid. HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, pp. 586 y 587; SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, *op. cit.*, p. 145; VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Las barreras de entrada...», *op. cit.*, p. 22; KORAH, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 23 y 24; PELLISE CAPELL, J., *Mercado Relevante...*, *op. cit.*, pp. 98 a 100; BRIONES, J./FOLGUERA, J./FONT, A./NAVARRO, E., *El control de concentraciones...*, *op. cit.*, pp. 226 y 227.

<sup>302</sup> En el asunto *Mannesmann/Vallourec/Ilva*, la Comisión apreció que no existían dificultades para que los competidores potenciales –de Europa oriental– obtuvieran rápidamente la calidad y los certificados necesarios (entre 6 a 8 meses) para operar en el mercado de tubos de acero inoxidable en Europa occidental. Vid. Decisión de la Comisión Europea, asunto IV/M.315 – *Mannesmann/Vallourec/Ilva*, en DOUE L 102, 21.04.1994, considerando 121 y 124.

<sup>303</sup> Vid. HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, p. 587; PORTER, M.E., *Estrategia Competitiva...*, *op. cit.*, pp. 53 a 54.

<sup>304</sup> En el asunto *Vodafone Airtouch/Mannesmann*, la Comisión estimó que la obtención de una licencia de una autoridad nacional a fin de operar en el mercado de telecomunicaciones constituía una restricción a la entrada. Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 12 de abril de 2000, asunto IV/M.1795 – *Vodafone Airtouch/Mannesmann*, en DOUE C 300, 11.12.2003, considerando 28. En este sentido: Decisión de la Comisión Europea, de 11 de agosto de 2000, asunto COMP/M.1016 – *France Telecom/Orange*, considerando 33.

<sup>305</sup> En el asunto *Metsol/Aker Kvaerner*, la Comisión apreció las patentes como barreras de entrada puesto que desempeñaban un papel fundamental en la producción de equipo para fabricas de papel. Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 12 de diciembre de

### 3.2 El análisis de la entrada de nuevos competidores en el mercado: el test de probabilidad, de prontitud y de suficiencia

La Comisión Europea califica una entrada como fácil y capaz de ejercer una presión competitiva sobre la empresa resultante sólo si se demuestra que ésta es *probable, pronta y, suficiente*<sup>306</sup>. En el asunto *Nestlé/Perrier*, la Comisión fijó los parámetros de estos criterios de la forma siguiente<sup>307</sup>:

*«Para plantear la cuestión de los competidores potenciales se ha de comprobar si cabe la posibilidad o incluso resulta probable que se produzcan entradas en el mercado relevantes y efectivas –desde un punto de vista competitivo– capaces de limitar el poder en el mercado de los productores nacionales que se mantendrían. No se trata ya de saber si los nuevos productores... pueden acceder al mercado produciendo o vendiendo... sino de determinar si resulta probable que accedan y que lo hagan con un volumen de producción y unos precios capaces de frenar rápida y efectivamente un aumento de precios o de impedir el mantenimiento de unos precios supracompetitivos. La*

---

2006, asunto COMP/M.4187 – *Metsol/Aker Kvaerner*, en DOUE C 6, 11.1.2008, considerado 24. Asimismo: GUTIERREZ AZANZA, D., «Reseña de la Decisión de la Comisión de 12 de diciembre de 2006, asunto M.4187, *Metsol/Aker Kvaerner*», en *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, núm. 4, 2009, pp. 375 a 378.

<sup>306</sup> Vid. Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 68. De esta forma, la Comisión Europea sigue la misma línea de análisis que el DOJ y la FTC fijaron en las Directrices de 1992. Previo a éstas, las Directrices de 1984 no contenían estos tres criterios ni una definición sobre las barreras de entrada. Para un estudio de esta evolución en el Derecho *antitrust* estadounidense: U.S. DOJ; FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, pp. 27 a 29; HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, pp. 590 a 592; AREEDA, P.E./HOVENKAMP, H./SOLOW, J.L., *Antitrust Law...*, *op. cit.*, pp. 188 y 191; KIRKWOOD, J.B./ZERBE, R.O., «The Path to Profitability: Reinvigorating the Neglected Phase of Merger Analysis», en *George Mason Law Review*, volumen 17, núm. 1, 2009, pp. 45 a 46.

<sup>307</sup> Vid. Decisión de la Comisión, de 22 de julio de 1992, Asunto IV/M.190 – *Nestlé/Perrier*, considerando 91.



*entrada en el mercado se habría de producir en un espacio de tiempo lo suficientemente corto como para disuadir a las empresas afectadas de explotar su posición en el mercado».*

Es importante subrayar que el análisis de estos criterios gira principalmente sobre la *variable de la producción* en lugar del precio. Ello obedece a que los precios cambian fácilmente, mientras que para incidir en la producción es necesario contar previamente con instalaciones óptimas y en función de su tamaño se fija el rango de producción. Así, cuando las empresas intentan fijar precios monopolísticos u oligopolísticos reducen la producción de manera deficiente. Por tanto, el ingreso de nueva producción persigue restaurar la intensidad de la competencia a los niveles anteriores a la concentración en el mercado afectado<sup>308</sup>.

### 3.2.1 La probabilidad

La *probabilidad* de una entrada está estrechamente vinculada con la rentabilidad. Los competidores potenciales o actuales estiman los efectos que derivan de la adhesión de su producción en los *costes*, los *precios* y las *ventas*<sup>309</sup>.

En cuanto a los *costes*, una entrada es probable cuando las empresas potenciales no incurren en costes hundidos lo cual se origina en pocos supuestos. También, una entrada es relevante si los costes son bajos, *ad ex.*, cuando los operadores presentes en

<sup>308</sup> Vid. HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, p. 580; SCHMALENSSEE, R., «Sunk costs and Antitrust Barriers...», *op. cit.*, p. 472.

<sup>309</sup> Vid. Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 69; Decisión de la Comisión Europea, de 27 de junio de 2007, asunto COMP/M.4439 – *Ryanair/Aer Lingus*, considerando 661. Decisión de la Comisión Europea, de 3 de agosto de 2010, asunto COMP/M.5865 – *Teva/Ratiopharm*, considerando 57. También: HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, p. 591; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 536 y ss.; BISHOP, S./WALKER, M., *The Economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 386 a 387; WHISH, R./BAILEY, D., *Competition Law*, *op. cit.*, p. 874. A su vez, sobre el asunto *Ryanair/Aer Lingus*, *vid. supra* nota 24.

otros mercados disponen de instalaciones de producción susceptibles de emplearse fácilmente en el mercado afectado<sup>310</sup>.

En relación a los *precios*, las empresas al ponderar la rentabilidad de su entrada no toman en cuenta los precios actuales, sino los que prevalecerían tras su entrada o expansión (*post-entry prices*)<sup>311</sup>. En este sentido, las Directrices sobre Concentraciones Horizontales señalan que la entrada o expansión es menos probable si exige que las empresas operen con economías de escala, ya que el ingreso de nueva producción disminuiría sustancialmente los precios. Asimismo, las Directrices ponen de manifiesto que una entrada es menos probable cuando los incumbentes celebran contratos a largo plazo u ofrecen descuentos a los clientes que pueden ser captados por los competidores potenciales o actuales<sup>312</sup>. En cualquier caso, es posible afirmar que una entrada resulta poco probable cuando los precios que derivan de ella son inferiores a los actuales en un mercado.

---

<sup>310</sup> En el asunto *Ryanair/Aer Lingus* la Comisión Europea apreció que los costes de entrada en los distintos mercados afectados, especialmente las rutas desde y hacia Irlanda, eran significativos y con un alto riesgo para cualquier competidor potencial. En particular, la Comisión destacó que los competidores potenciales contaban con un número limitado de aeronaves, carecían de una base de operaciones en Irlanda y su ubicación dificultaba la conexión con otras rutas europeas cortas y largas. *Vid.* Decisión de la Comisión Europea, de 27 de junio de 2007, asunto COMP/M.4439 – *Ryanair/Aer Lingus*, considerando 661 a 669 (versión en inglés). Además: Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 73; CHRISTENSEN, P./FOUNTOUKAKOS, K./SJÖBBLÖM, D., «Mergers», *op. cit.*, p. 509; BISHOP, S./WALKER, M., *The Economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, p. 76; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 536; WHISH, R./BAILEY, D., *Competition Law*, *op. cit.*, p. 874; SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, *op. cit.*, p. 151.

<sup>311</sup> *Vid.* Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 69; HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, p. 41; BISHOP, S./WALKER, M., *The Economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, p. 386.

<sup>312</sup> A su vez, existen otras condiciones que inciden en los precios que resultan de una entrada o expansión; éstas son: la elasticidad de la demanda, el tamaño del mercado y el grado de concentración. Por ejemplo, el ingreso de nueva producción en un mercado poco concentrado no genera un impacto sustancial en los precios. *Vid.* HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, p. 41.

Finalmente, una entrada es probable cuando los competidores potenciales son capaces de asegurar sus *ventas* en el mercado de referencia. En este sentido, las Directrices apuntan que la entrada es rentable en un mercado con expectativas de crecimiento<sup>313</sup>. Sin embargo, en un mercado maduro o en declive es poco probable que se lleve a cabo un nuevo ingreso o tenga lugar una expansión<sup>314</sup>. En el análisis de las ventas, es necesario tener en cuenta la escala viable mínima de entrada. En general, lo razonable es que un competidor potencial no realice una entrada si la escala viable mínima, es decir, el volumen de ventas que debe alcanzar para rentabilizar su entrada, es superior a las ventas reales de un sector económico. En cambio, es creíble que se materialice si el tamaño de la escala viable mínima es inferior a las ventas actuales<sup>315</sup>.

En el análisis de la *probabilidad*, la autoridad *antitrust* valora tanto los obstáculos (legales, técnicos y estratégicos) como los factores que facilitan la entrada de nuevos competidores o la expansión de los actuales. Además, el Ejecutivo comunitario evalúa

<sup>313</sup> Vid. Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 72. En el asunto *Caterpillar/MWM*, el ejecutivo comunitario determinó que el crecimiento del mercado de grupos electrógenos a gas facilitaba la entrada de nuevos operadores. Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 19 de octubre de 2011, asunto COMP/M.6106 – *Caterpillar/MWM*, considerandos 143 y 150. Sobre esta decisión: TUDOR, C., «Reseña de la Decisión de la Comisión de 19 de octubre de 2011, asunto COMP/M.6106; *Caterpillar/MWM*», en *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, núm. 11, 2011, pp. 305 a 308. También: Decisión de la Comisión Europea, de 24 de julio de 2002, asunto COMP/M.2707 – *Carnival Corporation/P&O Princess*, considerando 155.

<sup>314</sup> En el caso *Skansa/Scancem*, la Comisión señaló que si bien en el mercado sueco de la producción de hormigón premezclado los obstáculos de entrada no eran sustanciales, existía un exceso de capacidad y que esta estructura no crecería en un futuro próximo. Por ende, afirmó que un nuevo competidor tendría que hacerse con una parte significativa de las ventas de los operadores presentes en el mercado. Vid. Decisión de la Comisión Europea de 11 de noviembre de 1998, asunto IV/M.1157 – *Skansa/Scancem*, en DOUE L 183, 16.07.1999, considerando 140. A su vez, en la Decisión de la Comisión Europea, de 3 de agosto de 2010, asunto COMP/M.5865 – *Teva/Ratiopharm*, considerando 332, el Ejecutivo precisó que debido al reducido tamaño del mercado era improbable que se llevara a cabo una nueva entrada.

<sup>315</sup> Vid. BISHOP, S./WALKER, M., *The Economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 386 y 387; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 537 y 538.

la reacción de los competidores potenciales ante un hipotético incremento de los precios por parte de la empresa resultante, *ad ex.*, mediante encuestas a los competidores potenciales sobre su posible entrada. Usualmente, este análisis se acompaña del estudio de documentos internos y del historial de los ingresos y salidas en el mercado de referencia. Ello proporciona una información útil acerca del alcance o la altura de las barreras de entrada en un sector económico<sup>316</sup>. En suma, cabe sostener que sólo a través de un análisis *integral y objetivo* es posible comprobar la *probabilidad* de una entrada en un sector económico<sup>317</sup>.

### 3.2.2 La prontitud

Una entrada además de probable debe ser *pronta*. Este segundo criterio es de vital importancia, toda vez que si una entrada se demora de manera sustancial es posible que las empresas incumbentes consoliden su poder de mercado y, en consecuencia, lesionen el normal funcionamiento de la libre competencia. En tal caso las empresas gozarían de un mayor tiempo de reacción, de modo que se reducirían los incentivos de los competidores reales y potenciales<sup>318</sup>.

---

<sup>316</sup> Para un estudio sobre el análisis que efectúa la Comisión Europea a fin de verificar la *probabilidad* de una entrada, *vid.* Decisión de la Comisión Europea, de 17 de noviembre de 2011, asunto COMP/M.5658 – *Unilever/Sara Lee Body Care*, en DOUE C 23, 28.01.2012, considerandos 27 y 28. También: Decisión de la Comisión Europea, asunto IV/M.1157 – *Skansa/Scancem*, considerando 141; Decisión de la Comisión Europea, 14.11.2006, asunto COMP/M.4180 – *Gaz de France/Suez*, considerando 202.

<sup>317</sup> *Vid.* SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, *op. cit.*, pp. 149 a 152.; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 539. Estos últimos, destacan que el análisis aislado de las encuestas puede inducir a un error, pues, los terceros pueden responder de manera estratégica, es decir, según les beneficie o perjudique la operación de concentración.

<sup>318</sup> *Vid.* LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 539 y 540; HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, p. 585; SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, *op. cit.*, p. 152.

En particular, la Comisión Europea analiza si la entrada es o no lo suficientemente rápida y continua con el objeto de disuadir o impedir el ejercicio de un poder de mercado. En principio, la entrada depende de las capacidades de los competidores potenciales y de las características y dinámica del mercado en cuestión. No obstante, las Directrices sobre Concentraciones Horizontales señalan que la entrada sólo es considerada como *pronta* cuando se produce en un plazo de dos años<sup>319</sup>.

El análisis de la *prontitud* de una entrada no radica en determinar cuándo ocurriría la entrada o expansión, sino cuándo se producirían sus *efectos* o su *impacto* sobre una concentración<sup>320</sup>. Esto significa que una entrada contrarresta los efectos anticompetitivos que emanan de una operación cuando su impacto es lo suficientemente rápido para que los intereses de los consumidores no sean perjudicados de manera significativa<sup>321</sup>. En

<sup>319</sup> Vid. Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 74. En este sentido, el periodo en el cual debe efectuarse una entrada y su impacto está subordinado a la política de competencia que se adopte. Así, es posible que la fijación de un plazo de tres meses puede resultar irrazonable, puesto que los costes de la fijación de precios monopolísticos u oligopolísticos serían más bajos que los costes de identificar y reprobador tal conducta. Sobre este aspecto: HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, op. cit., p. 580. Asimismo: LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, op. cit., pp. 539 y 540; ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, op. cit., p. 213.

<sup>320</sup> En el asunto *Alcoa/Reynolds*, la Comisión manifestó que la producción de una planta de refinería llevaría por lo menos cinco años desde la toma de la decisión hasta la primera entrega del producto y, en consecuencia, enfatizó que dicho tiempo sobrepasaba los límites para *evaluar el impacto* de la competencia potencial sobre una operación de concentración. Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 3 de mayo de 2000, asunto COMP/M.1693 – *Alcoa/Reynolds*, en DOUE L 058, 28.02.2002, considerado 31. También: Decisión de la Comisión Europea, de 19 de septiembre de 2007, asunto COMP/M.4525 – *Kronospan/Constantia*, considerando 71; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, op. cit., p. 540, nota 32.

<sup>321</sup> Vid. U.S. DOJ; FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, pp. 29. Las Directrices norteamericanas sobre concentraciones horizontales de 1992 estipulaban, al igual que las Directrices comunitarias, que la entrada debía realizarse en un plazo de dos años. Con tal propósito, dichas autoridades no identificaban las empresas que ingresaban o se expandían en el mercado de referencia. En la actualidad, las Directrices de 2010 no regulan el tiempo en cual debe producirse los efectos para estimar una entrada como *pronta*. Este cambio, es fruto de las recomendaciones que elaboró la Comisión de Modernización de Competencia a las autoridades norteamericanas. La Comisión destacó que flexibilizar el tiempo para analizar los efectos de una entrada permitiría apreciar los cambios que produce la innovación en las condiciones de la competencia.

suma, en el estudio de la *prontitud* es necesario constatar si ante un aumento de los precios la expansión o el ingreso de nueva producción se concreta en un plazo de dos años, ya que de esta manera se restaura la producción y los precios a los niveles previos a la concentración<sup>322</sup>.

### 3.2.3 La suficiencia

En último lugar, la Comisión verifica que una entrada sea *suficiente* en alcance y magnitud. Dicho requisito supone que la entrada debe efectuarse a una *escala lo suficientemente grande* para impedir que la empresa resultante ejerza su poder de mercado<sup>323</sup>. Este requisito no se cumple cuando la entrada es de una dimensión reducida, *ad ex.*, el ingreso en un nicho de mercado<sup>324</sup>.

Para ello es indispensable que, ante un aumento de los precios por parte de la empresa resultante de la concentración, los competidores potenciales o actuales logren cubrir la falta de

---

En este sentido: ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION, *Report and Recommendations*, abril de 2007, pp. 49, disponible en: [http://govinfo.library.unt.edu/amc/report\\_recommendation/amc\\_final\\_report.pdf](http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf). En esta línea: HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, p. 580; AREEDA, P.E./HOVENKAMP, H./SOLOW, J.L., *Antitrust Law...*, *op. cit.*, pp. 188 a 191.

<sup>322</sup> Vid. LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 539 y 540; HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, p. 580; BISHOP, S./WALKER, M., *The Economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, p. 387.

<sup>323</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 11 de noviembre de 1998, asunto IV/M.1157 – *Skanska/Scancem*, considerando 184. Asimismo: Decisión de la Comisión Europea, de 14 de mayo de 2008, asunto COMP/M.4854 – *TomTom/Tele Atlas*, considerando 161. Sobre esta última decisión: CRA INTERNATIONAL, «Tomtom/Tele Atlas: The Non-Horizontal Merger Guidelines in Practice», en *European Competition Law Review.*, volumen 30, núm. 1, 2009, pp. 1 a 3; RODRIGUEZ RODRIGO, J., «Reseña de la Decisión de la Comisión de 14 de mayo de 2008, as. COMP/M.4854, *TomTom/Tele Atlas*», en *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, núm. 4, 2009, pp. 384 a 387. Además, *vid.* HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, p. 580; BISHOP, S./WALKER, M., *The Economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, p. 387; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 541.

<sup>324</sup> Vid. Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 75.

producción que deriva de la operación<sup>325</sup>. De esta manera es posible que la entrada o expansión de un competidor sea suficiente, siempre y cuando compita a una escala y fuerza de al menos una de las partes de la operación. Este sería el caso de una operación de concentración que elimina a una empresa *maverick*, pero donde se comprueba que un competidor actual suple dicho vacío competitivo mediante su expansión en el mercado relevante. Asimismo, la entrada de varias empresas que operan a una baja escala puede ser suficiente si éstas no cuentan con desventajas competitivas significativas<sup>326</sup>. Usualmente, la entrada es limitada cuando los competidores potenciales o reales carecen de materia prima o, en el caso de productos heterogéneos o diferenciados, si los competidores potenciales y reales no están en condiciones de producir bienes lo suficientemente próximos o sustitutos de los fabricados por la nueva entidad<sup>327</sup>.

### 3.3 A modo de conclusión

El estudio de las barreras de entrada o expansión es un elemento esencial en la evaluación de la compatibilidad o incompatibilidad de una operación de concentración con el mercado único. Con él se trata de conocer la situación de la competencia en un sector económico y la presencia de ciertos factores que favorecen el disfrute o no de un poder de mercado. El criterio guía para tipificar una característica de mercado como

<sup>325</sup> Vid. HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, p. 580.

<sup>326</sup> Vid. U.S. DOJ; FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, p. 29; HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, pp. 591 y 592; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 541.

<sup>327</sup> En el asunto *Oracle/People*, la Comisión Europea consideró, entre otros factores, que los competidores reales, especialmente *Microsoft*, eran capaces de suministrar productos sustitutos a los fabricados por las partes afectadas. Sobre esta importante Decisión la cual se considera el primer caso sobre efectos unilaterales en mercados oligopolísticos, consultar: Decisión de la Comisión Europea, de 26 de octubre de 2004, asunto COMP/M.3216 – *Oracle/PeopleSoft*, considerando 23. Sobre esta importante decisión, *vid. supra* Capítulo Primero.

obstáculo es precisamente la vulneración de los intereses de los consumidores y, en suma, del bienestar general. Como hemos tratado de poner de manifiesto en estas páginas, las barreras de entrada son los factores que facultan a las empresas ya establecidas a obtener beneficios supracompetitivos que desalientan la entrada de nuevos competidores o la expansión de los actuales a fin de restablecer las condiciones de la competencia efectiva y socialmente eficaz<sup>328</sup>.

En la realización de este análisis la Comisión Europea no sólo constata si las barreras son altas o bajas, sino también si la entrada o expansión es *probable, pronta y suficiente*. Una vez que la autoridad comprueba la concurrencia de estos criterios, la obtención de elevadas cuotas de mercado e incluso de una cuota cercana al 100% en el mercado se relativiza sustancialmente, pues la empresa resultante no disfrutará o ejercerá un poder de mercado susceptible de obstaculizar significativamente la competencia efectiva. Por tanto, nada impide que una operación de concentración de la que resulte una empresa líder del mercado pueda ser declarada compatible con el mercado único europeo, siempre que en tal caso el ingreso de competidores potenciales o la expansión de los actuales contrarresten cualquier efecto anticompetitivo dimanante de la operación, esto es, un aumento de los precios, la reducción de la producción, la variedad de los productos o la innovación<sup>329</sup>.

---

<sup>328</sup> Vid. HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, p. 583; JONES, A./SUFRIAN, B., *EU Competition Law ...*, *op. cit.*, p.84; WHISH, R./BAILEY, D., *Competition Law*, *op. cit.*, p. 44; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 541 a 543; SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics...*, *op. cit.*, pp. 152 y 153.

<sup>329</sup> En el asunto *HP/Compaq*, la Comisión confirmó que la empresa resultante alcanzaba una cuota entre el 85 al 95 por ciento en el mercado en cuestión. No obstante, concluyó que dicha posición sería temporal puesto que las barreras de entrada eran bajas y, por ende, los competidores potenciales limitarían a la nueva entidad a consolidar su posición en el mercado. Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 31 de enero de 2002, asunto COMP/M.2609 – *HP/Compaq*, considerando 38.



## 4. El poder de negociación de la demanda

### 4.1 Preliminar

Las empresas no sólo se encuentran sometidas a la fuerza de control que ejercen sus rivales, sino también a las presiones competitivas que proceden de sus clientes. Por consiguiente, es posible que una empresa resultante de una operación de concentración logre una elevada cuota de mercado pero, sin embargo, no lesione la libre competencia, en aquellos casos en que sus clientes dispongan de poder de negociación en el mercado.

Desde una perspectiva *antitrust*, el poder de la demanda hace referencia a la capacidad de negociación que tiene el comprador frente al vendedor en razón de su tamaño, su importancia comercial y a su facultad de cambiar de proveedor. Generalmente, los clientes que disfrutan de este tipo de poder son los de mayor tamaño y no las pequeñas empresas que operan en mercados fragmentados.

En el ámbito del control de concentraciones, el poder de la demanda –*buyer power*– es un factor a tener en cuenta en la evaluación de las operaciones de concentración de dimensión comunitaria. Usualmente la Comisión Europea analiza en qué medida los clientes son capaces o no de contrarrestar el poder de mercado que crea o refuerza una operación de concentración. Para ello, la Comisión analiza si los clientes pueden amenazar con recurrir en un plazo razonable a fuentes alternativas de suministro en el supuesto que la nueva entidad amenace con incrementar los precios, reducir la calidad de sus productos o deteriorar las

---

También: Decisión de la Comisión Europea, de 18 de marzo de 1998, asunto IV/M.1113 – *Nortel/Norweb*, considerando 25. En este asunto, la empresa resultante de la concentración lograba una cuota de mercado del 100 por ciento. No obstante, la Comisión destacó que no debía interpretarse como la creación de una posición de dominio, ya que dicha situación sería transitoria a raíz de la existencia de competidores potenciales que pretendían ingresar en el mercado afectado.

condiciones del suministro. En este sentido, las Directrices sobre Concentraciones Horizontales señalan que dichas alternativas no sólo abarcan las posibilidades de los compradores de cambiar de proveedor, sino además las posibilidades de integrarse verticalmente en la producción del bien afectado, de apoyar la expansión ascendente o la entrada de un competidor potencial o de negarse a comprar otros productos fabricados por la empresa resultante de la concentración<sup>330</sup>.

Con tal propósito, el Ejecutivo comunitario valora las condiciones competitivas que imperan al momento de la notificación de la operación de concentración y, en especial, las que resultarían con posterioridad a su celebración. Así, la Comisión verifica que el poder de negociación de la demanda no sólo exista antes de la concentración, sino que subsista y sea efectivo después que la celebración de la operación. Además, es necesario que el poder de la demanda garantice el mantenimiento de las condiciones de competencia en el mercado de referencia en general. En otras palabras, no basta que el poder de negociación únicamente garantice que un segmento determinado de clientes queda a salvo de un aumento significativo de los precios o de un menoscabo en las condiciones de suministro tras la operación de concentración<sup>331</sup>. Por tanto, para que el poder de negociación de la demanda pueda desempeñar el papel de factor compensatorio de los efectos nocivos dimanantes de la operación de concentración es indispensable que los clientes lo ejerzan de forma efectiva y despliegue sus efectos en todo el sector económico relevante.

Como veremos, la praxis comunitaria pone de manifiesto que, a diferencia del criterio de las barreras de entrada, resulta poco probable que el factor del poder de la demanda pueda por sí

---

<sup>330</sup> Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 65.

<sup>331</sup> Vid. GONZALEZ-DIAZ, F.E./CARPI, J.M., «La noción de concentración económica...», *op. cit.*, pp. 708 y 709.

mismo contrarrestar cualquier comportamiento contrario a la competencia de la empresa resultante de la operación de concentración, salvo que concurren circunstancias excepcionales como el supuesto de un monopsonio, esto es, un solo comprador en el mercado, o de una estructura donde la oferta y la demanda sean similares –estructuras simétricas–. En cambio, dicho factor puede disminuir las presunciones de efectos nocivos cuando se demuestra a su vez que en el mercado relevante es probable la entrada de nuevos competidores o la expansión de los actuales. De ahí que sea recomendable que las autoridades de competencia efectúen un examen detallado, primeramente, de las barreras de entrada y, seguidamente, del poder de la demanda, pues ambos factores al ser de marcada naturaleza concurrencial –o estructural– se encuentren estrechamente vinculados<sup>332</sup>.

## 4.2 Factores relevantes en el análisis del poder de la demanda

Como apuntamos anteriormente, la Comisión Europea considera distintos factores a fin de delimitar la presencia de un poder de mercado en el lado de la demanda. En concreto, la doctrina distingue principalmente dos factores: las *características de los clientes*, por una parte, y las *características del mercado*, por otra<sup>333</sup>. Veamos.

### 4.2.1 Las características de la demanda

Primeramente, la Comisión aprecia el tamaño de los clientes, su importancia comercial desde la óptica del vendedor y su capacidad para cambiar de proveedor. Para apreciar estos factores, la autoridad *antitrust* calcula la cuota de compra de los

<sup>332</sup> Así, *vid.* LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 521; ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, *op. cit.*, p. 208.

<sup>333</sup> En este sentido: ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, *op. cit.*, pp. 206 y ss. También: LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 521 y ss

clientes a fin de conocer su tamaño y al mismo tiempo fija su nivel de sofisticación.

La presencia de clientes de gran tamaño e importancia comercial son fundamentales para el desarrollo de una competencia efectiva. Ello obedece a que tales clientes pueden ostentar un poder de negociación considerable que limite el comportamiento de la empresa resultante de la concentración pese a que ésta alcance un gran volumen de ventas en el mercado de referencia. Justamente, en el asunto *Alcatel/Telettra*, la Comisión estimó que la adquisición de *Telettra* por *Alcatel* sólo repercutía en los mercados españoles de equipos de transmisión. En dichos mercados, la nueva entidad adquiriría una elevada cuota de mercado lo que suponía una posición dominante. Sin embargo, la Comisión comprobó que en dicha estructura había un único comprador de los productos de referencia –monopsonio–, Telefónica, lo que desvirtuaba la presunción de dominancia. Particularmente, la Comisión apuntó que Telefónica aumentaría las compras a otros proveedores actuales que previsiblemente se expandirían en el mercado, reduciendo la cuota de mercado de la empresa resultante de la operación<sup>334</sup>.

En cuanto a la capacidad de los clientes de cambiar a otros proveedores existentes o potenciales ante un comportamiento anticompetitivo de la empresa resultante de la concentración, el Tribunal de Primera Instancia ha sostenido que para desincentivar tales comportamientos no es necesario que todos sus clientes transfirieran de forma íntegra sus pedidos a otros proveedores. Al contrario, el Tribunal ha considerado que la transferencia de una parte sustancial de pedidos puede constituir una amenaza para la nueva entidad de pérdidas lo suficientemente importantes que

---

<sup>334</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 12 de abril de 1991, asunto IV/M.42 – *Alcatel/Telettra*, en DOUE L 122, 17.5.1991, considerandos 38 y ss.

logren disuadirla de adoptar una estrategia que perjudique el funcionamiento de la libre competencia<sup>335</sup>.

#### 4.2.2 Las características del mercado de referencia

La Comisión Europea, además de examinar la capacidad de los clientes para neutralizar una conducta anticompetitiva de la empresa resultante de la operación, analiza la estructura del mercado de referencia.

Así, es conveniente que la autoridad *antitrust* verifique el número de clientes y de empresas que operan en el sector económico afectado. Ello facilita apreciar si el poder de mercado que emana de la operación de concentración es compensado con un poder similar en el lado de la demanda<sup>336</sup>. Precisamente, en el asunto *Enso/Stora*, la autoridad *antitrust* constató que el mercado del cartón para envasar líquidos se caracterizaba por la presencia de pocos productores y compradores de gran tamaño. Según la Comisión, tras la fusión entre las empresas *Enso* y *Stora*, la oferta y la demanda tendrían estructuras simétricas: un gran proveedor que sería la nueva entidad con una cuota entre el 50% y 70% y dos de menor tamaño frente a un gran comprador, *Tetra Pak* con una cuota entre el 60% y 80%, y dos de menor dimensión. La investigación de la Comisión puso de manifiesto que los proveedores y los clientes tenían una relación de dependencia mutua de carácter duradero. Por consiguiente, concluyó que, en razón de estas circunstancias especiales del mercado, los compradores gozarían de suficiente poder de negociación que evitaría que la nueva entidad, *Stora Enso*, abusara de su posición de dominio, pues sus clientes serían capaces de reemplazar su

<sup>335</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 9 de julio de 2007, asunto T-282/06 – *Sun Chemical Group BV y otros contra Comisión*, en Rec. 2007, considerandos 169 a 172 y 209 a 217.

<sup>336</sup> Vid. LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, op. cit., pp. 527 y 529; GONZALEZ-DIAZ, F.E./CARPI, J.M., «La noción de concentración económica...», op. cit., p. 708.

suministro por el de otros proveedores o incentivar el ingreso de nuevos fabricantes<sup>337</sup>.

Asimismo, en el análisis del poder de la demanda, un factor de gran importancia es la capacidad y el incentivo de los proveedores alternativos para satisfacer la demanda de los clientes que amenacen con trasladar sus compras a otras empresas ante un comportamiento anticompetitivo de la empresa resultante del proyecto de concentración. Naturalmente, este factor se encuentra ligado con las barreras del mercado relevante, pues de ello depende la expansión o el ingreso de nuevos proveedores. De este modo, cuando el mercado relevante cuenta con altas barreras de entrada o ingreso, es menos probable la existencia de alternativas reales a la empresa resultante de la concentración y, por tanto, se disminuye o elimina el poder de negociación de sus clientes<sup>338</sup>. En este sentido, en el asunto *Ryanair/Aer Lingus*, la Comisión afirmó que: «una operación de concentración que crea una entidad con altas cuotas de mercado es probable que incremente los precios si los clientes tienen dificultades o son incapaces de cambiar de proveedor lo que ocurre cuando son pocos o no existen proveedores alternativos»<sup>339</sup>. En definitiva, cabe concluir que en los supuestos en los que se constate la presencia de elevadas barreras de entrada es muy probable que los clientes sean vulnerables a apagar precios superiores o a sufrir un menoscabo

---

<sup>337</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 25 de noviembre de 1998, asunto IV/M.1225 – *Enso/Stora*, en DOUE L 254, 29.9.1999, considerandos 84 y ss.

<sup>338</sup> Vid. ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, op. cit., p. 208 y 209.

<sup>339</sup> En cambio, en el asunto *Calyon/Société Générale/Newedge*, la Comisión consideró que los clientes negociaban con varios proveedores e, incluso, la nueva entidad contaba tanto con competidores actuales como potenciales. Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 27 de junio de 2007, asunto COMP/M.4439 – *Ryanair/Aer Lingus*, considerando 541 (versión en inglés); Decisión de la Comisión Europea, de 19 de diciembre de 2007, asunto COMP/M.4912 – *Calyon/Société Générale/Newedge*, en DOUE C 35, 8.2.2008, considerandos 45 a 49 (versión en inglés).

en las relaciones comerciales con la nueva entidad resultante de la concentración.

Finalmente, para que el poder de la demanda contrarreste los efectos nocivos dimanantes de la operación de concentración es indispensable que, después de celebrarse la operación, dicho poder sea efectivo y beneficie a todos los clientes del mercado de referencia<sup>340</sup>. En el asunto *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*, la Comisión reconoció que si bien las grandes cadenas de supermercados podían lograr condiciones más favorables que las pequeñas y los comercios al por menor, ello no implicaba que las primeras disfrutaran de un poder de negociación suficiente como para compensar una posición de dominio. Además, la Comisión señaló que las partes del proyecto de fusión serían los únicos proveedores, lo que reforzaría su posición frente a los supermercados y aumentaría la dependencia de éstos frente a las partes de la concentración. Por tanto, la Comisión valoró que no resultaba creíble que los supermercados, incluso los de mayor tamaño, tuvieran un poder de negociación suficiente para contrarrestar la posición dominante resultante de la fusión en cuestión<sup>341</sup>.

---

<sup>340</sup> Vid. Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 67.

<sup>341</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 9 de marzo de 1999, asunto IV/M.1313 – *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*, en DOUE L 20, 25.1.2000, considerandos 171 a 173

## **CAPÍTULO TERCERO**

**EL CRITERIO DE LA EFICIENCIA ECONÓMICA  
(*EFFICIENCY DEFENCE*): CONTRIBUCIONES A LA  
EFICIENCIA ECONÓMICA DE RELEVANCIA  
*ANTITRUST* EN EL CONTROL DE  
CONCENTRACIONES**





## 1. Preliminar

Como hemos apuntado con anterioridad, toda operación de concentración comporta por su propia esencia una modificación permanente en la estructura de un mercado. Ciertamente, mediante estas operaciones se reduce el número de competidores previamente independientes y se elimina la competencia que existe entre las empresas participantes. En concreto, especiales inconvenientes presentan estas operaciones cuando la nueva entidad de ellas resultante disfruta de un poder económico que le posibilita impedir el normal funcionamiento del mercado. Además, los efectos de la operación sobre el mercado están ligados al tipo de concentración de que se trate. Las concentraciones *horizontales* incrementan el grado de concentración y la interdependencia o interacción estratégica entre las empresas, así como la fuerza económica del nuevo operador que le facilita comportarse de forma autónoma en una industria de referencia. En cambio, las *verticales* consolidan vínculos preferentes entre las empresas partícipes, que pueden propiciar la exclusión de terceros de una determinada fuente de suministros.

Ahora bien, pese a los anteriores efectos anticompetitivos, las operaciones de concentración también son susceptibles de generar importantes *sinergias o eficiencias socioeconómicas*. Y es que muy frecuentemente permiten alcanzar economías de escala, invertir en investigación y desarrollo, lograr una mayor especialización en la maquinaria y mano de obra, obtener mayores y mejores líneas de financiación, promover la dinámica de una industria en cuestión, etc. Naturalmente, estos factores inciden en un ahorro de costes con el consiguiente descenso en los precios o en la fabricación de nuevos y mejores productos o servicios. Por tanto, cabe concluir que las operaciones de concentración pueden

fomentar el *progreso técnico y económico*, lo cual beneficia a los consumidores y, en suma, al bien común de la sociedad<sup>342</sup>.

En un escenario como éste la autoridad *antitrust* tiene la difícil tarea de fijar un equilibrio o balance entre los efectos anticompetitivos y las ventajas socioeconómicas que emanan de las operaciones de concentración. Se trata de una tarea no exenta de dificultades, dada la complejidad probatoria de los alegatos fundamentados en los beneficios económicos resultantes de la operación sometida a evaluación (*ad ex.*, la cuantificación monetaria de las ganancias provenientes unidireccionalmente de la operación). No se pierda de vista en este sentido que las eficiencias son invocadas por las empresas participantes en la operación, que son quienes disponen de la información relevante en cada caso.

Ahora bien, pese a estas dificultades, la valoración de las eficiencias desempeña un papel fundamental en la evaluación de las operaciones de concentración, al ser capaz de compensar los efectos nocivos para la competencia derivados de la operación y, por ende, al facultar a la autoridad *antitrust* a declarar la compatibilidad de la concentración empresarial con el mercado común sobre la base de considerar que las eficiencias compensan los efectos negativos para la competencia derivados de la operación de reestructuración empresarial.

En la Unión Europea el tratamiento de las eficiencias ha sido uno de los asuntos más debatidos dentro del sistema de control de concentraciones. Como veremos, los debates tuvieron lugar en las negociaciones dirigidas a la aprobación del Reglamento 4064/89.

---

<sup>342</sup> *Vid.* HERRERO SUAREZ, C., «La excepción de eficiencia económica (efficiency defense) en el control de la concentración empresarial (análisis comparado entre el Derecho Antitrust estadounidense y el Derecho de la Competencia comunitario europeo)», en *Revista de Derecho mercantil*, núm. 242, 2001, pp. 1943 y 1944; ALONSO SOTO, R., «Derecho de la Competencia (III). El control de las concentraciones de empresas», en AA.VV. (URIA, R./MENENDEZ MENENDEZ, A.), *Curso de Derecho mercantil*, volumen 1, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 335 y 336.

Mientras que unos Estados alegaban que a fin de dilucidar la compatibilidad (licitud) o incompatibilidad (ilicitud) de una operación de concentración sólo era posible tener en cuenta criterios de índole concurrencial, otros Estados defendían, en cambio, que también era necesario valorar las sinergias o eficiencias socioeconómicas procedentes de estas operaciones, que, de constatarse, funcionarían como un *factor positivo* susceptible de contrarrestar los efectos negativos, esto es, la creación o el reforzamiento de un poder de mercado en un sector económico concreto.

Posteriormente, estos debates se retomaron a partir de las controversias que suscitaron algunas decisiones de la Comisión Europea, lo que provocó su inclusión entre los asuntos que fueron objeto de revisión en el seno del proceso de reforma del sistema de control de concentraciones comunitario. Como sabemos, dicho proceso condujo finalmente a la adopción del actual Reglamento 139/2004, que con el tiempo se ha visto acompañado de varias Comunicaciones. A la postre, todo ello ha supuesto un importante cambio en la política comunitaria de control de concentraciones en materia de eficiencias. Así lo reflejan las Directrices sobre Concentraciones Horizontales, donde se han concretado los requisitos que han de cumplirse de forma acumulativa para que las eficiencias tengan relevancia *antitrust*, esto es, sean consideradas como un factor positivo en la evaluación de la compatibilidad o incompatibilidad de las operaciones de concentración con el mercado único europeo.

En el presente Capítulo nos proponemos estudiar varios asuntos conectados todos ellos con la llamada *excepción de la eficiencia económica*. Primeramente, expondremos con carácter general los distintos tipos o clases de eficiencias asociados a las operaciones de concentración de empresas (*infra*, 2).

Seguidamente, analizamos los criterios de evaluación que las autoridades *antitrust* utilizan comúnmente con la finalidad de dotar a las sinergias de un posible valor compensatorio de los efectos anticompetitivos dimanantes de una operación de concentración (*infra*, 3). A continuación, nos centramos en cómo ha evolucionado la valoración de la eficiencia económica en el ámbito singular del control europeo de concentraciones (*infra*, 4). Finalmente, pondremos la mirada en el tratamiento de las eficiencias bajo la vigencia del actual Reglamento 139/2004, así como en las Directrices sobre Concentraciones Horizontales; especialmente, examinamos las condiciones que han de concurrir para que una defensa basada en la eficiencia económica pueda ser aceptada por la Comisión Europea (*infra*, 5).

## **2. Las distintas categorías de eficiencias económicas vinculadas a las operaciones de concentración**

Las operaciones de concentración no sólo incrementan el valor de mercado de la empresa resultante, sino que también pueden producir la mejora de los sistemas de producción y/o distribución. Además, en otros casos estas operaciones facilitan la realización de actividades que coadyuvan a minimizar sus costes. Pues bien, a todos estos beneficios económicos dimanantes de las operaciones de reestructuración empresarial se les ha dado en denominar y reconocer como *sinergias o eficiencias económicas*<sup>343</sup>.

Estas sinergias o eficiencias económicas suelen agruparse principalmente en cuatro categorías; a saber: 1) la eficiencia productiva, 2) la eficiencia transaccional, 3) la eficiencia dinámica,

---

<sup>343</sup> En este sentido, CALVIÑO, N., «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», p. 68.

y, finalmente, 4) la eficiencia asignativa<sup>344</sup>. A continuación prestamos atención a cada una de ellas.

## 2.1 La eficiencia productiva

Las operaciones de concentración permiten a las empresas alcanzar la *eficiencia productiva*. Esta eficiencia tiene lugar cuando los costes medios de producción se encuentran en el nivel más bajo en un mercado o sector económico determinado. Por lo general, esto ocurre cuando no es posible incrementar la producción de un bien sin disminuir la fabricación simultánea de otros bienes o servicios. Así, los operadores deben producir al menor coste posible o, en caso contrario, perderán sus clientes y serán obligados a abandonar el mercado. Estas eficiencias, al implicar un ahorro de costes, son las más cuantificables y, por tanto, las más admisibles y fáciles de demostrar ante las autoridades encargadas de velar por la defensa de la competencia<sup>345</sup>.

La doctrina coincide en señalar que los operadores económicos pueden reducir sus costes medios de producción mediante el aprovechamiento de dos factores: a) las economías de escala, y b) las economías de alcance<sup>346</sup>.

---

<sup>344</sup> Vid. KOLASKY, W.J./DICK, A.R., «The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into antitrust Review of Horizontal Merger», disponible en: <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11254.pdf>, pp. 49 y ss.

<sup>345</sup> Vid. LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, op. cit., p. 9; KOLASKY, W.J./DICK, A.R., «The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies...», op. cit., pp. 51 a 56; WHISH, R./BAILEY, D., *Competition Law...*, op. cit., p. 5; CALVIÑO, N., «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», pp. 76 y 77; GUTIERREZ, I./PADILLA, A.J., «Economía de la competencia», en AA.VV. (dir. BENEYTO PEREZ, J.M.), *Tratado de Derecho...*, op. cit., p. 18; JONES, A./SUFRRIN, B., *EU Competition Law...*, op. cit., pp. 8 y 9; ODRIÓZOLA, M./IRISSARRY, B., «El argumento de las eficiencias económicas en el ámbito de control de concentraciones. ¿Un nuevo desafío o una misión imposible?», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2005, p. 243.

<sup>346</sup> Vid. LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, op. cit., p. 12.

### 2.1.1 Las economías de escala

Usualmente, las economías de escala están relacionadas con el tamaño de las empresas. Estas economías sobrevienen cuando las empresas pueden reducir sus costes medios de producción en la medida en que incrementen el número de usuarios de un servicio o el número de unidades producidas de un bien homogéneo. Dichas reducciones facilitan que los agentes económicos lleven a cabo una mayor inversión en investigación y desarrollo, lo que promueve el progreso técnico y económico en la sociedad<sup>347</sup>.

De ahí que las economías de escala estén vinculadas a las operaciones de concentración horizontales. En efecto, este tipo de reestructuraciones empresariales posibilitan que las empresas resultantes alcancen un tamaño de planta óptimo, que disminuye los costes medios de producción a largo plazo (*ad ex.*, la unión entre dos fabricantes de un mismo bien). Sin embargo, los efectos asociados a las concentraciones horizontales son los más dañinos para el mantenimiento de una competencia efectiva. Y es que estas operaciones eliminan la competencia directa que ejercían las partes al momento previo de la transacción, refuerzan la cuota de mercado de la empresa resultante y, sobre todo, elevan el grado de concentración empresarial en el mercado.

### 2.1.2 Las economías de alcance

Las economías de alcance consisten en la reducción de costes que derivan de la producción conjunta de bienes o servicios distintos. Dicha reducción de costes se vincula a la utilización

---

<sup>347</sup> Vid. JONES, A./SUFRIN, B., *EU Competition Law...*, *op. cit.*, p.7; GUTIERREZ, I./PADILLA, A.J., «Economía de la ...», *op. cit.*, pp. 45 y 46. Sobre el efecto cartera: SANTOS LORENZO, S., «El “efecto cartera” un nuevo criterio de las operaciones de concentración», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 207, 2000, pp. 68 a 77.

óptima de los activos, los sistemas de producción o distribución, los recursos limitados o el *marketing*<sup>348</sup>.

La diferencia de los bienes puede ser real y encontrarse en su propia naturaleza. Este es el supuesto clásico de las concentraciones entre empresas que prestan sus servicios por redes de cable. Tras la unión de tales operadores puede ocurrir que la nueva entidad ofrezca bajo una misma red los servicios de internet, televisión y telefonía móvil o fija y, de esta manera, distribuya sus costes entre las distintas actividades. Ciertamente es que también los productos pueden distinguirse por su marca o gama (*ad ex.*, la fusión de empresas que producían varias marcas de bebidas gaseosas)<sup>349</sup>.

Las operaciones de reestructuración entre empresas que fabrican bienes o prestan servicios diferentes son susceptibles de distribuir los costes entre los productos que se integran en la nueva entidad, lo que genera un ahorro de costes que beneficia a los consumidores y usuarios. De ahí que el disfrute de las economías de alcance motive a los operadores a celebrar concentraciones de conglomerado que afectan a diversos mercados. Estas operaciones causan el denominado *efecto cartera*, esto es, proporcionan a un competidor capacidad para ofrecer una gama completa de bienes o marcas<sup>350</sup>.

---

<sup>348</sup> Vid. CALVIÑO, N., «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, p. 70; GUTIERREZ, I./PADILLA, A.J., «Economía de la...», *op. cit.*, p. 47; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 12; JONES, A./SUFRIN, B., *EU Competition Law...*, *op. cit.*, p.7.

<sup>349</sup> Vid. CALVIÑO, N., «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, p. 70; GUTIERREZ, I./PADILLA, A.J., «Economía de la ...», *op. cit.*, p. 47.

<sup>350</sup> Vid. KOLASKY, W.J./DICK, A.R., «The Merger Guidelines and the Integration of Eficiencias...», *op. cit.*, pp. 58 a 60; CALVIÑO, N., «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, p. 70.



## 2.2 La eficiencia transaccional

Otra sinergia promovida por las operaciones de reestructuración empresarial es la llamada *eficiencia transaccional*, que resulta del ahorro de costes a causa de la integración de dos fases diferentes de producción de un bien o servicio. En concreto, estos ahorros provienen de la supresión de costes originados por las operaciones o negocios que realizan las empresas en el mercado. Principalmente, esta eficiencia surge de la eliminación de los costes por información incorrecta o errónea, los comportamientos oportunistas de proveedores y los contratos que cubren los riesgos y frecuencia en que las empresas celebran negocios con otros participantes en el mercado. En algunos supuestos, la disminución de costes puede ser pecuniaria (eliminación de comisiones) y más fácil de probar. En cambio, el ahorro en otros factores como el tiempo es mucho más difícil de demostrar<sup>351</sup>.

Naturalmente, la consecución de la eficiencia transaccional induce a la celebración de concentraciones verticales, ya sea entre empresas que operan en mercados descendentes o ascendentes (*downstream* o *upstream markets*). Este puede ser el caso de una fusión entre una empresa que se encarga de la fase de producción de un producto y otra empresa que lo distribuye o comercializa. Incluso, los operadores económicos pueden constituir empresas en participación cuando sus actividades requieran una alta coordinación y, por ende, lo más razonable sea combinar su investigación y desarrollo (*ad ex.*, así ocurrirá cuando los productos afectados sean altamente especializados)<sup>352</sup>.

---

<sup>351</sup> Vid. LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 9 y 12; CALVIÑO, N., «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, pp. 70 y 71.

<sup>352</sup> Vid. KOLASKY, W.J./DICK, A.R., «The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies...», *op. cit.*, pp. 60 y 61.

Este tipo de sinergia es la más amplia de todas las eficiencias y la que más permite a las empresas lograr la eficiencia productiva, dinámica y asignativa, pues les posibilita minimizar los costes de operación de los competidores, permitiéndoles invertir en innovación y desarrollo<sup>353</sup>. Ahora bien, la simple transferencia del volumen de negocios o activos de un operador a otro no constituye una eficiencia transaccional real. Al contrario, es necesario que la contabilización de los servicios que desarrolla cada unidad del grupo refleje un verdadero ahorro de costes en su conjunto. De no ser así es muy probable que la operación no sea el único medio para la consecución de tales eficiencias.

### 2.3 La eficiencia dinámica

Las categorías de eficiencias anteriormente apuntadas atienden a criterios estáticos, al incidir de forma primordial en el precio de mercado. En cambio, la llamada *eficiencia dinámica* estudia los procesos de mercado que estimulan la innovación y el desarrollo de nuevos y mejores productos. Además, esta última modalidad de eficiencia tiene carácter recurrente, en la medida en que es susceptible de repetirse en el tiempo; mientras que las sinergias estáticas ocurren sólo una vez<sup>354</sup>.

Las operaciones de concentración también favorecen la consecución de la eficiencia dinámica. Así ocurre cuando aceleran los procesos técnicos y la ulterior reducción de los precios a favor de los consumidores, facilitando la financiación de actividades de

---

<sup>353</sup> Vid. KOLASKY, W.J./DICK, A.R., «The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies...», *op. cit.*, p. 58.

<sup>354</sup> Vid. OECD, *Dynamic efficiencies in merger analysis*, 15/5/2008, DAF/COMP (2007) 41, disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/40623561.pdf>, p. 9; KOLASKY, W.J./DICK, A.R., «The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies...», *op. cit.*, p. 56; ODRIÓZOLA, M./IRISSARRY, B., «El argumento de las eficiencias económicas en el ámbito de control de concentraciones...», *op. cit.*, p. 24; WHISH, R./BAILEY, D., *Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

investigación y desarrollo, y permitiendo el aprovechamiento del aprendizaje mediante la práctica (*learnig by doing*) y las economías de escala<sup>355</sup>.

De esta manera, las reestructuraciones empresariales ayudan a formar estructuras de mercado propicias a la innovación y a la difusión de avances técnicos. Estos aspectos son más proclives en los mercados de *nuevas economías*, caracterizados por el intenso cambio tecnológico (*ad ex.*, las industrias de programas informáticos o dispositivos móviles). Aunque es posible que las empresas alcancen posiciones privilegiadas en tales estructuras, estas circunstancias serán normalmente sólo transitorias, puesto que deberán enfrentarse a las invenciones continuas de sus competidores tanto eventuales como potenciales. No obstante, es verosímil que tales competidores deban asumir altos costes fijos y, a su vez, disfrutar de economías de escala significativas<sup>356</sup>.

Por consiguiente, uno de los aspectos que suscita especial importancia en la evaluación de las concentraciones en los mercados de nuevas economías es el estudio de las barreras de entrada. En efecto, la comprobación de un mercado abierto a la competencia real o potencial garantiza su funcionamiento dinámico e innovador. Dichas condiciones garantizan el nacimiento de

<sup>355</sup> Vid. KOLASKY, W.J./DICK, A.R., «The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies...», *op. cit.*, pp. 57 y 58.

<sup>356</sup> Otra característica de estos sectores son los llamados *efectos de red*. En estos mercados, para un consumidor el valor de un bien o servicio está subordinado al número de usuarios de tales servicios o productos. Vid. OECD, *Dynamic efficiencies...*, *op. cit.*, p. 11; KOLASKY, W.J./DICK, A.R., «The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies...», *op. cit.*, pp. 56 a 58; ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION, *Report and...*, *op. cit.*, pp. 58 y 59; KATZ, M.L./SHELANSKI, H.A., «Mergers and innovation», en *Antitrust Law Journal*, volumen 74, núm. 1, 2007, pp. 1 a 85; PEREZ PRADO, J.M./PASSAS OGALLAR, J., «Efectos de red y competencia en mercados de nuevas tecnologías de la información», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 230, 2004, pp. 117 a 134; MAICAS LOPEZ, J./POLO REDONDO, Y./SESE OLIVAN, F.J., «El papel de los efectos de red y los costes de cambio en la elección de la compañía de telefonía móvil», en *Revista europea de dirección y economía de la empresa*, núm. 3, 2010, pp. 161 a 172.

nuevos productos y competidores, lo que erosionará posiciones privilegiadas en el mercado de referencia.

Ahora bien, es importante apuntar que el principal problema del estudio de la eficiencia dinámica radica en la complejidad de su cuantificación. En otras palabras, cuánto debe incrementar la calidad de los productos o cuántos nuevos productos deben fabricarse a fin de contrarrestar cualquier efecto anticompetitivo. Estos aspectos conducen a otros problemas de valoración tales como la determinación de la prontitud y verificabilidad de sus beneficios en el mercado de referencia. Por tanto, las partes asumen un reto sustancial al probar sus alegatos fundamentados en esta eficiencia. En cualquier caso, es aconsejable que las autoridades de competencia sopesen que la innovación es un factor de vital importancia en el crecimiento económico, en la mejora para los consumidores y, en suma, en acrecentar el bien común en la sociedad<sup>357</sup>.

---

<sup>357</sup> En tal sentido, la Comisión norteamericana de Modernización del Derecho de la competencia reconoció la importancia del análisis de la eficiencia dinámica. Precisamente, destacó que tal eficiencia era de gran importancia en la evaluación de las concentraciones, ya que la innovación había impulsado la economía norteamericana después de la aprobación de la *Sherman Act*. Por ello, recomendó tanto a las agencias de competencia (el DOJ y la FTC) y a los tribunales de justicia que prestaran mayor atención a las eficiencias que estimulan a las empresas a innovar en una industria y, en especial, en los mercados de altas tecnologías. Aunque, señaló que si bien la eficiencia dinámica no suele producirse a corto plazo, ello no impide que puedan beneficiar a los consumidores a largo plazo. Esta fue una de las razones por las que aconsejó flexibilizar el tiempo en que debía producirse la entrada de nuevos competidores, estos es, la prontitud del ingreso en el mercado a fin de contrarrestar los efectos anticompetitivos que emanan de una operación de concentración. Ahora bien, tanto el DOJ como la FTC advierten que las eficiencias relativas a la investigación y el desarrollo son importantes, pero son menos susceptibles a la verificación y pueden ser el resultado de reducciones anticompetitivas de la producción. *Vid.* ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION, *Report and...*, *op. cit.*, pp. 55 a 60; OECD, *Dynamic efficiencies...*, *op. cit.*, pp. 9 a 11; U.S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, octubre de 2010, pp. 31.

## 2.4 La eficiencia asignativa

Las eficiencias anteriores consisten primordialmente en la reducción de los costes de producción o distribución y el aumento en la innovación que reporta una operación de concentración a favor de las empresas en ella participantes. Sin embargo, la *eficiencia asignativa* permite estudiar cómo estos y otros beneficios económicos que derivan de las concentraciones empresariales se trasladan a los consumidores y, en suma, a la sociedad<sup>358</sup>.

En tal sentido, la eficiencia asignativa tiene lugar cuando los operadores producen bienes u ofrecen servicios que responden a las necesidades y cantidades demandadas por los consumidores. En una estructura competitiva, la eficiencia asignativa aparece cuando el valor de los productos para los consumidores coincide con los recursos utilizados para su fabricación; en otras palabras, cuando el precio de mercado es igual al coste marginal. Si se verifica esta situación se afirma que existe un equilibrio en una estructura de mercado. Por tanto, la eficiencia asignativa es el estado en el que ninguno de los jugadores, vendedores y compradores, podría hacer mejor sus actividades a menos que alguien lo efectuara de forma deficiente, a lo que se denomina *Pareto óptimo*<sup>359</sup>.

Desde una perspectiva *antitrust*, es necesario que una operación de concentración no sólo implique un ahorro de costes en beneficios para las empresas participantes en la concentración, sino que además es indispensable que éstos supongan una ventaja para los consumidores, ya se traduzca en una reducción de los precios o en un aumento de la cantidad y calidad de los productos.

<sup>358</sup> Vid. CALVIÑO, N., «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, p. 77.

<sup>359</sup> En cambio, si una estructura no presenta un equilibrio se dice que es posible una *mejora de Pareto*. Vid. GUTIERREZ, I./PADILLA, A.J., «Economía de la...», *op. cit.*, pp. 18 y 19; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 8, nota 41; JONES, A./SUFRIAN, B., *EU Competition Law...*, *op. cit.*, p.8; WHISH, R./BAILEY, D., *Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

Este es el caso típico de la creación de un monopolio natural. En principio, la formación de un monopolio puede minimizar los costes de producción; sin embargo, el monopolista, con el propósito de maximizar sus beneficios, reducirá la producción y, ulteriormente, fijara una política de incremento de precios<sup>360</sup>.

### 3. Los criterios de valoración de la eficiencia socioeconómica

En la práctica, existen distintos mecanismos o criterios que buscan una respuesta a la disyuntiva entre el poder de mercado y los beneficios económicos que dimanar de las operaciones de concentración. Como veremos, cada modelo cuenta con sus propias características, pero tienden a complementarse entre sí, lo que ayuda a lograr una mayor certeza en la aprobación de una operación que, en principio, plantea riesgos anticompetitivos. A continuación desarrollamos los criterios de mayor relevancia<sup>361</sup>.

#### 3.1 El estándar de presunciones

El primero de estos criterios consiste en la *fijación presunciones*, con la finalidad última de someter a evaluación las concentraciones de grandes dimensiones. Con tal propósito se fijan cuotas de mercado y niveles de concentración por debajo de los cuales se considera que una concentración no presenta problemas de competencia.

El inconveniente principal de este criterio estriba en que su aplicación práctica se basa primordialmente en cuestiones

---

<sup>360</sup> Vid. WHISH, R./BAILEY, D., *Competition Law...*, op. cit., p. 5.

<sup>361</sup> Vid. LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, op. cit., pp. 574 a 577; HERRERO SUAREZ, C., «La excepción de eficiencia económica (efficiency defense)...», op. cit., pp. 1949 y 1950; HARKER, M., «Antitrust Law and Administrability: consumer versus total welfare», en *World Competition: Law and Economics Review*, volumen 34, núm. 3, 2011, pp. 433 a 447.

meramente estructurales, de modo que sólo se analizan de forma indirecta los beneficios socioeconómicos que emergen de las concentraciones empresariales<sup>362</sup>.

### 3.2 El estándar de precios

El segundo criterio o mecanismo es el llamado *estándar de precios*, que exige que la autoridad *antitrust* evalúe si las eficiencias asegurarán que la empresa resultante de la operación disminuirá o, en todo caso, mantendrá los precios que existían con anterioridad a su celebración. Dicho estándar parte de la premisa de que toda concentración empresarial elimina la competencia entre las partes y, por ende, de la susceptibilidad de que la nueva entidad ejerza su poder de mercado a través de un incremento en los precios. En consecuencia, es necesario comprobar que merced a las eficiencias que derivan de la concentración, la estrategia más rentable para la empresa resultante estriba en incrementar los niveles de producción y conservar los precios a un nivel competitivo. Ello se produce cuando el precio maximizador de beneficios no es mayor al precio existente con anterioridad a celebración de la operación de concentración<sup>363</sup>.

Ahora bien, la aplicación del estándar de precios presenta distintos problemas en la práctica: 1º) Por un lado, es muy difícil lograr un equilibrio entre los efectos anticompetitivos y los beneficios socioeconómicos que dimanen de la operación de concentración. 2º) Por otro lado, este estándar, al fundamentar su análisis en el precio, descuida otros aspectos que también benefician los intereses de los consumidores y usuarios, tales como la obtención de nuevos y mejores productos o servicios

---

<sup>362</sup> Vid. LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, op. cit., p. 574; HERRERO SUAREZ, C., «La excepción de eficiencia económica (efficiency defense)...», op. cit., pp. 1947 y 1948.

<sup>363</sup> Vid. HERRERO SUAREZ, C., «La excepción de eficiencia económica (efficiency defense)...», op. cit., p. 1950.

mediante la inversión en investigación y desarrollo<sup>364</sup>. 3º) Finalmente, en la mayoría de las concentraciones es complicado –y en algunos supuestos imposible– cuantificar (valor monetario) tanto las ganancias en eficiencia como el posible aumento de los precios tras la operación de concentración.

### 3.3 El estándar del bienestar del consumidor

El tercer mecanismo o criterio es el denominado *estándar del bienestar del consumidor*, que está relacionado con el estándar de precios. No obstante, este estándar es más amplio, ya que no sólo considera la reducción de los precios sino también el aumento de la calidad, la innovación y la variedad de los productos o servicios que directamente beneficien a los consumidores. En aplicación de este estándar, es muy probable que la autoridad de competencia cuestione la licitud de una operación de concentración que suponga la creación o el reforzamiento de un poder de mercado significativo y, a su vez, no presente eficiencias en beneficio de los consumidores (*ad ex.*, una operación que origine un monopolio o un oligopolio con altas barreras de entrada, es decir, una estructura de mercado inmune a la expansión o la entrada de nuevos competidores). Sin embargo, las concentraciones en las que la empresa resultante no obtenga un poder de mercado de la que deriven beneficios económicos sustanciales es improbable que planteen problemas de competencia. En estos supuestos la autoridad de competencia declarará con cierta facilidad su compatibilidad con el mercado en cuestión.

Ahora bien, las dificultades aparecen cuando una operación de concentración exterioriza tanto efectos anticompetitivos como ventajas a favor de los consumidores (*ad ex.*, el caso de una

---

<sup>364</sup> Vid. OECD, *Dynamic efficiencies...*, *op. cit.*, p. 10.



concentración que habilite a la empresa resultante a incrementar los precios y, al mismo tiempo, permita la elaboración de nuevos y mejores productos). De ahí que se afirme que si bien el estándar del consumidor suple las deficiencias del estándar de precios, pues considera las mejoras en la calidad, la innovación y la variedad de los productos, sin embargo, mantiene el problema de la cuantificación (valor monetario) de los efectos positivos y negativos de la operación de concentración.

En cualquier caso, cuando las autoridades de competencia concedan una especial importancia a la salvaguarda de los intereses de los consumidores (que –no se olvide– constituye la *ratio* de la defensa de una competencia eficiente o efectiva), exigirán que las eficiencias se trasladen realmente a su esfera y, en cualquier caso, perseguirán que el crecimiento externo de las empresas resulte en un saldo positivo para aquéllos. No obstante, ello no significa que todas las eficiencias deban traspasarse a los consumidores, pues tal circunstancia disuadiría a los competidores de la celebración de concentraciones que reduzcan sus costes. Más bien, las autoridades deben constatar que las eficiencias generadas por la concentración aumentarán la capacidad y el incentivo de la entidad resultante para actuar de manera procompetitiva en beneficio de los consumidores<sup>365</sup>.

### 3.4 El estándar del bienestar total

Finalmente, cabe señalar el *estándar del bienestar total*, con el cual los beneficios de los consumidores y de los productores son valorados de igual forma. Este estándar se inspira en el modelo

---

<sup>365</sup> De esta manera, las concentraciones que produzcan eficiencias principalmente a favor de la nueva entidad serían rechazadas por las autoridades de competencia. *Vid.* HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, pp. 552 a 553. En este sentido, consultar: Directrices sobre Concentraciones Horizontales, considerando 77.

*naive* elaborado por *Williamson* en 1968<sup>366</sup>. En opinión de este autor, el incremento de los precios que ocasiona una operación de concentración al crear o reforzar un poder de mercado puede ser compensado por las ganancias en eficiencia para el bienestar total. De esta manera, las pérdidas del bienestar de los consumidores a favor de los productores son consideradas como neutras, puesto que ello repercute positivamente en el bienestar total de la sociedad<sup>367</sup>. Por ende, las transferencias de las rentas de los consumidores a los productores pueden justificar una operación de concentración que implique un aumento de los precios, siempre y cuando los beneficios a favor de estos últimos superen las pérdidas de los consumidores y, en definitiva, del bienestar total.

El modelo *naive* ha sido objeto de diversas críticas: 1º) En primer lugar, asume que los efectos positivos y los negativos se producen de forma simultánea. Sin embargo, las eficiencias pueden generarse a largo plazo y ser inciertas, mientras que el perjuicio a la competencia puede ser inmediato y a corto plazo. Así se explica que, a fin de paliar los riesgos de argumentos de eficiencias irreales, los sistemas de control de concentraciones exijan la concurrencia de ciertos requisitos (*ad ex.*, que las sinergias sean sustanciales, prontas y verificables). 2º) En segundo lugar, el *estándar del bienestar total* subestima el verdadero coste social, puesto que la empresa resultante, a fin de maximizar sus

---

<sup>366</sup> Vid. WILLIAMSON, O., «Economies as an antitrust defense: the welfare trade-offs», en *American Economic Review*, volume 58, núm. 1, 1968, pp. 18 a 31.

<sup>367</sup> Vid. ZAMAGNI, S., «El bien común en la sociedad posmoderna: propuestas para la acción político-económica», en *Cultura económica*, núm. 70, 2005, pp. 23 y ss. Por ello, este autor matiza que el bien total es la suma -neutral- de los bienes indivisibles (*ad ex.*, una operación de concentración que genera ganancias de un millón para las partes y una pérdida de 300,000 -mediante un incremento de precios- a los consumidores, implicaría que al momento de calcular el bienestar total de la operación se obtendría un resultado positivo de 700,000). En cambio, el bien común es más bien el producto de los mismos. Así, afirma que el bien común es algo indivisible, ya que sólo en su unidad es posible conseguirlo como ocurre en un producto de factores donde la anulación de uno de ellos, anula todo el proceso.

beneficios, puede invertir en grandes recursos con vistas a obtener o consolidar su poder de mercado; e incluso puede generarse la temible *interdependencia oligopolística* ya analizada más arriba. Y naturalmente todo ello implica una flagrante violación de los intereses de los consumidores y, en suma, del bien común. 3º) Finalmente, el modelo conserva la difícil tarea de cuantificar los efectos que favorecen no sólo a los productores, sino también a los consumidores<sup>368</sup>.

#### **4. El criterio de la eficiencia durante la vigencia del Reglamento 4064/89 y su proceso de reforma**

##### **4.1 El debate sobre la ponderación o no de la eficiencia socioeconómica durante el proceso de gestación del Reglamento 4064/89**

Desde el mismo momento en que se decidió instaurar un sistema de control de concentraciones en la Unión Europea (entonces llamada Comunidad Económica Europea), una de las cuestiones más debatida y controvertida fue la delimitación de los criterios con arreglo a los cuales debía juzgarse la compatibilidad o incompatibilidad de estas operaciones con el mercado único

---

<sup>368</sup> La autoridad de competencia que adopte este estándar procurara la maximización del bienestar total y no la redistribución de las ganancias económicas que derivan de la operación de concentración entre los productores y los consumidores. Lo anterior se conoce como la *filosofía del dólar –o euro constante–* ya que la autoridad *antitrust* no realiza un juicio de valor acerca de en manos de quién se encuentra el dólar –o el euro–. Incluso, algunos autores defienden que los productores y los consumidores no son instituciones divergentes. De esta manera, se argumenta que algunos consumidores poseen acciones e, incluso las sociedades invierten en fondos de pensiones o en seguros de vida los cuales benefician de forma indirecta a los consumidores. Sin embargo, es importante destacar que estos argumentos persiguen destruir o, en todo caso, deslegitimar los sistemas que persiguen la salvaguarda de los intereses de los consumidores y usuarios. Vid. HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, pp. 551 y 552; JONES, A./SUFRIN, B., *EU Competition Law...*, *op. cit.*, p. 13; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 11; CALVIÑO, N., «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, pp. 79 y 80; JIMENEZ LAIGLESIA, J./JIMENEZ LAIGLESIA, J.M., «La revisión del análisis comunitario europeo de concentraciones horizontales...», *op. cit.*, p. 238.

européu. Fundamentalmente se discutía si el análisis *antitrust* sólo debía efectuarse con criterios meramente competitivos (aspectos concurrenciales) o si, por el contrario, podían incluirse en él otros elementos tales como la política industrial, social o económica (aspectos extraconcurrenciales)<sup>369</sup>.

---

<sup>369</sup> En cambio, la valoración de la eficiencia económica fue más temprana en el Derecho *antitrust* norteamericano. Inicialmente, las agencias de competencia y los tribunales centraban su análisis de forma esencial en indicadores cuantitativos como las cuotas de mercado o el grado de concentración lo cual dificultaba la consideración de las eficiencias. Incluso, los tribunales adoptaron una postura hostil frente a los planteamientos de eficiencias, pues eran consideradas como una ofensa –*eficiencias offense*–. Posteriormente, las *Merger Guidelines* de 1968 y de 1982 reflejaban una postura escéptica de las eventuales eficiencias que derivaban de las operaciones de concentración. En 1984, las Directrices fueron objeto de revisión lo cual supuso un cambio importante en la política de competencia norteamericana, pues las agencias flexibilizaron los requisitos para ponderar las eficiencias dimanantes de las concentraciones empresariales. Por una parte, las autoridades fijaron una presunción del carácter procompetitivo de las concentraciones (cuotas de mercado y niveles de concentración) y, también, aumentaron las categorías de eficiencias a ponderar. Por otra parte se reconoció la posibilidad de autorizar una operación de concentración presuntamente anticompetitiva en atención a parámetros de eficiencia económica. Para ello se concretó el cumplimiento de dos requisitos: a) que los beneficios económicos debían ser específicos de la operación de concentración; y b) que tales beneficios fueran mayores a los efectos anticompetitivos. Posteriormente, la adopción de las *Merger Guidelines* de 1992 confirmaron los principios enunciados en las directrices anteriores. En 1997, las agencias norteamericanas sometieron a revisión las Directrices de 1992 con el propósito de esclarecer los criterios mediante los que se analizarían las eficiencias. En concreto, la Sección 4 preveía que los beneficios económicos alegados por las partes habían de ser *específicos, sustanciales y verificables*. A su vez, mantenía la regla de proporcionalidad de las eficiencias, es decir, cuanto más alto fueran los riesgos anticompetitivos, mayores debían de ser las eficiencias económicas. En la actualidad, estos criterios se conservan y encuentran contemplados en la Sección 10 de las *Horizontal Merger Guidelines* de 2010. Asimismo, las Directrices señalan que el análisis de las eficiencias tiene como criterio guía la protección de los consumidores y que resulta poco probable que las sinergias justifiquen una operación que conlleve al monopolio o cuasi-monopolio. Por tanto, tanto las agencias de competencia y los Tribunales estadounidenses estiman la eficiencia como una posible defensa frente a los efectos contrarios a la competencia (*efficiency defense*). Para un estudio de la evolución de las consideraciones de eficiencia económica en el Derecho *antitrust* norteamericano, vid. U.S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, pp. 29 a 32; HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, op. cit., pp. 549 a 556; RÖLLER, L./STENNEK, J./VERBOVEN, F., «Efficiency gains from mergers» en *The Research Institute of Industrial Economics*, documento de trabajo núm. 543, 2000, pp. 57 a 63; ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION, *Report and...*, op. cit., pp. 57 y 58; HERRERO SUAREZ, C., «La excepción de eficiencia económica (*efficiency defense*)...», op. cit., pp. 1951 y ss.; CALVIÑO, N., «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», op. cit., pp. 81 a 85.

En especial, la última etapa del proceso de negociación del Reglamento 4064/89 fue objeto de un gran debate político entre las distintas delegaciones de los Estados miembros. Por un lado, Reino Unido y Alemania defendían que los únicos criterios a tener en cuenta en la evaluación de las concentraciones empresariales tenían que ser de naturaleza estrictamente concurrencial, sin que debiera darse cabida alguna a factores de otra naturaleza. Por otro lado, otros Estados y, muy especialmente, Francia argumentaban que para autorizar o no una operación de concentración era necesario realizar un balance económico global de los efectos positivos y negativos resultantes de la operación objeto de evaluación. Los efectos positivos comprendían el progreso técnico y económico, el desarrollo regional, la política industrial y, en definitiva, los intereses de los consumidores. Los negativos, en cambio, pivotaban sobre la verificación de si la operación de concentración enjuiciada creaba o no una posición dominante en el mercado afectado. Según las tesis partidarias del balance económico global, era posible autorizar una operación de concentración lesiva de la competencia sobre la base de los beneficios económicos que de ella se derivaban.

Como señaló el Profesor Miranda Serrano en 1994 –y tras él en la misma dirección otros autores estudiosos de este asunto–, en el trasfondo del debate al que acabamos de referirnos se vislumbraban dos posturas contrapuestas acerca del alcance que había de conferirse al valor normativo de la libre competencia en el ámbito del control de las concentraciones de empresas. Y es que mientras Alemania y Reino Unido venían a sostener que la libre competencia era un *valor absoluto* y, por tanto, que no era posible que los efectos negativos de una operación de concentración fueran compensados mediante la toma en consideración de otras cuestiones extraconcurrentiales como la eficiencia socioeconómica, en cambio, Francia y el resto de Estados venían a entender que la competencia era un *valor relativo*, lo que les

llevaba a aceptar que una operación de concentración que suscitara problemas de competencia podía ser declarada compatible con el mercado común, de modo que la autoridad *antitrust* estaba facultada a efectuar un juicio de legalidad a la luz de otros criterios de índole extraconcurrential<sup>370</sup>.

Finalmente, el legislador comunitario optó por una fórmula *ecléctica* en el Reglamento 4064/89<sup>371</sup>. Así se deducía del apartado primero de su artículo 2, donde se disponía que la Comisión, al examinar una determinada operación de concentración, debía valorar criterios tanto concurrentiales (*ad ex.*, la posición de las empresas afectadas, las barreras de entrada, la competencia potencial, etc.) como extraconcurrentiales. Estos últimos se inferían especialmente de la alusión que la norma realizaba a «la evolución del progreso técnico y económico siempre que éste fuera en beneficio de los consumidores y no constituyera un obstáculo para el funcionamiento de la competencia». Con ello el legislador trataba de lograr un equilibrio entre las dos posturas enfrentadas a lo largo del debate suscitado en el seno de las tareas prelegislativas conducentes a la aprobación del Reglamento

<sup>370</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas de empresas...*, *op. cit.*, pp. 346 y ss.; HERRERO SUAREZ, C., «La excepción de eficiencia económica (efficiency defense)...», *op. cit.*, p. 1960; BERENQUER FUSTER, L., «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento...», *op. cit.*, pp. 112 y 113.

<sup>371</sup> En este sentido: BERENQUER FUSTER, L., «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento...», *op. cit.*, p. 113; MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas de empresas...*, *op. cit.*, pp. 366 y ss. Contra: CALVO CARAVACA, A.L./CARROSCOSA GONZALEZ, J., *Las concentraciones...*, *op. cit.* p. 210. Estos últimos autores, apuntan que, entre las dos posturas que acaecieron en la negociación del Reglamento 4064/89, ganó la defendida por Gran Bretaña y Alemania, pues en dicho Reglamento no disponía expresamente una defensa en base a las eficiencias económicas. A nuestro juicio, esta interpretación es muy rígida y no es acorde con la experiencia comunitaria en materia de la eficiencia económica. Por tanto, no compartimos tales argumentos. Como veremos, lo mismo acontece con la valoración de la doctrina de la *failing company* la cual no está regulada de forma expresa en la actual normativa de control de concentraciones. Aún así, la autoridad *antitrust* y los tribunales de justicia europeos admitieron su incorporación en la evaluación de compatibilidad e incompatibilidad de las concentraciones con dimensión comunitaria en aplicación del Reglamento 4064/89. Vid. *infra* Capítulo Cuarto.

4064/89, lo que fue indispensable a fin de conseguir la unanimidad requerida para la aprobación de dicho texto normativo. Por tanto, en lo que aquí especialmente interesa, es posible afirmar que bajo la aplicación del Reglamento 4064/89 nada impedía a la autoridad *antitrust* tomar en consideración el valor de la eficiencia económica en la evaluación de las operaciones de concentración<sup>372</sup>.

#### **4.2 El criterio de la eficiencia bajo la vigencia del Reglamento 4064/89**

Ahora bien, pese a lo que acabamos de sostener, lo cierto es que en la práctica la Comisión se mostraba reacia a tener en cuenta los beneficios económicos dimanantes de las operaciones de concentración. Esto obedece a que la Comisión entendía inicialmente que el Reglamento 4064/89 no permitía justificar la compatibilidad de una concentración con el mercado común sobre la base de las eficiencias que generaba la operación objeto de evaluación. En opinión de la Comisión, las eficiencias habían de ser ponderadas en la evaluación general conducente a constatar si la operación creaba o reforzaba una posición de dominio, pero no podían ser consideradas un medio específico para contrarrestar dicha situación<sup>373</sup>.

---

<sup>372</sup> Asimismo, es importante destacar que el considerando 13 (actualmente, considerando 23) del Reglamento 4064/89 obligaba a la Comisión Europea a situar el análisis de las concentraciones empresariales dentro de los objetivos que perseguía el TCEE, entre los que destacaban el reforzamiento de la cohesión tanto económica como social y la consolidación del mercado común. También, la nota interpretativa del artículo 2 disponía que el concepto de progreso técnico o económico debía entenderse en atención de los principios del artículo 85.3 TCEE (actualmente, 101.3 del TFUE). *Vid.* MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas de empresas...*, *op. cit.*, pp. 352 a 357; BERENQUER FUSTER, L., «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento...», *op. cit.*, p. 113; KNABLE GOTTS, I./GOLDMAN, C.S., «The role of efficiencies in M&A global antitrust review: still in flux?», en *Fordham Competition Law Institute: International Antitrust Law & Policy*, 2003, p. 220.

<sup>373</sup> *Vid.* OECD, *Competition Policy and Efficiency Claims in Horizontal Agreements*, OCDE/GD(96)65, p. 53 (disponible en: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/36344429.pdf>).

Además, es importante destacar que el entonces criterio o test de dominio obligaba a la autoridad *antitrust* a constatar la formación o consolidación de una posición privilegiada en el mercado, lo que implicaba primordialmente el estudio de elementos estrictamente estructurales tales como, entre otros, las cuotas de mercado o el nivel de concentración.

A la vista de lo anterior, no puede causar extrañeza o sorpresa que la práctica comunitaria en aplicación del Reglamento 4064/89 versara principalmente sobre la incidencia de las operaciones de concentración en la estructura competitiva de los mercados. La política de la Comisión Europea tenía como propósito la protección y el desarrollo de mercados competitivos; en otras palabras: asegurarse que el suministro en un sector económico fuera de tal dimensión que el juego de la libre competencia fuese posible. De ahí que en la práctica se obviarán las eventuales eficiencias socioeconómicas derivadas de las operaciones de concentración<sup>374</sup>.

Prueba evidente de la certeza de lo que acabamos de afirmar fue el asunto *Aérospatiale-Alenia/De Havilland*<sup>375</sup>. Las empresas

---

<sup>374</sup> Vid. BRIONES, J./FOLGUERA, J./FONT, A./NAVARRO, E., *El control de concentraciones...*, op. cit., p. 269.

<sup>375</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 5 de octubre de 1991, asunto IV/M.53 - *Aérospatiale-Alenia/De Havilland*. También, consultar: Decisión de la Comisión Europea, de 9 de noviembre de 1994, asunto IV/M.469 - *MSG/Media Service*, en DOUE L 364, 31.12.1994, considerandos 100 y 101; Decisión de la Comisión, de 19 de julio de 1995, asunto IV/M.490 - *Nordic Satellite Distribution*, en DOUE L 53, 2.3.1996, considerandos 145 a 152. En los últimos dos casos, las operaciones de concentración suponían la creación de una posición de dominio en los mercados afectados. La Comisión entendía que dicha situación obstaculizaba significativamente la competencia, puesto que las empresas resultantes serían capaces de bloquear los mercados de referencia y, por ende, no estarían sometidas a una presión competitiva. Por tanto, la Comisión dejaba claro que una posición dominante que, por definición obstaculizaba la competencia, no podía ser autorizada en aplicación del artículo 2.1 b) del Reglamento 4064/89, estos es, mediante alegatos basados en la eficiencia económica –progreso técnico o económico– que emanara de la operación de concentración. A la luz de estos casos, algunos autores apuntaban que la praxis comunitaria consideraba las eficiencias como un ataque o una ofensa. Esta actitud obedecía al temor de la autoridad comunitaria a que las operaciones de concentración facilitaran a las empresas



partícipes alegaron que uno de los principales motivos de la operación de concentración era la reducción de costes derivada de la racionalización de las compras, la comercialización y los servicios de mantenimiento. Sin embargo, la Comisión Europea no valoró la pertinencia de la eficiencia económica (principalmente, la reducción de costes) en su evaluación. No obstante, concluyó: a) que la reducción de costes tenía un efecto limitado en relación con el volumen de ventas totales de la empresa resultante; b) que los ahorros de costes debidos a una mejor gestión de *De Havilland* se podían obtener por otros medios distintos a la operación de concentración; y, finalmente, c) que si bien era posible que la operación implicara un progreso técnico y económico, los consumidores no serían beneficiados, toda vez que la operación produciría el efecto indeseado de reducir gravemente la variedad de los productos existentes con anterioridad a su celebración<sup>376</sup>.

La política de la Comisión y, dentro de ella, la interpretación que esta institución venía haciendo de las eficiencias o sinergias fue duramente cuestionada a raíz de distintas decisiones, tales como la dictada en el asunto *Airtours/First Choice*. En particular, en materia de eficiencias el punto álgido se alcanzó con la decisión de 3 de julio de 2001, asunto *General Electric/Honeywell*<sup>377</sup>. Dicha

---

participantes alcanzar economías tanto de escala como de alcance y, por consiguiente, gozaran de una mejor posición frente a sus competidores. *Vid.* JONES, A./SUFRIN, B., *EU Competition Law...*, *op. cit.*, p. 939; ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, *op. cit.*, p. 214, nota 1101.

<sup>376</sup> *Vid.* Decisión de la Comisión Europea, de 5 de octubre de 1991, asunto IV/M.53 - *Aérospatiale-Alenia/De Havilland*, considerandos 65 a 71.

<sup>377</sup> A su vez, después de la publicación de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia por la que anulaba la decisión de la Comisión que prohibía la concentración entre *Schnedier* y *Legrand* fue duramente criticada por frustrar las concentraciones de las que derivaban grandes competidores. En primer lugar, el Tribunal de Primera Instancia cuestionó el análisis económico sustantivo que realizó la Comisión de los efectos competitivos sobre los cuales fundamentó la decisión de prohibición, salvo lo que respecta a los mercados sectoriales franceses. Precisamente, el Tribunal manifestó que la Comisión tras delimitar los mercados geográficos como nacionales, efectuó el examen competitivo en base a consideraciones transnacionales y globales. Asimismo, confirmó que extrapoló las circunstancias de un mercado al resto, sin estudiar el verdadero perjuicio en cada estructura (Italia, Dinamarca, España, Reino Unido, Portugal y Grecia). También, el Tribunal consideró que la Comisión apreció de forma

decisión originó una gran polémica a ambos lados del atlántico especialmente por las discrepancias entre la Comisión y el DOJ en

errónea la existencia de una gama de productos y del efecto cartera. En efecto, la Comisión concedió gran importancia al poder económico de la nueva entidad, *Schneider-Legrand* e infravaloró la cuota de mercado de sus principales competidores (*Siemens* y *ABB*). De esta manera, el Tribunal comprobó la presencia de errores, omisiones y contradicciones en el razonamiento económico de la Comisión, pues faltó un examen preciso de los efectos reales en cada país y, por consiguiente, de la creación de la posición de dominio en los mismos; sin embargo, el Tribunal confirmó los efectos anticompetitivos en los mercados sectoriales franceses. No obstante, el Tribunal verificó que el procedimiento de los mercados sectoriales franceses adolecía de vicios. En tal sentido, el Tribunal estimó que la Comisión vulneró el derecho de defensa de las partes mediante la modificación de las imputaciones del pliego de cargo y la decisión final. Para ello, el Tribunal señaló que el pliego de cargos tiene la finalidad de facilitar a las partes todos los datos necesarios para que puedan presentar medidas correctoras antes de que la Comisión adopte una decisión final. El Tribunal indicó que para el presente caso la alteración del pliego de cargos impidió que las partes presentaran compromisos con el propósito de obtener la autorización de la operación de concentración. A la luz de estos defectos tanto procedimentales como sustantivos el Tribunal de Primera Instancia anula la Decisión de prohibición de la concentración entre *Schneider* y *Legrand*. Posteriormente, el 11 de julio de 2007 el Tribunal de Primera Instancia pronunció Sentencia en el asunto *Schneider Electric SA c. Comisión* en la que afirma por vez primera la existencia de responsabilidad extracontractual de la Comisión en materia de control de concentraciones. Sobre este caso: Decisión de la Comisión, de 10 de octubre de 2001, asunto COMP/M.2283 – *Schneider/Legrand*, en DOUE L 101, 6.4.2004, pp. 1 a 133; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 22 de octubre de 2002, asunto T-310/01 – *Schneider Electric c. Comisión*, Rec. pp. II-4071; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 11 de julio de 2007, asunto T-351/2003 – *Schneider Electric SA c. Comisión*, pp. II-02237 y ss. Además de la doctrina citada *supra* nota 157, *vid.* DAWES, A./PECI, K., «"Sorry, but there's nothing we can do to help": Scheneider II and the extra-contractual liability of the European Commission in merger cases», en *European Competition Law Review*, núm. 3, 2008, pp. 151 a 161; MRA, « Reseña de las Sentencias del TPI (T-5/02, T-80/02 y T-310/01 y T-77/02) Tetra Laval BV c. Comisión y Schneider Electric c. Comisión: divergentes interpretaciones en materia de concentraciones económicas entre el TPI y la Comisión Europea», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 222, 2002, pp. 30 a 32; ORTIZ BLANCO, L./MAILLO GONZALEZ-ORUS, J./IBAÑEZ COLOMO, P./LAMADRID DE PABLO, A., *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 327. En cuanto al asunto *General Electric/Honeywell*: Decisión de la Comisión Europea, de 3 de julio de 2001, asunto COMP/M.2220 –*General Electric/Honeywell*, considerandos 3 a 6. Sobre esta decisión: KNABLE GOTTS, I./GOLDMAN, C.S., «The role of efficiencies in M&A...», *op. cit.*, pp. 224 a 227; SOLANA GONZALEZ, G., «Diferencias entre Estados Unidos y la Unión Europea...», *op. cit.*, pp. 38 a 41; PLATT MAJORAS, D., «GE-HONEYWELL...», *op. cit.*, pp. 2 y ss.; PATTERSON, D.E./SHAPIRO, C., «Transatlantic Divergence in GE/Honeywell: Causes and Lessons», en *Antitrust*, núm. 16, 2001, pp.18 a 26; BURNSIDE, A., «GE, Honey, I sunk the merger», en *European Competition Law Review*, 2001, núm. 2, pp. 107 a 110; WEITBRECHT, A., «E.U. Merger Control in 2001-The year of controversy», en *European Competition Law Review*, núm. 8, 2002, pp. 408 a 409; PLANZ, M./CAFFARRA, C., «The economics of G.E./HONEYWELL», en *European Competition Law Review*, núm. 3, 2002, pp. 115 a 121.

el análisis de los efectos sobre la competencia que provocaba la operación. La concentración notificada consistía en la adquisición por *General Electric* de la totalidad del capital de *Honeywell*, que afectaba a distintos mercados, al tratarse de una concentración de naturaleza conglomeral. El principal sector afectado fue el de motores para aviones de gran capacidad, en donde *General Electric* era uno de los principales operadores.

En Norteamérica, el DOJ decidió no bloquear la operación ante los tribunales de justicia al comprobar que *General Electric* no ostentaba una posición de dominio en tal estructura, ya que su cuota de mercado se debía al contrato de suministro con *Boeing* para el avión 737. De ahí que sostuviera que la nueva entidad desarrollaría sus actividades en un sector altamente competitivo, pues debía enfrentarse a operadores con gran poder de mercado y financiero como *Pratt & Whitney* y *Rolls Royce*. Además, junto a lo anterior valoró también positivamente que de la operación de concentración derivaran importantes beneficios económicos para los consumidores, puesto que la nueva entidad sería capaz de ofrecer paquetes agrupados de productos y servicios<sup>378</sup>.

Por el contrario, la Comisión Europea declaró que la operación de concentración era incompatible con el mercado común, al considerar primordialmente que la empresa ocupaba una posición de dominio en dicho mercado y, además, que tras la operación de concentración se reforzaría su poderío en virtud de los efectos de conglomerado –*range o conglomerate effects*–<sup>379</sup>. De

<sup>378</sup> Vid. SHAPIRO, C., «Transatlantic Divergence in GE/Honeywell...», *op. cit.*, pp. 20 y 21; WEITBRECHT, A., «E.U. Merger Control in 2001...», *op. cit.*, pp. 408 y 409; PLATT MAJORAS, D., «GE-HONEYWELL...», *op. cit.*, pp. 2 a 5. Así, el DOJ, al eliminar las ventas que provenían del contrato, las cuotas de mercado de los operadores eran las siguientes: *General electric* 44%, *Pratt & Whitney* 23% y *Rolls Royce* 27%. Mientras que la Comisión al calcular la cuota de mercado de *General Electric* no descontó dicho contrato por lo que afirmó que tal operador ostentaba un 65% del mercado de motores de gran capacidad y, por tanto, concluyó que se encontraba en una posición de dominio en el sector económico relevante.

<sup>379</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 3 de julio de 2001, asunto COMP/M.2220 – *General Electric/Honeywell*, considerando 341.

ahí que argumentara que los competidores no estaban en condiciones de limitar el comportamiento de la nueva entidad, pues ésta realizaría la venta por paquetes de productos y servicios de las empresas participantes –*mixed bundling*–, lo que incrementaría los costes fijos de los rivales que, a largo plazo, saldrían del mercado. Por consiguiente, la Comisión concluyó que la operación de concentración consolidaba una posición de dominio que lesionaba los intereses de los consumidores<sup>380</sup>.

Se comprueba tras lo expuesto que mientras en este asunto el DOJ contempló las eficiencias como un factor positivo de la concentración, la Comisión, en cambio, las consideró como una agravante de los efectos nocivos dimanantes de la operación.

A partir de las críticas a esta decisión, el enfoque de la Comisión cambió considerablemente. Fue justamente entonces cuando el Comisario de la Política de Competencia, Mario Monti, se manifestó partidario de considerar que ciertas operaciones de concentración producen eficiencias significativas y duraderas que son trasladables a los consumidores. Al mismo tiempo, Monti matizó que, desde la perspectiva *antitrust*, las eficiencias relevantes son las que implican una reducción a largo plazo de los costes marginales de producción, siempre que emanen directamente de la operación de concentración. Esto significaba que las eficiencias no podían lograrse por otros medios menos restrictivos y, en definitiva, que los beneficios habían de transferirse

---

<sup>380</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 3 de julio de 2001, asunto COMP/M.2220 – *General Electric/Honeywell*, considerando 412 a 416; PLATT MAJORAS, D., «GE-HONEYWELL...», *op. cit.*, pp. 5 a 6. Naturalmente, la Comisión Europea al negar que la operación producía una reducción de costes no estaba obligada a responder si en el control de concentraciones era posible tener en cuenta aspectos como la eficiencia económica.

efectivamente a los consumidores en forma de precios más bajos o nuevos y mejores productos<sup>381</sup>.

#### **4.3 La inclusión del criterio de la eficiencia en el proceso de reforma del sistema europeo de control de concentraciones**

El cambio de rumbo en la política comunitaria de la competencia se hizo evidente con la publicación del Libro Verde<sup>382</sup>. Si bien es cierto que dicho Libro fue el inicio del proceso de gestación del nuevo criterio sustantivo, es decir, el de la obstaculización significativa de la competencia efectiva, no menos cierto es que al mismo tiempo puso nuevamente sobre la mesa el viejo debate sobre la apreciación de los criterios concurrenciales y extraconcurrenciales (enmarcándose entre estos últimos –como bien sabemos– las eventuales eficiencias socioeconómicas dimanantes de la operación de concentración).

En particular, en el Libro Verde la Comisión Europea invitó a presentar observaciones en relación con el papel que las eficiencias han de desplegar en el sistema de control de concentraciones<sup>383</sup>. La mayoría de las respuestas obtenidas se mostraron partidarias de tomarlas en consideración. Para ello propusieron que el sistema de control de concentraciones debía permitir a las partes implicadas en una operación efectuar una defensa sobre la base de las eficiencias que de ella se derivaban, a

---

<sup>381</sup> Vid. Monti, M., *Antitrust in the US and Europe: a history of convergence*, discurso de 14 de noviembre de 2001, Washington, p. 7 (disponible en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-01-540\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-01-540_en.htm)).

<sup>382</sup> Vid. *supra* nota 143.

<sup>383</sup> Vid. Libro Verde, apartado 172. También, sobre este aspecto: BELLO MARTIN-CRESPO, M.P., « La segunda reforma del Reglamento comunitario sobre el control de concentraciones...», *op. cit.* pp. 1153 y ss.

fin de mitigar los posibles riesgos anudados a la creación o el reforzamiento de una posición de dominio<sup>384</sup>.

Más tarde el Ejecutivo comunitario abordó el análisis de las eficiencias en la Propuesta de Reglamento de 28 de enero de 2003<sup>385</sup>. En este texto prelegislativo el Ejecutivo confirmaba que el criterio de dominio y la letra b) del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento 4064/89 habilitaban a la autoridad *antitrust* a examinar las posibles ganancias en eficiencia que producía la operación analizada<sup>386</sup>.

La Comisión mantuvo también esta misma línea interpretativa en el Proyecto de Comunicación relativo a la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (en adelante, Proyecto sobre Concentraciones Horizontales). En concreto, en este documento introdujo un apartado específico sobre las eficiencias, al tiempo que desarrolló los criterios que habían de concurrir para que éstas fueran un mecanismo susceptible de compensar los efectos negativos resultantes de la operación de concentración<sup>387</sup>. Sostuvo,

---

<sup>384</sup> Aunque las respuestas al Libro Verde tenían como común denominador la valoración positiva de las eficiencias, divergían en cuanto a la forma de llevarlo a cabo. Por una parte, un sector acogió una postura conservadora y, de esta manera, proponían que las eficiencias debían ser: inherentes a la operación de concentración, que supusieran un ahorro en los costes marginales de producción y que los beneficios se trasladaran a los consumidores. Dicho grupo, recomendaba que todas estas cuestiones tenían que ser alegadas y probadas por las empresas participantes en la operación de concentración. En cambio, otro grupo adoptó un enfoque liberal y, de este modo, defendían que no era indispensable que las ventajas económicas emanaran directamente de la operación proyectada. *Vid.* Mario Monti, *Review of the EC Merger Regulation-Roadmap for the reform Project*, discurso de 4 de junio de 2002, Bruselas, pp. 5 a 7 (disponible en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-02-252\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-02-252_en.htm)).

<sup>385</sup> *Vid. supra* nota 165.

<sup>386</sup> *Vid.* Propuesta de Reglamento de 28 de enero de 2003, considerandos 49 y 50. En este sentido: BELLO MARTIN-CRESPO, M.P., « La segunda reforma del Reglamento comunitario sobre el control de concentraciones... », *op. cit.*, p. 1153.

<sup>387</sup> *Vid.* Proyecto sobre Concentraciones Horizontales, en DOUE C 331, 31.12.2002., considerandos 87 a 95.

en efecto, la Comisión en este texto jurídico –aunque quizás de forma algo prematura– que para adquirir relevancia *antitrust* en la evaluación de las concentraciones las eficiencias habían de cumplir las exigencias de ser específicas, sustanciales, rápidas, verificables y en beneficio de los consumidores y usuarios<sup>388</sup>.

## **5. El criterio de la eficiencia bajo la vigencia del Reglamento 139/2004**

### **5.1 Preliminar: la apelación expresa a la eficiencia en el Reglamento 139/2004**

A partir de la entrada en vigor del Reglamento 139/2004 el sistema de control de concentraciones de la Unión europea reconoció expresamente el papel de la eficiencia económica en la evaluación de las operaciones de concentración de empresas. Así se infiere del considerando 29 del Reglamento, donde se afirma lo siguiente:

*«Para determinar la repercusión de una concentración sobre la competencia en el mercado común, conviene tener en cuenta las posibles eficiencias invocadas y motivadas por las empresas afectadas. Es posible que las eficiencias derivadas de la concentración contrarresten los efectos sobre la competencia y, en particular, el perjuicio potencial para los consumidores que en caso contrario podría resultar de la concentración, y que, como consecuencia de ello, ésta no obstaculice de forma significativa la competencia efectiva, particularmente a consecuencia de la creación o el refuerzo de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo».*

---

<sup>388</sup> Vid. Proyecto sobre Concentraciones Horizontales, considerando 90.

Cierto es que este reconocimiento del papel de la eficiencia se realiza extramuros de la letra b) del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento 139/2004, pues en dicho precepto la principal modificación introducida por el legislador en 2004 (Reglamento 139/2004) consiste, en lo que aquí interesa, en la sustitución del término «evolución» (del que hablaba el Reglamento 4064/89) por el de «desarrollo». Sin embargo, esto no significa que dicha modificación no conlleve un cambio sustancial en cuanto a la valoración de las eficiencias o que tras el Reglamento 139/2004 se mantenga la situación de incertidumbre que, como hemos visto, existía bajo la vigencia del Reglamento 4064/89.

En este sentido, es importante destacar que la cuestión del valor de la eficiencia económica tiene una estrecha vinculación con el test o criterio sustantivo<sup>389</sup>. Bajo la vigencia del Reglamento 4064/89, la aplicación del criterio de dominio obligaba a la Comisión a examinar aspectos meramente concurrenciales tales como el número de operadores presentes en el mercado, las cuotas de mercado de cada uno de ellos, el nivel de concentración existente y las barreras de entrada. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor del Reglamento 139/2004, la aplicación del nuevo criterio de la obstaculización significativa de la competencia proporciona a la Comisión una mayor flexibilidad para apreciar otras cuestiones no estrictamente concurrenciales tales como las ganancias en eficiencias derivadas de la operación enjuiciada, o el caso especial de las concentraciones en las que una de las empresas participantes se encuentra en situación de crisis<sup>390</sup>.

---

<sup>389</sup> Vid. BERENGUER FUSTER, L., «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento...», *op. cit.*, p. 114.

<sup>390</sup> Vid. CALVIÑO, N., «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, p. 74; ODRIÓZOLA, M./IRISSARRY, B., «El argumento de las eficiencias económicas en el ámbito de control de concentraciones...», *op. cit.* p. 243.



A la vista de lo anterior, no es difícil comprender la *ratio* de la técnica jurídica por la que opta el legislador comunitario en el Reglamento 139/2004: mantener casi intacta la redacción del antiguo artículo 2.1 b) del Reglamento 4064/89, sobre la base de considerar que el actual criterio sustantivo facilita la valoración de otras cuestiones distintas de las puramente concurrenciales. Así pues, cabe afirmar que la actual normativa sobre el control de concentraciones consagra definitivamente la doctrina de la excepción de la eficiencia económica o *efficiency defence*, con arreglo a la cual los beneficios económicos que derivan de una operación de concentración pueden compensar los posibles efectos anticompetitivos de ella dimanantes, y, en especial, la posible lesión a los intereses de los consumidores y usuarios<sup>391</sup>.

El examen de las eficiencias en el análisis global de las operaciones de concentración reviste gran importancia cuando la operación de concentración presenta *prima facie* problemas de competencia, ya que si las partes alegan y demuestran que tal circunstancia es mitigada por las ganancias económicas derivadas de la operación, podrá cortocircuitarse la declaración de incompatibilidad de la concentración notificada. Ahora bien, para que esto ocurra las ventajas económicas deben analizarse a la luz del criterio que ha dado en denominarse y reconocerse como «bienestar del consumidor»<sup>392</sup>. Esto último se infiere del tenor literal del artículo 2.1 del Reglamento, donde se dispone que «*en esta evaluación la Comisión tendrá en cuenta (...) el desarrollo del progreso técnico o económico, siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia*». En esta misma dirección, pero con mayor claridad, se pronuncia la Comisión en sus directrices, donde pone de

---

<sup>391</sup> Vid. JONES, A./SUFRIN, B., *EU Competition Law...*, op. cit., pp. 935 y 936; HERRERO SUAREZ, C.H., «Control de las concentraciones...», op. cit., p. 479.

<sup>392</sup> Vid. HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, op. cit., p. 551; JONES, A./SUFRIN, B., *EU Competition Law...*, op. cit., p. 936.

manifiesto que «*el punto de referencia para la evaluación de las eficiencias invocadas es que los consumidores no se vean perjudicados por la operación de concentración*»<sup>393</sup>.

Lo anterior responde a la máxima según la cual la protección de la competencia incide positivamente en los consumidores y, en suma, en el bien común de la sociedad. De esta manera se logra una eficiencia tanto económica como social. Desde un punto de vista práctico, la adopción de este criterio o estándar implica que la Comisión puede tener en cuenta los beneficios económicos que se traducen tanto en la disminución de los precios como en nuevos o mejores productos o servicios. En otras palabras, la autoridad *antitrust* puede ponderar la totalidad de las categorías de las eficiencias a las que nos hemos referido con anterioridad: la productiva, la transaccional, la asignativa y la dinámica. De modo que integran la noción de eficiencias relevantes en el ámbito de la Unión Europea todos los beneficios económicos resultantes de las concentraciones de empresas, siempre que sean a favor de los consumidores y usuarios.

## **5.2 Condiciones exigidas a las eficiencias para que posean relevancia *antitrust* en el control de concentraciones**

Las Directrices sobre Concentraciones Horizontales aclaran que para que puedan incluirse las eficiencias en la evaluación general de las concentraciones, éstas han de reunir de forma acumulativa las tres condiciones siguientes: a) en primer lugar, han de ocasionar un impacto positivo sobre los consumidores; b) en segundo lugar, ha de tratarse de eficiencias que sean

---

<sup>393</sup> *Vid.* Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 79. De igual manera, las *Horizontal Merger Guidelines* apuntan que «*las leyes antitrust proporcionan competencia, no eficiencia operativa interna, las que otorgan primacía a la protección de los consumidores*». En este sentido: U.S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, p. 31.

consecuencia directa de la operación de concentración y, en consecuencia, no susceptibles de generarse por otros instrumentos menos restrictivos de la competencia; c) por último, es esencial que se trate de eficiencias o sinergias verificables.

Según apuntamos más arriba, corresponde a las partes presentar las pruebas pertinentes a fin de demostrar el cumplimiento de cada uno de estos extremos (*onus probando*). Esto obedece a que la mayor parte de la información necesaria para determinar si la concentración empresarial puede ser autorizada merced a las eficiencias se encuentra en posesión de las empresas participantes. A continuación desarrollamos cada una de las condiciones que han de cumplir las eficiencias para que puedan ser tenidas en cuenta por la autoridad *antitrust*<sup>394</sup>.

### 5.2.1 El beneficio para los consumidores

El primer requisito consiste en que las eficiencias alegadas por las partes han de ser en beneficio de los consumidores. Esto implica que la autoridad *antitrust* no sólo ha de verificar que los

<sup>394</sup> Así, las directrices comunitarias siguen muy de cerca las líneas fijadas por el DOJ y la FTC para valorar la eficiencia económica en el control de las concentraciones empresariales. En concreto, las *Horizontal Merger Guidelines* estipulan que las agencias sólo considerarán las eficiencias que sean específicas, sustanciales y verificables. Vid. U.S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, pp. 29 a 31; Directrices sobre Concentraciones Horizontales, considerando 78. Asimismo: HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, op. cit., pp. 551 y ss.; JONES, A./SUFRIN, B., *EU Competition Law...*, op. cit., pp. 940 y 941; BISHOP, S./WALKER, M., *The economic of EC Competition Law...*, op. cit., pp. 414 a 415; ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, op. cit., pp. 216 a 223; IVERSEN, H., «The efficiency defence in EC merger control», en *European Competition Law Review*, núm. 9, 2010, pp. 370 a 375; KOÇMUT, F., «Efficiency Considerations and Merger Control- Quo Vadis, Commission?», en *European Competition Law Review*, núm. 1, 2006, pp. 21 a 26; WHISH, R./BAILEY, D., *Competition Law...*, op. cit., pp. 875; CHRISTENSEN, P./FOUNTOUKAKOS, K./SJÖBBLÖM, D., «Mergers», op. cit., pp. 510 y 511; FTC/DOJ, *Commentary on the Horizontal Merger...*, op. cit., pp. 52 a 59; VAN BAEL/BELLIS, *Competition Law...*, op. cit. pp. 702 a 704; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Las concentraciones...*, op. cit. pp. 211 y 213. También, en este sentido: Decisión de la Comisión Europea, de 27 de junio de 2007, asunto COMP/M.4439 – *Ryanair/Aer Lingus*, considerando 41. Sobre este asunto, vid. *supra* nota 24.

intereses de los consumidores no van a ser lesionados por la operación objeto de evaluación, sino que además obtendrán de ella ganancias económicas sustanciales que, además, se materializarán con prontitud, es decir, en un tiempo razonable. En principio, la operación ha de reportar ganancias a los consumidores de los mercados de referencia en los que, de otra manera, podrían suscitarse problemas de competencia. En otras palabras, la Comisión no compensará las eficiencias que beneficien un sector económico con el aumento del poder de mercado en otro<sup>395</sup>.

Usualmente, las eficiencias económicas motivan a la empresa resultante a actuar de forma procompetitiva en beneficio de los consumidores, aunque al mismo tiempo pueden atenuar o eliminar los posibles efectos anticompetitivos. Según las directrices, tales beneficios pueden ser consecuencia de los ahorros en los costes de producción y distribución. En este caso, la Comisión destaca que al momento de valorar la licitud/ilicitud del proyecto de concentración la rebaja de los costes marginales o variables posee una mayor relevancia que una disminución en los costes fijos<sup>396</sup>.

---

<sup>395</sup> Las autoridades norteamericanas generalmente evalúan los efectos positivos y negativos en el mercado de referencia. Sin embargo, reconocen que en ciertos casos estimarán las eficiencias que se produzcan en estructuras estrechamente ligadas al mercado de referencia. Precisamente, esto ocurre en las concentraciones en las que las partes operan en múltiples mercados. De esta manera, es posible que las eficiencias se produzcan en un mercado y los efectos anticompetitivos en otros. Este supuesto es más probable cuando las eficiencias vinculadas a otro mercado son significativas y el efecto anticompetitivo es reducido en el mercado de referencia. *Vid.* U.S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, p. 30, nota 14. Directrices sobre Concentraciones Horizontales, considerando 79; HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, pp. 555 a 556; JONES, A./SUFIRIN, B., *EU Competition Law...*, *op. cit.*, p. 936, nota 479 y p. 940; CHRISTENSEN, P./FOUNTOUKAKOS, K./SJÖBBLUM, D., «Mergers», *op. cit.*, p. 510; BISHOP, S./WALKER, M., *The economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 414, nota 205; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Las concentraciones...*, *op. cit.*, pp. 211 y 212.

<sup>396</sup> Los costes marginales son los costes asociados con la producción adicional de una unidad de un bien. Mientras que los costes variables son los que cambian con el nivel de producción o ventas. Ahora bien, los costes fijos son los que no se modifican a corto plazo en virtud de los cambios en los niveles de producción. *Vid.* FTC/DOJ, *Commentary on the Horizontal Merger...*, *op. cit.*, p. 57; ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, *op. cit.*, p. 218.

Esto obedece a que los primeros inciden en las estrategias de precios de las empresas y, en consecuencia, pueden traducirse con mayor probabilidad en una reducción de los precios en un mercado afectado. Por ejemplo, en un contexto de efectos coordinados, la disminución en los costes marginales puede incrementar los incentivos de la empresa rebelde *–maverick–*, haciéndose menos probable la colusión tácita. Sin embargo, en un supuesto de efectos unilaterales es verosímil que las eficiencias limiten a la empresa resultante a subir los precios<sup>397</sup>. Ahora bien, en estos casos las eficiencias no serán tenidas en cuenta si son producto de una disminución competitiva o sólo implican una reducción de costes a favor de las partes.

Asimismo, los beneficios económicos pueden provenir de la producción de nuevos bienes o servicios o de la mejora de los existentes como causa de los incrementos en la investigación y el desarrollo. Así ocurre, *ad ex.*, con la constitución de una empresa en participación que fabrique un producto nuevo en el mercado.

De modo que la Comisión considera que las posibles ventajas económicas a favor de los consumidores dimanantes de las concentraciones de empresas puedan originarse de eficiencias

---

<sup>397</sup> Sin embargo, esta distinción entre ambos costes es difícil de realizar en la práctica. En concreto, el problema radica en el tiempo para analizar cuándo un coste es variable o fijo, pues cuanto más amplio es el plazo a tener en cuenta, mayor es el número de costes que puede estimarse como variable. Así, algunos costes fijados a corto plazo pueden implicar una reducción en los precios. Por ejemplo, la reducción de costes mediante la fabricación con nueva maquinaria no incide a corto plazo en los costes variables de las unidades producidas con las máquinas existentes; no obstante, a largo plazo afectan los costes de expansión de la producción en la nueva maquinaria por lo que tales costes pueden ser calificados como variables si se estudian en un plazo mayor. Precisamente, el DOJ y la FTC reconocen que un ahorro en los costes fijos puede tener un efecto directo y a corto plazo en los precios; *ad ex.*, cuando los precios de venta son determinados a partir de los contratos que se basan en costes (*cost-based contracts*). Incluso, las agencias norteamericanas aprecian las reducciones en los costes fijos cuando no inciden de forma directa en los precios, puesto que los consumidores pueden beneficiarse de ellos a largo plazo. *Vid.* U.S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, pp. 29 y 30; Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 82; BISHOP, S./WALKER, M., *The economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 415 a 416; FTC/DOJ, *Commentary on the Horizontal Merger...*, *op. cit.*, pp. 57 y 58; ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION, *Report and...*, *op. cit.*, pp. 58 a 60.

tanto estáticas (primordialmente, ahorro de costes mediante el incremento de la producción) como dinámicas (en especial, mediante la innovación en un sector económico)<sup>398</sup>.

Por lo general, cuanto más largo es el plazo para que las eficiencias en costes o innovación se lleven a cabo, menor será el valor que les conceda la autoridad *antitrust*. Por otra parte, al igual que las *Horizontal Merger Guidelines* norteamericanas de 2010, la Comisión fija una escala progresiva entre los beneficios económicos y los efectos anticompetitivos. Esto significa que cuanto mayores sean los efectos negativos de la concentración, más significativa ha de ser la dimensión de las eventuales eficiencias. En efecto, en relación con las concentraciones empresariales que presentan graves riesgos para la competencia (como, *ad ex.*, una estructura con un alto nivel de concentración y con ciertas barreras de entrada) sólo se admiten eficiencias de gran magnitud y de fácil comprobación como susceptibles de fundamentar una decisión de compatibilidad de la operación con el mercado común. Bien entendido que una operación de reestructuración empresarial que forme o consolide una situación de monopolio o cuasimonopolio es altamente improbable que pueda ser aprobada en atención de las sinergias que de ella se originan<sup>399</sup>. Así lo corrobora el asunto *Ryanair/Aer Lingus*. En él la empresa resultante de la operación obtenía una posición de monopolio en 22 rutas desde y hacia Irlanda y, a su vez, en otras alcanzaba una cuota superior al 60%. La Comisión argumentó que era incierto que los ahorros de costes invocados por *Raynair* se

<sup>398</sup> Vid. Directrices sobre Concentraciones Horizontales, considerando 80 y 81; OECD, *Dynamic efficiencies...*, *op. cit.*, p. 226; BISHOP, S./WALKER, M., *The economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, p. 414; ORTIZ BLANCO, L./MAILLO GONZANLEZ-ORUS, J./IBAÑEZ COLOMO, P./LAMADRID DE PABLO, A., *Manual de Derecho...* *op. cit.*, p. 328.

<sup>399</sup> Vid. U.S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, pp. 30 y 31; Directrices sobre Concentraciones Horizontales, considerandos 83 y 84; HERRERO SUAREZ, C.H., «Control de las concentraciones...», *op. cit.*, p. 479.

transmitieran a los consumidores; en especial, por la posición que gozaría la nueva entidad resultante de la concentración en los mercados afectados<sup>400</sup>.

Normalmente, las eficiencias que derivan de la operación de concentración incentivan a la empresa resultante a actuar de forma procompetitiva en beneficio de los consumidores y usuarios. Sin embargo, si la nueva entidad no está sujeta a una presión competitiva sustancial es poco probable que traslade las eficiencias a los consumidores del mercado afectado. De ahí que en estos supuestos haya de ponerse en duda la defensa fundada en las posibles eficiencias dimanantes de la operación.

### 5.2.2 El carácter inherente o especificidad de las eficiencias

La segunda condición necesaria para que puedan tenerse en cuenta por la autoridad *antitrust* las eficiencias invocadas por las partes estriba en que sean una consecuencia inherente o específica de la operación de concentración. En general, se cumple este requisito cuando las sinergias provienen directamente de la operación de concentración y, a su vez, no pueden obtenerse a través medios alternativos menos restrictivos para competencia<sup>401</sup>.

---

<sup>400</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 27 de junio de 2007, asunto COMP/M.4439 - *Ryanair/Aer Lingus*, considerando 43. Sobre esta decisión vid. *supra* nota 24. Asimismo: Decisión de la Comisión, de 10 de julio de 2006, asunto COMP/M.4000 - *Inco/Falconbridge*, en DOUE L 72, 13.3.2007, considerandos 31 y 32. En esta última, las partes alegaron que la operación de concentración generaría una mayor producción con un coste más bajo lo cual beneficiaría a todos los compradores de níquel. No obstante, la Comisión Europea apreció que las partes no demostraron que tales eficiencias beneficiarían directamente a los clientes finales de los mercados de referencia. Por tanto, la Comisión concluyó que las eficiencias alegadas no compensaban el obstáculo significativo de la competencia puesto que la empresa resultante (*New Inco*) obtenía una posición dominante en los mercados de referencia.

<sup>401</sup> En el asunto *Nokia/Navteq*, la Comisión Europea confirmó que las eficiencias derivadas de la concentración eran inherentes a ésta. Tras un análisis económico, la Comisión constató que la supresión de los márgenes dobles sólo podría realizarse con la operación propuesta y no mediante acuerdos de cooperación (contratos). De esta forma, la Comisión concluyó que la concentración daría lugar a ganancias en eficiencia, aunque de manera limitada en los precios de los teléfonos móviles, que en suma beneficiarían a los consumidores. Vid. Decisión de la Comisión, de 2 de julio de 2008,

Al respecto, las Directrices sobre Concentraciones Horizontales indican que las partes deben probar que no existen instrumentos alternativos menos restrictivos ya sean de carácter no concentrativo (*ad ex.*, un acuerdo de licencia o una empresa en participación cooperativa) o concentrativo (*ad ex.*, una empresa en participación concentrativa o un proyecto de concentración distinto de la operación notificada). Así, los argumentos basados en la eficiencia económica no cumplirán con esta segunda condición cuando la autoridad *antitrust* verifique que las ganancias económicas alegadas por las partes pueden obtenerse a través de otro medio distinto de la operación propuesta como lo sería la reestructuración interna de la empresa objeto de adquisición. Además, la Comisión sólo apreciará alternativas que resulten *razonablemente* prácticas en atención al contexto empresarial en el que se encuentran las partes de la concentración<sup>402</sup>.

De ahí que el factor relevante para el estudio del carácter inherente de la sinergia radique en que las eficiencias invocadas no pueden ser logradas por ninguna de las empresas participes unilateralmente o de forma aislada<sup>403</sup>. Por tanto, es fácil vislumbrar que este segundo presupuesto persigue asegurar que la operación de concentración se revela como el mecanismo más eficiente para alcanzar las sinergias en un sector económico y que se trasladan efectivamente a los consumidores y usuarios.

---

asunto COMP/M.4942 - *Nokia/Navteq*, en DOUE C 13, 20.1.2009, considerandos 41 a 43 (en la versión en inglés, *vid.* considerandos 367 a 369). En esta misma línea: Decisión de la Comisión Europea, de 14 de mayo de 2008, asunto COMP/M.4854 - *TomTom/Tele Atlas*, considerandos 241 y 242 (versión en inglés).

<sup>402</sup> *Vid.* Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 85.

<sup>403</sup> *Vid.* BISHOP, S./WALKER, M., *The economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, p. 415.



### 5.2.3 La verificabilidad de las sinergias

Además de resultar en beneficio de los consumidores y ser inherentes a la operación de concentración, las eficiencias deben ser verificables. Por consiguiente, las partes han de aportar pruebas suficientes que proporcionen a la Comisión una seguridad razonable acerca de que las eficiencias invocadas son probables en cuanto a su materialización y lo suficientemente significativas para compensar los daños a los consumidores.

Este último requisito reviste gran importancia. Si las empresas participantes no logran demostrar sus argumentos, las eficiencias no ejercerán su función neutralizadora de los posibles efectos lesivos para el funcionamiento de la competencia<sup>404</sup>.

Y es que la autoridad *antitrust* no sopesará las alegaciones fundamentadas en eficiencias vagas, meramente especulativas o que no puedan demostrarse por medios razonables<sup>405</sup>. Se requiere que sean contrastables o, en ausencia de ello, que sea posible identificar su impacto positivo sobre los consumidores. Bien entendido que en ningún caso las eficiencias pueden ser fruto de una reducción anticompetitiva de la producción de los bienes o servicios afectados<sup>406</sup>.

Naturalmente, cierto tipo de eficiencias son más fáciles de probar. Así ocurre con las eficiencias productivas (económicas de escala o alcance) que, al plasmarse en un ahorro de costes,

<sup>404</sup> Tal como apuntan las directrices norteamericanas, las partes deben comprobar cuándo y cómo se lograrían las eficiencias y su coste, cómo las eficiencias mejorarían el incentivo de la empresa para competir y, finalmente, por qué son inherentes a la operación de concentración. Vid. U.S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, p. 30; Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 86.

<sup>405</sup> En el asunto *Ryanair/Aer Lingus*, la Comisión apreció que las eficiencias invocadas por *Ryanair* eran de índole general, pues se limitaban a precisar que las sinergias derivaban de la transmisión a *Aer Lingus* del modelo de negocios y, en especial, la estrategia de bajos costes. Por ello, la Comisión declaró que las eficiencias objeto de estudio se fundamentaban en suposiciones muy aventuradas las cuales no podían verificarse de forma independiente. Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 27 de junio de 2007, asunto COMP/M.4439 - *Ryanair/Aer Lingus*, considerando 42.

<sup>406</sup> Vid. U.S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, p. 30

pueden cuantificarse numéricamente en lo que atañe a su dimensión. A diferencia de ellas, las eficiencias transaccionales y, en particular, las dinámicas son más difíciles de cuantificar, al estar basadas en el incremento de la innovación en una industria en cuestión. A fin de llevar a cabo esta tarea, las partes pueden recurrir a los documentos internos que permitieron decidir la concentración, las declaraciones de los directivos sobre las eficiencias previstas, o incluso a estudios de expertos externos previos a la operación de concentración en los que se destaque la naturaleza y magnitud de las eficiencias y la posibilidad de que sean beneficiosas para los consumidores<sup>407</sup>.

La Comisión Europea admitió la excepción de la eficiencia económica en el asunto *Kornäs/AssiDomän Cartonboard*<sup>408</sup>. Las partes argumentaron que las sinergias que resultaban de la operación propuesta eran significativas y, en particular, provenían de los ahorros de costes en los insumos –gastos en bienes empleados en la fabricación–, la reducción del personal y la mejora de la eficiencia en la producción. En particular, destacaron que esta última sinergia permitiría a la nueva entidad explotar dos plantas, obteniéndose así una amplia cartera de productos en el mercado del cartón para envasar líquidos (*portafolio effects*). Por su parte, la Comisión apreció que la asignación de la producción entre la cartera de máquinas facilitaba a la nueva entidad incrementar su producción general (*ad ex.*, mediante la fabricación de lotes más amplios), lo que le llevó a concluir que dicha sinergia era probable que se materializara en la práctica y, a su vez, que dejara sentir sus efectos beneficiosos sobre los consumidores, toda vez que

---

<sup>407</sup> Vid. Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 88.

<sup>408</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 16 de mayo de 2006, asunto COMP/M.4057 -*Kornäs/Carltonboard*, en DOUE C 209, 31.8.2006, considerandos 57 a 64 (versión en inglés). Sobre esta decisión: KARLSSON, J., «Clearance of Near-duopoly», en *European Competition Law Review*, núm. 9, 2006, pp. 514 a 518.

mejoraría la capacidad y el incentivo de la empresa resultante para actuar de forma competitiva<sup>409</sup>.

### 5.3. A modo de epílogo

El estudio de las materias abordadas en este Capítulo nos permite concluir –en la dirección ya avanzada en la Introducción– que el *ilícito estructural por concentraciones* o *ilícito concentrativo*<sup>410</sup> (ex Reglamento 139/2004) participa de la misma naturaleza que los ilícitos de conducta colusorio (artículo 101 TFUE) y abusivo de posición de dominio (artículo 102 TFUE), al tratarse de un *ilícito eminentemente político* que, como tal, permite la negociación con la autoridad de control, lo que se traduce en la posibilidad de admitir un cierto perjuicio sobre la competencia dimanante de una operación de concentración cuando con ello se consiguen resultados beneficiosos para la eficiencia económica en el sentido que acabamos de exponer<sup>411</sup>.

---

<sup>409</sup> Al respecto: KARLSSON, J., «Clearance of...», *op. cit.*, pp. 517.

<sup>410</sup> *Vid.* FONT GALAN, J.I./MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust...*, *op. cit.*, p. 35, nota 30.

<sup>411</sup> Sobre el ilícito *antitrust* como ilícito político *vid.* FONT GALAN, J.I./MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust...*, *op. cit.*, pp. 53 y ss.

**CAPÍTULO CUARTO**

**LA EXCEPCIÓN DE LA EMPRESA EN  
CRISIS (*FAILING FIRM DEFENCE*):  
EVALUACIÓN DE LAS CONCENTRACIONES  
DE RECUPERACIÓN O SANEAMIENTO  
ECONÓMICO**



## 1. Consideraciones preliminares

Es usual que en las crisis económicas muchos de los operadores del mercado tengan que enfrentarse con graves dificultades. A fin de remediar esta situación, los competidores pueden optar por celebrar operaciones de concentración con empresas que se encuentran en mejores condiciones. De ahí que las autoridades de competencia se vean obligadas a evaluar concentraciones empresariales en las que toman parte empresas con sustanciales inconvenientes financieros<sup>412</sup>. A su vez, otras características del mercado pueden indicar la necesidad de que los activos de una empresa en crisis continúen en una determinada industria. Esto acontece generalmente cuando las empresas incumbentes –competidores actuales– cuentan con una capacidad limitada de producción. En estas circunstancias es preferible consentir la ejecución de una operación de concentración para prevenir cualquier riesgo de salida de dicha empresa, por cuanto que ello puede conllevar una disminución considerable del suministro de los productos en cuestión, y conducir a un ulterior incremento de los precios.

En el sistema europeo de control de concentraciones las Directrices sobre Concentraciones Horizontales contienen la *excepción de la empresa en crisis –failing company o failing firm defence*<sup>413</sup>–. Dicha excepción faculta a la autoridad *antitrust* a

---

<sup>412</sup> Vid. OCDE, *The failing firm defence*, 10/8/2009, DAF/COMP (2009) 38, p. 11, disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/45810821.pdf>.

<sup>413</sup> La excepción de la empresa en crisis o según su siglas en inglés *failing firm defence* o *failing company* es una doctrina jurisprudencial de origen norteamericano, que surge en una etapa (entre la finalización de la primera guerra mundial y los años cincuenta de la pasada centuria) en que la política de control de las operaciones de concentración empresarial era conducida por criterios de flexibilidad. De modo que al enjuiciar las concentraciones se tuvieron en cuenta tanto los perjuicios como los beneficios que repercutían en la política industrial y social. En esta etapa la Corte Suprema admitió por vez primera la doctrina de la *failing company* en la sentencia pronunciada con motivo del asunto *Internacional Shoe Co c/FTC* (1930) donde concretaron los presupuestos de aplicación de esta doctrina. Sin embargo, no fue sino hasta 1968, merced a la

declarar lícitas o compatibles con el mercado común aquellas operaciones de concentración que, pese a plantear problemas de competencia, son aptas para funcionar como medidas anticrisis de ciertas empresas que, debido a su situación ruinosa, están

---

promulgación de las directrices elaboradas por la División *antitrust* del DOJ, cuando tales presupuestos adquirieron una sistematización. A la luz de la doctrina de la *failing company* se comprende que los posibles efectos restrictivos de la competencia que emanan de una concentración en la que una de las empresas participantes se encuentra en una situación de crisis económica pueden ser compensados por los efectos positivos que emanan de la misma. En rigor, estos efectos son los siguientes: a) la conservación de la empresa; b) la prevención de los graves perjuicios sociales que produciría su cierre; y, en suma, c) la recuperación o saneamiento de la empresa ruinosa. En la actualidad, los criterios que deben concurrir para su aplicación se fijan en la sección 11 de las *Horizontal Merger Guidelines* de 2010 las cuales siguen lo estipulado en las anteriores Directrices de 1992. Dichos criterios son los siguientes: a) que la empresa en crisis no esté en condiciones de cumplir sus obligaciones en un futuro próximo; b) que tal empresa en crisis sea incapaz de reestructurarse de conformidad con el capítulo 11 de la Ley Concursal (*Bankruptcy Act*); c) que la empresa en situación ruinosa ha realizado de buena fe y sin éxito otras ofertas alternativas razonables a fin de mantener sus activos tangibles e intangibles en el mercado relevante; y, finalmente, d) que la operación propuesta suponga la solución menos perjudicial para la competencia. Por otra parte, es importante apuntar que el concepto y aplicación de la doctrina de la *failing company* admite también el supuesto de la adquisición de una división en crisis de una empresa (*failing division defence*). En rigor, las condiciones para la aplicación de esta variante son: a) que la división ostente un flujo de caja negativo desde el punto de vista operacional; y, b) que el propietario de la división en crisis ha efectuado sin éxito y de buena fe otras ofertas de adquisición que le permitan conservar los activos en el mercado de referencia. Al respecto, para más información la doctrina de la *failing company* en el Derecho *antitrust* estadounidense: U.S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, p. 32; OCDE, *The failing firm defence*, *op. cit.*, p. 22 a 23 y 175 a 182; HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, pp. 600 a 603; KOKKORIS, I., «Failing firm defence under the Clayton Act», en *European Competition Law Review*, núm. 3, 2007, pp. 158 y ss.; MIRANDA SERRANO, L.M., «Defensa de la competencia y adquisiciones de empresas en crisis en la Unión Europea», en *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 9, 2003, pp. 183 a 216; *idem*, «La doctrina de la “failing company” y el Derecho europeo de concentraciones (las concentraciones de recuperación o saneamiento económico)», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 185, 2000, pp. 53 a 90; HERRERO SUAREZ, C., «La excepción de empresa en crisis (*failing firm defence*) en el control de la concentración empresarial. Análisis comparado entre el Derecho *antitrust* estadounidense y el Derecho de la competencia comunitario europeo», en *Revista de Derecho bancario y bursátil*, núm. 84, 2001, pp. 144 a 148; BRIONES, J./FOLGUERA, J./FONT, A./NAVARRO, E., *El control de concentraciones...*, *op. cit.*, pp. 272 y ss.; FERNANDEZ, C., «La supervivencia de las compañías en crisis», en AA.VV. (dirs. MARTINEZ LAGE/PETITBO JUAN), *El Derecho de la competencia en tiempos de crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 128; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Las concentraciones...*, *op. cit.*, pp. 224 y 225; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 557, nota 5; SIGNES DE MESA, J.I., *Derecho de la competencia y crisis económica. El régimen de ayudas públicas y de concentraciones en el sector financiero*, Aranzadi, Navarra, 2013, p. 177, nota 296.

condenadas a abandonar el mercado (*concentraciones de recuperación o saneamiento económico*)<sup>414</sup>. Se trata de una doctrina de origen norteamericano que, obviamente, es aplicada por las autoridades europeas de manera excepcional (de ahí, precisamente, que para referirse a ella se hable de «excepción») a aquellos supuestos en los que la empresa objeto de adquisición se encuentra con serias dificultades económicas y financieras. Con fundamento en esta doctrina, las empresas participantes pueden solicitar a la Comisión Europea un trato favorable en relación con el proyecto de concentración en el que participan, alegando que, pese a sus iniciales riesgos competitivos, se revela como la vía más idónea para el aprovechamiento y la conservación de la empresa inmersa en situación de penuria financiera.

Cabe, por tanto, sostener que la excepción de la empresa en crisis flexibiliza la evaluación *antitrust* de las operaciones de concentración con la finalidad de sanear económicamente a las empresas que atraviesen una delicada situación económica. Al mismo tiempo, esta excepción permite tener en cuenta las ventajas económicas, regionales y sociales que despliegan estas operaciones sobre los trabajadores, los accionistas, los acreedores y la colectividad en general<sup>415</sup>.

El actual momento histórico de crisis económica y social que atraviesa Europa, así como la globalización de los mercados y el aumento de las presiones competitivas entre los operadores, dota de gran actualidad al estudio de la doctrina de la empresa en

---

<sup>414</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., «La doctrina de la “failing company”...», *op. cit.*, pp. 55 a 57; FONT GALAN, J. I./MIRANDA SERRANO, L.M./PAGADOR LÓPEZ, J./VELA TORRES, P.J., «Viabilidad antitrust de las soluciones concursales de conservación de la empresa», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 252, 2004, pp. 463 a 532.

<sup>415</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., «Defensa de la Competencia y adquisiciones...», *op. cit.*, p. 186.



crisis<sup>416</sup>. Por tal razón no podemos dejar de prestarle atención en este trabajo. A ese cometido destinamos el presente capítulo. Comenzamos en él con el análisis de los primeros brotes y

---

<sup>416</sup> En cuanto a la crisis financiera, tanto la Comisión Europea como las autoridades nacionales de competencia sostienen que el Derecho de defensa de la competencia, particularmente el control de ayudas públicas y el control de concentraciones, no obstaculizan la recuperación económica, sino que es un instrumento que coadyuva a su solución. El ámbito singular del control concentraciones, previene la formación de estructuras bancarias –o *banking structures*– altamente concentradas que *a posteriori* pueden favorecer a un abuso o, incluso, crear operadores bancarios de grandes dimensiones cuya quiebra pueda afectar de nuevo la estabilidad financiera (conocido como el dilema *too big to fail*). En cuanto a la aplicación de estas normas se ha discutido principalmente si debe flexibilizarse o no los criterios de evaluación en las operaciones del sector bancario, pues la rigidez en la aplicación de tales normas puede suscitar un conflicto entre el mantenimiento de una competencia efectiva y las consideraciones de estabilidad financiera. A la luz de las autorizaciones del gobierno de Reino Unido de las concentraciones entre *Halifax Bank of Scotland (HBOS)* y *Lloyds*, así como *RBS*, *Lloyds* y el propio gobierno inglés se ha propuesto consentir las concentraciones del sector bancario sobre el único fundamento de la *estabilidad financiera* ya que, desde una perspectiva *antitrust* pueden resultar perjudiciales para la competencia a largo plazo. Sin embargo, la Comisión Europea ha reiterado que estas operaciones deben evaluarse en atención de los parámetros ordinarios, es decir, utilizar los criterios tanto concurrenciales como extraconcurrenciales contemplados en el artículo 2 del Reglamento 139/2004. En este sentido, la Comisión destaca la posibilidad de emplear la excepción de la empresa en crisis a las operaciones del sector bancario, así como distintos instrumentos adjetivos que facilitan aligerar los procedimientos de evaluación. Estos son: a) suprimir la obligación de suspensión de la operación de concentración propuesta (artículo 7.3 del Reglamento 139/2004); b) la reducción de los plazos del proceso; y, finalmente, c) la concesión de plazos más amplios para implementar los compromisos asumidos por las entidades bancarias participantes en el proyecto de concentración. En este sentido consultar: SIGNES DE MESA, J.I., *Derecho de la competencia y crisis económica...*, *op. cit.*, pp. 162 y ss.; GRAVE, C., «Merger control in the banking sector during the financial crisis», en *Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht*, núm. 178, 2012, pp. 11 a 13; OCDE, *The failing firm defence*, *op. cit.*, p. 188; ARMENGOL I GASULL, O., «Derecho de la competencia en tiempos de crisis», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 8, 2009, pp. 5 y 6; KOKKORIS, I., «Failing firm defence in the European Union: a panace for mergers?», en *European Competition Law Review*, núm 9, 2006, p. 494; BAUDENBACHER, C./BREMER, F., «European state aid and merger control in the financial crisis –from negative to positive integration», en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2010, núm. 4, pp. 281 a 284; REYNOLDS, N./MACRORY, S./CHOWDHURY, M., «EU competition policy in the financial crisis: extraordinary measures», en *ordham International Law Journal*, 2011, núm. 6, pp. 1692 a 1722; RECALDE CASTELLS, A.J., «Reflexiones sobre los efectos de la crisis en la regularización del sistema financiero», en AA.VV. (CASTILLA GONZALEZ, F./MARIMON DURA, R.), *Estudios de Derecho del mercado financiero: homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Universidad de Valencia, Valencia, 2010, pp. 719 a 740; RUIZ PERIS, J.I., «Ayudas públicas e instituciones financieras», en AA.VV. (CASITLLA GONZALEZ, F./MARIMON DURA, R.), *Estudios de Derecho del mercado financiero...*, *op. cit.*, pp. 785 a 808. También, para un estudio de las distintas crisis que afronta la sociedad a nivel mundial, así como las causas de la misma: HOUTART, F., *El bien común de la humanidad*, Instituto de Altos Estudios Nacionales, Quito (Ecuador), 2013, pp. 15 a 37.

desarrollos de esta doctrina en el régimen comunitario de control de concentraciones (*infra*, 2). Posteriormente nos ocupamos de las condiciones que han de concurrir para que resulte aplicable, así como de las últimas decisiones en las que la Comisión Europea se vale de ella para enjuiciar determinadas operaciones de concentración (*infra*, 3). Seguidamente examinamos los casos particulares de la excepción de la división en crisis y de la denominada *flailing firm defence* o defensa de la empresa en meras dificultades, que presentan peculiaridades respecto de la doctrina de la excepción de empresa en crisis (*infra*, 4 y 5). Por último, tratamos de ofrecer cierta luz acerca de las razones de fondo que habilitan a la autoridad *antitrust* a declarar la legalidad de una operación de concentración con fundamento en la *failing firm defence*. Como veremos, tal doctrina persigue el saneamiento de una organización productiva, pues se parte de considerar que ello incide positivamente tanto en el desarrollo de una competencia efectiva como en la salvaguarda de los intereses existentes en torno a la empresa en crisis. Por tanto, en la teoría de la empresa en crisis subyacen cuestiones no sólo de competencia, sino también de política industrial, económica y social (*infra*, 6).

## **2. La aplicación de la doctrina de la *failing company* en el Derecho *antitrust* europeo: origen y evolución histórica**

Con anterioridad a la instauración del sistema europeo de control de concentraciones (Reglamento 4064/89), la Comisión tuvo oportunidad de analizar operaciones de concentración en las que participaban empresas con dificultades financieras en el ámbito singular de la industria siderúrgica a la luz del artículo 65 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)<sup>417</sup>. En concreto, en la decisión de 27 de junio de

<sup>417</sup> Cabe destacar que el CECA expiró el 23 de julio de 2002.

1989 autorizó a varios operadores (y, entre ellos, al Land de Baviera) la constitución de una nueva sociedad denominada *Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH*. A través de dicha sociedad se adquiriría el control de las instalaciones y el personal de la empresa *Eisenwerk Gesellschaft Maximilianshütte GmbH*, que había sido declarada en quiebra en 1987. Según la Comisión, un plan de reestructuración con reducciones en la producción, así como el cierre de instalaciones devolvería a la empresa su viabilidad y contribuiría a la reestructuración de la siderurgia comunitaria<sup>418</sup>.

Tras la entrada en vigor del Reglamento 4064/89 nada impedía que la Comisión Europea insertara en la evaluación *antitrust* de las concentraciones con dimensión comunitaria criterios de naturaleza extraconcurrential tales como la eficiencia económica y la situación financiera de las empresas participantes en la operación de reestructuración. Tanto el artículo 2.1 (b) como el considerando 13 –actual considerando 23– del Reglamento 4064/89 obligaban a la Comisión a tener en cuenta las ventajas que conllevaba la operación de concentración para el progreso técnico y económico, siempre que fuesen en beneficio de los consumidores. Al mismo tiempo dichas normas exigían a la autoridad *antitrust* situar el examen concurrential de las operaciones de concentración dentro los fines perseguidos por la Unión Europea; a saber: la promoción entre los Estados miembros del desarrollo, el empleo, la solidaridad y la cohesión social. En sentido amplio, la doctrina de la empresa en crisis puede ser ponderada como una forma de eficiencia empresarial. Ahora bien, a diferencia de la excepción de la eficiencia económica, no se limita a cuantificar los beneficios que genera la operación de reestructuración sobre los consumidores (*ad ex.*, el ahorro de costes fijos y variables que impliquen precios más bajos). En

---

<sup>418</sup> Vid. Comisión de las Comunidades Europeas, *Decimonoveno informe sobre la política de competencia*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Bruselas-Luxemburgo, 1990, p. 84. También, consultar: KOKKORIS, I., «Failing firm defence in the European Union...», *op. cit.*, p. 497.

principio, las concentraciones de recuperación eliminan los fallos o ineficiencias en la administración de la empresa afectada y suprimen los costes de producción. Asimismo contribuyen a conservar los puestos de trabajo, las inversiones de los accionistas, los ingresos públicos que genera la empresa para la comunidad en donde desarrolla sus actividades, la posibilidad de llevar a cabo la estrategia de compra y, en particular, se revela como el único medio de supervivencia de la propia empresa en crisis, lo que repercute en la existencia de una dosis suficiente de competencia en un determinado sector económico. De modo que la prohibición de una concentración en la que una de las partes es una empresa en graves dificultades produciría perjuicios socioeconómicos e inconvenientes para el normal desenvolvimiento de la libre competencia. Esto significa que la legitimidad de la admisión de la *failing firm defence* no había de residenciarse exclusivamente en el artículo 2.1 (b) y el considerando 13 del Reglamento 4064/89, sino también en el propio sistema de economía social de mercado, que se erige en instrumento para la consecución de fines económicos, regionales e industriales en el marco de la Unión Europea (actual artículo 3.3 TUE).

Ahora bien, si es cierto que en la práctica la Comisión Europea siempre fue reacia a incluir la eficiencia económica o cuantitativa en el examen de la conformidad o disconformidad de la operación de concentración con la normativa de control de concentraciones, no menos cierto es al mismo tiempo que esos recelos se acrecentaban considerablemente cuando se trataba de ponderar la excepción de la empresa en crisis, al converger en ella intereses de índole económico, regional, social e industrial (la eficiencia). Pese a ello, cabe afirmar que la interpretación de la doctrina de la *failing firm defence* ha evolucionado sustancialmente

en los veinticinco años que ya han transcurrido desde que vio la luz el Reglamento 4064/89<sup>419</sup>.

La primera referencia a la doctrina de la *failing company* se encuentra en la decisión de 2 de octubre de 1991, asunto *Aérospatiale-Alenia/De Havilland* en la que se valoró la operación de adquisición por parte de *Alenia* y *Aérospatiale* de la empresa *De Havilland* (división regional de *Boeing*)<sup>420</sup>. Las empresas

<sup>419</sup> En este sentido: OCDE, *Failing firm defence*, *op. cit.*, pp. 18, 19 y 94; KOKKORIS, I., «Failing firm defence in the European Union...», *op. cit.*, pp. 506 y 507; CALVIÑO, N., «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, p. 74; BAVASSO, A./LINDSAY, A., «Causation in EC Merger Control», en *Journal of Competition Law and Economics*, núm. 2, 2007, pp. 185 y ss.

<sup>420</sup> En este caso, si se autorizaba la operación de concentración la empresa resultante alcanzaba una cuota del 64% del mercado de aviones de turbohélice de tamaño medios. En dicha operación, las empresas participantes alegaron la doctrina de la *failing company*, ya que la empresa objeto de adquisición estaba en una situación de profunda crisis. Sin embargo, la Comisión declaró, por vez primera, la incompatibilidad de la operación con el mercado común, dejando sin respuesta si esta doctrina tenía cabida en el anterior Reglamento 4064/89. Por otra parte, la Comisión Europea también apreció la situación económica crítica de las partes en el asunto *Kelt/American Express* a fin de suavizar las cargas procedimentales. Mediante esta operación se pretendía una reestructuración financiera realizada por un consorcio de ocho bancos. En ella, la Comisión verificó que las empresas *Kelt* y *Keltex* estaban en una delicada situación financiera por lo que consideró oportuno realizar con rapidez la evaluación *antitrust* para prevenir posibles daños a las empresas participantes. Por ello, la Comisión concedió una dispensa al régimen de suspensión de la operación de concentración en virtud del artículo 7.4 del anterior Reglamento 4064/89 y, a su vez, declaró que, de conformidad con el artículo 6.1 letra b) del Reglamento, no planteaba serias dudas su compatibilidad con el mercado común. Por tanto, este asunto se trata sobre los instrumentos que flexibilizan el procedimiento y no sobre una aplicación de la doctrina de la empresa en crisis ni una flexibilización del criterio de dominio. *Vid.* Decisión de la Comisión Europea, de 20 de agosto de 1991, asunto IV/ M116 - *Kelt/American Express*, en DOUE C 233, 28.8.1991, considerando 7; KOKKORIS, I., «Failing firm defence in the European Union...», *op. cit.*, p. 505. También, otro asunto más reciente sobre la dispensa de la obligación de suspensión por las graves dificultades financieras de la empresa objeto de adquisición: Decisión de la Comisión Europea, de 17 de diciembre de 2008, asunto COMP/M.5363 - *Santander/Bradford & Bingley Assets*, en DOUE C 7, 13.1.2009, considerandos 14 a 20. En relación al asunto *Aérospatiale-Alenia/De Havilland*, *vid.* Decisión de la Comisión Europea, de 2 de octubre de 1991, asunto IV/M.53 - *Aérospatiale-Alenia/De Havilland*, considerando 31; ALLENDESALAZAR CORCHO, R., «La comisión prohíbe por primera vez una concentración notificada», en *Boletín de la Gaceta Jurídica de la CEE y de la Competencia*, B-70, 1992, p. 79; OCDE, *Failing firm defence*, OCDE/GD (96) 23, pp. 93 y 94; BISHOP, S./WALKER, M., *The economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, p. 422; KOKKORIS, I., «Failing firm defence in the European Union...», *op. cit.*, pp. 497 y 498; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 560; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Las concentraciones...*, *op. cit.*, p. 225; FERNANDEZ, C., «La

participantes invocaron la excepción de la empresa en crisis, argumentando que si la concentración propuesta no se ejecutaba, *De Havilland* sería eliminada de la competencia a medio o largo plazo. La Comisión, sin embargo, se limitó a declarar que tal desaparición no era probable, toda vez que *De Havilland* fabricaba productos de gran calidad y prestigio, los precios netos de sus ventas habían aumentado, los costes de producción se habían reducido y era capaz de incrementar su producción. Además, apreció que, de no ejecutarse la operación y producirse la salida del mercado de *De Havilland*, las partes no eran los únicos compradores potenciales, puesto que otros operadores mostraron su interés en la adquisición. La Comisión Europea dejaba así abierta la cuestión de si la teoría de la empresa en crisis tenía o no cabida en el Reglamento 4064/89<sup>421</sup>.

En rigor, la primera vez que la Comisión aplicó la excepción de la empresa en crisis fue en la decisión de 14 de diciembre de 1993, asunto *Kali+Salz/MDK/Treuhand*<sup>422</sup>. En dicha operación

---

supervivencia de...», *op. cit.*, p. 129, nota 6; SIGNES DE MESA, J.I., *Derecho de la competencia y crisis económica...*, *op. cit.*, p. 172, nota 283.

<sup>421</sup> Es importante apuntar que si bien las partes alegaron la excepción de la empresa en crisis y la Comisión no se pronunciara en este sentido en su decisión, el asunto *Aérospatiale-Alenia/De Havilland* se trataba más bien de un supuesto de la defensa de la división en crisis de una empresa, pues *De Havilland* era en realidad una división del grupo *Boing*. Vid. OCDE, *Failing firm defence*, *op. cit.*, p. 94; KOKKORIS, I., «Failing firm defence in the European Union...», *op. cit.*, p. 498.

<sup>422</sup> Citada *supra* nota 123. A su vez, vid. OCDE, *Failing firm defence*, *op. cit.*, pp. 92 y 93; BRIONES, J./FOLGUERA, J./FONT, A./NAVARRO, E., *El control de concentraciones...*, *op. cit.*, pp. 273 y ss.; MIRANDA SERRANO, L.M., «La doctrina de la “failing company”...», *op. cit.*, pp. 75 y ss.; *idem*, «Defensa de la Competencia y adquisiciones...», *op. cit.*, pp. 204 y ss.; HERRERO SUAREZ, C., «La excepción de empresa en crisis...», *op. cit.*, pp. 148 y 149; BISHOP, S./WALKER, M., *The economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 421 y 422; BACCARO, V., «Failing firm defence and lack of causality: doctrine and practice in Europe o two closely related concepts», en *European Competition Law Review*, núm. 1, 2004, pp. 13 a 15; KOKKORIS, I., «Failing firm defence in the European Union...», *op. cit.*, pp. 498 y 499; FERNANDEZ, C., «La supervivencia de...», *op. cit.*, pp. 129 y ss.; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Las concentraciones...*, *op. cit.*, pp. 225 a 227; ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, *op. cit.*, pp. 200 a 202; JONES,

participaron la empresa *K+S*, que tenía como objeto principal la producción de potasa, sal y productos derivados, y la entidad pública *Treuhand*, creada para reestructurar las antiguas empresas estatales de la desaparecida República Democrática Alemana, que era la única accionista de la empresa *MDK* dedicada a la potasa y la sal gema, y que se encontraba inmersa en una fuerte situación de crisis. Esto se debía fundamentalmente a la estructura deficiente de la empresa, a la crisis de ventas por el colapso de los mercados en Europa oriental y a la reducción notable del consumo en el mercado alemán. Las empresas adquirentes (*K+S* y *Treuhand*) se proponían convertir a *MDK* en una empresa en participación. A raíz de esta operación de concentración se originaría un monopolio en el mercado alemán de la potasa de uso agrícola, al alcanzar la nueva empresa en participación una cuota del 98 por ciento en dicho mercado. En principio, esta situación debería haber llevado a la autoridad *antitrust* a declarar la operación de concentración incompatible con el mercado común, si sólo se hubieran tomado en consideración criterios estrictamente concurrenciales.

Ahora bien, la Comisión Europea estimó que en dicho caso era aplicable la doctrina de la empresa en crisis y que, a su juicio, la operación era conforme con el apartado 2 del artículo 2 del Reglamento 4064/89, es decir, con el criterio de compatibilidad, puesto que no implicaba un empeoramiento de la estructura competitiva del mercado. En palabras de la Comisión: *«puede considerarse que una operación de concentración, que en condiciones normales, crearía o reforzaría una posición dominante de la empresa adquirente en el mercado, no constituye la causa de dicha posición de mercado cuando, aunque se prohibiera la operación de concentración, dicha empresa adquiriría o reforzaría necesariamente su posición dominante en el mercado»*.

---

A./SUFRRIN, B., *EU Competition Law...*, op. cit., pp. 943 a 945; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, op. cit., pp. 559 y 560.

La Comisión precisó que, en general, no existe nexo causal entre la operación de concentración y el deterioro de la competencia en el mercado en los casos en que concurren los siguientes presupuestos: a) de no ser por su adquisición, la empresa absorbida estaría obligada a abandonar el mercado a corto plazo; b) la cuota de mercado de la empresa adquirida acrecería a la empresa adquirente en caso de que la primera saliera del mercado; y c) no exista otra alternativa de adquisición menos perjudicial para la competencia<sup>423</sup>. Al mismo tiempo, advirtió que la falta de vínculo de causalidad entre la operación de concentración y la posición de dominio creada o reforzada únicamente *acaecía en casos excepcionales*. En circunstancias normales, es decir, cuando ninguna de las empresas partícipes se encontraba en situación de crisis, se presumía que la posición de dominio originaba un deterioro de las condiciones de competencia y, en consecuencia, la operación de concentración analizada debía declararse incompatible con el mercado común<sup>424</sup>.

En este caso la autoridad comunitaria verificó que no existía una relación causal entre la posición de dominio que se creaba por la nueva empresa en participación y la operación de concentración. Según la Comisión, si se prohibía la concentración, la empresa *MDK* a causa de su fuerte crisis financiera desaparecería del mercado y *K+S* absorbería su cuota, reforzando inevitablemente su posición de dominio en el mercado alemán de la potasa de uso agrícola. Asimismo, prestó también atención a otros factores como los efectos negativos que derivarían del abandono de *MDK* en las regiones del Este de Alemania, que ya eran de por sí estructuralmente débiles. De igual forma, tuvo en cuenta que el

<sup>423</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 14 de diciembre de 1993, asunto *Kali+Salz/MDK/Treuhand*, considerando 71.

<sup>424</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 14 de diciembre de 1993, asunto *Kali+Salz/MDK/Treuhand*, considerando 72; OCDE, *Failing firm defence*, op. cit., p. 91.



proyecto de concentración beneficiaba a más trabajadores, mientras que otras compras potenciales tenían un alcance más limitado. En suma, todas estas razones llevaron a la Comisión a decretar la compatibilidad de la concentración con el mercado común, valiéndose para ello de la excepción de la empresa en crisis<sup>425</sup>. Y de esta forma se incorporó al ámbito comunitario del control de las concentraciones la doctrina jurisprudencial de origen norteamericano que aquí analizamos<sup>426</sup>.

Ahora bien, esta decisión fue recurrida ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En su sentencia de 31 de marzo de 1998, asunto *Francia y otros contra la Comisión*<sup>427</sup>, el Tribunal confirmó el fundamento jurídico utilizado por la Comisión para aplicar la excepción de la empresa en crisis, principalmente en sus apartados 90 y siguientes. No obstante, en esta sentencia se anuló

---

<sup>425</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 14 de diciembre de 1993, asunto *Kali+Salz/MDK/Treuhand*, considerandos 90 y 95.

<sup>426</sup> Posteriormente, la Comisión Europea rechazó la teoría de la empresa en crisis en dos decisiones de incompatibilidad. En el asunto *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM*, la Comisión analizó la operación de concentración que consistía en la creación de una empresa en participación por las empresas *SEPR*, *ESK* y *NOM*. Las partes alegaron que la empresa *ESK* estaba en crisis y, de esta manera, recurrieron a la defensa de la *failing company*. Sin embargo, la Comisión precisó que la operación de concentración no reunía los tres requisitos de la excepción de la empresa en crisis fijados en el asunto *Kali+Salz/MDK/Treuhand* y, por consiguiente, determinó que la prohibición de la concentración resultaría la solución menos perjudicial para la competencia, por cuanto que suscitaba una posición dominante en el sector del carburo de silicio europeo. En el asunto *Blokker/Toys "R" Us*, la autoridad *antitrust* examinó la adquisición de las actividades de *Toys "R" Us* en los Países Bajos por el grupo *Blokker*. La empresa *Toys "R" Us* argumentó que sus operaciones eran financieramente inviables y, por ello, invocó la doctrina de la empresa en crisis. No obstante, la Comisión valoró que las partes no demostraron la inexistencia de nexo causal entre la operación de concentración y la posición de dominio que suscitaba tal operación en el mercado minorista de juguetes en los Países Bajos. Precisamente, el Ejecutivo comunitario afirmó que era la propia operación de concentración la que lesionaba la libre competencia y no la desaparición de *Toys "R" Us* del mercado en cuestión por lo que decretó la incompatibilidad de la misma. Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 4 de diciembre de 1996, asunto IV/M.774 - *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM*, en DOUE L 247, 10.9.1997, considerandos 247 a 259; Decisión de la Comisión Europea, de 26 de junio de 1997, asunto IV/M.890 - *Blokker/Toys "R" Us*, en DOUE L 316, 25.11.1998, considerandos 109 a 113.

<sup>427</sup> Citada *supra* nota 124.

el dispositivo de la cuestión litigiosa<sup>428</sup>. En opinión del Tribunal, si la operación de concentración no era la causa de la creación o el reforzamiento de una posición de domino que afectaba a la competencia efectiva en el mercado común, ésta debía ser declarada lícita. En caso contrario, la operación tenía que ser juzgada ilícita con el mercado comunitario. A su vez, dicha sentencia ponía de manifiesto que si bien, en rigor, el razonamiento de la Comisión sobre la excepción de la empresa en crisis no concordaba plenamente con la teoría de la *failing company* norteamericana, este dato no podía ser causa de invalidez de la decisión<sup>429</sup>.

Por otra parte, el Tribunal de la Unión Europea reparó que a fin de consentir la aplicación de la excepción de la empresa en crisis (ex Reglamento 4064/89) no era necesario demostrar que la empresa adquirente asumiría las cuotas de mercado de la empresa objeto de concentración, ante su supuesta desaparición del sector económico relevante (criterio de la absorción de las cuotas de mercado). A juicio del tribunal, los criterios decisivos que permitían activar esta excepción se reducían sólo a dos: 1º) que la empresa adquirida fuera forzada a dejar el mercado a corto plazo; y 2º) que no existiera otra alternativa que lesionara menos a la competencia. Cumpliéndose ambas exigencias, quedaba claro que la operación

---

<sup>428</sup> Es importante señalar que la anulación de la decisión de la Comisión no obedecía a que la doctrina de la *failing company* no tuviera cabida en el Reglamento 4064/89, es decir, no se produce por la aplicación e interpretación hermenéutica realizada por el Ejecutivo comunitario de esta doctrina. Por el contrario, se fundamentó en que, a juicio del Tribunal, la Comisión no probó suficientemente en su decisión que los vínculos existentes entre las empresas en posición dominante *colectiva* (que la Comisión les obligó a romper como condición a su autorización) eran de tal magnitud que impedirían el mantenimiento de una competencia efectiva entre los miembros del oligopolio.

<sup>429</sup> Precisamente, el Tribunal afirmó que sólo podría anularse la decisión cuando las condiciones fijadas por la Comisión no excluían con certeza que la operación de concentración no fuera la casusa del deterioro de las condiciones de competencia. *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 31 de marzo de 1998, asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 - *Francia y otros c. la Comisión*, considerandos 110 a 112.

de concentración no era la causa del detrimento de las condiciones de la competencia, lo que era conforme con el artículo 2.2 y, por consiguiente, daba luz verde a la declaración de compatibilidad de la operación sin sujeción a condiciones; incluso, en los casos en que la empresa adquirente no obtenía la totalidad de la cuota de mercado de la empresa adquirida<sup>430</sup>.

Algún tiempo después, la Comisión acogió por segunda vez la excepción de la *failing company* en la decisión de 11 de julio de 2001, asunto *BASF/Eurodiol/Pantochim*, que constituyó un importante paso hacia adelante en la delimitación de los criterios de aplicación de esta doctrina en Europa<sup>431</sup>. En ella se investigó la operación por la que la empresa química *BASF* pretendía la compra de las empresas belgas *Eurodiol* y *Pantochim*, ambas en procedimientos concursales ante sus tribunales nacionales.

La Comisión continuó haciendo uso en esta materia de su principal argumento, es decir, que la operación de concentración no se presentase como la causa de la merma de la competencia efectiva. No obstante, matizó que el planteamiento del Tribunal era más amplio que el que ella había empleado en la decisión *Kali+Salz/MDK/Treuhand*. Argumentó que los criterios del Tribunal no excluían completamente la asunción por terceros competidores de los activos de la empresa en crisis. Y si ocurría esto –precisó la Comisión– los efectos económicos serían similares a los de una adquisición distinta de la empresa en dificultades, lo que revelaría

<sup>430</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 31 de marzo de 1998, asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 - *Francia y otros c.la Comisión*, considerandos 114 a 116 y 124.

<sup>431</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 11 de julio de 2001, asunto COMP/M.2314 - *BASF/Eurodiol/Pantochim*, en DOUE L 132, 15.5.2002, considerandos 135 a 156; FONT, A./FOLGUERA, J./BRIONES, J., *Merger Control in the European Union...*, op. cit., pp. 337 y 338; BISHOP, S./WALKER, M., *The economic of EC Competition Law...*, op. cit., p. 422; BACCARO, V., «Failing firm defence and lack of causality...», op. cit., pp. 16 y 17; KOKKORIS, I., «Failing firm defence in the European Union...», op. cit., pp. 501 y ss.; OCDE, *The failing firm defence*, op. cit., p. 24. Sobre esta decisión: ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, op. cit., pp. 202 a 203; JONES, A./SUFRRIN, B., *EU Competition Law...*, op. cit., pp. 945 y 946; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, op. cit., pp. 560 y 561.

la presencia de varias alternativas a la operación de concentración en cuestión. Por consiguiente, el Ejecutivo comunitario añadió a los dos requisitos concretados por el Tribunal de Justicia uno más, que exigía que «los activos de la empresa objeto de compra inevitablemente desaparecieran del mercado si no se llevara a cabo la operación de concentración». De modo que en este nuevo asunto la Comisión Europea cifró en tres los requisitos necesarios para admitir la excepción de la empresa en crisis: a) que la empresa adquirida fuera obligada a salir del mercado en un futuro próximo en el supuesto de que no fuese adquirida por otra empresa; b) que no existiera otra alternativa de adquisición que afectara menos a la competencia; y c) que los activos objeto de la adquisición salieran inevitablemente del mercado si no fueran absorbidos por otra empresa<sup>432</sup>.

Junto a lo anterior, la autoridad *antitrust* formuló una regla de proporcionalidad o de escala progresiva entre la operación de concentración y su resultado –como una especie de *rule of reason* en las concentraciones de recuperación–. A su juicio, en cualquier caso, la estructura competitiva ocasionada por la concentración de recuperación debía ser por lo menos no peor a la que se produciría en su ausencia. Esto significa que los efectos de la operación de concentración habían de ser *similares* o *proporcionales* a los que se generarían a falta de tal operación. Ahora bien, es importante advertir que este análisis comparativo –en la literatura anglosajona se conoce como *counterfactual*– difiere del examen tradicional que se lleva a cabo al enjuiciar transacciones en las que participan empresas financieramente sanas. En las concentraciones de recuperación, la Comisión Europea tiene particularmente en cuenta la hipotética salida de la empresa que atraviesa una situación económica crítica. De ahí que el examen competitivo de las

<sup>432</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 11 de julio de 2001, asunto COMP/M.2314 - *BASF/Eurodiol/Pantochim*, considerandos 139 a 1142.

concentraciones de salvamento sea muy complejo, pues la Comisión estudia varios escenarios. Por un lado, la situación que provocaría la operación de concentración a la luz de criterios meramente concurrenciales. Por otro, las circunstancias que se generarían si ésta no llegara a ejecutarse pero en atención a otros cambios inminentes que aún no hubieran acontecido, como el posible abandono de una empresa en crisis en un determinado sector económico<sup>433</sup>.

A la vista de lo que acaba de afirmarse, no puede sorprender que en el caso al que ahora nos referimos el Ejecutivo comunitario procediese a evaluar el cumplimiento de los tres requisitos apuntados. El análisis realizado le llevó a confirmar la concurrencia de la crisis financiera de las empresas belgas *Eurodiol* y *Pantochim* y la falta de una alternativa menos dañina para la competencia. En cuanto al nuevo criterio, la Comisión reconoció que, ante la salida de *Eurodiol* y *Pantochim*, no se esperaba que *BASF* absorbiera toda su cuota de mercado, pues las partes no eran los únicos competidores en el mercado, siendo, por tanto, bastante probable que los demás operadores también obtuvieran partes significativas. Pese a ello, la Comisión admitió que los activos de las empresas en serias dificultades dejarían definitivamente el mercado, lo que

---

<sup>433</sup> En este sentido, es importante apuntar que esta regla de proporcionalidad difiere del análisis que lleva a cabo la Comisión para comparar las condiciones competitivas que devienen de la operación de concentración con las condiciones que prevalecerían cuando ésta no se produce. Precisamente, en los casos de las concentraciones de recuperación, la Comisión aprecia los futuros cambios en el mercado, esto es, la salida de una empresa. Por ejemplo, en las concentraciones entre entidades financieras, la Comisión valora si en ausencia de la operación de concentración puede producirse un fallo sistemático (*systemic failure*) a causa de que el banco en crisis es de gran relevancia en un sector financiero. *Vid.* Decisión de la Comisión, de 11 de julio de 2001, asunto COMP/M.2314 - *BASF/Eurodiol/Pantochim*, considerandos 139 a 143 y 157 a 162; Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 9; Decisión de la Comisión, de 10 de mayo de 2007, asunto COMP/M.4381 - *JCI/FIAMM*, en DOUE C 241, 8.10.2009, considerando 9; KOKKORIS, I., «Failing firm defence in the European Union...», *op. cit.*, p. 494; OCDE, *The failing firm defence*, *op. cit.*, p. 188; NIELS, G./JENKIS, H./KAVANAGH, J., *Economics for competition lawyers*, Oxford University Press, New York, 2011, pp. 338 y 339; ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, *op. cit.*, pp. 202 y 203; SIGNES DE MESA, J.I., *Derecho de la competencia y crisis económica...*, *op. cit.*, pp. 177 y 178, nota 300.

causaba una disminución sustancial de las condiciones de competencia en perjuicio de los clientes. En la investigación, la Comisión valoró que tras la quiebra de ambas empresas era poco factible que inversores privados compraran sus activos. Ello obedecía principalmente a los elevados costes de producción, a la necesidad de una mano de obra cualificada y a la producción integrada de las plantas.

A continuación la autoridad *antitrust* llevó a cabo un análisis comparativo (*counterfactual*) de los efectos que dimanaban de la operación notificada y de las consecuencias de su prohibición, es decir, del cierre y la expulsión de los activos del mercado de referencia. Por una parte, determinó que la expulsión inminente de tales activos originaría una escasez en los productos de referencia, que ya se ofrecían con grandes limitaciones. En concreto, sostuvo que las cantidades disponibles en el mercado se reducirían de forma inmediata y los competidores no serían capaces de satisfacer la demanda a medio plazo, incluso ante un hipotético incremento de los precios. En consecuencia, la Comisión Europea valoró que en razón de las características del mercado como las limitaciones en la producción y la demanda inelástica, se aumentarían los precios por la salida de los activos de las empresas objeto de compra. Por otra parte, la Comisión apreció que al autorizarse la operación de concentración se evitaría un déficit en la capacidad de producción, y al mismo tiempo la nueva entidad disminuiría sus costes mediante la ampliación de la producción, lo que se traduciría en precios más bajos. De ahí que el Ejecutivo comunitario concluyera que el escenario más favorable para los clientes era la autorización de la operación de concentración, lo que le llevó a declarar su compatibilidad con el

mercado común con fundamento en la doctrina de la empresa en crisis<sup>434</sup>.

En definitiva, los asuntos *Kali+Salz/MDK/Treuhand* y *BASF/Eurodiol/Pantochim* se presentan como los casos más importantes de aplicación de la doctrina de la empresa en crisis bajo la vigencia del Reglamento 4064/89. A través de ambos la Comisión elaboró y detalló los criterios que han de concurrir para que esta doctrina pueda aplicarse en la práctica. Además, en ellos el Ejecutivo comunitario valoró múltiples factores o elementos que, de hecho, fueron indispensables para admitir dicha doctrina, tales como, por ejemplo, las condiciones de los mercados en los que se celebraban los proyectos de concentración, la capacidad de los productores y el posible menoscabo a los intereses de los consumidores en ausencia de la concentración de salvamento.

### **3. Los presupuestos de la doctrina de la empresa en crisis en el actual Reglamento 139/2004 y en las Directrices sobre Concentraciones Horizontales**

El vigente Reglamento 139/2004 no contiene una regulación expresa de la excepción de la empresa en crisis. Sin embargo, la autoridad *antitrust* sí se ha referido a esta materia en las Directrices sobre Concentraciones Horizontales, donde ha recogido los tres requisitos fijados en el asunto *BASF/Eurodiol/Pantochim*<sup>435</sup>. Las mencionadas Directrices exigen, pues, la concurrencia de tres condiciones para que sea aplicable la excepción que analizamos; a

---

<sup>434</sup> Vid. Decisión de la Comisión, de 11 de julio de 2001, asunto COMP/M.2314 - *BASF/Eurodiol/Pantochim*, considerandos 150 y 163.

<sup>435</sup> Desde una perspectiva de política de competencia, lo importante no es el medio donde se reconoce y desarrolla la doctrina de la *failing company* como la ley, las directrices o la jurisprudencia, sino más bien la existencia de unos criterios específicos bajo los cuales se estudien las operaciones de concentración en las que participan empresas en serias dificultades financieras. OCDE, *The failing firm defence*, *op. cit.*, pp. 21 y 22.

saber<sup>436</sup>: a) que la empresa presuntamente en crisis esté condenada por sus problemas financieros a abandonar el mercado en un futuro próximo; b) que no exista otra posibilidad de compra menos perjudicial para la competencia que la concentración notificada; y, por último c) que de no ser por la concentración, la desaparición de los activos de la empresa en crisis resulte inevitable en el mercado relevante.

Al tratarse de un supuesto especial en el sistema de control de concentraciones, es natural que la carga de la prueba corresponda a las partes, quienes han de presentar a su debido tiempo la información pertinente para demostrar el cumplimiento del requisito básico de la excepción de la empresa en crisis. Es decir, son ellas quienes han de justificar que la obstaculización significativa de la competencia (ya sea por efectos unilaterales o coordinados) no deriva de la operación de concentración. En general, las partes deben probar que la empresa objeto de adquisición se encuentra en una situación de fuerte crisis económica y que su adquisición, más que perjudicar el funcionamiento de la libre competencia, beneficia el desarrollo de la misma y al interés general, al constituir la vía de recuperación o salvamento de la empresa en crisis menos restrictiva para la competencia<sup>437</sup>. A continuación prestamos atención a cada uno de estos requisitos.

### **3.1 Las dificultades financieras de la empresa objeto de adquisición**

Inicialmente es preciso que las partes en la operación de concentración manifiesten que la empresa objeto de adquisición

---

<sup>436</sup> Vid. Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 90.

<sup>437</sup> Vid. Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 89 y 91.



está condenada, a causa de su penuria económica y financiera, a abandonar el mercado en un futuro próximo si no es absorbida por la empresa compradora. En tal sentido, la autoridad *antitrust* no exige que la empresa aparentemente en crisis esté sometida a un procedimiento de concurso en el momento de la notificación. Por el contrario, se requiere que de no efectuarse la operación, la empresa se vería abocada a dicho proceso en un futuro cercano. Por consiguiente, la Comisión Europea entiende que el cierre de la empresa adquirida no ha de ser inmediato, sino que es suficiente que existan evidencias de que dicho escenario sea altamente probable en un periodo corto<sup>438</sup>.

Ahora bien, el problema que plantea este requisito es la ausencia de una fórmula general que revele el grado de insolvencia para comprobar que la empresa adquirida efectivamente está inmersa en una crisis financiera. Ello obliga a la Comisión a evaluar los problemas económicos de una empresa caso por caso<sup>439</sup>. La doctrina suple este vacío indicando que el nivel de crisis se debe apreciar en función de los riesgos competitivos que suscita la operación de concentración. Así, este primer presupuesto ha de seguir una escala progresiva entre la situación de crisis y el daño competencial. En rigor, es posible sostener que cuanto mayores

<sup>438</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., «La doctrina de la “failing company”...», *op. cit.*, p. 56, nota 9; FERNANDEZ, C., «La supervivencia de...», *op. cit.*, p. 133; BRIONES, J./FOLGUERA, J./FONT, A./NAVARRO, E., *El control de concentraciones...*, *op. cit.*, p. 272, nota 4; SIGNES DE MESA, J.I., *Derecho de la competencia y crisis económica...*, *op. cit.*, p. 179 (este autor destaca que en el caso de las concentraciones entre instituciones bancarias es posible demostrar que la empresa se encuentra próxima a un proceso concursal mediante la confirmación de los problemas de solvencia por parte del banco central nacional correspondiente); Decisión de la Comisión Europea, de 14 de diciembre de 1993, asunto *Kali+Salz/MDK/Treuhand*, considerando 77 (el abandono de la empresa afectada no era inminente pero si era altamente probable); Decisión de la Comisión, de 11 de julio de 2001, asunto COMP/M.2314 - *BASF/Eurodiol/Pantochim*, considerando 144 (aunque las empresas adquiridas fueron declaradas en suspensión preliminar de pago previo a la notificación de la concentración, ello sólo ayudó a que la Comisión confirmara que el peligro de quiebra era inequívoco).

<sup>439</sup> Ello obedece a que las legislaciones de los Estados miembros enfrentan de distinta manera los procesos de liquidación y de reestructuración de las empresas. Vid. OCDE, *The failing firm defence*, *op. cit.*, p. 184.

son los problemas competitivos que provoca una operación de concentración, mayor es la exigencia de que la crisis sea cierta e inminente. Por lo general, es oportuno que las partes aleguen que la empresa afectada atraviesa una crisis sustancial por mor de la cual es imposible que continúe sus actividades por sí sola en el futuro próximo. Con tal propósito, es vital que las partes ofrezcan los balances de cuentas en términos de liquidez, rentabilidad y solvencia de la empresa objeto de compra. Por ejemplo, en las concentraciones entre entidades bancarias, este criterio se cumple mediante la confirmación del banco central de los problemas de insolvencia de la institución en crisis. Estos parámetros o estudios contables han de reflejar que la empresa afectada no es capaz sanearse o reorganizarse de forma rentable si mantiene su independencia en el mercado, habida cuenta de las pérdidas pronunciadas en las ventas, los costes de producción insostenibles, la falta de liquidez y las deudas significativas, etc. Justamente se trataría de un supuesto en el que los accionistas no pueden aportar el capital necesario o, en el caso de lograr un financiamiento de un inversor privado, los costes serían superiores a los que presenta la operación de reestructuración, con lo cual no sería una opción viable a largo plazo. Así pues, esta primera condición supone que la empresa objeto de adquisición no atraviesa una situación transitoria de crisis, sino que sufre un elevado grado de penuria financiera y que de no celebrarse la operación propuesta la empresa sería forzada a cerrar y salir del mercado definitivamente. Por ende, la operación propuesta ha de mostrarse como un medio indispensable para la recuperación de la empresa en crisis dado que el adquirente aporta la experiencia de dirección necesaria y logra un efecto de sinergia económica sustancial a fin de salvaguardar los factores de producción en la industria; *ad ex.*, una reestructuración empresarial que comporta la mejora de las instalaciones, el aprovechamiento de la red de distribución

existente, la explotación de la fábricas y almacenes, la reducción de costes y la creación de una nueva gama de productos<sup>440</sup>.

### 3.2 La inexistencia de alternativas menos restrictivas para la competencia

Las empresas partícipes deben demostrar a su vez que la operación de concentración es el único mecanismo para sanear y conservar la empresa en crisis en el mercado relevante. Este criterio presenta una gran dificultad, pues es fundamental que la autoridad *antitrust* descarte cualquier otra alternativa de compra ya sea de la totalidad o de una parte sustancial de la empresa adquirida distinta del proyecto de concentración<sup>441</sup>.

La Comisión Europea no solicita a las partes que inicien un proceso formal de licitación previo a la notificación de la concentración. Al contrario, demanda que éstas *realicen de buena fe* toda posible negociación con competidores ajenos a la operación; *ad ex.*, a través del envío de propuestas de adquisición al mayor número posible de operadores y que posteriormente faciliten su participación en el proceso de negociación. En el

---

<sup>440</sup> Vid. OCDE, *The failing firm defence*, op. cit., pp. 183 a 184; FERNANDEZ, C., «La supervivencia de...», op. cit., p. 134; DAVIS, P./COOPER, A., «On the evidence used to evaluate failing firm counterfactuals», en *Concurrences: Revue des Droits de la Concurrence*, núm. 2, 2010, pp. 13 y 14; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, op. cit., pp. 557 y 558; HERRERO SUAREZ, C., «La excepción de empresa en crisis...», op. cit., pp. 158 y 167; Decisión de la Comisión Europea, de 14 de diciembre de 1993, asunto *Kali+Salz/MDK/Treuhand*, considerando 76. Esta última apunta de forma oportuna que la reorganización interna exitosa es un mecanismo que resguarda a la empresa en crisis como una unidad competitiva y, desde la perspectiva de esta doctrina, no se reputaría como crisis.

<sup>441</sup> En el asunto *Rewe/Meinl*, la Comisión Europea rechazó la *failing division defence*, pues las partes no lograron justificar los criterios fijados en el asunto *Kali+Salz/MDK/Treuhand*. En relación a este segundo presupuesto, manifestó que «...de lo indicado por la Comisión en la Decisión Kali y Salz/Mdk/Treuhand se deduce claramente la dificultad de demostrar que no existe un comprador potencial alternativo a la empresa compradora». En este sentido, el Ejecutivo comunitario señaló que para su cumplimiento es necesario acreditar con qué compradores potenciales se ha negociado y por qué fracasaron tales negociaciones. Vid. Decisión de la Comisión, de 3 de febrero de 1999, asunto IV/M.1221 - *Rewe/Meinl*, en DOUE L 274, 23.10.1999, considerando 68.

análisis de este segundo criterio, el tiempo es un factor muy relevante. Significa esto que la rigidez de su verificación está vinculada con el nivel de crisis que sufre la empresa objeto de adquisición. De modo que el Ejecutivo comunitario evita causar mayores problemas financieros, e incluso, desde una perspectiva procesal, es posible que resuelva en un menor plazo la licitud/ilicitud de la operación de concentración<sup>442</sup>.

Ahora bien, cuando uno o varios operadores se muestran interesados en adquirir la empresa en graves dificultades, la Comisión Europea procede a confrontar los posibles efectos competitivos tanto de la operación en cuestión como de las compras de terceros. En dichos casos, las partes deben probar que tales ofertas originan mayores riesgos competitivos o que, pese a ser iguales o menores, son económicamente inviables. En este sentido, es oportuno argumentar que la empresa adquirente cuenta con unos conocimientos específicos en el mercado, una estructura óptima y, en particular, que los beneficios económicos o sinergias notificadas sólo pueden lograrse a través de la celebración de la operación de concentración<sup>443</sup>. No obstante, es importante resaltar

---

<sup>442</sup> Vid. OCDE, *The failing firm defence*, *op. cit.*, p. 184 (la Comisión manifestó que existe un equilibrio entre el requisito de efectuar varias negociaciones con la prevención de causar mayores perjuicios económicos); U.S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, p. 32 (en las directrices norteamericanas se exige que las partes realicen de buena fe ofertas de compra diferentes a la operación notificada a fin de mantener los activos tangibles e intangibles en el mercado relevante); BRIONES, J./FOLGUERA, J./FONT, A./NAVARRO, E., *El control de concentraciones...*, *op. cit.*, p. 274, nota 8 (precisamente, estos autores apuntan que tal requisito es una prueba diabólica, pues las partes han de probar que la empresa adquirente es la única salvadora de la empresa presuntamente en crisis); SIGNES DE MESA, J.I., *Derecho de la competencia y crisis económica...*, *op. cit.*, pp. 173 y 174 (en las concentraciones entre entidades bancarias, la Comisión ha procedido a su evaluación con extraordinaria rapidez. Aunque esto no significa una flexibilización en los criterios guías, sino del procedimiento administrativo); LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 558.

<sup>443</sup> En el Derecho *antitrust* norteamericano, el DOJ y la FTC consideran como una oferta alternativa razonable cualquier propuesta de compra por un precio superior al valor de los activos en un proceso de liquidación. Además, destacan que el valor de liquidación es el valor más alto que podrían alcanzar los activos para su uso fuera del mercado de

que el hecho de que el operador más fuerte del mercado sea el comprador de la empresa en crisis no significa *per se* que no confluyan otros compradores potenciales en la industria o que sea la mejor solución para la supervivencia de dicha empresa, *ad ex.*, las compañías que operan fuera del mercado de referencia o los competidores de menor dimensión pueden ser una mejor opción de compra en lugar de la operación propuesta<sup>444</sup>. En suma, es esencial justificar que la operación de reestructuración se revela como la vía más eficiente a fin de lograr la recuperación de la empresa en graves dificultades económicas y el mantenimiento de la libre competencia<sup>445</sup>.

### 3.3 La salida inevitable de los activos de la empresa adquirida

Como se señaló anteriormente, en el asunto *Kali+Salz/MDK/Treuhand*, la Comisión Europea estipuló como tercer requisito que la cuota de mercado de la empresa en problemas

---

referencia. De esta manera, las autoridades norteamericanas previenen que los competidores realicen ofertas estratégicas que persigan impedir la autorización de la operación de concentración sobre la base de la teoría de la *failing company*. Vid. U.S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, p. 32, nota 16. También: HERRERO SUAREZ, C., «La excepción de empresa en crisis...», *op. cit.*, p. 157, nota 39; SIGNES DE MESA, J.I., *Derecho de la competencia y crisis económica...*, *op. cit.*, p. 179.

<sup>444</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 26 de junio de 1997, asunto IV/M.890 - *Blokker/Toys "R" Us*, considerando 113.

<sup>445</sup> Sobre este segundo requisito, *vid.* Decisión de la Comisión Europea, de 14 de diciembre de 1993, asunto *Kali+Salz/MDK/Treuhand*, considerandos 80 a 85; Decisión de la Comisión Europea, de 11 de julio de 2001, asunto COMP/M.2314 - *BASF/Eurodiol/Pantochim*, considerandos 146 a 148; FERNANDEZ, C., «La supervivencia de...», *op. cit.*, pp. 135 a 136; HERRERO SUAREZ, C., «La excepción de empresa en crisis...», *op. cit.*, pp. 145 y 146; SIGNES DE MESA, J.I., *Derecho de la competencia y crisis económica...*, *op. cit.*, p. 180, nota 305. Este último apunta que en el supuesto de una concentración de recuperación entre entidades bancarias con elevadas cuotas de mercado es posible que en el análisis de este criterio, los Estados miembros pueden ofrecer como alternativa una ayuda pública. En tal caso, la autoridad puede llegar a un «razonamiento circular» en donde declare que la ayuda pública se muestra como mejor alternativa. En efecto, las medidas públicas se limitan en el tiempo y quien los recibe está obligado a su devolución, mientras que las operaciones de concentración consisten en una adquisición de control duradera mediante la que se constituye una entidad económica permanente. Sobre el concepto de concentración relevante en el control europeo de concentraciones, *vid. supra* Introducción.

financieros acaeciera únicamente a la empresa adquirente si la primera abandonaba el mercado de referencia. Dicho presupuesto se cimentaba en que las empresas participantes eran los únicos competidores en el mercado relevante –duopolio– y, naturalmente, el comprador absorbía de forma exclusiva la cuota de la empresa absorbida. No obstante, el criterio de la absorción de las cuotas de mercado carece de importancia cuando son varios los competidores en el mercado relevante<sup>446</sup>. Por tal motivo, la Comisión fijó como última condición en el asunto *BASF/Eurodiol/Pantochim* que, de no mediar la operación de concentración, la empresa en dificultades saldría irreversiblemente del mercado y, por consiguiente se perderían sus activos tangibles e intangibles. La Comisión exige así un alto grado de certeza en la neutralidad del proyecto de concentración con el normal desarrollo de la libre competencia.

En concreto, la autoridad *antitrust* analiza cuál será el futuro de los activos (*ad ex.*, maquinaria, línea de producción, marcas, fábricas, redes de distribución, entre otras) en el supuesto –hipotético– que la empresa en crisis sea liquidada después de su quiebra. En consecuencia, pese a que las partes logren acreditar la concurrencia de los dos criterios anteriores, es decir, que la empresa atraviesa una crisis sustancial y que la operación de concentración se revela como una alternativa idónea al menos en el proceso de venta, es probable que tras su liquidación existan terceros que asuman tales activos. En el asunto *JCI/FIAMM*, si bien el Ejecutivo comunitario autorizó la operación de concentración, denegó la excepción de la empresa en crisis por no concurrir este tercer presupuesto. Según la Comisión, las partes no demostraron

---

<sup>446</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 11 de julio de 2001, asunto COMP/M.2314 - *BASF/Eurodiol/Pantochim*, considerandos 150 y 151 (la Comisión verificó que los activos de *Eurodiol* y *Pantochim* dejarían definitivamente el mercado, pues tras su cierre era poco probable que un tercero comprara sus instalaciones a causa de los elevados costes de producción).

que los activos de producción de la empresa *FIAMM* dejarían definitivamente el mercado en ausencia de la operación de concentración. Antes bien, confirmó que los distintos activos de la empresa afectada podían ser adquiridos por productores más pequeños en el proceso de liquidación. Por ende, concluyó que al efectuarse dicho proceso los activos de la empresa en crisis se integrarían de nuevo en el mercado a corto plazo, lo que constituía un deterioro de la competencia menor en comparación con la operación en cuestión<sup>447</sup>.

En suma, cabe concluir que el examen de este criterio es muy complejo. En particular, si tenemos en cuenta que, desde una perspectiva *antitrust*, es preferible que los activos sean divididos como unidades independientes entre distintos compradores en lugar de que permanezcan en manos de un solo competidor. A nuestro juicio, el éxito de una defensa basada en la *failing company* está estrechamente relacionado con las ventajas económicas o eficiencias que resultan de la operación de concentración. Las partes deben probar que las adquisiciones parciales provenientes de la liquidación no alcanzan los beneficios económicos que emanan de la operación notificada o, más aún, que la prohibición de la concentración perjudica los intereses de los consumidores y usuarios. Esto ocurre cuando los activos de producción poseen un mayor valor de forma unitaria, como las plantas que utilizan un proceso de fabricación altamente integrado. Además, en el caso

<sup>447</sup> No obstante, en el asunto *BASF/Eurodiol/Pantochim*, la Comisión apreció que no era probable que un tercero comprara los activos específicos de las empresas objeto de compra tras su quiebra, dado que, entre otras cuestiones, las instalaciones sólo funcionaban de forma rentable en conjunto y los costes de operación eran elevados. Por ello, determinó que los activos de las empresas adquiridas saldrían inevitablemente del mercado de referencia. Vid. COMP/M.2314 - *BASF/Eurodiol/Pantochim*, considerandos 151 a 156; Decisión de la Comisión Europea, de 10 de mayo de 2007, asunto COMP/M.4381 - *JCI/FIAMM*, considerandos 8 a 11; OCDE, *The failing firm defence*, *op. cit.*, p. 186; ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, *op. cit.*, pp. 204 a 205; FERNANDEZ, C., «La supervivencia de...», *op. cit.*, pp. 136 a 137; REYNOLDS, N./MACRORY, S./CHOWDHURY, M., «EU competition policy in the financial crisis...», *op. cit.*, p. 1708; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 565 a 567; SIGNES DE MESA, J.I., *Derecho de la competencia y crisis económica...*, *op. cit.*, p. 181.

que no exista un exceso de producción en el mercado, la expulsión de los activos disminuiría el suministro de los productos e incrementaría los precios. Por tanto, la operación de reestructuración ha de consentirse con la normativa de control de concentración siempre que la liquidación se vislumbre con un mayor coste o como económicamente ineficiente<sup>448</sup>.

### **3.4 Las consecuencias del cumplimiento o incumplimiento del test de falta de causalidad entre la operación de concentración y la restricción de la competencia efectiva**

Una vez que la Comisión Europea ha delimitado los riesgos competitivos de la operación de concentración a la luz de criterios meramente concurrenciales (como la presencia de efectos unilaterales o coordinados en el caso de las concentraciones horizontales), lleva a cabo el test de falta causalidad entre la operación de concentración y dichos riesgos<sup>449</sup>. En general, dicho

---

<sup>448</sup> En este sentido, un sector de la doctrina indica que puede comprobarse que una empresa está inmersa en una crisis cuando el valor de la liquidación es mayor que el valor de continuar en el mercado y, a tal efecto, sería oportuno analizar las sinergias que devienen de la operación de concentración. Sobre estas posturas: OCDE, *The failing firm defence*, *op. cit.*, pp. 20 y 184; KOKKORIS, I., «Failing firm defence in the European Union...», *op. cit.*, pp. 498 y 502; SIGNES DE MESA, J.I., *Derecho de la competencia y crisis económica...*, *op. cit.*, pp. 178 y 179 (propone que la crisis puede fijarse cuando el valor de la liquidación es mayor que el valor de continuar en el mercado); FERNANDEZ, C., «La supervivencia de...», *op. cit.*, p. 137 (sugiere que el éxito de la *failing firm defence* depende de las ganancias en eficiencia que suponga la operación de concentración frente a las demás compras); DAVIS, P./COOPER, A., «On the evidence used to evaluate failing firm...», *op. cit.*, p. 15; BISHOP, S./WALKER, M., *The economic of EC Competition Law...*, *op. cit.*, p. 421; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 559. A modo de ejemplo, *vid.* Decisión de la Comisión Europea, de 11 de julio de 2001, asunto COMP/M.2314 - *BASF/Eurodiol/Pantochim*, considerandos 157 a 162. Contra: HERRERO SUAREZ, C., «La excepción de empresa en crisis...», *op. cit.*, pp. 157 (apunta que la liquidación no es considerada crisis, pues los activos se conservarían en el mercado)

<sup>449</sup> Es importante subrayar que en el sistema europeo de control de concentraciones existe un reconocimiento expreso de la doctrina de la empresa en crisis y, de esta manera, faculta a la autoridad *antitrust* a aplicar el que denominamos test de ausencia de causalidad. Mientras que las legislaciones que no reconocen ésta doctrina utilizan el test de causalidad tradicional (*traditional causality test*), es decir, valoran la operación



test puede dividirse en dos etapas o fases. En la primera, la Comisión valora la situación financiera de las empresas participantes, pero en razón de las condiciones de competencia que prevalecen en el momento de la notificación del proyecto de concentración. En esencia, verifica si la empresa objeto de adquisición se encuentra inmersa en una crisis económica. Con tal propósito analiza la contabilidad de dicha empresa y, especialmente, tiene en cuenta si sufre pérdidas sustanciales y pronunciadas, así como la incapacidad de hacer frente a sus obligaciones. Después de comprobar la Comisión Europea que la empresa atraviesa una crisis económica, analiza el proceso de venta efectuado por las partes. En especial, la autoridad *antitrust* requiere que las partes expongan con qué operadores negociaron y por qué fracasaron dichas negociaciones. Ahora bien, en caso de que la Comisión entienda que existen otras compras potenciales, determina cuáles son sus consecuencias competitivas y, posteriormente, las compara con los efectos nocivos derivados de la concentración. Finalmente, en la segunda etapa o fase, la instancia comunitaria realiza una investigación hipotética de las consecuencias que acaecerían en ausencia de la operación de concentración. Así, estima cuáles serían las condiciones que suscitarían el cierre y la liquidación de la empresa en crisis (*counterfactual scenario*). Con tal fin sopesa si la liquidación de los activos de la empresa entre varios compradores es viable o no. Esta última fase es decisiva para la admisión de la defensa de la

---

de concentración exclusivamente con el criterio sustantivo que contemplan sus ordenamientos. En este último caso, la evaluación de licitud/ilicitud es más compleja, costosa y, además, conduce a resultados menos predecibles. Sin embargo, el informe de la OCDE de 2009 apunta que las conclusiones de uno u otro examen pueden ser similares pero que la admisión de esta teoría norteamericana beneficia la seguridad jurídica de las partes. *Vid.* OCDE, *The failing firm defence*, *op. cit.*, p. 12. En cuanto al ámbito comunitario: Directrices sobre Concentraciones Horizontales, considerando 12. Esta última contempla que: «Para evaluar el impacto previsible de una concentración en los mercados de referencia, la Comisión analiza sus posibles efectos anticompetitivos y los factores compensatorios...En circunstancias excepcionales, comprueba si se cumplen las condiciones para la aplicación de la excepción de empresa en crisis».

empresa en crisis, puesto que en función de sus resultados la Comisión concluye si la operación de reestructuración es o no la medida más efectiva para sanear y conservar la explotación unitaria de los activos de la empresa en crisis<sup>450</sup>.

Cuando la Comisión Europea comprueba el cumplimiento del test de falta de causalidad, es decir, la concurrencia acumulativa de los tres criterios anteriormente apuntados, declara que la operación de concentración es conforme con el artículo 2.2 del Reglamento 139/2004, pues la operación no es la causa de la creación o el reforzamiento del poder de mercado de la nueva entidad. Además, con ello se confirma que a falta de la operación de concentración, los activos de la empresa en crisis abandonarían el mercado, lo que produciría un resultado similar o más nocivo para la libre competencia (*ad ex.*, si la empresa adquirida es de gran importancia para el desarrollo y la innovación de un sector económico)<sup>451</sup>. En cambio, en el supuesto de que la operación de concentración no supere dicho test, la Comisión reconoce que ésta es la causa directa de la obstaculización significativa de la competencia en el mercado de referencia y, por ende, la mejor opción es que la operación no llegue a celebrarse, a menos que se modifique el proyecto inicial. Ello ocurre principalmente cuando: a) la empresa objeto de adquisición no está en crisis y, en consecuencia, la operación de concentración responde a una estrategia empresarial (*ad ex.*, cuando los órganos de administración decidan que la empresa objeto de compra no logró

---

<sup>450</sup> En este sentido: OCDE, *The failing firm defence*, *op. cit.*, p. 183 (la Comisión afirma que el factor decisivo en el análisis de la falta de causalidad es que la estructura de mercado es mejor cuando la operación de concentración se lleva a cabo que en su ausencia).

<sup>451</sup> En esta línea: KOKKORIS, I., «Failing firm defence in the European Union...», *op. cit.*, p. 496.

las expectativas de crecimiento<sup>452</sup>); y, b) pese a que la empresa sufre una grave crisis, existen otros competidores actuales o potenciales que pueden comprar tal empresa, ya sea como una organización operativa o tras su efectiva liquidación, lo que provoca un perjuicio menor para la competencia<sup>453</sup>. Por tanto, aunque la operación no supere el test de ausencia de causalidad es posible que la operación se autorice con ciertas condiciones, salvo que se trate de una lesión grave de la competencia, en donde procederá emitir una declaración de incompatibilidad<sup>454</sup>.

### **3.5 La reciente praxis comunitaria en torno a la excepción de la empresa en crisis. Asuntos *Nynas/ Shell/ Harburg Refinery* y *Aegean/ Olympic* de 2013**

Como apuntamos al inicio del presente capítulo, la doctrina de la empresa en crisis suscita especial importancia en momentos de crisis económica. En la actual coyuntura que atraviesa el mercado único europeo, la Comisión ha recurrido a la doctrina de la empresa en crisis a fin de mitigar los riesgos competitivos que planteaban los recientes asuntos *Nynas/Shell/Harburg Refinery* y *Aegean/Olympic*<sup>455</sup>.

---

<sup>452</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 27 de mayo de 1998, asunto IV/M.1993 - *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, considerando 72; Decisión de la Comisión, de 3 de febrero de 1999, asunto IV/M.1221 - *Rewe/Meinl*, considerando 66.

<sup>453</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 4 de diciembre de 1996, asunto IV/M.774 - *Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM*, considerando 249 y ss.; Decisión de la Comisión Europea, de 26 de junio de 1997, asunto IV/M.890 - *Blokker/Toys "R" Us*, considerando 113.

<sup>454</sup> Vid. OCDE, *The failing firm defence*, op. cit., pp.186 y 187.

<sup>455</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 2 de septiembre de 2013, asunto COMP/M.6360 - *Nynas/Shell/Refinería Harburg*, en DOUE C 368, 17.10.2014, considerando 1 y ss.; Decisión de la Comisión Europea, de 9 de octubre de 2013, asunto COMP/M.6796 - *Aegean/Olympic II*, en DOUE C 25, 24.1.2015, considerandos 1 y ss. Sobre estos asuntos: FOUNTOUKAKOS, K./GEARY, L., *Time to bid farewell to the failing firm defense? Some Thoughts in the wake of Nynas/Shell and Olympic/Aegean*, disponible en: <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/EuropeDecember2.pdf>; ASSIMAKIS, K./JERAM, J. «Changing minds in changed

En la decisión de 2 de septiembre de 2013, asunto *Nynas/Shell/Harburg Refinery*<sup>456</sup>, la autoridad antitrust evaluó la adquisición de los activos de la refinería ubicada en *Harburg* propiedad de *Shell* por parte del operador sueco *Nynas AB*. En la primera fase del procedimiento, la Comisión precisó que la nueva entidad se convertiría en el único productor de aceites de base nafténica, es decir, concluyó que la operación creaba un monopolio. Posteriormente, en la segunda fase de la investigación, la Comisión consideró que la empresa en crisis, la refinería *Harburg* propiedad de *Shell*, saldría del mercado de forma inevitable, lo que reduciría drásticamente la producción de aceites de base nafténica y los consumidores pagarían precios más altos, pues los productos debían ser importados al mercado europeo. De modo que la Comisión verificó que la operación no era la causa del deterioro de la competencia, puesto que no existía otra alternativa menos dañina y, a su vez, la operación generaba eficiencias mediante la reducción significativa de los costes variables, lo que se trasladaría a los consumidores. Finalmente, la Comisión concluyó que la operación no generaba problemas de competencia y, por consiguiente, la declaró compatible con el mercado único europeo.

Un mes después, la Comisión nuevamente utilizó la doctrina de la *failing firm defence* en la decisión de 9 de octubre de 2013, asunto *Aegean/Olympic II*<sup>457</sup>. La operación consistía en la

---

circumstances: *Aegean/Olympic II and the failing firm defence*», en *Journal of European Competition Law & Practice*, núm. 9, 2014, pp. 605 a 615.

<sup>456</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 2 de septiembre de 2013, asunto COMP/M.6360 – *Nynas/Shell/Refinería Harburg*, considerandos 23 a 38; Comunicado de prensa de la Comisión Europea, de 2 de septiembre de 2013, IP/13/804 - *Commission approves acquisition of shell's harburg refinery assets by Nynas AB of Sweden*, disponible en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-804\\_en.htm?locale=EN](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-804_en.htm?locale=EN).

<sup>457</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 9 de octubre de 2013, asunto COMP/M.6796 – *Aegean/Olympic II*, considerandos 67 y 68; Comunicado de prensa de la Comisión Europea, de 9 de octubre de 2013, IP/13/927 - *Commission approves*

adquisición total de *Olympic Air* por su rival *Aegean Airlines*, ambas aerolíneas griegas. Preliminarmente, la Comisión indicó que las partes coincidían en siete rutas de las cuales sólo cinco se ofrecían por las mismas. Además, señaló que el mayor competidor de tales empresas, *Cyprus Airways*, no ejercería una presión competitiva importante y que el mercado tenía altas barreras de entrada por lo que no se esperaba el ingreso de nuevos competidores. A raíz de estas circunstancias, la Comisión temía que la operación diera lugar a un monopolio o a una posición fuerte en el sector en cuestión. Sin embargo, en el examen de los factores compensatorios, la Comisión apreció que *Olympic Air* saldría del mercado en un futuro próximo debido a la particular situación de crisis en Grecia la cual propició una caída de un 26% en la demanda del transporte nacional aéreo y un menoscabo significativo de la situación financiera de dicho operador. El Ejecutivo comunitario afirmó que, en ausencia de la operación de concentración, *Aegean Airlines* se consolidaría como el único proveedor de servicios a nivel nacional e inevitablemente adquiriría las cuotas de la primera. Además, corroboró que *Aegean Airlines* era el único comprador creíble y, en consecuencia, que de no autorizarse la operación de concentración los activos de *Olympic* abandonarían el mercado de referencia. Lo anterior llevó a la Comisión a concluir que la operación propuesta no era la causa del deterioro de las condiciones de la competencia, toda vez que dicho escenario se hubiera formado con independencia de su celebración, por lo que aprobó la operación sin compromisos.

Estos dos casos permiten sostener que la teoría de la *failing company* se muestra como un instrumento que permite flexibilizar o relajar el criterio sustantivo de la obstaculización significativa de la competencia. En ambos la Comisión concluyó que las operaciones de reestructuración no eran la causa del deterioro de la

---

*acquisition of Greek airline Olympic Air by Aegean Airlines*, disponible en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-927\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-927_en.htm).

competencia. En su fundamento, la Comisión estimó los perjuicios que se ocasionarían de una posible prohibición para los consumidores, la difícil situación económica en la que operaban las empresas participantes, la crisis en Grecia y la merma en el progreso de la comunidad en general. En definitiva, cabe afirmar que sin la mediación de la excepción de la empresa en crisis la Comisión no hubiera declarado su compatibilidad con el mercado único europeo, pese a la situación financiera de las empresas y a las características de los sectores relevantes.

#### **4. El caso particular de la excepción de la división en crisis de una empresa o *failing division defence***

La excepción de la división en crisis de una empresa hace referencia a las concentraciones de recuperación o salvamento que tienen por objeto solo una división o parte de una empresa y no la totalidad de la entidad u organización empresarial<sup>458</sup>. En estos casos la obligación de probar la ausencia de nexo causal entre la operación de adquisición de una división y el daño a la competencia corresponde siempre, como es natural, a las empresas participantes.

Las Directrices sobre Concentraciones Horizontales no fijan unos criterios específicos para la aplicación de la excepción de la división en crisis de una empresa. Empero, en la práctica comunitaria los criterios de la excepción general de la empresa en crisis también han sido utilizados para analizar la absorción de una división en crisis o *failing division defence*<sup>459</sup>. Es cierto, no obstante,

---

<sup>458</sup> Vid. ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, op. cit., p. 200.

<sup>459</sup> En cambio, las *Horizontal Merger Guidelines* norteamericanas de 2010 incluyen expresamente la *failing division defence*. Para ello, la FTC y el DOJ fijan unos requisitos específicos para su aplicación. Vid. *supra* nota 402; U.S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, p. 32; OCDE, *The failing firm defence*, pp. 23 y 180; HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy...*, op. cit., pp. 602 y 603.

que tales criterios se han venido aplicando con mayor rigidez, lo que obedece a que las autoridades *antitrust* consideran que en las concentraciones en las que se adquiere sólo la división de una empresa aparentemente en dificultades persisten más posibilidades de que sean alterados los balances contables y financieros a fin de que las alegaciones de las partes se ajusten al test de falta de causalidad entre la operación de concentración y el daño ocasionado al orden concurrencial.

En efecto, las autoridades de competencia han estudiado con mayor cautela si la operación responde a una crisis económica real o simplemente a una decisión de gestión empresarial. Usualmente, esto acontece cuando los activos de la parte de un negocio no abandonan inmediatamente el mercado de referencia puesto que la matriz tiene motivos estratégicos para mantener activa la división, incluso ante graves pérdidas iniciales o pese a la declaración de prohibición de la operación de concentración. Por consiguiente, es de esperar que en las operaciones en las que tome parte una división en crisis resulte altamente complicado demostrar la ausencia de nexo causal entre tal operación y las consecuencias perniciosas para la competencia<sup>460</sup>.

La Comisión Europea evaluó la excepción de la división en crisis por vez primera y en la decisión de 27 de mayo de 1998, asunto *Bertelsmann/Kirch/Premiere*<sup>461</sup>. La transacción consistía básicamente en la adquisición del control conjunto de las empresas *Premiere*, *BetaDigital* y *BetaResearch* por *CLT-UFA* y *Taurus*. Dicha adquisición creaba un monopolio en el mercado de la televisión de pago y otro en el mercado de servicios técnicos de la

---

<sup>460</sup> En este sentido: OCDE, *The failing firm defence*, *op. cit.*, pp. 12, 25 y 186.

<sup>461</sup> *Vid.* Decisión de la Comisión Europea, de 27 de mayo de 1998, asunto IV/M.993 - *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, en DOUE L 53, 27.2.1999, considerandos 71 a 76. También: KOKKORIS, I., «Failing firm defence in the European Union...», *op. cit.*, pp. 500 a 501; CAPOBIANCO, A., «An international perspective», en *Concurrences: Revue des Droits de la Concurrence*, núm. 2, 2010, p. 21.

televisión de pago en Alemania. En cuanto al primer mercado, las partes alegaron que la absorción por *Premiere* de *DF1* no era la causa de la situación monopolística, ya que esta última se encontraba en una situación de crisis.

En su investigación la Comisión constató que la operación de concentración no daba lugar a la retirada del mercado de una empresa en su totalidad, sino que sólo se producía dicho efecto en relación con una concreta división, puesto que *DF1* sólo representaba una parte de las actividades de su matriz *Kirch*. Esta constatación le llevó a advertir que en este asunto estábamos, en rigor, ante un caso de *failing division defence*, en el que los criterios de falta de causalidad habían de aplicarse de forma más estricta. Y es que, de no ser así, toda concentración empresarial que conllevara la venta de una división supuestamente no rentable podría justificarse bajo la normativa de control de concentraciones mediante la mera declaración del vendedor de que, de no autorizarse la operación, la división dejaría el mercado de referencia.

La Comisión realizó el examen de falta de causalidad a la luz de los criterios fijados en el asunto *Kali+Salz/MDK/Treuhand*. Obviamente, el criterio de la absorción de las cuotas de mercado era relevante, pues la operación se efectuaba en un duopolio. Según la Comisión, *DF1* no atravesaba una crisis financiera que le forzara a salir del mercado. Más bien la operación respondía a una decisión de gestión por la que se abandonaba una actividad comercial que, según los órganos de administración, no superaba las expectativas de crecimiento en el mercado. Asimismo, comprobó que si *DF1* era expulsada del sector, otros operadores potenciales ingresarían en el mercado de la televisión de pago y competirían con *Premiere*. Además, estimó que si la empresa hubiera negociado la venta de la división con distintos



competidores era previsible que tales negociaciones se hubieran concluido de manera exitosa.

Todo lo anterior llevó a la autoridad *antitrust* a rechazar la aplicación de la excepción de la división en crisis, sobre la base de que las partes no llegaron a probar la usencia de causalidad entre la operación de concentración y la situación monopolística. De ahí que terminara reconociendo que la operación de concentración era la causa de la producción de efectos negativos sobre la competencia (la creación de una posición dominante) y, por tanto, que la operación de concentración analizada tenía que ser declarada incompatible con el mercado común.

La Comisión Europea también ponderó la excepción de la división en crisis en el asunto *Rewe/Meinl* de 1999<sup>462</sup>. En este caso el proyecto de concentración suponía la adquisición de todo el capital social de *Meinl* por parte de la empresa *Rewe*. Y como consecuencia de la operación se creaba una posición dominante en el mercado austriaco de alimentación al por menor. Las partes defendían que *Meinl* adolecía de grandes desventajas competitivas frente a otros competidores. A juicio de la Comisión, la operación sólo afectaba a parte de las actividades comerciales y a 7 filiales del grupo *Meinl*, por lo que debía catalogarse como un caso singular de *failing division defence*.

Al igual que en la decisión anterior, la Comisión se valió también en este asunto de los criterios utilizados en caso *Kali+Salz/MDK/Treuhand*, aplicados de manera minuciosa. Sostuvo que si bien la situación financiera de la empresa se había deteriorado, las partes no aportaron pruebas que esclarecieran que *Meinl* llegaría a ser insolvente. Por ello presumió que la operación propuesta se basaba en una decisión estratégica de su dirección.

---

<sup>462</sup> Vid. Decisión de la Comisión, de 3 de febrero de 1999, asunto IV/M.1221 - *Rewe/Meinl*, considerandos 62 a 69. A su vez: BACCARO, V., «Failing firm defence and lack of causality...», *op. cit.*, pp. 15 y 16; KOKKORIS, I., «Failing firm defence in the European Union...», *op. cit.*, p. 501.

Al mismo tiempo, verificó que ante una hipotética salida de los activos objeto de adquisición, las cuotas de mercado no pasarían a *Rewe*. Además, puso de manifestó que las partes no indicaron con qué compradores potenciales negociaron ni por qué fracasaron las negociaciones. De ahí que, al igual que en el asunto anteriormente aludido, tampoco en este caso la Comisión aceptara aplicar la excepción de la división en crisis. A su juicio, la operación de concentración era la causa de la posición dominante en el mercado de alimentación al por menor de Austria; aunque finalmente terminó autorizando la concentración pero con sujeción a determinadas condiciones<sup>463</sup>.

Finalmente, hemos de mencionar el asunto *Newscorp/Telepiù* de 2004<sup>464</sup>. Esta operación comprendía el control exclusivo de la división *Stream* por parte de una de sus sociedades matrices, *Newscorp*, que al mismo tiempo adquiriría la empresa *Telepiù*. En el análisis de los efectos competitivos, la Comisión sostuvo que la concentración originaba un monopolio en el mercado italiano de la televisión de pago y una posición de cuasimonopolio en los mercados de compra de contenido, puesto que las empresas objeto de concentración eran los únicos operadores en dichos mercados. En el pliego de cargos, *Newscorp* argumentaba que *Stream* era una empresa en quiebra y que saldría del mercado. Así pues, se planteaba si era posible que una

---

<sup>463</sup> En esta línea, Vid. KOKKORIS, I., «Failing firm defence in the European Union...», *op. cit.*, pp. 499 a 501.

<sup>464</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 24 de abril de 2003, asunto COMP/M.2876 - *Newscorp/Telepiù*, en DOUE L 110, 16.4.2004, considerandos 205 a 221. Sobre esta decisión: CAFFARRA, C./COSCELLI, A., «Merger to monopoly: NewsCorp/Telepiù», en *European Competition Law Review*, núm. 11, 2003, pp. 625 a 627; MENDES PEREIRA, M., «Recent consolidation in the European pay-TV sector», en *Competition Policy Newsletter*, núm. 2, 2003, pp. 30 y ss.; BACCARO, V., «The Commission closes probe into pay-TV industry in Italy approving Newscorp/Telepiù merger deal», en *Competition Policy Newsletter*, núm. 2, 2003, pp. 8 a 11; *Idem*, «Failing firm defence and lack of causality...», *op. cit.*, pp. 21 a 23; KOKKORIS, I., «Failing firm defence in the European Union...», *op. cit.*, pp. 504 a 505; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 562 y 563.

matriz financieramente sana asumiera los activos de una de sus filiales en aparente crisis.

La Comisión manifestó en este asunto que en estos supuestos la importancia de probar los criterios de ausencia de causalidad era mayor que en las transacciones donde el comprador no contralaba previamente la división, toda vez que la matriz adquirente podía tener razones estratégicas para mantener activa su división incluso cuando se prohibiera la operación de concentración<sup>465</sup>. En el examen del test de falta de causalidad, la Comisión consideró que la operación respondía a una decisión de gestión y no a una concentración de salvamento. Además, sostuvo que, pese a una salida hipotética de *Stream*, la sociedad matriz no sería forzada a dejar el mercado, ya que la operación sólo abarcaba parte de sus actividades económicas<sup>466</sup>.

En cuanto a la existencia de otra alternativa menos perjudicial, la Comisión corroboró que las partes nunca ofrecieron públicamente la venta de *Stream*, por lo que no superaron este presupuesto. En referencia al último criterio, esto es, la salida de activos de la división aparentemente en crisis del mercado, valoró que, en atención al incumplimiento de la primera y segunda condición, no era indispensable adoptar una decisión final sobre la presencia o no de este tercer requisito. Al igual que en el caso anterior, la Comisión terminó declarando que las partes no probaron los criterios de ausencia de nexo causal, aunque finalmente autorizó también la concentración pero con condiciones.

---

<sup>465</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 24 de abril de 2003, asunto COMP/M.2876 - *Newscorp/Telepiù*, considerando 212; KORAH, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law...*, op. cit., p. 417; BAVASSO, A./LINDSAY, A., «Causation in EC...», op. cit., pp. 188 y 189.

<sup>466</sup> La doctrina señala que esta interpretación de la Comisión entraña que para el éxito de una defensa de la división en crisis es necesario que la concentración evite que la matriz se convierta en insolvente; en otras palabras, que la venta de la división permita prevenir que la crisis se propague a toda la matriz y la fuerce a dejar el mercado. Vid. BAVASSO, A./LINDSAY, A., «Causation in EC...», op. cit., p. 188; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, op. cit., p. 558.

A la vista de las anteriores decisiones, es posible deducir que la *failing division defence* se admitirá en menor medida que la *failing company*, dada la mayor severidad con la que la Comisión efectúa el examen de falta de causalidad. Y ello sobre la base de considerar que tales transacciones no necesariamente persiguen el rescate de una división en graves dificultades, sino que pueden responder a motivos estratégicos tales como el abandono de una actividad que no logra los objetivos trazados por los órganos de administración. De ahí que la doctrina sostenga que las concentraciones de recuperación de una división han de revelarse como instrumentos que coadyuvan a la prevención de situaciones de crisis de sus matrices que les obliguen a abandonar el mercado de referencia<sup>467</sup>.

## **5. La excepción de la empresa en meras dificultades o *failing firm defence***

Cuando las partes fracasan en demostrar la excepción de la empresa en crisis o la defensa de una división en crisis, es posible el recurso a lo que se denomina en la literatura anglosajona como *failing firm defence* o excepción de la empresa débil o en meras dificultades.

Como se desprende de su propio nombre, la teoría de la *failing firm defence* no abarca las operaciones de concentración en las que la empresa objeto de adquisición (o una de sus divisiones) se encuentra en una profunda crisis que le obliga a salir del mercado a corto plazo. Antes bien, esta teoría hace referencia a las transacciones en las que el operador es financieramente débil, por

---

<sup>467</sup> Vid. OCDE, *The failing firm defence*, op. cit., p. 12; BAVASSO, A./LINDSAY, A., «Causation in EC...», op. cit., p. 188; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, op. cit., p. 558, nota 12.

carecer de los recursos financieros necesarios para competir de forma eficiente en el futuro.

Por tanto, las limitaciones de la empresa objeto de adquisición en el momento de celebrarse la operación de concentración son factores a ponderar en el análisis *antitrust*, pues de ello depende que la empresa débil o en meras dificultades ejerza a largo plazo su función competitiva, esto es, pueda presionar o restringir el comportamiento del resto de competidores en un determinado sector económico. Debe, en suma, de averiguarse si el proyecto de concentración objeto de análisis se presenta o no como un medio que fomenta el normal funcionamiento de la libre competencia en una industria<sup>468</sup>.

En el régimen europeo de control de concentraciones la doctrina estudiosa del Derecho *antitrust* apunta como caso singular de la *failing firm defence* el asunto *Newscorp/Telepiù*<sup>469</sup>. Pese a que la Comisión Europea no aceptó la excepción de la división en crisis, valoró la situación financiera de las partes, el menoscabo a los intereses de los consumidores y las características del mercado de referencia a fin de declarar su conformidad con el mercado único. En concreto, la Comisión declaró que si bien las partes no acreditaron la ausencia de nexo causal entre la concentración y el efecto sobre la competencia, el riesgo de la salida de la división *Stream* era un elemento a tener en cuenta en la evaluación de la concentración. Al mismo tiempo consideró que la aprobación del proyecto de concentración –aunque con sujeción a condiciones– se presentaba como la solución más beneficiosa para los

<sup>468</sup> Vid. OCDE, *The failing firm defence*, op. cit., pp. 25 y 180; KOKKORIS, I., «Failing firm defence in the European Union...», op. cit., p. 509.

<sup>469</sup> Vid. OCDE, *The failing firm defence*, op. cit., p. 25; BACCARO, V., «Failing firm defence and lack of causality...», op. cit., pp. 22 y 23; KORA, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law...*, op. cit., p. 417; CAFFARRA, C./COSCELLI, A., «Merger to monopoly...», op. cit., p. 627; CAPOBIANCO, A., «An international...», op. cit., p. 21.

consumidores; desde luego mucho más favorable que el desasosiego originado por el posible cierre de *Stream*<sup>470</sup>.

La autoridad de competencia apreció que el mercado de la televisión de pago tanto en Italia como en Europa se identificaban por los altos niveles de costes que debían contraer los operadores. Asimismo, advirtió que en Italia el nivel de ingreso y expansión de los competidores era inferior que al de otros países comunitarios y, en consecuencia, la base de clientes y los ingresos para amortizar los costes eran más restringidos. Estas circunstancias provocaron que *Telepiù* y *Stream* incurrieran en graves pérdidas, lo cual repercutió en su estabilidad financiera<sup>471</sup>.

Dado que la operación de concentración creaba un monopolio, la Comisión aceptó un paquete de compromisos que perseguían facilitar el acceso de nuevos competidores y el esparcimiento de los actuales (operadores de cable pequeños). Así fue como la autoridad comunitaria trató de reducir las barreras de entrada o expansión lo máximo posible, a fin de que estos competidores contrarrestaran el comportamiento de la nueva entidad en la industria italiana de la televisión de pago. Con ello se mitigaba o erosionaba cualquier posición de dominio duradera, y al mismo tiempo se ayudaba al normal desenvolvimiento de una competencia efectiva.

Como apunta la doctrina, la Comisión realizó en este caso un análisis comparativo (*counterfactual*) entre el escenario que formaba la operación de concentración con el contexto que devenía de los compromisos asumidos por las partes y la hipotética salida de *Stream* debido a su debilidad financiera. En este último caso, la amenaza de la expulsión de *Stream* originaba que sólo *Telepiù*

---

<sup>470</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 24 de abril de 2003, asunto COMP/M.2876 - *Newscorp/Telepiù*, considerando 221.

<sup>471</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 24 de abril de 2003, asunto COMP/M.2876 - *Newscorp/Telepiù*, considerandos 82 a 88.

subsistiera en el mercado y adquiriera una situación económica privilegiada que le facultaba para alterar de manera independiente las condiciones de la competencia (especialmente, los precios y la variedad de los productos). De ahí que el proyecto de concentración modificado con los compromisos se mostrara más beneficioso para los consumidores (en sentido amplio se trataría de eficiencias que dimanaban de la transacción que reflejó el *counterfactual*)<sup>472</sup>.

A la postre, podemos afirmar que la *flailing firm defence* no implica una flexibilización de los criterios de causalidad ni libera a las partes de la carga de prueba<sup>473</sup>. Son las empresas participantes las que siempre han de demostrar que la operación notificada no obstaculiza significativamente la competencia ni lesiona el bienestar de los consumidores y usuarios. Por consiguiente, cuanto mayor sea el daño previsible para los consumidores y la competencia a falta de la operación de concentración, más posibilidades tienen las partes de lograr una defensa con fundamento en la doctrina de la empresa débil o en meras dificultades.

Por último, es importante destacar que tanto la excepción general de la empresa en crisis como la particular de la división en crisis cuentan con unos criterios muy rigurosos. Esto explica que hasta la fecha hayan sido pocos los supuestos que han superado el test de causalidad. Por ello no parece difícil vislumbrar que la *flailing firm defence* tendrá éxito en menor medida, presentándose como el último escalafón o mecanismo al que las partes pueden

<sup>472</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 24 de abril de 2003, asunto COMP/M.2876 - *Newscorp/Telepiù*, considerandos 226 y ss.; BACCARO, V., «Failing firm defence and lack of causality...», *op. cit.*, pp. 22 y 23; CAFFARRA, C./COSCELLI, A., «Merger to monopoly...», *op. cit.*, pp. 626 y 627; BAVASSO, A./LINDSAY, A., «Causation in EC...», *op. cit.*, p. 189; LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 563.

<sup>473</sup> En este sentido: OCDE, *The failing firm defence*, *op. cit.*, p. 180; SIGNES DE MESA, J.I., *Derecho de la competencia y crisis económica...*, *op. cit.*, p. 179.

acudir con el fin de obtener la autorización de la operación de concentración<sup>474</sup>.

## **6. La ratio o fundamento de la doctrina de la empresa en crisis o la *failing firm defence***

A lo largo de la evolución de la doctrina de la *failing company* se han invocado distintas argumentaciones que pretenden justificar su aplicación en el ámbito particular del control de las concentraciones de empresas. Se trata de las siguientes:

1ª) La primera es de *política industrial* y se apoya en los beneficios económicos o sinergias que emanan de las concentraciones en las que toma parte una empresa en crisis. Desde este punto de vista, se sostiene que las concentraciones de saneamiento económico son los medios más eficientes con vistas a lograr la conservación y utilización de los activos afectados en un determinado sector económico.

2ª) La segunda es de *política social* y se basa en la protección de los intereses de distintos sujetos o sectores que pueden ser perjudicados por el cierre de la empresa inmersa en una fuerte situación de crisis; a saber: los trabajadores perderían sus puestos de trabajo, los accionistas no recuperarían sus inversiones, los acreedores no recobrarían sus préstamos e intereses y, en suma, la colectividad en la que las partes desarrollan sus actividades dejaría de contar con unos ingresos públicos y fuentes de trabajo. Desde esta segunda perspectiva, se considera que las concentraciones de recuperación previenen un posible daño en los intereses de todos estos grupos.

3ª) La tercera y última es de *índole económica* y defiende la neutralidad de la concentración de salvamento para la libre

---

<sup>474</sup> Vid. OCDE, *Failing firm defence*, op. cit., p. 21.



competencia, es decir, la falta de relación causal entre el proyecto de concentración y el deterioro de la competencia en el mercado. Según esta forma de concebir la excepción que analizamos, la operación en la que participa una empresa crisis no lesiona la competencia, toda vez que la empresa en crisis no puede ser considerada una fuerza competitiva en el mercado. En rigor, la empresa adquirente utilizaría su nueva capacidad para aumentar la producción y, ulteriormente, para disminuir los precios, lo que favorecería a los consumidores. De ahí que, desde este punto de vista, la operación de concentración se conciba como la medida que más beneficia a la competencia, mientras que su prohibición obligaría a la entidad afectada a abandonar el mercado de referencia<sup>475</sup>.

A nuestro juicio, el fundamento de la doctrina de la empresa en crisis no ha de hacerse recaer exclusivamente en una de las argumentaciones a las que acabamos de aludir. El estudio de la práctica comunitaria nos permite apreciar que, a fin de valorar la licitud (compatibilidad) o ilicitud (incompatibilidad) de una operación de recuperación, la autoridad *antitrust* no sólo tiene en cuenta la concurrencia de los tres criterios fijados por las Directrices sobre Concentraciones Horizontales. Antes bien, la Comisión Europea también incluye en su evaluación otros factores tales como cuestiones sociales, regionales, industriales, de empleo e, incluso, las características del sector económico en el que se ejecuta la operación de concentración. Precisamente, en el informe de la OCDE de 2009, la Comisión tuvo a bien precisar que los criterios fijados en esta materia por las Directrices son relevantes para determinar si una de las partes es realmente una empresa en crisis, pero no pueden considerarse exclusivos ni exhaustivos. En su opinión, en dicho examen también son pertinentes otros

---

<sup>475</sup> Vid. HERRERO SUAREZ, C., «La excepción de empresa en crisis...», *op. cit.*, pp. 150 a 161.

elementos como la crisis económica y los mercados decrecientes (*declining markets*)<sup>476</sup>.

La Comisión Europea ha seguido este enfoque en los cuatro asuntos en los que ha admitido la excepción de la empresa en crisis. En todos ellos, ciertamente, además de comprobar los requisitos relativos a la existencia de crisis financiera, inexistencia de alternativa y salida de los activos, llega a valorar otros aspectos diversos que, a la postre, también incidieron en la declaración de compatibilidad con el mercado común de dichas operaciones. En otras palabras, cabría decir que la Comisión se decidió finalmente por la aprobación de las concentraciones proyectadas por entender que de ellas resultaban múltiples ventajas: aumentaban la eficiencia económica, facultaban la redistribución de los activos de las empresas en crisis, preservaban los puestos de trabajo, alentaban la cohesión de los Estados miembros, garantizaban el mantenimiento de una dosis de competencia suficiente en las industrias relevantes y, en definitiva, prevenían un detrimento de los intereses de los consumidores<sup>477</sup>.

De ahí que consideremos que la doctrina de la empresa en crisis no encuentra su razón de ser o fundamento únicamente en razones de índole económica, esto es, en la neutralidad de la operación de concentración desde el punto de vista *antitrust*<sup>478</sup>. Al

---

<sup>476</sup> Vid. OCDE, *The failing firm defence*, *op. cit.* p. 183.

<sup>477</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 14 de diciembre de 1993, asunto *Kali+Salz/MDK/Treuhand*, considerandos 71, 85 y 90; OCDE, *The failing firm defence*, *op. cit.*, pp. 187 y 188; KOKKORIS, I., «Failing firm defence in the European Union...», *op. cit.*, pp. 496 y 505 a 507.

<sup>478</sup> Contra: HERRERO SUAREZ, C., «La excepción de empresa en crisis...», *op. cit.*, pp. 159 a 161. Esta autora defiende que la doctrina de la *failing company* tiene exclusivamente un fundamento económico, es decir, la falta de efectos anticompetitivos de la operación de concentración. Por ello, propone que ésta no debe utilizarse como una excepción afirmativa, sino como una cuestión más a considerar en la evaluación global de la evaluación de legalidad de la operación de concentración. Sin embargo, estimamos oportuno que esta solución no es la más adecuada, ya que al tratarse de una situación particular, esto es, una operación de concentración que, a la vista de un análisis meramente competitivo (criterios concurrenciales) resulta ilícita pero que en

contrario, para apreciar dicha neutralidad es indispensable tener en cuenta, por un lado, la especial situación de crisis que atraviesa la empresa objeto de adquisición y, por otro, que la operación de concentración se presente como la alternativa a la que se anudan mayores beneficios económicos, sociales, regionales y competitivos. Y parece claro que estas últimas cuestiones no son estrictamente concurrenciales, como sí lo son, en cambio, la cuota de mercado, los niveles de concentración, la posición de las empresas o las barreras de entradas. Se trata, antes bien, de cuestiones extraconcurrenciales, que tienen cabida en el artículo 2.1 (b) y en el considerando 23 del Reglamento 139/2004.

Como se sabe, las disposiciones a las que acabamos de aludir facultan a la Comisión Europea a tener en cuenta en el análisis *antitrust* de las concentraciones de empresas la evolución del progreso técnico y económico, siempre que beneficie a los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia desproporcionado en lo que respecta a los fines a los que se dirige la operación de reestructuración: el rescate y saneamiento de la empresa en crisis. De hecho, si la autoridad *antitrust* sólo apreciara cuestiones meramente concurrenciales, la solución neutral y mejor para la competencia sería que las propias fuerzas del mercado presionaran la salida natural de la empresa en crisis y que el adquirente compitiera con el resto de operadores para suplir su demanda<sup>479</sup>.

Junto a lo anterior, consideramos importante destacar que tanto el Derecho como la Economía son Ciencias Sociales que no

---

atención de la crisis de la empresa adquirida puede ser autorizada con el mercado único europeo. Las partes son las que cuentan con la información y las pruebas correspondientes sobre dicha situación y, por ende, sobre ellas recae la obligación de acreditarla. Este supuesto se asemeja a la excepción de la eficiencia económica donde las empresas partícipes tienen que demostrar y cuantificar los beneficios económicos que emanan de la operación de concentración a fin de contrarrestar los efectos anticompetitivos de la misma.

<sup>479</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., «La doctrina de la “failing company”...», *op. cit.*, pp. 68 a 71; KOKKORIS, I., «Failing firm defence in the European Union...», *op. cit.*, p. 506.

pueden mostrarse imparciales o neutrales ante supuestos lesivos de los intereses de grupos entrelazados (los trabajadores, los accionistas, los acreedores y los consumidores de una empresa que adolece de graves dificultades económicas) y, especialmente, del bien común de la sociedad. En esencia, ésta es la idea fundamental que subyace en la teoría de la empresa en crisis en el sistema europeo de control de concentraciones: la supervivencia de una empresa en crisis que redunde a favor tanto del desarrollo de una competencia efectiva como de todos los plurales intereses que se anudan a ella<sup>480</sup>.

Por consiguiente, al juzgar la compatibilidad o incompatibilidad de una operación de concentración en la que participe una empresa en situación ruinosa, la autoridad *antitrust* no sólo debe analizar la concurrencia de los criterios formulados por

---

<sup>480</sup> La objetividad en las ciencias sociales y, particularmente, en la economía proviene del principio de la *Wertfreiheit* que Max Weber propuso para alcanzar la objetividad en las ciencias sociales, aunque incidió particularmente en la economía. Ahora bien, el Derecho de defensa de la competencia y, en especial el sistema de control de concentraciones no es ajeno a esta visión de la objetividad o neutralidad. Justamente, el control de concentraciones ha sido la puerta de entrada del análisis económico y del uso herramientas económicas sofisticadas en el Derecho de la competencia como se puede apreciar con facilidad en el estudio de la posición de dominio colectiva donde los presupuestos de aplicación fijados en la sede del control de concentraciones se llevaron posteriormente al ámbito del artículo 102 TFUE –abuso de posición de dominio–. Ello no significa que tales herramientas y teorías no sean necesarias en la evaluación de compatibilidad/incompatibilidad de las operaciones de concentración, sino que se está dejando en un segundo plano la valoración jurídica de los resultados que proceden de los cálculos económicos. En este sentido, cabe destacar que el Derecho tiene como fin último la justicia, la equidad y el bien común en la sociedad. Si la autoridad de competencia, el jurista, los abogados de las partes quitan la mirada a los principios generales del Derecho los cuales son el faro de luz en toda valoración jurídica, esta rama se convertiría exclusivamente en la economía de la competencia. De esta manera se limitaría a una decisión económica del mercado libre y competitivo y los distintos sujetos beneficiados por el mantenimiento de una competencia efectiva –consumidores, usuarios, empresarios, trabajadores y la colectividad en general– quedarían a merced de las fuerzas del mercado. *Vid.* CORTINA, A., *Prólogo a ZAMAGNI, S., Por una economía del bien común*, Ciudad Nueva, Madrid, 2012, pp. 8 y 9; FONT GALAN, J.I., *Prólogo a MIRANDA SERRANO, L.M., Las concentraciones económicas de empresas...*, *op. cit.*, pp. 19 a 23. También, *supra* Capítulo Primero.

las Directrices sobre Concentraciones Horizontales<sup>481</sup>. Al mismo tiempo, ha de apreciar los costes económicos y sociales aunados al cierre de la empresa en crisis, lo que exige tener en cuenta factores tales como la conservación de los puestos de trabajo, las inversiones de los accionistas, el pago a los acreedores y, en definitiva, el interés de la colectividad en la que opera la empresa que atraviesa graves dificultades financieras<sup>482</sup>.

Naturalmente, lo anterior no debe interpretarse en el sentido de que los alegatos de las partes han de basarse exclusivamente en cuestiones extraconcurrentiales. En rigor, debe existir un *equilibrio razonable* entre todos los intereses que rodean la conservación de una empresa en grave penuria financiera. De ahí que en ciertas ocasiones las operaciones de concentración puedan funcionar como *instrumentos anticrisis*, pues coadyuvan a la conservación de organizaciones productivas que, de no ser por la operación, desaparecerían de un determinado sector económico, y todo ello con efectos muy positivos para los intereses de los consumidores y de la colectividad en general<sup>483</sup>.

---

<sup>481</sup> Confróntese: HERRERO SUAREZ, C., «La excepción de eficiencia económica (efficiency defense)...», *op. cit.*, pp. 1943 a 1968; *idem*, «La excepción de empresa en crisis...», *op. cit.*, pp. 151 y 152. Dicha autora apunta que en el análisis de compatibilidad/incompatibilidad de una operación sólo es posible tener en cuenta los beneficios tanto de índole económica como social en los supuestos en que no se define claramente una posición de dominio; por el contrario, no podrán compensarse los efectos negativos dimanantes de la operación cuando tal posición no genere duda alguna. Además, según dicha autora, cuando a través de los criterios de naturaleza estrictamente concurrential se fijan perjuicios para la competencia es menos aconsejable tener en cuenta las eficiencias económicas que derivan de la operación, esto es, la aplicación de criterios de naturaleza extraconcurrential. El fundamento de todos estos argumentos, según esta autora, se encuentra en que el funcionamiento efectivo del mercado es un valor absoluto y, por lo tanto, no claudicante o laxo ante criterios de naturaleza extraconcurrential (los intereses de los consumidores, así como el progreso técnico y económico en beneficio de éstos, ambos expresamente regulados en el artículo 2 del Reglamento 139/2004). Como se ha expuesto en el presente apartado, no llegamos a compartir estos argumentos.

<sup>482</sup> *Vid.* MIRANDA SERRANO, L.M., «La doctrina de la “failing company”...», *op. cit.*, pp. 66 y ss.

<sup>483</sup> *Vid.* MIRANDA SERRANO, L.M., «Defensa de la Competencia y adquisiciones...», *op. cit.*, p. 186. En consecuencia, en el Derecho *antitrust* europeo no sólo pueden funcionar excepcionalmente como medidas anticrisis los cárteles o acuerdos entre

En consecuencia, creemos no equivocarnos al concluir que el fundamento de la doctrina de la *failing company* se encuentra en el propio sistema de economía social de mercado constitucionalizado en el marco de la Unión Europea que requiere, antes que nada, la existencia de empresas productivas, fuertes y eficientes (artículo 3.3 TUE). Por esta razón, el Derecho *antitrust* relaja o flexibiliza sus mecanismos sancionadores y represores en aquellas operaciones que, aunque restringen la competencia, se muestran, no obstante, como el único medio para lograr la recuperación de empresas en crisis. En otras palabras, por medio de estas operaciones se logra el aprovechamiento de empresas eficientes y productivas de las que resultan ganancias equitativas para los diferentes sujetos que las rodean: los accionistas, los trabajadores, los consumidores y, en suma, la sociedad. Se vislumbra así la *ratio* o fundamento de la excepción de empresa en crisis: la superioridad del valor-interés empresa productiva y eficiente, de la que derivan ventajas para la sociedad en general (consumidores, trabajadores, accionistas y acreedores), sobre el valor-interés de la libertad de competencia.

Comprobamos, por tanto, una vez más, en la dirección en que se ha manifestado entre nosotros el Profesor Miranda Serrano –en el ámbito del control de concentraciones–<sup>484</sup> y con anterioridad a él el Profesor Font Galán –al analizar los ilícitos de conducta de los artículos 101 y 102 TFUE–<sup>485</sup>, que el Derecho de defensa de la

---

empresas (cárteles de crisis o de saneamiento económico) y las ayudas públicas (ayudas de salvamento y de reestructuración), sino también las denominadas concentraciones de recuperación o saneamiento económico. En relación a los cárteles de crisis, *vid.* COSTAS COMESAÑA, J., *Los cárteles de crisis. (Crisis económica y defensa de la competencia)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 158 y ss.; *idem*, «Cárteles de crisis», en AA.VV. (dirs. MARTINEZ LAGE/PETITBO JUAN), *El Derecho de la competencia...*, *op. cit.*, pp. 43 a 64.

<sup>484</sup> *Vid.* MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas...*, *op. cit.*, pp. 360 y ss.

<sup>485</sup> *Vid.* FONT GALAN, J.I., *La libre competencia...*, *op. cit.*, pp. 287 y ss.

competencia no es un *valor absoluto*, sino *relativo*, en el sentido de instrumental para la consecución de otros fines. Y es que, como hemos tratado de poner de relieve en las páginas anteriores, la doctrina de la *failing firm defence* incentiva el progreso técnico y socioeconómico mediante el expediente de autorizar una operación de reestructuración en atención a sus efectos beneficiosos. Ahora bien, como señala la doctrina, la tolerancia del Derecho *antitrust* ante estas operaciones ha de ser siempre excepcional, en el sentido de que sólo procede cuando las operaciones de concentración se presentan como *indispensables* y *razonables* para alcanzar los fines perseguidos: el saneamiento de empresas (o de sus divisiones) en situación de fuerte crisis económica y financiera<sup>486</sup>.

---

<sup>486</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., «La doctrina de la “failing company”... », *op. cit.*, pp. 62 y ss.; *idem*, «Defensa de la Competencia y adquisiciones...», *op. cit.*, pp. 193 a 194.

**CAPÍTULO QUINTO**

**LA EVALUACION DE LAS RESTRICCIONES  
ACCESORIAS (*ANCILLARY RESTRAINTS*)  
INSERTAS EN OPERACIONES DE  
CONCENTRACIÓN**





## 1. Preliminar

En toda operación de concentración se vislumbran diferentes tipos de cláusulas contractuales. Por un lado, están las que constituyen la operación propiamente dicha, es decir, las que modifican de forma permanente la estructura de las empresas partícipes (*ad ex.*, las relacionadas con la venta de acciones o activos de una empresa). Pero además, junto a las anteriores, las partes pueden añadir a la transacción (operación principal) otras cláusulas restrictivas de la competencia que guardan una relación íntima con la operación y que facilitan que las empresas participantes lleven a cabo su proyecto de reestructuración empresarial.

Para el análisis de este segundo grupo de cláusulas concurrenciales, el legislador comunitario acogió la doctrina de las restricciones accesorias en el Reglamento 4064/89. Más tarde la Comisión Europea desarrolló los presupuestos de aplicación de esta doctrina en la Comunicación sobre restricciones accesorias de 1990<sup>487</sup>. Inicialmente la Comisión analizaba las restricciones accesorias de manera individual y expresa. Posteriormente, sin embargo –en concreto a partir de 2001–, la Comisión optó por no examinar explícitamente las restricciones anexas a la operación de concentración en el sentido que más adelante se analizará<sup>488</sup>.

Algunos años después, el Reglamento 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas fija una nueva regla de valoración de las restricciones accesorias. En concreto, dispone que la declaración de compatibilidad de una operación de concentración abarca automáticamente las restricciones que

---

<sup>487</sup> *Vid.* Comunicación de la Comisión sobre las restricciones accesorias en operaciones de concentración, en DOUE C 203, 14.8.1990, pp. 5 a 9.

<sup>488</sup> *Vid.* Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente relacionadas y necesarias para las operaciones de concentración, en DOUE C 188, 4.7.2001, pp. 5 a 11

puedan categorizarse como accesorias, salvo que se plantee de una situación nueva o sin resolver en cuyo caso la Comisión debe ponderarlas. El Ejecutivo comunitario formula este nuevo principio en la Comunicación sobre restricciones accesorias de 2005<sup>489</sup>. Por consiguiente, en esta materia reviste gran importancia el estudio de esta Comunicación al contenerse en ella los requisitos que han de cumplirse para que una restricción accesoria se entienda cubierta por la declaración de compatibilidad de una operación de concentración y, por ende, permanezca al margen de la prohibición de la normativa de control de conductas de los artículos 101 y 102 TFUE.

En este trabajo estudiaremos, en primer lugar, la evolución y el tratamiento de las restricciones accesorias en el ámbito específico del control de las concentraciones de empresas en la Unión Europea (*infra*, 2). Seguidamente, expondremos los requisitos que una cláusula contractual debe reunir para ser calificada como accesoria a la operación de reestructuración empresarial (*infra*, 3). A continuación, prestaremos atención a las restricciones más comunes que presentan la nota de accesoriedad, como ocurre, por ejemplo, con las que se incluyen usualmente en los negocios de adquisición de empresa y en las operaciones de creación de empresa en participación (*infra*, 4). Finalmente, indagaremos cuál es la *ratio* o razón que subyace en la doctrina de las restricciones accesorias, es decir, los motivos que facultan a la autoridad europea a flexibilizar el enjuiciamiento *antitrust* frente a los pactos que limitan la libertad de competencia entre las partes de la operación de concentración (*infra*, 5).

---

<sup>489</sup> *Vid.* Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin, en DOUE C 56, 5.3.2005, pp. 24 a 31.

## 2. El tratamiento de las restricciones accesorias en el ámbito del control de concentraciones de empresas: antecedentes históricos y evolución

En el ámbito comunitario, el análisis de las restricciones accesorias se desarrolló primariamente en el marco del artículo 101 TFUE. Especial importancia ha de concederse a la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1985, asunto *Remia y otros contra la Comisión*. En ella el Tribunal de Justicia estimó que: «... las cláusulas de no competencia introducidas en los contratos de transmisión de empresa, en principio, tienen el mérito de garantizar la posibilidad y eficacia de dicha transmisión». Ahora bien, como precisó el Tribunal en esta misma sentencia, para lograr un efecto beneficioso en el funcionamiento de la competencia se ha de exigir que dichas cláusulas sean necesarias para la transmisión de la empresa y que tanto su duración como su ámbito de aplicación se limiten a dicho objetivo<sup>490</sup>.

<sup>490</sup> Sin embargo, es importante apuntar que las autoridades de competencia comunitarias utilizaron por vez primera la doctrina de las restricciones accesorias en la de la Decisión *Reuter-BASF*, de 26 de julio de 1976 relativa a un procedimiento de aplicación del ex artículo 85 del TCEE. En dicha decisión, el Ejecutivo comunitario examinó una cláusula de no competencia impuesta por el operador *BASF* al Sr. Reuter en la compraventa de su empresa. En ella, la Comisión consideró que: «...*Con el fin de determinar si una cláusula de no competencia es contemplada por las disposiciones del artículo 85 párrafo 1, conviene establecer hasta qué punto la cláusula es indispensable para garantizar la preservación del patrimonio transferido de la empresa y si excede de lo necesario para su conservación*». Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 26 de julio de 1976, asunto IV/28.996 - *Reuter-BASF*, en DOUE L 254, 17.9.1976, pp. 40 a 50; Sentencia del Tribunal de Justicia, de 11 julio de 1985, asunto 42/84 - *Remia y otros c. Comisión*, en Rec. 1985, considerando 19 y 20. Asimismo, para un estudio del origen y evolución de la doctrina de las restricciones accesorias en Europa: MIRANDA SERRANO, L.M., «Restricciones accesorias y prácticas colusorias», en *Derecho de los negocios*, año núm. 11, núm. 122, 2000, pp. 1 a 50; *idem*, « MIRANDA SERRANO, L.M., «En el derecho *antitrust* también lo accesorio...», *op. cit.*, pp. 23 a 29; *idem*, *Las concentraciones económicas...*, *op. cit.*, pp. 483 y ss.; JONES, A./SUFRIN, B., *EU Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 227 a 231 y 969 a 970; MAILLO GONZALEZ-ORUS, J., *Empresas en participación (joint ventures) y Derecho comunitario de la competencia*, Bosch, 2007, pp. 411 a 413; KORAH, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 80 a 83; ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, *op. cit.*, pp. 231 a 238; CHRISTENSEN, P./FOUNTOUKAKOS, K./SJÖBLOM, D., «Mergers», *op. cit.*, pp. 515 a 519; ALONSO SOTO, R., «Fusiones y adquisiciones y

Posteriormente, con la entrada en vigor del Reglamento 4064/89 –primera normativa de control de concentraciones–, el legislador comunitario dispuso en el considerando 25 que éste era aplicable cuando las empresas afectadas acordaran restricciones directamente vinculadas y necesarias para la realización de la concentración. De esta manera, el legislador fijaba tempranamente que la Comisión Europea era la única autoridad competente para calificar las restricciones accesorias incorporadas a operaciones de concentración de dimensión comunitaria. Dicha calificación debía efectuarla con el resto de cuestiones que planteaba la reestructuración empresarial y, obviamente, bajo el único procedimiento que contemplaba tal normativa. En consecuencia, la creación del sistema de control de concentraciones supuso que las restricciones con carácter accesorio inmersas en una operación de concentración se analizaran al margen del artículo 101 y 102 TFUE (anterior artículo 22.1 del Reglamento 4064/89)<sup>491</sup>.

Pese a ello, el tratamiento de las restricciones accesorias fue cambiando a lo largo del tiempo en la praxis comunitaria<sup>492</sup>. En

---

Derecho de la competencia: El control de las operaciones de concentración económica», en AA.VV. (dirs. ALVAREZ ARJONA, A. y otros), *Adquisiciones de Empresas*, Aranzadi, 2013, pp. 858 y 859; METAXAS, G./ARMENGOD, H., «EC Merger Regulation and the Status of Ancillary Restrictions: Evolution of the European Commission's Policy», en *European Competition Law Review*, núm. 9, 2005, pp. 500 y ss.; SINCLAIR, D., «Ancillary Restraints Under the Merger Regulation: The Commission's Approach Cast into Doubt by the Court of First Instance», en *European Competition Law Review*, núm. 7, 2003, pp. 316 y ss.; JABELLI, K.H., «EU Ancillary Restraints: A Reasoned Approach to Article 101 (1)», disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2166318](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2166318); GONZALEZ DIAZ, F.E., «The notion of Ancillary Restraints Under EC Competition Law», en *Fordham International Law Journal*, volumen 19, núm. 3, 1995, pp. 953 y 954.

<sup>491</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 20 de noviembre de 2002, asunto *Lagardère SCA y Canal+ SA*, considerandos 78 a 84; BRIONES, J./FOLGUERA, J./FONT, A./NAVARRO, E., *El control de concentraciones...*, op. cit., pp. 265 a 267; SINCLAIR, D., «Ancillary Restraints Under the Merger Regulation...», op. cit., p. 316; GONZALEZ-DIAZ, F.E./CARPI, J.M., «La noción de concentración económica...», op. cit., pp. 716 y 717; METAXAS, G./ARMENGOD, H., «EC Merger Regulation and the Status of Ancillary Restrictions...» op. cit., p. 501.

<sup>492</sup> Para un estudio sobre el tratamiento de las restricciones accesorias anterior al Reglamento 139/2004 consultar: METAXAS, G./ARMENGOD, H., «EC Merger Regulation and the Status of Ancillary Restrictions...», op. cit., pp. 500 y ss.; SINCLAIR, D., «Ancillary Restraints Under the Merger Regulation...», op. cit., pp. 315 a 318;

1990, la autoridad *antitrust* publicó la primera Comunicación sobre las restricciones accesorias mediante la cual sólo podía formalmente pronunciarse sobre las restricciones accesorias en las decisiones acaecidas en segunda fase del procedimiento<sup>493</sup>. Dicha circunstancia no fue un obstáculo para que la Comisión verificara las restricciones accesorias en primera fase del procedimiento. Aún así, el legislador comunitario enmendó su omisión mediante la publicación del Reglamento 1310/97, donde dispuso que las decisiones en primera fase también comprendían las restricciones anexas a las operaciones de concentración de empresas. Así, estando en vigor la Comunicación de 1990, las partes podían indicar en el formulario de la notificación las cláusulas negociales que consideraban accesorias a la operación de concentración. Todo ello con el fin de que los pactos contractuales que componían y ayudaban a llevar a cabo la operación se beneficiaran del principio de ventanilla única en el control de estructuras<sup>494</sup>.

Ulteriormente, la Comisión Europea promulgó la segunda Comunicación sobre la materia en 2001 por medio de la cual modificó sustancialmente el método de análisis de las cláusulas

---

NAVARRO VARONA, E., «La nueva comunicación de la Comisión Europea en materia de restricciones accesorias en operaciones de concentración», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 215, 2001, pp. 43 a 56; ORTIZ BLANCO, L./MAILLO GONZANLEZ-ORUS, J./IBÁÑEZ COLOMO, P./LAMADRID DE PABLO, A., *Manual de Derecho...* op. cit., pp. 331 a 333; GONZALEZ-DIAZ, F.E./CARPI, J.M., «La noción de concentración económica...», op. cit., pp. 716 a 718; BRIONES, J./FOLGUERA, J./FONT, A./NAVARRO, E., *El control de concentraciones...*, op. cit., pp. 264 a 265.

<sup>493</sup> Vid. *supra* nota 475.

<sup>494</sup> Vid. Reglamento 1310/97, considerando 7 y artículo 6.1 b); Reglamento N° 447/98 de la Comisión relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento 4064/89, en DOUE L 61, 2.3.98, punto 11.1 del anexo del formulario CO; Decisión de la Comisión Europea, de 24 de junio de 1991, asunto IV/M.097 - *Pechiney/Unisor-Sacilor*, en DOUE C 175, 6.7.1991, considerando 16; METAXAS, G./ARMENGOD, H., «EC Merger Regulation and the Status of Ancillary Restrictions...», op. cit., pp. 500 y 501; BRIONES, J./FOLGUERA, J./FONT, A./NAVARRO, E., *El control de concentraciones...*, op. cit., pp. 264.

concurrentiales<sup>495</sup>. En esencia, la Comisión señaló que la normativa comunitaria no le exigía valorar las restricciones accesorias. Según la Comisión, cualquier evaluación sería simplemente declarativa, pues las restricciones que cumplieran con los criterios previstos en el Reglamento 4064/89 estaban autorizadas por ministerio de ley con independencia de que la decisión final contemplara o no dichas restricciones. Argumentaba, además, la Comisión que el nuevo enfoque se ajustaba a la práctica que seguía en los procedimientos simplificados en los que no se manifestaba sobre las restricciones anexas a una concentración empresarial<sup>496</sup>.

<sup>495</sup> Otro cambio relevante tras la publicación de la Comunicación de 2001 versó en que la autoridad *antitrust* abandonó el uso del concepto de «restricciones accesorias» por el de directamente relacionadas y necesarias para las operaciones de concentración. También: *supra* nota 476; Comunicado de prensa de la Comisión Europea, de 27 de junio de 2001, IP/01/908 - *The Commission changes its policy on ancillary restraints*, disponible en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-01-908\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-01-908_en.htm).

<sup>496</sup> En consecuencia, correspondía a las partes apreciar si las restricciones podían ser cubiertas por la decisión, por una excepción por categorías o si encajaban en la prohibición del entonces artículo 81 (actualmente, artículo 101 TFUE). Obviamente, en caso de una disputa ulterior sobre la restricción de competencia correspondía a los jueces nacionales pronunciarse sobre el carácter accesorio de la restricción. *Vid.* ALONSO SOTO, R., «La reforma de la normativa comunitaria de control de concentraciones de empresas: los cambios en materia de procedimiento», en AA.VV. (dir. BENEYTO PÉREZ, J.M.), *Control de concentraciones empresariales. Reforma de las normativas comunitaria y española. Análisis sectorial*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 30, apunta llanamente que «la Comisión se mostraba reacia en los últimos tiempos a pronunciarse formalmente sobre las restricciones accesorias...y había desplazado el análisis sobre su cobertura a las partes...»; NAVARRO, E./FONT, A./FOLGUERA, J./BRIONES, J., *Merger Control in the European Union...*, *op. cit.*, p. 307; METAXAS, G.; ARMENGOD, H., «EC Merger Regulation and the Status of Ancillary Restrictions...», *op. cit.*, pp. 501 y 502; SINCLAIR, D., «Ancillary Restraints Under the Merger Regulation...», *op. cit.*, pp. 316 y 317 (señala que la interpretación de la Comisión no suponía un beneficio práctico a favor de las partes, sino un detrimento); GONZALEZ-DIAZ, F.E./CARPI, J.M., «La noción de concentración económica...», *op. cit.*, p. 717; Comunicado de prensa de la Comisión Europea, de 27 de junio de 2001, IP/01/908, citado *supra*, nota 483; Comunicación de la Comisión sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas operaciones de concentración con arreglo al Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, en DOUE C 217, 29.7.2000, considerando 14. En la actualidad, el procedimiento simplificado no es aplicable cuando las empresas solicitan una evaluación expresa de las restricciones directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin. En este sentido: Comunicación de la Comisión sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas operaciones de concentración con arreglo al Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, en DOUE C 366, 14.12.2013, considerando 28.

Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia cuestionó duramente la nueva orientación de la Comisión Europea en torno a las restricciones accesorias en la sentencia *Lagardère SCA y Canal+ SA* de 2002<sup>497</sup>. Según este Tribunal, de conformidad con el artículo 6.1 b) párrafo 2º, la clasificación de las restricciones accesorias formaba parte integrante de la decisión que autorizaba una concentración de dimensión comunitaria, tanto en su apreciación como en los efectos jurídicos que generaba<sup>498</sup>. De ahí que el Tribunal afirmara que el Ejecutivo comunitario estaba obligado a evaluar y a dar una respuesta adecuada cuando las partes notificaran cláusulas contractuales en concepto de accesorias a la concentración. En opinión de este órgano judicial, sólo el legislador comunitario podía efectuar un cambio de dicha interpretación<sup>499</sup>.

Lo anterior explica que la política comunitaria de las restricciones accesorias fuese objeto de singular discusión en el proceso de reforma del control de concentraciones. En la propuesta de Reglamento de la Comisión de 28 de enero de 2003, la autoridad comunitaria sugería un cambio en el texto de las disposiciones que regulaban las restricciones accesorias. Finalmente, los artículos 6.1 b) párrafo 2º, 8.1 párrafo 2º y 8.2

---

<sup>497</sup> Es importante subrayar que si bien la Sentencia del Tribunal anuló la decisión de la Comisión de 10 de julio de 2000 en la cual se valoró las restricciones accesorias a la luz de la Comunicación de 1990, fue la primera ocasión en la que el Tribunal europeo se pronunciaba a cerca de la interpretación de las disposiciones referentes a las restricciones accesorias en el marco del Reglamento 4064/89. *Vid.* Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 20 de noviembre de 2002, asunto asunto T-251/00 - *Lagardère SCA y Canal+SA*, en Rec. 2002, considerando 54 y ss.; Decisión de la Comisión Europea, de 22 de junio de 2000, asunto JV.74 - *Canal+/Lagardère/Liberty Media/Multithématique*, en DOUE C 145, 25.5.2000. Asimismo: SINCLAIR, D., «Ancillary Restraints Under the Merger Regulation...», *op. cit.*, pp. 317 ss.

<sup>498</sup> *Vid.* Reglamento 1310/97, considerando 7 y artículo 6.1 b). A su vez: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 20 de noviembre de 2002, asunto *Lagardère SCA y Canal+SA*, considerando 74.

<sup>499</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 20 de noviembre de 2002, asunto *Lagardère SCA y Canal+SA*, T-251/00, considerandos 90 y 108.



párrafo 3º del Reglamento 139/2004 previeron que la declaración de compatibilidad de una concentración empresarial con el mercado único (en primera o en segunda fase respectivamente) también cubre las restricciones directamente vinculadas, necesarias y razonables para su celebración<sup>500</sup>.

Por consiguiente, en el vigente Reglamento el estudio de las restricciones accesorias ha cambiado sustancialmente, al disponerse que la decisión de compatibilidad de una operación de concentración comprende *automáticamente* las restricciones accesorias a la operación, sin que la Comisión tenga que apreciarlas individualmente (considerando 21 del Reglamento 139/2004). De modo que corresponde a las empresas partícipes valorar si una cláusula que contiene una restricción concurrencial es o no accesoria a la operación en la que se inserta<sup>501</sup>.

La anterior *regla general* se exceptúa cuando a instancia de las partes se someten a conocimiento de la autoridad *antitrust*

<sup>500</sup> Además, el Reglamento 802/2004 por el que se aplica el Reglamento 139/2004 ya no exige a las empresas participantes que indiquen las restricciones accesorias que se insertan en la operación de concentración. *Vid.* Reglamento 802/2004 de la Comisión por el que se aplica el Reglamento 139/2004, en DOUE L 133, 30.4.2004, pp. 1 y ss.; ALONSO SOTO, R., «La reforma de la normativa comunitaria de control de concentraciones...», *op. cit.*, pp. 23 y 30; BOYCE, J./JEFFS, C., «Merger Control», *op. cit.*, p. 655, nota 866; VIÑUELAS LIMARQUEZ, M./GAVELA LLOPIS, A./HORTALA VALLVE, J., «Concentración...», *op. cit.*, pp. 466 y ss.; CHRISTENSEN, P./FOUNTOUKAKOS, K./SJÖBBLUM, D., «Mergers», *op. cit.*, p. 515; SINCLAIR, D., «Ancillary Restraints Under the Merger Regulation...», *op. cit.*, pp. 319 y 320; NAVARRO, E./FONT, A./FOLGUERA, J./BRIONES, J., *Merger Control in the European Union...*, *op. cit.*, pp. 306 a 308; GONZALEZ-DIAZ, F.E./CARPI, J.M., «La noción de concentración económica...», *op. cit.*, p. 718. Estos últimos, afirman que este cambio parte de reconocer que el anterior texto normativo referente a las restricciones accesorias no proporcionaba suficiente claridad jurídica; en particular, a lo que respecta a la existencia de una obligación o no de un análisis individualizado de las restricciones accesorias en el caso que las partes lo solicitaran de forma clara y precisa.

<sup>501</sup> Al contrario, aquellas otras cláusulas pactadas por las partes que restringen su libertad de acción en el mercado y no tengan carácter accesorio, no les es aplicable el Reglamento 139/2004 sino que, por el contrario, son analizadas bajo el prisma del artículo 101 TFUE. Confróntese: Sentencia del Tribunal de Primera instancia, de 20 de noviembre de 2002, asunto *Lagardère SCA y Canal+ SA*, considerandos 76 y 77. También: BELLO MARTIN-CRESPO, M.P., «Control de concentraciones...», *op. cit.*, p. 373; MUÑOZ DE JUAN, M., «Las restricciones accesorias a operaciones de concentración en la ley 15/2007», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 17, 2010, pp. 33 a 53.

cuestiones nuevas o sin resolver que generen una verdadera incertidumbre. Esto tiene lugar cuando las restricciones notificadas por las partes (junto con la operación de concentración) no se encuentran en la Comunicación sobre restricciones accesorias o cuando no han sido resueltas por el Ejecutivo comunitario mediante una decisión publicada ya sea en el Diario Oficial o en el sitio web de la Comisión. Así pues, cuando la Comisión recibe *una notificación precisa y clara de una nueva restricción accesoria*, está obligada a evaluarla expresamente y, en consecuencia, a dar una respuesta adecuada sobre ella. Con la fijación de esta excepción, el legislador comunitario persigue mermar la posible inseguridad jurídica que la evaluación *inter partes* podría suscitar en el contexto de la concentración empresarial<sup>502</sup>.

Después de la entrada en vigor del Reglamento 139/2004, la Comisión Europea publicó la Comunicación sobre restricciones accesorias de 2005, que está vigente en la actualidad<sup>503</sup>. En ella ratifica el nuevo *principio de autoevaluación* de las cláusulas concurrenciales. Este nuevo enfoque mantiene una consonancia con los principios de aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE que se fijan en el Reglamento 1/2003; *ad ex.*, las prácticas colusorias que satisfacen las condiciones legales del artículo 101.3 no requieren autorización previa. A la postre, es posible afirmar que actualmente tanto la normativa comunitaria como la Comunicación en la materia confieren una función residual a la Comisión Europea

---

<sup>502</sup> Vid. GORRIZ LOPEZ, C., «Control de las concentraciones», *op. cit.*, pp. 390 a 392; VIÑUELAS LIMARQUEZ, M./GAVELA LLOPIS, A./HORTALA VALLVE, J., «Concentración...», *op. cit.*, p. 469; CHRISTENSEN, P./FOUNTOUKAKOS, K./SJÖBBLÖM, D., «Mergers», *op. cit.*, pp. 515 y 516; CALVO CARAVACA, A.L./CARROSCA GONZALEZ J., *Las concentraciones...*, *op. cit.*, p. 128; BELLO MARTIN-CRESPO, M.P., «Control de concentraciones...», *op. cit.*, p. 373

<sup>503</sup> Vid. *supra* nota 477.

en el examen de las restricciones accesorias en las operaciones de reestructuración empresarial<sup>504</sup>.

### 3. El concepto y los presupuestos de aplicación de la doctrina de las restricciones accesorias en la Comunicación sobre restricciones accesorias de 2005

Tal como hemos apuntado, el concepto relevante de restricción accesoria –*ancillary restraints* o *ancillary restrictions*<sup>505</sup>–

---

<sup>504</sup> Vid. Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, en DOUE L1, 4.1.2003, pp. 1 y ss.; Comunicación sobre restricciones accesorias, apartado 2. En este sentido: BOYCE, J./JEFFS, C., «Merger Control», *op. cit.*, p. 655; CHRISTENSEN, P./FOUNTOUKAKOS, K./SJÖBBLÖM, D., «Mergers», *op. cit.*, pp. 515 y ss.; ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, *op. cit.*, p. 232; WHISH, R./BAILEY, D., *Competition Law...*, *op. cit.*, p. 882; VIÑUELAS LIMARQUEZ, M./GAVELA LLOPIS, A./HORTALA VALLVE, J., «Concentración...», *op. cit.*, p. 469; FUENTES NAHARRO, M., «Prácticas colusorias entre empresas (II). Excepciones», en AA.VV. (SIGNES DE MESA, J.I./FERNANDEZ TORRES, I./FUENTES NAHARRO, M.), *Derecho de...*, *op. cit.*, pp. 130 y ss.; VAN BAEL/BELLIS, *Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 738 y 739. Estos últimos apuntan que la metodología prevista en el Reglamento 139/2004 y su desarrollo en la Comunicación de 2005 permite comprender que el enfoque de la Comisión ha sido que las partes y sus abogados evalúen si las restricciones son directamente vinculadas y necesarias para la realización de la operación.

<sup>505</sup> La doctrina de las restricciones accesorias o *ancillary restraints* tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana. En concreto, esta doctrina se formuló muy tempranamente en el caso *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, en la que se analizó un convenio entre diferentes compañías que tenía como propósito la división territorial entre ellas y la creación de un comité que fijaba los precios a aplicar en tales territorios. En la sentencia, el Tribunal de Apelación consideró el convenio objeto de estudio nulo por su finalidad anticoncurrencial y afirmaba que: «ninguna restricción contractual de la competencia se puede hacer cumplir a menos que la cláusula que la contiene es meramente accesoria a la finalidad principal de un contrato legal y necesaria para proteger al garantizado en el pleno goce de los frutos legítimos del contrato o para protegerlo de los peligros de un uso injusto de esos frutos por la otra parte». En tal sentido, el juez TAFT destacó que ello no sólo se produce con los cláusulas de no competencia que forman parte de los negocios de transmisión de empresas, necesarias para que el adquirente disfrute de la totalidad de los frutos de la transmisión, sino también las cláusulas contenidas en los estatutos de las sociedades que restringen la libertad de competir de sus socios. A partir de esta resolución judicial, la doctrina de las restricciones accesorias continuó siendo aplicada y desarrollada por la jurisprudencia norteamericana, *ad ex.*, en el caso *Whitwell v. Continental Tobacco Co.* y, también, la sentencia *Rothery Storage & Van co. v. Atlas Van Lines, Inc.* Sin embargo, estas decisiones tienen como precedente la sentencia *Mitchel v. Reynolds* de 1711. En ella, la Corte del Rey Bench calificó como razonable y lícita una cláusula de no competencia, pues su limitación temporal y geográfica era proporcional a la duración del contrato de arrendamiento de una panadería en Londres. Tal como apunta Bork,

en el Derecho *antitrust* comunitario se enuncia en la Comunicación sobre restricciones accesorias de 2005<sup>506</sup>. La Comisión Europea define las restricciones accesorias como las cláusulas contractuales directamente vinculadas, necesarias y proporcionales

---

este asunto no sólo supuso el nacimiento de la doctrina de las restricciones accesorias, sino también del test de la razonabilidad en el marco de las restricciones de la competencia y, por tanto, fue el precursor de la *Rule of Reason* de la *Sherman Act*. En la actualidad, la puesta en práctica de la doctrina de las restricciones accesorias precisa la concurrencia de cuatro presupuestos, los tres primeros devienen de la decisión *Addyston Pipe & Co.*, y el último del empleo reciente de la *rule of reason*; estos presupuestos son los siguientes: a) que se fije una restricción a la libertad de competencia de todos o alguno de los sujetos participantes en un negocio o acto jurídico; b) que la restricción sea calificada de accesoria en relación al negocio principal lo cual implica que esté subordinado al objeto del negocio principal y, a su vez, sea necesaria para que el negocio logre su finalidad económico-jurídica; c) que la restricción sea razonable o proporcionada al no superar los límites (temporales, materiales y espaciales) indispensables para que el acto principal alcance su primordial objetivo; y, finalmente, d) que el acto o negocio jurídico principal sea procompetitivo al superar un balance concurrencial (análisis en el que se constata que los beneficios económicos de una operación en la que se inserta una restricción superan a los perjuicios competitivos), ya que sólo de esta forma es posible admitir la cláusula accesoria que restringe la libertad de competir de las partes intervinientes en el negocio jurídico. *Vid.* 85 F. 271, 282 6th cir. 1898; 175 F. 459 8th cir. 1903; 729 F. 2d 210 D.C. cir. 1986. Para un estudio del origen y evolución de la doctrina de las restricciones accesorias en Norteamérica: BORK, R.H., «Ancillary restraints and the Sherman Act», en *American Bar Association, Section of Antitrust Law*, volumen 15, pp. 212 y ss.; WERDEN, G.J., «Rule of reason v. per se: where are the boundaries now?», publicada por la *American bar association section of antritrust law* y presentada 54 th antitrust law spring meeting, 2006, pp. 1 y ss.; PIRIANO, T.A., «The antitrust analysis of joint ventures after the supreme court's *Dagher* decision», en *Emory Law Journal*, núm. 4, 2008, pp. 743 ss.

<sup>506</sup> Si bien es cierto que la Comunicación hace referencia a las restricciones accesorias a las operaciones de concentración de dimensión comunitaria, su importancia trasciende de este ámbito del Derecho de defensa de la competencia. En efecto, la Comunicación proporciona al intérprete una guía útil a fin de examinar las restricciones vinculadas a los acuerdos horizontales que pueda afectar el normal funcionamiento del mercado; mientras que a los acuerdos verticales resulta más útil la Comunicación sobre la aplicación del artículo 81.3 –actualmente, 101.3 TFUE–. *Vid.* Decisión de la Comisión Europea, de 18 de julio de 2012, asunto COMP/39.736, en DOUE C 280, 15.9.2012, pp. 8 y ss. (en la que sea analiza una cláusula de no competencia y otra de confidencialidad a la luz del artículo 101 TFUE); Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, en DOUE C 101, 27.4.2004, considerandos 28 a 31. En este sentido: WIJCKMANS, F./TUYTSCHAEVER, F., *Vertical Agreements in EU Competition Law*, 2ª ed., Oxford University Press, United States, 2011, p. 80; BELLO MARTÍN-CRESPO, *Concentración de empresas...*, *op. cit.*, p. 537; MIRANDA SERRANO, L.M., «Restricciones accesorias...», *op. cit.*, p. 13; *idem*, «En el derecho *antitrust* también lo accesorio...», *op. cit.*, p. 29; Comunicación sobre restricciones accesorias, apartado 14.

que facilitan a las partes alcanzar los fines perseguidos por la operación de concentración. El denominador común de estas cláusulas es que efectivamente limitan la libertad de comportamiento de las empresas participantes, pero al mismo tiempo coadyuvan a la transmisión del control, lo que permite consolidar una unidad económica duradera y permanente.

En la Comunicación se exponen los principios generales que el intérprete debe seguir a fin de dilucidar en qué medida las cláusulas de competencia constituyen una verdadera restricción accesoria en una concentración económica. Particularmente, la Comisión delimita los requisitos objetivos que han de concurrir de forma acumulativa para que una prohibición de competencia sea calificada de accesoria y, por consiguiente, tolerada y admitida por el Derecho de defensa de la competencia. En las líneas siguientes, estudiaremos cada uno de estos requisitos<sup>507</sup>.

### 3.1 La existencia de una restricción de la competencia

La cláusula concurrencial convenida por las partes en el marco de una operación de concentración debe ser una *verdadera*

---

<sup>507</sup> Vid. Comunicación sobre restricciones accesorias apartados 10 a 13. Para un estudio de los requisitos de aplicación de la doctrina de las restricciones accesorias: BOYCE, J./JEFFS, C., «Merger Control», *op. cit.*, pp. 656 y ss.; MIRANDA SERRANO, L.M., «Restricciones accesorias...», *op. cit.*, p. 13; *idem*, «En el derecho *antitrust* también lo accesorio...», *op. cit.*, pp. 29 y ss.; CHRISTENSEN, P./FOUNTOUKAKOS, K./SJÖBLOM, D., «Mergers», *op. cit.*, pp. 516 y ss.; ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, *op. cit.*, p. 232; WHISH, R./BAILEY, D., *Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 882 y 883; FOLGUERA CRESPO, J./VIDAL MARTINEZ, P., «De las concentraciones...», *op. cit.*, pp. 507 y 508; VAN BAEL/BELLIS, *Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 739 a 745; ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, *op. cit.*, pp. 233 y ss.; BARRANTES, B., «Artículo 10. Criterios de valoración sustantiva », en AA.VV., (Dir. ODRIOZOLA, M.), *Derecho español de la competencia*, Tomo 1, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 354 y ss.; MARTI MIRAVALLS, J., «Las restricciones accesorias, necesarias y proporcionadas en el contrato de franquicia», en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, Tomo 28, 2007-2008, pp. 344 a 345; NAVARRO, E./FONT, A./FOLGUERA, J./BRIONES, J., *Merger Control in the European Union...*, *op. cit.*, pp. 308 y ss.; GONZALEZ-DIAZ, F.E.; CARPI, J.M., «La noción de concentración económica...», *op. cit.*, pp. 718 y ss.

*restricción competitiva*<sup>508</sup>. Así acontece cuando dicha cláusula tiene como objeto o produce el efecto de limitar la libertad de conducta o comportamiento de todas, algunas o alguna de las empresas partícipes en el mercado de referencia. Naturalmente, los acuerdos entre las partes en detrimento de terceros quedan fuera del test de accesoriadad. Esto implica que, *ad ex.*, la restricción competitiva no puede perjudicar los intereses de los consumidores y usuarios ya sea en forma de precios altos o mediante la reducción de la producción<sup>509</sup>.

### **3.2 El carácter accesorio de la restricción concurrencial: la vinculación directa y necesaria para la realización de la operación de concentración**

El pacto negocial, además de restringir la competencia entre las partes, ha de ser considerado accesorio a la concentración en la que se inserta. La comprobación del carácter accesorio versa, más que en una calificación jurídica de la cláusula prohibitiva, en apreciaciones económicas complejas dirigidas esencialmente a concretar si tal prohibición favorece que la empresa resultante logre

---

<sup>508</sup> En el Derecho comunitario, el concepto relevante sobre restricción de la competencia alude a que «*todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que tiene intención de aplicar en el mercado común, incluida la elección de los destinatarios de sus ofertas y ventas*». Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 16 de diciembre de 1975, asuntos acumulados 40/73 a 48/73 y otros - *Suiker unie y otros c. Comisión*, en Rec. 1975, considerando 173; Sentencia del Tribunal de Justicia, de 8 de julio de 1999, asunto C-49/92 P - *Comisión contra Anic Participazioni SpA*, en Rec. 1999, considerando 116; ALFARO AGUILA-AGUILAR, J., «La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del derecho monopolio», en *Indret*, núm. 4, 2004, p. 7, nota 14; CHRISTENSEN, P./FOUNTOUKAKOS, K./SJÖBBLÖM, D., «Mergers», *op. cit.*, p. 516.

<sup>509</sup> Vid. NAVARRO, E.; FONT, A./FOLGUERA, J./BRIONES, J., *Merger Control in the European Union...*, *op. cit.*, p. 308; MIRANDA SERRANO, L.M., «Restricciones accesorias...», *op. cit.*, pp. 8 y 13; *idem*, «En el derecho *antitrust* también lo accesorio...», *op. cit.*, p. 28; ALFARO AGUILA-AGUILAR, J., «La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia...», *op. cit.*, p. 4.

una función autónoma en el mercado<sup>510</sup>. En concreto, el estudio de este elemento exige la ponderación de dos extremos.

Por una parte, la autoridad *antitrust* ha de verificar si la restricción concurrencial se encuentra *directamente (estrechamente) relacionada* e indisolublemente ligada al objetivo perseguido por la concentración. Así cabe apreciarse, desde un punto de vista económico, cuando la restricción conlleva a una transición suave hacia la nueva estructura de la empresa una vez consumada la operación de concentración o a la protección del valor de los activos transferidos. Por tanto, es preciso que la cláusula concurrencial esté subordinada en importancia y no de forma incidental a la creación de una unidad económica duradera y permanente en un determinado sector económico, de modo que los pactos o cláusulas adicionales no puedan ejecutarse en ausencia del negocio jurídico principal (la concentración empresarial). En tal sentido, la Comisión destaca que no cabe acreditar la vinculación de las cláusulas restrictivas de la competencia a la operación de concentración en razón de la simple coincidencia temporal de unas y otras en el contexto de la reestructuración empresarial (*ad ex.*, las fases previas a las adquisición del control o, por analogía, el borrador de las cláusulas contractuales entre las empresas participantes no son relevantes en esta materia)<sup>511</sup>.

<sup>510</sup> *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia, de 11 julio de 1985, asunto 42/84 - *Remia y otros c. Comisión*, considerando 34; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 20 de noviembre de 2002, asunto *Lagardère SCA y Canal+ SA*, considerando 98. Asimismo: NAVARRO, E./FONT, A./FOLGUERA, J./BRIONES, J., *Merger Control in the European Union...*, *op. cit.*, pp. 308 y 309.

<sup>511</sup> *Vid.* Comunicación sobre restricciones accesorias, considerando 11 y 12. En esta línea: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 18 de septiembre de 2001, asunto T-112/99 - *M6 y otros c. comisión*, en Rec. 2001, considerando 105; Sentencia del Tribunal General, de 24 de mayo de 2012, asunto T-111/08 - *Master Card y otros c. Comisión*, considerando 78. También: VAN BAEL /BELLIS, *Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 740 a 741; ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, *op. cit.*, p. 233; FOLGUERA CRESPO, J./VIDAL MARTINEZ, P., «De las concentraciones...», *op. cit.*, pp. 507 y 508; NAVARRO, E./FONT, A./FOLGUERA, J./BRIONES, J., *Merger Control in the European Union...*, *op. cit.*, p. 309.

Por otra parte, la Comisión Europea tiene que sopesar si la cláusula restrictiva es *necesaria* o no para llevar a cabo la transacción. En la sentencia de 18 de septiembre de 2001, *M6 y otros contra la Comisión*, el Tribunal de Primera Instancia manifestó que el examen del carácter necesario de una restricción en una operación principal sólo puede ser relativamente abstracto y que éste no radica en estudiar los efectos positivos o negativos de la cláusula concurrencial en función de las condiciones de competencia. Más bien, el Tribunal enfatizó que dicho examen consiste «*en determinar si, en el contexto particular de una operación principal, la restricción es necesaria para la realización de dicha operación*»<sup>512</sup>. En consecuencia, la praxis comunitaria debe enmarcar siempre la evaluación de los pactos prohibitivos dentro de la lógica estructural o concentrativa de la operación notificada y, bajo este prisma, valorar su carácter necesario para la consecución de la operación<sup>513</sup>.

En la doctrina persisten dos interpretaciones contrapuestas de la noción de necesidad de la restricción<sup>514</sup>. La primera consiste en una interpretación clásica o rígida, según la cual la cláusula comercial de competencia debe ser una *conditio sine qua non* para la celebración de la concentración empresarial. Este sector de la doctrina argumenta que no toda cláusula de competencia que forma parte de un contrato lícito ha de ser admitida y tolerada por el Derecho *antitrust*. Por ende, desde esta perspectiva se exige que la restricción sea indispensable para que las empresas partícipes

<sup>512</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 18 de septiembre de 2001, asunto T-112/99 - *M6 y otros c. Comisión*, considerandos 107 a 109; Sentencia del Tribunal General, de 24 de mayo de 2012, asunto T-111/08 - *Master Card y otros c. Comisión*, considerando 80.

<sup>513</sup> Conforme: NAVARRO, E./FONT, A./FOLGUERA, J./BRIONES, J., *Merger Control in the European Union...*, op. cit., pp. 324 y 325; VIÑUELAS LIMARQUEZ, M./GAVELA LLOPIS, A./HORTALA VALLVE, J., «Concentración...», op. cit., p. 468.

<sup>514</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., «En el derecho *antitrust* también lo accesorio...», op. cit., pp. 32 a 36.



ejecuten su proyecto de concentración; en caso contrario, la restricción sería considerada *per se* ilegal. A nuestro juicio, esta interpretación es contraria a los principios que prevé la Comunicación sobre restricciones accesorias. En efecto, el Considerando 7 señala que el hecho de que un pacto o acuerdo no sea accesorio a la operación de concentración no prejuzga su tipificación jurídica y debe analizarse de conformidad con los artículos 101 y 102 TFUE<sup>515</sup>. La segunda interpretación de la noción de necesidad es más flexible, pues afirma que ésta se reputa equivalente a utilidad y no en el sentido estricto de la palabra. Los defensores de esta postura sostienen que la doctrina de las restricciones accesorias abarca todo pacto contractual que sea útil al fin que persiguen las partes en el negocio o acto jurídico. Sin embargo, fijan como límite que la restricción de la competencia no sea excesivamente desproporcionada<sup>516</sup>. A luz de ambos enfoques, es fácil entrever las corrientes que subyacen en cada uno de ellos. La postura rígida parte de comprender que el sistema de competencia requiere una intervención del Estado en las operaciones de mercado y, por ende, en los contratos<sup>517</sup>. En

<sup>515</sup> Vid. RODRIGUEZ SANCHEZ, S., «Los acuerdos de no competencia en los supuestos de transmisión de empresa», en *Revista de Derecho mercantil*, núm. 237, 2009, p. 928; MARTI MIRAVALLES, J., «Las restricciones accesorias...», *op. cit.*, p. 5; Comunicación sobre restricciones accesorias, considerando 7. En este sentido: ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, *op. cit.*, p. 233.

<sup>516</sup> Vid. CHRISTENSEN, P./FOUNTOUKAKOS, K./SJÖBBLÖM, D., «Mergers», *op. cit.*, p. 516; VAN BAEL/ BELLIS, *Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 739 y 740; ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, *op. cit.*, p. 234; FOLGUERA CRESPO, J./VIDAL MARTINEZ, P., «De las concentraciones...», *op. cit.*, p. 508; ALFARO AGUILA-AGUILAR, J., «La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia...», *op. cit.*, pp. 18 y ss.; VIÑUELAS LIMARQUEZ, M./GAVELA LLOPIS, A./HORTALA VALLVE, J., «Concentración...», *op. cit.*, p. 468; MUÑOZ DE JUAN, M., «Las restricciones accesorias a operaciones de concentración...», *op. cit.*, p. 34; NAVARRO, E./FONT, A./FOLGUERA, J./BRIONES, J., *Merger Control in the European Union...*, *op. cit.*, p. 310. Estos últimos autores, apuntan que quizá sería excesivo interpretar la *necesidad* como imposibilidad, es decir, si la restricción no existiera, pues tal razonamiento concuerda más con la noción de una restricción que forma parte integrante de la concentración.

<sup>517</sup> Vid. NAVARRO, E./FONT, A./FOLGUERA, J./BRIONES, J., *Merger Control in the European Union...*, *op. cit.*, p. 324. Estos últimos, señalan que el análisis de las restricciones accesorias supone un cierto grado de intervencionismo en las relaciones

cambio, la lectura flexible se alinea a la idea expuesta por la Escuela de Chicago. En aras de la eficiencia económica que generan las concentraciones empresariales, las autoridades de competencia no deben activar sus mecanismos concurrenciales represores cuando no exista una certeza razonable. Precisamente, éste es el caso de las restricciones adicionales a las operaciones de concentración en donde se critica que las autoridades no cuentan con la información suficiente para determinar cuándo una restricción presenta la nota de accesoriedad y con ello entorpecen su celebración. De ahí que propongan una no injerencia en la transacción, ya que para tal fin existen otros mecanismos de control *ex post*, esto es, el control de conductas *ex* artículos 101 y 102 TFUE<sup>518</sup>.

La Comisión adopta una posición intermedia o de equilibrio frente las interpretaciones doctrinales expuestas. En su Comunicación sobre restricciones accesorias de 2005 apunta que una cláusula negocial restrictiva de la libertad de comportamiento es necesaria cuando ante su ausencia la transacción no podría efectuarse o, aún así, sólo podría realizarse en condiciones inciertas, con costes considerablemente superiores, en un tiempo bastante más largo o con mayor dificultad. En consecuencia, la Comisión no requiere que la cláusula negocial sea indispensable puesto que contempla que la operación pueda materializarse sin la restricción, aunque lo sería, en general, en una situación inestable. Ello significa que en el ámbito comunitario la cláusula restrictiva de la libertad de competir debe ser necesaria o simplemente útil para

---

contractuales de las partes, por cuanto que limita el contenido de los contratos a lo que se estima proporcional y objetivamente justificado.

<sup>518</sup> *Vid.* ALFARO AGUILA-AGUILAR, J., «La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia...», *op. cit.*, pp. 15 y ss. Sobre la postura de la eficiencia económica: CALVIÑO, N., «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, p. 80; HERRERO SUAREZ, C., «La excepción de eficiencia económica (efficiency defense)...», *op. cit.*, p. 1949.

que la reestructuración empresarial logre su finalidad económica-jurídica. Por lo general, cumplen con este presupuesto de aplicación los pactos o acuerdos que protegen el valor transferido, preservan la continuidad del suministro tras la disolución de una antigua entidad económica o posibilitan la puesta en marcha de una nueva entidad<sup>519</sup>. Por ejemplo, las cláusulas inhibitorias de la competencia (o de no competencia) en los contratos de compraventa de empresa protegen y aseguran el valor transmitido (la empresa). En caso contrario, es posible que el vendedor atraiga su antigua clientela inmediatamente después de la transmisión y, en consecuencia, la operación sería inviable<sup>520</sup>.

El cumplimiento de las dos condiciones referidas –la vinculación directa y la necesidad de la restricción de la competencia– permite diferenciar, de un lado, los acuerdos accesorios, es decir, los anexos a la operación de concentración y, de otro, los que forman o constituyen la operación propiamente dicha (*ad ex.*, la venta de las acciones o activos de una empresa). Esta distinción es de gran importancia, toda vez que permite entender los pactos de competencia como un apoyo adicional

<sup>519</sup> *Vid.* Comunicación sobre restricciones accesorias, considerando 13. Asimismo: Comunicación sobre la aplicación del artículo 81.3, considerando 31; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 18 de septiembre de 2001, asunto T-112/99 - *M6 y otros c. comisión*, considerando 111.

<sup>520</sup> En el asunto *Goldman Sachs/Messer Griesheim* (MGG), la Comisión examinó dos cláusulas negociales. Una consistía en una obligación de no competencia impuesta al vendedor, MGG. La otra era una obligación de confidencialidad entre las partes. En cuanto al pacto de no competencia, la Comisión estimó que era necesario para celebrar la operación, pues aseguraban el valor transferido, la empresa objeto de compra. En relación a la cláusula de confidencialidad, la autoridad *antitrust* no la analizó, ya que las partes no aportaron la información suficiente para ello. *Vid.* Decisión de la Comisión Europea, de 20 de marzo de 2001, asunto COMP/M.2227 - *Goldman Sachs/ Messer Griesheim*, considerandos 10 a 12. También: Decisión de la Comisión Europea, de 19 de diciembre de 2007, asunto COMP/M.4912 - *Calyon/Société Générale /Newedge*, en DOUE C 35/5, 8.2.2008, considerando 11 (versión en inglés). En este asunto, la Comisión apreció que el acuerdo de no competencia entre las empresas matrices a favor de la empresa en participación, *Newedge*, con una vigencia hasta la situación de control era acorde con la Comunicación en cuestión.

necesario o útil para la celebración de ciertas operaciones de concentración de dimensión comunitaria<sup>521</sup>.

### 3.3 El carácter proporcional o razonable de la restricción concurrencial

La restricción de la competencia que presenta la nota de la accesoriadad –es decir, subordinada y necesaria– ha de ser a su vez *razonable o proporcional* a los fines que pretende la concentración. Naturalmente, este requisito dimana del propio principio de necesidad y, por consiguiente, su estudio ha de seguir la línea hermenéutica anteriormente trazada, estos es, reputar la necesidad como equivalente a utilidad<sup>522</sup>.

Una cláusula que prohíbe la competencia es proporcional cuando no excede del ámbito de aplicación material, temporal y espacial conveniente para que la operación alcance plenamente su objetivo. En el caso de que existan varias alternativas, las empresas participantes deben optar por la solución menos perjudicial para el funcionamiento de la libre competencia. En el supuesto de que la restricción sobrepase lo razonablemente necesario, habrá de analizarse de forma separada de la operación principal y, en consecuencia, se estimaría desde el prisma del control de conductas.<sup>523</sup>

---

<sup>521</sup> Vid. NAVARRO, E./FONT, A./FOLGUERA, J./BRIONES, J., *Merger Control in the European Union...*, *op. cit.*, pp. 308 y 309.

<sup>522</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., «En el derecho *antitrust* también lo accesorio...», *op. cit.*, pp. 37 y 38; NAVARRO, E./FONT, A./FOLGUERA, J./BRIONES, J., *Merger Control in the European Union...*, *op. cit.*, pp. 310 y 311.

<sup>523</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 18 de septiembre de 2001, asunto T-112/99 - *M6 y otros c. Comisión*, considerando 113; Sentencia del Tribunal General, de 24 de mayo de 2012, asunto T-111/08 - *Master Card y otros c. Comisión*, considerando 80. A su vez: Comunicación sobre restricciones accesorias, apartado 13; ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, *op. cit.*, pp. 235; VAN BAEL/BELLIS, *Competition Law...*, *op. cit.*, p. 740.

### 3.4 El carácter procompetitivo y lícito de la operación de concentración

Finalmente, es imprescindible que la operación de concentración en la que se estipula una cláusula concurrencial accesoria sea lícita y procompetitiva. Si bien es cierto que la Comunicación sobre restricciones accesorias no hace referencia expresa a este requisito, ello no debe interpretarse en el sentido que tal exigencia es intrascendente. Dos aspectos permiten apreciar con mayor claridad este argumento. Primero, los artículos 6.1 y 8.1 del Reglamento 139/2004, en donde se dispone que la decisión de compatibilidad de una concentración con dimensión comunitaria (esto es, el acto jurídico principal que ha sido enjuiciado con los criterios tanto concurrenciales como extraconcurrenciales del artículo 2 del Reglamento) abarca las restricciones accesorias en cuyo seno se insertan<sup>524</sup>. Y segundo, la jurisprudencia comunitaria, que ha resaltado cómo, además de comprobarse que una restricción está directamente vinculada a la realización de una operación principal y es necesaria a tal efecto, «*debe examinarse la compatibilidad de dicha restricción, al tiempo que la de la operación principal, con las normas de competencia*»<sup>525</sup>.

Cabe así apuntar que en el control de concentraciones europeo sólo puede admitirse una cláusula de competencia cuando la autoridad *antitrust* concluya que la reestructuración empresarial en la que se inserta favorece el funcionamiento de la competencia efectiva y el desarrollo del progreso técnico o económico en beneficio de los consumidores. En cambio, el estudio de las

---

<sup>524</sup> En este sentido, el Tribunal de Primera Instancia destacó que la expresión «abarcará también» del artículo 6.1 significa que la calificación de la restricción como accesoria a una operación de concentración forman parte de la decisión de aprobación de tal operación. *Vid.* Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, asunto *Lagardère SCA y Canal+SA*, considerando 74.

<sup>525</sup> *Vid.* Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 18 de septiembre de 2001, asunto T-112/99 - *M6 y otros c. comisión*, considerando 115.

restricciones accesorias no es importante en el control de estructuras si se determina que la operación principal es anticompetitiva. De ahí que sea posible concluir, en la dirección ya apuntada por un sector doctrinal, que en el Derecho *antitrust* también rige el principio *accessorium sequitur principale*, toda vez que la valoración favorable de una concentración empresarial (operación principal) alcanza también a la totalidad de restricciones accesorias que incorpore<sup>526</sup>.

### 3.5 Las consecuencias del cumplimiento o no del test de la accesoriedad

Conforme a lo anteriormente expuesto, podemos apreciar que el juicio o test de accesoriedad está compuesto por dos fases o etapas. La primera estriba en la evaluación desde una perspectiva del Derecho contractual de la restricción de la libertad de actuación o, en otras palabras, de su carácter económico en el contexto de una concentración empresarial. Ello exige verificar que el pacto entre las partes sea subordinado, necesario –simplemente útil– y proporcional para que la operación de concentración llegue a buen puerto y cumpla los fines que le son propios. La segunda reside en analizar desde un punto de vista *antitrust* la conformidad de la operación de concentración en su conjunto con la normativa europea reguladora de competencia<sup>527</sup>. En general, la operación de concentración empresarial será autorizada cuando sus efectos positivos inciden en favorecer el funcionamiento de la libre

<sup>526</sup> Vid. WIJCKMANS, F./TUYTSCHAEVER, F., *Vertical Agreements in EU...*, *op. cit.*, p. 82; KORAH, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law...*, *op. cit.*, p. 81; MIRANDA SERRANO, L.M., «Restricciones accesorias...», *op. cit.*, pp. 13 y 14; *idem*, «En el derecho *antitrust* también lo accesorio...», *op. cit.*, p. 32. En efecto, dicho autor pone de manifiesto que *la no exigencia del carácter procompetitivo de la operación principal para la aplicación de las restricciones accesorias sería desafortunada*.

<sup>527</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., «Restricciones accesorias...», *op. cit.*, pp. 8 y 9; *idem*, «En el derecho *antitrust* también lo accesorio...», *op. cit.*, p. 35.

competencia. Por el contrario, si de la operación de concentración se derivaran efectos significativos obstaculizadores o distorsionadores de la libre competencia en el mercado, procederá la declaración de incompatibilidad de la operación, que afectará de lleno a las restricciones concurrenciales que en ella se inserten, en los términos analizados más arriba.

Por consiguiente, la cláusula restrictiva inserta en una operación de concentración que supere el test de accesoriadad queda al margen de la prohibición de los artículos 101 y 102 TFUE. Ahora bien, las limitaciones de la competencia que sean innecesarias y disosiables de la concentración empresarial se estudian a la luz del artículo 101 TFUE como una posible práctica colusoria lesiva de la competencia efectiva<sup>528</sup>. En este caso, sin embargo, las partes deben ponderar por sí mismas si el pacto de competencia merece beneficiarse de una exención por categorías o satisface el criterio de excepción del apartado 3 del artículo 101 TFUE<sup>529</sup>.

#### **4. Las restricciones accesorias más comunes en operaciones de concentración de empresas**

La Comunicación sobre restricciones accesorias no sólo fija los requisitos generales que han de converger en una restricción concurrencial para poder calificarla como accesorias, sino que ofrece también unas pautas a seguir en el análisis de las restricciones accesorias inmersas en determinadas operaciones de

---

<sup>528</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 18 de septiembre de 2001, asunto T-112/99 - *M6 y otros c. comisión*, considerando 116. En este sentido: FOLGUERA CRESPO, J./VIDAL MARTINEZ, P., «De las concentraciones...», *op. cit.*, p. 508.

<sup>529</sup> Vid. Reglamento 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, en DOUE L 102, 23.4.2010, pp. 1 y ss.; Comunicación sobre la aplicación del artículo 81.3, considerando 30; BOYCE, J./JEFFS, C., «Merger Control», *op. cit.*, p. 655, nota 867; WIJCKMANS, F./TUYTSCHAEVER, F., *Vertical Agreements in EU...*, *op. cit.*, pp. 81 y 82.

concentración. En concreto, éstas son, por un lado, la adquisición de empresa y, por otro, la empresa en participación. Veamos.

#### **4.1 Las restricciones accesorias en operaciones de adquisición de empresa**

En los negocios de adquisición de empresa se suelen establecer acuerdos restrictivos de la libertad de comportamiento del vendedor (transmitente) en beneficio del comprador (adquirente). Estos acuerdos no tienen como finalidad disminuir o suprimir la competencia entre las partes, sino más bien garantizar que el comprador reciba el valor íntegro del complejo bien transferido, la empresa y, de esta forma, recupere la inversión a través de su normal explotación en el mercado. La Comisión Europea señala que, por regla general, dichos acuerdos son considerados accesorios a la concentración empresarial. Por su parte, los pactos contractuales a favor del vendedor no son necesarios para el negocio de transmisión de empresa o, en el caso de serlo, su alcance o duración no pueden sobrepasar las cláusulas que resguarden los intereses del comprador<sup>530</sup>. En este contexto la Comunicación sobre restricciones accesorias contempla tres categorías de restricciones que normalmente presentan la nota de accesoriedad. Se trata de las cláusulas inhibitorias de la competencia (*infra*, 4.1.1), los acuerdos de licencia (*infra*, 4.1.2) y los acuerdos de compra y suministro (*infra*, 4.1.3)<sup>531</sup>.

---

<sup>530</sup> Vid. Comunicación sobre restricciones accesorias, considerando 17; VAN BAEL/BELLIS, *Competition Law...*, *op. cit.*, p. 741; NAVARRO, E./FONT, A./FOLGUERA, J./BRIONES, J., *Merger Control in the European Union...*, *op. cit.*, p. 311.

<sup>531</sup> Vid. BOYCE, J./JEFFS, C., «Merger Control», *op. cit.*, pp. 656 y ss.



#### 4.1.1 Las cláusulas inhibitorias de la competencia

En las operaciones de cesión de empresas el vendedor está obligado a entregar al comprador la totalidad de los bienes que conforman la empresa, es decir, los elementos materiales e inmateriales, contractuales, relacionales y las expectativas de ganancia. Al carecer estos dos últimos elementos patrimoniales de dominación jurídica, su transmisión generalmente tiene lugar ligada a alguno o algunos de los elementos materiales o inmateriales que conforman la empresa. Pese a ello, en muchos otros casos la transmisión de elementos patrimoniales y relacionales tales como la clientela y otros a ella conexos, como las expectativas de negocio y ganancia están condicionados por la continuidad o no de la actividad empresarial del transmitente de la empresa<sup>532</sup>.

En consecuencia, para que el comprador fidelice la clientela, asimile los conocimientos técnicos y no sean frustradas las expectativas de ganancia propias de la empresa adquirida, las normas jurídicas (*ad ex.*, el Código de Comercio salvadoreño, artículo 563) y la jurisprudencia imponen al vendedor la obligación de no competir con el comprador<sup>533</sup>. Ésta prohibición en modo alguno puede hacer concebir la clientela como un objeto patrimonial de derecho de propiedad. La prohibición de competencia se entiende más cabalmente si se percibe la empresa como una *organización económica productiva y eficiente* que debe ser objeto de entrega en todos sus elementos patrimoniales y relacionales al adquirente y, de esta manera, permitir a éste (nuevo

<sup>532</sup> Vid. FONT GALAN, J.I., «La empresa en el Derecho Mercantil», en AA.VV. (coord. JIMENEZ SANCHEZ), *Derecho Mercantil I*, volumen 1, Marcial Pons, 2010, pp. 61 a 86; *idem*, «La empresa como objeto de negocios jurídicos», en AA.VV. (coord. JIMENEZ SANCHEZ), *Derecho Mercantil*, *op. cit.*, pp. 87 a 110; BOYCE, J./JEFFS, C., «Merger Control», *op. cit.*, p. 656; WHISH, R./BAILEY, D., *Competition Law...*, *op. cit.*, p. 883; VAN BAEL/BELLIS, *Competition Law...*, *op. cit.*, p. 741.

<sup>533</sup> DIARIO OFICIAL, No. 140, tomo 228, de 31 de julio de 1970. El artículo 563 estipula que: «*Quien enajena una empresa debe abstenerse, durante los dos años siguientes a la transmisión, de iniciar una nueva empresa que por su objeto, ubicación y demás circunstancias pueda desviar la clientela de la empresa transmitida*».

titular) continuar la normal explotación de la empresa objeto de cesión<sup>534</sup>. Se comprende así que las partes estipulen en los contratos de cesión de empresa esta obligación de no competir, a la que la Comunicación sobre restricciones accesorias denomina cláusulas inhibitorias de la competencia<sup>535</sup>. Según dicha Comunicación, estas cláusulas de prohibición de competencia están *vinculadas directamente* a la operación de concentración siempre y cuando se subordinen al fin último perseguido por la operación de adquisición de empresa que consiste en posicionar al adquirente como nuevo titular apto para continuar con el nivel de eficiencia y productividad alcanzado por el anterior titular cedente de la empresa o incluso para lograr un mayor grado de eficiencia y productividad.

Tanto para la Comisión como para los Tribunales comunitarios las cláusulas inhibitorias son *necesarias* para la realización de la concentración empresarial, al facilitar que el comprador adquiera el valor íntegro de la empresa, lo que engloba todos sus elementos: la clientela, las expectativas de ganancias, el fondo de comercio (*good will*) y los conocimientos técnicos (*know how*). Como apunta la Comisión en el apartado 18 de su Comunicación, sin ellas sería difícil la transmisión plena de la empresa o de parte de la misma<sup>536</sup>. Ahora bien, estas cláusulas únicamente están justificadas dentro de un orden jurídico compuesto por reglas relativas a su duración, su ámbito espacial, su contenido y a las personas sujetas a ellas. El cometido de estas reglas estriba en establecer límites razonables y proporcionales a

<sup>534</sup> Vid. MIRANDA SERRRANO, L.M., «Restricciones accesorias...», *op. cit.*, p. 16.

<sup>535</sup> Vid. Comunicación sobre las restricciones accesorias, apartado 18.

<sup>536</sup> Vid. PASCUAL Y VICENTE, J., *Diccionario de derecho...*, *op. cit.*, pp. 354 y 355; MIRANDA SERRRANO, L.M., «Restricciones accesorias...», *op. cit.*, p. 10; *idem*, «En el derecho *antitrust* también lo accesorio...», *op. cit.*, pp. 41 y 42. Como oportunamente señala este último autor, sin la estipulación de una cláusula inhibitoria y si el adquirente de la empresa conociera que el cedente ejercerá una actividad empresarial competitiva seguramente la operación no se celebraría.

las restricciones competitivas funcionales e instrumentales a las concentraciones empresariales que deben reputarse admitidas.

En lo que respecta a la regla de limitación temporal, la Comisión entiende que en el supuesto de una cesión de empresa que incluya la transferencia de la clientela y el fondo de comercio no puede incorporarse una cláusula de no competencia superior a tres años, salvo que la transmisión solamente incluya el fondo de comercio, en cuyo caso no podrá exceder de dos años. Por el contrario, no se consideran restricciones accesorias cuando la adquisición de empresa sólo se limita a activos materiales (*ad ex.*, terrenos, edificios o maquinaria) o a derechos exclusivos de propiedad industrial o comercial (*ad ex.*, patentes, marcas, nombre comercial)<sup>537</sup>.

En cuanto a la regla de *ámbito espacial*, las cláusulas inhibitorias han de circunscribirse a la zona en la que el vendedor ofrecía los productos o servicios de referencia con anterioridad a la cesión de la empresa o en las que tuviese intención de introducirse siempre que hubiese invertido ya en ello<sup>538</sup>.

En relación a la regla de *alcance o contenido*, estas cláusulas limitativas de la libertad de comportamiento en el mercado deben restringirse a los productos o servicios que constituyen la actividad de la empresa transmitida, los que se encuentren en una fase

---

<sup>537</sup> En el asunto *Vodafone Group plc/Eircell*, el Ejecutivo comunitario calificó como accesorias una cláusula de no competencia de tres años impuesta a *Eircell* a favor de *Vodafone* en el contexto de un negocio de transmisión de empresa, por cuanto que la operación incluía el fondo de comercio y los conocimientos técnicos. *Vid.* Decisión de la Comisión Europea, de 2 de marzo de 2001, asunto COMP/M.2305 - *Vodafone Group plc/Eircell*, en DOUE C 128, 28.4.2001, apartados 21 y 22; Comunicación sobre restricciones accesorias, apartados 20 y 21. Asimismo: Decisión de la Comisión Europea, asunto COMP/M.1863 - *Vodafone/BT/Airtel JV*, en DOUE C 42, 8.2.2001, considerando 20 (versión en inglés). En esta última decisión, la autoridad *antitrust* afirmó que la cláusula de no competencia no era necesaria para la celebración de la operación, puesto que la empresa en participación, *Airtel*, era un operador ya consolidado (*well established company*) en el mercado en cuestión. Por ende, la ausencia de la cláusula contractual no suponía la imposibilidad de la operación ni efectuarla en condiciones inciertas.

<sup>538</sup> *Vid.* Comunicación sobre restricciones accesorias, apartado 22.

avanzada de desarrollo en el momento de la operación y los que ya estén desarrollados pero aún no hayan sido comercializados. A su vez, es posible obligar al vendedor a no adquirir participaciones de empresas rivales, captar clientes y utilizar información confidencial durante la vigencia del pacto de no competencia<sup>539</sup>.

Por último, en referencia a la regla de aplicación *subjetiva*, esto es, a los sujetos susceptibles de cargar con la prohibición de competencia son obviamente el vendedor, sus filiales y agentes comerciales. Sin embargo, no es posible exhortar a terceros a su acatamiento como los revendedores y los usuarios con capacidad limitada para exportar o importar los productos o servicios de la empresa objeto de la concentración<sup>540</sup>.

En principio, una cláusula de no competencia incluida en una operación de transmisión de empresa que supere las reglas anteriormente expuestas puede merecer la sanción típica *antitrust* como acuerdo restrictivo de la competencia. En efecto, un exceso cuantitativo en el ámbito temporal, espacial o material de la cláusula implica un cambio cualitativo lo cual es un indicio de que su propósito no es facilitar la celebración del negocio jurídico principal, sino evitar la competencia del vendedor<sup>541</sup>. No obstante, nada impide que las obligaciones contractuales que se alejen de tales condiciones puedan ser toleradas y admitidas en circunstancias especiales, *ad ex.*, en los supuestos de alto grado

---

<sup>539</sup> Vid. Comunicación sobre restricciones accesorias, apartados 23 y 25; BOYCE, J./JEFFS, C., «Merger Control», *op. cit.*, p. 657; NAVARRO, E./FONT, A./FOLGUERA, J./BRIONES, J., *Merger Control in the European Union...*, *op. cit.*, p. 313. Estos últimos, señalan que en la práctica es difícil fijar el grado de desarrollo suficiente de los productos a fin de que estén al resguardo de la competencia del vendedor.

<sup>540</sup> Vid. Comunicación sobre restricciones accesorias, apartados 24 y 25; BOYCE, J./JEFFS, C., «Merger Control», *op. cit.*, p. 656; VAN BAEL/BELLIS, *Competition Law...*, *op. cit.*, p. 741; NAVARRO, E./FONT, A./FOLGUERA, J./BRIONES, J., *Merger Control in the European Union...*, *op. cit.*, pp. 311 y 312.

<sup>541</sup> Vid. ALFARO AGUILA-AGUILAR, J., «La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia...», *op. cit.*, pp. 19; VIÑUELAS LIMARQUEZ, M./GAVELA LLOPIS, A./HORTALA VALLVE, J., «Concentración...», *op. cit.*, pp. 468 y 469.

de fidelidad de los clientes o cuando los ciclos de vida de los productos son largos<sup>542</sup>.

#### 4.1.2 Acuerdos de licencia

Tal como se apuntó anteriormente, los contratos de compraventa de empresa habitualmente transfieren al comprador los derechos de propiedad industrial e intelectual y el *know how*. Pese a ello, puede darse el caso de que el vendedor quiera seguir conservando la titularidad de estos derechos para explotarlos en una actividad diferente de la que desarrolla la empresa transmitida. En dicho supuesto la autoridad *antitrust* afirma que las partes pueden formalizar acuerdos de licencias. Estos acuerdos se consideran *subordinados* a la operación de concentración, en la medida en que garantizan al adquirente el uso pleno de los activos transferidos<sup>543</sup>. En concreto, estos acuerdos se refieren a las licencias de patentes, de derechos similares y de conocimientos técnicos, los cuales podrán ser considerados *necesarios* para la efectiva transmisión de la empresa<sup>544</sup>.

<sup>542</sup> En la asunto *Volvo/Renault V.I.*, la empresa *Volvo* adquirió el control total de *Renault V.I.*, subsidiaria de *Renault* de Francia. En la operación, las partes acordaron una cláusula concurrencial mediante la cual se imponía a *Renault* la obligación de no competir por un periodo de 5 años con la empresa objeto del negocio. La Comisión aceptó dicha cláusula en razón del alto grado de fidelidad de los clientes en el mercado de camiones y a los largos ciclos de vida de los camiones pesados. *Vid.* Decisión de la Comisión Europea, de 1 de septiembre de 2000, asunto COMP/M.1980 - *Volvo/Renault V.I.*, en DOUE C 301, 21.10.2000, considerando 56 (versión en inglés); Decisión de la Comisión Europea, de 23 de octubre de 1998, asunto IV/M.1298 - *Kodak/Imotion*, considerando 73 (largo ciclo de vida de los productos afectados); Decisión de la Comisión Europea, de 5 de febrero de 2000, asunto COMP/M.1784 - *Delphi Automotive Systems/ Lucas Diesel*, en DOUE C 39, 11.2.2000, considerando 9 (versión en inglés), en la que se admitió una cláusula de no competencia por un periodo de 5 años, puesto que era necesaria para que el comprador (*Delphi*) asimilara los conocimientos técnicos. En este sentido: CHRISTENSEN, P./FOUNTOUKAKOS, K./SJÖBBLÖM, D., «Mergers», *op. cit.*, p. 516; NAVARRO, E./FONT, A.; FOLGUERA, J./BRIONES, J., *Merger Control in the European Union...*, *op. cit.*, p. 312.

<sup>543</sup> *Vid.* Comunicación sobre restricciones accesorias, apartado 27.

<sup>544</sup> *Vid.* Comunicación sobre restricciones accesorias, apartado 28; Decisión de la Comisión Europea, de 5 de febrero de 2000, asunto COMP/M.1784 - *Delphi Automotive Systems/ Lucas Diesel*, considerando 10.

En cuanto a los límites para acreditar la *razonabilidad* o *proporcionalidad* de estos acuerdos de licencia, la Comisión Europea señala: a) que la duración de las licencias no requiere de una vigencia limitada en el tiempo; b) que estos acuerdos pueden ser simples o exclusivos y, asimismo, que son susceptibles de circunscribirse a determinados sectores de aplicación, siempre y cuando se constriñan a las actividades de la empresa cedida; y, finalmente, c) que las limitaciones territoriales de fabricación que reflejen el territorio de la actividad traspasada no son necesarias para la adquisición<sup>545</sup>.

Junto a lo anterior, la Comunicación sobre restricciones accesorias dispone que las restricciones a los acuerdos sobre licencias que superen las condiciones apuntadas no son calificadas como anexas a la operación de adquisición de empresa, por lo que deben evaluarse de conformidad con el artículo 101 del TFUE; *ad ex.*, las cláusulas que protegen al licenciante en lugar del licenciataro.

#### **4.1.3 Acuerdos de compra y suministro**

Usualmente, el negocio jurídico de compraventa de empresa puede acarrear la ruptura de los cauces tradicionales de compra y suministro propios de la integración vertical de las actividades en la unidad económica del vendedor. Así, para la división o desmembramiento de esta unidad económica se han de mantener, por un período transitorio, los vínculos existentes entre el comprador y el vendedor. Para ello, el Ejecutivo comunitario permite llevar a cabo acuerdos de compra, suministro, distribución

---

<sup>545</sup> *Vid.* Comunicación sobre restricciones accesorias, apartados 28 y 29. En este sentido, consultar: CHRISTENSEN, P./FOUNTOUKAKOS, K./SJÖBBLÖM, D., «Mergers», *op. cit.*, p. 517.

y servicio entre las partes<sup>546</sup>. Se trata de obligaciones *necesarias* para la operación de adquisición de empresa por cuanto que posibilitan a cualquiera de las partes la continuidad del suministro de productos a fin de que realicen sus actividades empresariales (las conservadas, en el caso del vendedor, y las adquiridas por el comprador). A su vez, tales acuerdos contribuyen al mantenimiento de los cauces de comercialización de una u otra de las partes<sup>547</sup>.

La duración de estas obligaciones ha de limitarse al tiempo necesario para sustituir la relación de dependencia por una nueva situación de autonomía de mercado, es decir, hasta que el vendedor y el adquirente puedan formar entidades económicas independientes. En todo caso, dichas obligaciones contractuales tendrán un plazo máximo de cinco años.

Además, el contenido de los acuerdos de compra y de suministro para ser considerados accesorios debe referirse a cantidades fijas posiblemente con cláusulas evolutivas, *ad ex.*, un acuerdo de compra o suministro con cantidades mínimas o decrecientes en el tiempo. Por el contrario, no son consideradas accesorias para la realización del negocio de cesión de empresa los siguientes: a) la estipulación de cantidades ilimitadas; b) las obligaciones que confieran la exclusividad o una condición preferente; y c) los acuerdos que se fijen *ex novo*, esto es, los que no resultan de la interrupción del cauce normal de la compra o

---

<sup>546</sup> Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 15 de febrero de 2000, asunto COMP/M.1841 - *Celestial/IBM (EMS)*, en DOUE C 341, 1.12.2000, considerandos 21 y 23 (versión en inglés); Decisión de la Comisión Europea, de 6 abril de 2001, COMP/M.2355 - *Dow/Enichem Polyurethane*, en DOUE C 138, 11.5.2001, considerando 31 (versión en inglés). Además: FOLGUERA CRESPO, J./VIDAL MARTINEZ, P., «De las concentraciones...», *op. cit.*, pp. 517 y ss.; CHRISTENSEN, P./FOUNTOUKAKOS, K./SJÖBBLÖM, D., «Mergers», *op. cit.*, pp. 516 y 517.

<sup>547</sup> Vid. Comunicación sobre restricciones accesorias, apartado 33; MIRANDA SERRANO, L.M., *Las concentraciones económicas...*, *op. cit.*, p. 490.

suministro entre las partes, *ad ex.*, el contrato de suministro a favor del vendedor por el cierre de una de sus fábricas<sup>548</sup>.

#### 4.2 Las restricciones accesorias en operaciones de creación de empresas en participación

En la operación de creación de una empresa en participación con plenas funciones según lo indicado en el artículo 3.4 del Reglamento 139/2004, las empresas matrices y la empresa en participación pueden estipular cláusulas restrictivas a su libertad de conducta en el mercado con carácter accesorio a dicha operación. En concreto, estas restricciones son las siguientes:

1º) Las cláusulas inhibitorias de la competencia pactadas entre las empresas matrices que ejercen el control y la empresa en participación siempre que no excedan la vigencia de la situación del control conjunto. Por consiguiente, la autoridad *antitrust* excluye de las obligaciones de competencia a los socios minoritarios –que no desempeñan un control– de la empresa en participación. Ello implica que tales acuerdos no son considerados anexos a la operación de concentración y que los socios minoritarios pueden competir con la nueva entidad, pese a que conserven una participación en el capital social con posterioridad a la transmisión de control<sup>549</sup>. Asimismo, para que las cláusulas inhibitorias sean

<sup>548</sup> *Vid.* Comunicación sobre restricciones accesorias, apartado 34. A su vez: FOLGUERA CRESPO, J./VIDAL MARTINEZ, P., «De las concentraciones...», *op. cit.*, pp. 517 a 519.

<sup>549</sup> *Vid.* Comunicación sobre restricciones accesorias, considerandos 36 y 40; MAILLO GONZALEZ-ORUS, J., *Empresas en participación (joint ventures)...*, *op. cit.*, pp. 185 y ss.; NAVARRO, E./FONT, A./FOLGUERA, J./BRIONES, J., *Merger Control in the European Union...*, *op. cit.*, p. 231; FOLGUERA CRESPO, J./VIDAL MARTINEZ, P., «De las concentraciones...», *op. cit.*, p. 510, nota 374. Estos últimos autores, apuntan que esta interpretación de los socios minoritarios no es extensiva a las cláusulas de no competencia en las operaciones de transmisión de empresa. En rigor, afirman que en estos casos los pactos de competencia pueden ser necesarios y, en consecuencia, accesorios cuando los socios minoritarios han tenido acceso a información significativa o han intervenido en la gestión de la empresa, *ad ex.*, cuando eran miembros de los órganos de administración. En cambio, si no concurren estas circunstancias es poco



calificadas de accesorias han de referirse a los productos y servicios que constituyen la actividad económica de la empresa en participación o a los que las matrices tuviesen planeado introducirse siempre que efectuaran inversiones para ello. Además, el ámbito geográfico de dichas cláusulas debe limitarse a las zonas en las que las empresas matrices ofrecían los productos y servicios con anterioridad a la operación, los que se encuentren en una fase avanzada al momento de la operación o los productos que estén ya desarrollados, pero aun no hayan sido comercializados<sup>550</sup>. En la práctica, la Comisión Europea también ha admitido las prohibiciones de competencia por un periodo limitado posterior al abandono de una de las empresas matrices de su participación en la empresa conjunta con plenas funciones; en otras palabras, a supuestos que rebasan la duración de la situación de control<sup>551</sup>.

En la decisión de 18 de junio de 2012, asunto COMP/39.736 - *Siemens/Areva*, la Comisión Europea examinó una cláusula de inhibición de competencia y otra de confidencialidad las cuales fueron acordadas por *Siemens* y *Areva* respecto a una amplia gama de productos del mercado de la tecnología nuclear civil en el marco de su anterior empresa en participación *Areva NP*. En el análisis preliminar, la Comisión manifestó que la prohibición de competencia no sólo abarcaba el ciclo de vida de la empresa en participación, sino que también se expandía al supuesto que una de las matrices prescindiera de su control conjunto sobre *Areva NP*. Por ello, la Comisión sometió al juicio de accesoriadad el pacto de no competencia en especial. Así, la

---

probable que la cláusula concurrencial se repute como accesorias en los negocios de cesión de empresa.

<sup>550</sup> *Vid.* Comunicación sobre restricciones accesorias, apartados 36 a 41. A su vez: Decisión de la Comisión Europea, de 27 de enero de 2005, asunto COMP/M.3657 - *Airbus/SITA*, considerando 29. En ella, el Ejecutivo comunitario autorizó la creación de una empresa en participación entre *Airbus* y *SITA*. Dicha transacción, incluía una cláusula de no competencia impuesta a *Airbus* por un lapso de 3 años. Por consiguiente, la Comisión consideró que la cláusula era accesorias, ya que era acorde con la Comunicación sobre restricciones accesorias de 2005.

<sup>551</sup> En este línea: BOYCE, J./JEFFS, C., «Merger Control», *op. cit.*, p. 658.

Comisión afirmó que el pacto estaba directamente ligado a la operación de concentración por cuanto que regulaba la relación de las empresas matrices entre sí con posterioridad a la disolución de la empresa en participación. Seguidamente, la Comisión apreció que la cláusula inhibitoria era objetivamente necesaria, pues garantizaba la transmisión del valor total de la empresa adquirida, *Arena NP*. En este sentido, valoró que *Siemens* accedió a información comercial confidencial la cual podía utilizar tras su salida de la empresa en participación y con lo que sería capaz de ejercer una competencia facilitada sobre la misma. Sin embargo, el Ejecutivo precisó que el pacto de no competencia posterior a la empresa en participación no era proporcional en su ámbito temporal y geográfico. En relación al primero, la Comisión estimó que sólo se justificaba una protección de la competencia del vendedor (*Siemens*) en la medida en que la información comercial que conoció fuera suficientemente pertinente y fiable para dar lugar a una competencia facilitada. De esta manera, la Comisión fijó que este es el caso de un periodo que no supere tres años tras la pérdida del control conjunto de *Areva NP* por parte de *Siemens*. En referencia al ámbito geográfico, la Comisión declaró que una restricción sólo puede admitirse cuando alude a los mercados en los que la empresa en participación ofrecía sus propios productos o en los que efectuara inversiones cuyo valor podía reducirse por la competencia de *Siemens*. Seguidamente, la Comisión sostuvo que la cláusula inhibitoria posterior a la vigencia de la empresa en participación era la alternativa menos restrictiva para la competencia. Por tanto, tal instancia comunitaria concluyó que la prohibición de no competencia extensiva a la salida de una las matrices era proporcional, siempre y cuando, cumpliera los límites anteriores ya que protegía a la empresa en participación de la competencia de

una de sus matrices (*Siemens*) a raíz de la información confidencial que conoció cuando ejercía su control<sup>552</sup>.

2º) Los acuerdos de licencia convenidos entre las matrices y la empresa en partición en el supuesto que tales empresas lo utilicen en otras actividades con independencia de que sean exclusivos o no y que se limiten en el tiempo o a un ámbito espacial. De esta manera se admite la transferencia de derechos de propiedad intelectual entre la nueva entidad y una de sus matrices o las licencias cruzadas. Aunque, las licencias concedidas entre las matrices no son consideradas accesorias a la operación de concentración<sup>553</sup>.

3º) Los acuerdos de compra y suministro, que para ser reputados como anexos a la concentración han de cumplir con los principios fijados por la Comisión en el caso de una adquisición de empresa. Es decir, tales pactos pueden admitirse por un periodo transitorio de hasta cinco años, siempre que ayuden a las partes al normal desarrollo de su actividades y no se fijen cantidades

---

<sup>552</sup> Esta decisión, supone un precedente importante en la práctica comunitaria, pues aplica un análisis más flexible sobre las cláusulas de no competencia en las empresas en participación. *Vid.* Decisión de la Comisión Europea, de 18 de junio de 2012, asunto COMP/39.736 – *Siemens/Areva*, en DOUE C 280/8, 15.9.2012, considerandos 7 a 17; NAVARRO, E./FONT, A./FOLGUERA, J./BRIONES, J., *Merger Control in the European Union...*, *op. cit.*, pp. 319 y 320. Para un estudio sobre la creación de la empresa en participación *Areva NP*: Decisión de la Comisión Europea, de 6 de diciembre de 2000, asunto COMP/M.1940 - *Framatone/Siemens/Cogéma/JV*, en DOUE L 289, 6.11.2001, considerandos 147 y 148. En cambio, algunas decisiones más rígidas en el examen de las cláusulas de no competencia: Decisión de la Comisión Europea, de 22 de junio de 1998, asunto IV/JV.2 - *ENEL/DT*, en DOUE C 178, 23.6.1999, considerando 42 (versión en inglés). En esta decisión, la Comisión Europea estimó la cláusula inhibitoria entre las matrices y la empresa en participación (*Wind*) como accesorias, ya que se limitaba al territorio inicial de la *joint venture* (Italia) y siempre que los accionistas conservaran una participación mayoritaria en la misma. Sin embargo, afirmó que la obligación de no competencia que se extendiera a otras áreas geográficas de la inicial no serían reputadas anexas a la operación ni las que vincularan a las partes después de la finalización del acuerdo o de la venta de su participación. En este sentido: Decisión de la Comisión Europea, de 1 de septiembre de 2000, asunto COMP/JV.51 - *Bertelsmann/ Mondadori/ Bol Italia*, en DOUE C 290, 13.10.2000, considerandos 28 a 31, donde la Comisión sólo admitió una prohibición de competencia entre las matrices y *joint venture* hasta un periodo de 5 años a partir de la creación de ésta.

<sup>553</sup> *Vid.* Comunicación sobre restricciones accesorias, apartados 42 y 43.

ilimitadas o confiera una situación de exclusividad o preferencia entre las matrices y la *joint venture*<sup>554</sup>.

### 4.3 Otras restricciones accesorias

La Comunicación sobre restricciones accesorias también se refiere a otras cláusulas concurrenciales que pueden ser adicionales a las operaciones de concentración. En este sentido, la Comisión señala que las obligaciones impuestas al vendedor que persigan conservar la actividad de la empresa en el transcurso de la negociación son accesorias, pues evitan que el transmitente menoscabe el valor total de la misma, *ad ex.*, mediante la modificación de su objeto o capital social. Por lo general, tales obligaciones son razonables cuando se limitan al periodo entre la conclusión del contrato y la fecha en la que efectivamente se ejecute la concentración empresarial<sup>555</sup>.

Igualmente, el Ejecutivo comunitario reconoce que en las operaciones de adquisición conjunta por dos o más empresas de una o varias empresas es posible que las partes acuerden ciertas

---

<sup>554</sup> En el asunto *Telecom Eireann*, la Comisión Europea no admitió una obligación de compra y suministro, por cuanto que confería a la empresa en participación (*Telecom Eireann*) la condición de distribuidor y proveedor preferente a favor de otros operadores (*Unisource/Uniworld*) en Irlanda. Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 18 de diciembre de 1996, asunto IV/M.802 - *Telecom Eireann*, en DOUE C 35, 4.2.1997, considerando 40 (versión en inglés); Comunicación sobre restricciones accesorias, apartado 43. Más recientemente: Decisión de la Comisión Europea, de 3 de mayo de 2005, asunto COMP/M.3178 - *Bertelsmann/Springer/JV*, en DOUE L 61, 2.3.2006, considerando 13 (versión en inglés). En ella, la Comisión señala que los acuerdos de compra y suministros pueden justificarse por un periodo transitorio de hasta 5 años.

<sup>555</sup> En el asunto *Credit Suisse First Boston/ Gala Group*, la Comisión estimó como accesorias las cláusulas que limitaban el comportamiento de los administradores de la empresa adquirida, *Gala* a fin de conservar su valor integro. Vid. Decisión de la Comisión Europea, de 13 de abril de 2003, asunto COMP/M.1887 - *Credit Suisse First Boston/ Gala Group*, en DOUE C 159, 8.6.2000, considerandos 8 y 9; Comunicación sobre restricciones accesorias, considerando 14; FOLGUERA CRESPO, J./VIDAL MARTINEZ, P., «De las concentraciones...», *op. cit.*, pp. 516 y a 517; NAVARRO, E./FONT, A./FOLGUERA, J./BRIONES, J., *Merger Control in the European Union...*, *op. cit.*, p. 318.

cláusulas concurrenciales que pueden ser calificadas como directamente vinculadas, necesarias y razonables para llevar a cabo estas operaciones. Según la Comunicación sobre restricciones accesorias, éstas son las siguientes: a) los acuerdos por los que las empresas partícipes se obligan a abstenerse de realizar ofertas distintas que compitan entre sí o de adquirir el control conjunto de forma diferente a la convenida; b) los pactos que fijan la división de los activos con el objeto de que las partes pueden repartirse las instalaciones de producción o las redes de distribución, junto con las marcas registradas por la empresa en cuestión; y, finalmente, c) también se consideran con carácter accesorio las cláusulas en las que se conviene la división de una entidad económica anterior<sup>556</sup>.

##### **5. La *ratio* de la doctrina de las restricciones accesorias: la unidad del sistema jurídico**

El estudio de la *ratio* o razón de la doctrina de las restricciones accesorias ayuda a comprender los motivos que fundamentan la flexibilización del ilícito *antitrust* frente a las limitaciones concurrenciales que acuerdan las empresas participantes en una operación de concentración<sup>557</sup>.

Conforme a lo anteriormente señalado, ciertos actos o negocios jurídicos requieren constreñir la libertad de comportamiento de alguna de las partes con el propósito de asegurar la consecución de sus fines. Éste es el supuesto clásico de las cláusulas de no competencia en la compraventa de empresas, que posibilitan que el transmitente pueda vender su empresa al valor de mercado y garantizan al comprador la normal

---

<sup>556</sup> Vid. Comunicación sobre restricciones accesorias, apartados 14 a 16. También: NAVARRO, E./FONT, A./FOLGUERA, J./BRIONES, J., *Merger Control in the European Union...*, *op. cit.*, p. 318.

<sup>557</sup> Vid. Sobre la *ratio* de las restricciones accesorias, *vid.* MIRANDA SERRANO, L.M., «Restricciones accesorias...», *op. cit.*, pp. 9 a 11; *idem*, «En el derecho antitrust también lo accesorio...», *op. cit.*, pp. 41 a 45.

explotación de la misma. Las restricciones competitivas pactadas en los negocios de transmisión de empresa tienen como fin instrumental la conservación de una organización económica productiva lo cual incide positivamente en el progreso socioeconómico de la sociedad<sup>558</sup>.

Cabe así afirmar que las restricciones accesorias pueden ser útiles para la celebración de contratos con fines legítimos que fomentan la eficiencia socioeconómica. Se comprende que el Derecho *antitrust* autorice tales limitaciones a la libertad de actuación por cuanto que permiten reforzar una competencia dinámica a través del crecimiento del número de empresas en el mercado de referencia. Nos encontramos por consiguiente ante cláusulas aparentemente restrictivas que se revelan como medidas procompetitivas a medio y largo plazo, pues facilitan la consolidación de empresas con dimensiones óptimas o de grandes competidores que promueven tanto el desarrollo técnico y socioeconómico como el normal funcionamiento de la libre competencia<sup>559</sup>.

En consecuencia, la teoría de las restricciones accesorias antepone el valor de la eficiencia socialmente responsable –la

---

<sup>558</sup> Vid. ALFARO AGUILA-AGUILAR, J., «La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia...», *op. cit.*, pp. 3 y 4; MIRANDA SERRANO, L.M., «En el derecho *antitrust* también lo accesorio...», *op. cit.*, p. 41; BORK, R.H., «Ancillary restraints...», *op. cit.*, pp. 217 y ss.

<sup>559</sup> Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 11 julio de 1985, asunto 42/84 – *Remia y otros c. Comisión*, considerando 19. Más recientemente, aunque en el ámbito español: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala de lo Civil), de 18 de mayo de 2002, asunto 4006/2012, considerando 63. También: VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Acuerdos, decisiones colectivas...», *op. cit.*, pp. 74 y ss.; ALFARO AGUILA-AGUILAR, J., «La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia...», *op. cit.*, p. 19; FRIEDMAN, D., «Non-Competition Agreements: Some alternative Explanations», disponible en: <http://www.davidfriedman.com/Academic/non-comp/Non-Competition.html>. Este último autor, afirma que las cláusulas de no competencia incrementan el precio de la empresa objeto del negocio, ya que los compradores explotaran de forma segura y rentable la nueva entidad. En consecuencia, la cláusula de competencia aumenta el número de operadores y, por tanto, conduce a una mayor competencia –y no a menos– en una industria.

presencia de empresas productivas que generan ventajas equitativas a los sujetos que la rodean: los accionistas, los trabajadores, los consumidores y, en suma, la sociedad— frente el valor de la libertad de competencia —la libertad de todo operador de desarrollar una actividad en un mercado en régimen de competencia efectiva—. Tal fundamento es acorde con el sistema de economía social de mercado y de libre competencia constitucionalizado en el marco de la Unión Europea (artículo 119 TFUE). En efecto, dicha doctrina coadyuva a la consolidación de empresas eficientes, al fortalecimiento del mercado único europeo y, en definitiva, a la cohesión económica, social y territorial de sus Estados miembros<sup>560</sup>.

La aplicación del concepto de las *ancillary restraints* es resultado de la existencia de una cierta armonía entre el Derecho de defensa de la competencia y el Derecho patrimonial vigente en cada Estado. En caso contrario se declararían anticompetitivos los pactos concurrenciales idóneos para llevar a cabo contratos lícitos lo que repercutiría en la unidad del sistema jurídico. Dicha teoría a su vez permite una interrelación lógica entre el control de concentraciones y las normas que prohíben los acuerdos colusorios. Al flexibilizarse estas últimas se tolera la presencia de cláusulas restrictivas necesarias para la celebración de operaciones que fortalecen la estructura del mercado comunitario<sup>561</sup>.

---

<sup>560</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., «En el derecho *antitrust* también lo accesorio...», *op. cit.*, pp. 42 y ss.

<sup>561</sup> Vid. ALFARO AGUILA-AGUILAR, J., «La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia...», *op. cit.*, p. 6; MIRANDA SERRANO, L.M., «En el derecho *antitrust* también lo accesorio...», *op. cit.*, p. 45; ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger...*, *op. cit.*, p. 232, considerando 1186.

## CONCLUSIONES



## CONCLUSIONES

I. Las concentraciones de empresas, al no estar prohibidas *per se*, se someten a un control *ex ante* por parte de la autoridad *antitrust*. Este control persigue evaluar la compatibilidad o incompatibilidad de dichas operaciones con el mercado único europeo y, naturalmente, se apoya en un *criterio* o *test sustantivo* suministrado por el legislador en la normativa de control.

El artículo 2 del Reglamento 4064/89 en sus apartados 2 y 3 contemplaba como criterio sustantivo el que dio en llamarse y reconocerse como «*test de dominio*». Conforme a él, se declaraba incompatible con el mercado común y, por ende, prohibida, toda operación de concentración en la que concurrían acumulativamente dos elementos: a) uno  *fáctico*, que exigía que el proyecto de concentración notificado creara o reforzara una posición de dominio y, b) otro de  *resultado*, que requería que dicha posición de dominio obstaculizara significativamente la competencia efectiva en el mercado único europeo o en una parte sustancial del mismo.

No obstante, en la práctica la Comisión centraba normalmente su actividad evaluadora de estas operaciones en verificar la concurrencia del elemento fáctico aludido, que se presentaba  *de facto* como el requisito previo y necesario para determinar si una operación de concentración era o no conforme con el sistema comunitario de libre competencia. Dicho elemento se cimentaba en el concepto de  *posición de dominio* y, a fin de delimitar el significado de estos términos en el ámbito del control de concentraciones (Reglamento 4064/89), la Comisión recurrió a los criterios jurisprudenciales utilizados por los Tribunales de Justicia europeos en aplicación del artículo 86 TCEE (actualmente, 102 TFUE). Ahora bien, la noción de la posición de dominio ha evolucionado considerablemente en los veinticinco años de existencia del sistema europeo de control de concentraciones.

## CONCLUSIONES

II. Inicialmente, la Comisión Europea examinaba las operaciones de concentración que formaban o consolidaban una *posición de dominio individual*. Con tal propósito, dicha instancia comunitaria verificaba si la empresa resultante de la operación de concentración lograba una posición privilegiada en el mercado de referencia que le permitiera impedir el normal funcionamiento de la competencia, sin que fuera necesario que se convirtiera en el único operador del mercado.

Ahora bien, el Reglamento 4064/89 no fijaba el grado de dominio que tenía que alcanzar una empresa para encontrarse en dicha situación. De ahí que la Comisión efectuara un examen estructural que le llevaba principalmente a realizar un estudio de cuotas de mercado, dado que con su cálculo se conocía la posición de las empresas participantes en la concentración y de sus rivales, y ello tanto antes como después de llevarse a cabo la operación en cuestión. Los Tribunales de Justicia y la Comisión Europea consideraban que las empresas con cuotas de mercado sustanciales podían actuar durante algún tiempo con cierta independencia y, por ende, disfrutar de un poderío económico en una industria, salvo que concurrieran circunstancias excepcionales como la situación de crisis de una de las partes o la ausencia de barreras de entrada.

En suma, mediante el concepto de posición de dominio individual, las autoridades comunitarias utilizaban la normativa de control de concentraciones para prevenir la formación de estructuras de mercado monopolísticas, evitando en todo caso que la nueva entidad resultante de la concentración tuviera capacidad suficiente para ejercer un poder económico susceptible de obstaculizar significativamente la competencia efectiva en el mercado de referencia.

III. Posteriormente, las autoridades comunitarias desarrollaron el concepto de *posición de dominio colectiva o conjunta* a fin de

hacer frente a los problemas concurrenciales que derivan de los *oligopolios colusorios*.

Según la teoría económica, estas estructuras de mercado, al contar con un número limitado de operadores y, por ende, con un alto nivel de concentración en la oferta, propician una interdependencia o interacción estratégica entre los competidores. Esto implica que las empresas conocen que sus estrategias dependen de la reacción de sus competidores. De ahí que los miembros del oligopolio tengan en cuenta las políticas de competencia de todos sus rivales.

Lo anterior explica que la teoría económica destaque que en el oligopolio resulta verosímil que las empresas celebren con mayor facilidad un acuerdo explícito contrario a la libre competencia: *colusión expresa*. Sin embargo, el principal riesgo competitivo que emanan de los mercados oligopolísticos reside en que las empresas actúan de forma paralela en el mercado, sin que medie un acuerdo o contacto previo entre ellas: *colusión tácita*.

Desde la Ciencia de la Economía se han elaborado varios modelos dirigidos a determinar cuándo un oligopolio es proclive a la colusión o coordinación tácita. El aporte más importante en este sentido ha sido, sin lugar a dudas, el trabajo de Stigler publicado en 1964. Dicho autor argumentaba que si bien es cierto que las empresas del oligopolio tienen un fuerte incentivo para coordinar su comportamiento, no meno cierto es también que subsiste un riesgo considerable de que los operadores se desvíen o hagan «trampas» a cualquier política de coordinación en el mercado. De ahí que Stigler señalara que las empresas oligopolísticas únicamente pueden alinear su comportamiento de forma tácita si el mercado reúne acumulativamente tres condiciones: 1º) que las empresas dispongan de un *mecanismo de control* sobre el cumplimiento o no de los términos implícitos de la coordinación; 2º) que los

## CONCLUSIONES

oligopolistas cuenten con un *mecanismo de castigo* frente a cualquier incumplimiento a fin de disuadir a los competidores a mantener la cooperación; y, finalmente, 3º) que los miembros del oligopolio *eviten la entrada de nuevos competidores o que consigan que estos se adhieran* a los términos de la política común en el mercado. La teoría económica se convierte así en una herramienta útil para la comprensión y el subsiguiente tratamiento jurídico del oligopolio. La idea esencial de esta teoría estriba en que para el surgimiento de una colusión tácita no basta la mera interacción estratégica entre las empresas del oligopolio, sino que es indispensable que, además, concurren determinados factores en el mercado.

En pocas palabras, cabe concluir que, según pone de manifiesto la literatura económica, el oligopolio se presenta como una estructura de mercado imperfecta que permite a las empresas obtener beneficios supracompetitivos –a través de la colusión o la coordinación tácita– en perjuicio de los intereses de los consumidores y, en definitiva, del bienestar general.

**IV.** Las autoridades de competencia europeas primeramente trataron de afrontar el problema de la colusión tácita inherente al oligopolio a través de las normas de control de las conductas anticompetitivas, esto es, las reguladoras de las prácticas colusorias (artículo 101 TFUE) y del abuso de posición de dominio en el mercado (artículo 102 TFUE).

Como se sabe, el artículo 101 TFUE precisa para su aplicación la constatación de la existencia de un *concierto de voluntades entre las empresas*, mediante el cual renuncien a competir. De modo que este precepto no cubre los supuestos de colusión tácita, por cuanto que los miembros de un oligopolio alinean su conducta merced a las condiciones de mercado exigidas por la teoría Stigleriana y no por un entendimiento (*rectius*, concierto de voluntades) anticompetitivo entre ellos. Se explica así

que los Tribunales de Justicia interpretaran que estas conductas empresariales eran racionales e independientes, en la medida en que posibilitaban a los competidores adaptarse o anticiparse a las estrategias de sus rivales en el mercado. Por ello ha de aceptarse que la operatividad del artículo 101 TFUE ante la colusión tácita es limitada, en la medida en que sólo permite paliar parte de los riesgos competitivos que dimanen de los oligopolios colusorios: la coordinación fruto de un acuerdo o, en caso que pueda demostrarse –lo que no siempre es fácil sino por regla general muy complicado–, de una práctica concertada.

A la vista de estos inconvenientes, las autoridades de competencia recurrieron al precepto regulador del abuso de posición de dominio. El propio tenor literal del artículo 102 TFUE dispone que esta norma se aplica a los supuestos en que varias empresas gozan de un poderío económico conjunto o colectivo. Parece, pues, que dicho precepto autoriza a las autoridades comunitarias a someter a control la denominada colusión tácita, por cuanto que las empresas que actúan de forma paralela se presentan en el mercado como una entidad económica colectiva. El Tribunal de Primera Instancia aplicó por vez primera dicho concepto a las estructuras oligopolísticas en el asunto *Vidrio Plano* de 1989. Las líneas fijadas en esta sentencia fueron acogidas preliminarmente por la Comisión Europea y los Tribunales de justicia para trasladar la noción de posición de dominio colectiva al ámbito específico del control de las concentraciones de empresas, en donde con el paso del tiempo se ha ido produciendo una evolución significativa de dicha noción. Naturalmente, estos avances incidieron *a posteriori también* en el ámbito del artículo 102 TFUE. No obstante, es importante destacar que el ilícito *antitrust al que ahora nos referimos* no prohíbe la posición de dominio, sino que exige además un elemento de conducta: la explotación abusiva de dicha posición. Por tanto, se vislumbra aquí

## CONCLUSIONES

otra de las limitaciones inherentes a las normas de control de conductas, pues para aplicar el artículo 102 TFUE es indispensable tipificar como *abusivo* el ejercicio del poder de mercado colectivo o conjunto.

V. Dados los problemas que suscita el tratamiento de la colusión tácita a través de las normas que instauran un control de las conductas o comportamientos competitivos (artículos 101 y 102 TFUE), no puede causar sorpresa ni extrañeza que las autoridades de competencia comunitarias decidieran posteriormente centrar su atención en las normas que llevan a cabo un control de las estructuras del mercado, esto es, en la normativa de control de las operaciones de concentración de empresas.

Con tal fin, la autoridad *antitrust* aplicó el concepto de posición de dominio colectiva en este otro sector del Derecho de defensa de la competencia de la Unión Europea, retomando de forma preliminar los principios sobre la noción de posición de dominio colectiva elaborados en la sede del artículo 102 TFUE. Sin embargo, la correcta delimitación de dicho concepto no fue una tarea fácil.

Inicialmente, no estaba claro si el Reglamento 4064/89 era aplicable a los mercados oligopolísticos. Y es que, a diferencia del artículo 102 TFUE, el artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento 4064/89 no regulaba expresamente la posición de dominio colectiva o conjunta. De ahí que se discutiera si dicha normativa facultaba o no a la Comisión Europea a prohibir las concentraciones en las que la empresa resultante de la operación y otra extraña a ella creaban o reforzaban una posición de dominio de esta naturaleza (esto es, conjunta o colectiva) que obstaculizaba significativamente la competencia efectiva en el mercado comunitario o en una parte sustancial del mismo.

La Comisión tuvo muy claro desde el primer momento que el Reglamento 4064/89 era aplicable a tales supuestos. Así lo sostuvo

en la Decisión *Nestlé/Perrier* de 1992, donde aplicó por vez primera la noción de posición de dominio colectiva, iniciando así un largo camino hacia el reconocimiento de la aptitud del Reglamento 4064/89 para llevar a cabo un control preventivo de los mercados oligopolísticos colusorios.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por su parte, se manifestó favorable al entender que las posiciones de dominio colectivas tienen cabida dentro del Reglamento 4064/89, a través de su relevante Sentencia dictada en 1988 en el caso *Francia y otros contra la Comisión*. En rigor, el Tribunal valoró que el uso de dicho concepto permitía evitar la formación de estructuras de mercado perjudiciales para la libre competencia. Además, confirmó que, a fin de apreciar la existencia de posiciones de dominio colectivas, no era necesaria la presencia de vínculos económicos entre la empresa resultante de la concentración y una tercera empresa ajena a la operación. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no delimitó los requisitos que, según la teoría Stigleriana, han de concurrir para que sea posible el surgimiento de una coordinación tácita. Al contrario, el Tribunal reconoció que la Comisión tenía un amplio margen de discrecionalidad para apreciar si una determinada operación de concentración consolidaba o no una posición de dominio colectiva o conjunta susceptible de obstaculizar la libre competencia de forma significativa.

Lo criterios anteriores fueron ratificados posteriormente por la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia *Gencor Ltd contra Comisión* de 1999. En ella, este Tribunal precisó que el concepto de posición de dominio colectiva hace referencia: «a una situación de poder económico en que se encuentran una o varias empresas y que les permite impedir una competencia efectiva, confiriéndoles la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de



## CONCLUSIONES

*independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores».*

Ambas resoluciones supusieron, por tanto, la confirmación de que el Reglamento 4064/89 era un *instrumento alternativo y eficaz* para la prevención de la formación de oligopolios colusorios. Naturalmente, ello supuso un relanzamiento evidente del concepto de posición de dominio colectiva en el sistema de defensa de la competencia de la Unión Europea, que a partir de ese momento empezó a funcionar como *cláusula de cierre* frente a los problemas del oligopolio colusorio, al no presentar las dificultades probatorias inherentes a las prácticas concertadas (artículo 101 TFUE) y, al mismo tiempo, al prevenir el ejercicio colectivo de un poder económico que no pudiese calificarse como abuso a luz de la norma prohibitiva del abuso de posición dominante (artículo 102 TFUE).

VI. Posteriormente, la doctrina y las autoridades *antitrust* europeas discutieron si el Reglamento 4064/89 era o no adecuado para controlar las reestructuraciones empresariales que, aunque nocivas para la competencia, no daban lugar a posiciones de dominio individuales ni colectivas. En rigor, este nuevo asunto hacía referencia a lo que ha dado en conocerse como *la tercera generación de los efectos anticompetitivos dimanantes de las concentraciones empresariales*, esto es, los *efectos unilaterales en los mercados oligopolísticos no colusorios*.

En esta dirección, el Libro Verde de la Comisión de 2001 planteó la cuestión de si el llamado criterio de dominio cubría o no el supuesto hipotético de que la empresa resultante de la concentración –pero no dominante– pudiera incrementar unilateralmente los precios al ejercer su poder económico en el mercado.

Se inició así un intenso debate sobre el cambio del criterio sustantivo de la normativa de control de concentraciones. Con tal

propósito, la Comisión europea planteaba en el Libro Verde la conveniencia de reemplazar el *test de dominio* por el de la *disminución sustancial de la competencia*. La Comisión manifestó su conformidad con el criterio de dominio sobre la base de entender que había venido mostrando suficiente flexibilidad, al haber facilitado la adaptación del sistema de control a la evolución de la teoría económica, como se comprobó con los desarrollos del concepto de posición de dominio colectiva o conjunta en los términos anteriormente apuntados.

**VII.** En 2002 el Tribunal de Primera Instancia publicó la sentencia *Airtours*, que fue de vital importancia en el debate suscitado en torno al cambio del criterio sustantivo de evaluación. En ella el Tribunal criticó duramente a la Comisión por el uso extensivo y desmesurado que había realizado del concepto de posición de dominio colectiva. Y es que en su decisión la Comisión intentó sin éxito aplicar la noción de la posición de dominio colectiva a los efectos unilaterales en los oligopolios no colusorios.

El Tribunal declaró con rotundidad que una posición dominante colectiva obstaculiza significativamente la competencia cuando la operación de concentración comporta un *riesgo de colusión estable*, sin que los miembros del oligopolio lleguen a un acuerdo o recurran a una práctica concertada en el sentido del artículo 101 TFUE. Además, el precisó que para la existencia de dicho efecto era necesario comprobar la concurrencia de los tres requisitos exigidos por la teoría Stigleriana.

Por tanto, cabe concluir que la sentencia *Airtours* delimitó el alcance de la noción de posición de dominio colectiva y, con ello, la discrecionalidad que la jurisprudencia comunitaria había reconocido con anterioridad a la Comisión. Y al mismo tiempo fijó el camino a seguir en el proceso de reforma del sistema europeo de control de concentraciones. En esencia, puso al descubierto la existencia de

## CONCLUSIONES

una laguna en el criterio de dominio ex Reglamento 4064/89, al no ser adecuado para controlar los efectos unilaterales que dimanan de los mercados oligopolísticos.

**VIII.** Tras la sentencia *Airtours*, la Comisión hizo pública una Propuesta de Reglamento en la que optaba por la conservación del criterio de dominio. Ciertamente es, no obstante, que al mismo tiempo y con vistas a controlar los riesgos concurrenciales de los oligopolios no colusorios, sugería un nuevo concepto de posición dominante, diverso del utilizado a los efectos del artículo 102 TFUE y sólo relevante en el ámbito del control de las concentraciones de empresas. Con ello la Comisión intentaba ceñirse a los requerimientos fijados en la sentencia *Airtours*. La doctrina reprochó dicha fórmula, al considerar que conduciría a una divergencia inadmisibles con la noción de dominancia relevantes a los efectos del artículo 102 TFUE.

**IX.** Finalmente, en el seno del Consejo de Ministros, los Estados miembros discutieron intensamente la reforma del control de concentraciones y, en particular, el cambio del criterio sustantivo con el que evaluar la compatibilidad o incompatibilidad de estas operaciones con el mercado único europeo. Entre las diferentes posturas que se propusieron en el seno del Consejo de la Unión Europea, se llegó finalmente a *una solución de consenso* que en este caso fue favorable al *criterio o test de la obstaculización significativa de la competencia efectiva*. Así lo confirma el nuevo Reglamento 139/2004, que reemplazó al Reglamento 4064/89, cuyo artículo 2 declara incompatibles con el mercado único europeo las concentraciones que supongan un obstáculo significativo para la competencia efectiva, especialmente –pero no necesariamente– mediante la creación o el reforzamiento de una posición dominante.

Este nuevo criterio se caracteriza por una mayor flexibilidad, al permitir a la autoridad *antitrust* realizar un análisis más dinámico

de los efectos nocivos para la competencia que emanan de las operaciones de concentración. Efectivamente, por mor de él dicha autoridad queda habilitada para declarar incompatibles con el mercado único y, en consecuencia, prohibidas, no sólo las concentraciones que desembocan en posiciones de dominio individuales o colectivas, sino también aquellas otras que, sin crear o reforzar posición de dominio alguna, obstaculizan de forma significativa la competencia. Así lo declara el legislador comunitario en el Considerando 25 del Reglamento 139/2004, donde pone de manifiesto que el concepto de obstaculización significativa de la competencia previsto en el artículo 2, apartados 2 y 3, de la norma reglamentaria abarca no sólo los efectos anticompetitivos que derivan de una posición de dominio, sino también los resultantes de un comportamiento no coordinado entre empresas carentes de posición dominante alguna en mercados oligopolísticos.

De ahí que sea posible sostener que el nuevo criterio introducido por el Reglamento 139/2004 engloba ahora la totalidad de los efectos anticompetitivos susceptibles de producirse sobre los mercados oligopolísticos, así como los casos en los que la empresa resultante de la operación alcanza una posición de dominio en el mercado en el que opera. La actual normativa europea de control de concentraciones cubre, por tanto, los siguientes efectos negativos: a) por un lado, los *unilaterales*, que hacen referencia tanto al incremento del poder de mercado sin posición de dominio alguna, como a los casos de creación o reforzamiento de una posición de dominio individual, y b) por otro lado, los *coordinados*, que abarcan los supuestos de formación o consolidación de posiciones de dominio colectivas o conjuntas.

Por otra parte, el cambio de criterio sustantivo no sólo permite tener en cuenta los eventuales efectos negativos que la operación de concentración produce sobre la competencia, sino

## CONCLUSIONES

que también faculta a ponderar determinados *factores compensatorios*, así denominados por su utilidad para contrarrestar dichos efectos negativos, entre los que ocupan un lugar preferente la ausencia de barreras de entrada, el poder de la demanda, la eficiencia económica y la excepción de la empresa en crisis.

A su vez, el nuevo criterio de la obstaculización significativa de la competencia, dada su amplitud, admite acoplarse a los cambios de la realidad económica empresarial y al desarrollo de la teoría económica. Sin que pueda pasarse por alto, en último lugar, que conserva el rico acervo de catorce años de praxis y jurisprudencia comunitaria que se consiguió con la aplicación del Reglamento 4064/89, el cual sirve de guía en la aplicación del nuevo Reglamento 139/2004. Precisamente, el legislador comunitario indica en el nuevo Reglamento 139/2004 que la posición de dominio es susceptible de lesionar la competencia pero que no es el único medio que puede generar tal resultado.

En definitiva, es posible concluir que, sin lugar a dudas, *el cambio sustantivo más importante* en los veinticinco años de existencia del sistema europeo de control de concentraciones ha consistido en la recepción del nuevo criterio de la obstaculización significativa de la competencia. Transcurridos diez años desde la introducción de este criterio por obra del Reglamento 139/2004, el libro Blanco de la Comisión de 2014 comienza valorando muy positivamente su incorporación al sistema europeo de control de concentraciones. A juicio de la Comisión, la recepción de este criterio eliminó una laguna en el sistema de control, pues con anterioridad a él no estaba claro si podían o no controlarse «los efectos contrarios a la competencia derivados de una concentración de dos empresas en un mercado oligopolístico en el que la entidad resultante de la concentración no hubiera pasado a ser dominante». De ahí que el Libro Blanco atribuya al nuevo criterio de la obstaculización significativa de la competencia efectiva el mérito de haber eliminado esta incertidumbre y haber

permitido a la autoridad de control fortalecer el análisis económico en casos de concentraciones complejas.

X. Por otra parte, el nuevo criterio de la obstaculización significativa de la competencia se presenta adecuado para controlar los denominados *efectos unilaterales*. La práctica comunitaria pone de manifiesto que el estudio de esta clase de efectos es muy complejo. Principalmente, ello obedece a que esta modalidad de daño competitivo exige un análisis económico sustancial y que, además, emana de distintos escenarios. De ahí que la doctrina distinga entre *efectos unilaterales de primer y de segundo orden*. Los de primer orden son los que resultan únicamente de los mercados de productos diferenciados o heterogéneos. Mientras que los de segundo orden devienen de los supuestos en los que una de las partes es una empresa *maverick* o *díscola* que lleva a cabo un papel dinámico en una estructura de mercado.

En referencia a los *efectos unilaterales de primer orden*, su principal característica radica en que los productos de los competidores no son sustitutos perfectos, dadas las preferencias heterogéneas de los consumidores. De este modo, los consumidores se desplazan principalmente a los productos de ciertas empresas que a los del resto de operadores en el mercado. Así, en los mercados altamente diferenciados, ha de verificarse el grado de cercanía entre las empresas participantes en la operación de concentración. En particular, es necesario comprobar que las partes son la primera y segunda alternativa de los consumidores frente a un incremento de los precios y que, a su vez, los competidores y clientes no son capaces de reaccionar a tal comportamiento. Con ello se pretende apreciar la configuración de un *mercado localizado* en el que operan exclusivamente las empresas participantes, lo que les permite ejercer su poderío

## CONCLUSIONES

económico dentro de él. Por consiguiente, el *efecto directo* de las concentraciones en mercados diferenciados consiste en que al suprimirse la competencia entre los competidores más cercanos, estos podrán aumentar los precios en el mercado localizado. Pero también la operación de restructuración produce un *efecto indirecto* en el mercado general, donde los demás competidores adoptarán además una política de precios supracompetitivos de forma rentable para los consumidores –marginales– que decidan no comprar los productos de las partes. En este sentido, las autoridades de competencia a fin de ponderar el surgimiento de los efectos unilaterales en mercados altamente diferenciados deben utilizar múltiples herramientas económicas, así como desplegar un análisis competitivo estructural que comienza por la delimitación previa del mercado relevante. Precisamente, el asunto *Oracle/PeopleSoft* puso de manifiesto que la evaluación *antitrust* no puede apoyarse exclusivamente en el uso de modelos de simulación, siendo indispensable efectuar una adecuada definición del mercado de referencia. Naturalmente, la evaluación de los efectos unilaterales ha de incluir el estudio de los factores compensatorios. En definitiva, sólo mediante un *análisis global* de todas estas cuestiones es posible alcanzar una *certeza razonable* acerca de si la concentración suscita o no efectos unilaterales en industrias altamente diferenciadas.

En lo que respecta a los *efectos unilaterales de segundo orden*, su examen estriba en probar que una de las empresas participantes en la operación de concentración es una empresa *maverick*, es decir, que ejerce una presión competitiva en todo el mercado de referencia. Así pues, el daño competitivo que deviene de estas concentraciones consiste en perjudicar el normal funcionamiento de una competencia en el mercado de referencia en general. En el asunto *T-Mobile/Tele.ring* se argumentaba que al desaparecer el competidor más activo, los demás competidores disminuirían la agresividad de sus estrategias e, incluso,

aumentarían sus precios a medio plazo. En este sentido, cabe destacar que si bien el incremento generalizado de los precios es similar a los efectos coordinados, esto no significa que puedan producirse de forma simultánea. La doctrina señala que en estos casos dichos efectos pueden surgir secuencialmente. Es importante apuntar que las empresas *maverick* impiden la coordinación entre las empresas de un sector económico, pues optan por competir. En consecuencia, la eliminación de una empresa rebelde a la cooperación puede facilitar la adopción de una política común en el mercado, siempre que reúna las condiciones de la teoría Stigleriana.

**XI.** Entre los criterios guías que contempla el artículo 2.1 del Reglamento 139/2004 para auxiliar a la autoridad *antitrust* en su tarea evaluadora de las operaciones de concentración, destacan especialmente las *barreras de entrada*. Sin duda, el recurso a tal criterio constituye un elemento esencial en la determinación de la compatibilidad o incompatibilidad de las operaciones de concentración con el mercado único europeo. A través de él es posible determinar si las barreras en el mercado pueden constituir o no un medio idóneo para que la nueva entidad resultante de la concentración logre un poderío económico que le permita comportarse con cierta independencia y, de esta manera, alterar las condiciones de la libre competencia en el mercado de referencia.

En las Directrices sobre Concentraciones Horizontales, la Comisión Europea afirma que las barreras de entrada son «...*unas características específicas del mercado que otorgan a las empresas ya presentes en él unas ventajas sobre sus competidores potenciales*». El Ejecutivo comunitario opta así por el concepto Bainiano de barreras de entrada en el ámbito específico del control de concentraciones, ya que la definición propuesta tiene como base las *ventajas de los incumbentes* –o empresas ya



## CONCLUSIONES

presentes en el mercado— *sobre los competidores potenciales o actuales*, y no sólo la diferencia en sus costes. En rigor, al ser éste un concepto más amplio, su utilidad es mayor a la hora de evaluar la compatibilidad o incompatibilidad de una operación de concentración con el mercado único europeo. Se explica así la afirmación de que la concepción Bainiana está aunada a la finalidad del control de las concentraciones en el sistema europeo de defensa de la competencia: evitar que a resultas de una operación de concentración la empresa resultante sea apta para obstaculizar significativamente una competencia efectiva.

Ahora bien, es importante apuntar que mientras el concepto Bainiano y, en general, la literatura económica se basa en los factores que impiden *indefinidamente* la entrada o expansión en un mercado determinado, el Derecho europeo de la competencia, en cambio, también se preocupa de las condiciones que dificultan o retrasan sustancialmente la entrada en un mercado específico. Además, los economistas formulan un concepto de barreras de entrada enderezado a proteger el bienestar total, esto es, tanto los intereses de los consumidores como los beneficios de los productores. Sin embargo, la normativa europea de la competencia persigue unidireccionalmente la salvaguarda del bienestar de los consumidores y usuarios. En suma, desde el prisma *antitrust*, es posible definir las barreras de entrada como los obstáculos que impiden o dificultan la entrada de los competidores potenciales o la expansión de los actuales a fin de restaurar las condiciones de competencia en un mercado de referencia.

En rigor, la tarea de la Comisión Europea no sólo estriba en comprobar si las barreras de entrada son altas o bajas, esto es, en medir los obstáculos de acceso al mercado existentes en cada caso, sino también en valorar si el impacto de una concentración sobre los precios sería o no limitado por los competidores potenciales o reales. Precisamente, la Comisión Europea a fin de calificar la entrada de nuevos competidores o la expansión de los

actuales como fácil y capaz de ejercer una presión competitiva sobre la empresa resultante es necesario que sea *probable, pronta y suficiente*. Una vez que la autoridad comprueba la concurrencia acumulativa de estos criterios, la obtención de elevadas cuotas de mercado e, incluso de una cuota cercana al 100% en el mercado se relativiza sustancialmente, pues la empresa resultante no disfrutará o ejercerá un poder de mercado susceptible de lesionar el normal funcionamiento de una competencia efectiva o eficiente. Así acontece por cuanto que dicha autoridad entiende –con buen criterio– que en tales supuestos la posición de la empresa resultante de la operación sería rápidamente erosionada por la entrada de competidores potenciales o por la expansión de los actuales en el mercado de referencia. Por tanto, nada impide que una operación de concentración de la que resulte una empresa líder del mercado pueda ser declarada compatible con el mercado único europeo, siempre que en tal caso el ingreso de competidores potenciales o la expansión de los actuales contrarresten cualquier efecto anticompetitivo dimanante de la operación, esto es, un aumento de los precios, la reducción de la producción, la variedad de los productos o la innovación.

**XII.** En el ámbito del control de concentraciones, el poder de la demanda –*buyer power*– es otro factor a tener en cuenta en la evaluación de las operaciones de concentración de empresas de dimensión comunitaria. Usualmente la Comisión Europea analiza en qué medida los clientes son capaces o no de contrarrestar el poder de mercado que crea o refuerza una operación de concentración. Para ello, la Comisión valora si los clientes pueden amenazar con recurrir en un plazo razonable a fuentes alternativas de suministro en el supuesto de que la nueva entidad amenace con incrementar los precios, reducir la calidad de sus productos o deteriorar las condiciones del suministro. En este sentido, las Directrices sobre Concentraciones Horizontales señalan que dichas

## CONCLUSIONES

alternativas no sólo consisten en la aptitud de los compradores de cambiar de proveedor, sino también en las posibilidades de integrarse verticalmente en la producción del bien afectado, de apoyar la expansión ascendente o la entrada de un competidor potencial o de negarse a comprar otros productos fabricados por la empresa resultante.

Con tal propósito, el Ejecutivo comunitario valora las condiciones competitivas que imperan al momento de la notificación de la operación de concentración y, en especial, las que resultarían con posterioridad a su celebración. Así, la Comisión verifica que el poder de negociación de la demanda no sólo exista antes de la concentración, sino que subsista y sea efectivo después que se lleve a cabo la operación. Además, es necesario que el poder de la demanda garantice el mantenimiento de las condiciones de competencia en el mercado de referencia en general. En otras palabras, no basta que el poder de negociación únicamente garantice que un segmento determinado de clientes queda a salvo de un aumento significativo de los precios o de un menoscabo en las condiciones de suministro tras la operación de concentración. Por tanto, para que el poder de negociación de la demanda se reputa como un factor compensatorio de los efectos nocivos dimanantes de la operación de concentración es indispensable que los clientes lo ejerzan de forma efectiva y despliegue sus efectos en todo el sector económico relevante.

Ahora bien, cabe destacar que la práctica comunitaria pone de manifiesto que, a diferencia del criterio de las barreras de entrada, resulta poco probable que el factor del poder de la demanda pueda por sí mismo contrarrestar cualquier comportamiento contrario a la competencia de la empresa resultante de la operación de concentración, salvo que concurren circunstancias excepcionales, como el supuesto de un monopsonio, esto es, un solo comprador en el mercado, o de una estructura donde la oferta y la demanda son similares –estructuras simétricas–. No obstante, dicho factor

puede disminuir las presunciones de efectos nocivos cuando se demuestra a su vez que en el mercado relevante es probable la entrada de nuevos competidores o la expansión de los actuales. De ahí que sea recomendable que las autoridades de competencia efectúen un examen detallado, primeramente, del criterio de las barreras de entrada y, seguidamente, del poder de la demanda, pues ambos factores al ser de marcada naturaleza concurrencial y estructural se encuentren estrechamente vinculados.

**XIII.** Aunque las concentraciones de empresas suscitan serios riesgos competitivos para el normal funcionamiento de la libre competencia, también son susceptibles de generar importantes *sinergias* o *eficiencias socioeconómicas*. Y es que estas operaciones no sólo incrementan el valor de mercado de la empresa de ellas resultante, sino que al mismo tiempo permiten mejorar los sistemas de producción y distribución, lo que usualmente provoca un ahorro de costes y un descenso en los precios. Estos beneficios económicos o eficiencias suelen agruparse en varias categorías: la eficiencia *productiva*, la eficiencia *transaccional*, la eficiencia dinámica y la eficiencia *asignativa*. Todas estas modalidades de eficiencia ponen de manifiesto cómo las operaciones de concentración de empresas son instrumentos útiles para fomentar el progreso técnico y económico, lo cual puede traducirse en un beneficio para los consumidores y usuarios y, en suma, para el bien común de la sociedad.

Pero el análisis *antitrust* de las eficiencias dimanantes de las operaciones de concentración de empresas es una tarea que entraña una cierta dificultad. Al realizar esta compleja labor, la Comisión Europea ha de fijar del mejor modo posible un equilibrio entre los efectos anticompetitivos y las ventajas socioeconómicas que genera el proyecto de concentración objeto de evaluación.

## CONCLUSIONES

Además, en la mayoría de los casos es muy complicado –y en algunos casos imposible– probar los alegatos de las partes basados en los beneficios económicos resultantes de la operación. En particular, especial dificultad reviste la cuantificación monetaria de dichos beneficios y de los efectos contrarios a la competencia que provienen de la operación.

Pese a estas dificultades, la valoración y ponderación de las eficiencias económicas desempeña un papel fundamental en la evaluación de las operaciones de concentración. Así ha de afirmarse por cuanto que su constatación por parte de la autoridad *antitrust* es capaz de compensar los efectos nocivos para la competencia que produce una concentración empresarial, sirviendo de fundamento para declarar su compatibilidad con el mercado único europeo.

**XIV.** En la Unión Europea el criterio de la eficiencia económica ha sido uno de los aspectos más debatido de todos los que conforman el sistema de control de concentraciones. Los debates se iniciaron desde el mismo momento en que las instancias europeas decidieron elaborar una normativa específica de control de estas operaciones. En concreto, fue en la última etapa del proceso de negociación del Reglamento 4064/89 cuando surgió un intenso debate político entre las distintas delegaciones de los Estados miembros, partidarias unas de dotar de valor a la eficiencia y otras de negarle todo protagonismo dentro del sistema de control. Al final, el legislador comunitario optó por una fórmula de consenso o ecléctica en el Reglamento 4064/89, según se desprende de su artículo 2, apartado 1, donde se facultaba a la Comisión para evaluar las operaciones de concentración de empresas valiéndose para ello de criterios tanto concurrenciales (barreras de entrada, poder de la demanda, etc.) como extraconcurrenciales. Estos últimos se inferían principalmente de la alusión que la norma realizaba a *«la evolución del progreso técnico y económico siempre que éste fuera en beneficio de los consumidores y no constituyera*

*un obstáculo para el funcionamiento de la competencia*». Sin embargo, en la práctica la Comisión Europea se mostró normalmente reacia a tener en cuenta los beneficios económicos anudados a la operación de concentración evaluada.

El viejo debate sobre la valoración y ponderación de las eficiencias en el enjuiciamiento *antitrust* de las operaciones de concentración volvió a cobrar vigencia y relevancia, algunos años más tarde, a partir de las críticas y controversias que suscitó la decisión del asunto *General Electric/Honeywell* dictada en 2001. Ello propició que el la Comisión incluyera el criterio de la eficiencia económica en el proceso de reforma del régimen europeo de control de concentraciones que condujo al Reglamento 139/2004.

Este nuevo Reglamento reconoce expresamente el papel de la eficiencia económica a la hora de valorar la repercusión de una concentración sobre la competencia en el mercado único europeo. En concreto, en su considerando 29 se afirma que la eficiencias que derivan de una determinada concentración pueden contrarrestar los efectos anticompetitivos anudados a dicha operación –en particular, los perjuicios potenciales para los consumidores–, pudiendo sostenerse en tal caso que la operación evaluada no obstaculiza significativamente la competencia efectiva. Por otra parte, si bien es cierto que el legislador comunitario mantiene en el nuevo Reglamento prácticamente intacta la redacción del artículo 2.1 b) del Reglamento 4064/89, cabe destacar que el nuevo criterio sustantivo de evaluación acogido por el Reglamento 139/2004 –la obstaculización significativa de la competencia– facilita el examen de otras cuestiones no puramente concurrenciales, como es el caso de la eficiencia económica. Por consiguiente, es posible sostener que la actual normativa de control de concentraciones consagra definitivamente la doctrina de la excepción de la eficiencia económica o *efficiency defence*, con

## CONCLUSIONES

arreglo a la cual las ventajas económicas que derivan de la concentración enjuiciada (precios bajos y nuevos o mejores productos) pueden compensar los efectos anticompetitivos de ella dimanantes.

Añádase a lo anterior que el Reglamento 139/2004 y las Directrices sobre Concentraciones Horizontales aclaran que el examen de las eficiencias ha de realizarse a la luz del criterio que ha dado en denominarse y reconocerse como «bienestar del consumidor», con una fórmula que evoca el apartado 3 del artículo 101 TFUE. Además, las Directrices sobre Concentraciones Horizontales ofrecen al intérprete materiales interesantes en torno a determinar qué eficiencias tienen relevancia *antitrust* en el ámbito singular del control de las operaciones de concentración. En concreto, dichas Directrices insisten en que las eficiencias para que puedan ser tenidas en cuenta por la autoridad de control han de ser *verificables, específicas de la concentración y beneficiosas para los consumidores*.

**XV.** Junto a las eficiencias, otro efecto positivo que la Comisión tiene en cuenta en la evaluación de una concentración es la *excepción de la empresa en crisis (failing company o failing firm defence)*. Se trata de una excepción que permite declarar lícitas las reestructuraciones empresariales que, pese a plantear problemas de competencia, son aptas para funcionar como medidas anticrisis de empresas que por su situación ruinosas están condenadas a abandonar el mercado.

Pese a que el Reglamento 139/2004 no formula esta excepción, las Directrices sobre Concentraciones Horizontales sí recogen la experiencia acumulada por la Comisión en relación con ella. En realidad, esta instancia comunitaria sigue los tres requisitos que fueron fijados en el asunto *BASF/Eurodiol/Pantochim*. Se trata de los siguientes: 1º) que la empresa adquirida se encuentre en crisis y, en consecuencia, esté condenada a desaparecer del

mercado en un futuro próximo; 2º) que no exista otra alternativa menos perjudicial para la competencia que la operación en cuestión; y, por último, 3º) que de no ser por la operación de concentración, sería inevitable la desaparición en el mercado de los activos de la empresa en crisis.

La Comisión ha aplicado la excepción de la empresa en crisis en el reciente asunto *Nynas/Shell/Harburg Refinery* de 2 de septiembre de 2013. En él consideró que la empresa en crisis –la refinería *Harburg* propiedad de *Shell*– saldría del mercado de forma inevitable, lo que reduciría drásticamente la producción de una serie de productos derivados del petróleo (aceites de base nafténica) y, por ende, obligaría a los consumidores a pagar precios más altos, pues los productos tendrían que ser importados al mercado europeo. En la investigación llevada a cabo la Comisión verificó que la operación no era la causa del deterioro de la competencia, puesto que no existía otra alternativa menos dañina y, además, generaba eficiencias mediante la reducción significativa de los costes, lo que incidía positivamente en los consumidores. De ahí que llegara a la conclusión final de que la operación no planteaba problemas de competencia y, por ende, debía ser declarada compatible con el mercado único europeo.

Un mes después, la Comisión utilizó nuevamente la doctrina de la *failing firm defence* en la Decisión de 9 de octubre de 2013, asunto *Aegean/Olympic II*. La operación consistía en la adquisición total de *Olympic Air* por su rival *Aegean Airlines*, ambas aerolíneas griegas. Preliminarmente, la Comisión señaló que el mayor competidor de ambas empresas, *Cyprus Airways*, no ejercería una presión competitiva importante y que el mercado tenía altas barreras de entrada por lo que no se esperaba el ingreso de nuevos competidores. A raíz de estas circunstancias, la Comisión temió que la operación diera lugar a un monopolio o a una posición



## CONCLUSIONES

fuerte en el sector en cuestión. Sin embargo, en el examen de los factores compensatorios, la Comisión apreció que *Olympic Air* saldría del mercado en un futuro próximo debido a la peculiar situación de crisis en que se encontraba Grecia, que propició una caída de un 26% en la demanda del transporte nacional aéreo y un menoscabo significativo de la situación financiera de dicho operador. Por ello sostuvo que, en ausencia de la operación de concentración, *Aegean Airlines* se consolidaría como el único proveedor de servicios a nivel nacional e inevitablemente adquiriría las cuotas de la primera. Además, corroboró que *Aegean Airlines* era el único comprador creíble y, en consecuencia, que de no autorizarse la operación de concentración los activos de *Olympic* abandonarían el mercado de referencia. Todo lo anterior llevó a la Comisión a concluir que la operación propuesta no era la causa del deterioro de las condiciones de la competencia, toda vez que dicho escenario se hubiera formado con independencia de su celebración, por lo que aprobó la operación sin compromisos.

Estos casos permiten sostener que la teoría de la *failing company* se muestra como un instrumento que posibilita una cierta relajación del criterio sustantivo de la obstaculización significativa de la competencia. En ambos la Comisión concluyó que las operaciones de reestructuración no eran la causa del deterioro de la competencia. En su fundamento, la Comisión valoró los perjuicios que se ocasionarían a los consumidores en caso de que se prohibieran las operaciones, la difícil situación económica en la que operaban las empresas participantes, la crisis en Grecia y la merma en el progreso de la comunidad en general. Cabe así afirmar que en ciertas ocasiones las operaciones de concentración puedan funcionar como *instrumentos anticrisis*, coadyuvando a la conservación de organizaciones productivas que, de no ser por la operación de concentración, desaparecerían de un determinado sector económico, y todo ello con efectos muy positivos para los intereses de los consumidores y de la colectividad en general.

El fundamento de la doctrina de la *failing company* se encuentra en el propio sistema de economía social de mercado constitucionalizado en el marco de la Unión Europea que requiere, antes que nada, la existencia de empresas productivas, fuertes y eficientes (artículo 3.3 TUE). Por esta razón, el Derecho *antitrust* relaja o flexibiliza sus mecanismos sancionadores y represores en aquellas operaciones que, aunque restrictivas de la competencia, se muestran como el único medio para lograr la recuperación de empresas en crisis y garantizar la eficiencia empresarial. Operaciones, en suma, a través de las cuales se logra el aprovechamiento de empresas eficientes y productivas de las que resultan ganancias equitativas para los accionistas, los trabajadores, los consumidores y, en general, para la sociedad en su conjunto.

**XVI.** Además de analizar los efectos nocivos para la competencia derivados de la concentración y los posibles factores compensatorios a tener en cuenta, la Comisión enjuicia las cláusulas restrictivas de la competencia que pueden insertarse en estas operaciones. Para llevar a cabo esta tarea el legislador comunitario acogió desde el principio en el Reglamento 4064/89 (Considerando 25) la doctrina de origen norteamericano de las *restricciones accesorias* (*ancillary restraints* o *ancillary restrictions doctrine*). Más tarde la Comisión desarrolló los presupuestos de aplicación de esta doctrina en su Comunicación sobre restricciones accesorias de 1990.

En un primer momento, la Comisión enjuició las restricciones accesorias de manera individual y expresa. Posteriormente –en concreto, a partir de la publicación de la nueva Comunicación de 2001–, optó por no examinar explícitamente las restricciones anexas a las operaciones de concentración. Pero el Tribunal de Primera Instancia cuestionó duramente esta nueva orientación de

## CONCLUSIONES

la Comisión en torno a las restricciones accesorias en la sentencia del caso *Lagardère SCA y Canal+ SA* de 2002. Según esta resolución, el Ejecutivo comunitario estaba obligado a evaluar y a dar una respuesta adecuada cuando las partes notificaran cláusulas contractuales en concepto de accesorias a una operación de concentración. En opinión del órgano judicial, sólo el legislador comunitario –en modo alguno la Comisión– estaba habilitado para modificar dicha interpretación.

Algunos años después, el Reglamento 139/2004 fijó una nueva regla de valoración de las restricciones accesorias. En concreto, dispuso que la declaración de compatibilidad de una operación de concentración abarca automáticamente las restricciones que puedan categorizarse como accesorias, salvo que se trate de una situación nueva o sin resolver en cuyo caso la Comisión debe ponderarlas (Considerando 21).

Como es natural, la Comisión acoge el nuevo principio formulado por el Reglamento 139/2004 en la Comunicación sobre restricciones accesorias publicada en 2005. En ella define las restricciones accesorias como las cláusulas contractuales *directamente vinculadas, necesarias y proporcionales* que facilitan a las partes alcanzar los fines perseguidos por la operación de concentración. Las cláusulas restrictivas de la competencia que superen el test de accesoriedad se reputan lícitas y quedan al margen de la prohibición de los artículos 101 y 102 TFUE. Sin embargo, las limitaciones de la competencia que sean innecesarias y disociables de la concentración empresarial se estudian a la luz del artículo 101 de TFUE, como una posible práctica colusoria lesiva para la competencia efectiva.

Detrás de la doctrina de las restricciones accesorias está la idea de la unidad del sistema jurídico: el carácter unitario del ordenamiento exige no considerar ilícitos por el Derecho *antitrust* los acuerdos o pactos que son inmanentes al Derecho contractual,

en cuanto que imprescindibles para que determinados contratos produzcan los efectos que le son propios. Ambos sectores, pese a sus diversas funciones político-jurídicas y normativas, no deben entrar en contradicciones. De ahí que esta doctrina legal se nos presente como un punto de confluencia entre el Derecho de la competencia y el Derecho patrimonial privado; o, si se prefiere, como una clara manifestación de la idea de unidad del sistema jurídico, tan necesaria para evitar los conflictos entre normas pertenecientes a un mismo ordenamiento. Y es que, en efecto, para que determinados negocios o actos jurídicos puedan desplegar sus efectos y cumplir sus fines, se hace necesario restringir, dentro lógicamente de ciertos límites, la libertad de acción en el mercado de todos, algunos o alguno de los sujetos que en ellos participan. Se trata de negocios o actos jurídicos considerados lícitos por el Derecho patrimonial y cuya celebración produce el efecto de estimular y reforzar la eficiencia empresarial y la institución misma de la competencia.

El ejemplo paradigmático en esta materia lo constituyen los contratos de cesión *inter vivos* de empresa (venta y arrendamiento de empresa). Permitir la celebración de estos negocios es una medida beneficiosa para la eficiencia empresarial y, a la larga, para el funcionamiento competitivo del mercado, por cuanto que estimula a los empresarios titulares de las empresas a ser más eficientes, animándoles a hacer de sus empresas organizaciones económicas productivas y eficientes. Y es que sólo de este modo podrán venderlas o arrendarlas a cambio de un buen precio o de una buena renta cuando lo consideren oportuno. Pero para que una empresa pueda ser efectivamente transmitida (vendida o arrendada), han de fijarse determinadas restricciones a la libertad de competir del transmitente (vendedor o arrendador). En particular, el *tradens* deberá obligarse a no realizar durante un cierto tiempo una actividad empresarial que pudiera ser competitiva

## CONCLUSIONES

con la desplegada por el *accipiens* a través de la empresa adquirida, pues si no fuera así y el *accipiens* lo hubiera sabido con anterioridad a la venta, ésta muy probablemente no habría llegado a celebrarse.

Pues bien, dado que estos negocios estimulan a los empresarios a ser más eficientes y dado, también, que los sistemas económicos constitucionalizados (el norteamericano por supuesto, pero también el comunitario europeo y el español) requieren empresas productivas, fuertes y eficientes, se impone al Derecho de defensa de la competencia no intervenir ante estas cláusulas limitativas de la libertad de competir, ya que con ellas se trata, precisamente, de contribuir a garantizar y lograr la eficiencia empresarial y, en última instancia, el mejor funcionamiento del sistema competitivo. Se explica así la afirmación que ve en la *ancillary restraints doctrine* una manifestación expresa de la idea de unidad del sistema jurídico.

**XVII.** A todas las conclusiones precedentes, hemos de añadir una última, a modo de epílogo del trabajo, relativa a las conexiones que cabe realizar entre el sistema de control de concentraciones y el entero sistema *antitrust* de la Unión Europea que tiene su centro neurálgico en el artículo 101 TFUE; asunto que nunca hemos querido obviar en nuestra investigación, sino todo lo contrario, tener muy presente por cuanto que el ordenamiento en su conjunto se nos presenta como un sistema jurídico al que el jurista necesariamente debe prestar atención.

Como nos ha permitido comprobar la presente investigación, tras la constatación de los efectos anticompetitivos, la autoridad *antitrust* lleva a cabo el análisis de los posibles efectos compensatorios que emanan de una concentración y que sirven como contrapeso de aquéllos. Estos efectos pueden ser tanto de índole concurrencial como extraconcurrencial. Entre los primeros se encuentran el poder de la demanda, los competidores

potenciales y la ausencia de barreras de entradas. Mientras que los criterios de naturaleza extraconcurrential son las eficiencias y la excepción de la empresa en crisis.

En rigor, si una operación de concentración plantea problemas de competencia mediante la creación o el reforzamiento de una posición de dominio individual o colectiva o por dotar a una empresa de capacidad para manipular los factores de la competencia, ésta sería declarada incompatible si sólo se tomaran en cuenta criterios estrictamente concurrentiales. Sin embargo, la solución puede ser distinta si se consideran otros criterios extraconcurrentiales tales como el beneficio de los consumidores y el progreso técnico o económico. En tal sentido, cabe sostener que el Reglamento 139/2004, al igual que su predecesor (Reglamento 4064/89), faculta y exige a la autoridad *antitrust* a integrar criterios de naturaleza extraconcurrential en el juicio de licitud (compatibilidad) e ilicitud (incompatibilidad) de una concentración.

Esta posibilidad de tener en cuenta valores extraconcurrentiales encuentra su fundamento en diferentes razones: 1º) La primera radica en el criterio guía de los intereses de los consumidores (tanto intermedios como finales) y el progreso técnico o económico plasmado en el artículo 2 b) del Reglamento 139/2004. 2º) La segunda se encuentra en el considerando 23 del Reglamento que exige a la autoridad de control enmarcar su evaluación dentro de los objetivos fundamentales de la Unión Europea fijados en el artículo 4 del TFUE, dentro de los que se encuentra la cohesión económica y social

Además, existen otras razones de carácter teleológico-sistemático que apoyan la solución a la que nos referimos. La principal radica en el modelo de competencia sobre el que se inspira el Reglamento 139/2004. Este modelo es el de la competencia imperfecta, monopolística, practicable, funcional,

## CONCLUSIONES

efectiva, eficiente o, según el Reglamento, efectiva, que persigue el logro del progreso técnico o económico y, en definitiva, de la eficiencia.

Resplandece aquí, con relativa nitidez, la fisonomía del que podríamos denominar *ilícito estructural por concentraciones*, a fin de diferenciarlo de los *ilícitos de conducta* de los artículos 101 (prácticas colusorias) y 102 (prácticas abusivas de posiciones de dominio) del TFUE: como todo ilícito *antitrust*, parte de entender que la defensa de la competencia no es un valor absoluto sino relativo y, en consecuencia, que es posible -y recomendable- sacrificar una cierta dosis de competencia a través de maniobras de concentración de empresas si los perjuicios que con ellas se causan al orden concurrencial del mercado son compensados por determinadas eficiencias, sobre todo cuando éstas se traducen en ventajas para los consumidores y usuarios.

De modo que lo que inicialmente vino a establecer el ya derogado Reglamento 4064/89 y lo que ahora dispone el vigente Reglamento 139/2004 es que han de considerarse prohibidas aquellas operaciones de concentración de empresas de dimensión comunitaria que resultan incompatibles con el mercado único por obstaculizar significativamente la competencia efectiva, a menos que las obstaculizaciones causadas puedan compensarse con determinadas eficiencias beneficiosas para los consumidores y usuarios.

Lo anterior permite constatar una más que evidente conexión entre el sistema de control de concentraciones ex Reglamento 139/2004 y la que ha sido denominada, con muy buen criterio, *norma dominante* del Derecho comunitario de defensa de la competencia, esto es, el apartado 3 del artículo 101 TFUE, que faculta a la autoridad *antitrust* a autorizar determinadas conductas colusorias restrictivas de la competencia cuando de ellas se derivan beneficios para el progreso técnico y económico y los

intereses de los consumidores y usuarios que compensen aquellas restricciones.

No puede negarse que en el referido apartado 3 del artículo 101 TFUE subyace de forma muy clara el modelo de competencia imperfecta, efectiva, eficaz o eficiente al que antes nos hemos referido. Un modelo que no sólo se hace presente en el ámbito de las prácticas colusorias. Aunque en este asunto no podemos detenernos, también impregna el enjuiciamiento de las prácticas abusivas de posiciones dominantes ex artículo 102 TFUE

Es más, como acabamos de poner de manifiesto, igualmente se hace realidad en el ámbito del control de las concentraciones de empresas. Y es que, ciertamente, según se infiere de la normativa reguladora de esta materia y de la aplicación práctica que de ella vienen realizando las autoridades *antitrust*, la preocupación por la lesión en la competencia derivada de estas operaciones estructurales, aun siendo lógicamente muy importante, pasa a un segundo plano cuando las empresas en ellas implicadas logran acreditar que a través de la operación se consiguen determinadas eficiencias.

A la vista de lo anterior, cabe concluir que el Reglamento 139/2004 no es, en rigor, una norma de control de las operaciones de concentración de empresas restrictivas de la competencia, sino una norma de control de estas operaciones en todas aquellas hipótesis en que no compensen las restricciones concurrenciales de ellas derivadas con eficiencias beneficiosas para los consumidores y usuarios. Lo que, en el fondo, debe llevar a sostener –en la línea ya defendida por los Profesores Font Galán y Miranda Serrano– que en el Derecho comunitario *antitrust*, en general, y en el ámbito aquí analizado del control de las concentraciones económicas, en particular, el valor de la eficiencia (que, a nuestro juicio, habría de comprender tanto la económica



## CONCLUSIONES

como la social) está por encima incluso del valor de la competencia.

## **BIBLIOGRAFÍA**

## BIBLIOGRAFÍA

ALFARO AGUILA-REAL, J., «La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatística del derecho monopolio», en *Indret*, núm. 4, 2004, pp. 1 a 31.

ALLENDESALAZAR CORCHO, R., «Pistoletazo de salida a la creación de la CNMC», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 34, 2013, pp. 5 a 9.

ALONSO SOTO, R., «Derecho de la competencia (I). Introducción y Derecho Comunitario», en AA.VV. (dirs. URÍA, R./ MENENDEZ, A.), *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo 1, 2ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 277 a 295.

- «Derecho de la Competencia (III). El control de las concentraciones de empresas», en AA.VV. (URÍA, R./MENENDEZ MENENDEZ, A.), *Curso de Derecho mercantil*, volumen 1, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 335 y 336.
- «Fusiones y adquisiciones y Derecho de la competencia: El control de las operaciones de concentración económica», en AA.VV. (dirs. ALVAREZ ARJONA, A. y otros), *Adquisiciones de Empresas*, Aranzadi, 2013, pp. 827 a 874.
- «La reforma de la normativa comunitaria de control de concentraciones de empresas: los cambios en materia de procedimiento», en AA.VV. (dir. BENEYTO PÉREZ, J.M.), *Control de concentraciones empresariales. Reforma de las normativas comunitaria y española. Análisis sectorial*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 23 a 33.

ALTZELAI ULIONDO, I., «Algunas cuestiones del análisis antitrust: delimitación del mercado de referencia y efectos sobre el comercio intracomunitario», en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 2011, núm. 9, pp. 51 a 72.

ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION, *Report and Recommendations*, abril de 2007, disponible en: [http:// govinfo. library. unt. edu/ amc/ report\\_ recommendation/ amc\\_ final\\_ report. pdf](http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf).

AREEDA, P.E./HOVENKAMP, H./SOLOW, J.L., *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 2ª ed., Aspen Law Business, volumen IV, New York, 2005.

ARMENGOL I GASULL, O., «Derecho de la competencia en tiempos de crisis», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 8, 2009, pp. 5 a 7.

ARMENGOL I GASULL, O./PASCUAL MORCILLO, A., «Participaciones minoritarias y Derecho de la competencia», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2004, pp. 229 a 258.

## BIBLIOGRAFÍA

ARTS, D., «'Schneider' and the non-contractual liability of the European Community in the Field of merger control ECJ: case C-440/07P *Commission v Schneider*», en *Journal of European Competition Law & Practice*, núm. 1, 2010, pp. 27 a 30.

ASSIMAKIS, K./JERAM, J. «Changing minds in changed circumstances: Aegan/Olympic II and the failing firm defence», en *Journal of European Competition Law & Practice*, núm. 9, 2014, pp. 605 a 615.

BACCARO, V., «Failing firm defence and lack of causality: doctrine and practice in Europe o two closely related concepts», en *European Competition Law Review*, núm. 1, 2004, pp. 11 a 24.

- «The Commission closes probe into pay-TV industry in Italy approving Newscorp/Telepiù merger deal», en *Competition Policy Newsletter*, núm. 2, 2003, pp. 8 a 11.

BAIN, J.S., *Barriers to new competition*, Harvard University Press, Cambridge, 1956.

- *Industrial Organization*, 2ª ed., Wiley, New York, 1968.

BAÑO FOS, J., «The debate over minority shareholdings revisited: the need for a better harmonization with corporate law», en AA.VV. (coord. ORTIZ BANCO, L. y otros), *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, volumen XI, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 313 a 334.

BARDON FERNANDEZ-PACHECO, M., «Las participaciones minoritarias en empresas competidoras», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2013, pp. 301 a 320.

BARRANTES, B., «Artículo 10. Criterios de valoración sustantiva », en AA.VV., (Dir. ODRIOZOLA, M.), *Derecho español de la competencia*, Tomo 1, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 312 a 369.

BAUDENBACHER, C./BREMER, F., «European state aid and merger control in the financial crisis –from negative to positive integration», en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2010, núm. 4, pp. 267 a 285.

BAVASSO, A./LINDSAY, A., «Causation in EC Merger Control», en *Journal of Competition Law and Economics*, núm. 2, 2007, pp. 181 a 202.

BELLO MARTIN-CRESPO, M.P., «Control de concentraciones de empresas», en AA.VV. (coords. HERNANDEZ RODRIGUEZ y otros), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, 1ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 333 a 420.

- «La segunda reforma del Reglamento comunitario sobre el control de concentraciones. Libro verde y propuesta de reforma», en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, tomo 23, pp. 1125 a 1157.

- «Nueva comunicación en materia de concentraciones. *Consolidated jurisdictional notice*», en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, tomo 27, 2006-2007, pp. 513 a 534.
- «Seis años de defensa de la competencia en concentraciones de empresas realizadas en la CE», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 224, 1997, pp. 887 a 912.
- *Concentración de empresas de dimensión comunitaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

BERENGUER FUSTER, L., «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento comunitario de concentraciones», en *Anuario de la Competencia*, núm.1, 2004, pp. 78 a 118.

- «La reforma del reglamento de concentraciones: del libro verde a la propuesta de la Comisión», en AA.VV. (coords. ORTIZ BLANCO/GUIRADO GALIANA), *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, volumen V, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 349 a 406.

BERENGUER O'SHEA, P./PEREZ LAMAS, V., *El control comunitario de concentraciones de empresas y la invocación de intereses nacionales. Crítica del artículo 21.3 del Reglamento 4064/89*, Instituto de Estudios Europeos-Universidad San Pablo-CEU, Madrid, 2003.

BISHOP, S./WALKER, M., *The Economic of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3ª ed., Sweet and Maxwell, London, 2010.

BLANQUEZ PALASI, L., «La noción de efectos unilaterales en el Reglamento comunitario 139/2004 de control de concentraciones y en las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales: especial atención a los asuntos GE/Instrumentarium y Oracle», en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 238, 2005, pp. 40 a 55.

BORK, R., *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*, The Free Press, New York, 1993.

- «Ancillary restraints and the Sherman Act», en *American Bar Association, Section of Antitrust Law*, volumen 15, pp. 211 a 234.

BORREL ARQUE, J.R./COSTAS COMESAÑA, A., «La política europea de control de concentraciones en entredicho: el caso Airtours/First Choice», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2002, pp. 203 a 219.

BOYCE, J./JEFFS, C., «Merger Control», en AA.VV. (BELLAMY/CHILD), *European Union Law of Competition*, ed. 7ª, Oxford University Press, United Kingdom, 2013, pp. 513 a 672.

## BIBLIOGRAFÍA

BRIGHT, C./PERSSON, C., «Article 22 of the EC Merger Regulation: An Opportunity Not to be Missed?», en *European Competition Law Review*, pp. 490 a 497.

BRIONES, J./FOLGUERA, J./FONT, A./NAVARRO, E., *El control de concentraciones en la Unión Europea: la práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento (CEE) 4064/89 por el Reglamento (CE) 1310/97*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

- *Merger Control in the European Union. Law, Economics and Practice*, 2ª ed., Oxford University Press, New York, 2005.

BURNSIDE, A., «GE, Honey, I sunk the merger», en *European Competition Law Review*, 2001, núm. 2, pp. 107 a 110.

BUSDZINSKI, O./CHRISTIANSEN, A., «The Oracle/PeopleSoft case: Unilateral Effects, Simulation Models and Econometrics in Contemporary Merger Control», en *Legal Issues of Economic Integration*, volumen 32, núm. 2, pp. 133 a 166.

CABRAL, L.M., *Introduction to Industrial Organization*, Massachusetts Institute of Technology Press, Cambridge, 2000.

CAFFARRA, C./COSCELLI, A., «Merger to monopoly: NewsCorp/Telepiú», en *European Competition Law Review*, núm. 11, 2003, pp. 625 a 627.

CALVIÑO SANTAMARIA, N., «El Reglamento 139/2004: novedades sustantivas en el sistema comunitario de control de concentraciones», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2003, pp. 57 a 88.

- «Regulación y competencia en telecomunicaciones: los retos derivados del nuevo marco normativo», en *Información Comercial Española, Revista de economía*, núm. 832, 2006, pp. 57 a 74.
- «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias en el análisis de las concentraciones empresariales», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2002, pp. 67 a 92.

CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Las concentraciones de empresas*, Colex, Madrid, 2006.

CAPOBIANCO, A., «An international perspective», en *Concurrences: Revue des Droits de la Concurrence*, núm. 2, 2010, pp. 19 a 22.

CARLTON, D.W., «Why Barriers to Entry Are Barriers to Understanding», en *American Economic Review*, volumen 94, núm. 2, 2004, pp. 466 a 470.

CHAMORRO GONZALEZ, I., «La noción de posición de dominio y su determinación», en AA.VV. (coords. ORTIZ BLANCO y otros), *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, volumen 2, Dykinson, 1999, pp.91 a 97.

CHARRO NICOLAS, P., «Reseña de la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 2007, As. T-351/2003, *Schneider Electric SA c. Comisión*», en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 2, 2008, pp. 329 a 334.

CHRISTENSEN, P./FOUNTOUKAKOS, K./SJÖBBLÖM, D., «Mergers», en AA.VV. (eds. FAULL/NIKPAY.), *The EC Law of Competition*, 2ª ed., Oxford University Press, New York, 2007, pp. 421 a 592.

COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Decimonoveno informe sobre la política de competencia*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Bruselas-Luxemburgo, 1990.

- *XXI Informe sobre política de competencia*, Oficina de publicaciones de las Comunidades Europeas, Bruselas – Luxemburgo, 1992.
- «Definición de mercado de referencia», en [http://europa.eu/legislation\\_summaries/competition/firms/l26073\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26073_es.htm).
- *Decimosexto informe sobre la política de competencia*, Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades europeas, Luxemburgo-Bruselas.
- *Informe sobre la política de competencia 2006*, Oficina de Publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, Bruselas-Luxemburgo, 2007.

COOK, J./KERSE, C., *EC Merger Control*, 5 ed., Sweet & Maxwell - Thomson Reuters, London, 2009.

COSTAS COMESAÑA, J., «Prohibición de acuerdos colusorios», en AA.VV. (coords. BELLO MARTIN-CRESPO/HERNANDEZ RODRIGUEZ), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, 1ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 65 a 111.

- *Los cárteles de crisis. (Crisis económica y defensa de la competencia)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.-«Cárteles de crisis», en AA.VV. (dirs. MARTINEZ LAGE/PETITBO JUAN), *El Derecho de la competencia en tiempos de crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 43 a 64.
- COSTAS COMESAÑA, J., *Los cárteles de crisis. (Crisis económica y defensa de la competencia)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

CRA INTERNATIONAL, «Tomtom/Tele Atlas: The Non-Horizontal Merger Guidelines in Practice», en *European Competition Law Review*, volumen 30, núm. 1, 2009, pp. 1 a 3.



## BIBLIOGRAFÍA

DAVIS, P./COOPER, A., «On the evidence used to evaluate failing firm counterfactuals», en *Concurrences: Revue des Droits de la Concurrence*, núm. 2, 2010, pp. 12 a 15.

DAWES, A./PECI, K., «"Sorry, but there's nothing we can do to help": Schneider II and the extra-contractual liability of the European Commission in merger cases», en *European Competition Law Review*, núm. 3, 2008, pp. 151 a 161.

DEATON, A./MUELLBAUER, J., «An Almost Ideal Demand System», en *American Economic Review*, volumen 70, núm. 3, 1980, pp. 312 a 326.

DIEZ ESTELLA, F., «Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre definición de mercado relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU», en *Anuario de la Competencia*, 2001, pp. 321 a 349.

- «La fusión entre Antena 3 y La Sexta. Comentario de urgencia y análisis... ¿antitrust?», en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 12, 2013, pp. 195 a 210.

DOMINGUEZ PEREZ, M.D./BURNLEY, R., «The Article 9 Referral Back Procedure: A Solution to the Jurisdictional Dilemma of the European Merger Control», en *European Competition Law Review*, pp. 364 a 374.

EPSTEIN, R.J./RUBINFELD, D.L., «Merger simulation: a simplified approach with new applications», en *Antitrust Law Journal*, volume 69, núm. 3, 2002, pp. 883 a 919.

FEDDERSEN, C./O'DONOGHUE, R., «Case T-342/99, *Airtours plc. v. Commission*, Judgment of the Court of First Instance of 6 June 2002, nyr», en *Common Market Law Review*, volumen 39, núm. 5, 2002, pp. 1171 a 1185.

FEDERAL TRADE COMMISSION AND DEPARTMENT OF JUSTICE, *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*, 2006, disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/215247.htm>.

FERNANDEZ DE ARAOZ GOMEZ-ACEBO, A., «El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia: reflexiones en torno al mercado, la libre competencia y la geometría», en *Revista general de Derecho*, núm. 589-590, 1993, pp. 10057 a 10131.

FERNANDEZ TORRES, I., «Control de las concentraciones (I): cuestiones sustantivas», en AA.VV. (SIGNES DE MESA, J.I./FERNANDEZ TORRES, I./FUENTES NAHARRO, M.), *Derecho de la Competencia*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2013, pp. 319 a 358.

FERNANDEZ, C., «La supervivencia de las compañías en crisis», en AA.VV. (dirs. MARTINEZ LAGE/PETITBO JUAN), *El Derecho de la competencia en tiempos de crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 127 a 144.

FOLGUERA CRESPO, J./VIDAL MARTINEZ, P., «De las concentraciones económicas», en AA.VV. (dirs. MASSAGUER FUENTES, J. y otros), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 345 a 545.

FONT GALAN J.I./MIRANDA SERRANO L.M., *Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

FONT GALAN, J. I./MIRANDA SERRANO, L.M./PAGADOR LOPEZ, J./VELA TORRES, P.J., «Viabilidad antitrust de las soluciones concursales de conservación de la empresa», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 252, 2004, pp. 463 a 532.

FONT GALAN, J.I., *La libre competencia en la comunidad europea*, Studia Albornotiana, Bolonia, 1986.

- *Constitución económica y derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987.
- «La empresa en el Derecho Mercantil», en AA.VV., (coord. Jiménez Sánchez) *Derecho Mercantil I*, volumen 1º, Marcial Pons, 2010, pp. 61 a 86.
- «La empresa como objeto de negocios jurídicos», en AA.VV., (coord. Jiménez Sánchez) *Derecho Mercantil*, op. cit., pp. 87 a 110.

FOUNTOUKAKOS, K./GEARY, L., *Time to bid farewell to the failing firm defense? Some Thoughts in the wake of Nynas/Shell and Olympic/Aegean*, disponible en: [https:// www. competition policy international. com/ assets/ Uploads/ EuropeDecember2. pdf](https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/EuropeDecember2.pdf).

FRIEDMAN, D., «Non-Competition Agreements: Some alternative Explanations», disponible en: [http:// www. daviddfriedman. com/ Academic/ non-comp/ Non-Competition.html](http://www.daviddfriedman.com/Academic/non-comp/Non-Competition.html).

FUENTES NAHARRO, M., «Prácticas colusorias entre empresas (II). Excepciones», en AA.VV. (SIGNES DE MESA, J.I./FERNANDEZ TORRES, I./FUENTES NAHARRO, M.), *Derecho de la Competencia*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2013, pp. 129 a 148.

GADAS, R./KOCH, O./PARPLIES, K./BEUVE-MERY, «Ryanair/Aer Lingus: Even “low cost” monopolies can harm consumers», en *Competition Policy Newsletter*, núm. 3, 2007, pp. 65 a 72.

GALAN CORONA, E., «Prohibición de prácticas colusorias (I): Visión general», en AA.VV. (dir. BENEYTO PEREZ, J.M.), *Tratado de Derecho de la competencia. Unión Europea y España*, Bosch, 2005, pp. 173 a 225.

## BIBLIOGRAFÍA

GANDHI, A./FROEB, L./TSCCHANTZ, S./WERDEN, G.J., «Post-merger product repositioning», en *The Journal of Industrial Economics*, volumen 56, núm. 1, 2008, pp. 49 a 67.

GIBBONS R., *Un primer caso de teoría de los juegos*, Bosch, Barcelona, 1993.

GILBERT, R., «Mobility Barriers and the Value of Incumbency», en AA.VV. (eds. SCHMALENSEE, R./WILLIG, R. D.), *Handbook of industrial organization*, Amsterdam:North-Holland, 1989, pp. 475 a 535.

GIPINNI FOURNIER, E., «El ABC del índice UPP: una herramienta útil para el examen de efectos unilaterales en operaciones de concentración», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 16, 2010, pp. 47 a 53.

GONZALEZ DIAZ, F.E., «Las nuevas directrices sobre concentraciones horizontales en Estados Unidos», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 20, 2011, pp. 5 a 8.

- «The notion of Ancillary Restraints Under EC Competition Law», en *Fordham International Law Journal*, volumen 19, núm. 3, 1995, pp. 951 a 998.
- «Minority shareholdings and creeping acquisitions: the european union approach», en *Fordham Competition Law Institute: International Antitrust Law & Policy*, 2012, pp. 423 a 498.

GONZALEZ-DIAZ, F.E./CARPI, J.M., «La noción de concentración económica y la evaluación de sus efectos en los ordenamientos comunitario y español», en AA.VV. (dir. BENEYTO PEREZ, J.M), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, Tomo 1, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 629 a 750.

GOÑI URRIZA, *Problemas de aplicabilidad del Reglamento (CEE) sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas*, Comares, Granada, 1997.

GORRIZ LOPEZ, C., «Control de las concentraciones», en AA.VV. (dir. GARCIA-CRUCES, J.A.), *Tratado de Derecho de la competencia y publicidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 335 a 417.

GRAVE, C., «Merger control in the banking sector during the financial crisis», en *Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht*, núm. 178, 2012, pp. 1 a 17.

GUERRERO PIÑAR, «Reseña de la Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2008, M.5086, *BAT/Skandinavisk Tobakskompagi*», en *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, núm. 9, 2009, pp. 394 a 395.

GUTIERREZ AZANZA, D., «Reseña de la Decisión de la Comisión de 12 de diciembre de 2006, asunto M.4187, *Metso/Aker Kvaerner*», en *Revista*

*de Derecho de la Competencia y Distribución*, núm. 4, 2009, pp. 375 a 378.

GUTIERREZ, I./PADILLA, A.J., «Economía de la competencia», en AA.VV. (dir. BENEYTO PEREZ, J.M.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, Tomo 1, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 1 a 48.

HARBORD, D./HOEHN, T., «Barriers to Entry and Exit in European Competition Policy», en *International Review of Law and Economics*, volumen 14, núm. 4, 1994, pp. 411 a 435.

HARKER, M., «Antitrust Law and Administrability: consumer versus total welfare», en *World Competition: Law and Economics Review*, volumen 34, núm. 3, 2011, 433 a 447.

HERGUERA, I./PETITBO JUAN, A., «La determinación del mercado relevante y de las barreras de entrada, pieza clave del Derecho de la Competencia», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2000, pp. 53 a 78.

HERNANDEZ RODRIGUEZ, F., «La posición dominante conjunta en el Derecho comunitario de la competencia», en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, tomo 21, 2000, pp. 91 a 106.

HERNANDEZ, J.C., *El régimen jurídico-administrativo de las concentraciones de empresas en el Derecho Comunitario (test sustantivo y control judicial)*, Aranzadi, Navarra, 2011.

HERRERO SUAREZ, C., «Control de las concentraciones de empresas», en AA.VV. (coord. VELASCO SAN PEDRO, L.A.), *Derecho europeo de la competencia: antitrust e intervenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 437 a 481.

- «El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia comunitario», en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, tomo 23, 2002, pp. 113 a 145.
- «La excepción de empresa en crisis (*failing firm defense*) en el control de la concentración empresarial. Análisis comparado entre el Derecho *antitrust* estadounidense y el Derecho de la competencia comunitario europeo», en *Revista de Derecho bancario y bursátil*, núm. 84, 2001, pp. 144 a 170.

HOUTART, F., *El bien común de la humanidad*, Instituto de Altos Estudios Nacionales, Quito (Ecuador), 2013.

HOVENKAMP, H., *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, 4ª ed., West Publishing Co., United States of America, 2011.

## BIBLIOGRAFÍA

- «Antitrust and the Costs of Movement», en *Antitrust Law Journal*, volume 78, núm. 1, 2012, pp.67 a 104.
- IVALDI, M./JULLIEN, B./REY, P./SEABRIGHT, P./TIROLE, J., *The Economics of Unilateral Effects*, IDIE, Toulouse, disponible en [http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies\\_reports/the\\_economics\\_of\\_unilateral\\_effects\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_unilateral_effects_en.pdf).
- IVERSEN, H., «The efficiency defence in EC merger control», en *European Competition Law Review*, núm. 9, 2010, pp. 370 a 375.
- JABELLI, K.H., «EU Ancillary Restraints: A Reasoned Approach to Article 101 (1)», disponible en: [http:// papers. ssnr. com/ sol3/ papers. Cfm ? abstract\\_id = 2166318](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2166318).
- JIMENEZ DE LAIGLESIA, J.M., « Derecho de la competencia y oligopolio», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 23, 1995, pp. 119 a 172.
- JIMENEZ LAIGLESIA, J./JIMENEZ LAIGLESIA, J.M., «La revisión del análisis comunitario europeo de concentraciones horizontales. Una primera aproximación al proyecto de comunicación (PC) de la Comisión Europea relativa a la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2001, pp. 221 a 240.
- JONES, A./SUFIRIN, B., *EU Competition Law: text, cases, and materials*, Oxford University Press Inc., 4ª ed., New York, 2011.
- JULLIET HEIT, LL.M., «The Justifiability of the ECJ's Wide Approach to the Concept of "Barriers to Entry"», en *European Competition Law Review*, volumen 27, núm. 3, 2006, pp. 117 a 123.
- KARLSSON, J., «Clearance of Near-duopoly», en *European Competition Law Review*, núm. 9, 2006, pp. 514 a 518.
- KATZ, M.L./SHELANSKI, H.A., «Mergers and innovation», en *Antitrust Law Journal*, vol. 74, núm. 1, 2007, pp. 1 a 85.
- KIRKWOOD, J.B./ZERBE, R.O., «The Path to Profitability: Reinvigorating the Neglected Phase of Merger Analysis», en *George Mason Law Review*, volumen 17, núm. 1, 2009, pp. 39 a 117.
- KNABLE GOTTS, I./GOLDMAN, C.S., «The role of efficiencies in M&A global antitrust review: still in flux?», en *Fordham Competition Law Institute: International Antitrust Law & Policy*, 2003, pp. 201 a 300.
- KOCMUT, F., «Efficiency Considerations and Merger Control- Quo Vadis, Commission?», en *European Competition Law Review*, núm. 1, 2006, pp. 21 a 26.
- KOKKORIS, I., «Failing firm defence under the Clayton Act», en *European Competition Law Review*, núm. 3, 2007, pp. 158 a 166.

- «Failing firm defence in the European Union: a panacea for mergers?», en *European Competition Law Review*, núm. 9, 2006, pp. 494 a 509.
- *Merger Control in Europe: The gap in the ECMR and National Merger Legislations*, Routledge, London, 2011.

KOLASKY, W.J./DICK, A.R., «The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into antitrust Review of Horizontal Merger», disponible en: <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11254.pdf>.

KORAH, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, 9ª ed., United States, 2007.

LAGUNA DE PAZ, J.C., «Responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea en materia de concentraciones empresariales, a propósito de la STPI de 9 de septiembre de 2008, asunto *Airtours*», en *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, núm. 4, 2009, pp. 247 a 256.

LEARY, T.B., «An inside look at the Heinz Case», en *Antitrust*, volumen 16, núm. 2, 2002, pp. 32 a 35.

LINDSAY, A./BERRIDGE, A., *The EU Merger Regulation: Substantive Issues*, 4ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2012.

LOPEZ MIÑO, A., «Abuso de posición de dominio», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 330, 2012, pp. 27 a 44.

LÜBKING, J., «Commission adopts Jurisdictional Notice under the Merger Regulation», en *Competition policy newsletter*, núm. 3, 2007, pp. 1 a 5.

LUEBKING, J., «T-Mobile Austria/tele.ring: Remediating the loss of a maverick», en *Competition policy Newsletter*, núm. 2, 2006, pp.46 a 50.

MAICAS LOPEZ, J./POLO REDONDO, Y./SESE OLIVAN, F.J., «El papel de los efectos de red y los costes de cambio en la elección de la compañía de telefonía móvil», en *Revista europea de dirección y economía de la empresa*, núm. 3, 2010, pp. 161 a 172.

MAILLO GONZALEZ-ORUS, J., *Empresas en participación (joint ventures) y Derecho comunitario de la competencia*, Bosch, Barcelona, 2007.

MARCOS FERNANDEZ, F., «El procedimiento de control de concentraciones y la supervisión por organismos reguladores de las Ofertas Públicas de Adquisición (I)», en *Derecho de los negocios*, núm. 220, 2009, pp. 5 a 37.

- «El procedimiento de control de concentraciones y la supervisión por organismos reguladores de las Ofertas Públicas de

## BIBLIOGRAFÍA

Adquisición (II)», en *Derecho de los negocios*, núm. 221, 2009, pp. 5 a 29.

- «El control de las concentraciones como defensa frente a las OPAS hostiles: reflexiones sobre el caso Oracle/Peoplesoft», en *Anuario de la Competencia*, pp. 173 a 192.

MARTI MIRAVALLS, J., «Las restricciones accesorias, necesarias y proporcionadas en el contrato de franquicia», en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, Tomo 28, 2007-2008, pp. 341 a 370.

MARTINEZ GARCIA, C., «El caso Airtours: ¿una nueva definición de dominio colectivo?», *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 1999, pp. 335 a 350.

MARTINEZ LAGE, S. «La reforma del Reglamento comunitario de concentraciones», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 229, 2004, pp. 3 a 13.

MARTINEZ LAGE, S., «El nuevo reglamento sobre el control de concentraciones», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 229, enero/febrero 2004, pp. 3 a 13.

MARTINEZ MATA, Y., «La saga Schneider: un final decepcionante», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2009, pp. 333 a 351.

MATA FERNANDEZ-BALBUENA, G., «Las barreras para la entrada de competidores potenciales a los sectores de actividad y su influencia en la posibilidad de obtener beneficios en los mismos», en *Revista de dirección, organización y administración de empresas*, núm. 36, 2008, pp. 69 a 72.

MCAFEE, R.P./MAILON H.M./WILLIAMS, M.A., «What is a Barrier to entry?», en *American Economic Review*, volumen 94, núm. 2, 2004, pp. 461 a 465.

MENDES PEREIRA, M., «Recent consolidation in the European pay-TV sector», en *Competition Policy Newsletter*, núm. 2, 2003, pp. 29 a 39.

MEROLA, M., «El nuevo control comunitario de las concentraciones de empresas: el Reglamento núm.1310/97 que modifica el Reglamento 4064/89», en *Derecho de los Negocios*, núm. 90, 1998, pp. 1 a 20.

METAXAS, G./ARMENGOD, H., «EC Merger Regulation and the Status of Ancillary Restrictions: Evolution of the European Commission's Policy», en *European Competition Law Review*, núm. 9, 2005, pp. 500 a 506.

MIRANDA SERRANO L.M., «Las subastas con precio de reserva ante el Derecho de la competencia. Reflexiones al hilo de una jurisprudencia reciente», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 277, julio-septiembre de 2010, pp. 993 a 1050.

- «Defensa de la competencia y adquisiciones de empresas en crisis en la Unión Europea», en *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 9, 2003, pp. 183 a 216.
- «La doctrina de la “failing company” y el Derecho europeo de concentraciones (las concentraciones de recuperación o saneamiento económico)», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 185, 2000, pp. 53 a 90.
- «La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas en el sistema comunitario europeo de control y concentraciones (STJCE Francia y otros c. Comisión de 31 de marzo 1998)», en *Derecho de los Negocios*, núm. 113, 2000, pp. 19 a 46.
- «Restricciones accesorias y prácticas colusorias», en *Derecho de los negocios*, año núm. 11, núm. 122, 2000, pp. 1 a 50.
- «En el Derecho antitrust también lo accesorio sigue la suerte de lo principal: a propósito de la recepción por el Tribunal Supremo de la doctrina de las restricciones accesorias», en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 13, 2013, pp. 15-50.
- *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*, La Ley, Madrid, 1994.

MONTERO PASCUAL, J.J., *La Comisión Nacional de los Mercados y la competencia: entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la competencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MOTTA, M., *Competition Policy: theory and practice*, 7ª ed., Cambridge University Press, New York, 2007.

MRA, «Reseña de las Sentencias del TPI (T-5/02, T-80/02 y T-310/01 y T-77/02) Tetra Laval BV c. Comisión y Schneider Electric c. Comisión: divergentes interpretaciones en materia de concentraciones económicas entre el TPI y la Comisión Europea», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 222, 2002, pp. 30 a 32.

MUÑOZ DE JUAN, M., «Las restricciones accesorias a operaciones de concentración en la ley 15/2007», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 17, 2010, pp. 33 a 53.

NAVARRO SUAY, M.C., *Las conductas conscientemente paralelas*, Aranzadi, Navarra, 2005.

NAVARRO VARONA, E., «La nueva comunicación de la Comisión Europea en materia de restricciones accesorias en operaciones de concentración», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 215, 2001, pp. 43 a 56.



## BIBLIOGRAFÍA

NIELS, G./JENKIS, H./KAVANAGH, J., *Economics for competition lawyers*, Oxford University Press, New York, 2011.

ODRIOZOLA, M./IRISSARRY, B., «El argumento de las eficiencias económicas en el ámbito de control de concentraciones. ¿Un nuevo desafío o una misión imposible?», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2005, pp. 239 a 277.

OECD, *Barriers to Entry*, 6/3/2006, DAF/COMP (2005) 42, disponible en: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/36344429.pdf>.

- *Failing firm defence*, OCDE/GD (96) 23, disponible en: <http://www.oecd.org/competition/mergers/1920253.pdf>.
- *The failing firm defence*, 10/8/2009, DAF/COMP (2009) 38, disponible en: <http://www.oecd.org/competition/mergers/45810821.pdf>.
- *Minority shareholdings*, DAF/COMP (2008) 30, disponible en: <http://www.oecd.org/competition/mergers/41774055.pdf>.
- *Competition Policy and Efficiency Claims in Horizontal Agreements*, OCDE/GD(96)65, disponible en: <http://www.oecd.org/competition/mergers/2379526.pdf>.

OFFICE OF FAIR TRADING, *Barriers to entry and exist in UK competition policy*, 1994.

ORTIZ BLANCO, L./MAILLO GONZANLEZ-ORUS, J./IBAÑEZ COLOMO, P./LAMADRID DE PABLO, A., *Manual de Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 2008.

PASCUAL PONS, C., «Las prácticas facilitadores de resultados anticompetitivos», en *Gaceta Jurídica de la Unión europea y de la Competencia*, núm. 5, 2008, pp. 1728.

PASCUAL Y VICENTE, J., «El abuso de posición dominante», en *Revista de Derecho mercantil*, núm. 245, 2002, pp. 1291 a 1366.

- «Nueva política europea de control de concentraciones: el reglamento (CE) 139/2004», en *Gaceta Jurídica de la Unión europea y de la Competencia*, núm. 231, pp. 57 a 70.
- «Prohibición del abuso de posición dominante», en AA.VV., (dir. BENEYTO PEREZ, J.M.) *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, Tomo 1, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 456 a 512.
- *Diccionario de derecho y economía de la competencia en España y Europa*, Civitas, Madrid, 2002.

PATTERSON, D.E./SHAPIRO, C., «Transatlantic Divergence in GE/Honeywell: Causes and Lessons», en *Antitrust*, núm. 16, 2001, pp.18 a 26.

PEINADO GRACIA, J.I., «Variaciones sobre el nuevo régimen comunitario de concentraciones empresariales», en *Derecho de los Negocios*, año 15, núm. 170, 2004, pp. 5 a 24.

PELLISE CAPELL, J., *Mercado Relevante, Posición de Dominio y otras Cuestiones que Plantean los Artículos 82 TCE y 6 LEDC*, Aranzadi, Navarra, 2002.

PEREZ MOLINA, M.A., *La evaluación de las concentraciones de empresas en la Unión Europea*, Publicaciones Universitarias, Córdoba, 2013

PEREZ NAVARRO, S./ GONZALEZ PARAMO, C., «El reenvío de expedientes de concentración económica», en AA.VV. (dir. BENEYTO PEREZ, J.M.), *Control de concentraciones empresariales. Reforma de las normativas comunitaria y española. Análisis sectorial*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 35 a 58.

PEREZ PRADO, J.M./PASSAS OGALLAR, J., «Efectos de red y competencia en mercados de nuevas tecnologías de la información», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 230, 2004, pp. 117 a 134.

PEREZ PRADO, J.M./PASSAS OGALLAR, J., «Efectos de red y competencia en mercados de nuevas tecnologías de la información», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 230, 2004, pp. 117 a 134.

PETITBO JUAN, A., «Barreras de entrada y competencia», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2003, pp. 185 a 206.

PINDYCK, R.S., *Sunk costs and Risk-Based Barriers to entry*, en *MIT Sloan Research Paper*, núm. 4723-09, 2009, disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1350555](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1350555).

PIRIANO, T.A., «The antitrust analysis of joint ventures after the supreme court's *Dagher* decision», en *Emory Law Journal*, núm. 4, 2008, pp. 735 a 808.

PLANZ, M./CAFFARRA, C., «The economics of G.E./HONEYWELL», en *European Competition Law Review*, núm. 3, 2002, pp. 115 a 121.

PLATT MAJORAS, D., «GE-HONEYWELL: THE U.S. DECISION», 2001, disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/9893.pdf>.

PORTER, M.E. *Ventaja Competitiva: creación y sostenibilidad de un rendimiento superior*, Pirámide, 2012.

## BIBLIOGRAFÍA

- *Estrategia Competitiva: Técnicas para el Análisis de los Sectores Industriales y de la Competencia*, Pirámide, Madrid, 2009.

PRADO GONZALEZ, L.M./ROSALES ROSADO, C., «Reflexiones sobre el uso reciente por la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia del sistema de remisión de operaciones de concentración establecido en el art. 22 del Reglamento 139/2004», en AA.VV. (coord. ORTIZ BANCO, L. y otros), *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, volumen XI, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 335 a 354.

PRIETO KESSLER, E., «Principales problemas de regulación del abuso de posición de dominio», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 205, 2000, pp. 22 a 32.

RECALDE CASTELLS, A.J., «Reflexiones sobre los efectos de la crisis en la regularización del sistema financiero», en AA.VV. (CASTILLA GONZALEZ, F./MARIMON DURA, R.), *Estudios de Derecho del mercado financiero: homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Universidad de Valencia, Valencia, 2010, pp. 719 a 740.

REEVES, T./DETHMERS, F., «EU merger control since the introduction of the 2004 reforms», en *Fordham Competition Law Institute: International Antitrust Law & Policy*, 2014, pp. 153 a 185.

REYNOLDS, N./MACRORY, S./CHOWDHURY, M., «EU competition policy in the financial crisis: extraordinary measures», en *Fordham International Law Journal*, 2011, núm. 6, pp. 1670 a 1737.

RODRIGUEZ RODRIGO, J., «Reseña de la Decisión de la Comisión de 14 de mayo de 2008, as. COMP/M.4854, *TomTom/Tele Atlas*», en *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, núm. 4, 2009, pp. 384 a 387.

RODRIGUEZ SANCHEZ, S., «Los acuerdos de no competencia en los supuestos de transmisión de empresa», en *Revista de Derecho mercantil*, núm. 237, 2009, pp. 893 a 942.

ROSENTHAL, M./THOMAS, S., *European Merger Control*, C. H. Beck, München, 2010.

RUBINFELD, D.L., «Market definition with differentiated products: the Post/Nabisco cereal merger», en *Antitrust Law Journal*, núm. 1, 2000, pp. 163 a 182.

RUIZ PERIS, J.I., «Ayudas públicas e instituciones financieras», en AA.VV. (CASITLLA GONZALEZ, F./MARIMON DURA, R.), *Estudios de Derecho del mercado financiero: homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Universidad de Valencia, Valencia, 2010, pp. 785 a 808.

RÖLLER, L./STENNEK, J./VERBOVEN, F., «Efficiency gains from mergers» en *The Research Institute of Industrial Economics*, documento de trabajo, núm. 543, 2000, pp. 57 a 63.

SALANT, S.W./SWITZER, S./REYNOLDS, R.J., «Losses from horizontal merger: the effects of an exogenous change in industry structure on Cournot-Nash equilibrium», en *The Quarterly Journal of Economics*, volumen 98, núm. 2, 1983, pp. 185 a 199.

SAMUELSON P.A./NORDHAUS, W.D., *Economía*, ed. 17ª, Mcgraw-Hill, Madrid, 2003.

SANCHEZ GRAELLS, A., «El sistema de remisión de asuntos entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia en el nuevo Reglamento (CE) 139/2004 sobre control de concentraciones», en AA.VV. (coord. ORTIZ BANCO, L. y otros), *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, volumen VI, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 371 a 399.

SANTOS ESTERAS, I./CHARRO NICOLAS, P., «La regulación de los oligopolios no competitivos en el sector de las telecomunicaciones», en *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, núm. 11, 2012, pp. 177 a 201.

SANTOS LORENZO, S., «El “efecto cartera” un nuevo criterio de las operaciones de concentración», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 207, 2000, pp. 68 a 77.

SCHERER, F.M./ROSS, D., *Industrial market structure and economic performance*, 3ª ed., Houghton Mifflin Company, United States, 1990.

SCHMALENSEE, R., «Sunk costs and Antitrust Barriers to Entry», en *American Economic Review*, volume 94, núm. 2, 2004, pp. 471 a 475.

SCHWALBE, U./ZIMMER, D., *Law and economics in European merger control*, Oxford University Press, New York, 2009.

SHAPIRO, C., «Mergers with differentiated products», en *Antitrust*, spring 1996, pp. 23 a 30.

- «The 2010 Horizontal Merger Guidelines: from hedgehog to Fox in forty years», en *Antitrust Law Journal*, volumen 77, núm. 1, 2010, pp. 49 a 107.

SIGNES DE MESA, J.I., *Derecho de la competencia y crisis económica. El régimen de ayudas públicas y de concentraciones en el sector financiero*, Aranzadi, Navarra, 2013.

SIGNES MESA, J.I., «Abuso de posición de dominio (I). Los conceptos de dominancia y abuso», en AA.VV. (SIGNES DE MESA,

## BIBLIOGRAFÍA

J.I./FERNANDEZ TORRES, I./FUENTES NAHARRO, M.), *Derecho de la competencia*, Navarra, Civitas, 2013, pp. 213 a 245.

SINCLAIR, D., «Ancillary Restraints Under the Merger Regulation: The Commission's Approach Cast into Doubt by the Court of First Instance», en *European Competition Law Review*, núm. 7, 2003, pp. 315 a 320.

SOAMES, T., «An analysis of the principles of concerted practice and collective dominance: a distinction without a difference?», en *European Competition Law Review*, volume 17, núm.1, 1996, pp. 24 a 39.

SOLANA GONZALEZ, G., «Diferencias entre Estados Unidos y la Unión Europea en materia de control de concentraciones», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2001, pp. 25 a 44.

STAREK, R.B./STOCKUM, S., «What makes mergers anticompetitive?: "Unilateral effects" analysis under the 1992 Merger Guidelines», en *Antitrust Law Journal*, volumen 63, núm. 3, 1995, pp. 801 a 821.

STIGLER, G., «*A theory of oligopoly*», en *Journal of Political Economy*, volumen 72, núm. 1, 1964, pp. 44 a 61.

- *The organization of industry*, The University of Chicago Press, Chicago, 1968.

TRAMOYERES GALVAN, P., «Nueva regulación de la normativa sobre control de concentraciones económicas», en *Derecho de la Competencia europeo y español: curso de iniciación*, volumen 3, 1999, pp. 491 a 504.

TUDOR, C., «Reseña de la Decisión de la Comisión de 19 de octubre de 2011; asunto COMP/M.6106, *Caterpillar/MWM*», en *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, núm. 11, 2011, pp. 305 a 308.

URQUIZA ROYO, S., «El oligopolio y la posición dominante colectiva», en AA.VV. (coords. ORTIZ BLANCO y otros), *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, volumen 3, Dykinson, 1999, pp. 225 a 240.

VAN BAEL/BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 5ª ed., Kluwer Law International, The Netherlands, 2010, pp. 694 a 700.

VELASCO SAN PEDRO, L.A. (dir.), *Diccionario de derecho de la competencia*, Iustel, Madrid, 2006.

- «Acuerdos, decisiones colectivas y prácticas concertadas», en AA.VV. (coord. VELASCO SAN PEDRO, L.A.), *Derecho europeo de la competencia: (antitrust e intervenciones públicas)*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 53 a 101.
- «Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la competencia», en *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, núm. 6, 2010, pp. 13 a 36.

- «Regulación y competencia en el sector de las telecomunicaciones», en AA.VV. (dir. De la Cuadra-Salcedo, T.), *Derecho de la Regulación Económica. Telecomunicaciones*, vol. 4, Iustel, Madrid, 2009, pp. 725 a 758.

VIÑUELAS LIMARQUEZ, M./GAVELA LLOPIS, A./HORTALA VALLVE, J., «Concentración de empresas», en AA.VV. (coord. LOMA-OSORIO LERENA, D.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 347 a 474.

VON WEIZSACKER, C.C., «A Welfare Analysis of Barriers to entry», en *Bell Journal of Economics*, núm. 11, 1980, pp. 309 a 420.

WEITBRECHT, A., «E.U. Merger Control in 2001- The year of controversy», en *European Competition Law Review*, núm. 8, 2002, pp. 407 a 412.

- «Ryanair and More – EU merger Control in 2007», en *European Competition Law Review*, volumen 29, núm. 6, 2008, pp. 341 a 348.

WERDEN, G.J., "The ancillary restraints doctrine", American Bar Association. Section of Antitrust Law, 54th Antitrust Law Spring Meeting, 2006, disponible en: [http:// apps. americanbar. org/ antitrust/ at-committees/ at-s1/ pdf/ spring-materials / 2006/ werden 06.pdf](http://apps.americanbar.org/antitrust/at-committees/at-s1/pdf/spring-materials/2006/werden06.pdf).

- «The 1982 Merger Guidelines and the Ascent of the Hypothetical Monopolist Paradigm», 2002, disponible en: [http:// www.justice.gov/ atr/ hmerger/ 11256. pdf](http://www.justice.gov/atr/hmerger/11256.pdf).

WERDEN, J.G./FROEB, L.M., «The antitrust logit model for predicting unilateral competitive effects», en *Antitrust Law Journal*, volume 70, núm. 1, 2002, pp. 257 a 260.

WHISH, R./BAILEY, D., *Competition Law*, 7ª ed., Oxford University Press Inc., New York, 2012.

WIJCKMANS, F./TUYTSCHAEVER, F., *Vertical Agreements in EU Competition Law*, 2ª ed., Oxford University Press, United States, 2011.

WILLIAMSON, O., «Economies as an antitrust defense: the welfare trade-offs», en *American Economic Review*, volume 58, núm. 1, 1968, pp. 18 a 31.

YGLESIAS I JULIA, I./GARCÍA AGUADO, E., «Reseña de la Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2007, M. 4439, *Ryan Air/Aer Lingus*», en *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, núm. 4, 2009, pp. 346 a 349.

ZAMAGNI, S., *Por una economía del bien común*, Ciudad Nueva, Madrid, 2012.

## BIBLIOGRAFÍA

- «El bien común en la sociedad posmoderna: propuestas para la acción político-económica», en *Cultura económica*, núm. 70, 2005, pp. 23 a 43.

## **ANEXOS DOCUMENTALES**





**Artículo 2 del Reglamento 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DOUE L 395, de 30.12.1990)**

Evaluación de las operaciones de concentración

1. Las operaciones de concentración contempladas en el presente Reglamento se evaluarán en función de las disposiciones que figuran a continuación, con el fin de establecer si son compatibles con el mercado común.

En esta evaluación, la Comisión tendrá en cuenta:

a) la necesidad de preservar y de desarrollar una competencia efectiva en el mercado común a la vista, en particular, de la estructura de todos los mercados en cuestión y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad;

b) la posición en el mercado de las empresas participantes, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de hecho o de derecho de obstáculos al acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales así como la evolución del progreso técnico o económico, siempre que ésta sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia.

2. Se declararán compatibles con el mercado común las operaciones de concentración que no supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al no crear ni reforzar posición dominante alguna en el mercado común o en una parte substancial del mismo.

3. Se declararán incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte substancial del mismo.

**Artículo 2 del Reglamento 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOUE L 24, 19.1.2004)**

Evaluación de las concentraciones

1. Las concentraciones contempladas en el presente Reglamento se evaluarán con arreglo a los objetivos del presente Reglamento y a las disposiciones que figuran a continuación, a fin de determinar si son compatibles con el mercado común.

En esta evaluación, la Comisión tendrá en cuenta:

a) la necesidad de preservar y desarrollar una competencia efectiva en el mercado común a la vista, entre otros factores, de la estructura de todos los mercados afectados y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad;

b) la posición de mercado de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de barreras legales o de otro tipo para el acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales, así como el desarrollo del progreso técnico o económico, siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia.

2. Las concentraciones que no sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán compatibles con el mercado común.

3. Las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común.

4. En la medida en que la creación de una empresa en participación que constituya una concentración con arreglo al artículo 3 tenga por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes, dicha coordinación se valorará en función de los criterios establecidos en los apartados 1 y 3 del artículo 81 del Tratado, con objeto de determinar si la operación es compatible con el mercado común.

5. En esta evaluación, la Comisión tendrá en cuenta, en particular:

— si dos o más empresas matrices se mantienen significativamente activas en el mismo mercado que el de la empresa en participación o en un mercado relacionado en sentido ascendente o descendente con dicho mercado o en un mercado próximo estrechamente vinculado a éste,

— si la coordinación directamente derivada de la creación de la empresa en participación permite a las empresas afectadas eliminar la competencia en lo que respecta a una parte considerable de los productos y servicios de que se trate.

**Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOUE C 31, de 5.2.2004)**

I. INTRODUCCIÓN

1. El artículo 2 del Reglamento (CE) n° 139/04 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas(1) (en adelante, el "Reglamento de concentraciones") establece que la Comisión debe evaluar las concentraciones contempladas en el Reglamento de concentraciones con el fin de determinar si son compatibles con el mercado común. A tal efecto, la Comisión ha de evaluar, de conformidad con los apartados 2 y 3 del artículo 2, si una concentración obstaculizará de forma significativa la competencia efectiva -en particular a consecuencia de la creación o el refuerzo de una posición dominante- en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

2. Por consiguiente, la Comisión debe tener en cuenta cualquier obstáculo significativo a la competencia efectiva que pueda derivarse de una concentración. La creación o el refuerzo de una posición dominante es una de las formas principales de tal perjuicio a la competencia. El concepto de posición dominante se definió, en el contexto del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (en adelante, el "Reglamento n° 4064/89", de la siguiente manera:

"una situación de poder económico en que se encuentran una o varias empresas y que les permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de que se trate, confiriéndoles la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores"

(2).

3. A efectos de la interpretación del concepto de posición dominante en el contexto del Reglamento n° 4064/89, el Tribunal de Justicia señaló que el Reglamento "tiene la finalidad de aplicarse a todas las operaciones de concentración de dimensión comunitaria en la medida en que, en función de su efecto sobre la estructura de la competencia en la Comunidad, puedan resultar incompatibles con el régimen de competencia no falseada establecido por el Tratado"(3).

4. La creación o el refuerzo de una posición dominante ocupada por una sola empresa resultante de una concentración, ha constituido el argumento principal para concluir que tal concentración, acabaría convirtiéndose en un obstáculo significativo a la competencia efectiva. Por otra parte, el concepto de posición dominante también se ha aplicado en situaciones de oligopolio a casos de dominio colectivo. Por ello, es previsible que la incompatibilidad de una concentración con el mercado común siga basándose, en la mayoría de los casos, en la conclusión de que existe una posición dominante. Este concepto constituye, por tanto, un indicador importante en lo relativo al parámetro del perjuicio de la competencia que debe aplicarse para determinar si es probable que una concentración obstaculice la competencia de forma significativa y, por

ende, en lo relativo a la probabilidad de una intervención(4). A tal fin, la presente Comunicación está destinada a salvaguardar las orientaciones que puedan extraerse de la práctica decisoria del pasado y a tomar plenamente en consideración la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios.

5. El objetivo de la presente Comunicación es proporcionar orientación sobre el modo en que la Comisión evalúa las concentraciones(5) cuando las empresas afectadas son competidores reales o potenciales en el mismo mercado de referencia(6). Este tipo de concentraciones se denominarán aquí "concentraciones horizontales". Si bien la presente Comunicación expone el enfoque analítico utilizado por la Comisión en su valoración de las concentraciones horizontales, no puede proporcionar detalles de todas las posibles aplicaciones de este enfoque. La Comisión aplica el enfoque descrito en esta Comunicación de una manera flexible, en función de los hechos y las circunstancias particulares de cada caso.

6. La orientación proporcionada en la presente Comunicación se inspira en la experiencia acumulada por la Comisión en la evaluación de las concentraciones horizontales conforme al Reglamento n° 4064/89 desde su entrada en vigor el 21 de septiembre de 1990, así como en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, y a la vez desarrolla tal experiencia. La Comisión desarrollará y revisará los principios que aquí se establecen mediante su aplicación a casos concretos. La Comisión podrá proceder, a la luz de la evolución futura, a sucesivas revisiones de la presente Comunicación.

7. La interpretación de la Comisión del Reglamento de concentraciones, en lo que respecta a la evaluación de las concentraciones horizontales, se entiende sin perjuicio de la interpretación del Tribunal de Justicia o del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.

## II. VISIÓN DE CONJUNTO

8. Una competencia efectiva presenta diversas ventajas para los consumidores, tales como precios bajos, productos de calidad, una amplia oferta de bienes y servicios e innovación. A través del control de las concentraciones, la Comisión impide las concentraciones que podrían privar a los consumidores de estas ventajas al incrementar de forma significativa el poder de mercado de las empresas. Por "poder de mercado incrementado" se entiende la capacidad de una o varias empresas para, en función de sus intereses, aumentar los precios, reducir la producción, la gama o la calidad de los bienes y servicios, disminuir la innovación o influir por otros medios en los parámetros de la competencia. En la presente Comunicación, la expresión "precios incrementados" se utiliza a menudo para aludir de forma esquemática a los diversos modos en que una concentración puede dar lugar a un perjuicio para los consumidores(7). Tanto los proveedores como los compradores pueden tener poder de mercado. Sin embargo, en aras de la claridad, en la presente Comunicación, el poder de mercado se referirá, en general, al poder de mercado de los proveedores.

Cuando se esté aludiendo al poder de mercado de un comprador, se empleará el término "poder de la demanda".

9. Para evaluar los efectos de una concentración sobre la competencia, la Comisión compara las condiciones competitivas que se derivarían de la concentración notificada con las condiciones que prevalecerían de no producirse la concentración(8). En la mayoría de los casos, las condiciones competitivas existentes en el momento de la concentración constituyen la referencia comparativa pertinente para evaluar los efectos de una concentración. Sin embargo, en determinadas circunstancias, la Comisión puede tener en cuenta los futuros cambios que resulten razonablemente predecibles en el mercado(9). A la hora de considerar cuál es la mejor comparación, puede tener en cuenta, en particular, las posibles entradas de empresas en el mercado, o las salidas, en el supuesto de que no se produjera la concentración(10).

10. La evaluación de las concentraciones por parte de la Comisión normalmente implica lo siguiente:

- a) la definición del mercado de productos y del mercado geográfico de referencia;
- b) la evaluación de la concentración desde el punto de vista de la competencia.

La finalidad principal de la definición de los mercados es determinar de forma sistemática las presiones competitivas inmediatas a que tiene que hacer frente la entidad fusionada. La Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia(11) ofrece orientación sobre esta cuestión. También pueden ser importantes para la evaluación competitiva de la concentración otras consideraciones conducentes a la delimitación de los mercados de referencia.

11. Esta Comunicación se articula en torno a los siguientes aspectos:

- a) El enfoque adoptado por la Comisión respecto de las cuotas de mercado y el grado de concentración del mercado (sección III).
- b) La probabilidad de que una concentración surta efectos anticompetitivos en los mercados de referencia si no hay factores que actúen como contrapeso (sección IV).
- c) La probabilidad de que el poder de la demanda actúe como contrapeso de un aumento del poder de mercado resultante de la concentración (sección V).
- d) La probabilidad de que la entrada en el mercado de nuevos competidores preserve la competencia efectiva en los mercados de referencia (sección VI).
- e) La probabilidad de que las eficiencias actúen como factor que contrarreste los efectos perjudiciales para la competencia que, de otro modo, se derivarían de la concentración (sección VII).
- f) Las condiciones que deben concurrir para la aplicación de la excepción de empresa en crisis (sección VIII).

12. Para evaluar el impacto previsible<sup>(12)</sup> de una concentración en los mercados de referencia, la Comisión analiza sus posibles efectos anticompetitivos y los factores compensatorios pertinentes, como el poder de la demanda, el alcance de las barreras de entrada y las posibles eficiencias alegadas por las partes. En circunstancias excepcionales, comprueba si se cumplen las condiciones para la aplicación de la excepción de empresa en crisis.

13. A la luz de estos elementos, la Comisión determina, con arreglo al artículo 2 del Reglamento de concentraciones, si la concentración obstaculizará de forma significativa la competencia efectiva, en particular por medio de la creación o el refuerzo de una posición dominante, y si, por tanto, debe declararse incompatible con el mercado común. Se ha de advertir que estos factores no constituyen una "lista de control" que deba aplicarse mecánicamente en todos y cada uno de los casos. El análisis competitivo de un asunto particular se basará, por el contrario, en una evaluación general del impacto previsible de la concentración a la luz de los factores y condiciones pertinentes. No todos los elementos resultarán siempre pertinentes en cada una de las concentraciones horizontales, y puede que no sea necesario analizar todos los elementos de un caso con la misma minuciosidad.

### III. CUOTA DE MERCADO Y GRADO DE CONCENTRACIÓN DEL MERCADO

14. Las cuotas de mercado y el grado de concentración del mercado proporcionan unas indicaciones preliminares de la estructura del mercado y de la importancia competitiva tanto de las partes de la concentración como de sus competidores.

15. Normalmente, la Comisión recurre en sus análisis competitivos a las cuotas de mercado actuales<sup>(13)</sup>. No obstante, las cuotas de mercado actuales pueden ser adaptadas para reflejar los cambios futuros razonablemente probables, a la luz, por ejemplo, de las salidas, de las entradas o de la expansión<sup>(14)</sup>. Las cuotas de mercado posteriores a la concentración se calculan partiendo de la presunción de que la cuota combinada de las partes tras la concentración equivale a la suma de sus cuotas previas a la concentración<sup>(15)</sup>. Puede recurrirse a datos del pasado si las cuotas de mercado se han mostrado volátiles, por ejemplo porque el mercado se caracteriza por pedidos grandes y desiguales. La evolución de las cuotas de mercado a lo largo del tiempo puede proporcionar información útil sobre el funcionamiento de la competencia en el mercado y sobre la posible importancia de los distintos competidores en el futuro, ya que indican, por ejemplo, si las empresas han ido ganando o perdiendo cuotas de mercado. En cualquier caso, la Comisión interpreta las cuotas de mercado a la luz de las condiciones de mercado probables, teniendo en cuenta, por ejemplo, si el mercado tiene una naturaleza muy dinámica y si su estructura es inestable debido a la innovación o al crecimiento<sup>(16)</sup>.

16. El grado de concentración global de un mercado también puede proporcionar información útil sobre la situación de la competencia. Para medir el grado de concentración, la Comisión aplica a menudo el Índice Herfindahl-



Hirschman (IHH)(17). El IHH se calcula sumando los cuadrados de las cuotas de mercado de cada una de las empresas presentes en el mercado(18). El IHH otorga proporcionalmente un mayor peso a las cuotas de mercado de las empresas más grandes. Aunque lo ideal es incluir a todas las empresas en el cálculo, la falta de información sobre empresas muy pequeñas puede carecer de importancia ya que éstas apenas influyen en el IHH. Mientras que el nivel absoluto del IHH puede dar una indicación inicial de la presión competitiva en el mercado tras la concentración, un cambio en el IHH (denominado "delta") es un indicador útil del cambio en el grado de concentración del mercado directamente derivado de la fusión(19).

### Niveles de cuota de mercado

17. Según jurisprudencia reiterada, las cuotas de mercado extraordinariamente elevadas -superiores al 50%- pueden probar por sí mismas la existencia de una posición dominante(20). Sin embargo, otros competidores más pequeños pueden ejercer una presión competitiva suficiente si, por ejemplo, tienen la capacidad y el incentivo de aumentar sus suministros. Una concentración en la que participe una empresa cuya cuota de mercado se mantenga tras la fusión por debajo del 50 % también puede plantear problemas de competencia si se tienen en cuenta otros factores como el número de competidores, su fortaleza, la existencia de restricciones a la capacidad o el grado de sustituibilidad de los productos de las partes que se van a fusionar. Así, en diversos asuntos, la Comisión ha considerado que determinadas concentraciones que daban lugar a empresas con cuotas de mercado situadas entre el 40 % y el 50 %(21), y en algunos casos incluso por debajo del 40 %(22) creaban o reforzaban una posición dominante.

18. Cuando resulte improbable que una concentración vaya a obstaculizar la competencia efectiva, debido a la reducida cuota de mercado de las empresas implicadas, la concentración puede considerarse compatible con el mercado común. Sin perjuicio de los artículos 81 y 82 del Tratado, se dispone, en particular, de un indicio en este sentido cuando la cuota de mercado de las empresas implicadas no supera el 25 %(23), ni en el mercado común ni en una parte sustancial de éste(24).

### Niveles IHH

19. Es improbable que la Comisión detecte problemas de competencia horizontal en un mercado que después de la concentración tenga un IHH inferior a 1000. En general, no es necesario proceder a un análisis pormenorizado de este tipo de mercados.

20. Asimismo, es improbable que la Comisión encuentre problemas de competencia horizontal en una concentración que dé lugar a un IHH de entre 1000 y 2000 y a un delta inferior a 250, o en una concentración que arroje un IHH superior a 2000 y un delta inferior a 150, salvo que se den circunstancias especiales como, por ejemplo, uno o varios de los siguientes factores:

a) una concentración en la que participe un operador potencial o recién incorporado al mercado con una pequeña cuota de mercado;

- b) una o varias de las partes de la concentración son innovadores importantes en un sentido que no se refleja en las cuotas de mercado;
- c) hay un elevado volumen de participaciones cruzadas entre los operadores del mercado(25);
- d) una de las empresas participantes en la concentración es una empresa "díscola" (maverick firm) que muy probablemente romperá la conducta coordinada;
- e) hay indicios de coordinación -o de prácticas que la propicien- en el pasado o en el presente;
- f) una de las partes tiene, antes de la concentración, una cuota de mercado superior al 50 %(26).

21. Cada uno de los niveles IHH citados, en combinación con los correspondientes deltas, puede utilizarse como indicador de la falta de problemas de competencia. Sin embargo, no dan pie a una presunción sobre la existencia o inexistencia de tales problemas.

#### IV. POSIBLES EFECTOS ANTICOMPETITIVOS DE LAS CONCENTRACIONES HORIZONTALES

22. Hay, esencialmente, dos maneras en que las concentraciones horizontales pueden obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, en particular al crear o reforzar una posición dominante:

- a) eliminando gran parte de la presión competitiva sobre una o varias empresas, que en consecuencia dispondrán de un poder de mercado incrementado sin tener que recurrir a un comportamiento coordinado (efectos no coordinados);
- b) cambiando la naturaleza de la competencia de tal manera que resulte mucho más probable que empresas que previamente no coordinaban su comportamiento pasen a coordinarse y a subir sus precios o a perjudicar por otros medios la competencia efectiva. Una concentración también puede facilitar o hacer más estable o efectiva la coordinación entre empresas que ya se coordinaban antes de la concentración (efectos coordinados).

23. La Comisión examina si los cambios resultantes de la concentración producirían cualquiera de estos efectos. Ambos supuestos antes descritos pueden ser importantes a la hora de evaluar una operación concreta.

Efectos no coordinados(27)

24. Una concentración puede obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en un mercado al liberar de importantes presiones competitivas a uno o varios vendedores, que de esta manera dispondrán de un poder de mercado incrementado. El efecto más directo de la concentración será la desaparición de la competencia entre las empresas que van a fusionarse. Por ejemplo, si una de las empresas hubiera subido sus precios antes de la concentración, habría perdido parte de sus ventas en beneficio de la otra empresa participante en la

concentración. La concentración pone fin a esta presión competitiva. Las empresas del mismo mercado que no participan en la fusión también pueden beneficiarse de la reducción de la presión competitiva resultante de la concentración, ya que la subida de precios realizada por las empresas que van a fusionarse puede desviar parte de la demanda hacia sus competidores, para los que también puede resultar rentable subir los precios(28). La reducción de estas presiones competitivas puede conducir a un importante aumento de los precios en el mercado de referencia.

25. En general, una concentración que produzca tales efectos no coordinados obstaculizará de forma significativa la competencia efectiva al crear o reforzar la posición dominante de una sola empresa, que habitualmente dispondrá, después de la concentración, de una cuota de mercado muy superior a la del siguiente competidor en importancia. Por otra parte, las concentraciones en mercados oligopolísticos(29) que impliquen la desaparición de importantes presiones competitivas que las partes de la concentración ejercían previamente entre sí, así como la reducción de la presión competitiva sobre los competidores restantes, también pueden dar lugar a una obstaculización significativa de la competencia, incluso cuando resulte poco probable la coordinación entre los miembros del oligopolio. El Reglamento de concentraciones establece que las concentraciones que den lugar a este tipo de efectos no coordinados también han de ser declaradas incompatibles con el mercado común(30).

26. Hay diversos factores que, aunque considerados por separado no son necesariamente determinantes, pueden incidir en la probabilidad de que una concentración dé lugar a importantes efectos no coordinados. No es necesario que se den todos estos factores para que tales efectos resulten probables. Además, esta lista no debería considerarse exhaustiva.

Las empresas que van a fusionarse tienen elevadas cuotas de mercado

27. Cuanto mayor sea la cuota de mercado de una empresa, más probable es que ésta tenga poder de mercado. Y cuanto mayor sea la suma de cuotas de mercado, más probable es que una operación de concentración dé lugar a un aumento significativo del poder de mercado. Cuanto mayor sea el incremento de la base de ventas sobre la cual se puede obtener un mayor margen tras aplicar un aumento de precios, más probable será que a las empresas que se van a fusionar les resulte rentable tal aumento de precios, a pesar de la correspondiente reducción de la producción. Aunque las cuotas de mercado y la suma de cuotas de mercado sólo constituyan un primer indicio del poder de mercado y de los incrementos de tal poder, suelen ser factores importantes a la hora de evaluar la operación(31).

Las empresas que van a fusionarse son competidores inmediatos

28. Los productos pueden diferenciarse(32) dentro de un mercado de referencia en el que algunos productos sean sustitutos más perfectos que otros(33). Cuanto mayor sea el grado de sustituibilidad entre los productos de las empresas que se van a fusionar, más probable es que éstas vayan a subir los precios de una manera significativa(34). Por ejemplo, una concentración entre

dos fabricantes de productos que muchos clientes consideren como su primera y segunda opción, podría dar lugar a un aumento significativo de los precios. Por consiguiente, el hecho de que la rivalidad entre las partes haya sido una importante fuente de competencia en el mercado puede ser un factor esencial del análisis(35). La presencia de altos márgenes de beneficio(36), con anterioridad a la concentración también puede incrementar la probabilidad de unos aumentos de precios significativos. Es más probable que el incentivo para subir los precios de las empresas que van a fusionarse se reduzca cuando sus competidores fabrican sustitutos casi perfectos de sus productos que cuando éstos venden sustitutos menos perfectos(37). Por lo tanto, es menos probable que una concentración vaya a obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, en especial a través de la creación o el refuerzo de una posición dominante, cuando hay un alto grado de sustituibilidad entre los productos de las empresas que se van a fusionar y los de sus competidores.

29. Cuando se dispone de datos pertinentes, el grado de sustituibilidad puede medirse por medio de encuestas sobre las preferencias de los clientes, analizando los hábitos de compra, calculando la elasticidad cruzada de precios de los productos en cuestión(38) o por medio de coeficientes de desvío(39). En los mercados de licitaciones cabe la posibilidad de que se pueda medir si, tradicionalmente, las ofertas presentadas por una de las partes de la concentración se han visto condicionadas por la presencia de la otra parte(40).

30. En algunos mercados, a las empresas les resulta relativamente fácil y no demasiado costoso reposicionar sus productos o ampliar su cartera de productos. La Comisión examina, en particular, si la posibilidad de que disponen las partes de la concentración o sus competidores de reposicionar sus productos o ampliar su línea de productos puede influir en el incentivo de la entidad fusionada para subir los precios. Ahora bien, el reposicionamiento de productos o la extensión de la línea de productos implica a menudo riesgos y elevados costes irre recuperables(41) y puede ser menos rentable que la línea existente.

Las posibilidades de los clientes para cambiar de proveedor son limitadas

31. Puede que los clientes de las partes que van a fusionarse tengan dificultades para cambiar de proveedor debido a la escasez de proveedores alternativos(42) o porque el cambio implique unos costes considerables(43). Estos clientes son particularmente vulnerables a los aumentos de precios. La concentración puede afectar a la capacidad de estos clientes de protegerse contra los incrementos de precios. Éste puede ser el caso, en particular, de aquellos clientes que hayan recurrido, para sus suministros, a las dos empresas que se van a fusionar a fin de obtener unos precios competitivos. Los hábitos en el pasado de los clientes al cambiar de proveedor y su reacción ante las modificaciones de precios pueden proporcionar información valiosa a este respecto.

La probabilidad de que los competidores aumenten el suministro si suben los precios es escasa

32. Cuando las condiciones del mercado son tales que es improbable que los competidores de las partes de la concentración aumenten sustancialmente su suministro en caso de subida de los precios, las partes pueden tener un incentivo para reducir la producción por debajo de los niveles anteriores a la fusión, haciendo subir así los precios en el mercado(44). La concentración aumenta el incentivo para reducir la producción, ya que confiere a la empresa fusionada una mayor base de ventas sobre la cual obtener unos mayores márgenes resultantes de un aumento de precios inducido por la reducción de la producción.

33. En cambio, cuando las condiciones del mercado son tales que las empresas competidoras tienen bastante capacidad de producción y que un aumento suficiente de las ventas les resultará rentable, es poco probable que la Comisión concluya que la concentración creará o reforzará una posición dominante o que obstaculizará significativamente la competencia efectiva por cualquier otro medio.

34. Tal aumento de la producción es especialmente improbable cuando los competidores están sujetos a limitaciones vinculantes de su capacidad y el aumento de la capacidad resulta costoso(45) o cuando la explotación del exceso de capacidad existente resulta bastante más costosa que la de la capacidad efectivamente utilizada.

35. Aunque la existencia de limitaciones de la capacidad es más susceptible de ser un factor importante cuando los productos son relativamente homogéneos, también puede ser que esta limitación resulte importante cuando las empresas ofrecen productos diferenciados.

La entidad fusionada está en condiciones de impedir la expansión de sus competidores

36. Algunas concentraciones propuestas, en caso de autorizarse, podrían obstaculizar significativamente la competencia efectiva al colocar a la empresa fusionada en una posición en la que tendría la capacidad y el incentivo de dificultar la expansión de empresas más pequeñas y de competidores potenciales o de restringir por otros medios la capacidad competitiva de empresas rivales. En tal caso, es posible que los competidores no estén en condiciones, ni individual ni conjuntamente, de ejercer sobre la entidad fusionada una presión suficiente para que no aumente los precios o adopte otras medidas en detrimento de la competencia. Por ejemplo, la entidad fusionada puede ejercer tal grado de control o de influencia sobre el suministro de productos(46) o las posibilidades de distribución(47), que la expansión o entrada de empresas competidoras resulte más costosa. Del mismo modo, el control de la entidad fusionada sobre las patentes(48) u otros tipos de propiedad intelectual [por ejemplo, las marcas(49)] puede dificultar la expansión o la entrada de competidores en el mercado. En mercados en los que la interoperabilidad entre diferentes infraestructuras o plataformas es importante(50), una concentración puede conferir a la entidad fusionada la capacidad y el incentivo de aumentar los costes o reducir la calidad del servicio de sus rivales(51). Al realizar esta evaluación, la Comisión puede tener en

cuenta, inter alia, la fortaleza financiera de la entidad fusionada en comparación con la de sus rivales(52).

La fusión elimina una fuerza competitiva importante

37. Algunas empresas tienen una mayor influencia en el proceso competitivo de la que se desprende de sus cuotas de mercado o de otros indicadores similares. Una concentración en la que participe una empresa de este tipo puede cambiar la dinámica competitiva de una manera significativa y contraria a la competencia, en especial cuando el mercado ya está concentrado(53). Por ejemplo, una empresa puede ser un operador reciente del que se espere que ejerza en el futuro una presión competitiva significativa sobre las demás empresas del mercado.

38. En mercados en los que la innovación es una fuerza competitiva importante, una concentración puede aumentar la capacidad y el incentivo de la empresa para introducir innovaciones en el mercado y, de este modo, intensificar la presión competitiva sobre las empresas competidoras para innovar en ese mercado. Por el contrario, la competencia efectiva puede verse obstaculizada de forma significativa por la concentración de dos empresas innovadoras importantes, por ejemplo dos fabricantes de productos nuevos destinados a un mercado de productos concreto. De modo similar, una empresa con una cuota de mercado relativamente reducida puede ser, no obstante, una fuerza competitiva importante si dispone de productos nuevos con buenas perspectivas de futuro(54).

Efectos coordinados

39. En algunos mercados, la estructura puede ser tal que las empresas consideren posible, económicamente racional, y por tanto preferible, adoptar una estrategia de mercado a largo plazo destinada a vender a precios incrementados. Una fusión en un mercado concentrado puede obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, a través de la creación o el refuerzo de una posición dominante colectiva, debido a que aumenta la probabilidad de que las empresas puedan coordinar su comportamiento y subir los precios, incluso sin necesidad de concluir un acuerdo o de recurrir a una práctica concertada en el sentido del artículo 81 del Tratado CE(55). Una concentración también puede facilitar o hacer más estable o efectiva la coordinación entre empresas que ya se coordinaban antes de la concentración, bien sea robusteciendo la coordinación o permitiendo que las empresas acuerden unos precios aún más altos.

40. La coordinación puede revestir diversas formas. En algunos mercados, la coordinación más probable puede implicar el mantenimiento de los precios por encima del nivel competitivo. En otros, puede estar destinada a limitar la producción o el volumen de nueva capacidad introducida en el mercado. La coordinación entre empresas también puede consistir en un reparto del mercado, por ejemplo por zonas geográficas(56) o en función de otras características del cliente, o en la adjudicación de contratos en mercados de licitación.

41. La probabilidad de que se produzca una coordinación es mayor en mercados en los que resulta relativamente fácil alcanzar un acuerdo sobre las condiciones de la coordinación. Además, se han de cumplir tres condiciones para que la coordinación sea viable. En primer lugar, las empresas que se coordinan deben poder ejercer un control suficiente sobre el cumplimiento de las condiciones de la coordinación. En segundo lugar, la disciplina requiere que haya algún mecanismo de disuasión creíble que pueda activarse en caso de detectarse una desviación de lo acordado. En tercer lugar, los resultados esperados de la coordinación deben estar al abrigo de las reacciones tanto de los competidores actuales o futuros que no participen en ella como de los clientes(57).

42. La Comisión examina si sería posible que se fijen unas condiciones para la coordinación y si es probable que la coordinación resulte viable. A este respecto, la Comisión toma en consideración los cambios que conlleva la concentración. La reducción del número de empresas presentes en un mercado puede, en sí misma, ser un factor que facilite la coordinación. Sin embargo, una concentración también puede aumentar por otros medios la probabilidad o la importancia de los efectos coordinados. Así, puede estar inmersa en la concentración una empresa "díscola" que en el pasado haya impedido o roto la coordinación, por ejemplo por no seguir los aumentos de precios de sus competidores, o que tenga unas características que le sirvan de incentivo para privilegiar opciones estratégicas distintas de las que preferirían sus competidores que se coordinan entre sí. Si la empresa fusionada adoptara unas estrategias similares a las de sus competidores, a las demás empresas les resultaría más fácil coordinarse, y la concentración aumentaría la probabilidad, la estabilidad o la eficacia de la coordinación.

43. Al evaluar la probabilidad de que se produzcan efectos coordinados, la Comisión tiene en cuenta toda la información pertinente disponible sobre las características de los mercados afectados, incluyendo tanto aspectos estructurales como el comportamiento de las empresas en el pasado(58). Las pruebas de una coordinación realizada en el pasado son un elemento importante si las características del mercado de referencia no han cambiado de forma apreciable o si no es probable que lo hagan en un futuro próximo(59). Del mismo modo, las pruebas de coordinación en mercados similares pueden aportar información útil.

### Establecimiento de las condiciones de la coordinación

44. La probabilidad de que se produzca una coordinación es mayor si los competidores pueden llegar fácilmente a un entendimiento sobre cómo debe funcionar esa coordinación. Las empresas que se coordinan han de tener una percepción similar respecto de las actuaciones que deben o no considerarse conformes con la conducta acordada.

45. En general, cuanto menos complejo y más estable sea el entorno económico, más fácil será que las empresas lleguen a un acuerdo sobre las condiciones de la coordinación. Por ejemplo, es más fácil que se coordinen unos pocos operadores que no un gran número de empresas. También es más fácil acordar el precio de un solo producto homogéneo que concertar cientos de

precios en un mercado con muchos productos diferenciados. Del mismo modo, es más fácil concertar un precio cuando las condiciones de la oferta y la demanda son relativamente estables que cuando varían continuamente(60). En este contexto, la volatilidad de la demanda, un crecimiento interno sustancial de algunas empresas en el mercado o la frecuente entrada de nuevas empresas pueden ser indicios de que la situación no es lo suficientemente estable para que la coordinación resulte probable(61). En mercados en los que la innovación es importante, la coordinación puede ser más difícil puesto que las innovaciones, en particular las trascendentes, pueden permitir que una empresa obtenga una ventaja sustancial sobre sus competidores.

46. La coordinación por medio de la división del mercado resultará más sencilla cuando la clientela tenga unas características simples que permitan a las empresas un fácil reparto de clientes. Estas características pueden basarse en aspectos geográficos, en el tipo de clientela o simplemente en la existencia de clientes que habitualmente compran a una empresa específica. La coordinación por medio de la división del mercado puede producirse de forma relativamente sencilla si resulta fácil determinar el proveedor de cada cliente y el mecanismo de coordinación consiste en el reparto de la clientela existente entre sus proveedores tradicionales.

47. Sin embargo, también es posible que las empresas coordinadas encuentren otras soluciones que no sean la división del mercado para resolver los problemas que plantean los entornos económicos complejos. Pueden, por ejemplo, establecer unas normas sencillas de fijación de precios que faciliten la complicada tarea de concertar un elevado número de precios. Un ejemplo de este tipo de normas es el establecimiento de un número reducido de parámetros para determinar los precios, atenuando así el problema de la coordinación. También se puede establecer una relación fija entre determinados precios base y otra serie de precios de manera que todos los precios evolucionen básicamente en paralelo. La disponibilidad pública de información esencial, el intercambio de información a través de asociaciones comerciales o la información recibida por medio de participaciones accionariales cruzadas o por intereses comunes en empresas en participación también puede ayudar a las empresas a acordar las condiciones de la coordinación. Cuanto más complejo sea el mercado, mayor es la probabilidad de que resulte necesaria la transparencia o la comunicación para llegar a un acuerdo sobre las condiciones de la coordinación.

48. A las empresas les puede resultar más fácil alcanzar un acuerdo sobre las condiciones de la coordinación si presentan una relativa simetría entre ellas(62), sobre todo en términos de estructura de costes, cuotas de mercado, niveles de capacidad y grado de integración vertical(63). La existencia de vínculos estructurales, como participaciones cruzadas o intereses comunes en empresas en participación, también puede contribuir a la confluencia de incentivos entre las empresas coordinadas(64).

Control de las desviaciones



49. Las empresas que se coordinan se ven tentadas a menudo de aumentar su cuota de mercado mediante una desviación de las condiciones de la coordinación, por ejemplo bajando los precios, ofreciendo descuentos secretos, aumentando la calidad o capacidad de producción o intentando captar a nuevos clientes. Sólo se las puede disuadir de ello con una amenaza verosímil de adoptar represalias inmediatas y suficientemente importantes. Por consiguiente, los mercados tienen que tener la transparencia suficiente para permitir que las empresas que se coordinan puedan controlar debidamente si otras empresas se están desviando de lo acordado y sepan, por tanto, cuándo han de tomar represalias(65).

50. Con frecuencia, la transparencia en el mercado es mayor cuanto menor es el número de operadores del mercado. Además, el grado de transparencia depende a menudo de cómo se producen las transacciones en un mercado determinado. Por ejemplo, es probable que la transparencia sea alta cuando las transacciones se realizan en un mercado abierto o mediante subastas abiertas(66). Por el contrario, la transparencia puede ser baja en un mercado en el que los compradores y los vendedores negocian las transacciones confidencialmente de forma bilateral(67). Al evaluar el grado de transparencia de un mercado, lo primordial es determinar qué conclusiones pueden sacar las empresas de las actuaciones de otras empresas a partir de la información disponible(68). Las empresas coordinadas deben poder determinar con bastante seguridad si una conducta inesperada es el resultado de una desviación de las condiciones acordadas. Por ejemplo, en un entorno inestable a una empresa le puede resultar difícil determinar si sus ventas disminuyen porque la demanda en su conjunto está cayendo o porque un competidor está ofreciendo unos precios especialmente bajos. Del mismo modo, cuando fluctúan las condiciones generales de la demanda o de los costes, puede ser difícil discernir si un competidor está bajando su precio porque espera que desciendan los precios concertados o porque se está desviando de lo acordado.

51. En algunos mercados cuyas condiciones generales dificultan, en apariencia, el control de las desviaciones, las empresas pueden no obstante realizar prácticas que contribuyan a facilitar la tarea de control, aun cuando tales prácticas no se hayan adoptado necesariamente con tal fin. Estas prácticas, como las cláusulas de competencia o de cliente más favorecido, la publicación voluntaria de información, las comunicaciones o el intercambio de información a través de asociaciones comerciales, pueden aumentar la transparencia o ayudar a las empresas a interpretar las decisiones de sus competidores. Hechos tales como tener los mismos consejeros, participaciones en empresas comunes y otros acuerdos similares también pueden facilitar dicho control.

### Mecanismos de disuasión

52. La coordinación no es viable a menos que las consecuencias de una desviación sean lo suficientemente graves como para persuadir a las empresas que se coordinan de que les interesa cumplir las condiciones de la coordinación. Por tanto, lo que hace viable la coordinación es la amenaza de adoptar represalias(69). Sin embargo, esta amenaza sólo es creíble si, al

comprobarse la desviación de una de las empresas, hay la suficiente seguridad de que se va a activar algún mecanismo de disuasión(70).

53. Si las represalias se materializan con un desfase importante o si su ejecución no es segura, es poco probable que resulten suficientes para contrarrestar las ventajas de la desviación. Por ejemplo, si un mercado se caracteriza por pedidos esporádicos y de gran volumen, puede ser difícil establecer un mecanismo de disuasión suficientemente severo puesto que los beneficios resultantes de una desviación en el momento oportuno pueden ser importantes, seguros e inmediatos, mientras que las pérdidas derivadas de un castigo pueden ser pequeñas e inciertas y materializarse con cierto retraso. La prontitud con que se ponen en marcha los mecanismos de disuasión está relacionada con la transparencia. Si las empresas sólo pueden controlar los movimientos de sus competidores con un retraso considerable, la represalia también se retrasará y acaso ya no sea suficiente para evitar la desviación.

54. La credibilidad del mecanismo de disuasión depende de que las otras empresas coordinadas tengan un incentivo para adoptar represalias. Algunos mecanismos de disuasión, como la temporal entrada en una guerra de precios o aumento de la producción de manera sensible para castigar a la empresa que se desvía del acuerdo, pueden acarrear a las empresas que adoptan las represalias unas pérdidas económicas a corto plazo. Esto no elimina necesariamente el incentivo para tomar represalias, puesto que las pérdidas a corto plazo pueden ser menores que el beneficio de las represalias a largo plazo derivado de la vuelta al régimen de coordinación.

55. La disuasión no tiene por qué tener lugar en el mismo mercado que la desviación(71). Si las empresas que se coordinan tienen relaciones comerciales en otros mercados, puede haber diferentes métodos de represalia(72). Ésta puede revestir muchas formas, como la disolución de empresas en participación o de otras formas de cooperación o la venta de acciones de empresas de propiedad compartida.

#### Reacciones externas

56. Para que la coordinación resulte exitosa, es preciso que el resultado esperado de la misma esté a salvo de la actuación de las empresas no coordinadas y de los competidores potenciales, así como de los clientes. Por ejemplo, si la coordinación pretende reducir la capacidad global en el mercado, esto sólo perjudicará a los consumidores si las empresas que no se coordinan son incapaces o no tienen ningún incentivo para responder a esta reducción mediante un aumento suficiente de su propia capacidad que evite una disminución neta de la capacidad o al menos consiga que la reducción de capacidad coordinada no sea rentable(73).

57. Los efectos de la entrada de competidores en el mercado y del poder de negociación de los clientes se analizan en secciones posteriores. No obstante, se presta especial atención al posible impacto de estos elementos en la estabilidad de la coordinación. Por ejemplo, si un comprador importante concentra gran parte de sus pedidos en un solo proveedor u ofrece contratos a

largo plazo, puede introducir un elemento de inestabilidad en la coordinación si logra persuadir a una de las empresas coordinadas para que incumpla lo acordado con el fin de incrementar sustancialmente sus ventas.

### Fusión con un competidor potencial

58. Las concentraciones en las que una empresa ya activa en un mercado de referencia se fusiona con un competidor potencial en ese mismo mercado pueden surtir efectos anticompetitivos similares a las concentraciones entre dos empresas ya activas en el mismo mercado de referencia y, por tanto, obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, en especial mediante la creación o el refuerzo de una posición dominante.

59. Una concentración con un competidor potencial puede tener efectos horizontales contrarios a la competencia, tanto coordinados como no coordinados, si dicho competidor condiciona significativamente la conducta de las empresas activas en el mercado. Puede tratarse de un competidor potencial que posea activos que resulte fácil utilizar para entrar en el mercado de referencia sin necesidad de hacer importantes inversiones irrecuperables. Pero también pueden producirse efectos anticompetitivos si es muy probable que la otra parte de la concentración incurra en los costes irrecuperables necesarios para entrar en el mercado en un plazo relativamente corto, al término del cual podrá condicionar la conducta de las empresas activas en el mercado(74).

60. Para que una concentración con un competidor potencial o futuro tenga efectos anticompetitivos significativos, deben cumplirse dos condiciones básicas. En primer lugar, debe tratarse de un competidor potencial que ejerza una presión competitiva significativa o que muy probablemente se hubiera convertido en un competidor efectivo. La Comisión puede llegar a esta conclusión si hay pruebas de que un competidor potencial tenía planeado penetrar con fuerza en el mercado(75). En segundo lugar, no debe haber un número suficiente de competidores potenciales alternativos que estén en condiciones de ejercer una presión competitiva suficiente tras la concentración(76).

### Concentraciones que crean o refuerzan el poder de la demanda con respecto a los mercados ascendentes

61. La Comisión también puede analizar en qué medida una entidad fusionada aumentará su poder de demanda como comprador en los mercados ascendentes. Por un lado, una concentración que crea o refuerza el poder de mercado de un comprador puede obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, en particular al crear o reforzar una posición dominante. La empresa fusionada puede estar en condiciones de obtener precios más bajos reduciendo la compra de insumos. A su vez, esto puede inducirla a reducir también su nivel de producción en el mercado de productos final, con el consiguiente perjuicio para los consumidores(77). Estos efectos pueden producirse, en especial, cuando los vendedores de los mercados ascendentes están relativamente fragmentados. La competencia también puede verse afectada negativamente en los mercados descendentes, sobre todo si es

probable que la entidad fusionada se valga de su poder de demanda de cara a sus proveedores para cerrar el mercado a otros competidores(78).

62. Por otro lado, un mayor poder de la demanda puede ser beneficioso para la competencia. Si el aumento de dicho poder se traduce en un menor coste de los insumos sin que por ello se restrinja la competencia en los mercados posteriores o se reduzca el volumen total de la producción, es probable que parte de esta reducción de costes se traslade a los consumidores en forma de precios más bajos.

63. Para evaluar si una concentración puede obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva al crear o reforzar el poder de la demanda es, por tanto, necesario proceder a un análisis de las condiciones competitivas en los mercados ascendentes y a una evaluación de los posibles efectos positivos y negativos descritos

#### V. PODER DE NEGOCIACIÓN DE LA DEMANDA

64. Los proveedores no sólo están sometidos a las presiones competitivas de sus competidores, sino que éstas también pueden proceder de sus clientes. Es posible que ni siquiera las empresas con cuotas de mercado muy altas estén, después de la concentración, en condiciones de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, en particular actuando en una medida apreciable con independencia de sus clientes si éstos disponen de poder de negociación(79). El poder de negociación de la demanda debe entenderse, en este contexto, como la capacidad de negociación comercial que tiene el comprador frente al vendedor gracias a su tamaño, a su importancia comercial desde la óptica del vendedor y a su capacidad para cambiar de proveedor.

65. Cuando procede, la Comisión toma en consideración en qué medida los clientes estarán en condiciones de contrarrestar el aumento del poder de mercado que previsiblemente generaría una concentración de no mediar esa circunstancia. Una manifestación del poder de la demanda sería la de un cliente que pudiese amenazar de manera verosímil con recurrir, en un plazo razonable, a fuentes alternativas de suministro en caso de que el proveedor decidiera aumentar sus precios(80) o deteriorar por otros medios la calidad o las condiciones del suministro. Éste sería el caso si el comprador pudiera cambiar inmediatamente de proveedor(81) o amenazar de manera creíble con integrarse verticalmente en el mercado ascendente o con apoyar la expansión ascendente o la entrada en el mercado de un competidor potencial(82), por ejemplo prometiéndole pedidos importantes. Es más probable que sean los grandes clientes que posean suficientes recursos quienes dispongan de este tipo de poder de negociación y no las pequeñas empresas de un sector fragmentado(83). Un comprador también puede ejercer su poder de negociación negándose a comprar otros productos fabricados por el proveedor o, particularmente en el caso de los bienes duraderos, retrasando sus compras.

66. En algunos casos, puede resultar necesario prestar especial atención a los incentivos de los compradores para utilizar su poder de negociación(84). Por ejemplo, no cabe descartar la posibilidad de que una empresa decida no

acometer las inversiones necesarias para apoyar la entrada de un nuevo proveedor si comprueba que sus competidores también van a beneficiarse del menor coste de los insumos que traerá consigo la llegada de dicho proveedor.

67. No cabe concluir que el poder de negociación de la demanda compensa suficientemente los efectos negativos potenciales de una concentración si sólo garantiza que un segmento determinado de los clientes(85), con una particular fortaleza de negociación, quedará a salvo de un aumento significativo de los precios o de unas condiciones deterioradas tras la concentración(86). Por lo demás, no basta con que el poder de la demanda ya exista antes de la concentración; también tiene que haberlo y debe ser efectivo después de la misma. Ello se debe a que una concentración de dos proveedores puede reducir el poder de la demanda si con ella desaparece una alternativa creíble.

### VI. ENTRADA DE NUEVOS COMPETIDORES

68. Cuando la entrada en un mercado resulta relativamente fácil, es improbable que una concentración vaya a plantear un riesgo anticompetitivo importante. Por ello, el análisis de la entrada de competidores constituye un elemento importante de la evaluación global de la situación competitiva. Para que pueda considerarse que la entrada de nuevos competidores en el mercado constituye una presión competitiva suficiente sobre las partes de la concentración ha de mostrarse que dicha entrada es probable, que se producirá con prontitud y que será suficiente para disuadir o impedir los efectos anticompetitivos potenciales de la concentración.

#### Probabilidad de la entrada de nuevos competidores

69. La Comisión examina la probabilidad de que entren nuevos competidores en el mercado o de que las entradas potenciales ejerzan una presión sobre la conducta ulterior a la concentración de los operadores existentes. Para que pueda considerarse probable, la entrada de nuevos competidores debe resultar suficientemente rentable teniendo en cuenta el efecto sobre los precios de la introducción de producción adicional en el mercado y las respuestas potenciales de los operadores existentes. De este modo, la entrada es menos probable si tiene que producirse a gran escala para ser económicamente viable y dar lugar, por tanto, a una reducción considerable de los precios. Y aún resultará más difícil si los operadores existentes pueden proteger sus cuotas de mercado ofreciendo contratos a largo plazo o concediendo descuentos preferentes sobre los precios a aquellos clientes que el nuevo operador está tratando de captar. Por otra parte, la probabilidad de que entren nuevos competidores en el mercado también puede ser menor si el riesgo y los costes de una entrada fallida son elevados. Los costes de una entrada fallida serán tanto mayores cuanto mayor sea el nivel de los costes irrecuperables asociados a la entrada(87).

70. Los competidores potenciales pueden encontrarse con unas barreras de entrada que conlleven riesgos y costes y, por tanto, tengan una repercusión sobre la rentabilidad de la entrada en el mercado. Las barreras de entrada son unas características específicas del mercado que otorgan a las empresas ya presentes en él unas ventajas sobre sus competidores potenciales. Si las

barreras de entrada son bajas, es más probable que las partes de la concentración se vean presionadas por la posible entrada de nuevos competidores. Por el contrario, si las barreras son altas, los aumentos de precios aplicados por las empresas que van a fusionarse no se ven expuestos a una presión significativa por la entrada de nuevos competidores. Los ejemplos de anteriores entradas y salidas en el sector examinado pueden proporcionar información útil sobre el alcance de las barreras de entrada.

71. Las barreras de entrada pueden adoptar diversas formas:

a) Las ventajas legales abarcan situaciones en que la presencia de barreras reglamentarias limita el número de operadores en el mercado, por ejemplo restringiendo el número de licencias(88). Este supuesto también abarca las barreras comerciales arancelarias y no arancelarias(89).

b) Las empresas que ya están presentes en el mercado también pueden disfrutar de ventajas de orden técnico, como un acceso preferente a infraestructuras esenciales, a recursos naturales(90), a innovación e I+D(91) o a derechos de propiedad industrial e intelectual(92), que pueden dificultar el que otras empresas estén en condiciones de competir con ellas. Por ejemplo, en algunos sectores puede ser difícil obtener materias primas esenciales y determinados productos o procesos pueden estar protegidos por patentes. Otros factores, como las economías de escala y de alcance, las redes de distribución y venta(93) y el acceso a tecnologías importantes, también pueden constituir barreras de entrada.

c) Por otra parte, las barreras de entrada también pueden tener su origen en la posición consolidada de que disfrutaban las empresas ya presentes en el mercado. Así, puede resultar difícil entrar en un determinado sector porque la experiencia y reputación necesarias para competir de forma efectiva no estén al alcance de los nuevos operadores. En este contexto, se tomarán en consideración factores como la fidelidad de los consumidores a una marca concreta(94), las relaciones entre proveedores y clientes, la importancia de las campañas de promoción y publicidad y otras ventajas vinculadas a una buena reputación(95). Las barreras de entrada también pueden plantearse en situaciones en que las empresas presentes en el mercado ya estén inmersas en un proceso de creación de un gran exceso de capacidad(96) o en las que los costes que tendrían que soportar los clientes para pasarse a un nuevo proveedor actúen como elemento inhibitor de la entrada.

72. A la hora de examinar si una entrada en el mercado resultará rentable o no, también hay que tener en cuenta la evolución prevista del mercado. Hay más probabilidades de que la entrada resulte rentable en un mercado con buenas perspectivas de crecimiento(97) que en un mercado maduro o en el que se prevea un declive(98). Las economías de escala o los efectos de red son factores que pueden contribuir a que la entrada no resulte rentable, a no ser que el nuevo competidor pueda hacerse con una cuota de mercado suficientemente amplia(99).

## ANEXOS DOCUMENTALES

73. La probabilidad de que se produzca una entrada es especialmente alta cuando los proveedores de otros mercados ya disponen de instalaciones de producción que pueden utilizarse para entrar en el mercado en cuestión, reduciendo de esta manera los costes hundidos vinculados a dicha entrada. Tal reutilización de instalaciones de producción es tanto más probable cuanto menor sea la diferencia, en términos de rentabilidad, entre la entrada y la no entrada con anterioridad a la concentración.

### Prontitud

74. La Comisión examina si la entrada en el mercado se produciría con la suficiente rapidez y continuidad para disuadir o impedir el ejercicio del poder de mercado. Lo que constituye un período de tiempo apropiado para que se produzca una entrada dependerá de las características y la dinámica del mercado, así como de las capacidades específicas de los competidores potenciales(100). Sin embargo, la entrada sólo suele considerarse realizada con prontitud si se produce en un plazo de dos años.

### Alcance suficiente

75. La entrada ha de tener un alcance y una magnitud suficientes como para disuadir o impedir los efectos anticompetitivos de la concentración(101). Una entrada de alcance reducido, por ejemplo en algún "nicho" del mercado, puede considerarse insuficiente.

## VII. EFICIENCIAS

76. Las reorganizaciones empresariales en forma de concentraciones pueden responder a las exigencias de una competencia dinámica y aumentar la competitividad de la industria, contribuyendo de esta manera a mejorar las posibilidades de crecimiento y a elevar el nivel de vida en la Comunidad(102). Es posible que las eficiencias derivadas de una concentración contrarresten los efectos sobre la competencia y, en particular, el perjuicio potencial para los consumidores que la misma podría tener en caso contrario(103). Para valorar si una concentración obstaculizará de forma significativa la competencia efectiva, en particular mediante la creación o el refuerzo de una posición dominante en el sentido de los apartados 2 y 3 del artículo 2 del Reglamento de concentraciones, la Comisión procede a una evaluación global de la concentración desde el punto de vista de la competencia. Al realizar tal evaluación, la Comisión tiene en cuenta los factores mencionados en el apartado 1 del artículo 2, entre los que figura la evolución del progreso técnico y económico, siempre que redunde en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia(104).

77. En su evaluación general de una concentración, la Comisión toma en consideración toda eficiencia invocada y probada. Puede decidir que, gracias a las eficiencias que la concentración trae consigo, no hay motivos para declarar la concentración incompatible con el mercado común conforme al apartado 3 del artículo 2 del Reglamento de concentraciones. Así lo hará cuando tenga pruebas suficientes para concluir que las eficiencias generadas por la concentración probablemente aumentarán la capacidad y el incentivo de la entidad fusionada para actuar de manera procompetitiva en beneficio de los

consumidores, contrarrestando así los posibles efectos anticompetitivos de la concentración.

78. Para que la Comisión pueda tener en cuenta las eficiencias invocadas en su evaluación de la concentración y llegar a la conclusión de que, gracias a las mismas, no hay motivos para declarar la concentración incompatible con el mercado común, las eficiencias deben beneficiar a los consumidores, tener un carácter inherente a la concentración y ser verificables. Estas condiciones son acumulativas.

#### Beneficio para los consumidores

79. El punto de referencia pertinente para la evaluación de las eficiencias invocadas es que los consumidores(105) no se vean perjudicados por la concentración. A tal fin, las eficiencias deben ser sustanciales y producirse con prontitud y han de beneficiar, en principio, a los consumidores de aquellos mercados de referencia en los que, de lo contrario, probablemente surgirían problemas de competencia.

80. Las concentraciones pueden generar diversos tipos de eficiencias que pueden dar lugar a una reducción de precios o a otros beneficios para los consumidores. Por ejemplo, los ahorros de costes en la producción o distribución pueden conferir a la entidad fusionada la capacidad y el incentivo de aplicar unos precios más bajos tras la concentración. En consonancia con la necesidad de determinar si las eficiencias darán lugar a un beneficio neto para los consumidores, las eficiencias en costes que generan reducciones de los costes variables o marginales(106) tienen una mayor probabilidad de resultar pertinentes para la evaluación de las eficiencias que las reducciones de los costes fijos; en principio, es más probable que sean las primeras las que acaben dando lugar a unos precios más bajos para los consumidores(107). Las reducciones de costes que son meramente el resultado de una reducción anticompetitiva de la producción no pueden considerarse eficiencias que benefician a los consumidores.

81. Los consumidores también pueden beneficiarse de productos o servicios nuevos o mejorados, por ejemplo a raíz de un aumento de la eficiencia en el ámbito de la I+D y de la innovación. Una empresa en participación creada para desarrollar un producto nuevo puede generar el tipo de eficiencias que la Comisión tiene en cuenta.

82. En el ámbito de los efectos coordinados, las eficiencias pueden aumentar el incentivo de la entidad fusionada para subir la producción y bajar los precios y, de esta manera, reducir el incentivo para coordinar su comportamiento con otras empresas del mismo mercado. Por consiguiente, las eficiencias pueden contribuir a disminuir el riesgo de que se produzcan efectos coordinados en el mercado de referencia.

83. En general, cuanto más largo sea el plazo previsto para la materialización de las eficiencias, menor será la importancia que pueda conferirles la Comisión.



Esto implica que las eficiencias han de producirse con prontitud para que puedan considerarse un factor compensatorio.

84. El incentivo de la entidad fusionada para repercutir los aumentos de eficiencia a los consumidores está a menudo relacionado con la existencia de una presión competitiva procedente de las demás empresas presentes en el mercado y de las entradas potenciales. Cuanto mayores sean los posibles efectos negativos sobre la competencia, más seguridad deberá tener la Comisión de que las eficiencias invocadas son sustanciales, de que resulta probable su materialización y de que son transferidas en grado suficiente a los consumidores. Es altamente improbable que una concentración que conduzca a una posición de mercado próxima al monopolio o a un grado similar de poder de mercado pueda declararse compatible con el mercado común invocando unos aumentos de eficiencia suficientes para contrarrestar sus potenciales efectos anticompetitivos.

Carácter inherente a la concentración

85. Las eficiencias son pertinentes para la evaluación competitiva cuando son consecuencia directa de la concentración notificada y no pueden materializarse en la misma medida a través de soluciones alternativas menos anticompetitivas. En estas circunstancias, se considera que las eficiencias se derivan de la concentración y son, por tanto, inherentes a la concentración(108). Corresponde a las partes de la concentración presentar a su debido tiempo toda la información pertinente que resulte necesaria para demostrar que no hay alternativas realistas y viables menos anticompetitivas de carácter no concentrativo (por ejemplo, un acuerdo de licencia o una empresa en participación cooperativa) o concentrativo (por ejemplo, una empresa en participación concentrativa o una concentración estructurada de manera diferente) a la concentración notificada que preserven las eficiencias invocadas. La Comisión sólo considera alternativas que resulten razonablemente prácticas en la situación comercial en la que se encuentren las partes que van a fusionarse, teniendo en cuenta las prácticas consolidadas en el sector correspondiente.

Verificabilidad

86. Para que la Comisión pueda tener una seguridad razonable de que las eficiencias se materializarán, éstas tienen que ser verificables y han de ser suficientemente sustanciales como para compensar el perjuicio potencial que una concentración pueda ocasionar a los consumidores. Cuanto más precisa y convincente sea la eficiencia alegada, más fácil será su evaluación por la Comisión. Por lo tanto, en la medida de lo posible deberán cuantificarse las eficiencias y los beneficios resultantes para los consumidores. Cuando no estén disponibles los datos necesarios para realizar un análisis cuantitativo exacto, debe ser posible prever un impacto positivo manifiesto -no marginal- en los consumidores. En general, cuanto más lejana sea la fecha prevista para que empiecen a materializarse las eficiencias, menor será la probabilidad que la Comisión pueda atribuir al hecho de que dichas eficiencias efectivamente se produzcan.

87. La mayor parte de la información que necesita la Comisión para determinar si una concentración generará el tipo de eficiencias que le permitiría autorizarla obra exclusivamente en poder de las partes de la concentración. Corresponde, pues, a las partes notificantes presentar con la debida antelación toda la información necesaria para demostrar que las eficiencias invocadas son inherentes a la concentración y que su materialización es probable. Asimismo, incumbe a las partes notificantes demostrar que las eficiencias probablemente contrarrestarán cualquier efecto negativo sobre la competencia que, de lo contrario, podrían surgir a consecuencia de la concentración, y que por tanto beneficiarán a los consumidores.

88. Entre las pruebas pertinentes para evaluar las eficiencias invocadas cabe destacar los documentos internos utilizados por los directivos de las empresas para decidir la concentración; las declaraciones de los directivos a los propietarios de las empresas y a los mercados financieros sobre las eficiencias previstas; ejemplos anteriores de eficiencias y de sus ventajas para los consumidores; así como estudios de expertos externos previos a la concentración sobre la naturaleza y el alcance de los aumentos de eficiencia y sobre la probabilidad de que beneficien a los consumidores.

#### VIII. EXCEPCIÓN DE EMPRESA EN CRISIS

89. Si una de las partes de la concentración es una empresa en crisis, la Comisión puede concluir que la concentración, a pesar de plantear problemas de competencia, es compatible con el mercado común. El requisito básico es que el deterioro de la estructura competitiva tras la concentración no se deba a ésta(109). Éste será el caso cuando la estructura competitiva del mercado también se hubiera deteriorado en una medida cuando menos equivalente de no producirse la concentración(110).

90. La Comisión considera que los tres requisitos que se exponen a continuación son especialmente importantes para la aplicación de la "excepción de empresa en crisis". En primer lugar, la empresa presuntamente en crisis debe estar condenada, a causa de sus problemas económicos, a abandonar el mercado en un futuro próximo si no es absorbida por otra empresa. En segundo lugar, no debe haber ninguna otra posibilidad de compra menos perjudicial para la competencia que la concentración notificada. En tercer lugar, de no mediar una concentración, la desaparición del mercado de los activos de la empresa en dificultades debe resultar inevitable(111).

91. Incumbe a las partes notificantes presentar a su debido tiempo toda la información pertinente necesaria para demostrar que el deterioro de la estructura competitiva tras la concentración no se debe a ésta.

(1) Reglamento (CE) n° 139/04 del Consejo, de 20 de enero de 2004 (DO L 24, 29.1.2004, p. 1).

(2) Asunto T-102/96, Gencor/Comisión, Rec. [1999] II-753, apartado 200. Véanse los asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, Francia y otros/Comisión (en adelante, "Kali & Salz"), Rec. [1998] I-1375, apartado 221. En

## ANEXOS DOCUMENTALES

circunstancias excepcionales, una concentración puede dar lugar a la creación o el refuerzo de una posición dominante de una empresa que no participa en la operación notificada (véanse los asuntos IV/M.1383 - Exxon/Mobil, puntos 225-229; y COMP/M.2434 - Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico, puntos 67-71).

(3) Véanse, asimismo, los asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, Kali & Salz, apartado 170.

(4) Véanse los considerandos 25 y 26 del Reglamento de concentraciones.

(5) El término "concentración" utilizado en el Reglamento de concentraciones cubre diversos tipos de operaciones, tales como las fusiones, las adquisiciones, las absorciones y determinados tipos de empresas en participación. En la presente Comunicación, el término "fusión" se utilizará ocasionalmente como sinónimo de "concentración" y abarcará, por tanto, todos los tipos de operación mencionados.

(6) La Comunicación no abarca la evaluación de los efectos sobre la competencia que una concentración produzca en otros mercados, incluidos los efectos verticales y de conglomerado. Tampoco abarca la evaluación de los efectos de una empresa en participación en el sentido del apartado 4 del artículo 2 del Reglamento de concentraciones.

(7) La expresión también abarca aquellas situaciones en donde, por ejemplo, los precios se incrementan en menor medida -o la probabilidad de que disminuyan es menor- que si no se produjera la concentración, así como las situaciones en que los precios se incrementan en mayor medida -o la probabilidad de que aumenten es mayor- que si no se produjera la concentración.

(8) Por analogía, en el supuesto de una concentración ejecutada sin haber sido previamente notificada, la Comisión evaluará la concentración a la luz de las condiciones competitivas que habrían prevalecido de no realizarse la concentración.

(9) Véase, p. ej., la Decisión de la Comisión 98/526/CE en el asunto IV/M.950 - Hoffmann La Roche/Boehringer Mannheim, DO L 234 de 21.8.1998, p. 14, considerando 13; así como los asuntos IV/M.1846 - Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham, puntos 70-72; y COMP/M.2547 - Bayer/Aventis Crop Science, punto 324 y ss.

(10) Véase, p. ej., el asunto T-102/96, Gencor/Comisión, Rec. [1999] II-753, apartados 247-263.

(11) DO C 372 de 9.12.1997, p. 5.

(12) Véanse los asuntos T-102/96, Gencor/Comisión, Rec. [1999] II-753, apartado 262; y T-342/99, Airtours/Comisión, Rec. [2002] II-2585, apartado 280.

(13) Para mayor información sobre el cálculo de las cuotas de mercado, véase también la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, DO C 372 de 9.12.1997, p. 3, puntos 54 y 55.

(14) Véase, p. ej., el asunto COMP/M.1806 - Astra Zeneca/Novartis, puntos 150 y 415.

(15) Cuando resulta procedente, puede realizarse un reajuste de las cuotas de mercado, sobre todo para tener en cuenta las participaciones mayoritarias en otras empresas (véanse, p. ej., los asuntos IV/M.1383 - Exxon/Mobil, puntos 446-458; COMP/M.1879 - Boeing/Hughes, puntos 60-79; COMP/JV 55 - Hutchison/RCPM/ECT, puntos 66-75), u otros acuerdos con terceras partes (véase, p. ej., en lo relativo a la subcontratación, la Decisión de la Comisión 2001/769/CE en el asunto COMP/M.1940 - Framatome/Siemens/Cogema, DO L 289 de 6.11.2001, p. 8, considerando 142).

(16) Véanse, p. ej., los asuntos COMP/M.2256 - Philips/Agilent Health Care Technologies, puntos 31-32; y COMP/M.2609 - HP/Compaq, punto 39.

(17) Véanse, p. ej., los asuntos IV/M.1365 - FCC/Vivendi, punto 40; y COMP/JV 55 - Hutchison/RCPM/ECT, punto 50. En su caso, la Comisión también puede utilizar otras medidas de concentración, como los coeficientes de concentración, que miden la cuota de mercado combinada de un reducido número de empresas (en general, tres o cuatro) dominantes en un mercado.

(18) Por ejemplo, el IHH de un mercado integrado por cinco empresas con cuotas de mercado del 40 %, 20 %, 15 %, 15 % y 10 %, respectivamente, es igual a 2550 ( $40^2 + 20^2 + 15^2 + 15^2 + 10^2 = 2550$ ). El IHH va de cero (mercado atomizado) a 10000 (monopolio puro).

(19) El incremento del grado de concentración (medido con el IHH) puede calcularse independientemente de la concentración global del mercado duplicando el producto de las cuotas de mercado de las empresas que van a fusionarse. Por ejemplo, la fusión de dos empresas con cuotas de mercado del 30 % y el 15 %, respectivamente, aumentará el IHH en 900 puntos ( $30 \times 15 \times 2 = 900$ ). La explicación de esta técnica es la siguiente: antes de la concentración, la contribución de las cuotas de mercado de las empresas que van a fusionarse al IHH equivale a la suma de los cuadrados de sus respectivas cuotas:  $(a)^2 + (b)^2$ . Después de la concentración, su contribución es la suma de estas cuotas al cuadrado:  $(a + b)^2$ , lo que equivale a  $(a)^2 + (b)^2 + 2ab$ . Por consiguiente, el incremento del IHH equivale a  $2ab$ .

(20) Asuntos T-221/95, Endemol/Comisión, Rec. [1999] II-1299, apartado 134; y T-102/96, Gencor/Comisión, Rec. [1999] II-753, apartado 205. Cuestión distinta es si una posición dominante se crea o refuerza de resultas de la concentración.

(21) Véase, p. ej., el asunto COMP/M.2337 - Nestlé/Ralston Purina, puntos 48-50.

(22) Véase, p. ej., la Decisión de la Comisión 1999/674/CE en el asunto IV/M.1221 - Rewe/Meinl, de 3 de febrero de 1999, DO L 274 de 23.10.1999, p. 1, considerandos 98-114; así como el asunto COMP/M.2337 - Nestlé/Ralston Purina, puntos 44-47.

(23) El cálculo de las cuotas de mercado está en estrecha dependencia de la definición del mercado. Debe hacerse hincapié en que la Comisión no acepta necesariamente la definición del mercado propuesta por las partes.

(24) Considerando 32 del Reglamento de concentraciones. Con todo, un indicio de este tipo no es aplicable a casos en que la concentración propuesta crea o refuerza una posición dominante colectiva en la que estén implicadas las "empresas afectadas" y otros terceros (véase los asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, Kali & Salz, Rec. [1998] I-1375, apartado 171 y ss.; y el asunto T-102/96, Gencor/Comisión, Rec. [1999] II-753, apartado 134 y ss.).

(25) En mercados con participaciones cruzadas o con presencia de empresas en participación, la Comisión puede utilizar un IHH modificado que tenga en cuenta dichas participaciones (véase, p. ej., el asunto IV/M.1383 - Exxon/Mobil, punto 256).

(26) Véase el punto 17.

(27) A menudo llamados también efectos "unilaterales".

(28) Este tipo de reacciones esperadas por parte de los competidores pueden ser un factor importante que incida en los incentivos de la entidad fusionada para subir los precios.

(29) El término "mercado oligopolístico" hace referencia a una estructura de mercado caracterizada por la presencia de un número limitado de empresas de tamaño considerable. Como el comportamiento de cualquiera de ellas tiene un impacto considerable sobre las condiciones de competencia en el mercado, y por tanto indirectamente en la situación de todas las demás, las empresas oligopolísticas son interdependientes.

(30) Considerando 25 del Reglamento de concentraciones.

(31) Véanse, en particular, los puntos 17 y 18.

(32) Los productos pueden diferenciarse de distintas maneras. Por ejemplo, pueden establecerse diferencias en función de la localización geográfica, partiendo del emplazamiento de las filiales o de los puntos de venta; la ubicación es un factor importante para la distribución minorista, la banca, las agencias de viaje y las gasolineras. Las diferencias también pueden radicar en la imagen de marca, las especificaciones técnicas, la calidad y el nivel de servicio. El nivel de publicidad en un mercado puede ser un indicador de la voluntad de las empresas de diferenciar sus productos. En el caso de otros productos, la diferenciación puede deberse a los costes de cambio de proveedor, ya que el hecho de cambiar de producto puede acarrear ciertos costes.

(33) Para la definición del mercado de referencia, véase la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, citada anteriormente.

(34) Véase, por ejemplo, los asuntos COMP/M.2817 - Barilla/BPS/Kamps, punto 34; y la Decisión de la Comisión 2001/403/CE en el asunto

COMP/M.1672 - Volvo/Scania, DO L 143 de 29.5.2001, p. 74, considerandos 107-148.

(35) Véanse, p. ej., la Decisión de la Comisión en el asunto IV/M.430 - Procter & Gamble/VP Schickedanz (II), DO L 354 de 21.6.1994, p. 32; el asunto T-290/94, Kaysersberg/Comisión, Rec. [1997] II-2137, apartado 153; la Decisión de la Comisión 97/610/CE en el asunto IV/M.774 - Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM, DO L 247 de 10.9.1997, p. 1, considerando 179; la Decisión de la Comisión 2002/156/CE en el asunto COMP/M.2097 - SCA/Metsä Tissue, DO L 57 de 27.2.2002, p. 1, considerandos 94-108; y el asunto T-310/01, Schneider/Comisión, Rec. [2002] II-4071, apartado 418.

(36) Habitualmente, el margen pertinente (m) es la diferencia entre el precio (p) y el incremento del coste (c) del suministro de una unidad adicional de producción expresada como porcentaje del precio [ $m = (p - c)/p$ ].

(37) Véanse, p. ej., los asuntos IV/M.1980 - Volvo/Renault VI, punto 34; COMP/M.2256 - Philips Agilent/Health Care Solutions, puntos 33-35; y COMP/M.2537 - Philips/Marconi Medical Systems, puntos 31-34.

(38) La elasticidad cruzada de precios de la demanda mide la variación que experimenta la demanda de un producto cuando varía el precio de otro producto (y los demás parámetros se mantienen constantes). La elasticidad cruzada mide la variación que experimenta la demanda de un producto cuando varía su precio.

(39) El coeficiente de desvío (diversion ratio) del producto A al producto B mide la proporción de ventas que ha perdido el producto A debido a un incremento de precios y que ha sido absorbida por el producto B.

(40) Decisión de la Comisión 97/816/CE en el asunto IV/M.877 - Boeing/McDonnell Douglas, DO L 336 de 8.12.1997, p. 16, considerando 58 y ss.; asunto COMP/M.3083 - GE/Instrumentarium, punto 125 y ss.

(41) Los costes irre recuperables son aquellos costes que no se pueden recuperar en caso de salida del mercado.

(42) Véase, p. ej., la Decisión de la Comisión 2002/156/CE en el asunto IV/M.877 - Boeing/McDonnell Douglas, DO L 336 de 8.12.1997, p. 16, considerando 70.

(43) Véase, p. ej., el asunto IV/M.986 - Agfa Gevaert/DuPont, DO L 211 de 29.7.1998, p. 22, puntos 63-71.

(44) Véase, p. ej., el asunto COMP/M.2187 - CVC/Lenzing, puntos 162-170.

(45) Al analizar el posible aumento de la capacidad de los competidores, la Comisión tiene en cuenta factores similares a los descritos en la sección VI relativa a la entrada de nuevos competidores. Véase, p. ej., el asunto COMP/M.2187 - CVC/Lenzing, puntos 162-173.

(46) Véase, p. ej., el asunto T-221/95, Endemol/Comisión, Rec. [1999] II-1299, apartado 167.

## ANEXOS DOCUMENTALES

(47) Véase, p. ej., el asunto T-22/97, Kesko/Comisión, Rec. [1999] II-3775, apartado 141 y ss.

(48) Véase, p. ej., la Decisión de la Comisión 2001/684/CE en el asunto COMP/M.1671 - Dow Chemical/Union Carbide, DO L 245 de 14.9.2001, p. 1., considerandos 107-114.

(49) Véase, p. ej., la Decisión de la Comisión 96/435/CE en el asunto IV/M.623 - Kimberly-Clark/Scott, DO L 183 de 23.7.1996, p. 1; y el asunto T-114/02, BabyLiss SA/Comisión ("Seb/Moulinex"), Rec. [2003] II-000, apartado 343 y ss.

(50) Así ocurre, por ejemplo, en sectores como la energía, las telecomunicaciones y otros sectores de la comunicación.

(51) Decisión de la Comisión 99/287/CE en el asunto IV/M.1069 - Worldcom/MCI, DO L 116 de 4.5.1999, p. 1, considerando 117 y ss.; asuntos IV/M.1741 - MCI Worldcom/Sprint, punto 145 y ss.; y IV/M.1795 - Vodafone Airtouch/Mannesmann, punto 44 y ss.

(52) Asunto T-156/98 RJB Mining/Comisión, Rec. [2001] II-337.

(53) Decisión de la Comisión en el asunto IV/M.877 - Boeing/McDonnell Douglas, DO L 336 de 8.12.1997, p. 16, considerando 58; y asunto COMP/M.2568 - Haniel/Ytong, punto 126.

(54) Para ilustrar el caso de unos productos nuevos de una parte de una concentración que probablemente podrían competir con los productos nuevos o existentes de la otra parte, véase el asunto IV/M.1846 - Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham, punto 188.

(55) Asuntos T-102/96, Gencor/Comisión, Rec. [1999] II-753, apartado 277; y T-342/99, Airtours/Comisión, Rec. [2002] II-2585, apartado 61.

(56) Este puede ser el caso cuando, por motivos históricos, los oligopolistas han tendido a concentrar sus ventas en zonas diferentes.

(57) Asunto T-342/99, Airtours/Comisión, Rec. [2002] II-2585, apartado 62.

(58) Véase la Decisión de la Comisión 92/553/CE en el asunto IV/M.190 - Nestlé/Perrier, L 356 de 5.12.1992, p. 1, considerandos 117-118.

(59) Véase, p. ej., el asunto IV/M.580 - ABB/Daimler-Benz, punto 95.

(60) Véase, p. ej., la Decisión de la Comisión 2002/156/CE en el asunto COMP/M.2097 - SCA/Metsä Tissue, DO L 57 de 27.2.2002, p. 1, considerando 148.

(61) Véase, p. ej., el asunto IV/M.1298 - Kodak/Imation, punto 60.

(62) Asunto T-102/96, Gencor/Comisión, Rec. [1999] II-753, apartado 222; y Decisión de la Comisión 92/553/CE en el asunto IV/M.190 - Nestlé/Perrier, DO L 356 de 5.12.1992, p. 1, considerandos 63-123.

(63) La mejora de la eficiencia puede constituir un indicador importante a la hora de evaluar si una concentración puede aumentar la simetría de las distintas empresas presentes en el mercado (véase el punto 82 de la presente Comunicación).

(64) Véase, p. ej., la Decisión de la Comisión 2001/519/CE en el asunto COMP/M.1673 - VEBA/VIAG, DO L 188 de 10.7.2001, p. 1, considerando 226; y el asunto COMP/M.2567 - Nordbanken/Postgirot, punto 54.

(65) Véanse, p. ej., los asuntos COMP/M.2498 - Shell/DEA, punto 112 y ss.; y COMP/M.2499 - BP/E.ON, punto 102 y ss.

(66) Véase también la Decisión de la Comisión 2000/42/CE en el asunto IV/M.1313 - Danish Crown/Vestjyske Slagterier, DO L 20 de 25.1.2000, p. 1, considerandos 176-179.

(67) Véase, p. ej., el asunto COMP/M.2640 - Nestlé/Schöller, punto 37; y la Decisión de la Comisión 1999/641/CE en el asunto IV/M.1225 - Enso/Stora, DO L 254 de 29.9.1999, p. 9, considerandos 67-68.

(68) Véase, p. ej., el asunto IV/M.1939 - Rexam (PLM)/American National Can, punto 24.

(69) Véanse los asuntos COMP/M.2389 - Shell/DEA, punto 121; y COMP/M.2533 - BP/E.ON, punto 111.

(70) Aunque a los mecanismos de disuasión en ocasiones también se les llama mecanismos de "castigo", no hay que interpretar este término en el sentido literal de que se castiga a la empresa que se desvía de lo acordado. La expectativa de que, en caso de detectarse una desviación como tal, la coordinación se interrumpa durante un período determinado puede constituir en sí misma un mecanismo de disuasión suficiente.

(71) Véase, p. ej., la Decisión de la Comisión 2000/42/CE en el asunto IV/M.1313 - Danish Crown/Vestjyske Slagterier, DO L 20 de 25.1.2000, p. 1, considerando 177.

(72) Véase el asunto T-102/96, Gencor/Comisión, Rec. [1999] II-753, apartado 281.

(73) Estos elementos se analizan de una manera similar que en el caso de los efectos no coordinados.

(74) Véase, p. ej., el asunto IV/M.1630 - Air Liquide/BOC, punto 201 y ss. Como ilustración de un caso en el que la entrada en el mercado de la otra parte de la concentración no resultaba suficientemente probable a corto o medio plazo, véase el asunto T-158/00, ARD/Comisión, Rec. [2003] II-000, apartados 115-127.

(75) Decisión de la Comisión 2001/98/CE en el asunto COMP/M.1439 - Telia/Telenor, DO L 40 de 9.2.2001, p. 1, considerandos 330-331; y asunto IV/M.1681 - Akzo Nobel/Hoechst Roussel Vet, punto 64.

(76) Asunto IV/M.1630 - Air Liquide/BOC, punto 219; y Decisión de la Comisión 2002/164/CE en el asunto COMP/M.1853 - EDF/EnBW, DO L 59 de 28.2.2002, p. 1, considerandos 54-64.

(77) Véase la Decisión de la Comisión 1999/674/CE en el asunto IV/M.1221 - Rewe/Meinl, DO L 274 de 23.10.1999, p. 1, considerandos 71-74.



## ANEXOS DOCUMENTALES

(78) Asunto T-22/97, Kesko/Comisión, Rec. [1999] II-3775, apartado 157; y Decisión de la Comisión 2002/156/CE en el asunto IV/M.877 - Boeing/McDonnell Douglas, DO L 336 de 8.12.1997, p. 16, considerandos 105-108.

(79) Véase, p. ej., el asunto IV/M.1882 - Pirelli/BICC, puntos 73-80.

(80) Véase, p. ej., el asunto IV/M.1245 - Valeo/ITT Industries, punto 26.

(81) Es posible que incluso habiendo sólo unos pocos clientes, éstos no tengan un poder de negociación suficiente si se encuentran en buena medida "cautivos" debido a los elevados costes de cambio de proveedor (véase el asunto COMP/M.2187 - CVC/Lenzing, punto 223).

(82) Decisión de la Comisión 1999/641/CE en el asunto IV/M.1225 - Enso/Stora, DO L 254 de 29.9.1999, p. 9, considerandos 89-91.

(83) También puede resultar conveniente comparar la concentración existente en el lado de los clientes con la concentración en el lado de los proveedores (asuntos COMP/JV 55 - Hutchison/RCPM/ECT, punto 119; y Decisión de la Comisión 1999/641/CE en el asunto IV/M.1225 - Enso/Stora, DO L 254 de 29.9.1999, p. 9, considerando 97).

(84) Asunto COMP/JV 55 - Hutchison/RCPM/ECT, puntos 129-130.

(85) Decisión de la Comisión 2002/156/CE en el asunto COMP/M.2097 - SCA/Metsä Tissue, DO L 57 de 27.2.2002, considerando 88. En el contexto de la definición del mercado, puede resultar pertinente proceder en determinados casos a una discriminación de precios entre distintas categorías de clientes (véase la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia, citada anteriormente, punto 43).

(86) Por consiguiente, la Comisión evalúa, en su caso, si los distintos compradores dispondrán de poder de negociación; véase la Decisión de la Comisión 1999/641/CE en el asunto IV/M.1225 - Enso/Stora, DO L 254 de 29.9.1999, p. 9, considerandos 84-97.

(87) Decisión de la Comisión 97/610/CE en el asunto IV/M.774 - Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM, DO L 247 de 10.9.1997, p. 1, considerando 184.

(88) Asuntos IV/M.2568 - Vodafone/Airtouch, punto 27; y IV/M.2016 - France Télécom/Orange, punto 33.

(89) Decisión de la Comisión 2002/174/CE en el asunto COMP/M.1693 - Alcoa/Reynolds, DO L 58 de 28.2.2002, considerando 87.

(90) Decisión de la Comisión 95/335/CE en el asunto IV/M.754 - Anglo American Corp/Lonrho, DO L 149 de 20.5.1998, p. 21, considerandos 118-119.

(91) Decisión de la Comisión 97/610/CE en el asunto IV/M.774 - Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM, DO L 247 de 10.9.1997, p. 1, considerandos 184-187.

(92) Decisión de la Comisión 94/811/CE en el asunto IV/M.269 - Shell/Montecatini, DO L 332 de 22.12.1994, p. 48, considerando 32.

- (93) Decisión de la Comisión 98/327/CE en el asunto IV/M.883 - The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S, DO L 145 de 15.5.1998, p. 41, considerando 74.
- (94) Decisión de la Comisión 98/327/CD en el asunto IV/M.883 - The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S, DO L 145 de 15.5.1998, p. 41, considerandos 72-73.
- (95) Decisión de la Comisión 2002/156/CE en el asunto COMP/M.2097 - SCA/Metsä Tissue, DO L 57 de 27.2.2002, p. 1, considerandos 83-84.
- (96) Decisión de la Comisión 2001/432/CE en el asunto COMP/M.1813 - Industri Kapital Nordkem/Dyno, DO L 154 de 9.6.2001, p. 41, considerando 100.
- (97) Véase, p. ej., la Decisión de la Comisión 98/475/CE en el asunto IV/M.986 - Agfa Gevaert/DuPont, DO L 211 de 29.7.1998, p. 22, considerandos 84-85.
- (98) Asunto T-102/96, Gencor/Comisión, Rec. [1999] II-753, apartado 237.
- (99) Véase, p. ej., la Decisión de la Comisión 2000/718/CE en el asunto IV/M.1578 - Sanitec/Sphinx, DO L 294 de 22.11.2000, p. 1, considerando 114.
- (100) Véase, p. ej., la Decisión de la Comisión 2002/174/CE en el asunto COMP/M.1693 - Alcoa/Reynolds, DO L 58 de 28.2.2002, considerandos 31-32 y 38.
- (101) Decisión de la Comisión 91/535/CEE en el asunto IV/M.68 - Tetra Pak/Alfa Laval, DO L 290 de 22.10.1991, p. 35, punto 3.4.
- (102) Véase el considerando 4 del Reglamento de concentraciones.
- (103) Véase el considerando 29 del Reglamento de concentraciones.
- (104) Cf. la letra b) del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento de concentraciones.
- (105) Con arreglo a la letra b) del apartado 1 del artículo 2, el concepto de "consumidores" abarca a los consumidores intermedios y finales, es decir, a los usuarios de los productos cubiertos por la concentración. En otras palabras, los consumidores en el sentido de esta disposición incluyen a los clientes, potenciales o reales, de las partes de la concentración.
- (106) Por costes variables deben entenderse aquellos costes que varían en función del nivel de producción o venta durante el período de referencia. Los costes marginales son los costes derivados de la expansión marginal de la producción o las ventas.
- (107) En general, no se otorga una importancia similar a los ahorros de costes fijos, dado que la relación entre costes fijos y precios al consumo es por lo común menos directa, al menos a corto plazo.
- (108) Con arreglo al principio general establecido en el punto 9 de la presente Comunicación.
- (109) Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, Kali & Salz, apartado 110.

## ANEXOS DOCUMENTALES

(110) Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, Kali & Salz, apartado 114. Véase, asimismo, la Decisión de la Comisión 2002/365/CE en el asunto COMP/M.2314 - BASF/Pantochim/Eurodiol, DO L 132 de 17.5.2002, p. 45, considerandos 157-160. Este requisito está vinculado al principio general establecido en el punto 9 de la presente Comunicación.

(111) La inevitabilidad de que los activos de la empresa en crisis desaparezcan del mercado en cuestión puede dar pie a la conclusión -en particular en el caso de una concentración de la que surja un monopolio- de que la cuota de mercado de la empresa en crisis pasaría, en cualquier supuesto, a la otra parte de la concentración. Véanse los asuntos acumulados C-68/94 y Comisión-30/95, Kali & Salz, apartados 115-116.

**Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (DOUE C 56, de 5.3.2005)**

(Texto pertinente a efectos del EEE)

**I. INTRODUCCIÓN**

- 1.El Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (en lo sucesivo, Reglamento de concentraciones) <sup>(1)</sup>, dispone, en el párrafo segundo de la letra b) del apartado 1 de su artículo 6, en el párrafo segundo del apartado 1 de su artículo 8 y en el párrafo tercero del apartado 2 del 8, que se entiende que una decisión mediante la cual se declara la compatibilidad de una concentración con el mercado común *«cubre las restricciones directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin»*.
- 2.La modificación de las normas que regulan la evaluación de las restricciones directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin (en adelante denominadas «restricciones accesorias») introduce el principio de la autoevaluación de estas restricciones. Este hecho refleja la intención del legislador de no obligar a la Comisión a evaluar y tratar individualmente las restricciones accesorias. El tratamiento de las restricciones accesorias con arreglo al Reglamento de concentraciones se explica en el considerando 21 de dicho Reglamento, que reza así: *«Las decisiones de la Comisión por las que se declare que las concentraciones son compatibles con el mercado común en aplicación del presente Reglamento deberían cubrir automáticamente dichas restricciones, sin que la Comisión tenga que evaluar estas restricciones individualmente»*. Aunque este considerando persigue que la Comisión ejerza una función residual cuando se planteen cuestiones nuevas o sin resolver que den lugar a auténtica incertidumbre, en todos los demás casos corresponde a las propias empresas afectadas determinar en qué medida en una operación sus acuerdos resultan accesorios. Las diferencias en cuanto a si las restricciones están directamente vinculadas a la realización de la concentración y son necesarias a tal fin y, por consiguiente, están cubiertas automáticamente por la decisión de compatibilidad de la Comisión pueden resolverlas los tribunales nacionales.
- 3.La función residual de la Comisión se trata en el considerando 21 del Reglamento de concentraciones, en el que se declara que, a instancias de las empresas afectadas, en aquellos casos que presenten *«cuestiones nuevas o sin resolver que den lugar a auténtica incertidumbre»*, la Comisión deberá evaluar expresamente el carácter accesorio de las restricciones. Seguidamente, el considerando define una *«cuestión nueva o sin resolver que suscita auténtica incertidumbre»* como una cuestión que no está *«cubierta por la pertinente comunicación de la Comisión en vigor o por una decisión publicada de la Comisión»*.
- 4.Para mayor seguridad jurídica de las empresas afectadas, la presente Comunicación explica cómo debe interpretarse el concepto de restricción accesorio. Las explicaciones que se ofrecen en las secciones siguientes reflejan la esencia de la práctica de la Comisión y sientan los principios que hay que seguir para evaluar en qué medida los tipos más comunes de acuerdos constituyen una restricción accesorio.

- 5.No obstante, en los casos en que concurran circunstancias excepcionales que no estén previstas en la presente Comunicación, puede estar justificado desviarse de estos principios. Las partes también pueden guiarse por las decisiones de la Comisión <sup>(2)</sup> ya publicadas para determinar si sus acuerdos son accesorios. Si las circunstancias excepcionales han sido examinadas por la Comisión en decisiones ya publicadas <sup>(3)</sup>, no cabrá considerarlas como «cuestiones nuevas o sin resolver» en el sentido del considerando 21 del Reglamento de concentraciones.
- 6.Por lo tanto, un asunto plantea una «cuestión nueva o sin resolver que suscita auténtica incertidumbre» si las restricciones no están cubiertas por la presente Comunicación y no han sido previamente tratadas por la Comisión en sus decisiones publicadas. Como prevé el considerando 21 del Reglamento de concentraciones, a instancias de las empresas afectadas, la Comisión evaluará expresamente estas restricciones en tales casos. Dentro de los límites que imponen las exigencias de confidencialidad, la Comisión dará la publicidad oportuna a este tipo de evaluaciones que desarrollan los principios establecidos en la presente Comunicación.
- 7.Si las restricciones están directamente vinculadas a la realización de la concentración y son necesarias a tal fin, el apartado 1 del artículo 21 del Reglamento de concentraciones dispone que dicho Reglamento es el único aplicable, y no lo son los Reglamentos del Consejo n° 1/2003 <sup>(4)</sup>, (CEE) n°1017/68 <sup>(5)</sup> y (CEE) n° 4056/86 <sup>(6)</sup>. Por el contrario, si las restricciones no pueden considerarse directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin, siguen siendo potencialmente aplicables los artículos 81 y 82 del Tratado CE. Ahora bien, el mero hecho de que un pacto o acuerdo no sea accesorio respecto de una concentración no prejuzga su tipificación jurídica. Tales acuerdos deben evaluarse de conformidad con los artículos 81 y 82 del Tratado CE y los textos reglamentarios y comunicaciones relativos a éstos <sup>(7)</sup>. Asimismo, pueden quedar sujetos a las normas de competencia nacionales vigentes. En consecuencia, los acuerdos que restrinjan la competencia pero que no se consideren directamente vinculados a la realización de la concentración y necesarios a tal fin conforme a la presente Comunicación podrán, no obstante, estar cubiertos por estas disposiciones.
- 8.La interpretación de la Comisión del párrafo segundo de la letra b) del apartado 1 del artículo 6 y del párrafo segundo del apartado 1 y el párrafo tercero del apartado 2 del artículo 8 del Reglamento de concentraciones no prejuzga la interpretación que puedan hacer el Tribunal de Justicia o el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.
- 9.La presente Comunicación sustituye a la Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente relacionadas y necesarias para las operaciones de concentración <sup>(8)</sup>.

## II. PRINCIPIOS GENERALES

- 10.Una concentración consiste en una serie de disposiciones contractuales y acuerdos que confieren el control a tenor del apartado 2 del artículo 3 del Reglamento de concentraciones. Todos los acuerdos que llevan a efecto el objeto principal de la concentración <sup>(9)</sup>, como los relacionados con la venta de acciones o activos de una empresa, forman integrante de la operación. Además de estos acuerdos y disposiciones, las partes de la concentración pueden celebrar otros acuerdos que no formen parte integrante de la misma pero que limiten su libertad de actuación en el mercado. Si estos acuerdos contienen restricciones accesorias, éstas quedan automáticamente cubiertas

por la decisión de compatibilidad de la concentración con el mercado común

11. Los criterios de vinculación directa y de necesidad son de naturaleza objetiva. Las restricciones no están directamente vinculadas a la realización de una concentración y no son necesarias a tal fin por el mero hecho de que las partes así lo consideren.
12. Para que se considere que una restricción está «directamente vinculada a la realización de la concentración», tienen que estar estrechamente relacionada con la concentración. No basta con que un acuerdo se haya concluido en el mismo contexto o al mismo tiempo que la concentración <sup>(10)</sup>. Las restricciones directamente vinculadas a la concentración están vinculadas, desde el punto de vista económico, a la operación principal y su objeto es permitir una transición suave hacia la nueva estructura de la empresa una vez realizada la concentración.
13. Los acuerdos han de ser «necesarios para la realización de la concentración» <sup>(11)</sup>, lo que significa que, en su ausencia, no se podría llevar a efecto la concentración o sólo podría realizarse en condiciones más inciertas, con costes considerablemente superiores, en un período de tiempo bastante más largo o con mucha más dificultad <sup>(12)</sup>. Por lo general, reúnen estos criterios los acuerdos destinados a proteger el valor transferido <sup>(13)</sup>, preservar la continuidad del suministro tras la disolución de una antigua entidad económica <sup>(14)</sup> o permitir la puesta en marcha de una nueva entidad <sup>(15)</sup>. A la hora de determinar si una restricción es necesaria o no, no sólo conviene tener en cuenta su naturaleza, sino que también hay que asegurarse de que su duración, contenido y ámbito geográfico de aplicación no exceden de lo que requiere razonablemente la realización de la concentración. Cuando existan alternativas de eficacia idéntica para lograr el objetivo legítimo apetecido, las empresas deberán escoger la que, desde un punto de vista objetivo, restrinja menos la competencia.
14. Por lo que se refiere a las concentraciones que se llevan a cabo en varias fases, las disposiciones contractuales relativas a las fases anteriores a la adquisición del control en el sentido de los apartados 1 y 2 del artículo 3 del Reglamento de concentraciones no pueden considerarse, en principio, directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin. No obstante, un acuerdo para abstenerse de introducir cambios sustanciales en la actividad que se va a ejercer hasta la conclusión de la operación se considera directamente vinculado y necesario para la ejecución de la oferta común <sup>(16)</sup>. Lo mismo ocurre en el contexto de una oferta conjunta en caso de acuerdo entre los compradores conjuntos de una empresa para abstenerse de realizar ofertas distintas que compitan entre sí por la misma empresa o de adquirir el control conjunto de la empresa de cualquier otra forma.
15. Los acuerdos que sirven para facilitar la adquisición conjunta del control de una empresa deben considerarse directamente vinculados a la realización de la concentración y necesarios a tal fin. Esto se aplicará a las disposiciones acordadas por las partes para la adquisición conjunta del control de una empresa destinadas a poner en práctica la división de los activos con objeto de repartirse entre ellas las instalaciones de producción o las redes de distribución, junto con las marcas registradas de dicha empresa.

16. En la medida en que esta división implica la parcelación de una entidad económica anterior, las disposiciones que hagan posible dicha parcelación en condiciones razonables se considerarán directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin en consonancia con los principios antes expuestos.

### III. PRINCIPIOS APLICABLES A LAS RESTRICCIONES COMUNES EN LOS CASOS DE ADQUISICIÓN DE UNA EMPRESA

17. Las restricciones acordadas entre las partes en el contexto de la cesión de una empresa pueden revertir en beneficio del comprador o del vendedor. En términos generales, la necesidad de protección del comprador prima sobre la necesidad de protección del vendedor. Es el primero el que ha de tener garantías de que podrá obtener el valor íntegro de la empresa adquirida. Por consiguiente, por regla general las restricciones que benefician al vendedor, o bien no están directamente vinculadas a la realización de la concentración y no son necesarias a tal fin <sup>(17)</sup>, o bien su alcance o duración deben ser menores que los de las cláusulas que benefician al comprador <sup>(18)</sup>.

#### A. Cláusulas inhibitorias de la competencia

18. Las cláusulas inhibitorias de la competencia impuestas al vendedor en el contexto de la cesión de toda o parte de una empresa pueden estar directamente vinculadas a la realización de la concentración y ser necesarias a tal fin. Para obtener el valor íntegro de los activos transferidos, el comprador debe gozar de algún tipo de protección frente a la competencia del vendedor que le permita fidelizar la clientela y asimilar y explotar los conocimientos técnicos. Las cláusulas inhibitorias de la competencia garantizan la cesión al comprador del valor íntegro de los activos transferidos, que, por lo general, comprende tanto activos materiales como inmateriales, como el fondo de comercio y los conocimientos técnicos <sup>(19)</sup> desarrollados por el vendedor. Estas cláusulas no sólo están directamente vinculadas a la concentración, sino que también son necesarias para su realización, porque hay buenos motivos para creer que sin ellas no sería posible la venta de la totalidad de la empresa o de parte de la misma.

19. Ahora bien, estas cláusulas sólo están justificadas por el objetivo legítimo de hacer posible la concentración cuando su duración, su ámbito geográfico de aplicación, su contenido y las personas sujetas a ellas no van más allá de lo razonablemente necesario para lograr dicho objetivo <sup>(20)</sup>.

20. Las cláusulas inhibitorias de la competencia están justificadas durante un máximo de tres años <sup>(21)</sup> cuando la cesión de la empresa incluye la transferencia de la clientela fidelizada como fondo de comercio y conocimientos técnicos <sup>(22)</sup>. Cuando sólo se incluye el fondo de comercio, están justificadas por períodos de hasta dos años <sup>(23)</sup>.

21. En cambio, las cláusulas inhibitorias de la competencia no pueden considerarse necesarias si, en realidad, el traspaso se limita a activos materiales (como terrenos, edificios o maquinaria) o a derechos exclusivos de propiedad industrial y comercial (cuyos titulares pueden emprender de inmediato acciones legales contra las infracciones que pueda cometer el cedente de dichos derechos).

22. El ámbito geográfico de aplicación de una cláusula inhibitoria de la competencia debe limitarse a la zona en la que el vendedor ofrecía los productos o servicios de referencia antes del traspaso, toda vez que no es necesario proteger al comprador de la competencia del vendedor en

territorios en los que éste no estaba presente <sup>(24)</sup>. Este ámbito geográfico puede ampliarse a los territorios en que el vendedor tuviese planeado introducirse en el momento de efectuar la transacción, siempre que ya hubiese efectuado inversiones con tal fin.

23. De la misma forma, las cláusulas inhibitorias de la competencia han de limitarse a los productos (incluidas las versiones mejoradas y las actualizaciones de productos y los modelos sucesivos) y servicios que constituyan la actividad económica de la empresa traspasada. Cabe incluir aquí los productos y servicios que se hallen en una fase avanzada de desarrollo en el momento de la transacción y los productos que ya estén totalmente desarrollados pero todavía no se hayan comercializado. No se considera necesario proteger al comprador de la competencia del vendedor en aquellos mercados de productos o de servicios en los que la empresa traspasada no operase antes del traspaso <sup>(25)</sup>.
24. El vendedor puede comprometerse en nombre propio y en el de sus filiales y agentes comerciales. No obstante, no se considerará directamente vinculada a la realización de la concentración y necesaria a tal fin ninguna obligación por la que se impongan restricciones similares a otras partes. Esta norma se aplicará especialmente a las cláusulas que restrinjan la libertad de importar y exportar de los revendedores y de los usuarios.
25. Las cláusulas que limiten el derecho del vendedor a adquirir o tener acciones en una empresa que compita con la empresa cedida se considerarán directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin en las mismas condiciones que las cláusulas inhibitorias de la competencia, salvo que impidan que el vendedor adquiera o tenga acciones para fines exclusivamente de inversión financiera que no le confieran directa o indirectamente funciones de dirección o una influencia sustancial en la empresa competidora <sup>(26)</sup>.
26. Las cláusulas de no captación y de confidencialidad tienen un efecto comparable al de las cláusulas inhibitorias de la competencia, por lo que se evalúan de forma similar <sup>(27)</sup>.

#### B. Acuerdos de licencia

27. El traspaso de una empresa o de parte de la misma puede incluir la transferencia al comprador, con vistas a la plena explotación de los activos transferidos, de derechos de propiedad industrial e intelectual o de conocimientos técnicos. Ahora bien, puede que el vendedor quiera conservar la titularidad de los derechos con el fin de explotarlos para actividades distintas de las traspasadas. En tal caso, lo habitual es que, para garantizar al comprador el uso pleno de los activos transferidos, se celebren acuerdos de licencia. De modo análogo, puede ocurrir que, en los casos en que junto con el negocio se traspasan derechos de propiedad intelectual, el vendedor desee seguir utilizando todos o parte de estos derechos para actividades distintas de las traspasadas; en tal caso, el comprador concederá una licencia al vendedor.
28. Se puede considerar que las licencias de patentes <sup>(28)</sup>, de derechos similares y de conocimientos técnicos <sup>(29)</sup> son necesarias para la realización de la concentración. También pueden considerarse parte integrante de la misma y, en cualquier caso, no es necesario que tengan una vigencia limitada en el tiempo. Estas licencias pueden ser simples o exclusivas y



pueden limitarse a determinados sectores de aplicación, siempre que correspondan a las actividades de la empresa traspasada.

29. Sin embargo, las limitaciones territoriales de fabricación que reflejen el territorio de la actividad traspasada no son necesarias para la realización de la operación. En cuanto a las licencias concedidas por el vendedor de un negocio al comprador, cabe señalar que en el acuerdo de licencia se pueden imponer al primero restricciones territoriales en las mismas condiciones que las establecidas para las cláusulas inhibitorias de la competencia en el contexto de la venta de un negocio.
30. Las restricciones de los acuerdos de licencia que vayan más allá de lo dispuesto anteriormente, como las que protegen al licenciante en lugar de al licenciario, no son necesarias para la realización de la concentración <sup>(30)</sup>.
31. De modo análogo, en el caso de las licencias de marcas registradas, nombres comerciales, derechos de dibujos, derechos de autor y derechos afines, pueden darse situaciones en las que el vendedor desee mantener la titularidad de tales derechos en relación con actividades que no haya traspasado y el comprador, en cambio, necesite los derechos para comercializar los bienes o servicios producidos por la empresa o parte de la empresa traspasada. En tales situaciones se aplican las consideraciones antes expuestas <sup>(31)</sup>.

### C. Obligaciones de compra y suministro

32. En muchos casos, el traspaso de una empresa o de parte de una empresa puede acarrear la ruptura de cauces tradicionales de compra y suministro que eran el resultado de la integración de actividades dentro de la unidad económica del vendedor. Para hacer posible la parcelación de esta unidad económica y el traspaso parcial de los activos al comprador en condiciones razonables, con frecuencia se han de mantener entre el vendedor y el comprador, al menos durante un período transitorio, los vínculos existentes u otros similares. Para ello, por lo general se imponen obligaciones de compra y suministro al vendedor, al comprador de la empresa o de parte de la misma o a ambos a la vez. Teniendo en cuenta la situación específica resultante del desmembramiento de la unidad económica del vendedor, estas obligaciones pueden considerarse directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin. Pueden favorecer tanto al vendedor como al comprador, según las circunstancias específicas del caso.
33. La finalidad de estas obligaciones puede ser garantizar a cualquiera de las partes la continuidad del suministro de productos que necesite para realizar sus actividades (las conservadas, en el caso del vendedor, y las adquiridas, en el del comprador). Sin embargo, la duración de las obligaciones de compra y suministro ha de limitarse al tiempo necesario para sustituir la relación de dependencia por una situación de autonomía en el mercado. Por lo tanto, las obligaciones de compra o suministro que garanticen las cantidades anteriormente suministradas pueden estar justificadas durante un período transitorio de cinco años como máximo <sup>(32)</sup>.
34. Tanto las obligaciones de compra como las de suministro relativas a cantidades fijas, posiblemente con una cláusula evolutiva, pueden considerarse directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin. No obstante, las obligaciones relativas al suministro de cantidades ilimitadas <sup>(33)</sup>, que establezcan la exclusividad o confieran la condición de proveedor o comprador preferente <sup>(34)</sup> no son necesarias para

la realización de la concentración.

35. Los acuerdos de servicio y distribución pueden tener un efecto equivalente a los de suministro; en consecuencia, se aplicarán las mismas consideraciones.

#### IV. PRINCIPIOS APLICABLES A LAS RESTRICCIONES COMUNES EN EL CASO DE LAS EMPRESAS EN PARTICIPACIÓN EN EL SENTIDO DEL APARTADO 4 DEL ARTÍCULO 3 DEL REGLAMENTO DE CONCENTRACIONES

##### A. Cláusulas inhibitorias de la competencia

36. Una cláusula inhibitoria de la competencia entre una empresa en participación y sus matrices puede considerarse directamente vinculada a la realización de la concentración y necesaria a tal fin si corresponde a los productos, servicios y territorios cubiertos por la empresa en participación o por sus estatutos. Las cláusulas inhibitorias de la competencia pueden responder, entre otros factores, a la necesidad de garantizar que las partes actúen de buena fe en las negociaciones; también pueden reflejar la necesidad de utilizar plenamente los activos de la empresa en participación o de permitir a ésta asimilar los conocimientos técnicos y el fondo de comercio aportados por las empresas matrices, o bien la necesidad de proteger los intereses de las empresas matrices en la empresa en participación frente a actos de competencia facilitados, entre otros factores, por el acceso prioritario de las empresas matrices a los conocimientos técnicos y al fondo de comercio traspasado a la empresa en participación o desarrollado por ésta. Estas cláusulas inhibitorias de la competencia entre las empresas matrices y una empresa en participación pueden considerarse directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin en la medida en que no tengan una duración superior a la de la propia empresa en participación <sup>(35)</sup>.

37. El ámbito geográfico de una cláusula inhibitoria de la competencia debe limitarse a la zona en la que las matrices ofrecían los productos o servicios de referencia con anterioridad a la creación de la empresa en participación <sup>(36)</sup>. Este ámbito geográfico puede ampliarse a los territorios en los que las empresas matrices tuviesen planeado introducirse en el momento de efectuarse la transacción, siempre que ya hayan efectuado inversiones con tal fin.

38. Del mismo modo, las cláusulas inhibitorias de la competencia han de limitarse a los productos y servicios que constituyen la actividad económica de la empresa en participación. Cabe incluir en esta categoría los productos y servicios que estén en una fase avanzada de desarrollo en el momento de efectuarse la transacción y los productos que estén totalmente desarrollados pero todavía no hayan sido comercializados.

39. Si la empresa en participación se crea para penetrar en un nuevo mercado, se hará mención de los productos, servicios y territorios en los que está previsto que ejerza sus actividades con arreglo al acuerdo de empresa en participación o a sus estatutos. Ahora bien, se presumirá que el interés que posee una de las empresas matrices en la empresa en participación no tiene que ser protegido de la competencia de la otra matriz en mercados que no sean aquellos en los que la empresa matriz en participación ejercerá sus actividades desde el principio.

40. Las cláusulas inhibitorias de la competencia entre una empresa en participación y las empresas matrices que no ejercen el control de la misma no están directamente vinculadas a la realización de la concentración y no son necesarias a tal fin.

41. En el caso de las cláusulas de no captación y de confidencialidad, son aplicables los mismos principios que para las cláusulas inhibitorias de la competencia.

B. Acuerdos de licencia

42. Cabe considerar que las licencias concedidas por las empresas matrices a la empresa en participación están directamente vinculadas a la realización de la concentración y son necesarias a tal fin, independientemente de que sean exclusivas o no y de que estén limitadas en el tiempo. Las licencias pueden limitarse a un sector específico de aplicación que corresponda a las actividades de la empresa en participación.

43. Las licencias concedidas por la empresa en participación a una de sus matrices, o las licencias cruzadas, pueden considerarse directamente vinculados a la realización de la concentración y necesarios a tal fin en las mismas condiciones que las aplicables a la adquisición de una empresa. Los acuerdos de licencia celebrados entre matrices no se consideran directamente vinculados a la creación de la empresa en participación ni necesarios para tal fin.

C. Obligaciones de compra y suministro

44. Si las empresas matrices permanecen activas en un mercado anterior o posterior al de la empresa en participación, cualquier acuerdo de compra y suministro, incluidos los acuerdos de servicio y distribución, estará sujeto a los principios aplicables en caso de traspaso de una empresa.

---

(<sup>1</sup>) DO L 24 de 29.1.2004, p. 1.

(<sup>2</sup>) A efectos de la presente Comunicación, se considera que una decisión ha sido publicada cuando ha sido publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* o se ha puesto a disposición del público en el sitio Internet de la Comisión.

(<sup>3</sup>) Véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión de 1 de septiembre de 2000 (COMP/M.1980 — Volvo/Renault, punto 56) — *clientela muy fidelizada*; Decisión de la Comisión de 23 de octubre de 1998 (IV/M.1298 — Kodak/Imation, punto 73) — *ciclo de vida largo del producto*; Decisión de la Comisión de 13 de marzo de 1995 (IV/M.550 — Union Carbide/Enichem, punto 99) — *número reducido de productores alternativos*, así como la Decisión de la Comisión de 30 de abril de 1992 (IV/M.197 — Solvay-Laporte/Interox, punto 50) — *necesidad de proteger los conocimientos técnicos a más largo plazo*.

(<sup>4</sup>) Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO L 1 de 4.1.2003, p. 1), cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) n° 411/2004 (DO L 68 de 6.3.2004, p. 1).

(<sup>5</sup>) Reglamento (CEE) n° 1017/68 del Consejo, de 19 de julio de 1968, por el que se aplican las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (DO L 175 de 23.7.1968, p. 1), cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) n° 1/2003.

(<sup>6</sup>) Reglamento del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, por el que se determinan las modalidades de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado a los transportes marítimos (DO L 378 de 31.12.1986, p. 4), cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) n° 1/2003.

(<sup>7</sup>) Véase, por ejemplo, el Reglamento (CE) n° 772/2004; véase, a propósito de los acuerdos de suministro y compra, el Reglamento (CE) n° 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 336 de 29.12.1999, p. 21).

(<sup>8</sup>) DO C 188 de 4.7.2001, p. 5.

(<sup>9</sup>) Véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión de 10 de agosto de 1992 (IV/M.206 — *Rhône-Poulenc/SNIA*, punto 8.3); la Decisión de la Comisión de 19 de diciembre de 1991 (IV/M.113 — *Courtaulds/SNIA*, punto 35) y la Decisión de la Comisión de 2 de diciembre de 1991 (IV/M.102 — *TNT/Canada Post/DBP Postdienst/La Poste/PTT Poste & Sweden Post*, punto 46).

(<sup>10</sup>) Del mismo modo, una restricción podría, si se cumplen todos los demás requisitos, estar «directamente vinculada» a una operación aun cuando no se hubiera convenido al mismo tiempo que el acuerdo por el que se ejecuta el objeto principal de la concentración.

(<sup>11</sup>) Véase la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto 42/84 (*Remia*), Rec. 1985, p. 2545, apartado 20, así como la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-112/99 (*Métropole Télévision — M6*), Rec.2001, p. II 2459, apartado 106.

(<sup>12</sup>) Decisión de la Comisión de 18 de diciembre de 2000 (COMP/M.1863 — *Vodafone/BT/Airtel JV*, punto 20).

(<sup>13</sup>) Decisión de la Comisión de 30 de julio de 1998 (IV/M.1245 — *VALEO/ITT Industries*, punto 59); Decisión de la Comisión de 3 de marzo de 1999 (IV/M.1442 — *MMP/AFP*, punto 17); Decisión de la Comisión de 9 de marzo de 2001 (COMP/M.2330 — *Cargill/Banks*, punto 30); Decisión de la Comisión de 20 de marzo de 2001 (COMP/M.2227 — *Goldman Sachs/Messer Griesheim*, punto 11).

(<sup>14</sup>) Decisión de la Comisión de 25 de febrero de 2000 (COMP/M.1841 — *Celestica/IBM*, punto 21).

(<sup>15</sup>) Decisión de la Comisión de 30 de marzo de 1999 (IV/JV.15 — *BT/AT&T*, puntos 207 a 214); Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 2000 (COMP/M.2243 — *Stora Enso/Assidoman/JV*, puntos 49, 56 y 57).

(<sup>16</sup>) Decisión de la Comisión de 27 de julio de 1998 (IV/M.1226 — *GEC/GPTH*, punto 22); Decisión de la Comisión de 2 de octubre de 1997 (IV/M.984 — *Dupont/ICI*, punto 55); Decisión de la Comisión de 19 de diciembre de 1997 (IV/M.1057 — *Terra Industries/ICI*, punto 16); Decisión de la Comisión de 18 de diciembre de 1996 (IV/M.861 — *Textron/Kautex*, puntos 19 y 22); Decisión de la Comisión de 7 de agosto de 1996 (IV/M.727 — *BP/Mobil*, punto 50).

(<sup>17</sup>) Decisión de la Comisión de 27 de julio de 1998 (IV/M.1226 — *GEC/GPTH*, punto 24).

<sup>(18)</sup> Para las cláusulas que tienen por objeto proteger una parte de las actividades conservadas por el vendedor, véase por ejemplo la Decisión de la Comisión de 30 de agosto de 1993 (IV/M.319 — *BHF/CCF/Charterhouse*, punto 16).

<sup>(19)</sup> Según se definen en la letra i) del apartado 1 del artículo 1 del Reglamento (CE) n° 772/2004.

<sup>(20)</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto 42/84 (*Remia*), Rec.1985, p. 2545, apartado 20, así como la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en el asunto T-112/99 (*Métropole Télévision — M6*), Rec.2001, p. II 2459, apartado 106.

<sup>(21)</sup> Para los casos excepcionales en que pueden estar justificados unos plazos más largos, véase por ejemplo la Decisión de la Comisión de 1 de septiembre de 2000 (COMP/M.1980 — *Volvo/Renault V.I.*, punto 56); Decisión de la Comisión de 27 de julio de 1995 (IV/M.612 — *RWE-DEA/Enichem Augusta*, punto 37); así como la Decisión de la Comisión de 23 de octubre de 1998 (IV/M.1298 — *Kodak/Imation*, punto 74).

<sup>(22)</sup> Decisión de la Comisión de 2 de abril de 1998 (IV/M.1127 — *Nestlé/Dalgety*, punto 33); Decisión de la Comisión de 1 de septiembre de 2000 (COMP/M.2077 — *Clayton Dubilier & Rice/Iteltel*, punto 15); Decisión de la Comisión de 2 de marzo de 2001 (COMP/M.2305 — *Vodafone Group PLC/EIRCELL*, puntos 21 y 22).

<sup>(23)</sup> Decisión de la Comisión de 12 de abril de 1999 (IV/M.1482 — *KingFisher/Grosslabor*, punto 26); Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1997 (IV/M.884 — *KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler*, punto 17).

<sup>(24)</sup> Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1997 (IV/M.884 — *KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler*, punto 17); Decisión de la Comisión de 12 de abril de 1999 (IV/M.1482 — *KingFisher/Grosslabor*, punto 27); Decisión de la Comisión de 6 de abril de 2001 (COMP/M.2355 — *Dow/Enichem Polyurethane*, punto 28); Decisión de la Comisión de 4 de agosto de 2000 (COMP/M.1979 — *CDC/Banco Urquijo/JV*, punto 18).

<sup>(25)</sup> Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1997 (IV/M.884 — *KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler*, punto 17); Decisión de la Comisión de 2 de marzo de 2001 (COMP/M.2305 — *Vodafone Group PLC/EIRCELL*, punto 22); Decisión de la Comisión de 6 de abril de 2001 (COMP/M.2355 — *Dow/Enichem Polyurethane*, punto 28); Decisión de la Comisión de 4 de agosto de 2000 (COMP/M.1979 — *CDC/Banco Urquijo/JV*, punto 18).

<sup>(26)</sup> Decisión de la Comisión de 4 de febrero de 1993 (IV/M.301 — *Tesco/Catteau*, punto 14); Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1997 (IV/M.884 — *KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler*, punto 19); Decisión de la Comisión de 12 de abril de 1999 (IV/M.1482 — *Kingfisher/Grosslabor*, punto 27); Decisión de la Comisión de 6 de abril de 2000 (COMP/M.1832 — *Ahold/ICA Förbundet/Canica*, punto 26).

<sup>(27)</sup> En consecuencia, las cláusulas de confidencialidad referentes a la clientela, los precios y las cantidades no pueden prorrogarse. En cambio, las cláusulas de confidencialidad relativas a los conocimientos técnicos pueden excepcionalmente estar justificadas para períodos más largos; véase la Decisión de la Comisión de 29 de abril de 1998 (IV/M.1167 — *ICI/Williams*, punto 22); Decisión de la Comisión de 30 de abril de 1992 (IV/M.197 — *Solvay-Laporte/Interox*, punto 50).

(<sup>28</sup>) Incluidas las solicitudes de patentes, los modelos de utilidad, las solicitudes de registro de modelos de utilidad, los diseños, las topografías de productos semiconductores, los certificados complementarios de protección de medicamentos u otros productos para los que puedan obtenerse tales certificados complementarios de protección y los certificados sobre obtenciones vegetales [contemplados en la letra h) del apartado 1 del artículo 1 del Reglamento (CE) n° 772/2004.

(<sup>29</sup>) Según se definen en la letra i) del apartado 1 del artículo 1 del Reglamento (CE) n° 772/2004.

(<sup>30</sup>) En la medida en que estén cubiertos por el apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE, estos acuerdos pueden, no obstante, entrar en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) n° 772/2004 o de otros textos legislativos comunitarios.

(<sup>31</sup>) Decisión de la Comisión de 1 de septiembre de 2000 (COMP/M.1980 — *Volvo/Renault V.I.*, punto 54).

(<sup>32</sup>) Decisión de la Comisión de 5 de febrero de 1996 (IV/M.651 — *AT&T/Philips*, VII.); Decisión de la Comisión de 30 de marzo de 1999 (IV/JV.15 — *BT/AT&T*, punto 209); para los casos excepcionales, véase la Decisión de la Comisión de 13 de marzo de 1995 (IV/M.550 — *Union Carbide/Enichem*, punto 99) y la Decisión de la Comisión de 27 de julio de 1995 (IV/M.612 — *RWE-DEA/Enichem Augusta*, punto 45).

(<sup>33</sup>) En consonancia con el principio de proporcionalidad, las obligaciones que establecen unas cantidades fijas por medio de una cláusula de variación son, en tales casos, menos restrictivas para la competencia (véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión de 18 de septiembre de 1998 (IV/M.1292 — *Continental/ITT*, punto 19).

(<sup>34</sup>) Decisión de la Comisión de 30 de julio de 1998 (IV/M.1245 — *VALEO/ITT Industries*, punto 64); para los casos excepcionales (por ejemplo, ausencia de mercado), véase la Decisión de la Comisión de 13 de marzo de 1995 (IV/M.550 — *Union Carbide/Enichem*, puntos 92 a 96) y la Decisión de la Comisión de 27 de julio de 1995 (IV/M.612 — *RWE-DEA/Enichem Augusta*, punto 38 y ss.).

(<sup>35</sup>) Decisión de la Comisión de 15 de enero de 1998 (IV/M.1042 — *Eastman Kodak/Sun Chemical*, punto 40); Decisión de la Comisión de 7 de agosto de 1996 (IV/M.727 — *BP/Mobil*, punto 51); Decisión de la Comisión de 3 de julio de 1996 (IV/M.751 — *Bayer/Hüls*, punto 31); Decisión de la Comisión de 6 de abril de 2000 (COMP/M.1832 — *Ahold/ICA Förbundet/Canica*, punto 26).

(<sup>36</sup>) Decisión de la Comisión de 29 de agosto de 2000 (COMP/M.1913 — *Lufthansa/Menzies/LGS/JV*, punto 18); Decisión de la Comisión de 22 de diciembre de 2000 (COMP/M.2243 — *Stora Enso/Assidoman/JV*, punto 49, última frase).

**Libro Blanco Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la Unión Europea [COM (2004) 449]**

(Texto pertinente a efectos del EEE)

1. Introducción

1. En este Libro Blanco, la Comisión, diez años después de la gran revisión del Reglamento de concentraciones de la UE[1] de 2004, pasa revista al modo en que se ha aplicado la prueba sustantiva del «obstáculo significativo para una competencia efectiva» (OSCE) y proporciona una perspectiva sobre cómo podría seguirse fomentando una mayor convergencia y cooperación entre la Comisión y los Estados miembros. Asimismo, presenta propuestas concretas de enmiendas destinadas a hacer más eficaz el control de concentraciones de la UE.

2. Las propuestas se refieren a dos ámbitos en particular:

- garantizar que el Reglamento de concentraciones aborde todas las fuentes de posible perjuicio a la competencia, y por tanto a los consumidores, causado por las concentraciones o reestructuraciones empresariales, incluidas las derivadas de las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan control; y

- la mejor manera de garantizar una estrecha colaboración entre la Comisión y las autoridades nacionales de competencia («ANC») y una división de tareas adecuada en el ámbito del control de las concentraciones, en particular, mediante la racionalización de las normas sobre la transferencia de casos de concentración de los Estados miembros a la Comisión y viceversa.

3. El presente Libro Blanco va acompañado de un documento de trabajo de los servicios de la Comisión, en el que se analizan en mayor detalle las consideraciones que son la base del Libro Blanco y sus propuestas políticas. Va acompañado de una evaluación del impacto que analiza los beneficios y costes potenciales de distintas opciones políticas, así como un documento de síntesis de dicha evaluación del impacto. Los puntos de vista de las partes interesadas se han recabado a través de una consulta pública[2] y se reflejan en el presente Libro Blanco y en el documento de trabajo de los servicios.

2. Revisión en profundidad de las concentraciones tras la reforma de 2004 del Reglamento de concentraciones

4. Tras la adopción del primer Reglamento de concentraciones en 1989, el control de las operaciones de concentración de la UE se ha convertido en uno de los principales pilares de la legislación de competencia de la UE, estando en la actualidad bien asentadas sus características esenciales. El Reglamento de concentraciones refundido, que se adoptó en 2004, ha reforzado el funcionamiento del control de las concentraciones a nivel de la UE de muchas formas, en particular introduciendo la prueba del OSCE como criterio pertinente para examinar las concentraciones y reforzando las posibilidades de remisión de los casos de concentración de los Estados miembros a la Comisión y viceversa.

5. El control de las concentraciones de la UE supone una importante contribución al funcionamiento del mercado interior: aporta un conjunto armonizado de normas para las concentraciones y la reestructuración de las empresas y garantiza que la competencia y, por lo tanto, los consumidores no se vean perjudicados por la concentración económica en el mercado. A juzgar por la experiencia reciente, la creciente mundialización de la actividad empresarial y la profundización del mercado interior han provocado que el control de concentraciones de la UE se centre cada vez más en asuntos transfronterizos y en los que afectan a la economía europea.

6. La gran mayoría de las concentraciones que investigó la Comisión no planteaban problemas de competencia y se autorizaron tras una investigación inicial, «fase I». En menos del 5 % de los casos, se pone en marcha una investigación en profundidad, «fase II», sobre la base de dudas iniciales planteadas en la fase I. En alrededor del 5-8 % de todas las concentraciones notificadas, la Comisión determina elementos motivo de preocupación de que la concentración pueda obstaculizar la competencia efectiva. En la mayoría de los casos, dichos elementos de preocupación se disipan mediante soluciones o medidas correctivas ofrecidas por las partes (ya sea en la fase I o en la fase II). La Comisión solo ha prohibido 24 concentraciones desde 1990 y 6 desde 2004, lo que es mucho menos del 1 % de las 5 000 operaciones de concentración notificadas.

#### 2.1. Apreciación sustantiva

7. El cambio más importante introducido en el Reglamento de concentraciones por la reforma de 2004 fue la prueba del OSCE[3]. Esta prueba sostenía que los OSCE surgen sobre todo por la creación o fortalecimiento de una posición dominante. De esta forma, la prueba permitía seguir basándose en los precedentes de la Comisión y la jurisprudencia de los Tribunales Europeos.

8. Como ocurría anteriormente, al evaluar el impacto sobre la competencia de una concentración notificada, la Comisión sigue examinando si la concentración obstaculizaría o no de forma significativa la competencia efectiva en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. En particular, la Comisión trata de determinar si la concentración crearía o fortalecería una posición dominante.

9. Además, el objetivo de la prueba OSCE era eliminar una posible laguna de aplicación, ya que no se consideraba que la anterior prueba pudiera captar con claridad los efectos contrarios a la competencia derivados de una concentración de dos empresas en un mercado oligopolístico en el que la entidad resultante de la concentración no hubiera pasado a ser dominante[4]. La introducción de la prueba OSCE eliminó esta incertidumbre y permitió a la Comisión fortalecer su análisis económico de concentraciones complejas. La evaluación utiliza una combinación de pruebas cualitativas y, cuando dispone de ellas, cuantitativas/empíricas[5].



10. En la mayoría de los casos, la Comisión ha analizado los posibles efectos anticompetitivos resultantes de la concentración de dos empresas que operan en el mismo mercado sin ningún tipo de coordinación con otros competidores («efectos no coordinados»). Mucho más raras han sido las investigaciones de la Comisión para elucidar si una concentración aumentaría el riesgo de coordinación entre la entidad resultante de la concentración y otras empresas («efectos coordinados»)[6] o si una concentración entre empresas que operan en mercados vertical[7] o estrechamente vinculados[8] daría lugar a la exclusión de los competidores («efectos verticales» y «efectos de conglomerado», respectivamente).

11. Desde 2004 la Comisión ha investigado un importante número de casos utilizando la nueva prueba OSCE. Por ejemplo, en Western Digital/Hitachi, la Comisión examinó una propuesta de adquisición en el mercado de unidades de disco duro («HDD»). Supuestamente la operación había reducido el número de competidores activos en el sector de las HDD de 4 a 3 y de 3 a 2 en el mercado de unidades de disco duro de 3,5 pulgadas. Analizando los datos cuantitativos y cualitativos combinados, la Comisión llegó a la conclusión de que, en tales circunstancias, eliminar a Hitachi del mercado podría haber obstaculizado de forma significativa la competencia efectiva[9].

12. Con el fin de mejorar la transparencia y la previsibilidad del análisis de las concentraciones efectuado por la Comisión con arreglo a la nueva prueba, la Comisión ha publicado dos conjuntos de directrices que proporcionan un sólido marco económico para evaluar tanto las concentraciones horizontales[10] como las no horizontales[11] (es decir, verticales o de conglomerado)(«Directrices»)[12].

13. Las directrices también explican, en consonancia con el considerando 29 del Reglamento de concentraciones, que las concentraciones pueden dar lugar a eficiencias que contrarresten el perjuicio para la competencia y, en consecuencia, para los consumidores. Si las partes de la concentración alegan dichas eficiencias, la Comisión las tendrá en cuenta siempre que sean verificables, específicas de la concentración y exista la probabilidad de que beneficien a los consumidores. Por ejemplo, en UPS/TNT Express, los problemas de competencia se disiparon en algunos (no en todos) Estados miembros sobre la base, entre otras cosas, de consideraciones de eficiencia[13]. En Nynas/Harburg, las eficiencias de la concentración confirmaron la conclusión de que era beneficiosa para los consumidores, dado el posible escenario alternativo de que la planta adquirida se cerrara[14].

14. Los diez últimos años han mostrado también que revisar las concentraciones puede impulsar la innovación, puesto que la competencia conduce a una mejora de los resultados del mercado. Y ello no solo en términos de reducción de precios o un incremento de la producción sino también de la mejora de la calidad de los productos, la variedad y la innovación. En Intel/McAfee[15], por ejemplo, las soluciones ayudaron a mantener la innovación en los programas informáticos de seguridad y a garantizar que los competidores no quedaban excluidos.

15. En 2008 la Comisión siguió desarrollando su práctica en el ámbito de las soluciones con una comunicación revisada en la materia[16]. La Comunicación sobre las soluciones ofrece orientaciones claras sobre la elaboración y la ejecución de soluciones de cesión (tales como la venta de una filial o de una instalación de producción a un competidor), centrándose en la eficacia de la solución.

## 2.2. Fomentar una mayor cooperación y convergencia

16. El Reglamento de concentraciones ha sido un verdadero éxito en lo que respecta a la introducción de un control de ventanilla única de las concentraciones que tengan dimensión a escala de la UE. Sin embargo, los Estados miembros también desempeñan un papel importante en la aplicación de la normativa de concentraciones en la UE. Un verdadero sistema funcional para el control de las fusiones en toda la UE exige un reparto eficiente del trabajo, una cooperación y una convergencia entre la Comisión y los 27 Estados miembros que ejercen el control de las operaciones de concentración.

17. En 2009, a raíz de una consulta pública, la Comisión presentó al Consejo un informe que incluía un ejercicio de inventario limitado relativo a la asignación de asuntos entre la Comisión y los Estados miembros («el informe de 2009»)[17]. En la consulta pública, las partes interesadas indicaron que las divergencias en normas y prácticas dentro de la Unión Europea podían añadir carga administrativa a las empresas y dar lugar a que la aplicación del control de las operaciones de concentración sea ineficaz, los resultados sean contradictorios y se produzca un impacto negativo en el mercado interior.

18. Si bien las ANC aplican habitualmente los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE») en conjunción con sus legislaciones nacionales, el control de las concentraciones a nivel nacional es cuestión exclusiva de la legislación nacional. El Reglamento de concentraciones ha servido de modelo para muchos sistemas jurídicos nacionales en este ámbito, lo que ha llevado a una convergencia legislativa básica entre jurisdicciones, en particular, en lo que respecta a la prueba sustantiva aplicada[18]. Además, se ha logrado una mayor convergencia en cuestiones sustantivas y jurisdiccionales a través de una mayor cooperación entre las autoridades nacionales de competencia y la Comisión, tanto en casos individuales como a través del Grupo de trabajo sobre concentraciones creado en 2010[19].

19. A pesar de estos avances, todavía queda margen para una mayor cooperación y convergencia, especialmente en el desarrollo de pruebas sustantivas para los documentos de orientación (como las Directrices sobre concentraciones horizontales y no horizontales de la Comisión) y sus aplicaciones e interpretaciones por las autoridades de competencia y los tribunales que ejercen el control jurisdiccional. Entre los puntos notables de divergencia se encuentran las normas nacionales que todavía permiten a los gobiernos hacer caso omiso de las decisiones de la ANC en materia de competencia y autorizar concentraciones contrarias a la competencia sobre la

base de otras consideraciones de interés público[20]. También difieren con frecuencia soluciones y procedimientos, como los plazos para examinar las concentraciones y las normas de suspensión.

20. Es importante una mayor convergencia entre la Comisión y las ANC y entre las ANC para crear unas verdaderas condiciones equitativas y evitar resultados contradictorios[21]. En consonancia con las sugerencias de algunas ANC, esto puede alcanzarse intensificando la cooperación y compartiendo experiencias, recurriendo a todos los instrumentos disponibles y foros, como el grupo de trabajo sobre concentraciones, e intensificando la cooperación entre las ANC en determinados casos.

21. Las ANC pueden evitar resultados contradictorios en cualquier circunstancia remitiendo los asuntos a la Comisión. Las propuestas para reformar las remisiones a la Comisión después de la notificación de conformidad con el artículo 22 del Reglamento de concentraciones, que se analiza más adelante en la sección 4.2.2, sugieren crear un sistema basado en una primera nota informativa. Este sistema debería facilitar también la cooperación práctica entre las ANC en los asuntos transfronterizos y multijurisdiccionales.

22. Más allá del éxito ya logrado con la «convergencia suave», que debería mantenerse y reforzarse como ya se ha indicado, la Comisión y las ANC deberían considerar avanzar hacia un sistema en el que cada uno aplique la misma legislación sustantiva de la UE, similar al actual marco de aplicación de la normativa antimonopolio[22]. Esto requeriría, sin embargo, una revisión más ambiciosa del actual sistema de legislación sobre el control de las concentraciones en la Unión Europea.

### 2.3. Conclusión

23. El anterior panorama general muestra cómo el control de las concentraciones a nivel de la UE se ha visto reforzado por la reforma de 2004 del Reglamento de concentraciones, en particular mediante la introducción de la prueba OSCE. A largo plazo el sistema del Reglamento de concentraciones debe desarrollarse y convertirse en un verdadero «Espacio europeo de operaciones de concentración», en el que a las concentraciones examinadas por la Comisión y las ANC se aplique un solo conjunto de normas. De forma más inmediata, sin embargo, hay dos formas principales para mejorar el Reglamento de concentraciones mediante modificaciones más limitadas. En primer lugar, la Comisión considera introducir las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan control en el ámbito del control de las concentraciones de la UE. En segundo lugar, todavía queda margen para una mayor racionalización de las remisiones de asuntos a la luz de la experiencia de la Comisión con la reforma de 2004[23].

### 3. Adquisición de participaciones minoritarias que no otorgan control

3.1. ¿Por qué la Comisión quiere tener jurisdicción para revisar las participaciones minoritarias que no otorgan control?

24. Una política de competencia eficaz y eficiente requiere medios adecuados y bien diseñados para abordar todas las fuentes de perjuicio para la competencia y, por lo tanto, a los consumidores. En su versión actual, el Reglamento de concentraciones solo se aplica a las «concentraciones». Estas se definen como adquisiciones de control por una o varias personas o empresas de una o más empresas o partes de empresas.

25. En la actualidad, cuando la adquisición de una participación minoritaria no guarda relación con la adquisición del control, la Comisión no puede investigar o intervenir contra ella. La Comisión solo puede intervenir contra la participación minoritaria preexistente de una de las partes de la concentración cuando se adquiere específicamente el control. Por ejemplo, la Comisión puede intervenir si la empresa en la que una parte tiene una participación minoritaria es competidora de la otra empresa parte de la concentración. Si la participación minoritaria se adquiere con posterioridad a la investigación de la Comisión, sin embargo, la Comisión no tiene competencia para hacer frente a los posibles problemas de competencia que se deriven de ella a pesar del hecho de que los problemas de competencia derivados de la participación minoritaria puedan ser similares a los que surjan cuando se ha adquirido el control.

26. La experiencia de la Comisión, los Estados miembros y autoridades de terceros países, así como la investigación económica, muestran que la adquisición de una participación minoritaria que no otorga control puede, en algunos casos, perjudicar a la competencia y, por lo tanto, a los consumidores.

27. En la Unión Europea, Austria, Alemania y el Reino Unido tienen actualmente competencia para revisar las adquisiciones de participaciones minoritarias[24]. En esos tres Estados miembros, las ANC han intervenido contra tales adquisiciones cuando se plantean problemas de competencia. Muchas jurisdicciones fuera de la UE, como Canadá, los Estados Unidos y Japón, tienen también competencia para revisar vínculos estructurales similares de acuerdo con sus normas de control de las concentraciones.

### 3.1.1. Teorías del perjuicio

28. Cuando se adquiere una participación minoritaria, pueden surgir varios tipos de problemas de competencia. Estos problemas se basan en teorías del perjuicio similares a las de las adquisiciones de control y, en general, requieren que la operación incremente significativamente el poder de mercado[25].

29. Adquirir una participación minoritaria en un competidor puede provocar unos efectos anticompetitivos no coordinados porque esa participación puede incrementar los incentivos del comprador y la capacidad de incrementar los precios unilateralmente o limitar la producción. Si una empresa tiene un interés financiero en los beneficios de su competidor, puede decidir «internalizar» el incremento de dichos beneficios, resultantes de una reducción de su propia producción o de un aumento de sus propios precios. Este efecto anticompetitivo puede materializarse si la participación minoritaria es pasiva (no dándole influencia alguna sobre las decisiones del objetivo) o activa (dándole cierta influencia sobre las decisiones del objetivo).

30. La adquisición de una participación minoritaria puede también suscitar problemas de competencia cuando el comprador utiliza su posición para limitar las estrategias competitivas a disposición del objetivo, debilitándolo así como fuerza competitiva. La Comisión y los Estados miembros han puesto de manifiesto que es más probable que los problemas de competencia sean graves cuando una participación minoritaria posea cierto grado de influencia en las decisiones de la empresa objetivo, como puede comprobarse en los estudios de asuntos descritos a continuación.

31. Siemens/VA Tech demostró tanto la teoría del «incentivo financiero» del perjuicio como el riesgo generado cuando una empresa tiene influencia y derechos de voto en un competidor[26]. En ese caso, Siemens tenía una participación minoritaria preexistente en SMS Demag, un competidor de una de las filiales de VA Tech. La Comisión determinó que la concentración daría lugar a una reducción de la competencia en el mercado de la construcción de plantas metalúrgicas debido a una combinación de incentivos financieros y derechos de información derivados de la participación minoritaria en SMS Demag[27].32. Otro ejemplo de una participación minoritaria que concede al comprador influencia sobre el objetivo se produce cuando el comprador puede influir sobre el resultado de resoluciones especiales. Tales resoluciones pueden ser necesarias para aprobar importantes inversiones, reunir capital, cambiar el producto o el ámbito geográfico de la actividad, y participar en concentraciones y adquisiciones.

33. Esta teoría del perjuicio fue el núcleo de la investigación de las autoridades del Reino Unido en el asunto Ryanair/Aer Lingus. En este asunto, Ryanair ya había adquirido una importante participación minoritaria en Aer Lingus, su competidora, cuando notificó a la Comisión su propuesta de adquisición del control en 2006. La Comisión prohibió la adquisición debido a las serias dudas de que lesionara la competencia creando o fortaleciendo una posición dominante de Ryanair en una serie de rutas[28]. Sin embargo, no tenía jurisdicción para revisar la participación minoritaria de Ryanair en Aer Lingus, lo que pasó a hacer la Comisión de competencia del Reino Unido[29].

34. Esta teoría del perjuicio también fue el centro de atención en Toshiba/Westinghouse[30], donde la Comisión consideró que la transacción podría dar lugar a una posible eliminación de la competencia en el mercado de conjuntos de combustible nuclear. Al adoptar su decisión, la Comisión consideró que Toshiba podría utilizar su participación minoritaria y los derechos de veto en GNF, un competidor de Westinghouse, para impedirle expandirse en ámbitos en los que podría competir con Toshiba/Westinghouse.

35. Las participaciones minoritarias en los competidores también pueden tener efectos anticompetitivos coordinados al repercutir sobre la capacidad de los participantes en el mercado e incentivar una coordinación tácita o explícita a fin de lograr beneficios supracompetitivos[31]. La adquisición de una participación minoritaria puede aumentar la transparencia, debido al acceso privilegiado que ofrece al comprador a las actividades comerciales del objetivo. De esta forma, también puede aumentar la credibilidad y la eficacia de

cualquier amenaza de represalias en el caso de que el objetivo se aparte del comportamiento colusorio[32].

36. Por último, las adquisiciones no horizontales de participaciones minoritarias que también generan influencia sustancial puede plantear problemas de competencia relativos al bloqueo de insumos. En algunas participaciones minoritarias, puede incluso que sea más probable el bloqueo que en el caso de una adquisición de control, puesto que el comprador de la participación minoritaria solo internaliza una parte, y no la totalidad, de los beneficios del objetivo perdidos como consecuencia de la estrategia de exclusión.

37. El bloqueo de insumos planteó problemas en IPIC/MAN Ferrostaal[33]. La Comisión aprobó en 2009, sujeta a condiciones, la adquisición de MAN Ferrostaal por parte de International Petroleum Investment Company («IPIC»). La Comisión estimó que la transacción daba lugar a un riesgo de bloqueo respecto a la única tecnología exenta de derechos de propiedad existente para la producción de melamina en el mundo. La tecnología era propiedad de Eurotecnica, una empresa en la que MAN Ferrostaal tenía una participación del 30 %. Dado que IPIC ya controlaba AMI, uno de los dos principales productores de melamina a escala mundial, se comprometió a ceder su participación minoritaria en Eurotecnica para minimizar cualquier riesgo de excluir a los competidores de AMI.

38. Además, en la consulta pública y en informaciones recientes publicadas en los medios de comunicación, han aparecido otras adquisiciones de participaciones minoritarias tanto a nivel de la UE como de Estado miembro en las que la participación se adquirió en una empresa competidora o relacionada verticalmente[34].

3.1.2. Los artículos 101 y 102 del TFUE pueden no ser adecuados para tratar las participaciones minoritarias contrarias a la competencia

39. La Comisión ha examinado si las normas de competencia en materia de prácticas restrictivas y abuso de posición dominante establecidas en los artículos 101 y 102 del TFUE, respectivamente, podrían utilizarse para intervenir contra las adquisiciones de participaciones minoritarias contrarias a la competencia. Sin embargo, los usos de los artículos 101 y 102 a este respecto son limitados.

40. Por lo que se refiere al artículo 101 del TFUE, no está claro si adquirir una participación minoritaria, constituiría un «acuerdo» que tuviera por objeto o efecto restringir la competencia en todos los casos. Por ejemplo, en el caso de una serie de adquisiciones de acciones a través de la Bolsa, puede ser difícil afirmar que los diferentes acuerdos de compra cumplen los criterios del artículo 101 del TFUE. Probablemente, lo mismo pueda decirse de la escritura de constitución de una empresa, cuyo objetivo suele ser determinar la gobernanza corporativa de la empresa y la relación entre esta y sus accionistas. Para que la Comisión pueda intervenir aplicando el artículo 102 del TFUE, el comprador de la participación minoritaria tendría que estar en una posición dominante, y la

adquisición debería constituir un abuso. En consecuencia, las circunstancias en las que la Comisión puede intervenir contra el perjuicio a la competencia derivado de las adquisiciones de participaciones minoritarias serían, por lo tanto, muy reducidas[35].

41. Además, tal como ya se ha explicado, las teorías del perjuicio a la competencia derivado de las adquisiciones de participaciones minoritarias son similares a las del derivado de las adquisiciones de control, a saber, efectos horizontales, no coordinados y verticales.

3.2. Opciones políticas y medidas propuestas para revisar las adquisiciones de participaciones minoritarias

3.2.1. Diseño y opciones – ¿qué principios deben aplicarse al sistema de control de las participaciones minoritarias a nivel de la UE?

42. Un sistema para controlar las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan control debe tener en cuenta los tres principios siguientes:

- debe captar las posibles adquisiciones contrarias a la competencia de las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan control;
- debe evitar cargas administrativas innecesarias y desproporcionadas para las empresas, la Comisión y las ANC; y
- debe encajar con los regímenes de control de concentraciones actualmente en vigor tanto a nivel de la UE como nacional[36].

43. El documento de consulta propone tres opciones de procedimiento para el control de las participaciones minoritarias:

- Un sistema de notificación, que ampliará el actual sistema de control ex ante de las concentraciones a las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan control en determinadas condiciones.
- Un sistema de transparencia, que exigirá que las partes presenten una nota informativa para que la Comisión tenga conocimiento de las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan control. La nota informativa permitirá a la Comisión decidir si procede investigar más de cerca la operación, permitirá a los Estados miembros considerar la posibilidad de solicitar una remisión, y permitirá a los posibles denunciantes manifestarse.
- Un sistema de autoevaluación, que no requerirá que las partes notifiquen las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan control antes de su culminación. Sin embargo, la Comisión puede iniciar una investigación de adquisiciones de participaciones minoritarias potencialmente problemáticas sobre la base de su propia información sobre el mercado o de denuncias.

44. El alcance de la jurisdicción de la Comisión se vincula directamente con el tipo de procedimiento apropiado y adecuado. Por ejemplo, si la Comisión tiene jurisdicción sobre todas las adquisiciones de participaciones minoritarias superiores a cierto umbral, un sistema de notificación previo a la concentración

crearía una pesada carga para las empresas porque abarcaría también las operaciones que no plantean problemas. Dar a la Comisión jurisdicción sobre todas las adquisiciones de participaciones minoritarias superiores a cierto umbral sería, por ello, más apropiado dentro de un sistema de autoevaluación, en el que la Comisión tendría libertad para investigar operaciones por iniciativa propia. Por otra parte, la carga administrativa impuesta por un sistema de notificación o transparencia sería mucho más baja si la jurisdicción de la Comisión se limitara únicamente a operaciones potencialmente problemáticas. La relación entre el diseño del sistema de procedimiento y el alcance de la jurisdicción se planteó con frecuencia en las respuestas a la consulta pública.

### 3.2.2. El sistema propuesto : un sistema de transparencia «selectivo»

45. A la luz de lo expuesto, un sistema de transparencia «selectivo» alternativo puede ser más apropiado para ocuparse de las adquisiciones de participaciones minoritarias. La Comisión considera que dicho sistema sería acorde con los tres principios antes enunciados. Permitiría seleccionar desde el principio las operaciones potencialmente problemáticas, concretamente a través de la identificación de las operaciones que creen un «vínculo significativo desde el punto de vista de la competencia», y garantizaría que la Comisión pudiera controlar eficazmente las operaciones así identificadas, incluso sin necesidad de una obligación de notificación completa.

46. En vista de las teorías del perjuicio tratadas antes, se plantearía la existencia de un «vínculo significativo desde el punto de vista de la competencia» cuando, a primera vista, se da una relación de competencia entre las actividades del comprador y las del objetivo, bien porque actúan en los mismos mercados o sectores o porque actúan en mercados relacionados verticalmente. En principio, el sistema se pondría en marcha solo cuando las participaciones minoritarias y los derechos a ellas vinculados permitieran que el comprador influyera sensiblemente en la política comercial del objetivo y, por lo tanto, en su comportamiento en el mercado o que le concediera acceso a información sensible a efectos comerciales. Sin embargo, por encima de cierto nivel, la participación misma puede provocar un cambio en los incentivos financieros del comprador de manera que este ajuste su comportamiento en el mercado, con independencia de si logra una influencia importante sobre el objetivo. Solo las adquisiciones con un «vínculo significativo desde el punto de vista de la competencia» requerirían que se presentara una nota informativa a la Comisión.

47. Con el fin de ofrecer a las partes seguridad jurídica, solo las operaciones que cumplieran los siguientes criterios acumulativos entrarían en la definición de «vínculo significativo desde el punto de vista de la competencia»:

- las adquisiciones de una participación minoritaria en un competidor o en una empresa vinculada verticalmente (es decir, que debe haber una relación desde el punto de vista de la competencia entre comprador y objetivo); y
- el vínculo desde el punto de vista de la competencia se considerará significativo si la participación adquirida es de 1) alrededor del 20 %<sup>[37]</sup> o 2) de



entre el 5 % y alrededor del 20 %, pero acompañada de otros factores adicionales tales como derechos que dan al comprador una minoría de bloqueo «de facto»[38], un puesto en el consejo de administración o acceso a información comercialmente sensible del objetivo.

48. Se pediría a las partes que autoevaluaran si la operación creaba un «vínculo significativo desde el punto de vista de la competencia» y, de ser así, que presentaran una nota informativa. En caso de que se presente una nota informativa, la Comisión decidirá si investiga la operación y los Estados miembros, si presentan una solicitud de remisión.

### 3.2.3. Información relativa al procedimiento

49. En el marco del sistema de transparencia selectivo, se pediría a las empresas que presentaran una nota informativa a la Comisión si se proponen adquirir una participación minoritaria que pueda considerarse como «vínculo significativo desde el punto de vista de la competencia». La nota informativa incluiría información sobre las partes, su volumen de negocios, una descripción de la operación, el nivel de participación antes y después de la operación, los derechos inherentes a la participación minoritaria y alguna información limitada sobre la cuota de mercado. Tal como ya ha señalado, la Comisión decidirá si está justificada una investigación más detallada de la operación y los Estados miembros si consideran la posibilidad de solicitar una remisión sobre la base de esta nota informativa. Las partes solo deberían presentar una notificación completa si la Comisión decide iniciar una investigación y la Comisión solo emitiría una decisión si se inicia una investigación. Con el fin de ofrecer a las partes seguridad jurídica, también deberían poder presentar una notificación completa de forma voluntaria.

50. La Comisión podría considerar también proponer, una vez se haya presentado una nota informativa, un período de espera durante el cual las partes no podrían cerrar la operación y los Estados miembros tendrían que decidir si solicitan una remisión. Este periodo de espera podría ser de 15 días laborables, por ejemplo. Este plazo se armonizaría, además, con el establecido en el artículo 9 relativo a la solicitud de remisión de los Estados miembros a raíz de una notificación completa. Un sistema de estas características garantizaría que las operaciones que se remitan a los Estados miembros no se ejecuten todavía y que los Estados miembros puedan ocuparse de ellas con arreglo a su procedimiento habitual, ya que pueden prever una obligación de suspensión y no estar equipados para abordar operaciones ya consumadas. De forma más general, el sistema de remisión debe garantizar que se mantenga el actual nivel de protección que ofrecen los regímenes de concentraciones nacionales que ya captan las participaciones minoritarias que no otorgan control y que se eviten lagunas en la aplicación.

51. La Comisión también desea tener libertad para investigar una operación, se haya ejecutado ya o no, dentro de un plazo limitado tras la nota informativa. Este período podría ser de 4 a 6 meses, y permitiría a la comunidad empresarial interponer denuncias. También reduciría el riesgo de que la Comisión inicie una investigación con carácter preventivo durante el período de espera inicial.

52. En caso de que la Comisión iniciara una investigación sobre una operación ya ejecutada (total o parcialmente), debería tener la facultad de decretar medidas provisionales con el fin de garantizar la eficacia de una decisión con arreglo a los artículos 6 y 8 del Reglamento de concentraciones. Esta facultad podría adoptar la forma de una orden de separación de actividades, por ejemplo[39].

3.2.4. Alcance de la evaluación conforme al Reglamento de concentraciones y relación con el artículo 101 del TFUE

53. Los acuerdos suscritos entre el comprador de la participación minoritaria y el objetivo siguen estando sujetos a una evaluación de conformidad con los artículos 101 y 102 del TFUE, a menos que constituyan «restricciones accesorias». Solo las restricciones accesorias, es decir, las «restricciones necesarias y relacionadas directamente con la realización» de la adquisición de la participación[40], se consideran cubiertas por la decisión de liquidación y se supone, por lo tanto, que no entran dentro del ámbito de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE.

54. Sin embargo, como ocurre actualmente en las adquisiciones de control, los acuerdos entre el adquirente de la participación minoritaria y el objetivo se tendrán en cuenta durante la evaluación sustantiva de una operación con arreglo a las normas de control de las concentraciones. Esto se debe a que son pertinentes para las condiciones de mercado actuales y futuras (por ejemplo, la existencia de contratos a largo plazo) que la Comisión tiene en cuenta como parte de su evaluación[41].

3.3. Conclusión sobre la revisión de las participaciones minoritarias

55. La Comisión no dispone actualmente de las herramientas adecuadas para abordar las adquisiciones de participaciones minoritarias contrarias a la competencia. Un sistema de transparencia selectivo parece ser idóneo para reflejar dichas operaciones y evitar a los consumidores daños derivados de ellas y sería acorde con los tres principios expuestos en el punto 42.

56. En primer lugar, las operaciones potencialmente perjudiciales podrían atraer la atención de la Comisión y los Estados miembros, mientras que las operaciones inocuas, como las que solo se efectúan con fines de inversión, no lo harían.

57. En segundo lugar, el sistema de transparencia selectivo limitaría la carga administrativa sobre las empresas, porque solo se debería informar a la Comisión de un número limitado de casos, en concreto, los que creen un «vínculo significativo desde el punto de vista de la competencia». Las partes solo deberán facilitar a la Comisión una cantidad limitada de información sobre estas operaciones mediante una nota informativa, tras lo cual la Comisión podrá decidir si solicita una notificación completa.

58. Por último, el sistema de transparencia selectivo encajará con los regímenes de control de concentraciones actualmente en vigor tanto a nivel de la UE como nacional. La nota informativa se enviará a los Estados miembros

para informarles de las adquisiciones de participaciones minoritarias, lo que les permitirá solicitar la remisión en dicha fase. En cambio, un sistema de autoevaluación sería más difícil de conciliar con los regímenes de los Estados miembros ya que habría la incertidumbre de si la Comisión iba a investigar la operación.

#### 4. Remisión de asuntos

##### 4.1. Objetivos y principios rectores para la remisión de asuntos

59. El Reglamento de concentraciones ha establecido un sistema de «ventanilla única», en virtud del cual las concentraciones con dimensión de la Unión Europea (tal como se define en los umbrales de volumen de negocios establecidos en el artículo 1) las revisará exclusivamente la Comisión, lo que permitirá evitar múltiples procedimientos de revisión a nivel de Estado miembro. Si bien los umbrales de volumen de negocios sirven como «prueba nítida» para saber si una concentración puede tener dimensión europea o transfronteriza, el Reglamento de concentraciones permite también remitir asuntos de la Comisión a uno o varios Estados miembros, y viceversa. Este mecanismo, que se hizo más efectivo gracias a la reforma de 2004, permite que los asuntos sean revisados por la autoridad más apropiada, si no se le han asignado mediante la aplicación de los umbrales de volumen de negocios, tanto antes como después de notificar la operación a la autoridad competente.

60. El informe de 2009 presentado al Consejo y mencionado anteriormente concluyó que, en general, los umbrales de volumen de negocios y las normas relativas a la remisión de los asuntos establecidas en el Reglamento de concentraciones funcionaban bien. Se comprobó, no obstante, que existía margen para la mejora, dado que un número significativo de asuntos estaba todavía sujeto a revisión en tres o más Estados miembros (240 asuntos en 2007).

61. El sistema de remisión puede reforzarse para atender mejor a la finalidad de apartarse de los resultados de las pruebas del volumen de negocios cuando fuera necesario. Existe especialmente un amplio margen de mejora respecto a las remisiones de los Estados miembros a la Comisión, tanto antes como después de la notificación.

62. De hecho, la experiencia ha puesto de manifiesto que el actual proceso de remisiones de los Estados miembros a la Comisión previas a la notificación, de conformidad con el artículo 4, apartado 5, por las partes notificantes tiende a ser engorroso y lleva tiempo[42]. Ello se debe a que es preciso, en primer lugar, presentar un «escrito motivado» para solicitar la remisión en primera instancia, y una notificación posterior una vez que se haya aprobado la remisión. Por esta razón, las partes pueden haber optado por no presentar la solicitud de remisión en algunos casos que podrían haberse prestado para ser remitidos a la Comisión. Por consiguiente, la Comisión sugiere simplificar las remisiones con arreglo al artículo 4, apartado 5, suprimiendo el actual procedimiento de dos fases.

63. Además, las normas actuales sobre remisiones de los Estados miembros a la Comisión posteriores a la notificación, de conformidad con el

artículo 22, solo otorgan la jurisdicción de la Comisión para los Estados miembros que hayan presentado una solicitud de remisión o se hayan unido a ella. En algunos casos, esto ha conducido a investigaciones paralelas por parte de la Comisión y las ANC contrarias al principio de ventanilla única[43]. La Comisión propone, por lo tanto, racionalizar las remisiones realizadas con arreglo al artículo 22 a fin de otorgar a la Comisión la jurisdicción en todo el EEE en los casos que se le remitan, y aplicar mejor el principio de ventanilla única.

#### 4.2. Las medidas propuestas para la remisión de asuntos

64. El objetivo de las modificaciones propuestas al sistema de remisión de asuntos es facilitar las remisiones a fin de que el sistema sea más eficaz sobre una base global, sin reformar básicamente sus características.

##### 4.2.1. Artículo 4, apartado 5, del Reglamento de concentraciones: remisión de los Estados miembros a la Comisión antes de la notificación

65. Dado el escaso número de solicitudes con arreglo al artículo 4, apartado 5, vetadas por algún Estado miembro desde 2004[44], la Comisión propone la supresión del actual procedimiento en dos etapas (el escrito motivado seguido de notificación). Este cambio permitirá acelerar las remisiones del artículo 4, apartado 5, y hacerlas más eficientes, manteniendo al mismo tiempo la capacidad de los Estados miembros para vetar una solicitud en el caso poco probable de que lo consideren necesario.

66. En consecuencia, las partes notificarían las operaciones directamente a la Comisión. A continuación la Comisión remitiría la notificación a los Estados miembros de forma inmediata, lo que daría a los Estados miembros que, a primera vista, sean competentes para analizar la operación conforme a su Derecho nacional, la posibilidad de oponerse a la solicitud de remisión en el plazo de 15 días laborables. A menos que un Estado miembro competente se oponga a la solicitud, la Comisión tendría jurisdicción para revisar el conjunto de la operación.

67. En caso de que al menos un Estado miembro competente se oponga a la jurisdicción de la Comisión, esta renunciaría a ella en su totalidad y los Estados miembros mantendrían la suya. En tales circunstancias, la Comisión no dispondría de ningún margen de apreciación, y adoptaría una decisión en la que declarararía que ya no era competente. Después correspondería a las partes determinar en qué Estados miembros tienen que notificar.

68. Con el fin de facilitar el intercambio de información entre los Estados miembros y la Comisión, esta propone enviar el documento informativo inicial de las partes o la solicitud de asignación del asunto a los Estados miembros para que estén al corriente de la operación durante los contactos previos a la notificación.

##### 4.2.2. Artículo 22 del Reglamento de concentraciones: remisiones de los Estados miembros a la Comisión después de la notificación

1. Se propone modificar el procedimiento previsto en el artículo 22 como sigue:

- Uno o más Estados miembros competentes para evaluar una operación con arreglo a su legislación nacional podrían solicitar la remisión a la Comisión en el plazo de 15 días laborables a partir de la fecha en que se les notificó (o se les dio a conocer)[45].

- La Comisión podría decidir si acepta o rechaza una solicitud de remisión. Por ejemplo, la Comisión puede tomar la decisión de no aceptar la solicitud si la operación no tiene efectos transfronterizos, en consonancia con el artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento sobre concentraciones de la UE. Si la Comisión decidiera aceptar una solicitud de remisión, tendría jurisdicción para el conjunto del EEE.

- Sin embargo, si uno o más Estados miembros competentes se opusieran a la remisión, la Comisión renunciaría a la jurisdicción para el conjunto del EEE, y los Estados miembros conservarían la suya. El Estado miembro no tendría necesidad de dar razones para oponerse a la remisión.

70. Con el fin de que la citada propuesta funcione, deben abordarse dos cuestiones. En primer lugar, se podría plantear un problema de calendario si la solicitud de remisión se presenta después de que otro Estado miembro haya autorizado ya la operación en su territorio. En ese caso, la Comisión ya no estaría en condiciones de tener jurisdicción sobre el conjunto del EEE. En segundo lugar, otros Estados miembros podrían no disponer de información suficiente para determinar si son competentes y si tienen derecho a oponerse a la remisión, o si fueran competentes, para tomar una decisión con conocimiento de causa de si desean o no vetar la remisión, ya que puede que aún no hayan recibido la notificación.

71. Para abordar estas cuestiones en la medida más completa posible, la Comisión sugiere que las ANC difundan primeras notas informativas para los asuntos multijurisdiccionales o transfronterizos o los asuntos que se refieran a mercados que sean, a primera vista, más amplios que los nacionales, tan pronto como sea posible después de que un Estado miembro reciba la notificación o tenga conocimiento de la operación. La ANC indicaría en dicha nota si se plantea la posibilidad de presentar una solicitud de remisión. En tal caso, la nota daría lugar a la suspensión de los plazos nacionales de todos los Estados miembros que también estén investigando el asunto. Por el contrario, si la Comisión misma cree que podría ser la autoridad más apropiada, invitaría al Estado miembro a solicitar una remisión de conformidad con el artículo 22, apartado 5, y una invitación de este tipo suspendería también todos los plazos nacionales.

72. Tal solución de procedimiento debería reducir el riesgo de que una ANC presente una solicitud de remisión a la Comisión cuando otra ya haya adoptado una decisión por la que se autoriza la operación. No obstante, en el caso poco probable de que el Estado miembro haya adoptado una decisión de compatibilidad antes de que se presente una solicitud de remisión, la decisión de compatibilidad se mantendría en vigor y el asunto solo lo remitirían los Estados miembros restantes.

73. La circulación de dicha nota informativa también facilitaría la cooperación y la coordinación entre todas las instancias que intervienen en el proceso de revisión y fomentaría la convergencia, incluso si no se lleva a cabo una remisión a la Comisión.

4.2.3. Artículo 4, apartado 4, del Reglamento de concentraciones: remisiones de la Comisión a los Estados miembros antes de la notificación

74. La Comisión propone que se aclaren los umbrales sustantivos para las remisiones de la Comisión a un Estado miembro previas a la notificación, de conformidad con el artículo 4, apartado 4.

75. Para fomentar la utilización de esta disposición, la Comisión propone adaptar la prueba sustantiva contemplada en el artículo 4, apartado 4, de forma que las partes ya no estén obligadas a reclamar que la operación pueda «afectar de manera significativa a la competencia en un mercado» para que un asunto pueda ser objeto de remisión. Bastaría con demostrar que la operación puede tener su principal incidencia en un mercado definido en el Estado miembro en cuestión. Suprimir el «elemento de autoinculpación» percibido podría dar lugar a un incremento del número de solicitudes en virtud del artículo 4, apartado 4.

## 5. Varios

76. Por último, la Comisión cree que existe margen para mejorar y racionalizar algunas otras disposiciones del Reglamento de concentraciones, con el fin, en particular, de simplificar los procedimientos. En el contexto del control de las concentraciones, la Comisión siempre ha procurado limitar al mínimo la carga administrativa para las empresas. En diciembre de 2013, se dio un paso importante para hacer más eficiente el control de concentraciones de la UE, sin modificar el propio Reglamento de concentraciones, mediante la aprobación de un paquete de simplificación[46]. Este paquete de medidas aportó mucho más casos de concentración al denominado procedimiento simplificado para concentraciones que no plantean problemas y racionalizó todas las formas prescritas para notificar operaciones de concentración a la Comisión, lo que dio lugar a una importante reducción neta de los requisitos informativos.

77. La mayor racionalización y simplificación de los procedimientos de concentraciones de la UE más allá de lo logrado por el paquete de simplificación de 2013 y la mejora de determinadas disposiciones del Reglamento de concentraciones exigen la modificación del propio Reglamento. El documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña este Libro Blanco analiza estas propuestas en detalle, pero vale la pena destacar aquí dos puntos:

- El Reglamento de concentraciones podría modificarse para que la creación de una empresa en participación con plenas funciones situada y funcionando totalmente fuera del EEE (y que no tuviera impacto alguno en los mercados del EEE) quedara fuera de su ámbito de aplicación. Así pues, este tipo de

empresas en participación no se notificaría a la Comisión, aun cuando se cumplieran los umbrales de volumen de negocios del artículo 1.

- Para simplificar aún más los procedimientos de concentraciones, la Comisión podría estar facultada para eximir a determinadas categorías de operaciones que normalmente no plantean problemas de competencia (como las operaciones que no suponen relación horizontal o vertical alguna entre las empresas que van a fusionarse y que actualmente están sometidas a un procedimiento simplificado) de la notificación previa obligatoria. Tales casos pueden estar sujetos a un procedimiento similar al «sistema de transparencia selectivo» antes mencionado en el caso de las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan control.

### 6. Conclusión

78. En términos generales, el Reglamento de concentraciones revisado, adoptado en 2004, ofrece un marco adecuado para proteger eficazmente la competencia y, por tanto, a los consumidores, de los efectos anticompetitivos de las concentraciones y adquisiciones con efectos transfronterizos en el mercado interior. El marco ofrece tal protección y permite, al mismo tiempo, que la gran mayoría de las operaciones que no plantean problemas se aprueben rápidamente. La introducción de la prueba OSCE en 2004 permitió también a la Comisión revisar efectos no coordinados de operaciones en las que la entidad resultante de la concentración no adquiriría una posición dominante. Por último, las mejoras en el sistema de remisión han contribuido significativamente a asignar los asuntos a la autoridad más apropiada.

79. Sin embargo, tal como ya se ha señalado, hay margen para seguir mejorando el control de las operaciones de concentración de la UE[47]. En particular, este Libro Blanco propone ampliar la jurisdicción de la Comisión para incluir la revisión de posibles efectos contrarios a la competencia derivados de adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan control utilizando un sistema de transparencia selectivo y no intrusivo, y a hacer que el sistema de remisión de los asuntos sea más eficaz y efectivo mediante la racionalización del procedimiento del artículo 4, apartado 5, y modificando el artículo 22, de manera que se incremente la utilización del principio de ventanilla única.

La Comisión invita a los interesados a realizar observaciones sobre el presente Libro Blanco. La Comisión desea, en particular, invitar a que se formulen observaciones sobre las propuestas y las cuestiones planteadas en la sección xx del documento de trabajo de la Comisión que acompaña al Libro Blanco. Las observaciones pueden enviarse hasta el viernes, 3 de octubre de 2014 tanto por e-mail a la dirección:

[comp-merger-registry@ec.europa.eu](mailto:comp-merger-registry@ec.europa.eu)

como por correo ordinario a la dirección:

Comisión Europea Dirección General de Competencia, Unidad A-2 Libro Blanco «Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE» B-1049 Brussel/Bruxelles.

Es práctica habitual de la DG de Competencia publicar los comentarios recibidos en respuesta a una consulta pública. Sin embargo, se puede solicitar que los comentarios o ciertas partes de los mismos sean confidenciales. De ser éste el caso, indique claramente en la portada de su envío que no deben hacerse públicos y remita también una versión no confidencial de su envío a la DG Competencia para publicación.

[1] Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO L 24 de 29.1.2004, p. 1. El actual Reglamento de concentraciones es el resultado de una refundición del original, Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 395 de 30.12.1989, p. 1).

[2] Véase el documento de trabajo de los servicios de la Comisión «Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE», SWD (2013) 239 final (en lo sucesivo, «el documento de consulta») y las observaciones recibidas, disponible en:

[http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013\\_merger\\_control](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control).

[3] Véase el artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento de concentraciones.

[4] Véase el considerando 25 del Reglamento de concentraciones.

[5] Hay varios ejemplos recientes de casos en los que se utilizó una serie de análisis económicos complejos para evaluar la existencia de un OSCE como en: COMP/M.6570 – UPS/TNT Express, Decisión de 30 de enero de 2013; COMP/M.6458 – Universal Music Group/EMI Music, Decisión de 21 de septiembre de 2012; COMP/M.6471 – Outokumpu/Inoxum, Decisión de 7 de noviembre de 2012; o COMP/M.6663 – Ryanair/Aer Lingus, Decisión de 27 de febrero de 2013.

[6] Por ejemplo COMP/M.4980 – ABF/GBI Business, Decisión de la Comisión de 23 de septiembre de 2008.

[7] Como en COMP/M.4942 – Nokia/NAVTEQ, Decisión de la Comisión de 2 de julio de 2008, o COMP/M.4854 – Tom Tom/TeleAtlas, Decisión de 14 de mayo de 2008.

[8] Por ejemplo en COMP/M.5984 – Intel/McAfee, Decisión de la Comisión de 26 de enero de 2011.

[9] COMP/M.6203 – Western Digital/Hitachi, Decisión de la Comisión de 23 de noviembre de 2011, considerando 1038.

[10] Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO C 31 de 5.2.2004, p. 5.



## ANEXOS DOCUMENTALES

[11] Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO C 265 de 18.10.2008, p. 6.

[12] Las directrices también se han citado por los tribunales de la UE como referencia para examinar la legalidad sustantiva del análisis de concentraciones de la Comisión, véase por ejemplo el asunto T-282/06 Sun Chemical y otros / Comisión, Rec. 2007, p. II-2149.

[13] COMP/M.6570 – UPS/TNT Express, Decisión de la Comisión de 30 de enero de 2013.

[14] COMP/M.6360 – Nynas/Harburg, Decisión de la Comisión de 2 de septiembre de 2013.

[15] COMP/M.5984 – Intel/McAfee, Decisión de 26 de enero de 2011.

[16] Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) nº 802/2004 de la Comisión, DO C 267 de 22.10.2008, p. 1

[17] Comunicación de la Comisión al Consejo, Informe sobre el funcionamiento del Reglamento nº 139/2004, de 18 de junio de 2009, COM (200) 281 final, acompañada por el documento de trabajo SEC (200) 808 final/2.

[18] Por ejemplo, en 2013, Alemania sustituyó la anterior prueba de posición dominante por la prueba OSCE, tal como establece el artículo 2, apartados 2 y 3, del Reglamento de concentraciones.

[19] Véase Grupo de trabajo para las operaciones de concentración de la UE, Mejores prácticas sobre la cooperación entre las autoridades nacionales de competencia de la UE en el examen de las concentraciones, 8 de noviembre de 2011.

[20] Aunque tales intervenciones son raras en general, ejemplos de los Estados miembros en los que existe tal régimen son Francia, Alemania, Italia, España y el Reino Unido.

[21] Véase el considerando 14 del Reglamento de concentraciones de la UE que resalta la cooperación y trata de la remisión y la competencia.

[22] Mario Monti, Una nueva estrategia para el mercado único al servicio de la economía y la sociedad de Europa - Informe al presidente de la Comisión Europea, José Manuel Barroso, 9 de mayo de 2010. Véase también, más reciente, Autorité de la concurrence, Rapport au Ministre de l'Économie et des Finances. Pour un contrôle plus simple, cohérent et stratégique en Europe, 16 de diciembre de 2013.

[23] La presente revisión se entiende sin perjuicio de cualesquiera otras mejoras del Reglamento de concentraciones.

[24] Véase el anexo I del documento de consulta.

[25] Véase el apartado 8 de las Directrices sobre las concentraciones horizontales y el apartado 10 de las Directrices sobre las concentraciones no horizontales.

[26] COMP/M.3653 – Siemens/VA Tech, Decisión de la Comisión de 13 de julio de 2005.

[27]

[http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3653\\_20050713\\_20600\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3653_20050713_20600_en.pdf).

[28] Asunto COMP/M.4439 – Ryanair/Aer Lingus I, Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2007, confirmada por el Tribunal General en el asunto T-342/07, Ryanair/Comisión, Rec. 2010, p. II- 3457. Véase también el asunto COMP/M.6663 – Ryanair/Aer Lingus III, Decisión de la Comisión de 27 de febrero de 2013, en la que la Comisión declaró otro proyecto de adquisición del control de Aer Lingus por Ryanair incompatible con el mercado interior.

[29] Informe final de 28 de agosto de 2013, [http://www.competition-commission.org.uk/assets/competition-commission/docs/2012/ryanair-aer-lingus/130828\\_ryanair\\_final\\_report.pdf](http://www.competition-commission.org.uk/assets/competition-commission/docs/2012/ryanair-aer-lingus/130828_ryanair_final_report.pdf). Ryanair ha recurrido la decisión pero el Competition Appeal Tribunal (Tribunal de Apelación de la Competencia) el recurso el 7 de marzo de 2014.

[30] COMP/M.4153 – Nynas/Harburg, Decisión de la Comisión de 19 de septiembre de 2006.

[31] Véase por ejemplo el asunto COMP. M.1673 - VEBA/VIAG, Decisión de la Comisión de 13 de junio de 2000.

[32] Véase también el anexo I del documento de consulta.

[33] COMP/M.5406 – IPIC/MAN Ferrostaal, Decisión de la Comisión de 13 de marzo de 2009.

[34] Véanse, por ejemplo, las participaciones minoritarias recientemente adquiridas por Telefónica en Telecom Italia, Air France en Alitalia, Intel en ASML, un fabricante de sistemas de litografía para la industria de semiconductores, Marine Harvest en Grieg Seafood o VW en Suzuki. Por lo que respecta a las participaciones minoritarias en relaciones verticales, los ejemplos incluyen una participación minoritaria del 10 % de Nestlé en Givaudan (que se vendió recientemente) o la participación del 15 % de BMW en SGL Carbon (además de la participación del 29 % de la familia Quandt/Klatten que posee una gran participación en el fabricante de automóviles BMW). Obviamente, estos ejemplos solo muestran que se producen participaciones minoritarias entre competidores y empresas vinculadas verticalmente, pero aquí se mencionan sin perjuicio de si habrían planteado problemas de competencia.

[35] Véase también el asunto T-411/07 Aer Lingus/Comisión, Rec. 2010 p. II-3691, en particular el apartado 104, y el asunto 6/72 Continental Can/Comisión, Rec. 1973, p. 216.

[36] Véase el artículo 1, apartados 2 y 3, del Reglamento de concentraciones. Se propone que se apliquen a las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan control los mismos umbrales del volumen de negocios que actualmente se aplican a las adquisiciones de control. El sistema de remisión se aplicaría también a las adquisiciones de participaciones minoritarias, a fin de permitir la asignación de casos a la autoridad más apropiada.

[37] La OFT ha fijado un umbral del 15 % a partir del cual se podrá examinar cualquier caso (véase OFT, «Mergers- Jurisdictional and procedural guidance», apartado 3.20). Este porcentaje puede servir también como un límite claro por encima del cual una participación se consideraría «vínculo significativo desde el punto de vista de la competencia».

[38] El asunto del Reino Unido, BSKyB/ITV (2007), ofrece un buen ejemplo de una participación minoritaria de bloqueo de facto (lo que no es suficiente para calificarla como control de facto). Se consideró que una participación del 17,9 % era suficiente para que BSKyB dispusiera de influencia importante en ITV, sobre la base de que le permitió influir en ITV para la toma de decisiones estratégicas. El asunto se aprobó a condición de que se redujera la participación en un 7,5 %.

[39] La obligación de «separación de actividades» exigiría que los activos estén delimitados, que se nombrara un gestor responsable de la separación de las actividades, etc. Seguiría una práctica similar a la que actualmente se aplica a los compromisos de cesión durante los períodos de cesión o las condiciones y obligaciones con arreglo al artículo 7, apartado 3, del Reglamento de concentraciones.

[40] Por extensión a las participaciones minoritarias del artículo 6, apartado 1, letra b), párrafo 2; artículo 8, apartado 1, párrafo 2; y artículo 8, apartado 2, párrafo 3, del Reglamento de concentraciones.

[41] Véase, por ejemplo, el asunto COMP/M.6541 - Glencore/Xstrata, apartado 26.

[42] Véase, por ejemplo, el apartado 19 del informe de 2009.

[43] Por ejemplo en COMP/M.5828 – Procter & Gamble/Sara Lee, Decisión de la Comisión de 17 de junio de 2010.

[44] Solo 6 de las 261 solicitudes en aplicación del artículo 4, apartado 5, efectuadas desde 2004 fueron vetadas por algún Estado miembro.

[45] A diferencia del sistema vigente, solo los Estados miembros que sean competentes para examinar la operación con arreglo a su Derecho nacional pueden solicitar la remisión.

[46] Reglamento de Ejecución (UE) nº 1269/2013 de la Comisión, de 5 de diciembre de 2013, DO L 336 de 14.12.2013, p. 1, y Comunicación de la Comisión sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas operaciones de concentración con arreglo al Reglamento (CE) nº 139/2004, DO C 366 de 14.12.2013, p. 5; corrección de errores: DO C 11 de 15.1.2014, p. 6.

[47] El ámbito elegido para el presente Libro Blanco se entiende sin perjuicio de las demás evaluaciones de otros aspectos importantes en materia de control de las operaciones de concentración de la UE por la Comisión. La Comisión estudiará los temas más apropiados para una evaluación a posteriori de algunas de sus prácticas en el control de las concentraciones.