

## EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DEL CRITERIO SUSTANCIAL DE EVALUACIÓN DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO \*

Por Luis Fernando Sabogal Bernal<sup>1</sup>

**SUMARIO.** Presentación. Parte introductoria: Breve reseña histórica de la regulación comunitaria en materia de concentraciones. Parte primera: La posición dominante. 1. El concepto de posición dominante. 2. Manifestaciones de la posición dominante. 2.1. La posición dominante individual. 2.2. La posición dominante colectiva. 3. Comparación con el sistema norteamericano del “substantial lessening of competition”. 4. Crítica y debate doctrinal en torno al criterio de posición dominante incorporado en el reglamento 4064/89. 4.1. El problema fundamental: El gap del sistema de posición dominante. 4.2. En cuanto que el uso del vocablo posición dominante puede ser ambiguo. 4.3. En cuanto a conservar las estructuras preexistentes. Parte segunda: Significativo obstáculo a la competencia. 1. Nacimiento y consolidación del nuevo criterio. 1.1. Green paper. 1.2. Propuesta de la comisión. 1.3. Negociación en el consejo europeo. 1.4. Reglamento n. 139/04. 1.5. Comunicación de la comisión sobre las concentraciones horizontales. 2. Análisis de las modificaciones introducidas por el nuevo reglamento n. 139/04 en punto del criterio sustancial de evaluación de las concentraciones. 3. Efectos coordinados y efectos no coordinados. 3.1. Efectos coordinados. 3.1.1. En la comunicación sobre concentraciones horizontales. 3.2. Efectos no coordinados. 3.2.1. En la comunicación sobre concentraciones horizontales. 3.3. *Notas conclusivas*. Breve comentario al sistema del control de concentraciones en Colombia. Conclusiones. Bibliografía.

### PRESENTACIÓN\*

El tema de las concentraciones empresariales es un ámbito de gran actualidad en el tráfico jurídico mercantil, cuya regulación normativa aún esta en proceso de

---

\* Este artículo fue presentado a la revista el día 1 de abril de 2008 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 4 de junio de 2008, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad Externado de Colombia (2004); Especialista en Derecho Comercial de la misma Universidad (2005); Magister en Derecho de Empresa, Università degli Studi di Genova, Italia (2006); Doctorando del programa “Transformaciones del Mercado y el Derecho Mercantil”, Universidad Complutense de Madrid, España (Desde el año 2007).

\* Quiero agradecer muy especialmente al profesor IGOR TACCANI por su valiosa e imprescindible colaboración y consejos en la elaboración de este trabajo.

decantación y reelaboración a nivel europeo y mundial gracias a la globalización y a la gran dinámica empresarial.

Dentro de este gran sector del control de las concentraciones empresariales, resulta particularmente interesante el análisis del nacimiento y evolución del criterio sustancial de evaluación de las concentraciones en Europa pues, sin obviar las críticas y posibles mejoras, será un sistema que se consolidará como un modelo que marcará una pauta importante a nivel internacional.

De allí que considere importante presentar en este trabajo la experiencia europea, a partir de su evolución histórica y discusiones dogmáticas, pues creo que ello puede contribuir a avivar el debate en otras latitudes del mundo, en donde quizás no se ha reflexionado con el suficiente detenimiento la pertinencia del sistema utilizado en los ordenamientos nacionales, en nuestro caso Colombia.

Con ello no quiero sin embargo sostener en forma alguna la posible transpolación del sistema ideado en Europa a los países en vía de desarrollo, pues ciertamente cada país responde a condiciones económicas, sociales y políticas diferentes, aún cuando si estoy convencido que las reflexiones que se han suscitado en otros ordenamientos pueden contribuir de forma positiva en la decantación de un modelo propio.

El análisis que aquí se hace obviamente responde a una visión jurídica, en consonancia con mi especialidad, sin que con ello pretenda en forma alguna desconocer la importancia de la visión económica e incluso social de la materia, pues sólo así podría llegar a plantearse una solución completa al problema que me propongo abordar.

## **PARTE INTRODUCTORIA: BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN COMUNITARIA EN MATERIA DE CONCENTRACIONES**

Con el fin de facilitar la comprensión respecto de los temas que se discutirán, resulta importante presentar primeramente un breve recuento histórico de la regulación de las concentraciones empresariales en el derecho antitrust europeo, pues ello permitirá comprender en mejor forma la actual estructura legislativa en la materia.

Como primera referencia histórica dentro del espacio geográfico comunitario europeo en materia de integraciones podemos citar el Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero<sup>2</sup>, pues es en aquél donde por primera vez se contempló de forma explícita un control sobre las concentraciones empresariales<sup>3</sup>. En éste se estableció una completa disciplina en la que se incluyen todos los presupuestos en que puede ser autorizada una concentración<sup>4</sup>, así como, las excepciones de bloque y por categoría, la competencia de la Comisión para resolver y hasta las sanciones que la misma puede imponer frente a comportamientos que contraríen la libre competencia.

---

<sup>2</sup> "Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero" (CECA). Firmado el 18 de abril de 1951 en París, entró en vigencia el 23 de julio de 1952 y expiró el 23 de julio de 2002, (en adelante, "Tratado del Carbón y del Acero").

<sup>3</sup> Además de las concentraciones el Tratado también aborda los temas en materia de competencia de acuerdos restrictivos de la libre competencia y los abusos de posición dominante.

<sup>4</sup> Ver particularmente los artículos 65 y 66 del Tratado, citado anteriormente.

Sin duda fue un antecedente importante para la regulación unificada de las concentraciones varias décadas más tarde<sup>5</sup>.

Debemos tener siempre presente que el objetivo de regular el tema a nivel comunitario ha buscado desde sus inicios asegurar la definitiva remoción de las barreras del comercio entre los países miembros. De esta manera, se evita que las desviaciones o distorsiones de la competencia impidan uno de los principales fines la comunidad, esto es, la unificación de los mercados en una verdadera área común económica<sup>6</sup>.

La segunda referencia histórica la encontramos en el Tratado de Roma<sup>7</sup> en el cual se establece, a partir de su artículo tercero original<sup>8</sup>, el principio de libertad de mercado y la necesidad de crear un sistema de derecho de la competencia que haga realizable un mercado europeo unificado<sup>9</sup>. Este Tratado no reguló el campo de las concentraciones empresariales, lo cual obedeció fundamentalmente a dos factores: de una parte que para el tiempo de la firma del tratado, en 1957, el mayor interés de los países miembros era consolidar una economía europea de escala mundial, y para ello resultaba más que pertinente favorecer, en vez de limitar, las integraciones empresariales, pues es a partir de empresas y grupos de empresa de dimensiones multinacionales que se puede hacer frente a la competencia internacional; de otra parte, esto pudo obedecer a la presión que ejercerían algunos países miembros, que contaban ya con un cuerpo normativo en el campo de concentraciones, con el fin de evitar que se pudiera ver diezmado el ámbito de competencia de sus instituciones nacionales para ceder el paso al organismo comunitario<sup>10</sup>.

Ante este silencio del Tratado, poco tiempo después la Comisión Europea comenzó a cuestionarse sobre la materia y a presionar por una regulación de las concentraciones a nivel comunitario, lo cuál abrió pues un duro debate. Fruto de aquellas discusiones en 1966 se presentó el llamado "Memorando sobre las Concentraciones", en donde la Comisión expuso su opinión respecto a la posible regulación de la materia con fundamento en el artículo 86 CEE (hoy 82 CE) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, esto es bajo el esquema del "Abuso de la Posición Dominante"<sup>11</sup>. Sin embargo, será solamente hasta los años de 1971 y 1984 cuando, con ocasión de los casos Continental Can<sup>12</sup> y Philip Morris<sup>13</sup>, se materializa la aplicación de la interpretación presentada en el Memorando.<sup>14</sup>

---

<sup>5</sup> Durante todo el tiempo de vigencia del Tratado y hasta el 2002 encontramos efectivamente concentraciones que fueron analizadas bajo este cuerpo normativo. Ver informes de la Comisión Europea en materia de competencia en el sitio Web [www.ec.europa.eu/comm/competition/index\\_en.html](http://www.ec.europa.eu/comm/competition/index_en.html).

<sup>6</sup> DALLE VEDOVE, Giampaolo. "Concentrazioni e gruppi nel diritto antitrust". Cedam, Università degli Studi di Verona, Collana di studi giuridici No. 27, Padova (Italia), 1999, p. 9

<sup>7</sup> "Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea" (CEE), firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 y rige desde el 1 de enero de 1958, (en adelante, "Tratado de Roma").

<sup>8</sup> El texto original del artículo tercero literal f del Tratado de Roma disponía "*el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común*".

<sup>9</sup> Es igualmente a partir de este Tratado que se fija un claro sistema de protección del comercio europeo contra las prácticas restrictivas de la competencia y los abusos de posición dominante en sus artículos 85 y 86 CEE (hoy artículos 81 y 82 CE).

<sup>10</sup> MANGINI, Vito e OLIVIERI, Gustavo. "Diritto Antitrust". Giappichelli Editore, Turín (Italia), segunda edición, 2005, p. 94.

<sup>11</sup> Existían también quienes pensaban en una posible regulación de las concentraciones sobre la base del artículo 85, es decir dentro del marco de las prácticas restrictivas de la libre competencia, no obstante la Comisión en ese mismo memorando expresó sus fundadas dudas respecto a tal solución. (BIANCHI, Patrizio. "Politiche della concorrenza e controllo delle concentrazioni in Europa", En Promozione della concorrenza e Politiche Antitrust: I fondamenti teorici e l'esperienza italiana, A cura di: Alfredo del Monte. Il mulino, Bologna (Italia), 1997, p. 137-138)

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, Europemballage y Continental Can / Comisión, Caso 6/72.

Como consecuencia de todo este proceso en 1989 se aprobó el primer reglamento comunitario en materia concentraciones de Empresas, esto es el Reglamento n. 4064/89<sup>15</sup>, el cual plantea avances significativos en la materia, dentro de ellos resaltemos los siguientes<sup>16</sup>:

- Aborda el derecho de la competencia desde una visión dinámica y con ello plantea la reorganización de la actividad industrial europea.

- Presenta por primera vez dentro del territorio Europeo el concepto de "dimensión comunitaria" el cual se logra determinar a partir de los niveles de facturado de las empresas interesadas. De esta manera deja de utilizarse, en materia de concentraciones, el concepto de "perjuicio al comercio entre estados" implementado para los artículos 81 y 82 CE.

- Establece el principio de "autoridad única" (también llamado en inglés "one stop shop") con el cual se clarifica la relación entre intervención comunitaria e intervención nacional a través del sistema de envíos y reenvíos, evitando así el riesgo de la llamada "doble barrera". Con esto se confiere a la Comisión Europea la competencia única de valorar las concentraciones empresariales que entren dentro de los márgenes de la denominada "Dimensión Comunitaria"<sup>17</sup>, evitando de esa manera que las autoridades garantes de la competencia de los Estados miembros tengan jurisdicción sobre estos casos, para así evitar al máximo la interferencia en la actividad empresarial<sup>18</sup>.

- Respecto al criterio sustancial de valoración de las concentraciones, se cambia el concepto de "el abuso de la posición dominante", por el de la "creación o el reforzamiento de una posición dominante", sin que se especifique la naturaleza ni la tipología del acto que la determina.

- Se fortalece la posición de la Comisión como guardián del Tratado.

No obstante los importantes avances presentados con el Reglamento n. 4064/89, la solución del tema no se detuvo allí, pues en virtud de varias razones como el ámbito restringido de aplicación de la normatividad, la prudencia de la Comisión al aplicarlo y la complejidad normativa, llevaron a que el Reglamento y el tema de las concentraciones se mantuviera en un continuo proceso de revisión<sup>19</sup>. Fruto de ese proceso se han publicado precisamente una serie de Comunicaciones de la Comisión tendientes a dar claridad sobre varios aspectos concretos de la normativa comunitaria, varias de ellas las citaremos más adelante.

---

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de Diciembre de 1985, *Sigarette industrie y otros / Comisión*, Casos 240, 241, 242, 261, 262, 268 y 269 /82. En este caso, no obstante también se admitió la posible aplicación del artículo 85 CEE (hoy 81 CE).

<sup>14</sup> BIANCHI, Patrizio. Op. cit., p. 139.

<sup>15</sup> Reglamento (CEE) n. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 395) (en lo sucesivo, "Reglamento n. 4064/89").

<sup>16</sup> BIANCHI, Patrizio. Op. cit., p. 140 -141.

<sup>17</sup> En el artículo 1 del Reglamento n. 4064/89 se encuentran las reglas a partir de las cuales se puede identificar cuando se estaba en presencia de una operación de dimensión comunitaria a partir de la cual se hiciera necesario efectuar el estudio de compatibilidad con el derecho antitrust europeo.

<sup>18</sup> FATTORI, Pietro – TODINO, Mario. "La disciplina della concorrenza in Italia". Il mulino, Bolonia (Italia), 2004 p. 215. Este principio se redefinió con mayor precisión en el Reglamento n. 139/04.

<sup>19</sup> MANGINI Vito, op. cit., p. 95.

Con posterioridad viene la firma del Tratado de Maastricht en 1992<sup>20</sup>, en donde se introdujo, entre otras varias reformas, la consolidación de la libre circulación de la mercancía en el espacio geográfico europeo. A partir de ese Tratado se desarrollaron dos elementos que vinieron a influenciar fuertemente el desarrollo de la competencia, esto son: de un lado, la disminución del ciclo expansivo de las empresas Europeas en el espacio geográfico comunitario, lo que llevó a que se redujera fuertemente el número de fusiones y concentraciones que habían caracterizado la fase expansiva; y de otra parte, el desarrollo del debate sobre la subsidiariedad, lo que hizo que la Comisión ejerciera una aplicación descentralizada del derecho de la competencia, permitiendo a las instituciones de la competencia de los países miembros resolver los casos que afectaban esencialmente un mercado nacional<sup>21</sup>.

En 1997 tiene lugar una importante reforma<sup>22</sup> al Reglamento n. 4064/89, la cual se fijó los siguientes objetivos: mejorar el sistema de envíos y reenvíos entre la Comisión y la autoridad nacional para evitar la incertidumbre jurídica y los posibles daños económicos que generaban las múltiples notificaciones de una misma concentración, precisar los márgenes de facturación a efectos de definir en mejor forma cuando una operación tiene dimensión comunitaria, cobijar dentro de las hipótesis de concentración a las empresas en participación con plenas funciones, y, realizar otras modificaciones de carácter procesal.

Con el tiempo la discusión sobre la funcionalidad del Reglamento n. 4064/89 comenzó a intensificarse, adquiriendo especial fuerza a partir la publicación del Libro Verde en el año 2001<sup>23</sup>, en donde la misma Comisión planteó posibles reformas al Reglamento vigente en cuanto a: el alcance la dimensión comunitaria, el concepto de concentración, el criterio sustantivo de evaluación, y otros asuntos de carácter procesal.

Contemporáneamente, la Comisión comenzó a preocuparse por introducir criterios muy económicos en sus decisiones, mas sin embargo, la implementación de los mismos podría desbordar los límites del Reglamento n. 4064/89. Parece ser que fue efectivamente esto lo que sucedió en tres decisiones emitidas por el órgano en el año 2002<sup>24</sup> que resultaron anuladas por el Tribunal de Justicia Europeo sobre la base de errores en análisis económico frente a las normas comunitarias vigentes. Estas tres sentencias en efecto, permitieron una mayor reflexión a Comisión en cuanto a la aplicabilidad de la legislación vigente frente a algunos aspectos de la realidad económica empresarial, particularmente en lo que se refería a las concentraciones con efectos oligopolísticos<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> "Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea" (CE), firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 y entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.

<sup>21</sup> BIANCHI, Patrizio, op. cit., p. 143-144.

<sup>22</sup> Reglamento del Consejo (CE) n. 1317/97, de 30 de junio de 1997, que corrige el Reglamento (CEE) 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, (DO L 180 de 09.07.1997).

<sup>23</sup> Libro Verde de la Comisión sobre la revisión del Reglamento (CEE) n. 4064/89 del Consejo, presentado el 11 de diciembre de 2001 y consultable en sitio Web [www.europa.eu.int/comm/competition/mergers](http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers).

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal de justicia de primera instancia de 6 de junio de 2002, Airtours/Comisión, caso T-342/99; Sentencia del Tribunal de justicia de primera instancia de 22 de octubre de 2002, Schneider/Comisión, asunto T-310/01; Sentencia del Tribunal de justicia de primera instancia de 25 de octubre de 2002, Tetra Laval/Comisión, asunto T-05/02.

<sup>25</sup> No obstante, valga citar la opinión del entonces comisionado Europeo: "[...] sarebbe ingegnoso dire che la Commissione ha proposto la riforma del controllo delle concentrazioni sotto la spinta delle sentenze negative del tribunale di 1° grado. E' corretto tuttavia riconoscere che quelle sentenze hanno sicuramente impresso una spinta importante nell'indirizzare il processo di riforma verso certi obiettivi. Ciò detto, è un fatto che quando abbiamo avviato la redazione del libro verde, non era assolutamente in vista neppure la prima delle sentenze in questione, mentre l'arco dei problemi che abbiamo sottoposto a consultazione era

Fue a partir de ese momento donde se acentuó aún más el debate, al punto que la misma Comisión manifestó su intención de efectuar una reforma al sistema de regulación de las concentraciones, y fue así que comenzó a recibir aportes de los diferentes sectores interesados, cuyos escritos fueron publicados en el mismo sitio Web de la Comisión<sup>26</sup>.

Ese proceso terminó con dos documentos de la Comisión. De un lado la Línea guía sobre la evaluación de las concentraciones horizontales en donde se apeló a consideraciones sobre la eficiencia<sup>27</sup>, y el documento de propuesta al Consejo para la reforma al Reglamento sobre Concentraciones Empresariales. Estas propuestas de reforma buscaron fundamentalmente: construir modelos de aplicación de las normas de competencia más eficientes; dar una mayor transparencia y aplicabilidad del principio de subsidiariedad; y, mejorar la distribución de funciones entre la Comisión y las autoridades nacionales de la competencia<sup>28</sup>.

Finalmente el 20 de enero de 2004, se sanciona el nuevo Reglamento n. 139/04<sup>29</sup> luego de un arduo debate al interior del Consejo Europeo. Este nuevo Reglamento modifica integralmente el sistema de control de las concentraciones a partir de los siguientes cambios: se presenta un nuevo test para la evaluación de las concentraciones, el cual será analizado con detalle en la parte segunda de este trabajo; se incorpora un nuevo sistema de reenvíos entre la Comisión y las Autoridades Nacionales de la Competencia; se incluyen las llamadas "eficiencias" en el control de las concentraciones; y, se hacen ajustes al procedimiento.

Con posterioridad, la Comisión ha publicado fundamentalmente dos documentos que han tenido por objeto complementar y clarificar el mencionado Reglamento. Estos son: El Reglamento n. 802/04<sup>30</sup>, donde se da claridad a aspectos procesales y la "Comunicación sobre las concentraciones horizontales"<sup>31</sup> del 2004, donde se profundiza en el ámbito sustancial de este tipo de concentraciones, que por lo cierto

---

già molto ampio. Questi eventi giudiziari, ovviamente non piacevoli per la Commissione, nondimeno, sono arrivati nel momento giusto, nel senso che sono arrivati abbastanza tardi da far sì che nessuna persona ragionevole possa sostenere che la Commissione ha proposto la riforma delle concentrazioni a causa delle suddette sentenze; ma in tempo per approfondire la riflessione e trarne tutti gli insegnamenti possibili. Con ciò non si intende dire che condividiamo tutte le recenti pronunce del giudice comunitario, come dimostra il fatto che avverso una delle sentenze negative abbiamo interposto appello. Resta il fatto che tutto ciò ci ha consentito una riflessione che forse non avremmo effettuato senza quelle sentenze". (MONTI, Mario. Le nuove regole di concorrenza. Conferencia presentada en evento organizado por la Fundación Luigi Einaudi, el 3 de julio de 2003, <http://www.learlab.it/> ). Nótese también, y posiblemente contradictorio a lo anterior, como en el momento en que fue publicada la sentencia del caso Tetra Laval, el mismo comisionado Monti afirmó "our record in the merger area is less glorious after these Court rulings" (LEVY, Nicholas. "Eu Merger Control: a brief history". Publicado en el sitio Web de Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton, Bruselas (Holanda), 2004, p. 21, citando el diario "The Independent" del 25 de octubre de 2002, bajo el título de: "In European Court Deals Crushing Blow to Monti's Merger Policy").

<sup>26</sup> Consultar [www.europa.eu.int/comm/competition/mergers](http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers) .

<sup>27</sup> Comunicación sobre concentraciones horizontales, citada anteriormente.

<sup>28</sup> POLO, Michele. Op. Cit., p. 297.

<sup>29</sup> Reglamento (CE) n. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (<<Reglamento comunitario de concentraciones>>) (DO L 24, p.1) (en lo sucesivo "Reglamento n. 139/2004").

<sup>30</sup> Reglamento (CE) No. 802/04 de la Comisión de 7 de abril de 2004, "por el que se aplica el Reglamento (CE) No 139 /2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas", (DO L 24 de 30.4.2004) (en adelante, Reglamento n. 802/04)

<sup>31</sup> Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO C 31 de 05.02.2004) (en adelante, "Comunicación sobre las concentraciones horizontales").

son las que en mayor medida afectan el principio de libre competencia. Centraremos en este trabajo toda nuestra atención en estos últimos cuerpos normativos.

## PARTE PRIMERA: LA POSICIÓN DOMINANTE

Como lo enunciamos antes y desarrollaremos ahora, es en el Reglamento n. 4064/89, donde se incorporó por vez primera el criterio de la “posición dominante” como instrumento de evaluación jurídico de las concentraciones en Europa.

La razón de estudiar el criterio de la posición dominante, pese a no encontrarse formalmente en vigencia luego de la reforma en el 2004, obedece a cuatro razones fundamentales: la creación o el reforzamiento de la posición dominante sigue siendo aún hoy la hipótesis más importante del significativo obstáculo a la competencia, criterio hoy en día vigente; ha sido el criterio utilizado en Europa por 14 años, lo que ha dejado una práctica casuística muy importante en las decisiones de la Comisión y en la jurisprudencia Europea; es un sistema que ha sido acuñado por varios países miembros siguiendo la normativa comunitaria; y finalmente, porque nos permite entender y analizar las discusiones dogmáticas que se presentaron en su momento, lo cuál otorga una pauta muy importante en aras de la reflexión sobre la pertinencia de los criterios utilizados en otras latitudes del mundo.

Para abordar este tema nos proponemos estudiar la acuñación y concepto de la posición dominante, las diferentes formas a partir de las cuales se puede manifestar, sus diferencias con el sistema de Reducción Sustancial de la Competencia, y finalmente, presentar el debate que se suscitó en entorno a ese criterio en el contexto europeo.

### 1. EL CONCEPTO DE POSICIÓN DOMINANTE:

Para abordar el concepto de posición dominante en el derecho europeo, debemos primeramente precisar que no existió una definición legal concreta del término durante un largo periodo, razón por la cuál ha debido ser tomado el concepto que para dicho vocablo había decantado la jurisprudencia comunitaria.

En efecto, si observamos el Reglamento n. 4064/89, este dispuso en su artículo 2.3.,<sup>32</sup> lo siguiente:

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

Como se nota, la ley a través de este precepto incorpora el “criterio de la posición” dominante pero no nos ofrece una definición sobre los alcances de la misma.

Así las cosas, el concepto de posición dominante que ha debido ser utilizado en aras

---

<sup>32</sup> Igualmente el artículo 2.2. expresa la aplicabilidad del criterio de la posición sólo que se encuentra redactado de otra forma para presentar el mismo concepto pero en un sentido positivo. Como los efectos legales son los mismos nos referiremos en este texto siempre al artículo 2.3.

de la aplicación de la norma antes citada en punto de evaluación de concentraciones de forma oficial y recurrente<sup>33</sup>, fue precisamente aquél que había decantado ya la jurisprudencia para abordar el problema del “abuso de la posición dominante” del artículo 86 del Tratado de Roma (CEE) (hoy artículo 82 CE)<sup>34</sup>.

En consecuencia, la noción de dominación que se retomó fue la elaborada por el Tribunal de Justicia en sentencia del 14 de febrero de 1978, caso *United Brands Company vs United Brands Continental B.V.*, cuando definió la posición dominante en los siguientes términos:

*"situación de potencia económica gracias a la cual la empresa que la ostenta está en grado de obstaculizar la subsistencia de una competencia efectiva sobre el mercado en referencia, y tiene la posibilidad de tener comportamientos además independientes frente a sus competidores, a sus clientes y a los consumidores"*.<sup>35</sup>

No obstante la anterior definición, considero también importante citar aquí otras definiciones que podrían resultar relevantes. La doctrina, en aras de la practicidad, la ha definido como “la capacidad de aumentar los precios en manera significativa y durable”<sup>36</sup>. El Proyecto de Reforma del Reglamento de Concentraciones<sup>37</sup> también había ensayado una definición, pero que fue finalmente eliminado del texto final del Reglamento n. 139/04, y que se expresaba en los siguientes términos: “*A efectos del presente Reglamento se considera que una o varias empresas ocupan una posición dominante si utilizan su fortaleza económica, ya sea de forma coordinada o no, para ejercer una influencia apreciable y prolongada sobre los parámetros de la competencia y, en particular, sobre los precios, la producción, la calidad de la producción, la distribución o la innovación, o para restringir la competencia de manera apreciable*”.<sup>38</sup>

## 2. MANIFESTACIONES DE LA POSICIÓN DOMINANTE:

El ejercicio de una posición de dominio puede adquirir diferentes manifestaciones dependiendo del número de sujetos que intervienen. En tal sentido, tradicionalmente se ha apelado a la clasificación de: posición dominante individual y posición dominante colectiva.

### 2.1. La posición dominante individual:

---

<sup>33</sup> Véase por ejemplo la Sentencia de 25 de marzo de 1999, *Gencor / Comisión* (T-102/96, Rec. p. II-753), apartado 200, con la única diferencia que en vez de decir “una empresa”, dice “una o varias empresas”.

<sup>34</sup> La diferencia que en sus efectos tiene la posición de dominio, como criterio de control de concentraciones, y el art. 82 CE: “(...) estriba en que en un caso se trata de un control estructural, en el que la mera aparición de una posición de dominio conduce a una prohibición, mientras que en el caso del artículo 82 TCE sólo una conducta abusiva puede motivar la actuación de la Comisión Europea y la existencia de una posición de dominio no es per se censurable”. (GARCÍA Pérez Mercedes. “Dominancia vs. Disminución Sustancial de la Competencia, Cuál es el criterio más apropiado?: aspectos jurídicos). En: Documentos de Trabajo Instituto de Estudios Europeos, Centro de Política de la Competencia, N. 3, Madrid, 2002, p. 6.)

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1998, *United Brands /Comisión*, Caso 27/76.

<sup>36</sup> HEIMLER, Alberto. “Per le fusioni non servono nuovi test. Basta la posizione dominante”. En: *Mercato concorrenza regole*, Il mulino, Bologna (Italia), Anno V, n.3, dicembre 2003, p. 575.

<sup>37</sup> Propuesta del Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO C 20 de 28.01.2003) (En adelante “Proyecto de Reforma del Reglamento de Concentraciones”).

<sup>38</sup> Proyecto de Reforma del Reglamento de Concentraciones, antes citado, p. 28.

Esta manifestación, como su nombre lo indica, se presenta cuando la posición dominante es ejercida a través un solo individuo, esto es, cuando una sola empresa se encuentra en la capacidad de crear una situación de monopolio.

Para el tiempo en que fue diseñado el Reglamento n. 4064/89, la posición dominante individual fue precisamente la hipótesis que se previó como posiblemente contraria a la libre competencia, y en efecto aún hoy es la hipótesis donde se configura la principal amenaza al equilibrio competitivo, pues cuando un sólo vendedor o proveedor de servicios se encuentra en posición de determinar arbitrariamente los precios en un mercado de referencia<sup>39</sup>, éste podría elevarlos con grave perjuicio para los consumidores, de allí que sea necesaria la intervención pública aprobando, rechazando o aprobando con condiciones los proyectos integrativos que tengan como efecto la creación o consolidación de un monopolio.

## 2.2. La posición dominante colectiva:

Con el paso del tiempo y la aplicación del Reglamento n. 4064/89, se encontró que el mercado comunitario no se veía afectado solamente por las concentraciones que tenían por efecto generar una situación de monopolio, sino que también se podía, o se estaba viendo perjudicado, por aquellas integraciones que tenían por efecto generar una situación de oligopolio. De allí que se haya visto la necesidad de desarrollar en el ámbito del derecho antitrust europeo<sup>40</sup> la noción de posición dominante colectiva<sup>41</sup>.

La teoría de los oligopolios compone el núcleo central de la moderna teoría económica que se ocupa de los perfiles estructurales del mercado. Esta teoría se encarga de analizar las situaciones en las cuales la oferta, en un particular mercado, es atribuible a un número pequeño y tendencialmente estable de empresas<sup>42</sup>. En la base de este contexto, esto es, un mercado manejado por pocos operadores empresariales, se encuentra el concepto de “*nash equilibrium*” que implica que cada

---

<sup>39</sup> Para estos efectos debemos entender como mercado de referencia aquel mínimo conjunto de productos y/o de lugares en los cuales un hipotético monopolista podría aumentar los precios, en manera reducida pero significativa, por encima del nivel existente. (Heimler, Alberto. Op. Cit., p. 566).

<sup>40</sup> En el derecho norteamericano las operaciones que tienen por efecto una posición dominante colectiva en una situación de oligopolio se trata bajo el término de “coordinated interaction”. Sobre el particular las directrices de 1992 definen cuándo se estaría en presencia de esa situación, cuáles son las condiciones del mercado que la favorecen y cuáles no, y habla de las llamadas “maverick firms”. Bajo las mismas directrices las autoridades se deben oponer a las fusiones que impliquen pasar de más de 6 a 5 operadores en el mercado. (GARCÍA Pérez, Mercedes. Op. Cit., p. 12.).

<sup>41</sup> “According to the case law of the European court of Justice (“ECJ”) and the Court of First Instance (“CFI”), Collective dominance may arise where, in view of the actual characteristics of the relevant market and of the alteration in its structure that the transaction World entail, each member of the dominant oligopoly, as it becomes aware of its interests, may consider it possible, economically rational and therefore preferable to adopt on a lasting basis a common policy on the market with the aim of selling above competitive prices. The terminology most commonly used in economics that corresponds to collective dominance is “tacit coordination”, a phenomenon unique to oligopolistic or highly concentrated markets, by which the few sellers on the market recognise their interdependence with one another.” (BAXTER, Simon – Dethmers Frances. “Collective Dominance Under EC Merger Control – After Airtorus and the Introduction of Unilateral Effects is There Still a Future for Collective Dominance?”. En: European Competition Law Review, 2006, vol. 27, issue 3, p. 149) Véase en el mismo sentido la Sentencia Airtorus / Comisión, apartado 61, antes citada; y, la Sentencia Gencor / Comisión, apartado 277, citada anteriormente.

<sup>42</sup> Tener presente que una situación de oligopolio también se puede presentar a través de la creación de una nueva empresa por parte de dos empresas pertenecientes a un mismo mercado de manera que con tal operación puedan reforzar su situación de oligopolio en las relaciones externas. ( Dalle Vedove, Giampaolo. Op. Cit., p. 303)

empresa, de este selecto grupo, determina sus precios<sup>43</sup> de acuerdo con los precios fijados por sus competidores. Esta situación da lugar a una “best response” consistente en que cada empresa da “la mejor respuesta” a su competidor en precio, calidad del producto etc., y este otro competidor a su vez también da su mejor respuesta, logrando así la consolidación del denominado “*equilibrio competitivo*”.<sup>44</sup>

Por tanto, no todas las situaciones de oligopolio generan un perjuicio a los consumidores y ello conlleva a que no todas las concentraciones que tienen como efecto generar una situación de oligopolio deban ser prohibidas por el derecho antitrust, pues en la medida en que se mantenga el esquema de la “best response” el equilibrio competitivo estará garantizando.

Contrario sensu, será la hipótesis en que, por un efecto coordinado las empresas involucradas en un oligopolio dejen de dar su mejor respuesta competitiva rompiéndose como consecuencia el mencionado equilibrio. En este último caso, ciertamente será necesaria la intervención de las autoridades del derecho antitrust para prohibir una concentración que tenga una consecuencia semejante, o ajustar la misma de forma que los consumidores no se vean perjudicados.

El punto clave es que precisamente revisando la normativa comunitaria, vigente desde 1989, se encontró que la misma no estaba estructurada para responder a los supuestos de oligopolio que afectaban de forma negativa el mercado, razón por la cual desde los primeros años de vigencia del Reglamento n. 4064/89 se comenzó a discutir sobre la necesidad de cubrir estas hipótesis. Frente a esta situación inicialmente se presentó una respuesta por parte de la Comisión Europea y la jurisprudencia comunitaria, mas no siendo suficiente, posteriormente se planteó la posibilidad de reformar la legislación entonces vigente.

Así las cosas, desde 1992 con el caso Nestlé/Perrier<sup>45</sup> se previó por parte de la Comisión la posibilidad de extender la aplicación del Reglamento n. 4064/89 a los casos de dominación colectiva y se dieron allí los primeros parámetros para el marco de aplicación del mismo. Luego con el caso Kali/Salz<sup>46</sup> en 1998, el Tribunal de Justicia avaló el principio según el cual se permite a la Comisión evaluar los efectos de una operación en términos de constitución o reforzamiento de la posición dominante colectiva<sup>47</sup>. Posteriormente en la sentencia Gencor/ Comisión<sup>48</sup>, el Tribunal de primer

---

<sup>43</sup> Es preciso tener en cuenta que si bien la variable “precio” es la que se presenta en la mayoría de los casos y la que más se cita a modo de ejemplo, no es la única variable que se puede afectar en una situación de oligopolio o monopolio, pues también puede ser la calidad del producto, la limitación de la producción o el volumen, el reparto del mercado en zonas geográficas, la adjudicación de contratos en mercados de licitación, entre otras. Piénsese el caso en que un puñado de empresas se colocan de acuerdo tácita o expresamente para disminuir la calidad de un producto y así maximizar sus utilidades, en este caso si bien los precios frente al consumidor no se ven elevados, el mismo si se ve perjudicado por la acción de esta maniobra empresarial.

<sup>44</sup> FINGLETON, Jhon y DERMONT, Nolan (Traducido al Italiano por Michele Abrescia). Mind The Gap: La reforma del regolamento comunitario sulle concentrazioni. En: Mercato concorrenza regole, Il mulino, Año V, número 2, Boloña (Italia), 2003, p. 313.

<sup>45</sup> Caso Nestlé – Perrier M. 190, julio 22 de 1992.

<sup>46</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1998, Francia y otros/Comisión, denominada “Kali & Saltz”, asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95.

<sup>47</sup> “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, las facultades de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran

grado otorgó indicaciones más precisas afirmando que: la dominación colectiva es un oligopolio estable; que en un oligopolio no es necesaria la presencia de un vínculo estructural entre las empresas; y que, esos vínculos pueden ser comprendidos en el sentido de interdependencia<sup>49</sup>. Finalmente, va a ser en el año 2002 con el caso Airtours/Comisión<sup>50</sup>, cuando se definió con precisión las condiciones necesarias para la individualización de una dominación colectiva en los siguientes términos:

*“Como alega la demandante y la Comisión ha admitido en sus escritos procesales, para que pueda crearse una situación de posición dominante colectiva así definida es necesario que se cumplan tres requisitos:*

*- En primer lugar, hace falta que todos los miembros del oligopolio dominante puedan conocer el comportamiento de los demás miembros para comprobar si están adoptando o no la misma línea de acción. Como admite expresamente la Comisión, no basta con que cada uno de los miembros del oligopolio dominante sea consciente de que todos pueden beneficiarse de un comportamiento interdependiente en el mercado, sino que deben tener un modo de saber si los demás operadores adoptan la misma estrategia y si la mantienen. Por tanto, la transparencia del mercado debe 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 en el mercado.*

*- En segundo lugar, es necesario que la situación de coordinación tácita pueda mantenerse en el tiempo, es decir, que debe existir un incentivo a no apartarse de la línea de conducta común en el mercado. Como señala la Comisión, únicamente si todos los miembros del oligopolio dominante mantienen un comportamiento paralelo pueden beneficiarse de él. Este requisito incluye que existan represalias en el supuesto de que una conducta se desvíe de la línea de acción común. A este respecto, las partes están de acuerdo en que, para que una situación de posición dominante colectiva sea viable, tienen que existir suficientes factores de disuasión para incitar de forma duradera a los operadores a no apartarse de la línea de conducta común, lo que significa que hace falta que cada uno de los miembros del oligopolio dominante sepa que una actuación altamente competitiva por su parte dirigida a aumentar su cuota de mercado provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa (véase, en este sentido, la sentencia Gencor/Comisión, antes citada, apartado 276).*

*- En tercer lugar, para demostrar de modo suficiente con arreglo a Derecho la existencia de una posición dominante colectiva, la Comisión debe asimismo acreditar que la reacción previsible de los competidores actuales y potenciales y de los consumidores no cuestionaría los resultados esperados de la línea de acción común”.<sup>51</sup>*

---

*medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y por último, de sus consumidores” (Sentencia Kali & Salz, apartado 221, antes citada).*

<sup>48</sup> Gencor / Comisión, antes citada.

<sup>49</sup> MONTI, Mario. “Le nuove regole di concorrenza”. Discurso pronunciado en la Fundación Luigi Einaudi el 3 de julio de 2003, Roma, <http://www.learlab.it/>.

<sup>50</sup> Airtours/Comisión, antes citada.

<sup>51</sup> Sentencia caso Airtours/Comisión, apartado 62, antes citada.

La sentencia emitida en el caso *Airtours* marcó sin duda un hito jurisprudencial en el análisis de las concentraciones y fue una pieza clave para la posterior estructuración del Reglamento n. 139/04. De la mencionada sentencia se puede concluir que: a) El tribunal clarificó que la posición dominante colectiva es un concepto que se aplica sobre todo a los oligopolios caracterizados por productos homogéneos; b) Para identificar una posición dominante colectiva no es necesario probar la existencia de una posición dominante explícita, pero sí será necesario demostrar que la interacción de las empresas en el mercado conduciría a un equilibrio de tipo dominante; c) Solamente se aceptará en el caso en que la concentración resulte colectivamente ventajosa; d) Para probar la existencia de una posición dominante colectiva no basta valorar las características estructurales del mercado, pero sí resulta necesario analizar los comportamientos específicos de la empresa adquirida o verificar que concretamente la operación facilita la obtención de un equilibrio dominante;<sup>52</sup> e) Se debe determinar si la creación o el refuerzo de la posición dominante es consecuencia directa e inmediata de la concentración; y finalmente, f) En el análisis prospectivo que hace la Comisión respecto a una posición dominante colectiva no puede obedecer a un parámetro general de carácter unívoco, sino que se deben analizar las específicas circunstancias de cada caso concreto frente al mercado de referencia.

### **3. COMPARACIÓN CON EL SISTEMA NORTEAMERICANO DEL “SUBSTANTIAL LESSENING OF COMPETITION”:**

Sea ahora el momento de hacer una pequeña pausa en el estudio del modelo de evaluación de las concentraciones en Europa, para hacer breve repaso del desarrollo que sobre la misma materia se hizo en los Estados Unidos de América. Esto nos permitirá realizar posteriormente un paralelo entre ambos sistemas, lo cual a su vez nos facilitará entender las discusiones que se suscitaron en derecho comunitario entorno a la pertinencia o no de importar el modelo operante en ese país.

Como punto de partida podemos afirmar que es en el Derecho Norteamericano donde nace por primera vez el derecho antitrust, esto es, ese conjunto de normas que tienen por objetivo la tutela de la estructura y del proceso competitivo de un mercado<sup>53</sup>. En efecto, es allí donde se modela el primer cuerpo normativo integral de protección de la competencia a nivel mundial en el año 1890. Desde entonces y hasta tiempos actuales, la evolución legislativa y el desarrollo jurisprudencial norteamericano han marcado una pauta importante en muchos aspectos sustanciales para el resto de ordenamientos en el globo.

En los Estados Unidos esto nace como una reacción al poder exorbitante de la industria monopolística privada de fines del siglo XIX. En efecto, para ese tiempo se

---

<sup>52</sup> HEIMLER, Alberto. Op. Cit., p. 569-570.

<sup>53</sup> El concepto de derecho “anti-trust” proviene precisamente del “Trust” Norteamericano. El “trust” en su significado original, consistía en que varias empresas transferían dinero, títulos o patrimonio fiduciario a un comité de gestión llamado “board of trustees”, recibiendo a cambio un certificado de “trust”, los cuales daban derecho a participar de los resultados de la gestión en proporción a la cuota aportada. En la práctica lo que sucedía es que los transferimientos al trust consistían en participaciones sociales de los empresarios que hacían parte del acuerdo de trust, con el fin de concentrar en un sólo organismo la administración o el gobierno de esas participaciones sociales, dando lugar a lo que hoy se llamaría un grupo de control unitario o también llamado concentración empresarial. Fue así entonces, como la concentración fiduciaria de la gestión de participaciones sociales se usó con fines monopolísticos, práctica que en los Estados Unidos tomó fuerza entre los años 1890 y 1900. Para responder a este problema se edificaron las normas que citamos en esta sección. Hoy en día el “trust” es una institución jurídica típica y ha asumido funciones del todo diversas de aquella originaria. No obstante el término “anti-trust” se mantiene hasta nuestros días.

comenzó a presentar una constante aversión frente a los grandes grupos empresariales que se comportaban a través de contratos que limitaban la libertad de competencia imponiendo restricciones a los pequeños y medianos empresarios.

Así las cosas, en 1890 con la Sherman Act<sup>54</sup>, se abre paso a una regulación en la materia, la cual tuvo como objetivo proteger el comercio de las ilegítimas limitaciones a la competencia para así mantener condiciones esencialmente competitivas en un mercado económico abierto.<sup>55</sup> El objetivo para ese momento era entonces oponerse a los grandes complejos empresariales, prohibiendo todos los acuerdos (contracts), aún en forma de coalición o cooperación entre empresas (combination in the form of trust or otherwise), y todas las formas de colusión (conspiracy) restrictivos de la competencia y del comercio (in restraint of trade or commerce)<sup>56</sup>.

Posteriormente en 1914, se dictó una nueva ley, la Clayton Act<sup>57</sup>, que se fijó por objetivo recoger las leyes existentes en materia de derecho antitrust y dictar otras disposiciones. Sin derogar la Sherman Act, se encargó de prohibir algunas prácticas anticompetitivas que anteriormente no se habían contemplado, fijando además las principales reglas de carácter sustancial en el tema de prevención y represión de la concentración del poder público privado. Esta es una ley un poco más rígida que se encarga de definir el criterio con el cual se debe evaluar toda operación anticompetitiva. Para ello dispone como ilegal toda práctica que "pueda disminuir sustancialmente la competencia o tienda a crear un monopolio en cualquier línea del comercio"<sup>58</sup>.

Con el tiempo han sido necesarias otras modificaciones a la legislación vigente tales como la Celler-Kefauver Act<sup>59</sup> en 1950 y la Hart, Scout, Rodino Antitrust Improvement Act en 1976, entre otras, pero siempre con la observancia de la Escuela de Chicago, que favorece la reducción de la influencia pública sobre el mercado<sup>60</sup>.

Como lo hemos enunciado antes, al ser la legislación estadounidense la primera en regular la materia de las concentraciones empresariales, es indudable que ésta ha marcado una pauta para otras legislaciones como la europea, en efecto, la amplia interpretación jurisprudencial y doctrinal que se ha desarrollado en los Estados Unidos, se ha constituido, y se constituye aún hoy, como un parámetro indispensable para la

<sup>54</sup> "An Act to Protect Trade and Commerce against Unlawful Restraints and Monopolies" Consultable en el sitio Web <http://www.usdoj.gov/atr/>, texto incorporado en el "United States Code".

<sup>55</sup> BERNINI, Giorgio. "Un secolo di filosofia antitrust". Editrice CLUEB, Bologna (Italia), 1991, p. 37.

<sup>56</sup> La jurisprudencia en 1911 precisó una "rule of reason" en la materia afirmando: "Los acuerdos que tenga por objeto la pura restricción del comercio no son válidos. Esta presunción se encuentra excluida si las circunstancias específicas muestran que el contrato es razonable y proficuo para los intereses de la comunidad". DALLE VEDOVE, Giampaolo. Op. Cit. p. 4. (Traducción libre del autor).

<sup>57</sup> Consultable en el sitio Web <http://www.usdoj.gov/atr/>, texto incorporado en el "United States Code".

<sup>58</sup> Sección 14 Título 15 del "United States Code". (§ 3 del Clayton Act).

<sup>59</sup> "Le modificazioni apportate dal Congresso alle regole precedentemente in vigore possono riassumersi nei seguenti termini: a) il disposto della sezione 7 risulta ampliato nel senso di includere non sólo le concentrazioni effettuate tramite l'acquisto della <<totalità o qualsiasi parte delle azioni>> (...) di altre società ma anche quelle che risultino nell'acquisto della <<totalità o qualsiasi parte dei beni componenti il patrimonio>> (...) b) è stato eliminato dal testo della legge il criterio di illegittimità consistente nel determinare se l'effetto dell'acquisto i curi si tratta <<possa essere>> quello di diminuire sostanzialmente la concorrenza tra società incorporante e società incorporata; in altri termini, si considera l'effetto della fusione tra due società come fenomeno potenzialmente lesivo degli interessi degli operatori economici estranei all'operazione di concentrazione (...); c) se precisó el criterio de la reducción sustancial de la competencia en materia de concentraciones adicionando al final de la formula "any section of the country" BERNINI, Giorgio. Op. Cit., p. 55-56.

<sup>60</sup> BIANCHI, Patrizio. Op. Cit., p. 143.

interpretación de textos análogos en cuerpos normativos de otras latitudes<sup>61</sup>. A modo de ejemplo, véase cómo cuando se fijaron los parámetros de la Clayton Act en 1914, se estableció un sistema de prevención más que de represión de las prácticas restrictivas de la competencia, lo cual fue seguido por el modelo Europeo en los artículos 65 y 66 CECA y 85 y 86 CEE (ahora artículos 81 y 82 CE), pues allí se plantearon prohibiciones generales a partir de plantear un elenco de hipótesis particulares, ejemplificativas y no taxativas<sup>62</sup>.

No obstante lo anterior, no debe perderse de vista que el sistema americano se encuentra sustentado a partir de un sistema legal diferente al europeo y por tanto entiende por libertad de competencia un concepto que puede llegar a ser significativamente diferente<sup>63</sup>. Así las cosas, no puede pretenderse en forma alguna una aplicación directa de experiencia americana en otros ordenamientos.

Por ello, no podemos afirmar que la relación entre el derecho americano y el europeo sea tan evidente en punto de concentraciones. En efecto, si revisamos la sección 2 de la Sherman Act<sup>64</sup> y la sección 7 de la Clayton Act<sup>65</sup>, con el Reglamento n. 4064/89 es posible evidenciar diferencias significativas a saber: a) El concepto de monopolización usado en la normativa americana es diverso y más amplio respecto a la europea, pues en el sistema europeo solamente se sanciona una operación de concentración si ésta alcanza la connotación de una posición dominante en el mercado, en tanto que en los Estados Unidos se sanciona es toda concentración que tenga como efecto la reducción sustancial de la competencia, por tanto la condena de las operaciones de concentración no se produce sólo por la dimensión o dominio adquirido, aún cuando estos elementos sean útiles desde el punto de vista probatorio<sup>66</sup>; b) El sistema americano se ha caracterizado por un sistema doble de sanción civil y penal, en tanto que en el europeo prevalece las sanciones de tipo pecuniario y de naturaleza administrativa<sup>67</sup>; c) Cuando la Clayton Act usa la expresión "May be" resulta claro que no se sanciona sólo en el caso en el que se produzca un hecho que reduzca la competencia, sino que basta para ser sancionado que la conducta concentrativa pueda potencialmente reducir sustancialmente esa competencia; d) La utilización de adverbio "sustancialmente" obliga a que el análisis se sustente sobre una apreciación objetiva bajo consideraciones económicas.<sup>68</sup>

En materia específica de concentraciones en los Estados Unidos, así como en Canadá, Australia, Irlanda e Inglaterra se ha adoptado el sistema de Substantial Lessening of Competition (de forma abreviada SLC) que implica que una

---

<sup>61</sup> BERNINI, Giorgio. Op. Cit., p. 22.

<sup>62</sup> *Ibidem.*, p. 47.

<sup>63</sup> En Europa el mantenimiento de la libre competencia tradicionalmente se ha colocado en un primer lugar, como una alternativa a la intervención estatal en la economía; en tanto que, en los Estados Unidos se entiende que la libre competencia es posible sólo cuando se combate a los oligopolios, pues ellos son los enemigos de la libertad de empresa en una economía de libre mercado.

<sup>64</sup> "Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court". (Sección segunda de la Sherman Act titulada "Monopolizing trade a felony; penalty").

<sup>65</sup> Esta norma prohíbe cualquier concentración o adquisición de mercancía o activos "where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly."

<sup>66</sup> BERNINI, Giorgio. Op. Cit., p. 39-40.

<sup>67</sup> *Ibidem.*, p. 41.

<sup>68</sup> *Ibidem.*, p. 45-46.

concentración debe ser prohibida o limitada en la medida en que se encuentre que la misma produce una reducción sustancial de la competencia.

El test de Reducción Sustancial de la Competencia se edifica a partir de analizar el equilibrio que puede resultar entre el mercado con ausencia de la concentración y el mercado luego la concentración, de la diferencia entre esos dos equilibrios es que va a depender la eventual reducción del bienestar de los consumidores. Es por tanto objeto del análisis, mirar los aumentos de precios y la reducción de la cantidad de la oferta.<sup>69</sup>

Este es un sistema muy elástico y sus decisiones son muy discrecionales, de allí que se haya visto la necesidad de limitar su aplicación a través de las líneas guía que se han emitido en este sentido por los diferentes países que lo utilizan. Igualmente se ha visto la necesidad de hacer que la decisión final sea tomada por un juez imparcial.

A modo de comparación con el precedente test europeo de "dominación", debemos decir en líneas generales que: el criterio de la posición dominante en lugar de analizar una reducción sustancial de la competencia, lo que hace es individualizar cuando una empresa o un conjunto de empresas, como consecuencia de una concentración, podrían encontrarse en condiciones de dominar el mercado;<sup>70</sup> y que, la decisión final no la toma un juez imparcial, salvo que el caso sea recurrido ante el Tribunal Europeo, puesto que la competencia originaria tanto para la instrucción como la resolución son adoptadas por la entidad garante de la Competencia, esto es la Comisión Europea.

Recapitulando, la razón fundamental de traer este tema al análisis de las concentraciones en el escenario comunitario europeo, obedece a que varias de las críticas que se le han formulado al sistema de la "posición dominante" radican en sus deficiencias desde el punto de vista del análisis econométrico de las concentraciones empresariales, del cual por el contrario es rico el sistema americano.

En efecto, han sostenido los defensores del SLC, que el análisis económico de ese sistema permite afrontar de forma más apropiada el estudio de las concentraciones y en particular la gran deficiencia que tiene el test de la dominación frente a las hipótesis de oligopolios con efectos no coordinados.<sup>71</sup>

Sobre el particular<sup>72</sup>, veremos las diferentes posiciones que se suscitaron en el

---

<sup>69</sup> GRILLO, Michele e MAGNANI, Laura. Op. Cit., p. 230-231.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 231.

<sup>71</sup> Sin embargo, tan poco puede desconocerse a quienes piensan que todo control de integraciones empresariales tiene como preocupación la posición dominante, así como la posibilidad de coordinación oligopólica con posterioridad a la integración. Y que por tanto, la diferencia que existía entre el sistema norte americano y el europeo no era la presencia o no de estos elementos como tal, sino que más bien la diferencia se centraba en el enfoque que cada ordenamiento tenía o tiene. Así las cosas, en el sistema Europeo anterior, la preocupación tenía que ver más con la "estructura del mercado", en tanto que, en los Estados Unidos siempre se ha analizado más es el "proceso competitivo" como tal. (Agradeciendo muy especialmente los comentarios que el evaluador de éste artículo me ha propuesto).

<sup>72</sup> En opinión del entonces Comisionado Mario Monti: *"Tengo la impresión que el debate sobre contraposición entre los dos test sustanciales ("Creación o reforzamiento de una posición dominante" en la UE, "Sustancial reducción de la competencia" en los Estados Unidos) sea ahora algo un poco nominalístico, mientras se tiende a descuidar la cuestión sustancial. Sobre lo cual es necesario reflexionar es si, independientemente de las etiquetas y de las denominaciones, los parámetros de evaluación de las concentraciones utilizados en ámbito comunitario sean diferentes de aquellas que se aplican en las agencias americanas. En propósito, me parece que las dos disciplinas sean sustancialmente convergentes, porque ambas buscan prevenir que una concentración produzca un sensible y durable empeoramiento de las condiciones competitivas por el hecho que una, o más empresas, como consecuencia de la operación, aprovechen el poder de mercado practicado precios sobre competitivos,*

momento de discusión de la reforma que tuvo lugar en el 2004.

#### **4. CRÍTICA Y DEBATE DOCTRINAL EN TORNO AL CRITERIO DE POSICIÓN DOMINANTE INCORPORADO EN EL REGLAMENTO 4064/89:**

Como lo hemos enunciado anteriormente, en torno al criterio de posición dominante se comenzó a suscitar, poco tiempo después de la promulgación del Reglamento n. 4064/89<sup>73</sup>, una ardua discusión sobre la efectividad del mismo frente a las posibles variables competitivas.

Para estos efectos, acá presentaremos las principales discusiones que se suscitaron al respecto:

##### **4.1. El problema fundamental: el GAP del sistema de posición dominante:**

La discusión principal se centró en presencia de un espacio o vacío (GAP), en la medida en que el sistema no cubría todas las hipótesis bajo las cuales debería protegerse el derecho de la competencia a nivel comunitario, o las protegía de forma equivocada. De forma especial la discusión se focalizó en aquellas hipótesis de concentraciones oligopolísticas con efectos no coordinados, las cuales veremos con detalle en la segunda parte de este trabajo. Todo esto para afirmar que en el sistema europeo se estaba incurriendo en errores tanto de primer como segundo tipo, esto es, que se estaban prohibiendo operaciones que en realidad no eran contrarias a la libre competencia, o que se estaban autorizando operaciones que sí resultaban contrarias a la sana competencia del mercado común.

A esto se aunaba la rigidez del sistema del Reglamento n. 4064/89, pues sólo las hipótesis planteadas por el test eran admisibles quedando por fuera otras consideraciones que se podrían modular a partir de la casuística. Al contrario de esto sostenían que el test de SLC es más flexible, pues consiente una mejor consideración de algunas situaciones específicas, como sería las hipótesis del oligopolio con efectos no coordinados, donde por efecto de una concentración los operadores del mercado serían inducidos, en razón de las características estructurales del mercado, a aumentar los precios a niveles sobre competitivos, sin necesidad de coordinarse entre ellos.

Así las cosas, la posición dominante se presenta cuando un empresario individual o un grupo de empresas actúan colectivamente con el fin de generar una situación de monopolio u oligopolio. El problema radicaba en que podían presentarse situaciones que afectarían el equilibrio competitivo en un oligopolio sin que se configurara una posición de dominio, como el caso de las concentraciones con efectos no coordinados, dejando a los consumidores desprotegidos frente a esa forma de desequilibrio competitivo. Por tanto, los casos de posición dominante representaban sólo una de las

---

*reduciendo las cantidades o empeorando la calidad de los bienes o servicios producidos, con perjuicio de los consumidores". (POLO, Michele. Op. Cit., p. 305-305. (Traducción libre del autor del Italiano al Español).*

<sup>73</sup> El punto crítico para el inicio del debate se presentó en el caso GE/HONEYWELL (julio de 2001) cuando se produjo una ruptura entre el sistema norteamericano y el sistema europeo, toda vez que la Comisión prohibió esta concentración, la cual había sido admitida en los Estados Unidos, sin suficientes pruebas de naturaleza económica; fue además criticada por su presunto sustento en la llamada teoría "portfolio power" y por el excesivo intervencionismo por parte de la Comisión. (Fingleton, John. Op. Cit., p. 310-312).

categorías de hipótesis en la cual la competencia disminuía.<sup>74</sup>

Igualmente, se sostuvo que el sistema europeo resultaba insuficiente para controlar las integraciones horizontales entre el segundo y el tercer operador del mercado, toda vez que tal situación no conduce a una situación de posición dominante colectiva pero sí a una reducción sustancial de la competencia.<sup>75</sup>

Un planteamiento así por supuesto no quedaría completo sin escuchar la posición de los contradictores al cambio. Ellos afirmaban que en realidad el sistema vigente en Europa era flexible, con capacidad de adaptación a las diferentes circunstancias, por tanto “*los detractores deberían estar en la capacidad de probar que el actual test conduce efectivamente a decisiones erradas*”<sup>76</sup>. De igual forma, sostenían que si bien es cierto que se encontraba un vacío legislativo en materia de los oligopolios con efectos no coordinados, la jurisprudencia también había sido flexible en asumir los nuevos retos presentados, luego según ellos, sólo habría sido necesario que llegara al Tribunal un buen caso para que se hubiera podido construir una teoría jurídica que cubriera también las hipótesis de concentraciones con efectos no coordinados. De igual forma, afirmaban que aunque el sistema era relativamente reciente<sup>77</sup>, éste había demostrado una extraordinaria eficacia, asegurando un tratamiento expedito y eficiente de las concentraciones de dimensión comunitaria.<sup>78</sup>

La solución que por excelencia se propuso para solucionar ese aparente vacío fue, como lo vimos, la implementación del sistema americano de la reducción sustancial de la competencia, en la medida en que el mismo se sustenta sobre un sólido análisis económico. La utilización del mismo a su vez permitiría solucionar el vacío (GAP) que se presenta entre el sistema americano y el sistema europeo, lo que se traduce en una mayor seguridad jurídica para los empresarios<sup>79</sup>.

Los detractores de esta solución afirmaban por el contrario que el test de reducción sustancial de la competencia ha demostrado que puede conducir a decisiones análogas al sistema de posición dominante desde el punto de vista sustancial, siempre que los dos criterios sean interpretados rigurosamente.<sup>80</sup>

4.2. En cuanto que el uso del vocablo posición dominante puede ser ambiguo:

De otro lado también se criticó el hecho de utilizar el mismo concepto “posición dominante” dentro del derecho de la competencia, para explicar dos fenómenos jurídicos diferentes, esto es el abuso de la posición dominante del artículo 82 CE y la posición dominante como criterio de evaluación de las concentraciones<sup>81</sup>, pues se

---

<sup>74</sup> FINGLETON, John. Op. Cit., p. 320.

<sup>75</sup> MONTI, Mario. Le nuove regole di concorrenza. Op. Cit., p. 5.

<sup>76</sup> HEIMLER, Alberto. Op. Cit., p. 565.

<sup>77</sup> Recordemos que opera en el contexto europeo desde 1990.

<sup>78</sup> POLO, Michele. Op. Cit., p. 297.

<sup>79</sup> Evidentemente muchas de las concentraciones que se analizan en el contexto comunitario europeo a su vez son o fueron revisadas por el derecho antitrust norteamericano, lo que resulta obvio por el contexto globalizado en el que se mueven las economías de escala en tiempos modernos.

<sup>80</sup> HEIMLER, Alberto. Op. Cit., p. 577.

<sup>81</sup> La diferencia fundamental entre el Reglamento n. 4064/89 y el artículo 82 CE es que mientras el artículo 82 prohíbe los comportamientos abusivos de parte de las empresas en posición dominante, el Reglamento tiene una finalidad diversa, y es aquella de impedir que, a través de una concentración se obtenga la posición dominante en perjuicio de los consumidores. Lo que preocupa al legislador, no es el poder de mercado conseguido meritoriamente por una empresa en el mercado, proporcionando a sus clientes productos mejores y de bajos precios, sino el comportamiento de los empresarios que más

afirmaba que ello generaba una gran confusión y oscuridad en el derecho comunitario de la competencia, así como también para el mundo de los negocios y para los consumidores.<sup>82</sup>

Sin embargo, desde mi punto de vista esta parecía ser una crítica superflua, toda vez que operaciones de esta magnitud no son estudiadas individualmente por un empresario desprevenido, sino que por el contrario, todas estas propuestas de fusión vienen acompañadas de concienzudos análisis jurídicos y económicos por parte de eruditos en la materia; e igualmente, las autoridades competentes, quienes a su vez tiene la función de proteger los derechos de los consumidores, gozan de una preparación lo suficientemente alta como para incurrir en un equívoco de esas dimensiones.

#### 4.3. En cuanto a conservar las estructuras preexistentes:

De otro lado, la Comisión afirmó, incluso en el proyecto de modificación del Reglamento, la necesidad de preservar la estructura del concepto de “posición dominante”, toda vez que de esa forma se podía conservar el amplio desarrollo jurisprudencial que se ha elaborado en materia, evitando de esa forma soluciones separadas de la evolución jurídica europea<sup>83</sup>. Esto aunado a que un cambio radical del test podría generar pequeñas dificultades con los sistemas de muchos estados miembros que ya han legislado conforme a los lineamientos comunitarios<sup>84</sup>.

A lo que se afirmó por sus detractores que tal aseveración no era tan sustentada, en la medida que en realidad se trataba tan sólo de un puñado de sentencias que se habían presentado en los últimos cuatro años, antes de la reforma, entre los más relevantes el caso *Airtours*.

---

fácilmente consiguen esa posición a través de la adquisición de otra empresa (HEIMLER, Alberto. Op. Cit., p. 575).

<sup>82</sup> FINGLETON, John. Op. Cit., p. 324.

<sup>83</sup> Al respecto el comisionado de la Comisión Europea Mario Monti expresó “En fin, con nuestra reforma se salvaguarda “l’acquis” comunitario, vale decir el rico bagaje de precedentes de la Comisión y de la Tribunal de Justicia en la materia, evitando soluciones originales desprovistas de un punto de referencia al interior del ordenamiento comunitario, así como el ensanchamiento respecto a la mayor parte de los ordenamientos nacionales antitrust, que en este tiempo han sido modelados a imagen y semejanza del sistema comunitario”. (POLO, Michele. Op. Cit., p. 306.)

<sup>84</sup> HEIMLER, Alberto. Op. Cit., p. 574.

## PARTE SEGUNDA: SIGNIFICATIVO OBSTÁCULO A LA COMPETENCIA

Visto el nacimiento, evolución y crítica al concepto de posición dominante, es ahora posible estudiar y entender el nuevo criterio sustancial para el control de las concentraciones en Europa, pues como veremos, la separación entre uno y otro no es determinante, al contrario, se encuentran inescindiblemente ligados pese a que se haya cambiado su denominación para hacerlo más omnicompreensivo, al menos en apariencia.

Para estos efectos dividiré el trabajo de la siguiente manera: primero veremos un breve recuento histórico sobre el nacimiento y consolidación del criterio de "significativo obstáculo a la competencia"<sup>85</sup> en el espacio europeo; luego analizaremos las modificaciones introducidas por el nuevo Reglamento y la Comunicación sobre Concentraciones Horizontales; posteriormente, analizaremos sus aplicaciones específicas en cuanto a efectos coordinados y no coordinados; y finalmente, su incidencia en términos de eficiencia.

### 1. NACIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DEL NUEVO CRITERIO:

#### 1.1. Green Paper:

Como lo adelantamos en la parte introductoria, el proceso formal de reflexión entorno a la modificación del criterio sustancial de evaluación de las concentraciones en Europa inició con la publicación, por parte de la Comisión, del Libro Verde en el año 2001<sup>86</sup>.

Allí se planteó, entre los otros aspectos que ya mencionamos, la reflexión sobre la oportunidad de sustituir el test de la posición dominante, por aquel de la reducción sustancial de la competencia (SLC).

En el texto se resumieron los diferentes argumentos a favor y en contra de la implementación del SLC en el contexto europeo, que obedecen básicamente a los expuestos en el capítulo precedente de este trabajo, pues en ese documento lo que hizo fue recoger de forma sintetizada las diferentes posiciones que la doctrina había presentado hasta la fecha en lo atinente a la implementación del SLC en Europa.

No obstante, según mi criterio, resulta claro que la posición de la Comisión en ese momento se orientaba a reafirmar la eficacia y funcionalidad del sistema de la posición dominante, en tanto que, se mostraba reticente frente al sistema americano. Sin embargo, en aras de permitir la pluralidad de opiniones, la Comisión abrió el espacio en este Libro Verde para que los defensores del SLC pudieran presentar las argumentaciones respectivas.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> El nuevo test, también puede ser llamado con las siglas en inglés: significant impediment to effective competition, ("SIEC test") WEITBRECHT, Andreas. "EU merger control in 2004 - An overview". E.C.L.R, issue 2, 2005, Sweet & Maxwell and Contributors, p. 68.

<sup>86</sup> Libro Verde de la Comisión sobre la revisión del Reglamento (CEE) n. 4064/89 del Consejo, antes citado.

<sup>87</sup> En efecto, se afirma en el apartado 167 del Libro Verde, antes citado, lo siguiente: "[...] *la experiencia de la aplicación del criterio de dominación no ha puesto de manifiesto ninguna grieta importante en el alcance del mismo. Tampoco ha producido frecuentemente resultados divergentes cuando este criterio ha sido aplicado por otros órganos jurisdiccionales. Sin embargo, dado que las operaciones de concentración tienen una dimensión cada vez más internacional, la Comisión considera llegado el momento de iniciar el*

En el texto del libro verde no aparece un trazo evidente a la implementación del “significativo obstáculo de la competencia” como criterio fundamental, no obstante, éste fue el momento en que se comenzó oficialmente el debate que luego permitió la migración, o mejor simplemente ampliación, hacia el nuevo criterio que se adoptaría en el Reglamento n. 139/04.

## 1.2. Propuesta de la Comisión:

El Proyecto de Reforma del Reglamento de Concentraciones, citado anteriormente, se presenta en su versión final en enero del año 2003<sup>88</sup>, dando aplicación al artículo 9 del Reglamento n. 4064/89 con el objeto inicial de revisar los umbrales de negocios, más que es aprovechada para examinar el Reglamento en su conjunto, esto es, tanto en aspectos sustanciales como procedimentales.<sup>89</sup>

El documento, elaborado sobre la base de los resultados del proceso de consulta avivado por el libro verde, mostró, según la visión de la Comisión, un éxito general del control comunitario de concentraciones, aún cuando también una serie de deficiencias en algunos aspectos, entre ellos, el alcance del criterio de la posición dominante.<sup>90</sup>

Para cumplir este propósito, se propuso sustituir el Reglamento por un nuevo Reglamento comunitario de concentraciones utilizando la técnica de la refundición.<sup>91</sup>

En el punto atinente a la modificación del criterio sustancial, en el Proyecto se señala que el criterio de la posición dominante ha demostrado ser un instrumento capaz de adaptarse a la mayor variedad de situaciones en las cuales existe poder de mercado, y que si el criterio, a la fecha de la reforma, no se había moldeado jurisprudencialmente de forma que permitiera cobijar también los casos de concentraciones en monopolios con efectos no coordinados, obedecía simplemente a que en la práctica europea no se había presentado un caso que hubiese facilitado su estudio.<sup>92</sup>

Para dar claridad a esta situación, en el proyecto se propone un concepto de posición dominante<sup>93</sup> de forma que se incluyera en él la hipótesis del famoso “gap”<sup>94</sup>. No obstante, en el texto del Reglamento final, este numeral fue eliminado.

En este orden de ideas, citemos el aparte de la propuesta que interesa en torno al criterio sustancial:

*“Las concentraciones que no creen ni refuercen una posición dominante a consecuencia de la cual se obstaculice de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo se declararán compatibles*

---

*debate exhaustivo sobre las respectivas ventajas de ambos criterios a efectos del control de las operaciones de concentración”.*

<sup>88</sup> No obstante, téngase presente que el paquete de la propuesta de reforma, fue presentado por primera vez al Consejo el 11 de noviembre de 2002. (Commission Press Release IP/02/1856 del 11 de diciembre de 2002).

<sup>89</sup> Apartado 2 de la exposición de motivos del Proyecto de Reforma del Reglamento de Concentraciones, antes citado.

<sup>90</sup> Apartado 5, ibídem.

<sup>91</sup> Apartado 6, ibídem.

<sup>92</sup> Apartado 54, ibídem.

<sup>93</sup> Citado en el capítulo anterior de este trabajo.

<sup>94</sup> Ver parte primera numeral 4.1. de este trabajo.

*con el mercado común”*

*Las concentraciones que creen o refuercen una posición dominante a consecuencia de la cual se obstaculice de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo se declararán incompatibles con el mercado común”<sup>95</sup>*

De este texto considero importante resaltar los siguientes aspectos:

- a. No se propone abandonar el sistema de la posición dominante, de manera que la dominación seguía siendo el elemento catalizador para prohibir una concentración.
- b. Con la modificación propuesta, se ampliaba el alcance del sistema europeo para ponerlo en consonancia con el sistema del “substantial lessening of competition”,<sup>96</sup> lo que además se pone en evidencia con el nuevo concepto de posición dominante.
- c. Junto con la propuesta de modernización del criterio sustancial, fue necesario presentar el proyecto de Comunicación sobre Concentraciones Horizontales, antes citado, el cual tenía como función clarificar e interpretar la terminología implementada en el proyecto de Reglamento, de forma que permitiera cerrar los espacios que pudiera dejar la amplitud del nuevo criterio propuesto. De particular relieve el concepto de posición dominante<sup>97</sup> y la identificación de los principales modos a partir de los cuales las concentraciones horizontales podían perjudicar la competencia efectiva instaurando o reforzando una posición de dominio (párrafo 11 del proyecto de línea guía).

### 1.3. Negociación en el Consejo Europeo:

En lo que refiere a la negociación que se surtió al interior del Consejo Europeo, respecto de la propuesta de reforma al Reglamento de Concentraciones, lo primero que se puede decir es que no fue un debate pacífico, pues al interior del Consejo se encontraban contrapuestas las posiciones de los diferentes países miembros.

Algunos Estados eran partidarios de favorecer aún más el acercamiento hacia el sistema Americano, argumentado las siguientes razones: el “substantial lessening of competition” (SLC) comprende todos los tres casos de efectos anticompetitivos posiblemente causados por las operaciones de concentraciones: posición dominante de una única empresa, oligopolio con efectos coordinados y oligopolio con efectos no coordinados; el SLC no es una entidad ni nueva ni desconocida, lo cual proporciona certeza aplicativa en su utilización; la pérdida del desarrollo jurisprudencial europeo, en cuanto a la posición dominante, es escasa o casi inexistente, luego si se adopta

---

<sup>95</sup> Numerales 3 y 4 del artículo 2º del Proyecto de Reforma del Reglamento sobre Concentraciones, citado anteriormente.

<sup>96</sup> En la entrevista que en su momento se hizo a Mario Monti, él mismo expresó: "Nosotros proponemos clarificar simplemente el alcance, en el sentido de especificar que el instrumento a disposición consiente escrutar cualquier operación de concentración susceptible de producir una reducción sustancial de la competencia con perjuicio de los consumidores" (POLO, Michele. Op. Cit., p. 303).

<sup>97</sup> “Ai fini del presente regolamento, si considera che una o più imprese detengano una posizione dominante qualora abbiano, coordinandosi o meno, il potere economico di influire in modo sensibile e durato sui parametri della concorrenza, in particolare sui prezzi, sulla produzione, sulla qualità del prodotto, sulla distribuzione o sull'innovazione o di precludere sensibilmente la concorrenza”. Citado por FINGLETON, John. Op. Cit., p. 321.

otro sistema no es grave el daño; el SLC tiene una fuerte raíz de análisis económico; existiría una mayor correspondencia entre el test y las línea guía; y, el SLC permite alcanzar el objetivo que la comisión se ha propuesto.<sup>98</sup>

Otros Estados buscaban por el contrario mantener la estructura existente en Europa, esto es el sistema de posición dominante, sobre la base de la siguiente argumentación: de un lado algunos pensaban que en realidad no existía el “gap” al que se ha hecho referencia antes, otros, porque si bien reconocían la presencia del “gap”, consideraban que el mismo no era muy grave y que la introducción del SLC podría otorgar poderes discrecionales muy amplios a la Comisión.<sup>99</sup>

Fruto de esta discusión finalmente el 27 de noviembre de 2003 se aprueba el Reglamento n. 139/04 el cual en general introdujo pocos cambios respecto al proyecto formulado por la Comisión, no obstante en materia del criterio sustancial se precisó su amplitud tal y como lo veremos en seguida.

#### 1.4. Reglamento n. 139/04:

En marzo del año 2004 entró en vigor el nuevo Reglamento n. 139/04 con un nuevo planteamiento del criterio sustancial de evaluación de las concentraciones en Europa, en efecto en el artículo segundo numerales 2 y 3 se expresó:

*“2. Las concentraciones que no sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán compatibles con el mercado común.*

*3. Las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común.”*

De igual forma, los considerados, que tienen un valor de interpretación auténtica del Reglamento, clarificaron con respecto al nuevo test lo siguiente:

a. Que las concentraciones empresariales deben ser valoradas de una forma positiva<sup>100</sup> toda vez que ellas no causen un perjuicio duradero a la competencia<sup>101</sup>.

b. Que para que ello sea posible, es necesario un instrumento jurídico único que permita evaluar las concentraciones en el derecho europeo<sup>102</sup>.

<sup>98</sup> FINGLETON, John. Op. Cit., p. 333.

<sup>99</sup> FINGLETON, John. Op. Cit., p. 333.

<sup>100</sup> “Estas reorganizaciones deben valorarse de forma positiva en la medida en que responden a las exigencias de una competencia dinámica y pueden aumentar la competitividad de la industria europea, mejorar las posibilidades de crecimiento y elevar el nivel de vida en la Comunidad.” (Considerando 4 del Reglamento n. 139/04).

<sup>101</sup> “No obstante, es necesario garantizar que el proceso de reestructuración no cause un perjuicio duradero a la competencia; el Derecho comunitario debe, por consiguiente, contener disposiciones que regulen las concentraciones que puedan obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.” (Considerando 5 del Reglamento n. 139/04).

<sup>102</sup> “Por consiguiente, es preciso un instrumento jurídico específico que permita un control efectivo de todas las concentraciones desde el punto de vista de su efecto sobre la estructura de la competencia en la Comunidad y que sea el único instrumento aplicable a estas concentraciones. El Reglamento (CEE) no 4064/89 ha permitido desarrollar una política comunitaria en este ámbito. No obstante, a la luz de la

c. Que en aras de la seguridad jurídica, el nuevo test de “significativo obstáculo a la competencia” permite hacer una interpretación extensiva del concepto de posición dominante, de forma que sea posible ejercer un control sobre las concentraciones con efectos no coordinados en mercados oligopolísticos<sup>103</sup>.

d. Que con el fin de conservar la orientación jurídica europea en materia de concentraciones, se debe entender que los obstáculos significativos a la competencia derivan de la creación o refuerzo de una posición dominante.<sup>104</sup>

e. Que para dar claridad al proceso de control de las concentraciones, la Comisión Europea debe publicar algunas directrices (“guidelines”) que brinden un sólido marco económico a la evaluación de las concentraciones.<sup>105</sup> Esto se materializa, al menos parcialmente, en la Comunicación sobre Concentraciones Horizontales, que veremos a continuación.

#### 1.5. Comunicación de la Comisión sobre las concentraciones horizontales<sup>106</sup>:

Como sabemos las concentraciones horizontales se presentan cuando la operación de integración ocurre entre dos o más empresas que son competidores reales o

---

*experiencia adquirida, en estos momentos resulta oportuno refundir dicho Reglamento en un texto legislativo que responda a los retos de un mercado más integrado y de la futura ampliación de la Unión Europea. Con arreglo a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad establecidos en el artículo 5 del Tratado, el presente Reglamento no va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de garantizar que no se distorsione la competencia en el mercado común, conforme al principio de una economía de mercado abierta con libre competencia.” (Considerando 6 del Reglamento n. 139/04).*

<sup>103</sup> *“Habida cuenta de las consecuencias que las concentraciones pueden tener en estructuras de mercado oligopolísticas, resulta particularmente necesario preservar la competencia efectiva en estos mercados. Si bien muchos mercados oligopolísticos presentan un elevado grado de competencia, en determinadas circunstancias las concentraciones que implican la desaparición de importantes presiones competitivas que las partes en la concentración ejercían entre sí, así como una reducción de la presión competitiva sobre los competidores restantes, pueden, incluso en ausencia de la probabilidad de coordinación entre los miembros del oligopolio, llegar a ser un obstáculo significativo para la competencia. Sin embargo, los Tribunales comunitarios no han interpretado expresamente, hasta ahora, que el Reglamento (CEE) no 4064/89 requiera que las concentraciones que dan lugar a estos efectos no coordinados sean declaradas incompatibles con el mercado común. Así pues, y en aras de la seguridad jurídica, debería aclararse que este Reglamento permite un control efectivo de tales concentraciones al establecer que toda concentración que obstaculice de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo debería declararse incompatible con el mercado común. El concepto de obstaculización significativa de la competencia efectiva establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 2 debe ser interpretado haciéndolo extensivo, más allá del concepto de posición de dominio, sólo a los efectos anticompetitivos de una concentración que resulten de un comportamiento no coordinado entre empresas que no tengan una posición dominante en el mercado relevante.” (Considerando 25 del Reglamento n. 139/04).*

<sup>104</sup> *“Los obstáculos significativos a la competencia efectiva se derivan de la creación o refuerzo de una posición dominante. A fin de preservar la orientación que cabe extraer de pasadas sentencias de los Tribunales europeos y de decisiones de la Comisión en relación con el Reglamento (CEE) no 4064/89 y mantener a la vez la coherencia con los estándares de perjuicio para la competencia aplicados por la Comisión y los Tribunales comunitarios en relación con la compatibilidad de las concentraciones en el mercado común, el presente Reglamento debe en consecuencia consagrar el principio de que una concentración de dimensión comunitaria que obstaculice de forma significativa la competencia efectiva, en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular cuando ello resulte de la creación o refuerzo de una posición dominante, ha de ser declarada incompatible con el mercado común.” (Considerando 26 del Reglamento n. 139/04).*

<sup>105</sup> *“Con objeto de clarificar y explicar la evaluación por parte de la Comisión de las concentraciones en virtud del presente Reglamento, resulta adecuado que la Comisión publique unas directrices que brinden un sólido marco económico para la evaluación de las concentraciones, con vistas a determinar si pueden declararse compatibles con el mercado común.” (Considerando 28 del Reglamento n. 139/04).*

<sup>106</sup> Comunicación sobre Concentraciones Horizontales, antes citada.

potenciales en el mismo mercado de referencia, verbigracia, cuando se produce entre dos empresas prestadoras de servicios turísticos cuando ambas ofrecen productos iguales o similares en un mismo espacio geográfico.

La Comunicación, publicada al mismo tiempo que el Reglamento n. 139/04, cumple con la función principal de proporcionar una interpretación al Reglamento cuando estas operaciones pueden obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, en particular al crear o reforzar una posición dominante<sup>107</sup>. Esta interpretación por supuesto, no tiene fuerza de ley, y se entiende sin perjuicio de la interpretación que pueda hacer el Tribunal de Justicia o el Tribunal de primera instancia de las Comunidades Europeas, no obstante, otorga una guía clara a los operadores del mercado de cómo la Comisión evaluará la integración en el contexto comunitario<sup>108</sup>.

Para ello, en la Comunicación se presentan los siguientes temas: las cuotas de mercado y grado de concentración en el mercado, los posibles efectos anticompetitivos de las concentraciones horizontales, el poder de negociación de la demanda, la entrada de nuevos competidores, y las eficiencias.

Particular interés nos representa los posibles efectos anticompetitivos de las concentraciones, toda vez que allí se abordan los temas de efectos coordinados y no coordinados de una concentración, los cuales fueron objeto principal de discusión en lo que se refiere a la modificación del criterio sustancial de evaluación de las concentraciones. La regulación específica en estos aspectos los veremos más adelante.

Igualmente, a partir de la Comunicación se puede evidenciar una clara correspondencia entre la política legislativa en los Estados Unidos y en Europa, tal es así que en ambos ordenamientos se fijan las mismas circunstancias específicas en las que se puede hacer una valoración positiva sobre la base de la eficiencia, esto es: que la concentración debe beneficiar a los consumidores, que esta obedece a la concentración y que la misma sea verificable.<sup>109</sup>

Finalmente, la Comunicación aclara que tanto las coordinaciones con efectos directos o indirectos pueden presentarse también en virtud de una fusión con un competidor potencial, o incluso en concentraciones que crean o refuerzan el poder de la demanda con respecto a los mercados ascendentes.

## **2. ANÁLISIS DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL NUEVO REGLAMENTO N. 139/04 EN PUNTO DEL CRITERIO SUSTANCIAL DE EVALUACIÓN DE LAS CONCENTRACIONES:**

Revisando con atención las disposiciones normativas e interpretativas enunciadas anteriormente, considero que resultan pertinentes las siguientes reflexiones.

---

<sup>107</sup> Las razones que motivaron a la Comisión para publicar la Comunicación sobre las concentraciones horizontales, pueden resumirse en las siguientes: proveer una guía que permita comprender la forma en como la Comisión valora las concentraciones, prescribir un cuadro económico válido para la evaluación de las concentraciones, y dar a las decisiones elaboradas por la Comisión una mayor transparencia y claridad. (LEVY, Nicholas. "Mario Monti's Legacy in EC Merger Control". Publicado en: *Competition Policy International*, Volúmen 1, número 1, Primavera 2005, [www.eSapience.org](http://www.eSapience.org), p. 113.)

<sup>108</sup> Valga precisar que para la elaboración de esta Comunicación, la Comisión se baso en la experiencia adquirida en el análisis de los diferentes casos y en los pronunciamientos jurisprudenciales más importantes en la materia emitidos por la jurisdicción comunitaria, particularmente los casos citados en el capítulo precedente.

<sup>109</sup> LEVY, Nicholas. Mario Monti's Legacy [...]. Op. Cit., p. 120.

Si se comparan los textos del Reglamento n. 4064/89 y el Reglamento n. 139/04 en sus numerales 2 y 3, se evidencia cómo el margen de aplicación del reglamento en cuanto a la prohibición de las concentraciones es más amplio con la nueva normativa, pues ya no se circunscribe únicamente a la "creación o reforzamiento de una posición dominante", sino que ésta es tan solo una de las hipótesis por las cuales se puede ver afectado el mercado común, aún cuando estadísticamente sea el caso más notorio. Como sustento de esta afirmación nótese cómo, de un lado, en el considerando 26 hay una identificación exacta entre la "posición dominante" y el "significativo obstáculo a la competencia", y de otro lado, en el considerando 25<sup>110</sup> sólo se admite una interpretación del nuevo concepto, de forma que desborde los límites de la posición dominante, en el caso de concentraciones con efectos no coordinados en mercados oligopolísticos, la cual es además una hipótesis que se ha presentado en el contexto europeo en muy pocas oportunidades<sup>111</sup>.

De manera que si bien hoy el criterio principal y determinante en el análisis de las concentraciones en Europa es el "significativo obstáculo a la competencia", éste se seguirá modulando, en la mayoría de los casos, a partir de la "posición dominante". Por tanto, es posible afirmar, al menos desde el punto de vista normativo, que si bien el criterio de evaluación de las concentraciones cambió o precisó su nomenclatura, el sistema sigue teniendo como base cardinal la posición dominante<sup>112</sup>, no obstante, los cambios ofrecen una base normativa más sólida para valorar los "efectos" producidos por una concentración.

Con esto, y con el más amplio campo de discrecionalidad con el que cuenta la Comisión luego de la reforma, se pone fin a la principal crítica que le había formulado al criterio de la posición dominante, y que era precisamente, como lo vimos, el "gap" que existía por el no cubrimiento en un oligopolio de los posibles efectos no coordinados generados en virtud de una concentración. Por tanto, la reformulación del criterio sustancial hace que hoy sea posible declarar incompatible con el mercado común las operaciones de concentración con efectos no coordinados.

Con la ampliación mencionada, se puede entonces considerar de forma más sencilla la "posición dominante colectiva", de manera que se puedan identificar conductas coordinadas entre empresas para afectar la competencia.

De otro lado, obsérvese cómo se cambia la expresión de "suponer un obstáculo" por "susceptible de obstaculizar", lo cual permite un margen de aplicación más general respecto al anterior sistema. Esto podría llevar a pensar que con el nuevo "test" no sólo se puede prohibir una concentración al verificarse de forma efectiva el obstáculo a la competencia, sino que también frente a una "potencialidad" de afectar la competencia, lo que implica que se deban valorar aún más elementos de carácter

---

<sup>110</sup> Esta nota tuvo como objeto dar claridad sobre el punto que no existe ningún vacío entre el test de la posición dominante y el SLC, y para asegurar que tanto en los Estados Unidos como en la Unión Europea se aplica de forma efectiva el mismo marco analítico. (LEVY, Nicholas. "Eu Merger Control: a brief history". Publicado en el sitio Web de Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton, Bruselas (Holanda), 2004, p. 23).

<sup>111</sup> Los casos más representativos, bajo la hipótesis de las concentraciones con efectos no coordinados, se presentaron en Europa cuando ya el Reglamento n. 139/04 se encontraba aprobado más no en vigencia, por ello tuvieron que ser decididos bajo la Reglamentación anterior de conformidad con el artículo 26.2 del mismo Reglamento n. 139/04. Estos casos son Sony/Bertelsmann (Decisión de la Comisión de Julio 19 de 2004, Caso COMP/ M.3333) y Oracle/Peoplesoft (Decisión de la Comisión de Octubre 26 de 2004, Caso COMP/M 3216).

<sup>112</sup> Ver al respecto también: WEITBRECHT, Andreas. Op. Cit., p. 68.

subjetivo con proyecciones hacia el futuro.

Igualmente, se produce un mayor acercamiento al criterio de “Reducción sustancial de la competencia”, sin que por ello se pueda afirmar la adopción de ese sistema en el contexto europeo. En ese mismo orden de ideas, el nuevo concepto permite una mejor y mayor aplicación de consideraciones de tipo económico en el análisis de las concentraciones, sin que por esto se pueda sostener que en Europa existe hoy una profunda aplicación sistemática de consideraciones de tipo econométrico estricto.

En conclusión, si se analizan objetivamente los cambios, en realidad pareciera que no se trata de una modificación estructural al sistema ya existente, sino tan solo de una adaptación del mismo, de forma que se pueda responder en mejor forma a los vacíos que presentaba el modelo anterior.

### **3. EFECTOS COORDINADOS Y EFECTOS NO COORDINADOS:**

Como lo hemos anticipado, a partir de las críticas que se formularon con ocasión de la publicación del Libro Verde y más específicamente luego de la publicación del Reglamento n.139/04 y la Comunicación sobre Concentraciones Horizontales, se reflexionó sobre los efectos que pueden resultar de una concentración y su incidencia al momento de evaluar su compatibilidad frente al mercado comunitario. Estos efectos se dividen en coordinados y no coordinados.

#### **3.1. Efectos coordinados:**

Se presenta cuando una empresa fija unos precios (u otros como calidad, etc.) por encima de lo que sería la mejor respuesta (best response) bajo la confianza de que sus competidores actuarán de la misma manera gracias a un acuerdo previo entre ellos, generando con ello no un equilibrio competitivo sino en su lugar un equilibrio fraudulento por el pacto entre las empresas participantes en un determinado mercado.<sup>113</sup> El efecto se genera sin importar la forma jurídica que se utilice, e independientemente de si el acuerdo es tácito o expreso, o si es público u oculto.

Frente a esta hipótesis ciertamente la teoría del oligopolio no funciona, pues las empresas no dan sus mejores respuestas ni se logra el equilibrio competitivo. Por ello se ha buscado perfeccionar la teoría a partir de la utilización del concepto anglosajón de los plus factors<sup>114</sup>, que son una serie de factores, que si se presentan, hace que sea estadísticamente más probable que se realice un pacto empresarial. Por tanto, en el análisis de las concentraciones se presta especial atención a aquellas en donde en el mercado de referencia puede presentar una mayor cantidad de plus factors.<sup>115</sup>

Sin embargo, la práctica ha demostrado que este sistema, a partir de la identificación de los plus factors, puede no ser tan confiable en algunos casos, pues se podría llegar a negar concentraciones que realmente no afectan la libre competencia<sup>116</sup>, o por el

---

<sup>113</sup> FINGLETON John. Op. Cit. p. 314.

<sup>114</sup> Como ejemplos de plus factors encontramos: la presencia de un número limitado de empresas y la transparencia en la política de precios, entre otros.

<sup>115</sup> FINGLETON John. Op. Cit., p. 313.

<sup>116</sup> A modo de ejemplo: en una fusión por lo general se presenta una reducción del número de competidores y una asimetría en el mercado, más ese hecho no es suficiente para considerar que la fusión de por sí resulta contraria a la competencia, toda vez que puede que en ese sector del mercado queden otros competidores o subsistan otras consecuencias que permitan garantizar las condiciones para un equilibrio competitivo.

contrario, se puede llegar a calificar una concentración como de efectos no coordinados<sup>117</sup> cuando en realidad se trata de una de efectos coordinados. Esto ha llevado a que se haya sugerido que, además de la aplicación de los plus factors, se debe considerar la presencia de una simetría de costos.<sup>118</sup>

La teoría económica, por tanto, ha demostrado no ser tan efectiva cuando se trata de analizar los efectos coordinados, en tanto si ha probado su idoneidad frente a los efectos no coordinados.<sup>119</sup>

Para responder a esta situación de acuerdos empresariales que generan efectos coordinados, la Comisión Europea creó y desarrolló, con la clara colaboración de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, el concepto de “posición dominante colectiva o conjunta”, detallado anteriormente, entendiendo por la misma “la situación en la cual un cierto número de empresas se encuentra en la capacidad de ejercer colectivamente una posición dominante”,<sup>120</sup> el cual por lo cierto coincide con el concepto que para los mismos efectos se ha elaborado en el caso del artículo 82 del Tratado Europeo. A todo esto se suma el interés tanto de la Comisión como del Tribunal de hacer cada vez más coherente el concepto de posición dominante con la teoría económica.<sup>121</sup>

### 3.1.1. En la Comunicación sobre Concentraciones Horizontales:

Como lo habíamos enunciado anteriormente, en la Comunicación sobre concentraciones horizontales se explica con claridad la forma en como serán interpretados los conceptos de “concentración con efectos coordinados” y de “concentración con efectos no coordinados” incorporado a partir del nuevo Reglamento n. 139/04.

En lo que respecta a los efectos coordinados, la Comunicación entiende que se presentará cuando sea posible, económicamente racional, y por tanto preferible, que las empresas afectadas, como consecuencia de una concentración, adopten una estrategia de mercado a largo plazo destinada a vender a precios incrementados<sup>122</sup>.

Aclara igualmente, que la razones principales que pueden llevar a una concentración con estos efectos son: a) Cuando se presenta una “posición dominante colectiva”, toda vez que ella aumenta la probabilidad de que las empresas puedan coordinar su comportamiento incrementado los precios; y, b) Cuando por la concentración se robustece una coordinación ya existente o se permite que las empresas acuerden precios aún más altos. Como se ve, acá la Comunicación llama nuevamente la teoría de la posición dominante, como criterio principal de una concentración contraria al mercado comunitario.

Luego, tomando como base el ya citado apartado 62 de la Sentencia Airtours/Comisión, explica cuáles son las condiciones necesarias para que sea creíble que una concentración lleve a una situación de coordinación, y por lo tanto deba ser

---

<sup>117</sup> En la historia del control a las concentraciones a nivel comunitario se ha visto un mayor número de prohibiciones a fusiones con acuerdos entre empresas, que prohibiciones en hipótesis de efectos no coordinados.

<sup>118</sup> FINGLETON John. Op. Cit., p. 315-316.

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 316.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 316.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p.317.

<sup>122</sup> Apartado 39 de la Comunicación sobre Concentraciones Horizontales, antes citada.

prohibida. Estas condiciones, que luego son explicadas con detalle en los apartados 49 a 57 de la Comisión, son:

*“En primer lugar, las empresas que se coordinaban deben poder ejercer un control suficiente sobre el cumplimiento de las condiciones de la coordinación. En segundo lugar, la disciplina requiere que haya algún mecanismo de disuasión creíble que pueda activarse en caso de detectarse una desviación de lo acordado. En tercer lugar, los resultados esperados de la coordinación deben estar al abrigo de las reacciones tanto de los competidores actuales o futuros que no participen en ella como de los clientes.”*

Si miramos con atención estos factores terminan asemejándose mucho a lo que arriba denominados los “plus factors” del derecho antitrust norteamericano, con lo que se demuestra una vez más la tendencia que tuvo esta Comunicación de aproximarse al sistema del SLC.

Igualmente si se detalla, lo que la Comisión ha hecho con esta Comunicación es recoger los criterios que la jurisprudencia había elaborado para determinar la presencia de una posición dominante colectiva y los ha puntualizado para identificar cuándo una concentración tiene efectos coordinados. Luego en realidad, la Comunicación parece sostener la existencia de una identificación entre posición dominante colectiva y concentración con efectos coordinados. Por tanto, sería posible afirmar que, al menos en el escenario de las concentraciones horizontales con efectos coordinados, la posición dominante sigue siendo el criterio determinante.

### 3.2. Efectos no coordinados<sup>123</sup>:

El equilibrio competitivo, al que nos hemos venido refiriendo desde el capítulo precedente, puede afectarse en virtud de una integración empresarial, pues como vimos, fruto de esta operación la preponderancia de un sector económico puede concentrarse en unos pocos agentes económicos lo cual puede generar barreras para la entrada de nuevos competidores y/o la modificación en las condiciones de oferta de los productos o servicios, aún cuando para ello no medie acuerdo alguno.

Cuando dos empresas que pertenecen a un mercado en condiciones restringidas se unen en una sola, se producen dos consecuencias importantes: de una parte, esas empresas que anteriormente eran competidores dejan de serlo, de otra parte, estas empresas quedan con la capacidad de determinar los precios o condiciones en un mercado, tendiendo generalmente a elevar los precios o disminuir la calidad del producto, entre otros, para maximizar sus utilidades, esto independientemente de que sus competidores mantengan su oferta en mejores condiciones.

Obsérvese entonces que esa ruptura competitiva no se presenta a partir de un acuerdo entre empresas ni tampoco por cualquier tipo de confrontación entre ganancias futuras y actuales<sup>124</sup>, razón por la cual hablamos de efectos no coordinados entre empresas.

De esta operación se presentan entonces dos efectos: de un lado, el que se refleja entre las partes concentradas; y del otro, un efecto sobre los consumidores. Esta

---

<sup>123</sup> También llamado “Unilateral Effects”.

<sup>124</sup> FINGLETON John. Op. Cit., p. 313.

última es la que afecta el derecho de la competencia, y por tanto estaremos en presencia de un “efecto no coordinado” que involucra el derecho anti-trust.<sup>125</sup>

Para este efecto en particular es en donde se suscitaron la mayor cantidad de interrogantes, críticas y discusiones que luego llevó a la modificación del Reglamento en materia de concentraciones, tal y como lo habíamos expuesto anteriormente.

### 3.2.1. En la Comunicación sobre Concentraciones Horizontales:

La Comunicación nos recuerda que estamos en presencia de la concentración con efectos no coordinados, cuando la operación elimina “gran parte de la presión competitiva sobre una o varias empresas, que en consecuencia dispondrán de un poder de mercado incrementado sin tener que recurrir a un comportamiento coordinado”<sup>126</sup>. Una situación de este tipo puede comportar algunos beneficios: en primera instancia a las empresas concentradas, toda vez que al eliminar un competidor se pueden controlar en mejor forma los precios; en segunda instancia, a las demás empresas del mismo mercado, que si bien no participan en la fusión, pueden verse beneficiadas indirectamente del mismo afectando el equilibrio competitivo. Para comprender este último caso, piénsese por ejemplo cuando las empresas fusionadas, aprovechando su nueva posición en el mercado, elevan sus precios, a lo que sus competidores no participantes en la fusión, sin que medie acuerdo alguno, responden incrementando también sus precios, allí, las empresas que no hacen parte de la operación aprovechan la nueva situación del mercado con grave perjuicio para los consumidores.

En este punto, la Comunicación aclara que tal fenómeno puede ser producido bien en un contexto de monopolio, en donde juega un papel predominante la creación o reforzamiento de una posición dominante, o bien en un oligopolio, cuando se pueda demostrar la reducción de la presión competitiva, aún cuando resulte poco probable la coordinación entre los miembros del oligopolio.

Posteriormente la Comunicación nos presenta un elenco de los diferentes factores, no taxativos, que tendencialmente pueden favorecer que una concentración dé lugar a efectos no coordinados. Estos se presentan cuando: las empresas que van a fusionarse tienen elevadas cuotas de mercado, las mismas son competidores inmediatos, las posibilidades de los clientes para cambiar de proveedor son limitadas, la probabilidad de que los competidores aumenten el suministro si suben los precios es escasa, la entidad fusionada está en condiciones de impedir la expansión de sus competidores, y cuando, la fusión elimina una fuerza competitiva importante (apartados 27 a 38 de la Comunicación).

### 3.3. Notas conclusivas:

De estos apartados, a mi juicio resulta claro que cuando una concentración genera o fortalece un monopolio o una concentración en un mercado oligopolísticos con efectos coordinados, el criterio que por excelencia seguirá siendo utilizado es el de la posición dominante colectiva, con los desarrollos jurisprudenciales e interpretativos que se han elaborado para estos efectos en Europa.

De otra parte, y solo en los pocos casos de una concentración con efectos no

---

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 318.

<sup>126</sup> Apartado 22 de la Comunicación sobre Concentraciones Horizontales, antes citada.

coordinados en mercados oligopolísticos, el criterio que se aplicará será el de la reducción de la presión competitiva, no pudiéndose aplicar el criterio de la posición dominante, que resulta insuficiente en estos presupuestos.

De la interpretación que se hace la Comisión de las concentraciones horizontales, particularmente en lo que se refiere a los efectos no coordinados en mercados oligopolísticos, es clara la aproximación que se hace entre el “significativo obstáculo de la competencia” con la “reducción de la presión competitiva”.<sup>127</sup> Por ello, al menos en teoría, sería posible apelar, como fuente ilustrativa, a los desarrollos que este test que la “Reducción sustancial de la Competencia” ha tenido en los países que lo han implementado. Lo anterior lleva a justificar la pérdida de preponderancia, al menos textualmente, de la posición dominante como criterio único y omnicompreensivo, para otorgar el papel protagónico al significativo obstáculo de la competencia, el cual goza de una mayor amplitud.

## **BREVE COMENTARIO AL SISTEMA DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN COLOMBIA**

Sea entonces el momento de presentar brevemente algunos comentarios sobre el sistema de control de las concentraciones empresariales en Colombia, con el ánimo de permitir al lector evaluar por sí mismo el estado de la materia en nuestro ordenamiento y compararlo con el proceso de reflexión que el mismo ha tenido en otras latitudes, léase en el caso de este trabajo, el ordenamiento europeo<sup>128</sup>. Debo aclarar sin embargo, que con estos escuetos comentarios que haré a continuación, no pretendo en forma alguna desarrollar en su integridad el sistema de control de concentraciones en Colombia, tema que bien puede y debería ser objeto de un artículo de investigación independiente, sino simplemente presentar el marco general de evaluación de las integraciones a efectos de facilitar al lector la visualización del estado de la materia en nuestro país e incentivar a otros estudiosos a que se cuestionen sobre cuál ha sido verdaderamente la reflexión que al tema se le ha dado en Colombia.

Uno de los primeros aspectos que debemos tener presente en lo que concierne al control de las concentraciones en Colombia, es que la normativa que reglamenta la materia no emana de forma principal de un derecho comunitario, como en la

---

<sup>127</sup> No se puede negar que existen semejanzas entre la Comunicación sobre Concentraciones Horizontales y la Guidelines sobre Concentraciones Horizontales de los Estados Unidos. Es evidente que la nueva interpretación comunitaria buscó acercarse aún más al control sobre concentraciones de los Estados Unidos. (LEVY, Nicholas. "Eu Merger Control: a brief history". Op. Cit., p. 24).

<sup>128</sup> La Autoridad Garante de la Competencia en Colombia siempre ha tenido en cuenta, al menos parcialmente, el desarrollo legislativo y doctrinario sobre el tema en Europa, prueba de ello es que en varias oportunidades en el análisis de concentraciones en Colombia, se ha acudido a conceptos o figuras jurídicas decantadas en el derecho comunitario europeo. (Véase por ejemplo la Resolución 35516 de 2005 p. 5, la Resolución 13544 de 2006 p. 8, y la Resolución 35397 de 2005 p. 8, cuando para definir el “mercado del producto” citan la Comunicación Relativa a la definición del mercado de referencia 97/C 372/03 de la Comisión de las Comunidades Europeas (citar correctamente). En el mismo sentido la Resolución 28037 de 2004 p. 26 cuando para definir el término “duopolio” acude a la definición dada por el “Glosary European Comisión”; o para dar respuesta a los casos en que una concentración se ve afectada por encontrarse una de las empresas participantes en situación de crisis, se acudió a la Comunicación sobre Concentraciones Horizontales de 2004 (Resolución 13544 de 2006 p. 39); y también en la Resolución 07805 de 2007 p.9, se tomó como base la definición del mercado de un sector específico realizado por la Comisión Europea.)

experiencia europea<sup>129</sup>, aún cuando existe un marco jurídico andino en materia de competencia. En efecto, la Comunidad Andina compuesta por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, pese a contar con distintos instrumentos normativos supranacionales para la defensa de la competencia<sup>130</sup> en el entorno comunitario, ninguno de ellos se ocupa de forma específica al control de las concentraciones, de allí que las regulaciones en la materia aún sean de la órbita exclusiva de cada uno de los países miembros<sup>131</sup>.

Aclarado lo anterior, recordemos brevemente que el conjunto de normas que regulan el Derecho de la Competencia en Colombia de forma general es: el artículo 333 de la Constitución, la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992, entre otras normas, como el Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 266 del 2000 y la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Dentro de este conjunto de normas, sea pertinente ahora precisar aquellas disposiciones a partir de las cuales se integra el criterio jurídico sustancial que se aplica en Colombia. Para ello lo primero que debemos advertir es que se trata de un criterio jurídico mixto, valga decir propio del ordenamiento colombiano, de donde se pueden identificar tanto elementos del criterio de posición dominante como elementos del criterio de disminución sustancial de la competencia en aras de evitar una "indebida restricción de la competencia".

En efecto, en la norma angular del ordenamiento colombiano para el control de las concentraciones, art. 4 de la Ley 155 de 1959<sup>132</sup>, se dispone que la Superintendencia de Industria y Comercio deberá objetar las concentraciones cuando "(...) además de las causas previstas en las normas vigentes (...) éstas (...) sean el medio para obtener posición de dominio en el mercado". Y seguidamente en su parágrafo primero

---

<sup>129</sup> En la regulación comunitaria siempre se habla de "incompatibilidad con el mercado comunitario", lo que ciertamente se alinea con los objetivos de la legislación antitrust europea en materia de concentraciones, en tanto que, en el derecho Colombiano sólo se habla de ser "contraria a la competencia", sin ninguna consideración a posibles efectos negativos por fuera de las fronteras del territorio nacional, lo cual es perfectamente comprensible en la medida que la regulación en materia de concentraciones, como se anticipó, no obedece a un derecho comunitario sino nacional. En esta medida, los principios que se deben salvaguardar de forma primigenia para proteger el mercado serán aquellos que se encuentran incorporados en la Constitución Política Colombiana, particularmente el artículo 333.

<sup>130</sup> Los instrumentos jurídicos comunitarios andinos más importantes en materia de competencia son: Decisión 608 de marzo 29 de 2005 por la cual se dictan "normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina"; y la Decisión 284 de marzo 21 de 1991 por el cual se dictan "normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por restricciones a las exportaciones". Decisiones consultables en el sitio [www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org).

<sup>131</sup> Sea también pertinente recordar que la integración comunitaria andina si bien ha tenido como propósito la creación de un mercado común con libre circulación de bienes, de servicios, de capitales y de personas, no ha alcanzado sus propósitos comunitarios. De la misma forma, nos parece que esos propósitos hoy en día se encuentran cada vez más lejos gracias a las fuertes presiones de separación de la Comunidad por algunos de los países miembros (destáquese la reciente separación de Venezuela).

<sup>132</sup> Norma modificada por el Decreto 1122 de 1989, art. 239), que a su vez fue reglamentada por el Decreto 1362 de 1964 arts. 5 a 12. No debemos perder de vista sin embargo que, pese a que la norma citada data de 1959, en Colombia, al igual que la mayoría de países latinoamericanos, no se aplicó efectivamente la normativa de defensa de la competencia sino hasta la década de los noventa, tiempo en el cual se cambió el esquema proteccionista por el de apertura económica. Según el profesor Alfonso Miranda esto obedeció principalmente a las siguientes razones: a) no existía una verdadera cultura de competencia en el país; b) ausencia de voluntad política para aplicar las normas de la competencia; c) La escasez de recursos económicos y humanos para llevar a cabo la tarea; d) deficiencia estructural de la normativa. (MIRANDA Londoño, Alfonso y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, Juan David "Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. Los beneficios de la competencia". Revista de Derecho de la Competencia CEDEC VI, Volumen 2, número 2, enero – diciembre 2006, Bogotá (Colombia), p. 312.)

establece "El Gobierno Nacional deberá objetar la operación, si tiende a producir una indebida restricción a la competencia".

En desarrollo de esta norma, el Decreto 1362 de 1964 en su art. 5 establece "se presume que una concentración jurídico-económica tiende a producir indebida restricción de la libre competencia: a) Cuando ha sido precedida de convenios ligados entre las empresas con el fin de unificar e imponer los precios a los productores de materias primas o a los consumidores, o para distribuirse entre sí los mercados, o para limitar la producción, distribución o prestación del servicio; b) Cuando las condiciones de los correspondientes productos o servicios en el mercado sean tales que la fusión, consolidación o integración de las empresas que los producen o distribuyen pueda determinar precios inequitativos en perjuicio de los competidores". Seguidamente el mismo Decreto en su art. 8 clarifica que es también posible objetar una operación de fusión, consolidación o integración de empresas por los motivos expresados en el art.1 de la Ley 155 de 1959, esto es "los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos".

Por su parte el Decreto 2153 de 1992 en su art. 51, dispone "El Superintendente de Industria y Comercio no podrá objetar los casos de fusiones, consolidación, integraciones o adquisición del control de empresas que le sean informados, en los términos del art. 4 de la Ley 155 de 1959 cuando los interesados demuestren que puede hacer mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado".

De la lectura conjunta de estas normas, encontramos pertinentes las siguientes observaciones:

a. El primer comentario que me parece importante destacar consiste precisamente en que en Colombia realmente no se ha presentado una verdadera discusión dogmática sobre la pertinencia de adoptar un determinado criterio para el control de las concentraciones, pues dentro de la revisión hecha para este trabajo no se encontró en la doctrina nacional documento alguno que explicará el criterio mixto adoptado en el país. De allí que la impresión que resulta es que la adopción de esta solución pudo obedecer más a un capricho legislativo, quizás apalancado en la observancia de las distintas soluciones adoptadas en otros ordenamientos<sup>133</sup>.

b. Ese criterio de "posición de dominio en el mercado" aunado a "indebida restricción a la competencia" de la Ley 155 del 59 parece por lo cierto bastante impreciso, y entre estas la "indebida restricción a la competencia" además bastante ambiguo. De allí que en posteriores normas se haya querido fijar con mayor precisión el límite y contenido de los mismos.

c. En efecto, como vimos, la primera norma que buscó dar claridad respecto de la "indebida restricción de la competencia" fue el Decreto 1362 del 64, más en realidad

---

<sup>133</sup> Para la época en que fue redactada la Ley 155 ya se encontraban vigentes en los Estados Unidos de América la Sherman Act (1890), la Clayton Act (1914), y la Celler-Kefauver Act (1950); en Europa el Tratado del Carbón y del Acero (1951) y el Tratado de Roma (1957); En Argentina la Ley antimonopolio (1919); y en México la Ley Orgánica antimonopolio (1934).

lo que se hizo, a mi juicio, fue contribuir aún más a la confusión presentada en la Ley del 59, pues sostuvo que una concentración contraría la competencia cuando ha sido precedida o tiene por efecto alguna de las conductas entendidas como prácticas restrictivas de la libre competencia.

d. En todo caso recuérdese que en Colombia no se hizo efectivo ningún control de concentración sino hasta después de la década de los 90, tiempo para el cual se hizo vigente el Decreto 2153 del 92, en el cual se puede evidenciar una clara influencia del derecho norte americano. En efecto, se habla de una “reducción de la oferta del mercado”, que palabras más o palabras menos indica una “reducción sustancial de la competencia” (SLC), que como sabemos es el criterio estadounidense. Adicionalmente, esta norma contempló como excepción principal las “mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos que no puedan alcanzarse por otros medios”, lo que también en otras palabras, aún cuando quizás de forma no muy precisa, llama a la “eficiencias” del derecho antitrust de los Estados Unidos.

e. Así las cosas de las normas presentadas, es posible concluir que el criterio de control de las concentraciones en Colombia se estructura a partir de: la “posición dominante en el mercado”; la “indebida restricción de la competencia”, entendida como toda concentración que conlleve a los empresarios a prácticas restrictivas de la competencia; y la “reducción sustancial de la competencia”, con una excepción fundada en motivos de “eficiencia”.

Colombia es un país en vía de desarrollo basado principalmente en empresas de familia y con muy poco fraccionamiento del capital, lo que ha hecho que la dimensión de las empresas, en la mayoría de los casos, sólo alcance el tamaño de la mediana empresa en términos globales, lo cual a su vez ha dificultado inversiones en materia de desarrollo tecnológico. Al mismo tiempo Colombia es un país que desea e intenta insertarse dentro del proceso de globalización latente en el mundo actual, y para ello ha buscado el fortalecimiento de bloques de integración económica con otros países, por ejemplo a partir de tratados de libre comercio.

La anterior situación, plantea la necesidad ineludible de fortalecer el andamiaje empresarial colombiano, al punto que la empresa nacional pueda hacer frente a la competencia nacional e internacional a través de una fórmula de control de concentraciones que le permita: de un lado, crecer no solo a partir del éxito empresarial individual a través de la buena utilización de sus medios de producción, sino a partir de un crecimiento externo mediante de la adquisición, fusión o control de otro agente del mercado (integración empresarial); de otro lado, la fórmula debe tener como bondad que la consolidación de empresas, a través de la inversión extranjera, no impida la creación o fortalecimiento de la industria nacional.

En este sentido, considero sería pertinente en primera medida buscar una mejor interpretación de las normas hoy vigentes, esto con el ánimo de acercarlas a las necesidades actuales y como segunda opción explorar la posibilidad de una modificación legislativa de la materia.

## CONCLUSIONES

Me permito presentar las conclusiones finales obtenidas del estudio al análisis y desarrollo del criterio sustancial para el control comunitario de las concentraciones de empresas:

- El criterio de posición dominante entendido de manera sencilla como *la capacidad de aumentar los precios en manera significativa*, nace en Europa por obra jurisprudencial para delimitar el alcance del abuso de la posición dominante del ex artículo 86 CEE (hoy art. 82 CE) del Tratado de Roma.
- En el derecho antitrust de las concentraciones empresariales se busca proteger de manera principal el *equilibrio competitivo* y tutela de los intereses del consumidor.
- No todas las situaciones de posición dominante son contrarias al derecho de la competencia, pues toda vez que una operación de concentración mantenga el esquema del *best response* el equilibrio competitivo está garantizado.
- La normativa comunitaria vigente a partir de 1989 para el control de las concentraciones, demostró ser insuficiente para responder a los supuestos de oligopolio que afectan de manera negativa la competencia. Para afrontar esta situación la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia Europeo decantaron de forma precisa la forma de individualizar la posición dominante colectiva. A partir de allí podemos sostener que existe una clara diferenciación entre posición dominante individual y posición dominante colectiva en la experiencia jurídica europea.
- Si bien es cierto que una concentración de empresas puede generar una situación de abuso de posición dominante, tal y como se describe en el artículo 82 CE, no son instituciones jurídicas que deban confundirse. La diferencia fundamental consiste en que mientras el artículo 82 prohíbe los comportamientos abusivos de parte de las empresas en posición dominante, el Reglamento tiene una finalidad diversa, y es aquella de impedir que, a través de una concentración se obtenga la posición dominante en perjuicio de los consumidores.
- Si bien es cierto que el derecho antitrust y el control a las concentraciones empresariales nace en los Estados Unidos, ello no significa que en Europa se haya copiado las instituciones jurídicas allí desarrolladas. No obstante ese ordenamiento, gracias a su gran experiencia y decantación en la materia, siempre ha constituido y constituirá una fuente de referencia de gran importancia.
- En el derecho antitrust norteamericano, y el de otros países, se ha implementado el sistema de la "Reducción Sustancial de la Competencia" como criterio para evaluar las integraciones de empresas. En la doctrina europea se suscitaron muchas inquietudes en torno a la pertinencia de implementar este sistema en Europa.
- En torno a la aplicabilidad del criterio de la posición dominante adoptado en Europa se le suscitaron varias discusiones que pueden resumirse en: primero, los vacíos que se generaban por no cobijar las concentraciones empresariales en mercados oligopolísticos con efectos no coordinados y la diferencia de efectividad con respecto a los países que han adoptado el *Substantial lessening of Competition*; segundo, por la ambigüedad que puede resultar de la implementación de un mismo término con dos significados y alcances distintos dentro de una misma materia; tercero, la necesidad o no de conservar el desarrollo y tradición jurídica de la figura de

la posición dominante en Europa.

- Con ocasión de esta discusión, la Comisión Europea se dio a la tarea de estudiar las diferentes posiciones al respecto y presentó en el año 2002 el Libro Verde, en el cual, se recogieron la mayoría de las discusiones en torno a la funcionalidad del criterio de la posición dominante y se abrió el espacio para considerar formalmente la posible incorporación del SLC en el contexto europeo comunitario.
- Recibidos los diferentes aportes que se presentaron con ocasión del Libro Verde, en el año 2003, la Comisión se decide a presentar al Consejo Europeo un proyecto que reformaría todo el esquema del control de concentraciones. En él si bien se mantiene el criterio de la posición dominante, también amplía un poco su extensión con el ánimo de acercarse al criterio del SLC.
- En sede del Consejo Europeo el proyecto presentado por la Comisión encontró defensores y contradictores, esto sobre la base de que algunos de los estados miembros insistían en la implementación del sistema del SLC, en tanto que otros rechazaban cualquier modificación al sistema existente.
- Finalmente se aprueba el Reglamento n. 139/04 por parte de la Consejo Europeo sin importantes modificaciones frente al proyecto presentado. No obstante, en materia del criterio sustancial el “significativo obstáculo a la competencia” pasó a ser, al menos formalmente, el test general para el control de las concentraciones, y la posición dominante a ser solo un elemento caracterizante, aún cuando estadísticamente más determinante, del significativo obstáculo a la competencia.
- Con la modificación se buscó ofrecer una mayor seguridad jurídica, que hiciera posible ejercer un control sobre las concentraciones con efectos no coordinados en mercados oligopolísticos. Tendencialmente, también esta reforma permitió una mayor aproximación al SLC.
- Paralelamente a la aprobación del Reglamento n. 139/04 se publicó la Comunicación sobre las Concentraciones Horizontales, la cual cumplió como función principal dar claridad interpretativa a muchos de los apartados del nuevo Reglamento. En lo atinente al criterio sustancial de evaluación se abordó el tema de los efectos anticompetitivos de una concentración: coordinados y no coordinados.
- Estamos en presencia de un efecto coordinado cuando en virtud de una coordinación de comportamientos entre las empresas participantes en un mercado, estas aumentan los precios en perjuicio de los consumidores, obteniéndose así un equilibrio fraudulento en lugar de competitivo. Para identificar la presencia de una concentración con efectos coordinados, en la Comunicación sobre concentraciones horizontales, recogiendo lo ya sostenido por la jurisprudencia, proponen unos factores que hacen probable la configuración de los mencionados efectos. Estos factores se asemejan a lo que en el derecho norteamericano son los *plus factors*. Para la identificación de estos efectos se apela de forma especial al concepto de la *posición dominante colectiva*.
- Nos encontramos frente a un efecto no coordinado cuando por la concentración, se produce la eliminación de una parte importante de la presión competitiva en un mercado, ocasionando ello un incremento del poder de mercado para las empresas involucradas en un oligopolio, lo que se puede traducir en un aumento injustificado de precios sin necesidad de que medie acuerdo alguno.

- La incorporación de los efectos no coordinados dentro del control comunitario, constituyó la ampliación más importante de la reforma introducida con el Reglamento n. 139/04 en lo que se refiere al criterio sustancial. Es en estos casos en donde el denominado criterio de “significativo obstáculo a la competencia” adquiere mayor relevancia y efectiva aplicación. Así mismo, es el punto donde se presenta una mayor aproximación al criterio del substantial lessening of competition.
- Considero positivo el hecho que en el control Europeo se haya sabido defender la individualidad de un sistema que se ha venido decantando conforme a la experiencia europea, y no simplemente trasladando desarrollos jurídicos que obedecen a realidades económicas, sociales y culturales no precisamente coincidentes con la Europea.
- Extraño no obstante, que en el control de las concentraciones se siga manteniendo un estudio que valore sólo factores relativos a la competencia, separados de la incidencia social que la aprobación de una concentración de grandes dimensiones siempre apareja.

**BIBLIOGRAFIA**

**ARNAUDO, Luca.** "L'efficienza nel nuovo controllo comunitario delle concentrazioni". En: Mercato concorrenza regole, Il mulino, Bologna (Italia), Año VII, número 1, abril de 2005, págs. 51-75.

**BAXTER, Simon; DETHMERS, Frances:** Collective Dominance Under EC Merger Control, *European Competition Law Review (ECLR)*, 2006, vol. 27, issue 3, págs. 148 – 170.

**BAXTER, Simon; DETHMERS, Frances:** Unilateral Effects Under the European Merger Regulation: How Big is the Gap?, *European Competition Law Review (ECLR)*, 2005, vol. 26, issue 7, págs. 380-389.

**BERETTA, Matteo y RIZZA, Cesare.** "Divieto di concentrazione e accordi di IT outsourcing". En: Il diritto industriale, volumen 12, fascículo 3, Italia, 2004, págs. 245 - 252.

**BIANCHI, Patrizio.** "Politiche della concorrenza e controllo delle concentrazioni in Europa", En: Promozione della concorrenza e Politiche Antitrust: I fondamenti teorici e l'esperienza italiana, A cura di: Alfredo del Monte. Il mulino, Bologna (Italia), 1997, págs. 131 – 163.

**BERNINI, Giorgio.** "Un secolo di filosofia antitrust". Editrice CLUEB, Bologna (Italia), 1991.

**DALLE VEDOVE, Giampaolo.** "Concentrazioni e gruppi nel diritto antitrust". Cedam, Università degli Studi di Verona, Collana di studi giuridici No. 27, Padova (Italia), 1999.

**FATTORI, Piero y TODINO, Mario.** "La disciplina della concorrenza in Italia". Il mulino, Bologna (Italia), 2004.

**FINGLETON, John y DERMONT Nolan.** "Mind the Gap: la riforma del Regolamento comunitario sulle concentrazioni". En: Mercato concorrenza regole, Il Mulino, Bologna, Año V, N.2, Agosto 2003, págs. 309 – 336.

**FOUNTOUKAKOS, Kyriakos y RYAN, Stephen.** A New Substantive Test for EU Merger Control. En: *European Competition Law Review (ECLR)*, 2005, vol. 26, issue 5, p. 277-296.

**GARCÍA PÉREZ, Mercedes.** "Dominancia vs. Disminución Sustancial de la Competencia, Cuál es el criterio más apropiado?: aspectos jurídicos). En: Documentos de Trabajo Instituto de Estudios Europeos, Centro de Política de la Competencia, N. 3, Madrid, 2002.

**GIANNACCARI, Andrea.** "Il caso Oracle (europeo)". En: Mercato concorrenza regole, Il Mulino, Bologna, Anno VII, N.1, Aprile 2005, págs. 417-425.

**GRILLO, Michele y MAGNANI, Lara.** "Valutazione antitrust delle concentrazioni in mercati oligopolistici". En: Mercato concorrenza regole, Il mulino, Bologna (Italia), Anno VI, n.1, aprile 2004, págs. 217-237.

**GUTIERREZ BENDEZÚ, Alvaro.** "La Competencia desde la perspectiva del derecho andino". En: Revista de Derecho de la Competencia.

**HEIMLER, Alberto.** "Per le fusioni non servono nuovi test. Basta la posizione dominante". En: Mercato concorrenza regole, Il mulino, Bologna (Italia), Anno V, n.3, dicembre 2003, págs. 563-577.

**HYLTON, Keith N.** "Antitrust Law: economic theory of common law evolution". Cambridge University Press, Cambridge (United Kindom), 2003.

**LEVY, Nicholas.** "EU Merger control: a brief history". Sitio Internet de: Cleary Gottlieb Steen & Hamilton. ([www.cgsh.com](http://www.cgsh.com))

**LEVY, Nicholas.** "Mario Monti's Legacy in EC Merger Control". En: Competition Policy International, Volume 1, number 1, spring 2005.

**MANGINI, Vito e OLIVIERI, Gustavo.** "Diritto Antitrust". Giappichelli Editore, Torino, seconda edizione, 2005.

**MAUDHUIT, Sylvie y SOAMES, Trevor.** Changes in EU Merger Control: Part 2, European Competition Law Review (ECLR), 2005, vol. 26, issue 2, p. 75-82.

**MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, Juan David.** "Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. Los beneficios de la competencia". Revista de Derecho de la Competencia CEDEC VI, Volumen 2, número 2, enero – diciembre 2006, Bogotá (Colombia)

**MONTI, Mario.** Le nuove regole di concorrenza. Conferencia presentada en evento organizado por la Fundación Luigi Einaudi, el 3 de julio de 2003, <http://www.learlab.it/>.

**MOTIS, Jrissey y otros.** "European Merger Control. Do we need an efficiency defence?. Capítulo V: Efficiencies in merger control". Publicado por encargo de la Comisión Europea, Gran Bretaña, 2006.

**OSTI, Cristoforo.** "Antitrust e oligopolio". Il mulino, Bologna (Italia), 1995.

**POLO, Michele.** "Una stagione di riforme per l'antitrust europeo, intervista a Mario Monti". En: Mercato concorrenza regole, Il Mulino, Bolonia (Italia), Año V, N.2, Agosto 2003, págs. 297 – 307.

**REYES VILLAMIZAR, Francisco.** "Transformación, fusión y escisión de sociedades", Editorial Temis, 2000.

**SABBATINI, Pierluigi.** "Concentrazioni. Le tre sconfitte della Commissione in Tribunale". En: Mercato concorrenza regole, il Mulino, Bologna (Italia), año V, N.2, Abril 2003, págs. 159 – 168.

**SABOGAL BERNAL, Luis Fernando.** "Nociones Generales de la Libertad de Empresa en Colombia". En: Revista e-Mercatoria, volumen 4 número 1, año 2005,

Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Consultable en línea en [www.emercatoria.edu.co](http://www.emercatoria.edu.co).

**SCHIANO, Roberto.** "Antitrust applicato: raccolta sistematica della giurisprudenza comunitaria". Giappichelli Editore, Torino (Italia), 2004.

**VELÁSQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto.** "Fusión, consolidación, integración y adquisición del control societario". En: Revista de Derecho de la competencia.

**WEITBRECHT, Andreas.** "EU merger control in 2004 - An overview". En: European Competition Law Review (ECLR), volumen 2, 2005, Sweet & Maxwell and Contributors, págs. 67-74.

**WEITBRECHT, Andreas.** "EU merger control in 2005 - An overview". European Competition Law Review (ECLR), volumen 2, 2006, Sweet & Maxwell and Contributors.

#### **ALGUNAS FUENTES NORMATIVAS CONSULTADAS Y CITADAS:**

Clayton Act. Consultable en el sitio Web <http://www.usdoj.gov/atr/>, texto incorporado en el "United States Code".

Comunicación de la Comisión sobre el concepto de empresas afectadas con arreglo al Reglamento (CEE) n. 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO C 66 de 02.03.98).

Comunicación de la Comisión relativa al concepto de empresa en participación con plenas funciones, con arreglo al Reglamento n. 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, (DO C de 02.03.1998).

Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO C 31 de 05.02.2004)

Comunicación de la Comisión Europea relativa al cálculo del volumen de negocios" (DO C 66 de 02.03.1998).

Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO C 372 de 09.12.1997).

Comunicación de la Comisión sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas concentraciones en virtud del Reglamento (CE) n. 139/04 del Consejo" (DO C 56 de 05.03.2005).

Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento 4064/89 del Consejo y al Reglamento 447 de 1998 de la Comisión", (DO C 68 del 2.03.2001).

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991.

CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

LEY 155/1959, 14 de Diciembre de 1959 “Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”.

DECRETO 266/2000, 22 de Febrero de 2000, “Por el cual se dictan normas para suprimir y reformar las regulaciones, trámites y procedimientos”.

DECRETO 2153/1992, 30 de Septiembre de 1992, “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”.

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero COLOMBIANO

Reglamento (CEE) n. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 395).

Reglamento (CE) n. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (<<Reglamento comunitario de concentraciones>>) (DO L 24, p.1).

Reglamento del Consejo (CE) n. 1317/97, de 30 de junio de 1997, que corrige el Reglamento (CEE) 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, (DO L 180 de 09.07.1997).

Reglamento (CE) n. 802/04 de la Comisión de 7 de abril de 2004, “por el que se aplica el Reglamento (CE) No 139 /2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas”, (DO L 24 de 30.4.2004).

Sherman Act. “An Act to Protect Trade and Commerce against Unlawful Restraints and Monopolies”. Consultable en el sitio Web <http://www.usdoj.gov/atr/> , texto incorporado en el “United States Code”.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero” (CECA). Firmado el 18 de abril de 1951 en París, entró en vigencia el 23 de julio de 1952 y expiró el 23 de julio de 2002.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea” (CEE), firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 y rige desde el 1 de enero de 1958.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea” (CE), firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 y entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.