

LA REVISIÓN JUDICIAL EN MATERIA DE CONCENTRACIONES Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO*

Nadia CALVIÑO¹

Directora General Adjunta de
concentraciones de la Comisión Europea

1. INTRODUCCIÓN

El modelo comunitario de control de concentraciones se basa en una decisión administrativa de la Comisión Europea, sujeta a revisión jurisdiccional por parte de los Tribunales comunitarios. Dada la complejidad del análisis y los reducidos plazos de decisión, la Comisión ha de disponer de un amplio margen para valorar los efectos económicos de las concentraciones. Así, la revisión judicial es completa por lo que se refiere a los hechos y a los elementos de Derecho, pero está limitada para la revisión de las apreciaciones de la Comisión sobre las cuestiones económicas complejas. En este último terreno, el TPI únicamente anulará una decisión de la Comisión si ésta ha incurrido en un «error manifiesto» de apreciación.

Existe un amplio consenso con respecto a las anteriores afirmaciones, que sintetizan los principios recogidos en la normativa aplicable y desarrollados por la jurisprudencia. Con ellas se conforma un modelo

* Las opiniones expresadas en el presente papel son únicamente de la autora y no reflejan necesariamente la posición formal de la Comisión Europea.

¹ Este papel ha sido preparado con la colaboración de Sofia ALVES, funcionaria de la DGCompetencia.

relativamente claro y consistente para la revisión judicial de las decisiones de concentraciones, en el que el papel de la Comisión y de los jueces está delimitado, y los criterios para la toma de decisiones se van concretando sentencia a sentencia siguiendo una línea clara.

Sin embargo, como suele suceder, la realidad es mucho más compleja y suscita importantes cuestiones cuya revisión es particularmente oportuna dada la coincidencia de dos procesos significativos: por una parte, la reforma de los elementos sustantivos del análisis de competencia por parte de la Comisión. Por otra, el creciente papel de los jueces en el control de concentraciones de dimensión comunitaria.

En efecto, la política comunitaria de competencia ha abordado en los últimos años una importante reforma que, entre otros aspectos, ha tratado de adoptar un enfoque más económico, más centrado en los efectos sobre la competencia efectiva de la conducta o de la operación de concentración. Al mismo tiempo, la revisión jurisdiccional ha ido adquiriendo un creciente protagonismo en los últimos años al anularse decisiones de la Comisión sobre la base de sus aspectos sustantivos. Así, los jueces comunitarios y, en especial, el Tribunal de Primera Instancia, han entrado directamente y en profundidad en los elementos económicos que subyacen al análisis de las concentraciones.

En este contexto es importante revisar el marco existente para la revisión jurisdiccional de las decisiones de la Comisión y plantearse cuál es su plasmación en la práctica. Para ello, el presente papel sintetiza en primer lugar los principios fundamentales del análisis sustantivo por parte de la Comisión, prestando especial atención a uno de los aspectos más relevantes y debatidos: la simetría o asimetría del test. En segundo lugar, se exponen los principios de la revisión jurisdiccional. En el tercer apartado se presentan algunos ejemplos de la aplicación práctica de estos principios por parte del Tribunal de Primera Instancia con incidencia en el análisis económico. Finalmente, se plantean algunas reflexiones con respecto a la relación entre análisis económico, decisiones comunitarias y revisión jurisdiccional en la actualidad.

2. EL ANÁLISIS SUSTANTIVO DE LAS CONCENTRACIONES POR PARTE DE LA COMISIÓN: EL DEBATE SOBRE LA SIMETRÍA DEL TEST

El 1 de mayo de 2004 entró en vigor el nuevo Reglamento comunitario de control de concentraciones² (en adelante, «el Reglamento») y,

² Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, sobre control de las operaciones de concentración entre empresas, de 20 de enero [DO L 24 de 29 de enero de 2004, p. 1].

con él, el nuevo criterio sustantivo para la toma de decisiones, de «obstaculización significativa de la competencia efectiva, en particular mediante la creación o refuerzo de una posición dominante».

Así, la normativa comunitaria abandonaba formalmente el test de dominio y adecuaba la letra de la ley a su práctica reciente, orientada a un análisis más económico y centrado en los efectos sobre la competencia de una determinada operación. De paso, se eliminaba cualquier duda sobre la posible existencia de una laguna para el tratamiento de los efectos «unilaterales» de las concentraciones. Y todo ello sin alterar los principios del análisis sustantivo y la relativa ponderación de los intereses en juego, plasmados en la simetría del test.

En efecto, durante años, las decisiones de la Comisión adoptaron un enfoque esencialmente estructural, centrado en el análisis de la cuota de mercado de la entidad resultante de la operación. Partiendo de una definición clara de mercados relevantes y de determinados indicadores de concentración y poder de mercado (cuotas), la decisión se basaba en la posible creación o refuerzo de una posición de dominio —inicialmente individual— en el mercado derivada de la operación de concentración. Este enfoque se completó más tarde con la incorporación del análisis de mercados oligopolísticos y la inclusión explícita del concepto de posición de dominio colectiva³.

Sin embargo, la relativa rigidez de esta aproximación y su posible falta de conexión con la teoría económica llevó, entre otras causas, a la paulatina incorporación durante los años noventa de un enfoque más dinámico y cualitativo que, más allá de una definición de mercado y una cuota, considerase los efectos previsibles sobre la competencia efectiva teniendo en cuenta las circunstancias concretas del mercado, los potenciales entrantes, las barreras a la entrada o el poder compensatorio de la demanda.

Coincidiendo con esta evolución, algunos autores plantearon la posible existencia de una laguna o *gap* en el test de dominio por la imposibilidad de abordar los efectos «unilaterales» sobre la competencia derivados de la desaparición de una presión competitiva en el mercado sin que se diesen las circunstancias para la creación o refuerzo de una posición de dominio.

En este contexto, no es extraño que el análisis sustantivo se situase en el centro del debate al lanzarse la revisión del Reglamento comunitario de control de concentraciones, con el resultado del cambio al test de obstaculización significativa⁴. El nuevo criterio ha sido aplicado en

³ M. 190, Nestlé/Perrier, decisión de 22-07-92

⁴ Denominado en inglés test SIEC: *Significant Impediment of Effective Competition*.

la práctica ya en determinadas decisiones⁵ cuyo análisis sustantivo posiblemente hubiese sido difícil de encajar en el anterior marco centrado en el concepto de dominio.

El nuevo marco normativo se ha visto completado con la elaboración de comunicaciones interpretativas sobre la práctica de la Comisión en el análisis de las concentraciones. Hasta el momento, se han publicado directrices sobre concentraciones horizontales⁶ y la Comisión trabaja en la elaboración de un borrador de directrices sobre concentraciones no horizontales (verticales y de conglomerado).

El debate sobre el análisis sustantivo no se ha limitado a la formulación concreta del test sino también a su carácter simétrico o asimétrico; en otras palabras, la exigencia de un estándar similar o no para la adopción de decisiones de prohibición o de autorización. Se trata de una cuestión derivada de la existencia de distintos intereses contrapuestos que siempre confluyen en el ámbito de la defensa de la competencia: por una parte, el deseo de las empresas de ejecutar sus decisiones empresariales legítimas. Por otra, la protección del interés público, concretado en el mantenimiento de estructuras de mercado competitivas con el fin de maximizar la eficiencia y el bienestar de los consumidores.

En principio, tanto la letra del Reglamento como su interpretación jurisprudencial son claras en cuanto a que tanto el test de dominio como el de obstaculización significativa han de aplicarse de forma simétrica. Los arts. 2.2 y 2.3 del Reglamento de concentraciones obligan a la Comisión a adoptar una decisión tanto en un sentido como en otro y *a priori* no existe ningún elemento que permita concluir que el estándar exigido para una autorización debería ser diferente al de una prohibición.

Sin embargo, a diferencia del caso de las conductas anticompetitivas, el Tratado CE no incluye ninguna presunción de ilegalidad de las concentraciones empresariales. Dado el derecho fundamental a la propiedad privada y a la iniciativa empresarial, cabría presumir la legalidad de las mismas y, por tanto, abogar por una aplicación restrictiva del test: sólo es posible prohibir una concentración cuando se demuestra adecuadamente que se cumplen los requisitos para ello establecidos en la normativa aplicable. En caso de duda, hay que autorizar.

⁵ Por ejemplo, decisión de 26 de marzo de 2006 En el asunto M 3916 T-Mobile/tele.ring, en el que se valoraron los efectos «unilaterales» derivados de la creación de un segundo operador en el mercado de telefonía móvil austriaco y la desaparición del competidor más próximo al adquirente, además particularmente agresivo (*maverick*).

⁶ Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, Comunicación de la Comisión DO C 31/5, de 5 de febrero de 2004.

En sentido contrario, cabe argumentar que los citados derechos no surgen de la nada, sino que están enmarcados en los principios de una economía de mercado. La protección de la competencia efectiva entre las empresas forma parte del art. 3 del Tratado CE y se encuentra entre los principios fundamentales del Derecho comunitario desde sus inicios, como complemento indispensable a las cuatro libertades para lograr un verdadero mercado interior.

Desde una perspectiva más económica, el debate sobre la simetría del test está directamente relacionado con los posibles errores derivados de una inadecuada aplicación y sus efectos. Así, una aplicación demasiado «dura» del test aumenta el riesgo de prohibir concentraciones que no son anticompetitivas, impidiendo la realización de las posibles eficiencias de ellas derivadas. En sentido inverso, una aplicación demasiado laxa conllevaría el riesgo de errores al permitir la realización de concentraciones con efectos lesivos sobre la competencia, en detrimento de los consumidores.

La elección de una u otra aproximación podría vincularse con el mayor o menor peso atribuido al bienestar de los consumidores a la hora de definir los objetivos de la política de competencia. Así, un modelo de protección basado en el bienestar general, en el que se dé igual peso al productor y al consumidor, en principio abogaría por un test simétrico o incluso asimétrico y relativamente «laxo», que primase la realización de cualquier eficiencia. Por el contrario, un estándar basado en el bienestar del consumidor llevaría a considerar como pérdida toda la posible transferencia de renta al productor por el efecto anticompetitivo de la concentración y podría justificar un control relativamente más «duro»⁷.

Por tanto, desde la perspectiva legal y económica, existen elementos que podrían justificar una aplicación asimétrica del test en uno u otro sentido. Por eso resulta tan importante la interpretación que los jueces han hecho de estos principios a través de sus sentencias, especialmente las de los últimos años, no ajenas al debate.

Así, ante algunas sentencias de anulación de decisiones de la Comisión Europea, especialmente la correspondiente al asunto *Tetra*, se planteó la posibilidad de que el propio TPI hubiera adoptado *de facto* un enfoque asimétrico que, dando una mayor ponderación a los intereses privados de las empresas, exigiría de la Comisión un mayor estándar de

⁷ La normativa y la práctica comunitaria en materia del tratamiento de las eficiencias empresariales, que exige que éstas sean trasladadas al consumidor, apuntaría hacia un estándar de este tipo, que podría justificar una aplicación «estricta» del test sustantivo y una cierta asimetría en el estándar de revisión para evitar el riesgo de errores derivados de la aprobación de concentraciones anticompetitivas.

prueba en el caso de decisiones de prohibición. Sin embargo, el TJCE confirmó en el recurso contra la sentencia mencionada el carácter simétrico del test sustantivo y, recientemente, en su fallo sobre la decisión *Sony-BMG*, el TPI ha puesto de manifiesto que esta simetría no es sólo teórica y que la Comisión está sujeta a un estándar similar para autorizar y para prohibir operaciones de concentración, cerrando así el debate. Al menos por el momento.

En coherencia con esta simetría, la Comisión debe utilizar para su toma de decisiones el principio de ponderación de probabilidades⁸; si es más probable que la operación puede llevar a una obstaculización significativa de la competencia efectiva, la Comisión debe prohibirla. Cuando es más probable que no impedirá significativamente la competencia efectiva, debe autorizarla.

3. EL ANÁLISIS ECONÓMICO Y LA REVISIÓN JUDICIAL

A) Principios de la revisión judicial

Como ya se ha señalado, el modelo institucional comunitario para proteger la competencia se centra en una autoridad administrativa, la Comisión, que adopta las decisiones finales, sujetas a revisión jurisdiccional por el Tribunal de Primera Instancia y, en determinados casos, por el Tribunal de Justicia.

Lógicamente, con el fin de maximizar la eficiencia y eficacia del sistema, cada uno de estos órganos debe jugar un papel correspondiente a su naturaleza y sus ventajas comparativas en el tratamiento de las diversas cuestiones. También es importante tener en cuenta el marco procedimental y, en particular, el plazo disponible para cada tipo de decisión: en concreto, la Comisión Europea, como ocurre con muchas autoridades de competencia nacionales, dispone de un máximo de aproximadamente cinco meses para valorar un gran volumen de documentos y pronunciarse sobre numerosas cuestiones complejas, siendo la celeridad del procedimiento uno de sus principales atractivos.

Además, cabe recordar que la revisión jurisdiccional no es completa, es decir, que el Tribunal debe limitarse a decidir sobre la correspondiente decisión de la Comisión que ha sido recurrida, pero en caso de anulación total o parcial, no puede adoptar una decisión final sobre el asunto⁹.

⁸ *Balance of probabilities.*

⁹ Por tanto, la anulación de una autorización no implica que la operación de concentración esté prohibida y, en sentido inverso, la anulación de una prohibición no implica que la operación de concentración quede autorizada.

Como se señala en todos los estudios sobre el tema y en numerosas sentencias, el Tribunal de Primera Instancia no debe sustituir a la Comisión en la valoración de los hechos: si considera que se dan las circunstancias para anular la decisión correspondiente, el caso vuelve a la Comisión, que realizará su análisis de los hechos y adoptará una nueva decisión sobre la base de la información y circunstancias que concurran en este segundo momento.

En este contexto, a la hora de abordar la revisión de las decisiones de la Comisión, el juez ha de tener presente cuál es el estándar de revisión judicial¹⁰ en cada caso, es decir, qué criterio utilizará para determinar bajo qué circunstancias se ha de anular o no la decisión.

En general, desde una perspectiva teórica, dicho estándar depende de la gravedad de la infracción y de la posible sanción, pudiéndose distinguir al menos tres niveles de exigencia. El más elevado será naturalmente el correspondiente al proceso penal, en el que, dada la gravedad de la posible sanción, se exige que la infracción sea probada «más allá de cualquier duda razonable». El grado siguiente sería el de «ponderación de probabilidades», que supone un cierto equilibrio en la consideración de los errores de distinto tipo y exige demostrar que es más probable que no que algo suceda¹¹. El tercer estándar sería el de «error manifiesto», con arreglo al cual únicamente se anulará una decisión cuando la evidencia disponible no pueda llevar razonablemente a las conclusiones extraídas de ella.

Entrando ya en la realidad del modelo comunitario, ¿cuál es el estándar de la revisión jurisdiccional? El punto de partida es el Tratado, que únicamente aclara que las decisiones de la Comisión sólo podrán ser anuladas por falta de competencia, infracción de una exigencia procedimental esencial, infracción del Tratado o de una norma legal de aplicación o abuso de poder¹². Por tanto, desde el punto de vista sustantivo, la sentencia habrá de basarse en la infracción del Reglamento de control de concentraciones y, en concreto, de su art. 2.

Sobre esta base general, el alcance práctico de la revisión se ha ido perfilando en las distintas sentencias recaídas, menos abundantes en el caso del control de concentraciones dada la relativa novedad de este instrumento pero enormemente significativas¹³. De ellas se extraen dos prin-

¹⁰ *Standard of proof.*

¹¹ Es importante tener en cuenta que este criterio de valoración admite numerosos matices, puesto que no es lo mismo exigir que se demuestre que algo no es improbable que exigir la prueba de que hay una seria probabilidad de que algo suceda.

¹² Art. 230.

¹³ En teoría, los principios que guían la revisión judicial de las decisiones comunitarias deberían ser similares para las conductas prohibidas por los arts. 81 y 82 del Tratado CE y para el con-

cipios generalmente aceptados. En primer lugar, que el ámbito de revisión por parte del TPI debe adecuarse al tipo de cuestión que se suscita, distinguiéndose tres grupos: elementos de hecho, cuestiones de derecho y valoración de cuestiones económicas complejas. En segundo lugar, que la intensidad de la revisión jurisdiccional variará de forma inversa con el grado de discrecionalidad otorgado a la Comisión para la toma de decisiones.

Así, resulta claro que el control por parte del TPI es pleno por lo que respecta a los dos primeros elementos, de hecho y de derecho, y que, por el contrario, la Comisión dispone de un amplio margen de apreciación para valorar los efectos económicos de una concentración y cuál es la probabilidad de que concurren los requisitos para la declaración de compatibilidad o incompatibilidad de la misma con arreglo al art. 2 del Reglamento.

En efecto, es importante recordar que el control de concentraciones tiene naturaleza prospectiva y, por tanto, no sólo se basa en los hechos o la realidad pasada sino que exige realizar predicciones sobre qué va a suceder tras la realización de la operación. Así, la Comisión ha de basarse en la información de que dispone en el momento de adoptar su decisión y en sus apreciaciones sobre cuál es el efecto previsible sobre la competencia, adoptando entre dos alternativas la que tenga mayor probabilidad.

Dado este amplio margen, el TPI únicamente debería anular una decisión de la Comisión cuando ésta haya incurrido en un «error manifiesto de apreciación» de la evidencia disponible¹⁴. En este sentido, cabría suponer que una decisión basada en hechos acreditados que siga un razonamiento consistente y lógico debería no ser anulada por el Tribunal, incluso aunque éste no esté de acuerdo con la decisión final adoptada al respecto. En otro caso, se podría estar privando de efectividad al control de concentraciones.

Como ya se ha apuntado, estos principios son generalmente aceptados y reiterados en la práctica totalidad de sentencias del TPI en materia de concentraciones. Sin embargo, es preciso hacer dos consideraciones.

trol de concentraciones. Sin embargo, la naturaleza cuasi-penal del procedimiento sancionador y su carácter *ex post*, basado en principio en elementos de hecho que es posible acreditar, podrían justificar en teoría un estándar más alto para la revisión judicial de las decisiones de la Comisión. Para un análisis detallado de esta cuestión ver BAILEY (2003).

¹⁴ El mismo criterio se aplicaría a los compromisos o soluciones aceptables para la autorización de concentraciones, con lo que sólo se anulará la decisión de la Comisión de considerarlos suficientes o insuficientes en caso de «error manifiesto de apreciación».

Por una parte, algunos autores han apuntado que en algunas sentencias el TPI ha parecido elevar el estándar exigido para las decisiones de la Comisión, yendo más allá del estándar de «error manifiesto» al plantear la necesidad de aportar «evidencia convincente», primero en el caso de decisiones de prohibición y más recientemente también en el caso de autorizaciones¹⁵. No obstante, también cabría considerar que el Tribunal únicamente ha tratado de graduar la exigencia de evidencia atendiendo a la mayor complejidad de la teoría subyacente. Como ha señalado el TPI, la evidencia exigible ha de ser particularmente convincente en el análisis de concentraciones verticales y de conglomerado, cuyos efectos sobre la competencia no son tan directos como en el caso de las horizontales¹⁶.

Por otra parte, no cabe ignorar que en la realidad dista de estar clara la distinción entre qué son elementos de hecho, de derecho o valoración de elementos económicos complejos. Existen zonas grises entre los tres ámbitos que, dependiendo de la interpretación concreta del Tribunal, pueden llevar a un estándar de prueba más o menos alto en la práctica.

A modo de ejemplo, en cuanto a los hechos, el TPI examinará la evidencia sobre la que se basa la decisión, verificará si es exacta, consistente y fiable, lo que en principio se corresponde claramente con el concepto de «hecho» en tanto que «cosa que sucede». Sin embargo, en alguna sentencia se ha indicado que, además, verificará si la evidencia utilizada contiene toda la información que debe ser tenida en cuenta para la valoración de una situación económica compleja y si puede sustanciar las conclusiones extraídas de ella¹⁷. Dependiendo de la aplicación que se haga en la práctica de este requisito, podría resultar más discutible cuál es el alcance del control de la posible evidencia no conocida o investigada por la Comisión por no considerarla relevante para fundamentar su análisis económico y en qué medida se trata de «hechos» o de una «valoración» o «apreciación» de los mismos a estos efectos.

De la misma manera cabe destacar la dificultad de delimitar el control de los elementos de derecho. Si bien es función del TPI determinar los principios de aplicación de la Ley, puede ser difícil conciliar este control con la capacidad discrecional de la Comisión si ello significa en

¹⁵ Ver sentencias del TPICE de 25 octubre de 2002, Tetra Laval/Comisión, y de 6 de junio de 2002, Airtours/Comisión, T-342/99, Rec. P. II-2585.

¹⁶ Ver sentencias de TPICE de 31 de marzo de 1998, Francia/Comisión, C-68/94 y C-30/95, Rec. I-1375 [Kali&Salz] y Tetra Laval.

¹⁷ Ver sentencia del TJCE en Tetra Laval.

la práctica decidir cómo se aplica el art. 2 del Reglamento al caso concreto. El control de concentraciones no es una ciencia exacta y una misma evidencia puede dar lugar a más de una decisión razonable o plausible: si el TPI extrae una conclusión diferente de la de la Comisión sin apreciar que ésta ha incurrido en un «error manifiesto», cabría plantear la necesidad de definir dónde termina la revisión judicial y empieza la sustitución de la Comisión en su toma de decisiones.

B) Aspectos económicos de la revisión judicial en la práctica

Un análisis detallado de las distintas sentencias del TPI que inciden sobre el análisis sustantivo excede sin duda del ámbito del presente artículo. Sin embargo, sí cabe señalar algunos pronunciamientos mediante los que, en principio valorando cuestiones de derecho —la aplicación del art. 2 del Reglamento— los jueces han establecido criterios o requisitos que pueden condicionar el análisis económico.

a) *Dominio individual*

Como ya se ha apuntado, la Comisión aplicó inicialmente un enfoque relativamente estructural al control de concentraciones, si bien la evolución hacia un enfoque más dinámico y cualitativo, centrado en la habilidad e incentivos de los operadores, se produjo antes del cambio formal del test sustantivo en el nuevo Reglamento¹⁸.

Sin embargo, en su sentencia *Endemol*¹⁹ de 1999 el TPI aplicó el principio de Hoffman-La Roche con arreglo al cual una cuota de mercado particularmente elevada [50-60 por 100] puede ser, por sí misma, evidencia de la existencia de una posición de dominio, en particular cuando, como era el caso, los otros operadores del mercado tienen cuotas sustancialmente inferiores²⁰. Es más, el principio fue aplicado también en la sentencia

¹⁸ Ver por ejemplo M. 3287 [2003] AGCO/Valtra.

¹⁹ Sentencia del TPICE de 28 abril de 1999, T-221/95 *Endemol Entertainment BV v Comisión* Rec II-1299, apartado 134.

²⁰ «En segundo lugar, debe examinarse si la Comisión estaba en lo cierto al considerar que, en el presente asunto, Endemol ocupaba una posición dominante en el mercado de que se trata. A este respecto, este Tribunal señala que, según jurisprudencia reiterada, una cuota de mercado especialmente alta puede constituir en sí misma la prueba de la existencia de una posición dominante, sobre todo cuando, como ocurre en el caso de autos, los demás operadores del mercado sólo tienen cuotas mucho menos elevadas (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión*, 85/76, Rec. p. 461, apartado 41, y de 3 de julio de 1991, *Akzo/Comisión*, C-62/86, Rec. p. I-3359, apartado 60, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1991, *Hilti/Comisión*, T-30/89, Rec. p. II-1439, apartados 91 y 92).» Apartado 134.

GE²¹, al rechazar la alegación del recurrente con respecto a que la concentración no crearía una posición de dominio en el mercado de grandes motores de aviación²².

b) *Efectos coordinados. Dominio colectivo*

El TPI confirmó la aplicabilidad del Reglamento a situaciones de dominio colectivo en el asunto *Kali und Salz*²³. Si bien la sentencia no llega a concretar los criterios exigibles en este caso, resulta interesante mencionar la regla general aplicable:

«Por tanto, en el caso de una supuesta posición dominante colectiva, la Comisión tiene que determinar mediante un análisis prospectivo del mercado de referencia si la operación de concentración que es objeto de examen lleva a una situación en la que una competencia efectiva en el mercado de que se trate sea obstaculizada de manera significativa por las empresas que participan en la concentración y una o varias empresas terceras que tengan, conjuntamente, debido especialmente a factores de correlación existentes entre ellas, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y, por último, de los consumidores».

Después de esta sentencia, cabía plantearse si el dominio colectivo únicamente podría estimarse en situaciones en que existiesen vínculos estructurales entre las empresas. Sin embargo, en *Gencor*²⁴, el TPI aclaró que:

«Por otra parte, no existe ninguna razón, en el plano jurídico o económico, para excluir del concepto de vínculo económico la relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración del mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por tanto, en gran medida impulsados a coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes, restringiendo la producción con el fin de aumentar los precios. En efecto, en tal contexto, cada operador sabe que una actuación altamente competitiva por su parte, dirigida a incrementar su cuota de mercado (por ejemplo, una reducción de precios), provocaría una actuación

²¹ Sentencia del TPICE de 14 de diciembre 2005, T-210/01, General Electric/Comisión [GE], aún no publicada en la Recopilación.

²² «La demandante no demostró ni siquiera alegó la existencia de “circunstancias excepcionales” en el sentido de la sentencia AKZO/Comisión, citada en el apartado 115 *supra*, en lo que respecta al mercado de los aviones corporativos, que pudieran desvirtuar la conclusión a la que la Comisión llegó en la Decisión impugnada, basándose en la cuota de mercado que habría tenido la entidad fusionada por lo que se refiere a la base global de motores instalados, en cuanto a la creación de una posición dominante en dicho mercado.» Apartado 572.

²³ Apartados 169-171.

²⁴ Sentencia del TPICE de 25 de marzo de 1999, *Gencor v Commission*, T-102/96, Rec. II-753, apartado 276.

idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa. Todos los operadores tendrían por lo tanto que soportar el descenso del nivel de los precios».

El siguiente hito en este análisis fue sin duda el asunto *Airtours*²⁵, en el que la Comisión prohibió una operación por primera vez sobre la base de la creación de una posición de dominio colectivo de más de dos operadores (la concentración suponía la reducción de cuatro a tres grandes touroperadores en el mercado británico de vacaciones). Al anular la decisión de la Comisión, el TPI estableció tres condiciones para considerar que existe dominio colectivo: transparencia del mercado, sostenibilidad de la colusión (mecanismo disuasorio) y estabilidad (ausencia de restricciones competitivas externas por parte de competidores potenciales o clientes).

Recientemente el TPI ha vuelto a pronunciarse sobre la posición de dominio colectiva en su sentencia sobre *Sony/BMG*²⁶. En ella, el Tribunal señala que la determinación de la existencia de dicha posición debe estar apoyada en una serie de elementos de hecho contrastados, pasados o presentes, que muestren que existe una obstaculización significativa de la competencia debida al poder adquirido por determinadas empresas para adoptar conjuntamente el mismo tipo de conducta en este mercado, en cierta medida con independencia de sus competidores, sus clientes y los consumidores.

De ello se deriva que, en el contexto de la existencia de una posición de dominio colectiva, a pesar de que las tres condiciones definidas por el TPI en *Airtours*, que se infieren de un análisis teórico del concepto de posición de dominio colectiva, son también necesarias, pueden, sin embargo, en las circunstancias apropiadas, ser establecidas indirectamente sobre la base de lo que puede ser una serie de indicios y elementos de evidencia relativos a los signos, manifestaciones y fenómenos inherentes a la presencia de una posición de dominio colectiva. En particular, la alineación de precios durante un largo período, especialmente si están por encima del nivel competitivo, además de otros factores típicos de una posición de dominio colectiva pueden, en ausencia de una explicación alternativa razonable, ser suficientes para demostrar la existencia de una posición de dominio colectiva, incluso cuando no hay evidencia firme directa de una transparencia fuerte en el mercado, puesto que dicha transparencia puede ser presumida en dichas circunstancias.

²⁵ Sentencia del TPICE de 6 de junio de 2002, *Airtours/Comisión*, T-342/99 Rec. II-2585, apartado 62.

²⁶ Sentencia del TPICE de 13 de julio de 2006, *IMPALA/Comisión*, T-464/04, aún no publicada en la Recopilación, apartado 250 y ss.

Esta última sentencia puede suscitar preguntas sobre los principios sustantivos para la determinación de la existencia y el refuerzo de una posición de dominio colectiva. Además, cabe plantearse cuál es el umbral y los criterios para determinar que un mercado es suficientemente transparente y cuáles son las implicaciones, puesto que desde el punto de vista de la teoría económica, la transparencia puede facilitar tanto la coordinación como la competencia entre las empresas. Finalmente, en una perspectiva más procedimental pero también relacionada con el margen del análisis sustantivo, se puede plantear cuál es el grado de discreción de la Comisión para valorar la evidencia disponible que se aporta en respuesta a un pliego de cargos, en particular cuando no trata de predecir un evento futuro sino de determinar cuál es la estructura competitiva del mercado.

c) *Efectos conglomerado*

- *Apalancamiento*

Los Tribunales han aclarado en *Tetra Laval* y en *General Electric* el marco analítico para valorar los posibles efectos de conglomerado de las concentraciones, aunque puede ser relevante recordar todavía el marco del test de dominio. En esencia, para considerar cumplidos los dos criterios del art. 2 del Reglamento, la Comisión debería probar que la empresa resultante tendría la capacidad para proyectar su posición de dominio en un mercado sobre otro próximo y además, sobre la base de pruebas sólidas, que dicho comportamiento es probable (incentivos).

En todo caso, la jurisprudencia apunta a la necesidad de una evidencia reforzada para prohibir concentraciones sobre la base de sus efectos conglomerado, resultando particularmente ilustrativa la sentencia *Tetra*:

«El análisis de una operación de concentración de tipo “conglomerado” es un análisis prospectivo en el cual la consideración de un lapso de tiempo proyectado hacia el futuro, por un lado, y el apalancamiento necesario para que exista un obstáculo significativo para una competencia efectiva, por otro, implican que las relaciones de causa a efecto no se perciben con nitidez, adolecen de incertidumbre y son difíciles de determinar. En este contexto, es sumamente importante la calidad de las pruebas que presenta la Comisión para acreditar la necesidad de una decisión que declare la operación de concentración incompatible con el mercado común, puesto que tales pruebas deben confirmar las apreciaciones de la Comisión según las cuales, de no adoptarse una decisión de ese tipo, resultaría plausible una evolución económica como la que sirve de base a dicha institución».

De la misma manera, en *General Electric* el TPI aclaró que en el caso de efectos conglomerado basados en el poder financiero y la integración vertical, para que la evidencia sea considerada convincente no puede

como regla general consistir únicamente en evidencia de conducta pasada. «Dicho esto, podrían constituir pruebas sólidas, en principio, bien documentos que demostraran la intención firme de la dirección de la demandante o de la de Honeywell de proseguir la explotación comercial, en los mercados de los productos de aviónica y de no aviónica, de la fortaleza de GECAS y de GE Capital del modo antes descrito en el mercado de los reactores para aviones comerciales de gran tamaño después de la concentración, o bien mediante un análisis económico que demuestre que tal comportamiento se habría llevado a cabo objetivamente en el interés comercial de la entidad fusionada».

En opinión del TPI, la Comisión no habría aportado ninguno de los anteriores tipos de pruebas. Por una parte, los documentos internos probaban la existencia de dominio antes de la concentración pero no se encontró evidencia de que GE tuviese intención de utilizar su apalancamiento financiero para los productos de Honeywell. Igualmente, se consideró que la Comisión no había podido acreditar mediante un estudio económico que los sacrificios que tendría que realizar GE a corto plazo para comercializar determinados productos habrían sido compensados con los ingresos futuros.

- *Venta vinculada (bundling)*

En cuanto a los efectos conglomerado basados en la venta vinculada, el TPI ha insistido generalmente en dos condiciones necesarias para que dichas prácticas sean plausibles: en primer lugar, los clientes de los distintos productos complementarios deben ser los mismos. En segundo lugar, el esquema temporal de compra de los mismos ha de ser consistente con este tipo de estrategia.

En particular, el Tribunal se centró en la venta vinculada mixta en su sentencia *GE-Honeywell*, y consideró que las tres líneas de razonamiento seguidas por la Comisión para probar la capacidad y el interés de la entidad resultante de la concentración para adoptar dicha estrategia no eran evidencia suficiente de que ésta se produciría tras la concentración. En concreto, la Comisión se había referido a la existencia de prácticas análogas de Honeywell, a la teoría económica del «efecto Cournot» y a los objetivos estratégicos reconocidos de la entidad resultante de la concentración.

Con respecto al primero, el TPI consideró que la práctica pasada de Honeywell se había referido a determinados productos pero no a aquellos sobre los que se basaba el análisis de la Comisión y además no había tenido demasiado éxito.

En cuanto a la teoría económica, el Tribunal señaló que el modelo económico sobre el que se había basado la Comisión para el Pliego de Cargos no había sido utilizado en la decisión (puesto que la información confidencial no había podido ser aportada a las partes) y consideró por ello que ésta no estaba basada en ninguna evidencia empírica económica detallada y que había controversia entre los diversos economistas que habían participado en el proceso.

Finalmente, el TPI consideró que la Comisión no había mostrado suficiente evidencia de que GE-Honeywell habría utilizado la estrategia de sacrificar sus beneficios a corto plazo para recuperarlos en el largo, mencionando la necesidad de tener en cuenta el efecto disuasorio de la posible aplicación del art. 82 del Tratado CE.

Así, al margen de otras consideraciones importantes, parece que el Tribunal se ha mostrado especialmente exigente con respecto a la posible valoración de los efectos conglomerado sobre la base del período de tiempo necesario para que los mismos se produzcan (corto/largo plazo) y la dificultad de establecer la cadena causal que los determina.

- *Efectos cartera*

En la sentencia *Babyliss*²⁷, en el que un competidor potencial recurrió contra la decisión de la Comisión por la que se autorizó la concentración SEB-Moulinex, el TPI criticó a la Comisión por no haber tenido suficientemente en cuenta los efectos derivados de la cartera de productos de la entidad resultante de la concentración en pequeños electrodomésticos.

En su decisión, la Comisión había considerado que no había efectos cartera en determinados mercados puesto que la venta de los productos «dominados» representaba menos del 10 por 100 del total de la cartera. La Comisión consideró por tanto que no era probable que los precios aumentasen puesto que la empresa corría el riesgo de perder ventas por la respuesta de los distribuidores en el resto de los productos.

El TPI señaló la importancia de considerar cuidadosamente los efectos de cartera y, por lo que respecta al análisis sustantivo, destacan dos aspectos. En primer lugar, que «la Comisión ni siquiera demostró por qué razón el supuesto en el que se basó, un aumento de los precios aplicados por SEB-Moulinex, debe afectar necesariamente a los intereses de los revendedores y, por consiguiente, incitarlos a castigar a SEB-Moulinex». En segundo lugar, que «la afirmación según la cual los revendedores están

²⁷ Sentencia del TPICE de 3 de abril de 2003, *Babyliss/Comisión*, Rec. II-1279.

en condiciones de castigar a SEB-Moulinex en caso de aumento de precios se basa en el postulado no demostrado de que los revendedores determinan la elección de los consumidores finales. Puesto que los revendedores tienen la función de revender a los consumidores finales los productos que éstos compran, debe matizarse la posibilidad de que puedan castigar a SEB-Moulinex reduciendo sus compras de los productos de ésta en los demás mercados, máxime cuando la marca es el factor de elección preponderante de la competencia en los mercados de que se trata»²⁸.

4. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL ANÁLISIS ECONÓMICO Y LA REVISIÓN JUDICIAL

Como se ha expuesto en los anteriores apartados, la Comisión ha abordado en los últimos años un proceso de revisión de los principios que guían su análisis sustantivo, con objeto de reforzar el papel de los principios económicos y adoptar un enfoque más basado en los efectos de la conducta que en su forma. Este nuevo enfoque impone una mayor exigencia en cuanto al marco teórico del análisis y la información precisa para sustentarlo, pudiendo limitar el peso de las presunciones *ex ante* sobre los efectos de las concentraciones.

Este proceso ha coincidido con un refuerzo del papel de los jueces en la revisión de las decisiones de la Comisión en esta materia, derivado en gran medida de importantes sentencias, algunas de gran proyección mediática, que han anulado decisiones de prohibición o de autorización sobre la base de consideraciones de tipo sustantivo. Estos pronunciamientos han suscitado un interesante debate sobre el estándar de la revisión judicial y, en particular, sobre sus implicaciones sobre el margen de apreciación de la Comisión de la evidencia disponible.

Existe un gran acuerdo sobre que es función del TPI abordar una revisión completa de las cuestiones de hecho y de derecho y que, sin embargo, su papel debe ser más limitado al revisar la valoración de cuestiones económicas complejas. Dada la dificultad del análisis económico correspondiente y el reducido tiempo acordado por el procedimiento comunitario para realizarlo, la Comisión debe disponer de un amplio margen de apreciación si se quiere mantener la eficacia del control de concentraciones, evitando que, en última instancia, el Tribunal la sustituya en su función. Por ello, es generalmente aceptado que el estándar de revisión por parte del TPI de las valoraciones económicas es el de «error manifiesto de apreciación».

²⁸ Apartados 358-361.

Sin embargo, no cabe ignorar la dificultad que conlleva la determinación de los límites de esta revisión en la práctica. Por una parte, por la dificultad de marcar la frontera entre cuestiones de hecho, de hecho y valoración de cuestiones económicas complejas. Por otra porque, sin plantearse un cambio en el estándar de revisión de las cuestiones económicas complejas, el contenido concreto de algunas sentencias puede suscitar dudas sobre si el Tribunal lo ha elevado implícitamente, yendo más allá de la determinación de un error manifiesto de apreciación.

De hecho, las sentencias del TPI han ido concretando la forma de aplicación del Reglamento a los distintos tipos de concentraciones de forma extremadamente detallada, haciendo cristalizar determinadas definiciones y elementos de valoración que, de forma más o menos consistente, terminan definiendo el marco del análisis sustantivo.

En definitiva, la Comisión y los Tribunales son piezas de un esquema institucional que, desde distintas perspectivas y con distintos instrumentos y procedimiento, van conformando la aplicación práctica de la normativa de competencia. Ambos tienen un importante papel que jugar en la protección del bienestar de los consumidores, afianzando el control de las concentraciones en el seno de la Unión en la medida en que, cada uno en su terreno, actúan de forma complementaria.

En este contexto resulta oportuno plantear la importancia de que el esquema de revisión jurisdiccional de las decisiones cuente con la necesaria flexibilidad para responder a las exigencias de un enfoque más económico, más cualitativo y basado no tanto en la estructura del mercado *per se* como en los efectos de la concentración sobre la competencia efectiva. De ello dependerá en parte el éxito del proceso iniciado en los últimos años por la Comisión Europea, orientado en definitiva a mejorar la eficacia de sus instrumentos para proteger el bienestar de los consumidores y el funcionamiento de los mercados dentro de la comunidad.

BIBLIOGRAFÍA

- BAILEY, D. (2003), «Standard of proof in EC merger proceedings: A common Law Perspective», *Common market law review*, núm. 40.
- DRAUZ, G., y JONES, C. (2006), *EU merger Law*: Claeys & Casteels: Leuven.
- OCDE (1997), *Judicial enforcement of competition law*.
- VESTERDOFT, B. (2005), «Judicial Review in EC competition law: Reflections on the role of the Community Courts in the EC system of competition law enforcement», *Competition Policy International*, vol. 1, núm 2.