

# LAS CONCENTRACIONES DE EMPRESAS. REGULACIÓN Y CRITERIOS DE DECISIÓN DE LOS ÓRGANOS DE LA UNIÓN EUROPEA\*

MERGER OF COMPANIES. REGULATION AND DECISION CRITERIAS  
FOR THE BODIES OF THE EUROPEAN UNION

LES FUSIONS D'ENTREPRISES. RÉGLEMENTATION ET CRITÈRES  
DE DÉCISION DES ORGANES DE L'UNION EUROPÉENNE

NATALIA BOLÍVAR GACITÚA\*\*

## RESUMEN

*La competencia es un fenómeno jurídico, que constituye el motor organizativo de todo el sistema económico, al tiempo que opera como límite regulador de las situaciones que pudieran alterar el equilibrio necesario para su eficiente desarrollo. El objetivo de este trabajo es analizar los criterios aplicados en el control de las operaciones de concentración, por parte de los órganos de la Unión Europea encargados de la protección de los intereses europeos, a saber: la Comisión Europea de Competencia, el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, reflejando a través del estudio de conceptos básicos en materia de competencia y de casos prácticos, los criterios europeos en materia de concentraciones de empresas.*

**PALABRAS CLAVE:** Concentraciones de empresas – Control operaciones de concentración – Comisión Europea de Competencia

## ABSTRACT

*Competition is a legal phenomenon that constitutes the organizational driving force behind the whole economic system, while at the same time it operates as a regulatory limit of those situations that could alter the necessary balance for its efficient development. The objective of this work is to analyze the criteria applied to control the concentration operations by the members of the European Union responsible for the protection of the communal interests, namely: the European Competition Commission, the Court of First Instance of the European Communities and the European Court of Justice, reflecting the European standards in the field of the merging of companies, through the study of basic concepts of competition and practical cases.*

**KEY WORDS:** Concentration – Merger control – European Competition Commission

## RÉSUMÉ

*La concurrence est un phénomène juridique qui conduit le système économique, et qui établit aussi des limites réglementaires aux situations qui touchent l'équilibre. Le but de cet article*

\* El artículo fue aprobado para su publicación el 15 de abril de 2013.

\*\* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad Santo Tomás. Máster en Derecho Privado por la Universidad de Salamanca, España. Doctorando por la Universidad de Salamanca. Profesora adjunta de Derecho de la Libre Competencia y Derecho Público Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello. Correo electrónico: bolivargacitua@yahoo.com.

*est d'analyser les critères appliqués dans le contrôle des concentrations, par les organes de l'Union européenne chargés de la protection des intérêts européens, à savoir: la Commission européenne, le Tribunal de première instance et la Cour de justice des Communautés européennes, qui se reflètent dans les critères européens en matière de fusions à travers l'étude des concepts de base de la concurrence et des études de cas.*

*MOTS CLÉS: Concentration – Contrôle des concentrations – Commission européenne de la concurrence*

## INTRODUCCIÓN

El fenómeno de las concentraciones empresariales ha alcanzado en la actualidad una extraordinaria importancia en el ámbito de la economía europea, así como en el ámbito internacional. ¿Cabe preguntarnos cuáles son las causas del cambio de estrategia empresarial? Entre las causas que explican este fenómeno, destacan como las más relevantes, por un lado, la globalización de la economía y la internacionalización de los mercados, y por otro, la necesidad de adaptar las estructuras empresariales a esa realidad.

El presente trabajo pretende mostrar, mediante el análisis de algunas de las decisiones más emblemáticas adoptadas por los órganos jurisdiccionales y no jurisdiccionales de la Unión Europea, los puntos más relevantes de dichas decisiones, desde la génesis del asunto hasta su fallo, transitando por los criterios utilizados durante la investigación realizada por las autoridades europeas de defensa de la competencia. De estas decisiones, se ha producido una extensa jurisprudencia en torno al fenómeno de las concentraciones de empresas, naciendo teorías tan trascendentales como la de posición dominante colectiva, que evidencia la existencia de una práctica de coordinación entre las empresas, tanto o más perjudicial que la colusión expresa.

### 1. NORMATIVA EUROPEA APLICABLE A LAS CONCENTRACIONES DE EMPRESAS

Cabe señalar que en el Derecho europeo se entiende que se produce una concentración económica cuando tiene lugar un cambio estable del control, de la totalidad o parte de una o varias empresas. Entendiéndose que se produce este cambio de control como consecuencia: (i) de la fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, (ii) la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas, o (iii) la creación de una empresa en participación, y en general, (iv) por la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> BENEYTO PÉREZ, José María; MAÍLLO GONZÁLEZ, Jerónimo y ESPER, Mariano (2009). *La Nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y Comentarios*. Barcelona: Editorial Bosch, pp. 196-197.

De esta forma, son varios los factores que explican la búsqueda del aglutinamiento por parte de las empresas, éstas pueden realizarse por motivos técnicos, económicos o financieros, en general. Este fenómeno puede obedecer a algunos de estos factores: lograr mayor poder frente a los competidores, la búsqueda de crecimiento para reducir costos, fenómeno conocido como economías de escala, obtener un mejor acceso a la financiación, adquirir mayor poder económico, adquirir mayor cuota de mercado, principalmente en los mercados denominados “saturados”, en los cuales existe un gran exceso de producción, la racionalización de procesos productivos, mediante la reducción de costos y riesgos implícitos a la actividad que se desarrolla, entre otros.

Antes de la entrada en vigencia de los reglamentos relativos al control de las concentraciones, la política de la Comunidad Europea sólo aplicaba sanciones a las empresas que incurrieran en restricciones apreciables de competencia o en el abuso de una posición de dominio, teniendo como único instrumento jurídico los artículos 81 y 82 del Tratado de la Unión Europea<sup>2</sup> (en adelante TCE). Sin embargo, el artículo 82 exigía la existencia previa de una posición de dominio, de modo que su aplicación no resolvía el problema de la creación de dicha posición, elemento fundamental del control de concentraciones que persigue tanto la creación, como el refuerzo de una posición de dominio. Por ello, dada la importancia del control de concentraciones como medio para actuar sobre la estructura de los mercados, resultaba importante contar con un instrumento que permitiese prevenir determinados comportamientos, llevando a cabo un control *a priori* de este tipo de operaciones. Además, el TCE no contemplaba los casos específicos de fusiones y adquisiciones de empresas, y presentaba una serie de limitaciones, por ejemplo, no permitía controlar la creación de posiciones dominantes mediante la adquisición de empresas competidoras, a no ser que una de ellas se encontrara previamente en una posición de dominio y la adquisición de la misma pudiera clasificarse como abusiva. Además, la construcción del mercado único requería contar con un instrumento que permitiera a la Comisión someter a un control las operaciones de dimensión comunitaria; de lo contrario, al depender las decisiones de las distintas autoridades nacionales, se aumentaban los costos administrativos y se corría el riesgo de obstaculizar el mercado único, por ejemplo, imponiendo condiciones distintas a los adquirentes cuando éstos pertenecían a otro Estado miembro.

Se hacía necesario, en consecuencia, dotar al sistema jurídico europeo de un mecanismo de control de las fusiones y adquisiciones de empresas.

Por estas razones, el 21 de diciembre de 1989, se dictó el Reglamento 4064/89<sup>3</sup> el cual reguló las operaciones de concentración empresarial, hasta el año 2004. Más de diez años después de la entrada en vigor de este reglamento, la Comisión

<sup>2</sup>Versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Unión Europea y del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, D.O. C. 83, 30 de marzo de 2010. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu>>.

<sup>3</sup>D.O. L. 395/1, 21 de diciembre de 1989.

lanza, a través del llamado Libro Verde<sup>4</sup> sobre revisión del Reglamento, un debate sobre la necesidad de reformar el régimen de control de las concentraciones, debido principalmente a la evolución económica, política y jurídica de la Unión Europea, producida como consecuencia de la introducción del euro, el mayor número de países miembros, la aceleración de la globalización de los mercados y de las empresas, dando lugar así al “Reglamento sobre Control de las Concentraciones de Empresas”, vigente en la actualidad, Reglamento 139/2004<sup>5</sup>, de 20 de enero, además de una serie de comunicaciones, que junto a la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia (en adelante TPI) y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE), han ido precisando el contenido y aplicación de algunos conceptos confusos y de difícil interpretación, a saber: Reglamento N° 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997<sup>6</sup>; Reglamento N° 802/2004, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento N° 139/2004, del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas<sup>7</sup>; Comunicación de la Comisión, sobre el concepto de Concentración<sup>8</sup>; Comunicación de la Comisión, sobre el concepto de Empresas Afectadas<sup>9</sup>; Comunicación de la Comisión, relativa al Cálculo del Volumen de Negocios<sup>10</sup>; Comunicación de la Comisión, relativa a la definición de Mercado de Referencia<sup>11</sup>; Comunicación de la Comisión, sobre las restricciones directamente relacionadas y necesarias para las Operaciones de Concentración<sup>12</sup>; Comunicación de la Comisión, sobre las soluciones aceptables en materia de Concentraciones<sup>13</sup>; Comunicación de la Comisión, sobre Cuestiones Jurisdiccionales en materia de Competencia<sup>14</sup>; Comunicación de la Comisión, sobre el Procedimiento Simplificado para tramitar determinadas Operaciones de Concentración<sup>15</sup>; Reglamento N° 1033/2008 de la Comisión, de 20 de octubre de 2008, que modifica el Reglamento N° 802/2004, por el que se aplica el Reglamento N° 139/2004 del Consejo, sobre el Control de las Concentraciones entre Empresas, de 22 de octubre de 2008.

<sup>4</sup> Libro Verde del Consejo de Bruselas, sobre revisión del Reglamento 4064/89, de D.O.C.E., 11 de diciembre de 2001.

<sup>5</sup> D.O. C.E. L., 29 de enero de 2004.

<sup>6</sup> D.O. C.E. 180, 9 de julio de 1997.

<sup>7</sup> D.O. L. 133, 30 de abril de 2004.

<sup>8</sup> D.O. C.E. 66, 2 de marzo de 1998.

<sup>9</sup> D.O. C.E. 66, 2 de marzo de 1998.

<sup>10</sup> D.O. C.E. 66, 2 de marzo de 1998.

<sup>11</sup> D.O. C.E. 372, 9 de diciembre de 1997.

<sup>12</sup> D.O. C.E. 188, 4 de julio de 2001.

<sup>13</sup> D.O. C.E. 66, 2 de marzo de 1998.

<sup>14</sup> D.O. C.E. 95, 16 de abril de 2008.

<sup>15</sup> D.O. C.E. 56, abril de 2005.

Dentro de las modificaciones más destacables producidas por el Reglamento 139/2004, encontramos un cambio en el criterio que servía de base para evaluar las operaciones de concentración, el cual centraba esta cuestión solamente en el criterio de la dominancia, pero prescindía completamente de la disminución de la competencia en el mercado común. A través del debate introducido por el Libro Verde, se planteó la interrogante de si era conveniente modificar el criterio mantenido hasta ese momento, por lo que el resultado de ese debate fue la creación de una figura nueva, intermedia entre ambos criterios, la cual combina los elementos más útiles de ambos; se suprime el requisito de existencia de un acuerdo definitivo de concentración, como requisito *sine qua non* previo a la notificación de la concentración a las autoridades de competencia europeas; se establece la posibilidad de que las empresas involucradas en una operación de concentración que podría producir efectos en uno o varios Estados miembros de la Unión Europea puedan solicitar su reenvío a la autoridad nacional de competencia del país que resulta significativamente afectado; se crea la figura del economista jefe, quien apoyado por un grupo de expertos, presta asistencia a los equipos encargados del análisis de los casos, fiscalizando los modelos económicos aplicados en las investigaciones; asimismo y para los casos que revisten mayor complejidad se creó un sistema de revisión interna en el que un panel formado por funcionarios con vasta experiencia revisan el trabajo de los responsables del caso, a objeto de resaltar las debilidades y fortalezas del mismo, y con el propósito de reforzar la solidez legal y económica de la decisión final; se produce un fortalecimiento de los poderes de investigación y de decisión de la Comisión en estas materias, evitando la colisión de competencias entre los Estados miembros y ella, dándole competencia exclusiva para conocer de las concentraciones con dimensión comunitaria, mediante la introducción del principio de barrera o ventanilla única, que establece la competencia exclusiva de la Comisión para conocer de las concentraciones de dimensión comunitaria y la aplicación exclusiva del Reglamento 139/2004<sup>16</sup>.

## 2. PRINCIPIO DE BARRERA O VENTANILLA ÚNICA

Este principio se establece en base a criterios de tipo cualitativo y cuantitativo:

### 2.1. Criterio Cualitativo

Para la aplicación del Reglamento 139/2004 la operación debe consistir en una concentración, en el sentido del artículo 3º de dicha norma, según el cual, “...*sólo se consideran concentraciones, aquellas operaciones que impliquen una modificación*

<sup>16</sup> PRIETO KESSLER, Eduardo (2005). “La Política de Defensa de la Competencia”. *Revista el modelo económico de la UE*, publicación bimestral de ICE (Información Comercial Española), del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, N° 820, enero/febrero, pp. 99-110.

*permanente de la estructura de las empresas involucradas en la operación, modificación que puede producirse, a través de una operación de fusión entre empresas anteriormente independientes, por medio de la adquisición del control de una o varias empresas por parte de unas u otras, y por la creación de una empresa conjunta con plenos poderes”.*

## 2.2. Criterio Cuantitativo

Exige para la aplicación del Reglamento 139/2004, que la concentración tenga una dimensión comunitaria. El concepto de dimensión comunitaria ha sido definido dentro de la exposición de motivos del Reglamento 139/2004, en los siguientes términos: “*Se considera que una concentración tiene dimensión comunitaria cuando el volumen de negocios total de las empresas afectadas supera un umbral determinado, con independencia de que las empresas participantes en la concentración tengan o no su sede o sus actividades principales en la Comunidad, siempre y cuando realicen operaciones sustanciales en la misma*”<sup>17</sup>.

Además se consideran una serie de otros elementos como el volumen de negocios, el mercado relevante, la sustituibilidad de la oferta y la demanda, el concepto de empresas afectadas, su posición en el mercado, y otros que se analizarán más adelante.

## 3. CRITERIOS APLICADOS A LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EN LA UE

Actualmente existen dos criterios para realizar el control de las operaciones de concentración:

i) *Criterio combinado*: El criterio aplicado en EE.UU., que se basa en la prohibición de una operación de concentración cuando se demuestre que dicha operación podría tener como consecuencia una disminución considerable de la competencia por la existencia de un impedimento significativo para la competencia (*criterio DCC o SIEC*<sup>18</sup>).

ii) *Criterio de la dominancia*: Aplicado en la UE, por el cual se prohíben las operaciones de concentración que supongan un obstáculo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Reglamento Nº 139/2004 del Consejo Europeo, 29 de enero de 2004, sobre el Control de las Operaciones de Concentración entre Empresas, D.O. C.E. L., 29 de enero de 2004, apartado 10.

<sup>18</sup> MAIER-RIGAUD, Frank y PARPLIES Kay (2009). *EU Merger Control Five Years After The Introduction Of The SIEC Test: What Explains The Drop In Enforcement Activity?* European Competition Law Review (ECLR), Vol. 30, Nº 11, pp. 565-579.

<sup>19</sup> GARCÍA PÉREZ, Mercedes (2002). “Dominancia v/s Disminución Sustancial de la Competencia, ¿cuál es el criterio más apropiado?”. *II Seminario de Expertos*. Centro de Política de la Competencia, del Centro de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU, Madrid, Nº 3.

El Reglamento 139/2004, aplica una combinación de dos criterios: el criterio DCC o SIEC y el criterio de la dominancia, esta situación se produjo por varios factores que hacían recomendable esta solución en detrimento del cambio radical del criterio aplicado hasta antes de la entrada en vigencia del actual Reglamento 139/2004 (criterio de la dominancia). Ambos criterios se asemejan en muchas cosas, y tienen ambos también ventajas y desventajas, por lo que en la práctica era posible hacer una aplicación de las ventajas de ambos.

Dentro de las razones que sirven para explicar la combinación de criterios que rige en la actualidad; durante la aplicación del Reglamento 4064/89, se autorizaron algunas operaciones de concentración porque no creaban ni reforzaban una posición de dominio de las empresas involucradas, creándose con ello situaciones contradictorias, ya que siguiendo únicamente el criterio de la dominancia estas operaciones debían autorizarse, aunque produjeran efectos perniciosos para la competencia; además, la aplicación del criterio de la dominancia no había supuesto en la práctica grandes problemas a la hora de evaluar este tipo de operaciones, y el hecho más importante era que no se podía prescindir de la vasta jurisprudencia del TPI y del TJCE, dictada en aplicación del criterio de la dominancia, sentencias que hasta el día de hoy son estudiadas por su gran importancia en cuanto a las directrices en el control de las operaciones de concentración en la UE.

En consecuencia, el Reglamento 139/2004 aplica ambos criterios, lo que queda reflejado en su artículo 2, apartados 2º y 3º: “...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 (criterio DCC o SIEC<sup>20</sup>), en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante (criterio de la dominancia), se declararán compatibles con el mercado común... 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”.

### 3.1. Criterio Cualitativo (concepto de operaciones de concentración)

El Reglamento 139/2004, en su artículo 3º distingue tres modalidades de concentración: a) las fusiones; b) las adquisiciones del control, y c) las empresas en participación. Señala: “...para que exista concentración en el sentido del artículo 3º, debe existir un cambio duradero del control de una o más empresas, como consecuencia de...”.

<sup>20</sup> HENDRIK RÖLLER, Lars y DE LA MANO, Miguel (2006). *The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control*. European Commission (DG Competition), Bruselas.

### 3.1.1. Fusiones

Por fusión se entiende la unión jurídica de dos o más sociedades mercantiles; es decir, dos o más empresas constituidas jurídicamente como entidades diferentes, que deciden unirse para crear una nueva empresa, o porque una empresa absorbe a otra; también puede darse el caso de que todas las empresas involucradas desaparezcan como entidades jurídicas independientes, creándose una tercera empresa con una nueva razón social.

La fusión suele tener como objetivo principal proporcionar una mejora de la eficiencia conjunta, de las empresas fusionadas, por aumento de la cuota de mercado, economías de escala, mejor aprovechamiento de recursos complementarios (sinergias), o un redespiegue geográfico sobre los mercados, produciendo todo ello una mejora considerable en la situación competitiva de la empresa.

Las fusiones pueden clasificarse según la forma como se produce la reestructuración de las empresas, en:

- *Fusión por reorganización*: Se produce cuando varias empresas se unen, dejando de ser independientes y formando una única empresa que sustituye a las anteriores. Las empresas dejan de existir como sujetos jurídicos independientes, y en su lugar aparece otra empresa, que adquiere todos sus activos y pasivos.

- *Fusión por absorción*: Se origina cuando una empresa es adquirida por otra dejando, en consecuencia, de existir, mientras que la adquirente conserva su personalidad jurídica.

Según los objetivos que persiguen:

- *Fusión horizontal*: Una fusión horizontal es una fusión que combina a dos empresas que se encuentran dentro del mismo sector económico y que producen esencialmente el mismo producto. Las empresas recurren a este tipo de operación para expandir su línea de productos, para entrar en un mercado geográfico diferente o para tener más control sobre un mercado determinado.

- *Fusión vertical*: Estas operaciones consisten en la fusión de empresas que operan en sectores industriales distintos, y que tienen como objetivo principal el de expandirse con sus productos hasta el consumidor final o hacia la fuente de materia prima, este tipo de operaciones tienen como fin el de reducir los costos de transacción entre el proveedor y el vendedor.

- *Conglomerado*: Es la combinación de dos o más empresas que realizan actividades económicas diferentes. Puede tener como finalidad una extensión de sus productos, adquirir negocios complementarios o extenderse geográficamente<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> FERNÁNDEZ Pablo, BONET, Alfredo (1999). "Fusiones, Adquisiciones y Control de las Empresas". *Revista Arbor*, Revista del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid. N° 523-524, julio/agosto, pp. 39-59.

### 3.1.2. *Adquisición del control por varias empresas*

Existe control en común cuando dos o más empresas o personas tienen la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre otra empresa, lo cual puede suceder por varias razones:

- Por la constitución de una nueva sociedad por varias empresas fundadoras (joint venture).
- Por la compra por varias empresas de una tercera empresa que existía con anterioridad.
- Por la adquisición adicional de acciones que modifican el control de una empresa, convirtiéndola en común.
- Por la permuta con una de las sociedades matrices de una filial común.

Formas de adquisición del control de una empresa:

- Por adquisición de partes del capital.
- Por adquisición del patrimonio.
- Por contrato: que pueden revestir la forma de (i) acuerdos de consorcio, u (ii) otros contratos de constitución de grupos de sociedades.

Un consorcio es un acuerdo entre varias empresas cuyo objetivo principal es desarrollar una actividad económica que produce beneficios económicos para todas y cada una de ellas, se utilizan para aumentar y complementar la oferta de las empresas individuales, los costos y gastos son compartidos facilitando la obtención de mayores recursos financieros.

La importancia que tiene distinguir entre una operación de fusión y una de adquisición es que, por una parte, el tipo de operación determina las empresas cuyo volumen de negocios habrá de tomar en consideración para darle a la operación carácter concentrativo y dimensión comunitaria y, por otra parte, establecer las empresas obligadas a notificar la operación a los órganos correspondientes<sup>22</sup>.

### 3.1.3. *Empresas en participación*

Con respecto a las empresas en participación o joint venture, cabe decir que se encuentran incluidas dentro del concepto de concentración, siempre que: (i) estén sometidas al control conjunto de dos o más accionistas o empresas y (ii) que dicho control se ejerza de manera permanente. Ante la inexistencia de esta permanencia en el tiempo se estaría en presencia más bien de una alianza estratégica entre empresas, pero no de una concentración.

Este tipo de sociedades está sujeta al control de la Comisión por el riesgo que supone la posibilidad de que las empresas fundadoras coordinen su estrategia competitiva, afectando de esa manera al mercado<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> GARCÍA PÉREZ (2002), p. 79.

<sup>23</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2006). *Las Concentraciones de Empresas*. Madrid: Editorial Colex, p. 109.

Se considera que una empresa es independiente de las empresas que ejercen el control conjunto sobre ella, cuando está dotada de autonomía jurídica, de recursos materiales, financieros, etc., y desarrolla una actividad económica independiente de las empresas fundadoras, además de tener capacidad para decidir sobre los aspectos comerciales propios de su actividad, de lo contrario, si estas decisiones dependen por completo de las empresas fundadoras, estaríamos en presencia de un grupo empresarial, pero no de una concentración<sup>24</sup>.

Existen también otras situaciones que pueden generar dudas respecto a la aplicación del Reglamento 139/2004, son las alianzas estratégicas o acuerdos cooperativos entre empresas, operaciones que normalmente quedan fuera del control de concentraciones, debido a la falta de reestructuración de las empresas que participan en el proceso, pero que si produjeran un cambio estructural de las empresas intervinientes, entrarían dentro del concepto de concentración, señalado en el Reglamento 139/2004.

Por su parte, los grupos de sociedades (holding), suponen un conjunto de sociedades que se vinculan entre sí y se someten a una dirección única llevada a cabo por una de ellas, que se denomina sociedad matriz, respecto de las otras sociedades del grupo (filiales). El principal objetivo del holding es el de participar en el capital y en la dirección de las otras sociedades que forman el grupo económico, a la vez que mantienen éstas su independencia legal, por ejemplo, por razones de carácter tributario.

### 3.2. Criterio Cuantitativo (dimensión comunitaria)

La Comisión determina el carácter comunitario de una concentración, basándose en tres umbrales o segmentos de acuerdo al valor económico de la operación:

a) *Umbral Principal*: Se utiliza para calcular el valor íntegro de la operación, para lo cual se suma el volumen de negocio mundial de todas las empresas que intervienen en la operación. Este volumen de negocios debe ser superior a 5.000 millones.

b) *Umbral de Minimis*: Se utiliza para determinar el grado de vinculación de las empresas participantes en la concentración con el Espacio Económico Europeo (en adelante EEE). Este umbral debe ser superior a □ 250 millones.

c) *Umbral Transnacional*: Sirve para determinar el volumen de negocios de las empresas participantes dentro del Estado donde ejercen habitualmente sus actividades. Este umbral debe ser superior a los dos tercios del volumen de negocios total de las empresas afectadas, lo que determinará que la operación queda fuera de la competencia de la Comisión, y dentro de la competencia de las autoridades del Estado de que se trate.

<sup>24</sup> MARTÍN DE LAS MULAS BAEZA, Reyes (2008). "El Concepto de concentración y la Atribución de Competencias a la luz de la Nueva Ley Nº 15/2007 de Defensa de la Competencia y de la Normativa Comunitaria". En: *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, ORTIZ BLANCO, Luis y MARTÍN DE LAS MULAS BAEZA, Reyes (Edits.), Madrid: Editorial Dykinson, pp. 265-296.

Además de estos umbrales se tienen en cuenta otros adicionales, que permiten determinar la dimensión comunitaria con más detalle, y considerando la realidad económica actual y otorgando mayor seguridad jurídica a las empresas. Estos umbrales se incorporaron como una solución a la dificultad de determinar la dimensión comunitaria de una concentración.

Reglamento 139/2004 artículo 1.3: “...Una concentración que no alcance los umbrales establecidos en el apartado 2 tendrá dimensión comunitaria cuando:

a) El volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de empresas afectadas supere los € 2.500 millones;

b) En al menos 3 Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los € 250 millones en cada uno de dichos Estados miembros;

c) En al menos 3 Estados miembros contemplados a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos 2 de las empresas afectadas supere los € 25 millones en cada uno de dichos Estados miembros, y

d) El volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos 2 de las empresas afectadas supere los € 100 millones,

Salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la comunidad en un mismo Estado miembro”<sup>25</sup>.

En consecuencia, la dimensión comunitaria de una operación de concentración se establece en base al conjunto de operaciones que realizan las empresas afectadas, tanto a nivel mundial, como a nivel comunitario.

El umbral Transnacional tiene la finalidad de determinar la competencia de la Comisión para conocer de esas operaciones, y en caso contrario supondrá la competencia del Estado en el cual las empresas afectadas realicen más de los dos tercios de sus operaciones totales, dando lugar a la remisión del asunto.

*Volumen de negocios que determina la dimensión comunitaria de la concentración*

Umbral	Volumen de negocios a escala mundial	Volumen de negocios a escala comunitaria	Volumen de negocios en Estados miembros (al menos 3)
Principal	€ 5.000 millones	€ 250 millones	€ 100 millones (conjunto de empresas)
<i>De minimis</i>	€ 2.500 millones	€ 100 millones (al menos 2 empresas)	€ 25 millones (al menos 2 empresas)
Transnacional			Alguna de las empresas factura más de 2/3 en un mismo Estado miembro

<sup>25</sup> Reglamento 139/2004, artículo 1.3.

#### 4. ANÁLISIS DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN

En este análisis se estudian diversos aspectos, partiendo por determinar si la operación se encuentra comprendida dentro del concepto de concentración definido en el Reglamento 139/2004, y si tiene dimensión comunitaria, y en caso que se den estas dos situaciones se analiza en su aspecto legal como económico, decidiéndose finalmente si la concentración es compatible o incompatible con el mercado común.

La Comisión toma en consideración un conjunto de factores como: la necesidad de desarrollar y de mantener una competencia efectiva en el mercado común, la estructura de los mercados de referencia, la posición en el mercado de las empresas involucradas, 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 de entrada 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, y la evolución del progreso técnico y económico, siempre que éste vaya en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia<sup>26</sup>.

Por tanto y considerando cada uno de estos criterios, se declararán compatibles con el mercado común las operaciones de concentración que no supongan la creación ni el reforzamiento de una posición de dominio en el mercado común o en una parte sustancial del mismo<sup>27</sup>.

El criterio recogido en el Reglamento 139/2004 tiene como objetivo proteger la estructura del mercado, realizando un control efectivo de todas las concentraciones desde el punto de vista de sus efectos sobre la estructura de la competencia en la Unión, y de esa manera evitar que ésta se vea afectada de manera significativa.

El punto de partida común es la definición del o los mercados relevantes. Así, una vez definidos los mercados, se estudian los efectos que pueden llegar a provocar la concentración en los mismos. Luego se analiza si la operación produce la creación o reforzamiento de una posición dominante que constituya un obstáculo para una competencia efectiva en el mercado, teniendo en cuenta, entre otros factores, el nivel de concentración, las características del mercado y la posibilidad de que se produzca la entrada de nuevos competidores en él.

Para determinar el grado de concentración y posición que ocuparán en el mercado las empresas objeto de la concentración, se analizan en general dos tipos de operaciones: horizontales y verticales.

<sup>26</sup> Reglamento 139/2004, artículo 2 letra b).

<sup>27</sup> CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ (2006), p. 176.

#### 4.1. Operaciones horizontales

Son aquellas en las que se produce un solapamiento en las actividades de las partes que se fusionan con la consecuente pérdida de un competidor, el aumento de la cuota de mercado de la empresa adquirente y el incremento del grado de concentración del mercado de que se trate.

Los efectos derivados de este tipo de operaciones pueden producir el aumento de las cuotas de mercado que ostentan las empresas afectadas, o bien, la complementariedad de las actividades desarrolladas por cada una de las empresas en mercados distintos, que puede consistir en una complementariedad geográfica o en una ampliación de la gama de productos o servicios ofrecidos por las empresas afectadas por la operación.

Este tipo de concentraciones son las más frecuentes y las que, a juicio de la Comisión, suscitan mayores riesgos desde el punto de vista de la competencia. Tales riesgos resultan de dos tipos de efectos anticompetitivos: (i) Efectos no coordinados, que suponen la eliminación de la presión competitiva sobre una o varias empresas que con motivo de la concentración dispondrán de un mayor poder de mercado por sí solas, sin necesidad de recurrir a un comportamiento coordinado, y (ii) Efectos coordinados, que implican un cambio en la naturaleza de la competencia, incrementando la probabilidad de colusión entre las empresas presentes en el mercado afectado por la concentración (conductas comprendidas dentro de las prácticas prohibidas por los artículos 81 y 82 del TCE).

#### 4.2. Operaciones verticales

Los efectos de la integración vertical de varias empresas facilita entre ellas la coordinación de sus actuaciones en el mercado produciendo, por un lado, barreras de entrada y, por otro, contribuyendo a la exclusión de reales o potenciales competidores<sup>28</sup>.

### 5. MERCADO RELEVANTE

La noción de este concepto supone identificar el conjunto de productos (bienes o servicios) que compiten entre sí en la satisfacción de las necesidades de los consumidores, en el conjunto de empresas que pueden ofrecer dichos productos en un plazo relativamente reducido de tiempo, y en el área geográfica en la cual las condiciones de competencia para el suministro de dichos bienes o servicios son suficientemente homogéneas y diferentes de otras áreas geográficas próximas.

<sup>28</sup> NAVARRO VARONA, Edurne y BACHES OPI, Sergio. “El Nuevo Sistema Comunitario de Control de Concentraciones”. *Revista Actualidad Jurídica*, Crónica de Legislación y Jurisprudencia de Competencia, publicación trimestral, del estudio de Abogados Uría Menéndez, Madrid, Nº 8.

Concretamente, el concepto de mercado relevante se utiliza como marco de referencia para cuantificar las cuotas de mercado de la empresa objeto de investigación y de sus competidores que, en ocasiones, son utilizadas como base para establecer presunciones sobre la existencia de una posición de dominio. Por ello, mientras más restrictiva sea la definición del mercado relevante, mayor será la cuota de la empresa y más fuerte la presunción de su posición de dominio.

Para determinar el mercado de productos afectados, se establecen dos criterios, a través de los cuales se delimita:

- a) Un criterio material, y
- b) Un criterio espacial.

El mercado relevante se define, por tanto, en sus dos dimensiones:

- *Mercado de productos*: Es la relación que existe entre los productos y servicios que los consumidores consideran intercambiables y los productos que los sustituyen.

- *Mercado geográfico*: Es la delimitación geográfica del mercado relevante y equivale a determinar el área geográfica en donde se encuentran las fuentes alternativas a las que el consumidor podría acudir si el precio de un producto determinado se incrementara<sup>29</sup>.

Como hemos visto, el mercado relevante combina dos conceptos: el mercado de productos y el mercado geográfico. Mercado de productos relevante comprende todos los productos y/o servicios que el consumidor considera intercambiables o sustituibles debido a sus características, su precio y al uso al que se destinan, y el mercado geográfico relevante que comprende el territorio en el cual las empresas comercializan sus bienes y servicios y en el cual las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas<sup>30</sup>.

La definición del mercado de referencia, tanto en lo relativo a los productos como en su dimensión geográfica, permiten saber cuáles son los operadores (proveedores, clientes, consumidores) que funcionan en ese mercado, sobre esta base es posible calcular, para cada uno de los proveedores, el tamaño total del mercado y las cuotas de mercado que detentan sobre la base del volumen de negocios correspondiente a los productos en cuestión vendidos en el territorio de referencia.

### 5.1. Mercado de productos

Para determinar el grado de sustituibilidad de un producto, la Comisión efectúa un estudio sobre el carácter sustituible de la demanda, es decir, de los consumidores y de los proveedores. En el primer caso, se trata de saber si, a raíz de una pequeña

<sup>29</sup> SONCCO MENDOZA, Percy (2005). "Control de Concentraciones Empresariales, el Derecho en los Mercados". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín*, Perú.

<sup>30</sup> Comunicación de la Comisión, "relativa a la definición de mercado de referencia", D.O. C.E. 372, 9 de diciembre de 1997, 11, artículos 7 y 8.

variación del precio normal de un producto (entre el 5% y 10%), los clientes del producto en cuestión tienen la posibilidad de acceder de manera inmediata y eficaz a un producto similar que lo sustituya, y en el segundo caso, de comprobar si otros proveedores, ante dicha variación de precios, tienen la posibilidad de reorientar de manera inmediata y eficaz su producción y comercialización en el mercado de referencia hacia ese producto.

### 5.1.1. *Sustituibilidad de la demanda*

Tradicionalmente, el elemento que más ha considerado la Comisión para valorar los efectos de una concentración es la sustitución de la demanda. Es la presión competitiva más inmediata que enfrenta una empresa y viene dada por la posibilidad de que, en respuesta a un incremento en los precios de su producto, sus clientes decidan redirigir el consumo de éste hacia otros productos o servicios que consideran sustitutivos de aquél, ya sea por razones técnicas, de precios o, en definitiva, por su capacidad para satisfacer una determinada necesidad de forma equiparable a la del otro producto.

Este elemento consiste en determinar en qué grado es posible sustituir unos productos por otros, tomando en consideración ciertos productos que se comercializan en un territorio determinado, este concepto se instrumentaliza mediante la formulación de una variación hipotética de la relación entre el precio y el producto ofertado en el área que se examina; es decir, mediante la combinación producto/área y el hipotético aumento de los precios se determina el grado de fidelización de los clientes con los productos ofrecidos por una empresa en un territorio determinado, es lo que se denomina *test de precios o test del monopolista hipotético*.

El test parte de un bien, por ejemplo, X, y un área geográfica, A. A continuación, se supone que el suministro del bien X dentro del área geográfica A está controlado por un monopolista (el monopolista hipotético) que decide incrementar de forma permanente los precios entre un 5% y un 10%, seguidamente se evalúa si dicho incremento de precios resulta rentable: (i) si resulta rentable, se puede decir que el monopolista no enfrenta en el mercado de referencia restricciones competitivas que le impidan incrementar los precios, es decir, no existen sustitutivos de demanda u oferta, y por tanto, el bien X y el área geográfica A constituyen un mercado relevante; (ii) por otro lado, si no resulta rentable dicho aumento de precios, esto indicaría que sí existen en ese mercado restricciones competitivas que impedirían al monopolista hipotético incrementar los precios<sup>31</sup>.

La política de competencia se interesa por aquellas situaciones en las que una o varias empresas disfrutan de poder de mercado del que pueden abusar en detri-

<sup>31</sup> JIMÉNEZ LATORRE, Fernando y CAÑIZARES PACHECO, Enrique (2005). "Dificultades para la Definición del Mercado Relevante". En: *Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia*, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 18 de octubre.

mento de clientes, usuarios o consumidores. Típicamente, los economistas han relacionado el poder de mercado con la capacidad para incrementar los precios por encima del nivel competitivo, y el hecho que una empresa disfrute de esa capacidad dependerá de si enfrenta o no presiones competitivas que disciplinen su comportamiento.

### 5.1.2. *Sustituibilidad de la oferta*

El comportamiento de una empresa se puede ver asimismo influenciado por la posibilidad de que, en respuesta a un incremento en el precio de su producto, otras empresas decidan comenzar a competir con ella suministrando uno o varios de esos bienes o servicios que el consumidor considera sustitutivos.

El análisis de este elemento tiene por objeto obtener una imagen del impacto de la concentración sobre las fuentes de suministro existentes antes de que se concluya tal operación, lo cual permite apreciar el poder de mercado de la empresa afectada y su habilidad para elevar los precios o imponer condiciones contrarias a la competencia.

La Comisión estima que las concentraciones realizadas en mercados muy concentrados podrían ser más restrictivas de la competencia que las concentraciones en mercados donde existen gran cantidad de consumidores de un producto.

En consecuencia, la definición del mercado relevante es un instrumento que se utiliza para comprender el contexto en el que se desarrolla la rivalidad competitiva entre las empresas y sirve para realizar una primera aproximación sobre el posible dominio de la empresa objeto de investigación y los efectos de la concentración sobre la competencia<sup>32</sup>.

### 5.2. *Mercado geográfico*

La Comunicación del Consejo Europeo, relativa a la definición del mercado de referencia, a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia<sup>33</sup>, define el mercado geográfico de referencia como “...*la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas*”.

Los elementos que la Comisión considera importantes en la definición de un mercado geográfico pueden clasificarse de la siguiente forma: la realización de

<sup>32</sup> JIMÉNEZ LATORRE y CAÑIZARES PACHECO (2005).

<sup>33</sup> Comunicación de la Comisión, “relativa a la definición de mercado de referencia”, Capítulo 2, apartado 8.

pruebas relativas a determinar las variaciones de precios entre las distintas zonas y las consiguientes reacciones de los consumidores, las características y naturaleza de la demanda y del producto considerado para el estudio, las preferencias de los consumidores (tanto a nivel nacional como comunitario), las preferencias por una determinada marca, la cultura, las costumbres de consumo, el estilo de vida, etc. Tal información se consigue mediante el contacto con los principales clientes y competidores de las partes a fin de conocer sus puntos de vista sobre los límites del mercado geográfico.

La localización geográfica de las compras de los consumidores tiene también mucha importancia, ya que de ésta se deduce la preferencia de los consumidores para comprar a empresas localizadas dentro del Espacio Económico Europeo.

Otro elemento a considerar son las barreras y costos asociados al comercio transfronterizo (transporte y restricciones impuestas por la legislación o la propia naturaleza de los productos). De este elemento se puede deducir si el mercado tiene o no una dimensión nacional, como consecuencia de la existencia de dichas barreras y costos.

Asimismo, el acceso a redes de distribución en una zona determinada, los obstáculos reglamentarios existentes en ciertos sectores comerciales y los derechos de aduana, también pueden ser obstáculos a la hora de comerciar con otros Estados, lo cual determinará la zona geográfica en que dicho comercio se realiza<sup>34</sup>.

## 6. POSICIÓN DE DOMINIO

Uno de los elementos principales, si no el más importante, a tener en cuenta al momento de autorizar una concentración es la posición que ocupan las empresas afectadas en el mercado de referencia, y determinar si a causa de la concentración dicha posición podría verse reforzada o crear una posición de la cual se carecía antes de efectuarse la operación, por ello, al momento de analizar si una concentración puede crear un riesgo elevado de coordinación entre las empresas que intervienen en ese mercado, se valoran las características del mercado y la posibilidad de que se produzca una colusión tácita entre ellas<sup>35</sup>.

Una empresa tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite individualmente determinar de manera eficaz las condiciones del mercado en relación con los precios, las cantidades, las prestaciones complementarias, etc., sin consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio.

La situación anterior puede darse en dos casos: el primero de ellos, se da cuando el sujeto es el único oferente de un determinado producto o servicio en un merca-

<sup>34</sup> Comunicación de la Comisión, “relativa a la definición de mercado de referencia”, apartado 8 y ss.

<sup>35</sup> NAVARRO SUAY, María del Carmen (2005). “Las Conductas Conscientemente Paralelas”. En: *Estudios de Derecho Mercantil*, Navarra: Editorial Thomson Civitas, p. 137.

do determinado; el segundo, se refiere al hecho de no estar expuesta la empresa a competencia sustancial, aun cuando no sea el único oferente en ese mercado.

Si la decisión que toma una empresa respecto de la variación de los precios plantea una reacción en los demás intervinientes del mercado, ya sea por el tamaño de la misma, por su inserción en el mercado, por su organización, por los canales de distribución de que dispone, etc., podría decirse que dicha empresa goza de una posición privilegiada en ese mercado.

Son varios los factores que unidos entre sí determinan que una empresa se encuentre en una posición de dominio respecto de sus competidoras en un mercado determinado. Éstos se clasifican en: factores estructurales y factores de conducta. Estos factores agrupan a los elementos que determinan una situación de dominio, como barreras de entrada al mercado, la composición estructural del mercado, las características de la demanda, la naturaleza de los productos que se comercializan en él, la posibilidad real de que la empresa mantenga un comportamiento independiente de sus competidoras y tenga la posibilidad cierta de aumentar los precios en el sector, etc.<sup>36</sup>.

Respecto a este tema, la Comisión parte del principio que ni la creación ni el refuerzo de una posición de dominio producido como consecuencia de una operación de concentración son por sí solas suficientes para declarar la incompatibilidad de la operación con el mercado común, siempre que dicha posición no produzca el efecto de crear o reforzar una posición de dominio anterior<sup>37</sup>.

El asunto “*Aérospatiale/Alenia/De Havilland*” (M.53 de 2 de octubre de 1991)<sup>38</sup>, sirve para graficar esta situación. Aérospatiale (actualmente European Aeronautic Defence and Space Company EADS) y Alenia Aeronáutica, son empresas que operan en el sector de la industria aeroespacial, y controlan de forma conjunta la agrupación de interés económico denominada Aviones de Transporte Regional (ATR), establecida en 1982 con el fin de idear, diseñar, fabricar y vender aviones de transporte regional. De Havilland, por su parte, es la división canadiense de Boeing, y se dedica a la fabricación de turbohélices de transporte regional.

La operación consistía en la adquisición conjunta por parte de Aérospatiale y Alenia, de los activos de la división De Havilland a la empresa Boeing. El resultado de la operación traería como consecuencia que Aérospatiale y Alenia, que controlan al principal fabricante de aviones de transporte regional (ATR), adquirirían la segunda empresa más importante en ambos mercados (De Havilland).

El mercado de productos afectados por la operación era el de los aviones turbohélice de transporte regional. La Comisión calculó las cuotas de mercado respectivas

<sup>36</sup> *Ibid.*, pp. 217-218.

<sup>37</sup> PELLISÉ CAPEL, Jaume (2002). *La Explotación Abusiva de una Posición Dominante (Arts. 82 TCE y LEDC)*. Madrid: Civitas Ediciones, pp. 222 y ss.

<sup>38</sup> Asunto “*Aérospatiale-Alenia/De Havilland*”, M.53, Comisión Europea de Competencia, 2 de octubre de 1991. Disponible en: <<http://ec.europa.eu/competition>>.

a partir de los pedidos de productos en firme hasta la fecha, incluyéndose también los pedidos realizados pero sin entregar, para cada modelo de avión, método de cálculo que utiliza la Comisión en la industria aeronáutica, porque permite apreciar la competitividad de los fabricantes en función de su potencia industrial.

De este análisis se concluyó que:

- En el segmento del mercado de los aviones de 40-59 plazas, la nueva entidad contaría con un 64% del mercado mundial y un 72% del mercado comunitario.
- En el segmento del mercado de los aviones de 60 o más plazas, la nueva entidad controlaría el 76% del mercado mundial y el 74% del mercado comunitario.
- Por lo que con posterioridad a la fusión la cuota mundial de la nueva empresa se aproximaría al 50% del mercado comunitario y al 65% del mercado mundial.

Así las cosas, la concentración propuesta consolidaría considerablemente la posición de las empresas intervinientes en la operación en el mercado de los aviones de transporte regional debido, en particular, a:

- La gran penetración combinada en el mercado de los aviones de 40-59 plazas y en el transporte regional de pasajeros en general.
- La eliminación de De Havilland como competidor.
- La presencia en toda la gama de aviones de transporte regional de pasajeros.
- Y una considerable ampliación de la clientela.

Posterior a la concentración, los competidores de estas empresas se enfrentarían a la potencia combinada de dos grandes empresas (ATR y De Havilland), considerando además que la nueva entidad tendría todas las ventajas que supone disponer de toda una gama de modelos de avión, lo que le permitiría ofrecer condiciones mucho más favorables a sus clientes, que aquellas que pudieran ofrecer sus competidores individualmente considerados. Además existía el riesgo de que las empresas antes independientes, pudieran concertar sus estrategias de venta. ATR y De Havilland, además, tenían proyectada la creación de una estructura común para la comercialización y servicio de mantenimiento de los aviones, lo que supondría un ahorro de costos para ellas y para sus clientes.

La Comisión consideró que como resultado de la concentración, la entidad ATR/De Havilland tendría una posición de dominio muy superior en los mercados mundiales y europeos de aviones de transporte regional de pasajeros, por una parte, ATR aumentaría su cuota de mercado de un 29% a un 50% a nivel mundial y de un 49% a un 65% en la Comunidad, por lo que había que determinar si la posición dominante de la que gozaría ATR/De Havilland podía suponer un obstáculo para una competencia efectiva en el mercado.

En relación con las barreras de entrada a dicho mercado, se llegó a la conclusión de que debido a los elevados costos de entrada y los grandes riesgos que debían enfrentar los nuevos fabricantes de aviones, cabía suponer que no era probable que

entraran nuevos competidores importantes al mercado, que pudieran contrarrestar los efectos de la operación.

La Comisión, además, consideró que la operación propuesta no fomentaba ni el progreso técnico ni el económico en la Unión Europea, y sumado a esto existía el peligro de que la concentración se convirtiera en un monopolio, que permitiera a ATR/De Havilland incrementar los precios sin temor a la competencia. También se estableció que el aumento del precio de los aviones de transporte regional producía efectos importantes sobre los precios que establecían las compañías aéreas regionales en los billetes de avión, lo cual iría en perjuicio directo de los consumidores finales.

Finalmente, se determinó que la concentración propuesta creaba una posición dominante en los mercados mundiales, la cual no tenía carácter meramente temporal, sino definitivo, de manera que supondría un obstáculo significativo para una competencia efectiva en el EEE y mundial, por lo que se declaró incompatible con el mercado común<sup>39</sup>.

## 7. POSICIÓN DOMINANTE COLECTIVA

Puede darse el caso que la posición de dominio no pertenezca solamente a una empresa, sino que la detenten dos o más empresas competidoras, las cuales coordinan sus políticas comerciales como consecuencia de la operación, o bien antes de producirse ésta.

Con motivo del conocimiento de la concentración de las empresas Airtours y First Choice<sup>40</sup>, en el mercado de los viajes combinados, la Comisión analizó los posibles efectos de la concentración principalmente centrándose en la posibilidad de coordinación entre ellas. Como consecuencia de dicho asunto, y habiéndose recurrido al TPI<sup>41</sup>, éste elaboró a partir de esa sentencia “*la teoría de la posición dominante colectiva*”, sobre la base de cuatro supuestos básicos que podrían dar lugar a la existencia de este fenómeno:

- La transparencia del mercado de referencia, el cual le permita a las empresas coordinadas comprobar si sus competidores siguen o no su misma línea.
- La ausencia de presiones competitivas externas.
- La existencia de incentivos para las empresas que alineen sus políticas comerciales, incentivos que existirán en la medida en que los beneficios económicos

<sup>39</sup> JAIME PASTOR, Vicente y SOLER DOMINGO, Amparo (2000). “Las Operaciones de Concentración Incompatibles con el Mercado Común”. En: *XIV Reunión de ASEPELT*, Anales de Economía Aplicada, Oviedo, 22 y 23 de junio.

<sup>40</sup> Asunto “*Airtours/First Choice*”, M.1524, Comisión Europea de competencia, 22 de septiembre 1999.

<sup>41</sup> Asunto “*Airtours/Comisión*”, asunto T-342/99, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 6 de junio de 2002.

producto de la coordinación sean mayores que los obtenidos sin ella, es decir, actuando cada competidor por separado.

- La existencia de mecanismos de castigo para aquellas empresas que no adhieran a la coordinación.

Una operación de concentración puede constituir un obstáculo para la competencia efectiva, permitiendo que las empresas coordinen sus políticas comerciales, en detrimento de desarrollar su actividad comercial de manera aislada, produciendo efectos perjudiciales para la competencia, práctica que además puede llevarse a cabo de manera tácita sin que para ello exista un acuerdo entre las empresas, evitando violar las conductas descritas en el artículo 81 del TCE<sup>42</sup>.

El primer asunto donde se reconoció formalmente la existencia de este fenómeno en materia de concentraciones, a pesar de haberse puesto de manifiesto en otros casos<sup>43</sup>, fue el asunto “*Airtours/Comisión*” (T.342/99, STPI, de 6 de junio de 2002). *Airtours* y *First Choice* eran operadores turísticos y proveedores de viajes combinados británicos, la operación consistía en la adquisición por parte de *Airtours PLC* de todo el capital de su principal competidor *First Choice PLC*.

El mercado relevante, según la Comisión, era el de paquetes turísticos a destinos cercanos, entendiendo por tales los que están a menos de tres horas de vuelo. Este es un mercado muy concentrado, en que los principales operadores (*Thomson*, *Thomas Cook*, *Airtours* y *First Choice*) absorben el 80% de las ventas. Además, todas son empresas verticalmente integradas, ya que son dueñas además de líneas aéreas y distribuyen directamente al consumidor mediante una red propia de agencias de viajes minoristas. La Comisión estimó que la operación crearía una “posición dominante colectiva” en el mercado, lo que implicaba que en un mercado oligopolístico<sup>44</sup>, como era el de los viajes combinados, los miembros de él pudieran adoptar conductas individuales que redujeran significativamente la competencia, y les permitiera actuar independientemente de los competidores y sus consumidores.

La Comisión estableció que esta posición de dominio conjunta existirá cuando se den las tres circunstancias siguientes:

1. *Que el mercado sea suficientemente transparente de manera que los operadores que se coordinen puedan fácilmente vigilar el mantenimiento de la coordinación,*
2. *Que existan mecanismos disuasorios para impedir desviaciones, y*

<sup>42</sup> WATSON, Nadine (2008). “Evaluación de los Efectos Coordinados en Concentraciones”. En: *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Madrid: Editorial Dykinson, pp. 297-315.

<sup>43</sup> Asunto “*Alcatel/AEG Kabel*”, M.165, Comisión Europea de competencia, 18 de diciembre de 1991; Asunto “*Henkel/Nobel*”, M.186, Comisión Europea de competencia, 23 de marzo de 1992; Asunto “*Thorn EMI/Virgin Music*”, M.202, Comisión Europea de competencia, 27 de abril de 1992; Asunto “*Nestlé/Perrier*”, M.190, Comisión Europea de competencia, 22 de julio de 1992; Asunto “*Gencor/Comisión*”, T-102/96, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 25 de marzo de 1999.

<sup>44</sup> MARTÍNEZ COLL, Juan (2001). “Los Mercados no Competitivos”. En: *Eumed.net*, Fundación Universitaria Andaluza, Málaga. Disponible en: <<http://www.eumed.net/cursecon/manual.htm>>.

3. *Que el comportamiento de los operadores que no participen en la coordinación no sea capaz de obstaculizar los resultados esperados con la coordinación*<sup>45</sup>.

Respecto al primer elemento, se estableció que la transparencia del mercado debía ser suficiente para permitir a todos los miembros del oligopolio dominante conocer de manera suficientemente precisa e inmediata la evolución del comportamiento de cada uno de los demás miembros del mercado, y en relación con el segundo elemento, era necesario que dicha coordinación se mantuviera en el tiempo.

A juicio de la Comisión, el mercado de los viajes combinados a destinos cercanos constituía un mercado oligopolístico, debido a que, al tratarse de un producto homogéneo, los márgenes de utilidad eran reducidos, existía un escaso crecimiento de la demanda, rigidez y transparencia en los precios, y obstáculos de acceso al mercado, entre otros elementos.

Tras la operación la cuota de mercado de los tres primeros operadores habría pasado del 70% al 85%. Además, la desaparición de First Choice como proveedor para operadores de menor tamaño (la línea aérea de First Choice ofrecía pasajes de avión excedentes a terceros) aumentaría aún más el poder de mercado de las grandes empresas. En consecuencia, la desaparición de First Choice como competidor reforzaba los aspectos oligopolísticos del mercado, al eliminarla de los tres niveles de la cadena de producción y distribución (líneas aéreas, tour-operador, agencia de viajes minorista).

Por todo ello, la Comisión declaró que la operación de concentración era incompatible con el mercado común y con el normal funcionamiento del EEE, por considerar que crearía una posición dominante colectiva en el mercado británico de los viajes combinados al extranjero hacia destinos cercanos, resultado de lo cual, la competencia sería obstaculizada de forma significativa en el mercado, señalando además que los compromisos propuestos por Airtours eran insuficientes para evitar que se crease una posición dominante colectiva.

Airtours recurrió de la decisión de la Comisión y el TPI efectuó un nuevo análisis de la operación señalando en concreto que, cuando la Comisión consideraba que debía prohibirse una operación por existir el riesgo de creación de una posición dominante colectiva, recaía sobre ella la carga probatoria de dicha circunstancia, y que en este caso esas pruebas no eran suficientemente contundentes, ya que no había podido demostrar que: (i) existiese transparencia en el mercado; (ii) que fuera posible la aplicación de un mecanismo de penalización a las empresas que actuaran de modo competitivo; (iii) que los competidores pequeños y los consumidores no fueran capaces de reaccionar ante un caso de colusión tácita, y finalmente (iv) que la concentración alteraría de modo significativo la situación competitiva existente de modo previo a la concentración, por lo que el TPI concluyó que la Comisión

<sup>45</sup> BERENQUER FUSTER, Luis (2004). "La Reforma del Reglamento de Concentraciones: Del Libro Verde a la Propuesta de la Comisión". En: *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Vol. V, Madrid: Editorial Dykinson, pp. 352-353.

había cometido varios errores de apreciación respecto a elementos importantes para evaluar la posible creación de una posición dominante colectiva, recordando además, que dichos elementos habían sido determinantes para declarar la incompatibilidad de la operación, anulando así la decisión de la Comisión y autorizando la operación de concentración<sup>46</sup>.

Un caso relacionado con el anterior, fue el asunto “*MyTravel/Comisión*” (T-212/03, STPI, de 9 de septiembre de 2008). MyTravel Group PLC, es la sucesora de la antigua Airtours, quien acudió de nuevo al TPI para reclamar una indemnización de perjuicios por los daños producidos con motivo de la decisión anulada a través de la sentencia del TPI de 6 de junio del año 2002, la cual autorizó la concentración entre Airtours y First Choice. El TPI señaló a este respecto, que el hecho de que una decisión contuviera graves y manifiestos errores de apreciación no significaba que automáticamente la Comisión incurriera en responsabilidad patrimonial, ni que debiera indemnizar a las empresas afectadas. El TPI recordó que la jurisprudencia comunitaria había establecido anteriormente<sup>47</sup>, que para poder exigir responsabilidad extracontractual a una institución comunitaria, era necesario que aquélla realizara una conducta ilícita, que produjera un daño y que existiera una relación de causalidad entre ambos hechos. El TPI se limitó a analizar el primer requisito sobre la conducta ilícita, del que derivaban a su vez dos condiciones, a saber: que la infracción del Derecho de la Unión fuera suficientemente grave, y que la norma violada confiriera derechos a los particulares afectados por ella.

MyTravel alegó respecto a este último requisito que el Reglamento 4064/1989, vigente en ese momento, le confería, en tanto empresa afectada, el derecho a obtener la autorización a adquirir First Choice.

En cuanto a la entidad de la infracción cometida por la institución, el TPI consideró que si bien *a priori* puede existir responsabilidad de la Comisión en estos casos, dicha responsabilidad no se extiende a cualquier infracción o error de valoración, incluso si se trata de errores de cierta gravedad, dichos errores pueden en ocasiones ser compatibles con la actuación ordinaria de la institución responsable de la aplicación de las normas de competencia que es, además, compleja, delicada y sujeta a un grado de discrecionalidad considerable. El TPI reconoció que si se considerase que la mera anulación de la decisión de la Comisión diera lugar al derecho a indemnizar, se comprometería la capacidad de aquélla para actuar como regulador de la competencia. A pesar de ello, consideró que en este asunto la Comisión no había demostrado que existían suficientes elementos de disuasión que hacían inviable que los miembros del oligopolio pudieran incumplir una política tácita común y tampoco había valorado en su justa medida la capacidad de los competidores y compradores para contrarrestar la fuerza de los miembros del oligopolio.

<sup>46</sup> MENOR, Javier (2007). Artículo publicado en la Revista *Antitrust Newsletter*, Estudio Garrigues, Madrid, Nº 9.

<sup>47</sup> Asunto “*Bergaderm y Goupil / Comisión*”, C-352/98, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 4 de julio de 2000.

Por ello, se analizaron los defectos en que incurrió la Comisión y que determinaron la anulación de la decisión, considerando que para que estos defectos dieran lugar a responsabilidad patrimonial, se requería que el error de valoración fuera de tal entidad que la Comisión no pudiera explicar los motivos por los que pudo razonablemente llegar al convencimiento de que su valoración estaba bien fundada, concluyendo finalmente que a pesar de las deficiencias de la decisión que determinaron la anulación de su decisión, ésta había realizado un minucioso razonamiento, examinando con detalle toda la información con que contaba en ese momento, sin que le fuera imputable una actuación ilícita que diera lugar a responsabilidad extracontractual y, en consecuencia, carente de fundamento de indemnización<sup>48</sup>.

## 8. PROCEDIMIENTO

### 8.1. Primera Fase

#### 8.1.1. Notificación de la operación

Establece el Reglamento 139/2004, que “...deben notificarse a la Comisión las operaciones concentrativas, (i) antes de su ejecución e inmediatamente después de concluido el acuerdo, (ii) después de anunciarse la oferta pública de adquisición, (iii) o después de haberse adquirido una participación de control, según corresponda.

*También es posible la notificación, cuando las empresas afectadas demuestren a la Comisión su intención de buena fe de concluir un acuerdo, o, en el caso de una oferta pública de adquisición, cuando hayan anunciado públicamente su intención de presentar la oferta, siempre que el acuerdo o la oferta previstos den lugar a una concentración de dimensión comunitaria.*

*Si no existe ninguna circunstancia de las anteriormente previstas, el procedimiento sobre control de las operaciones de concentración, se inicia con la notificación de la operación, a través de un formulario establecido al efecto*<sup>49</sup>.

Las partes que deben notificar son:

- Tratándose de una fusión o de la adquisición del control conjunto de una empresa, conjuntamente las empresas intervinientes en la fusión o las empresas que adquieren el control conjunto, según corresponda<sup>50</sup>.
- En el caso de adquisición de una empresa, es la empresa adquirente quien debe realizar la notificación<sup>51</sup>.
- Tratándose de una oferta pública de adquisición de una empresa (OPA), es la empresa que realiza la oferta quien debe realizar la notificación<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> MENOR (2007).

<sup>49</sup> Reglamento 139/2004, artículo 4.1.

<sup>50</sup> Reglamento 139/2004, artículo 4.2.

<sup>51</sup> Reglamento 139/2004, artículo 4.2.

<sup>52</sup> Reglamento 139/2004, artículo 4.2.

El formulario de notificación debe contener información relativa a las empresas afectadas con la operación, a la naturaleza de operación en sí misma y a sus motivaciones, así como información de los mercados a los cuales afectará, respecto a ellos, las partes deben señalar, además, en qué otros mercados podrían tener la operación un impacto significativo. Respecto a la operación en sí misma, debe señalarse una descripción de la estructura económica y financiera de la concentración, la fecha prevista o propuesta de los actos conducentes a su perfeccionamiento, la estructura de propiedad o de control propuesta posterior a la realización de la concentración, los apoyos financieros recibidos por alguna de las partes, la naturaleza y cuantía de dicho apoyos, y el valor de la operación.

Respecto de las empresas afectadas, el volumen de negocios mundial, el volumen de negocios en la UE, el volumen de negocios en la AELC<sup>53</sup>, una lista con todas las empresas que pertenezcan al mismo grupo, una relación de cualesquiera otras empresas que operen en los mercados afectados, una descripción de los canales de distribución y las redes de prestación de servicios existentes en los mercados afectados, las preferencias de los clientes, el grado de sustituibilidad de los productos ofrecidos por las partes, las barreras legales de acceso al mercado, otro tipo de restricciones derivadas de la existencia de patentes, conocimientos técnicos (*know-how*), u otros derechos de propiedad intelectual o industrial existentes en el mercado, y la posición de cada una de las partes en el contexto mundial.

Inmediatamente de recibida la notificación de la operación, la Comisión realiza un análisis respecto a la operación de concentración notificada, dentro del cual tendrá que determinar cuestiones de carácter jurídico-económico. Principalmente, si la operación entra en el ámbito de aplicación del Reglamento 139/2004<sup>54</sup>, si ésta alcanza dimensión comunitaria<sup>55</sup>, si se trata de una concentración en el sentido en que las define el Reglamento 139/2004<sup>56</sup>, y sobre todo, si constituye o puede llegar a constituir un riesgo para la competencia, mediante la creación o reforzamiento de una posición de dominio en el mercado de que se trate. La Comisión cuenta para realizar este análisis con un plazo máximo de 25 días laborables, ampliable a 35 días laborables si algún Estado miembro realiza alguna solicitud dentro del procedimiento o bien, si las empresas afectadas proponen algún tipo de compromisos en el acto de la notificación.

La notificación empieza a producir efectos desde la fecha en que la Comisión recibe la información completa de la operación<sup>57</sup>. Una vez que la operación es notificada en la forma y en la oportunidad señaladas, la Comisión procede a su publica-

<sup>53</sup> Asociación Europea de Libre Comercio, creada el 4 de enero de 1960, por la Convención de Estocolmo, actualmente pertenecen a ella, Islandia, Noruega, Suiza y Liechtenstein.

<sup>54</sup> Reglamento 139/2004, artículo 1.

<sup>55</sup> Reglamento 139/2004, artículo 1.

<sup>56</sup> Reglamento 139/2004, artículo 3.

<sup>57</sup> Reglamento 802/2004, artículos 5.1 y 5.2.

ción, lo cual permite a los terceros que puedan tener algún interés en ella formular observaciones, Esta etapa termina mediante la dictación de un pronunciamiento de la Comisión en el cual manifiesta su decisión respecto de la operación, pronunciamiento que tiene un carácter eminentemente provisorio, y que puede resolver de distintas maneras:

*Primero:* Puede considerar que el Reglamento 139/2004 no es aplicable a la operación analizada, lo que sucederá tratándose de operaciones que no revisten el carácter de concentración a los efectos del artículo 3 del Reglamento 139/2004, o bien, tratándose de una operación de concentración, ésta no tiene dimensión comunitaria<sup>58</sup>.

*Segundo:* Puede estimar que la concentración notificada no plantea riesgos en cuanto a su compatibilidad con el mercado común<sup>59</sup>.

*Tercero:* Si por el contrario observa que el Reglamento 139/2004 es aplicable y la operación le merece serias dudas respecto a su compatibilidad con el mercado común, inicia un procedimiento de investigación, dando lugar a la segunda fase del procedimiento<sup>60</sup>.

Se ha dicho que esta decisión es provisorio porque tratándose del primero y segundo de los supuestos, esa decisión puede cambiar, ya que aun habiendo la Comisión autorizado la operación, puede revocar su decisión si las empresas afectadas hubieran entregado información incompleta o errónea, induciendo con ello a error en la decisión, y cuando la Comisión hubiera autorizado la operación bajo ciertas condiciones o compromisos, los cuales hubieran sido incumplidos por las partes<sup>61</sup>.

### 8.1.2. Remisión del asunto a un Estado Miembro

La Comisión, asimismo, puede ordenar la remisión del asunto a un Estado miembro, por tratarse de una operación concentrativa que afecta a un mercado definido, el cual no posee carácter comunitario, sino local<sup>62</sup>. Es lo que se conoce con el nombre de cláusula alemana, por ser las autoridades de este país quienes la pusieron en práctica por primera vez, considerando la conveniencia de tramitar a través de su propia legislación las operaciones de concentración que constituían un riesgo para la competencia dentro de su territorio.

En este supuesto, el Estado que solicita la remisión de un determinado asunto, debe demostrar que la operación tiene el efecto de crear o reforzar una posición de

<sup>58</sup> Reglamento 139/2004, artículo 6.1 letra a).

<sup>59</sup> Reglamento 139/2004, artículo 6.1 letra b).

<sup>60</sup> Reglamento 139/2004, artículo 6.1 letra c).

<sup>61</sup> Reglamento 139/2004, artículo 6.3.

<sup>62</sup> Reglamento 139/2004, artículos 9.1 y 9.2 letras a) y b).

dominio en su territorio, y que el mercado de referencia respecto al cual se evalúa la operación, es un mercado definido<sup>63</sup>.

Por mercado definido se entiende aquel territorio en el que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas, teniendo en cuenta la naturaleza y características de los productos y/o servicios de que se trate, las barreras de entrada a dicho mercado y las preferencias de los consumidores<sup>64</sup>.

## 8.2. Segunda Fase

La segunda fase del procedimiento se inicia habiéndose dictado por parte de la Comisión la decisión provisoria, según sea el caso, ya que sólo se dará lugar a la etapa de investigación, cuando la Comisión tenga dudas respecto a su compatibilidad con el mercado común. Siendo así, la Comisión dispone de un plazo de 90 días laborables, para realizar una investigación más a fondo a acerca de los elementos determinantes para autorizar o prohibir la operación. Este plazo puede ampliarse a 105 días laborables, cuando las empresas afectadas hayan formulado compromisos con el objetivo de que la operación sea autorizada.

Esa etapa también llamada de investigación o principal, termina mediante la dictación de un pronunciamiento definitivo por parte de la Comisión, el cual puede contener a su vez diversas decisiones, a saber: autorización con condiciones, incompatibilidad de la operación.

### 8.2.1. Autorización con condiciones

Esta decisión puede ir en algunos casos acompañada además de una decisión de desconcentración, si las partes ya hubieren procedido a realizar la operación concentrativa<sup>65</sup>, además de la imposición de cuantiosas multas<sup>66</sup>.

Otro caso destacable fue el asunto *Iberia/Vueling/Clickair* (M.5364, 9 de enero de 2009).

Iberia Líneas Aéreas de España S.A. es una compañía de transporte aéreo, dedicada al transporte aéreo de pasajeros y mercancías, el mantenimiento de aviones y la asistencia en aeropuertos (*handling*). Vueling Airlines S.A. es una compañía

<sup>63</sup>MANGAS LACALLE, Natalia (2002). “La repatriación de las Operaciones de Concentración de Dimensión Comunitaria”. En: *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, ORTIZ BLANCO, Luis y PASCUAL SEQUEROS, Adriana (Edits.), Vol. III, Madrid: Editorial Dykinson, pp. 339-364.

<sup>64</sup>BRIONES ALONSO, Juan; FOLGUERA CRESPO, Jaime; FONT GALARZA, Andrés y NAVARRO VARONA, Edurne (1999). *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*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, p. 324.

<sup>65</sup>Reglamento 139/2004, artículo 8.4 letra b). Asunto “*Kesko/Tuko*”, M.784, Comisión Europea de competencia, 19 de febrero de 1997. Asunto “*Cementbouw/Comisión*”, T-282/02, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 14 de julio de 2006.

<sup>66</sup>Reglamento 139/2004, artículo 14.2 letra b).

aérea de bajo coste, su principal actividad es el transporte aéreo regular de pasajeros, operando vuelos regulares de corta y media distancia entre las principales ciudades españolas y varios destinos de Europa.

Clickair S.A. era una compañía aérea de bajo coste que ofrecía servicios de transporte aéreo regular de pasajeros de corto y medio radio.

La operación consistía en la adquisición, por parte de Iberia, del control exclusivo de Vueling y Clickair, mediante el intercambio y adquisición de acciones.

En julio de 2008, Vueling, Clickair, Inversiones Hemisferio S.L., Iberia y Nefinsa S.A. (todas accionistas de Vueling y Clickair), habían celebrado un contrato marco de integración de Clickair y Vueling. En dicho contrato se acordó que la integración de ambas compañías sería realizada a través de una fusión por absorción de Clickair por Vueling, con extinción de la primera y la transmisión en bloque de todo su patrimonio social a Vueling. Una vez ejecutado dicho contrato, Iberia adquiriría el control sobre la entidad resultante de la fusión entre Clickair y Vueling.

El principal mercado afectado por la operación era el mercado del transporte aéreo regular de pasajeros, por lo que la Comisión adoptó el mismo sistema que había utilizado en otros asuntos relativos a este mercado, el enfoque punto de origen/punto de destino (enfoque O & D), considerando que cada una de las rutas afectadas por la operación constituía un mercado de producto y geográfico distinto desde el punto de vista de la demanda. La Comisión identificó 19 rutas en las que el solapamiento de las actividades de las partes llevaría a serios problemas de competencia, ya que se llegaría a cuotas combinadas de hasta el 100% en algunos casos.

Sobre la base de los referidos elementos de análisis, la Comisión consideró que la operación planteaba serias dudas respecto a la competencia en dicho mercado, por lo que condicionó la operación a la adquisición de compromisos por parte de Iberia, en relación con las rutas más afectadas por la operación, las cuales consistieron en poner a disposición de los competidores determinadas franjas horarias o “*slots*” (es decir, derechos de aterrizaje y despegue en los aeropuertos en horas determinadas) en el horario en que les fueran solicitadas en rutas europeas y nacionales para las compañías que no fueran miembros de la alianza OneWorld, de la cual es parte Iberia, que fueran independientes, que buscaran incrementar o iniciar servicios regulares de transporte en esas rutas y que necesitaran de esos “*slots*” para operar; y por otro lado, ofrecer a los competidores la posibilidad de participar en el programa de pasajeros frecuentes de Iberia (Iberia Plus) en las rutas en cuestión. En base a los mencionados compromisos, la Comisión Europea concluyó que la operación no obstaculizaba de forma significativa la competencia en el mercado y acordó autorizarla<sup>67</sup>.

<sup>67</sup> REVERTER, Mercè; TORRELLES, Joan y MARTÍNEZ, Yolanda (2009). “Potenciales Efectos de la Fusión Clickair/Vueling en el territorio de Cataluña”. *Antitrust Newsletter*, N° 16, mayo; Dirección General de

### 8.2.2. *Incompatibilidad de la operación*

Si la Comisión determina que la operación notificada se encuentra recogida dentro de lo que señala el artículo 2.3 del Reglamento 139/2004, es decir, que de autorizarse, podría obstaculizar de forma significativa la competencia en el mercado común, como consecuencia de la creación o reforzamiento de una posición de dominio, o se opone a lo establecido en el artículo 81.3 del Tratado Constitutivo de la UE, es decir, que la operación tenga por objeto o suponga un riesgo de creación entre las empresas afectadas, de categorías de acuerdos, asociaciones o prácticas que se opongan al mantenimiento de la libre competencia en el mercado común, las declarará incompatibles y en consecuencia prohibidas<sup>68</sup>.

### 8.3. *Recursos*

Contra la decisión de la Comisión cabe interponer algunos recursos por las empresas o terceros que sientan que sus intereses han sido vulnerados con la decisión adoptada, estos recursos pueden ser de tres tipos y con finalidades muy diferentes, a saber: recurso de nulidad, recurso de plena jurisdicción y recurso por omisión.

#### 8.3.1. *Recurso de nulidad*

Este recurso tiene por objeto recurrir al Tribunal de Primera Instancia (TPI) o al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJCE), de las decisiones de la Comisión en aplicación del Reglamento 139/2004. A partir del año 2002 se le otorgó competencia al TPI para conocer no sólo de las cuestiones procedimentales, sino también de los análisis económicos realizados por la Comisión en el conocimiento de una operación de concentración, surgiendo algunas decisiones emblemáticas del Tribunal, por oponerse sustancialmente a las decisiones de la Comisión<sup>69</sup>.

#### 8.3.2. *Recurso de plena jurisdicción*

Este recurso tiene por objeto recurrir contra una decisión de la Comisión por la cual se impongan multas. En la práctica se interpone conjuntamente con el recurso de nulidad.

---

Defensa de la Competencia, informe elaborado en el mes de noviembre de 2008, Generalitat de Catalunya, Departament d'Economia i Finances, Direcció General de Defensa, de la Competència, Àrea d'Estudis i Anàlisis del Mercat.

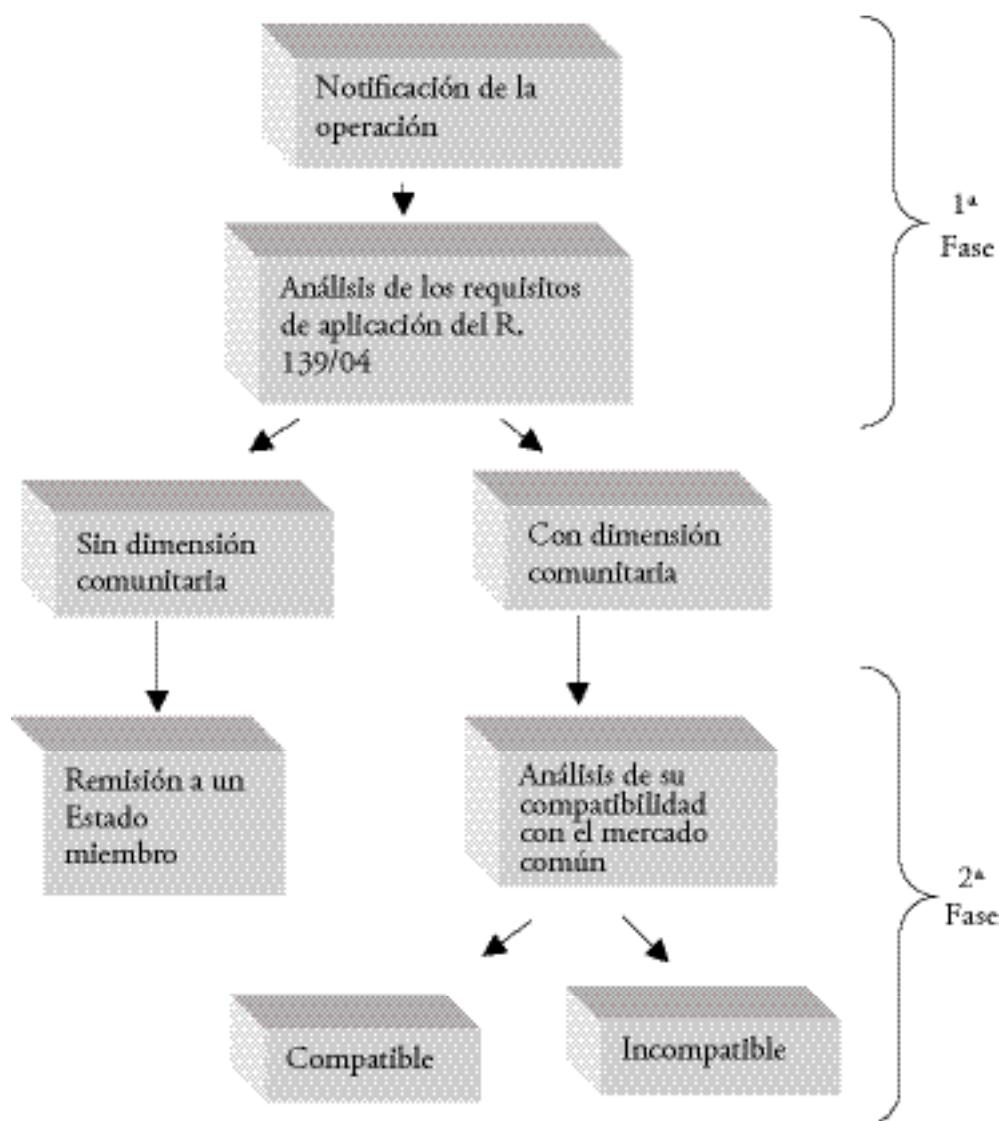
<sup>68</sup> Asunto “*Tetra Laval/Sidel*”, M. 2416, Comisión Europea de competencia, 30 de octubre de 2001.

<sup>69</sup> Asunto “*Airtours /Comisión*”, T- 342/99, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 6 de junio de 2002; Asunto “*Schneider /Comisión*”, T-310/01, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2 de octubre de 2002; Asunto “*Tetra Laval BV/Comisión*”, C-333/94, Tribunal de Primera Instancia, 25 de octubre de 2002; Asunto “*Largardère SCA y Canal + S.A./Comisión*”, T-251/00, Tribunal de Primera Instancia, 20 de noviembre de 2002.

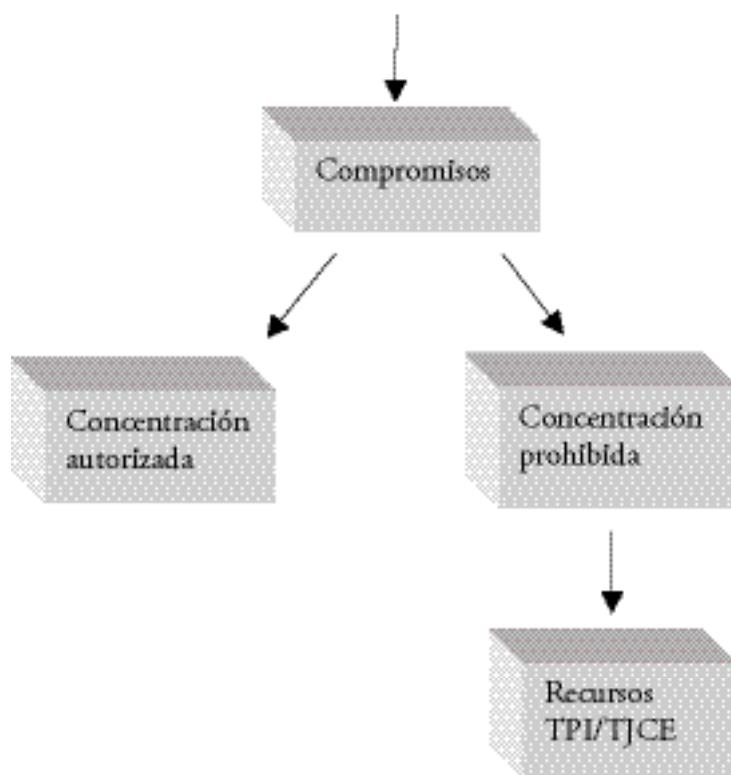
### 8.3.3. Recurso por omisión

Tiene por objeto solicitar el pronunciamiento de la Comisión respecto de la operación de concentración. En la práctica, este recurso no se utiliza, ya que como señala el artículo 10.6 del Reglamento 139/2004, si hubieren transcurrido los plazos que le concede el Reglamento 139/2004 a la Comisión para resolver acerca de la compatibilidad o incompatibilidad de la operación, sin que la Comisión se hubiere pronunciado respecto de ella, ésta se considerará compatible con el mercado y en consecuencia autorizada<sup>70</sup>.

*Cuadro del Procedimiento en materia de Concentraciones*



<sup>70</sup> Reglamento 139/2004, artículo 10.6.



### CONCLUSIONES

Luego del desarrollo de este trabajo investigativo he podido concluir que existen aspectos que merecen un planteamiento de parte de las personas ligadas a este tema, y que estimo conveniente tratar en este punto, a modo de conclusiones finales.

1. En relación con el nuevo sistema o criterio de evaluación de las operaciones de concentración introducido por el Reglamento 139/2004, estimo que ha sido un acierto dicha modificación, porque se han combinado los conceptos básicos de ambos criterios, el *de la disminución de la competencia*, con el *de la dominancia*, sin prescindir de la ventajas de uno y otro. Sería conveniente, además, ir observando el desarrollo que ha tenido y que tendrá en las futuras operaciones de concentración la modificación de este criterio, para fortalecer aún más el establecido en el Reglamento 139/2004 y la jurisprudencia en ese sentido, tanto del TPI como del TJCE.

2. Sería conveniente que, al igual que en el anterior reglamento que regulaba estas materias, al cual al cabo de 10 años de evaluación se lo sometió a un análisis a fondo, a través del llamado Libro Verde, al cumplirse dicho período, se evaluara también el Reglamento actual, sobre la base de su eficiencia para evitar los efectos perjudiciales para la competencia por parte de las operaciones de concentración, tanto dentro del mercado común como del Espacio Económico Europeo. Ello

traería aparejado una mejora en la evaluación de las operaciones de concentración, lo cual redundaría en beneficio tanto de consumidores como de empresarios.

3. Estimo que los efectos que pueden ser causados sobre la competencia, deben ser analizados y estudiados con mayor profundidad, específicamente los llamados *efectos no coordinados* de las empresas, sus causas y sus efectos, y preguntarse ¿cuál es la función del Reglamento 139/2004 para evitar dichos efectos en materia de concentraciones?

4. Otro aspecto destacable, es el reconocimiento por parte de las autoridades de la Unión Europea de la existencia de responsabilidad extracontractual de la Comisión en el conocimiento de este tipo de operaciones, como ocurre en otros ámbitos del Derecho Comunitario, y que supondrá a partir de dicho reconocimiento una revisión más exhaustiva de ellas.

5. Asimismo, y conforme avanza la evolución del Derecho y encontrándonos inmersos en una situación de crisis económica mundial, considero que este tipo de operaciones se harán aún más frecuentes, por lo cual todo aquello que pueda hacerse por mejorar las herramientas de que se dispone en la evaluación de estas operaciones, es bienvenido.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BENEYTO PÉREZ, José María y MAÍLLO GONZÁLEZ, Jerónimo (2005). *Tratado de Derecho de la Competencia*. Barcelona: Editorial Bosch.
- BENEYTO PÉREZ, José María; MAÍLLO GONZÁLEZ, Jerónimo y ESPER, Mariano (2009). *La Nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y Comentarios*. Barcelona: Editorial Bosch.
- BERENQUER FUSTER, Luis (2004). “La Reforma del Reglamento de Concentraciones: Del Libro Verde a la Propuesta de la Comisión”. En: *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Vol. V, Madrid: Editorial Dykinson.
- BRIONES ALONSO, Juan; FOLGUERA CRESPO, Jaime; FONT GALARZA, Andrés y NAVARRO VARONA, Edurne (1999). *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)*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas.
- CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2006). *Las Concentraciones de Empresas*. Madrid: Editorial Colex.
- FERNÁNDEZ PABLO, BONET, Alfredo (1999). “Fusiones, Adquisiciones y Control de las Empresas”. *Revista Arbor*, Revista del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, Nº 523-524, julio/agosto.
- GARCÍA PÉREZ, Mercedes (2002). “Dominancia v/s Disminución Sustancial de la Competencia, ¿cuál es el criterio más apropiado?”. *II Seminario de Expertos*. Centro de Política de la Competencia, del Centro de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU, Madrid, Nº 3.
- GENERALITAT DE CATALUNYA, Departament d’Economia i Finances, Direcció General de Defensa, de la Competència, Àrea d’Estudis i Anàlisi del Mercat (2008). *Potenciales Efectos de la Fusión Clickair/Vueling en el territorio de Cataluña*. Informe elaborado por la extinta Dirección General de Defensa de la Competencia, Barcelona.
- HENDRIK RÖLLER, Lars y DE LA MANO, Miguel (2006). *The Impact of the New Substantive Test in European Merger Control*. European Commission (DG Competition), Bruselas.
- JAIME PASTOR, Vicente y SOLER DOMINGO, Amparo (2000). “Las Operaciones de Concentración Incompatibles con el Mercado Común”. En: *XIV Reunión de ASEPELT*, Anales de Economía Aplicada, Oviedo, 22 y 23 de junio.
- JIMÉNEZ LATORRE, Fernando y CAÑIZARES PACHECO, Enrique (2005). “Dificultades para la Definición del Mercado Relevante”. En: *Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia*, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 18 de octubre.
- MAIER-RIGAUD, Frank y PARPLIES, Kay (2009). *EU Merger Control Five Years After The Introduction Of The SIEC Test: What Explains The Drop In Enforcement Activity?* European Competition Law Review (ECLR), Vol. 30, Nº 11.

- MANGAS LACALLE, Natalia (2002). “La repatriación de las Operaciones de Concentración de Dimensión Comunitaria”. En: *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, ORTIZ BLANCO, Luis y PASCUAL SEQUEROS, Adriana (Edits.), Vol. III, Madrid: Editorial Dykinson.
- MARTÍN DE LAS MULAS BAEZA, Reyes (2008). “El Concepto de concentración y la Atribución de Competencias a la luz de la Nueva Ley N° 15/2007 de Defensa de la Competencia y de la Normativa Comunitaria”. En: *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, ORTIZ BLANCO, Luis y MARTÍN DE LAS MULAS BAEZA, Reyes (Edits.), Madrid: Editorial Dykinson.
- MARTÍNEZ COLL, Juan (2001). “Los Mercados no Competitivos”. En: *Eumed.net*, Fundación Universitaria Andaluza, Málaga. Disponible en: <<http://www.eumed.net/cursecon/manual.htm>>.
- NAVARRO SUAY, María del Carmen (2005). “Las Conductas Conscientemente Paralelas”. En: *Estudios de Derecho Mercantil*, Navarra: Editorial Thomson Civitas.
- NAVARRO VARONA, Edurne y BACHES OPI, Sergio. “El Nuevo Sistema Comunitario de Control de Concentraciones”. *Revista Actualidad Jurídica*, Crónica de Legislación y Jurisprudencia de Competencia, publicación trimestral, del estudio de Abogados Uría Menéndez, Madrid, N° 8.
- PELLISÉ CAPEL, Jaume (2002). *La Explotación Abusiva de una Posición Dominante (Arts. 82 TCE y LEDC)*. Madrid: Civitas Ediciones.
- PRIETO KESSLER, Eduardo (2005). “La Política de Defensa de la Competencia”. *Revista El Modelo Económico de la UE*, publicación bimestral de ICE (Información Comercial Española), del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, N° 820, enero/febrero.
- REVERTER, Mercè; TORRELLES, Joan y MARTÍNEZ, Yolanda (2009). “Potenciales Efectos de la Fusión Clickair/Vueling en el territorio de Cataluña”. *Antitrust Newsletter*, N° 16, mayo.
- SONCCO MENDOZA, Percy (2005). “Control de Concentraciones Empresariales, el Derecho en los Mercados”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín*, Perú.
- OCDE, “Policy Roundtables” (2009). *Standard for Merger Review*. Competition Law & Policy Organization for Economic Cooperation and Development (OCDE).
- WATSON, Nadine (2008). “Evaluación de los Efectos Coordinados en Concentraciones”. En: *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Madrid: Editorial Dykinson.

## NORMAS CITADAS

Libro Verde del Consejo de Bruselas, sobre revisión del Reglamento 4064/89, de D.O.C.E., 11 de diciembre de 2001.

- Reglamento Nº 4064/89 del Consejo Europeo, 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, D.O.C.E. L. 395/1, 21 de diciembre de 1989.
- Reglamento Nº 1310/97 del Consejo Europeo, 30 de junio de 1997, por el que se modifica el Reglamento Nº 4064/89, sobre el Control de las Operaciones de Concentración entre Empresas, D.O.C.E., 9 de julio de 1997.
- Reglamento Nº 139/2004 del Consejo Europeo, 29 de enero de 2004, sobre el Control de las Operaciones de Concentración entre Empresas, D.O.C.E. L., 29 de enero de 2004.
- Reglamento Nº 802/2004”, 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento Nº 139/2004, del Consejo, sobre el Control de las Concentraciones entre Empresas, D.O. C.E. L. 133, 30 de abril de 2004.
- Reglamento Nº 1033/2008 de la Comisión”, 20 de octubre de 2008, que modifica el Reglamento Nº 802/2004, por el que se aplica el Reglamento Nº 139/2004 del Consejo, sobre el Control de las Concentraciones entre Empresas, D.O. C.E. L. 279, 22 de octubre de 2008.
- Versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Unión Europea y del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, D.O.C. 83, 30 de marzo de 2010.

#### JURISPRUDENCIA CITADA

- Asunto “Aérospatiale-Alenia/De Havilland”, M.53, Comisión Europea de Competencia, 2 de octubre de 1991.
- Asunto “Alcatel/AEG Kabel”, M.165, Comisión Europea de competencia, 18 de diciembre de 1991.
- Asunto “Henkel/Nobel”, M.186, Comisión Europea de competencia, 23 de marzo de 1992.
- Asunto “Thorn EMI/Virgin Music”, M.202, Comisión Europea de competencia, 27 de abril de 1992.
- Asunto “Nestlé/Perrier”, M.190, Comisión Europea de competencia, 22 de julio de 1992.
- Asunto “Kesko/Tuko”, M.784, Comisión Europea de competencia, 19 de febrero de 1997.
- Asunto “Gencor/Comisión”, T-102/96, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 25 de marzo de 1999.
- Asunto “Airtours/First Choice”, M.1524, Comisión Europea de competencia, 22 de septiembre 1999.
- Asunto “Bergaderm y Goupil/Comisión”, C-352/98, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 4 de julio de 2000.
- Asunto “Airtours/Comisión”, T- 342/99, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 6 de junio de 2002.

- Asunto “Schneider/Comisión”, T-310/01, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 2 de octubre de 2002.
- Asunto “Treta Laval BV/Comisión”, C-333/94, Tribunal de Primera Instancia, 25 de octubre de 2002.
- Asunto “Largardère SCA y Canal + S.A./Comisión”, T-251/00, Tribunal de Primera Instancia, 20 de noviembre de 2002.
- Asunto “Cementbouw/Comisión”, T-282/02, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 14 de julio de 2006.
- Comunicación de la Comisión, “relativa a la definición de mercado de referencia”, D.O. C.E. 372, 9 de diciembre de 1997.
- Comunicación de la Comisión, “sobre el concepto de concentración”, D.O. C.E. 66, 2 de marzo de 1998.
- Comunicación de la Comisión, “sobre el concepto de empresas afectadas”, D.O. C.E. 66, 2 de marzo de 1998.
- Comunicación de la Comisión, “relativa al cálculo del volumen de negocios”, D.O. C.E. 66, 2 de marzo de 1998.
- Comunicación de la Comisión, “sobre las soluciones aceptables en materia de concentraciones”, D.O. C.E. 66, 2 de marzo de 1998.
- Comunicación de la Comisión, “sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia”, D.O. C.E. 95, 16 de abril 2008.
- Comunicación de la Comisión, “sobre las restricciones directamente relacionadas y necesarias para las operaciones de concentración”, D.O. C.E. 188, 4 de julio de 2001.
- Comunicación de la Comisión, “sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas operaciones de concentración”, D.O. C.E. 56, de abril de 2005.

#### ABREVIATURAS

- TPI: Tribunal de Primera Instancia.
- STPI: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia.
- Comisión: Comisión Europea de Competencia.
- TJCE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (antes de las comunidades europeas).
- STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (antes de las comunidades europeas).