

PROYECTO DE COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN**relativa a la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas**

(2002/C 331/03)

(Texto pertinente a efectos del EEE)

I. INTRODUCCIÓN

1. El artículo 2 del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas ⁽¹⁾ (en adelante, el «Reglamento de concentraciones») dispone que la Comisión evaluará las operaciones de concentración que entren en el ámbito de aplicación del Reglamento con el fin de determinar si son compatibles con el mercado común.
2. La presente Comunicación tiene por objeto orientar sobre cómo evalúa la Comisión las concentraciones en que las empresas afectadas operan activamente en el mismo mercado de referencia o son competidores potenciales en dicho mercado. En lo sucesivo este tipo de concentraciones se denominarán «concentraciones horizontales» ⁽²⁾. Las orientaciones que recoge esta Comunicación se centran en las repercusiones que puede tener para la competencia en el mercado de referencia la desaparición de un competidor real o potencial ⁽³⁾.
3. Las orientaciones que ofrece esta Comunicación se basan en la experiencia que ha ido acumulando la Comisión en la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento de concentraciones desde su entrada en vigor, el 21 de septiembre de 1990, así como en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. La Comisión aplicará los principios que aquí se recogen a los distintos casos que vayan surgiendo, desarrollándolos y perfeccionándolos.
4. La interpretación de la Comisión de esta labor de evaluación de las «concentraciones horizontales» se entiende sin perjuicio de la interpretación del Tribunal de Justicia o del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.

II. PRESENTACIÓN GENERAL

5. Con arreglo al artículo 2 del Reglamento de concentraciones, una concentración es incompatible con el mercado común si y sólo si crea o refuerza una posición dominante de resultados de la cual la competencia efectiva sea obstaculizada de forma significativa en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.
6. La evaluación que hace la Comisión de las concentraciones notificadas con arreglo al Reglamento de concentraciones se divide en dos partes principales interrelacionadas:
 - i) la definición del mercado de productos de referencia y del mercado geográfico de referencia, y
 - ii) la evaluación de la concentración desde el punto de vista de la competencia.

Con la definición del mercado se persigue fundamentalmente llegar a una constatación sistemática de las presiones competitivas a que tienen que hacer frente las empresas fusionadas. Se define el mercado tanto desde el punto de vista de los productos que lo integran como desde el punto de vista geográfico para descubrir qué competidores efectivos de las empresas son capaces de condicionar su comportamiento e impedir que actúen libres de presiones competitivas efectivas. La Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia ⁽⁴⁾ ofrece orientación sobre esta cuestión. Muchas de las consideraciones válidas para delimitar los mercados de referencia también pueden ser importantes para la evaluación competitiva de la concentración.

7. Esta Comunicación se articula en torno a los siguientes aspectos:
 - a) la posibilidad de que la concentración tenga efectos anticompetitivos en los mercados de referencia si no hay factores que sirvan de contrapeso;
 - b) la posibilidad de que el poder de negociación de los compradores sirva de contrapeso al incremento del poder económico resultante de la concentración;
 - c) la posibilidad de que la entrada en el mercado de nuevos competidores mantenga la competencia efectiva en los mercados de referencia;
 - d) la posibilidad de que la concentración genere eficiencias;
 - e) las condiciones que deben concurrir para la aplicación de la excepción de empresa en dificultades.
8. A la luz de estos elementos, la Comisión determinará si la concentración crea o refuerza una posición dominante de resultados de la cual la competencia efectiva sea obstaculizada de forma significativa en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. No todos estos elementos son pertinentes en todos los casos de concentración horizontal. Lo normal es que solamente se analicen las eficiencias y la excepción de empresa en dificultades si las partes notificantes demuestran que se cumplen determinadas condiciones (véanse secciones VI y VII de esta Comunicación). Además, puede no ser necesario analizar todos los elementos con el mismo detenimiento. Por ejemplo, la constatación de que los competidores potenciales pueden entrar en el mercado con facilidad, prontitud y eficacia puede ser suficiente para llegar a la conclusión de que la concentración no plantea problemas de competencia, sin necesidad de analizar detalladamente otros factores.

III. POSIBLES EFECTOS ANTICOMPETITIVOS DE LAS CONCENTRACIONES HORIZONTALES

9. La competencia efectiva presenta muchas ventajas para los consumidores: precios bajos, productos de mayor calidad, una amplia oferta de bienes y servicios e innovación tecnológica. Mediante el control que ejerce de las concentraciones, la Comisión impide aquellas que privan a los consumidores de las ventajas que se acaban de enumerar y autoriza las que contribuyen a fomentarlas a través de una competencia efectiva continua.
10. Para evaluar los efectos competitivos de una concentración, la Comisión compara la situación en que quedarían las condiciones competitivas de consumarse la concentración con las condiciones competitivas que reinarían en caso contrario. En la mayoría de los casos el mejor punto de comparación es la situación competitiva existente. Pero la Comisión también tendrá en cuenta, por ejemplo, la posibilidad de que entren o salgan empresas del mercado a la hora de determinar cual es el marco adecuado de comparación ⁽⁵⁾.
11. De resultados de la creación o el fortalecimiento de una posición dominante, las concentraciones horizontales pueden restringir la competencia efectiva de tres maneras distintas:
- a) una concentración puede crear una posición de predominio del mercado. Con frecuencia las empresas que disfrutaban de tal posición tienen la posibilidad de subir los precios ⁽⁶⁾ sin que lo puedan impedir ni sus clientes ni sus competidores reales o potenciales;
 - b) una concentración puede hacer que disminuya la competencia en un mercado oligopolístico al suprimir importantes presiones competitivas sobre uno o más vendedores, que de este modo pueden considerar rentable subir los precios;
 - c) una concentración puede cambiar la naturaleza de la competencia en un mercado oligopolístico haciendo que unos vendedores que antes no coordinaban sus estrategias pasen a estar en condiciones de hacerlo y de este modo puedan subir los precios. Si los vendedores ya coordinaban sus estrategias antes de la concentración, ésta puede facilitar la coordinación.
12. La Comisión valorará si cabe esperar tales efectos de los cambios que provocaría la concentración. En los mercados oligopolísticos ⁽⁷⁾ una concentración puede obstaculizar significativamente la competencia efectiva de las maneras descritas en las letras b) y c). Ambas restricciones pueden ser importantes a la hora de evaluar una concentración. En ambos casos las subidas de precios redundarán en detrimento de los consumidores.
- Características del mercado y concentración**
13. Al examinar los posibles efectos anticompetitivos de la concentración hay que tener en cuenta determinada información básica sobre el mercado, tales como las cuotas de mercado, los niveles de concentración y la importancia de la innovación.
14. En muchos casos las cuotas de mercado proporcionan una primera indicación de la importancia competitiva de las partes en la concentración y de sus competidores ⁽⁸⁾. Pero pueden tener menor importancia cuando hay indicios de que las condiciones de competencia pueden cambiar en el futuro, por ejemplo a causa de la entrada, salida o expansión de un operador del mercado. Así ocurre cuando las empresas fusionadas corren el riesgo de perder cuota de mercado porque tienen clientes que siguen una política de diversificación de sus fuentes de suministro. En los mercados en los que se usan las licitaciones las cuotas de mercado pueden no ser un indicador fiable del impacto competitivo de una concentración ⁽⁹⁾. En estos casos es preferible obtener información directa sobre el papel que desempeñan los operadores del mercado en el proceso de licitación, por ejemplo con un análisis de los resultados de las licitaciones ⁽¹⁰⁾. Cuanto más precisa sea la información sobre las preferencias de los clientes, menos valor habrá que conceder a las cuotas de mercado como indicadores de los posibles efectos de una concentración sobre la competencia.
15. A menudo, la evolución de las cuotas de mercado es una fuente de información sobre el funcionamiento de la competencia en el mercado y sobre el papel que están llamados a desempeñar los distintos competidores en el futuro, ya que nos indican, por ejemplo, qué empresas han ganado o perdido cuotas de mercado.
16. El grado de concentración de un mercado también nos da información útil sobre la situación de la competencia en el mismo. La Comisión utiliza el índice Herfindahl-Hirschmann («IHH») para obtener una primera indicación de las presiones competitivas que caracterizarían la situación postconcentración. El IHH se calcula sumando los cuadrados de las cuotas de mercado de cada uno de los operadores ⁽¹¹⁾. El IHH concede proporcionalmente un mayor peso a las cuotas de mercado de las grandes empresas, en consonancia con su importancia relativa para la competencia. Por regla general, la Comisión no investigará los casos en que el IHH agregado postconcentración se mantenga por debajo de [1 000] ⁽¹²⁾.
17. Una parte importante del análisis de la competencia consiste en determinar cuáles son los principales parámetros de la misma en el mercado. Normalmente cabe distinguir dos grandes tipos de competencia. Por un lado, la competencia en producción o capacidad, que se produce en la práctica cuando las empresas deciden primero qué producción o capacidad tendrán y luego, en función de la demanda, ajustan sus precios para vender su producción. Por ejemplo, en algunas industrias de fabricación de bienes el precio viene determinado por el volumen total de producción del mercado. Por otro, la competencia de precios, que se produce cuando las empresas fijan los precios y ajustan su producción en función de la demanda.

18. Con todo, en algunos mercados la innovación es el principal factor competitivo. En tal caso, la Comisión tiene que evaluar en qué medida afectará la concentración a la presión para innovar a que se ven sometidas las empresas en el mercado.

Empresas que gozan de una posición de predominio del mercado

19. De llevarse a cabo, algunos proyectos de concentración colocarían a una empresa en una posición de predominio del mercado. Así ocurre cuando, de resultados de la operación, la entidad fusionada⁽¹³⁾ ya no está condicionada de manera significativa por la conducta de sus competidores efectivos en el mercado de referencia. Se considera que se da una posición de predominio cuando se cumplen varios criterios.

20. Según jurisprudencia reiterada, unas cuotas de mercado muy elevadas (superiores al 50 %) constituyen, salvo en casos excepcionales, prueba suficiente de la existencia de una posición dominante⁽¹⁴⁾, especialmente si los demás competidores tienen unas cuotas de mercado muy inferiores. Ciertamente, las empresas más pequeñas no pueden ejercer presiones competitivas si, por ejemplo, no tienen incentivos o capacidad para aumentar su producción o si no cuentan con una presencia global suficientemente amplia en el mercado. Una empresa cuyas cuotas de mercado se mantengan por debajo del 50 % tras la concentración también puede disfrutar de una posición de predominio del mercado al tener en cuenta otros factores, como la fortaleza y el número de competidores⁽¹⁵⁾.

21. También se pueden tener en cuenta otros factores a la hora de evaluar el poder económico de la entidad fusionada:

- economías de escala y alcance: cuando la producción o distribución a gran escala dan a la empresa predominante una ventaja estratégica sobre los competidores de menor tamaño⁽¹⁶⁾,
- acceso privilegiado a las fuentes de suministro: la empresa predominante puede estar verticalmente integrada o puede ejercer un control del suministro de las materias primas⁽¹⁷⁾ suficiente para hacer difícil o costosa la expansión de las empresas rivales de pequeño tamaño,
- una red de distribución y venta muy desarrollada: la empresa predominante puede contar con una densa red de puntos de venta⁽¹⁸⁾, un buen aparato logístico de distribución⁽¹⁹⁾ o una amplia cobertura geográfica⁽²⁰⁾ que difícilmente puedan igualar sus competidores,
- el acceso a instalaciones importantes o a tecnologías punta puede conferir a las empresas fusionadas una ventaja estratégica sobre sus competidores⁽²¹⁾,
- acceso privilegiado a determinados *inputs*, como capital físico y financiero. En la gran mayoría de los casos la capacidad financiera no es un factor determinante. Pero

en algunos puede ser uno de los factores que contribuyen a que una concentración plantee problemas de competencia⁽²²⁾, en especial cuando i) se trate de un factor importante para competir en el sector en cuestión, ii) haya notables asimetrías entre los competidores en términos de capacidad de financiación interna y iii) determinadas particularidades del sector dificulten a las empresas la captación de financiación externa,

— otras ventajas estratégicas, como la posesión de las marcas más importantes⁽²³⁾, una buena reputación o un profundo conocimiento de las preferencias específicas de los clientes.

22. Algunos de estos factores citados pueden redundar en beneficio de los clientes de la empresa predominante (véase la sección VI). Pero también pueden hacer muy difícil que los competidores puedan ejercer, ni individual ni colectivamente, presiones competitivas suficientemente fuertes sobre la empresa predominante. Pueden frenar la expansión de estas pequeñas empresas o dificultar la entrada de nuevos competidores. Por ello, la Comisión comprobará si las empresas fusionadas tienen que hacer frente a una competencia residual suficientemente intensa como para que no les resulte rentable subir los precios o recortar la producción.

23. Una concentración puede crear una empresa predominante o puede reforzar aún más su posición de predominio eliminando algunas de las presiones competitivas restantes. Para evaluar los efectos competitivos de una concentración, hay que tener en cuenta, entre otras cosas, las presiones competitivas que se ejercen entre sí las empresas que van a fusionarse y si la desaparición de estas presiones incitará a la entidad fusionada a subir los precios de manera significativa. Así pues, la supresión de la competencia intermarcas⁽²⁴⁾ o, en términos más generales, el hecho de que la competencia entre las partes en la concentración sea la principal fuente de competencia del mercado⁽²⁵⁾, puede ser un factor importante del análisis. El hecho de que una de las partes en la concentración, aunque sea pequeña, tenga un papel destacado en la competencia en el mercado, también puede ser importante, especialmente si se trata de un mercado muy concentrado⁽²⁶⁾. Este análisis es similar al que se describe con mayor detalle en la sección que trata de los oligopolios no colusorios.

24. Para decidir si una concentración crea o fortalece una posición de resultados de la cual la competencia efectiva sea obstaculizada de forma significativa, la Comisión también tomará en consideración si el análisis de las barreras de entrada, el poder de negociación o las eficiencias (véanse secciones IV-VI) arroja un resultado negativo.

Oligopolios no colusorios

25. Ciertamente en muchos mercados oligopolísticos la competencia es intensa. Pero, en determinadas circunstancias, las concentraciones pueden disminuir la competencia al liberar de importantes presiones competitivas a uno o más vendedores, a los que de esta manera resultará renta-

ble subir los precios o reducir la producción. La consecuencia más directa de la concentración será la supresión de las presiones competitivas que las empresas fusionadas se ejercían mutuamente. En la situación competitiva previa a la concentración, las empresas fusionadas se sometían a una presión competitiva recíproca. Si una de ellas subía los precios o reducía la producción, estaba condenada a perder clientes en beneficio de la otra, con lo que tal estrategia no resultaba rentable. La concentración pone fin a esta presión competitiva⁽²⁷⁾. Además, no hay que descartar la posibilidad de que las demás empresas del mercado también se beneficien de la reducción de la presión competitiva resultante de la concentración, ya que la subida de precios o el recorte de la producción acometido por las empresas fusionadas desviaría parte de la demanda hacia sus competidores, los cuales podrían también optar por subir los precios. La desaparición de estas presiones competitivas puede traducirse, pues, en un aumento significativo de los precios o un recorte sustancial de la producción en el mercado de referencia.

Cuotas de mercado y niveles de concentración

26. Para evaluar las concentraciones horizontales en oligopolios no colusorios, la Comisión se vale de diversos indicadores para medir el grado de concentración del mercado. Un elevado grado de concentración puede ser señal de falta de competencia en el mercado. La Comisión utiliza indicadores distintos según se trate de productos relativamente homogéneos⁽²⁸⁾ o diferenciados⁽²⁹⁾.
27. Cuando los productos son relativamente homogéneos, el IHH es un excelente indicador del nivel de competencia reinante en el mercado. Una concentración probablemente planteará serias dudas en el sentido del apartado 1 del artículo 6 letra c) del Reglamento de concentraciones cuando dé lugar a un IHH agregado igual o superior a [2 000] o un incremento del IHH de al menos [150] puntos⁽³⁰⁾.
28. En un mercado de productos diferenciados la presión competitiva viene determinada por su grado de sustituibilidad. Cuando se dispone de datos pertinentes, el grado de sustituibilidad puede medirse por medio de encuestas sobre las preferencias de los clientes, analizando los hábitos de compra, calculando la elasticidad cruzada de la demanda⁽³¹⁾ de los productos en cuestión o por medio de los coeficientes de desvío (diversión ratios)⁽³²⁾.
29. Aunque no son un indicador perfecto de la intensidad de la competencia en el mercado de productos diferenciados, las cuotas de mercado dan una idea de las presiones competitivas existentes en el mercado. Es poco probable que una concentración que dé lugar a cuotas combinadas de mercado bajas genere un nivel de poder económico tal que la competencia efectiva se vea restringida de manera significativa. Así puede ser cuando la cuota de mercado de las empresas afectadas no supera el 25 % en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, siempre que los productos de los demás competidores sean sustitutos suficientemente cercanos.
- Mercados en que las empresas compiten fundamentalmente en producción o capacidad de producción*
30. En los mercados en que las decisiones estratégicas más importantes que han de tomar los oligopolistas son las relativas a los niveles de producción o capacidad, la principal preocupación de las empresas consiste en determinar cómo influirán dichas decisiones en los precios del mercado. Cuando los productos son relativamente homogéneos, las empresas fusionadas pueden tener motivos para limitar la producción o la capacidad de producción al nivel anterior a la concentración para que suban los precios en el mercado. En la situación previa a la concentración un aumento del precio de mercado inducido por la reducción de la producción de una de las empresas fusionadas solamente beneficiaba a esta empresa en la medida en que aumentaban los márgenes de sus ventas. Tras la concentración, a este beneficio se suma el aumento de los márgenes de la otra empresa fusionada. Sin embargo, el alcance de la subida de precios tras la concentración dependerá de la capacidad e incentivos que tengan las empresas competidoras para aumentar su producción.
31. Si estas empresas tienen suficiente capacidad, los compradores encontrarán fácilmente fuentes alternativas de abastecimiento, a condición, claro está, de que a estas empresas les resulte rentable aumentar su producción. En tal caso, el incremento de precios será limitado y la Comisión puede no hallar motivos de preocupación. Ahora bien, puede ocurrir que los competidores no puedan o no quieran ampliar la producción lo suficiente como para compensar el recorte de la producción de las empresas fusionadas. Tal aumento de la producción es especialmente improbable cuando los competidores tienen limitada su capacidad de producción o cuando su capacidad sobrante resulta bastante más costosa de utilizar que la capacidad que utilizan actualmente⁽³³⁾.
32. En los mercados en que las empresas ofrecen productos diferenciados la producción y la capacidad de producción también son factores que pueden influir decisivamente en los precios. Aunque el precio de cada producto concreto puede variar según sus características, en este tipo de mercado el nivel general de los precios depende de la estrategia de producción de las empresas y del nivel de la demanda agregada. En este contexto, un recorte de la producción de una de las empresas fusionadas probablemente se traducirá en una mayor demanda de los productos de la competencia. Las empresas fusionadas tendrán tantos más incentivos para reducir la producción cuanto mayor sea el grado de sustituibilidad existente entre los productos de la entidad fusionada. La respuesta de sus competidores a tal medida probablemente sea poco significativa si tienen limitaciones en materia de capacidad o si sus productos no son adecuados sustitutos de los productos de las empresas fusionadas.
33. Para determinar el impacto de la concentración, la Comisión analizará si, tal como se ha explicado, las empresas fusionadas están en condiciones de reducir la producción y tienen motivos para hacerlo. Asimismo, la Comisión analizará las barreras de entrada, el poder de negociación y las eficiencias (véanse las secciones IV y VI).

Mercados en que las empresas compiten fundamentalmente en precios

34. En algunos mercados, fijar los precios es la decisión estratégica más importante que han de tomar los oligopolistas. Tratándose de productos diferenciados, por poner un ejemplo, es posible que las empresas tengan cierto margen de maniobra a la hora de fijar los precios. Una concentración puede tener efectos negativos sobre la competencia si, de resultas de la supresión de la competencia entre las empresas fusionadas, a la nueva entidad le resulta rentable subir los precios. En la situación previa a la concentración, las empresas fusionadas se sometían a una presión competitiva recíproca en la medida en que si una de ellas subía los precios, estaba condenada a perder clientes en beneficio de la otra. La concentración pone fin a esta presión competitiva.
35. Las empresas fusionadas tendrán tantos más motivos para subir los precios de un producto de una de ellas cuanto mayor sea la proporción de ventas perdidas que esperen recuperar con el incremento de las ventas del producto de la otra. La Comisión se concentrará, primero, en el grado de sustituibilidad existente entre los productos de las empresas fusionadas. Cuanto mayor sea el grado de sustituibilidad existente entre los productos de las empresas fusionadas, mayor será el incentivo que éstas tendrán para subir los precios y, por tanto, más probabilidades habrá de que suban los precios tras la concentración.
36. La Comisión se concentrará, en segundo lugar, en el grado de diferenciación existente entre los productos de las empresas fusionadas y los de sus competidores. Las empresas fusionadas tienen menos incentivos para subir los precios cuando sus competidores fabrican sustitutos próximos de sus productos que cuando venden productos menos sustituibles. Los casos en que hay un elevado grado de sustituibilidad entre los productos de las empresas fusionadas y los de sus competidores son, pues, menos preocupantes. Una concentración, por poner un ejemplo, entre dos fabricantes de productos que los consumidores consideran sustitutos próximos puede dar lugar a importantes subidas de precios. Pero si la competencia ofrece productos que también son sustitutos próximos de los de las partes en la concentración, los aumentos de precio serán limitados.
37. En algunos mercados a las empresas les resulta relativamente fácil y no excesivamente costoso reposicionar sus productos o ampliar su cartera de productos. La Comisión examinará si la posibilidad que tienen las partes en la concentración o sus competidores de reposicionar sus productos o ampliar su línea de productos puede influir en el incentivo de la entidad fusionada para subir los precios. Dicho reposicionamiento o ampliación de la línea de productos es menos probable cuando hay que incurrir en cuantiosos gastos no recurrentes.
38. Para determinar el impacto de la concentración, la Comisión analizará si, tal como se ha explicado, las empresas fusionadas están en condiciones de subir los precios y tienen motivos para hacerlo. Asimismo, la Comisión analizará las barreras de entrada, el poder de negociación y las eficiencias (véanse las secciones IV y VI).

Mercados de licitaciones

39. Cuando los vendedores compiten entre sí por hacer una oferta específica a cada cliente, el análisis de los efectos competitivos de la concentración puede ser diferente del que se ha descrito. Concretamente, en el caso de los mercados en los que se efectúan licitaciones, la competencia depende de que se presenten varias ofertas competitivas. La Comisión analizará si dicha competencia está llamada a desaparecer en los casos en que las empresas fusionadas sean los licitadores más creíbles del mercado. Este es el caso cuando las partes en la concentración son los dos licitadores que presentan unos costes más bajos y no hay otros licitadores con unos costes suficientemente bajos para ejercer presiones competitivas sobre el adjudicatario del contrato.

Mayor riesgo de coordinación

40. Una concentración puede cambiar la naturaleza de la competencia en un mercado oligopolístico haciendo que unos vendedores que antes no coordinaban sus estrategias pasen a estar en condiciones de coordinarlas y, por ende, de subir los precios, sin tener que celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada en el sentido del artículo 81 del Tratado CE⁽³⁴⁾. La alteración de la estructura del mercado puede inducir a dichos vendedores a considerar posible, racional desde un punto de vista económico y, por consiguiente, preferible, adoptar una estrategia a largo plazo consistente en vender a precios superiores a los competitivos.
41. Si los vendedores ya coordinaban sus estrategias antes de la concentración, ésta puede facilitarles la tarea, haciendo que la coordinación sea más estrecha o dificultando aún más la competencia. Es improbable que la Comisión apruebe una concentración entre empresas que coordinen sus estrategias, salvo que concluya que la concentración posiblemente ponga fin a dicha coordinación.
42. La coordinación puede ser de varios tipos. En algunos mercados la coordinación más probable puede estar orientada a mantener o subir los precios por encima del nivel competitivo. En otros puede consistir en intentar limitar la producción o la capacidad de producción. Las empresas también pueden coordinarse para dividir el mercado, por ejemplo, en zonas geográficas⁽³⁵⁾ o en función de otras características de la clientela, o también repartiéndose los contratos en los mercados en los que se efectúan licitaciones.
43. La coordinación entre empresas es más probable en los mercados en que a éstas les resulta sencillo fijar las características de la misma, es decir, tanto el tipo de coordinación como las normas implícitas por las que se haya de regir la coordinación. Las partes también han de llegar a un entendimiento sobre qué actuaciones consideran agresivas y justifican la toma de represalias por los demás miembros del oligopolio.

44. Para que la coordinación sea sostenible, deben concurrir tres condiciones básicas. Primero, las empresas coordinadas han de estar en posición de verificar adecuadamente el cumplimiento de la coordinación, esto es, deben poder comprobar si una empresa del grupo no cumple las condiciones acordadas. En segundo lugar, en caso de incumplimiento, debe haber mecanismos de disuasión creíbles y suficientemente rigurosos que convenzan a las empresas coordinadas de que, por su propio interés, han de adherirse a las condiciones de coordinación. Tercero, las acciones tanto de competidores actuales o futuros como de clientes no deben ser capaces de poner en peligro los resultados de la coordinación ⁽³⁶⁾.

45. Un mercado en el que resulte bastante fácil establecer las características de la coordinación y se cumplan en un grado suficiente las tres condiciones antes mencionadas será un mercado propicio a la aparición de comportamientos coordinados. Esto no significa que se vaya a producir inevitablemente una coordinación sustancial. Pero cuantas menos empresas integren el oligopolio, más fácil les será aprovecharse de las favorables condiciones del mercado para establecer o mejorar una situación de coordinación mutua. En este contexto una concentración no puede por menos de reforzar la coordinación existente o aumentar las probabilidades de que se produzca.

46. Así pues, la Comisión examina si es posible establecer las características de la coordinación y si es probable que, tras la concentración, se cumplan en un grado suficiente las tres condiciones necesarias antes descritas, así como los cambios que a este respecto da lugar la concentración. De este modo se puede determinar si una concentración aumenta el riesgo de que se produzca una coordinación o de que se facilite o intensifique una coordinación ya existente.

47. La Comisión tiene en cuenta tanto las características estructurales de los mercados como la conducta que hayan tenido las empresas en esos mercados en el pasado. Muchas características estructurales son importantes para el cumplimiento de más de una de las condiciones.

48. Para analizar el riesgo de coordinación en un mercado de referencia dado, generalmente hay que tomar en consideración una gran cantidad de datos, que no siempre apuntan hacia la misma conclusión. En tales casos, el hecho de que haya habido casos de coordinación en mercados de productos o mercados geográficos similares puede ser un dato útil del que se puede deducir que en los mercados afectados por la concentración probablemente también se cumplen las condiciones necesarias antes mencionadas. También puede constatar que las empresas compiten vigorosamente entre sí y lo hacen de manera tal que no es probable que lleguen a coordinarse.

Establecimiento de las características de la coordinación

49. Las posibilidades de que se produzca una coordinación son mayores cuando los miembros del oligopolio pueden llegar fácilmente a un entendimiento sobre el funcionamiento del mecanismo de coordinación. Los miembros deben coincidir en qué conductas se ajustan a lo acordado y qué actuaciones pueden dar lugar a represalias de los otros miembros del oligopolio.

50. Generalmente, cuanto más sencillo y estable sea el entorno económico, más fácil será llegar a un acuerdo sobre las características de la coordinación. Es más fácil acordar el precio de un solo producto homogéneo que concertar cientos de precios en un mercado integrado por muchos productos diferenciados. Del mismo modo, es más fácil concertar un precio cuando la oferta y la demanda son relativamente estables que cuando varían continuamente. A este respecto cabe señalar que el hecho de que algunas empresas experimenten un crecimiento orgánico sustancial puede ser señal de que la situación no es lo suficientemente estable para que la coordinación resulte probable. Cuando la coordinación consiste en la división del mercado, resulta más fácil si la clientela no presenta grandes complejidades y las empresas pueden repartirse fácilmente los clientes. La clientela puede dividirse en función de criterios geográficos, basándose en el tipo de cliente o simplemente en el hecho de que determinados clientes habitualmente acuden a una u otra de las empresas coordinadas.

51. Pero tampoco hay que descartar la posibilidad de que las empresas coordinadas encuentren soluciones para los problemas que plantean los entornos económicos complejos. Pueden, por ejemplo, establecer unas normas de fijación de los precios sencillas que faciliten la tarea de concertar un elevado número de precios. Concretamente, pueden limitar el número de parámetros que determinan los precios, simplificando así sobremedida la coordinación. También pueden establecer una relación fija entre determinados precios básicos y otra serie de precios, de manera que todos los precios evolucionen básicamente de manera paralela.

52. Un mayor conocimiento de las otras empresas también puede contribuir a superar algunos de los problemas que conlleva el establecer las condiciones de coordinación. La transparencia en materia de estructura de costes puede ser especialmente importante. La existencia de vínculos estructurales, como participaciones cruzadas o intereses comunes en empresas en participación, puede facilitar el entendimiento entre las empresas oligopolísticas. Otra manera de concertar las condiciones de coordinación puede ser intercambiar públicamente información estratégica a través de la prensa. Por ejemplo, cuando las empresas desean ponerse de acuerdo sobre la capacidad adicional que conviene sacar al mercado en el ejercicio siguiente. Proceder a una declaración pública de sus previsiones de aumento de la demanda puede ser una buena manera de solucionar el problema. Cuanto más complejo es el mercado, más transparencia y comunicación se necesita para establecer las condiciones de coordinación.

53. Las empresas también encontrarán más fácil la tarea de establecer las condiciones de coordinación cuanta mayor simetría haya entre ellas⁽³⁷⁾. La simetría entre empresas acrecienta la probabilidad de que éstas tengan incentivos compatibles para coordinar sus estrategias y ponerse de acuerdo sobre la naturaleza de la coordinación. Así, es probable que a las empresas que tienen estructuras de costes y cuotas de mercado similares, niveles de capacidad de producción semejantes y el mismo grado de integración vertical les resulte relativamente fácil coordinarse en materia de precios.
54. La Comisión tendrá muy en cuenta si la concentración puede provocar cambios que faciliten el establecimiento de las condiciones de coordinación. Por ejemplo, una concentración puede acrecentar la simetría de un grupo de empresas haciendo que sus cuotas de mercado, sus tasas de utilización de la capacidad, su grado de integración vertical o sus estructuras de costes sean más parecidas. Una concentración también puede involucrar a una empresa que siempre haya practicado precios más bajos que sus competidores. Si la empresa fusionada decide seguir estrategias de fijación de precios similares a las de sus competidores, las demás empresas tendrán menos dificultades para concertar los precios y la concentración aumentará el riesgo de coordinación.
- Control*
55. Es inevitable que las empresas que participan en una coordinación estén tentadas de aumentar su cuota de mercado desviándose de las condiciones pactadas, por ejemplo: bajando los precios, aumentando su capacidad o procurando ganar más licitaciones de las previstas. Solamente puede disuadirlas de ello la amenaza de ser «castigadas» sin demora. Para determinar en qué momento se han de activar los mecanismos de disuasión, las empresas coordinadas tienen que estar en condiciones de detectar tales desviaciones. Por lo tanto, los mercados han de ser suficientemente transparentes para que las empresas coordinadas puedan controlarse mutua y prontamente.
56. El grado de transparencia depende, entre otras cosas, de cómo se producen las transacciones en el mercado. La transparencia es mayor cuando las transacciones tienen lugar en un mercado abierto en el que se emparejan las ofertas y las demandas que en los mercados en que compradores y vendedores negocian confidencialmente transacciones bilaterales. La publicación de tarifas de precios puede contribuir a una mayor transparencia si éstas reflejan los precios de las transacciones. La transparencia será menor si los precios reales incluyen descuentos que no es posible controlar.
57. En los mercados con licitaciones el grado de transparencia depende del método de licitación utilizado. En las licitaciones en que las ofertas se presentan en pliegos cerrados, los licitadores no tienen acceso a información relativa a las ofertas presentadas por otros licitadores. En cambio, en una subasta pública, a cualquier postor le es dado observar el comportamiento de los demás licitadores. De manera similar, en otros mercados para evaluar el grado de transparencia resulta importante determinar qué tipo de información sobre cada transacción se hace pública. En algunos mercados los precios son del dominio público.
58. Al evaluar el grado de transparencia de un mercado, lo primordial es determinar qué conclusiones sobre las actuaciones de otros oligopolistas se pueden sacar de la información disponible. Las empresas coordinadas deben estar en condiciones de determinar con bastante seguridad si una conducta inesperada realmente es el resultado de una desviación de las reglas acordadas. Por ejemplo, en un entorno inestable a una empresa puede resultarle difícil determinar si sus ventas disminuyen porque la demanda en su conjunto está cayendo o porque está perdiendo cuota de mercado en beneficio de un competidor cuyos precios son especialmente bajos. Del mismo modo, en una situación caracterizada por la inestabilidad general de la demanda o de los costes, puede ser difícil discernir si un competidor está bajando su precio porque espera que desciendan los precios concertados o porque ha adoptado un comportamiento competitivo agresivo.
59. En algunos mercados en los que las condiciones generales dificultan el control mutuo de las empresas, éste puede verse facilitado por determinadas prácticas que no tienen por qué haber sido adoptadas necesariamente con tal fin, como la publicación voluntaria de información o comunicaciones. Estas prácticas pueden aumentar la transparencia o ayudar a las empresas a interpretar las decisiones de sus competidores. También puede facilitar dicho control el hecho de compartir directivos, la participación en empresas en participación y otros acuerdos similares.
60. La Comisión tendrá muy en cuenta la influencia de la concentración en la capacidad de las empresas coordinadas de controlarse mutuamente. A modo de ejemplo, los cambios en materia de integración vertical pueden facilitar el control de los precios. Asimismo, puede suceder que en la concentración participe una empresa que hasta entonces no haya seguido determinadas prácticas del sector, situación que facilitaba el control.

Mecanismos de disuasión

61. La coordinación es imposible si no existen unos mecanismos de disuasión suficientemente rigurosos para disipar cualquier tentación de desviarse de las condiciones de coordinación acordadas. Es la amenaza de tomar represalias lo que hace viable la coordinación. Sin embargo, esta amenaza solamente es creíble si en caso de desviación realmente se activan los mecanismos de disuasión. Aunque a menudo los mecanismos de disuasión también son llamados mecanismos de «castigo», no hay que interpretar este término en el sentido literal de que se castiga a la empresa que se desvía de lo acordado. El mecanismo de disuasión puede consistir simplemente en que las empresas estén convencidas de que la coordinación se verá interrumpida por mucho tiempo y se volverá a una situación de ausencia de coordinación si una de ellas incumple las condiciones de coordinación. Pero si ello no basta para mantener la disciplina de la coordinación, habrá que recurrir a otros mecanismos.
62. Una empresa solamente se desviará de las prácticas acordadas si las ventajas que espera conseguir con ello son mayores que el coste previsto del castigo. Al principio la desviación resultará más beneficiosa que la coordinación, pero una vez que los otros miembros del oligopolio apliquen el castigo previsto, se traducirá en un nivel de beneficios más bajo. Así pues, para prevenir las desviaciones, el valor neto actual de la pérdida de beneficios registrada durante el castigo debe superar el valor neto actual de los beneficios adicionales obtenidos durante el período de desviación. Cuanto antes se aplique el castigo, menor será el beneficio obtenido con la desviación y mayores las pérdidas derivadas del castigo.
63. Lógicamente, los castigos que no se hacen efectivos rápidamente o son de aplicación incierta resultan menos eficaces. Por ejemplo, si en un mercado los pedidos son poco frecuentes y desiguales, una empresa puede caer en la tentación de sustraerse de la coordinación acordada para conseguir un contrato sustancioso. En un mercado de estas características puede ser difícil establecer un mecanismo de disuasión suficientemente severo, toda vez que los beneficios de la desviación son cuantiosos, seguros e inmediatos, mientras que las pérdidas derivadas del castigo resultan inciertas y pueden tardar en materializarse. La prontitud con que se ponen en marcha los mecanismos de disuasión es un factor que está relacionado con la cuestión de la transparencia. Si las empresas no tienen la posibilidad de controlar con relativa inmediatez los movimientos de sus competidores, el castigo también se retrasará y acaso ya no sea suficiente para evitar la desviación.
64. La disuasión no tiene por qué tener lugar en el mismo mercado que la desviación. Si los miembros del oligopolio tienen relaciones comerciales en otros mercados, habrá diferentes posibilidades de disuasión⁽³⁸⁾. Ésta puede ser de muchos tipos, como la disolución de empresas en participación u otras formas de cooperación o la venta de acciones de empresas de propiedad compartida.
65. Los miembros de un oligopolio solamente pueden basar la coordinación en un mecanismo de disuasión si resulta racional que todos los miembros lo pongan en práctica en caso de desviación. El que un miembro del oligopolio decida o no ejecutar el mecanismo de disuasión dependerá de un cálculo de las consecuencias a corto y largo plazo similar al que realizará una empresa que contemple la posibilidad de desviarse de la coordinación. Si no se castiga una desviación, la coordinación fracasará y disminuirán los beneficios. En cambio, si se aplica el castigo, será posible restablecer la coordinación y los beneficios serán más altos en el futuro. Así pues, puede resultar racional poner en marcha el mecanismo de castigo pese a su coste a corto plazo para los miembros del oligopolio; basta con que este coste sea inferior a los beneficios que produzca a largo plazo el restablecimiento de la coordinación.
66. En algunos casos determinados mecanismos de castigo pueden no resultar creíbles porque intrínsecamente impiden el restablecimiento de la coordinación. Un ejemplo sería un mercado de escaso o nulo crecimiento de la demanda en el que la capacidad solamente pueda aumentar en grandes proporciones (por ejemplo, con la construcción de una fábrica) y la capacidad de producción no tenga ningún valor si no se utiliza en ese mercado concreto. En una situación de estas características es poco probable que se logre una coordinación encaminada a mantener la capacidad total por debajo del nivel competitivo porque no hay disponible ningún mecanismo de disuasión creíble para el caso de que un miembro del oligopolio incumpla lo pactado y aumente su capacidad hasta un nivel tal que cualquier incremento adicional se traduzca en una situación de desequilibrio permanente entre la oferta y la demanda por exceso de aquella.
67. En algunos casos la desviación puede conferir una ventaja competitiva duradera que los demás oligopolistas están en la imposibilidad de contrarrestar con represalias. En un mercado con importantes efectos de red, es decir, un mercado en el que los consumidores prefieren acudir al proveedor más popular⁽³⁹⁾, la desviación puede provocar un cambio irreversible del equilibrio competitivo del mercado que relegue permanentemente a los competidores a una posición secundaria.

68. La concentración puede influir en el grado de severidad de los castigos que es posible aplicar en un mercado, bien porque, por ejemplo, introduzca cambios en la distribución de las cuotas de mercado, bien porque genere un exceso de capacidad. La Comisión prestará especial atención a este tipo de cambios al analizar los efectos competitivos de la concentración.

Reacciones externas

69. Para que la coordinación funcione, es preciso que ni los competidores efectivos y potenciales ni los clientes estén en posición de oponerse a ella y hacerla inoperante. Si, por ejemplo, la finalidad de la coordinación es reducir la capacidad global de producción, los consumidores sólo se verán perjudicados si no hay operadores ajenos al oligopolio que estén en condiciones de aumentar en consecuencia su capacidad de producción. El análisis de estos elementos es similar al análisis que se hace de los mismos cuando se examinan otros tipos de obstáculos a la competencia derivados de concentraciones. Los efectos de la entrada de otros competidores en el mercado y el poder de negociación de los clientes se tratan en las secciones que siguen a continuación. Sin embargo, hay que prestar una atención especial al posible impacto de estos elementos en la estabilidad de la coordinación. Por ejemplo, si un gran comprador cambia su política comercial y concentra gran parte de sus pedidos en un solo proveedor u ofrece contratos a largo plazo, puede incitar a una de las empresas coordinadas a incumplir los compromisos contraídos con las otras para incrementar sustancialmente sus ventas.

Casos especiales

Innovación

70. En los mercados oligopolísticos no colusorios y en los mercados caracterizados por la existencia de una empresa que goza de una posición predominante en los que la innovación es principal factor competitivo, la Comisión tiene que evaluar en qué medida influirá la concentración en la presión competitiva para innovar. Esta presión competitiva puede verse aminorada si las partes en la concentración son precisamente los dos competidores del mercado que han introducido en él las innovaciones más importantes. Un buen ejemplo de ello sería la fusión de dos empresas farmacéuticas que fuesen las únicas proveedoras de fármacos destinados a un mercado concreto. Si, por el contrario, la concentración aumenta la capacidad de innovar de las empresas, puede que se intensifique la presión competitiva para innovar. En los mercados más propicios a la coordinación de las estrategias de las empresas, la innovación es un factor que dificulta el mantenimiento de tal coordinación. Ello se debe a que, innovando, especialmente si las innovaciones son radicales, una empresa puede sacar a sus competidores una ventaja sustancial. Cuando así sucede, pierden peso la futura coordinación y el castigo que pueden infligir los competidores.

Posible entrada de competidores en el mercado

71. Las concentraciones en las que una empresa que ya está activa en un mercado de referencia se fusiona con otra que

podría haber llegado a ser un competidor en dicho mercado pueden tener efectos anticompetitivos similares a los de las concentraciones entre dos empresas que están presentes en el mismo mercado de referencia. Por lo tanto, la Comisión aplicará métodos de análisis similares a ambos tipos de concentraciones.

72. Una concentración con un competidor potencial puede tener efectos anticompetitivos horizontales cuando se trata de un competidor potencial que condiciona significativamente la conducta de las empresas activas en el mercado. Puede tratarse de un competidor potencial que posea activos que resulte fácil utilizar para entrar en el mercado de referencia sin necesidad de hacer importantes inversiones no recurrentes. Pero también de un competidor potencial que muy probablemente hubiera realizado las inversiones necesarias para entrar en el mercado en un plazo relativamente corto, al término del cual habría condicionado la conducta de las empresas activas en el mercado.

73. Para que una concentración con un competidor potencial tenga efectos anticompetitivos significativos, deben concurrir dos condiciones básicas. En primer lugar, debe tratarse de un competidor potencial que ejerza una presión competitiva significativa o que muy probablemente se hubiera convertido en un competidor efectivo. La Comisión puede llegar a esta conclusión si hay pruebas de que dicho competidor tenía planeado introducirse de manera significativa en el mercado⁽⁴⁰⁾. En segundo lugar, aparte de este competidor no debe haber suficientes competidores potenciales que estén en condiciones de ejercer la misma presión competitiva.

Concentraciones que generan poder de negociación o lo refuerzan

74. La Comisión también puede analizar en qué medida una entidad fusionada aumentará su poder económico como comprador en los mercados ascendentes. Por un lado, una concentración que da poder económico a un comprador o refuerza el que tiene puede obstaculizar la competencia efectiva. Concretamente, la empresa fusionada puede estar en posición de reducir sus compras de *inputs* para conseguir que bajen los precios. Esta medida puede traducirse en una reducción del nivel de producción disponible en el mercado final, con el consiguiente perjuicio para los consumidores. Por otro lado, a menudo el hecho de que el comprador tenga más poder de negociación redundará en beneficio de los consumidores. Si el aumento del poder de negociación se traduce en un menor coste de los *inputs* sin que por ello se restrinja la competencia en los mercados descendentes o se reduzca el volumen total de la producción, es probable que parte de esta reducción de costes se traslade a los consumidores en forma de precios más bajos. La competencia también puede verse afectada en los mercados descendentes si la entidad fusionada está en condiciones de valerse de su poder de negociación para imponer restricciones verticales a los proveedores, en detrimento de sus competidores.

IV. PODER DE NEGOCIACIÓN

75. Las empresas no sólo están sometidas a las presiones competitivas de sus competidores, sino también a las de sus clientes. La Comisión determinará, en su caso, en qué medida están en condiciones los clientes de contrarrestar el mayor poder de mercado que previsiblemente vaya a generar una concentración.

76. Ni siquiera las empresas que tienen grandes cuotas de mercado pueden actuar con total independencia de sus clientes cuando éstos tienen poder de negociación⁽⁴¹⁾. En este contexto, por poder de negociación se entiende la posibilidad que tienen los grandes clientes de encontrar alternativas creíbles que no conlleven retrasos excesivos si su proveedor decide subir los precios o aplicar peores condiciones de entrega⁽⁴²⁾. A modo de ejemplo, un comprador tendrá poder de negociación cuando pueda cambiar de proveedor inmediatamente o pueda amenazar de manera creíble a su proveedor con integrarse verticalmente o con respaldar la entrada en el mercado de un competidor potencial⁽⁴³⁾, por ejemplo, ofreciéndole pedidos importantes. Lo más normal es que se trate de grandes clientes muy bien preparados y no de pequeñas empresas de sectores muy fragmentados. Con todo, es importante considerar qué incentivos tienen los compradores para utilizar de este modo su poder de negociación. Por ejemplo, no cabe descartar la posibilidad de que una empresa decida no acometer las inversiones necesarias para respaldar la entrada de un nuevo proveedor si comprueba que sus competidores también van a beneficiarse del menor coste de los *inputs* que traerá consigo la llegada de dicho proveedor.

77. La Comisión puede concluir que hay suficiente poder de negociación para impedir la creación o el reforzamiento de una posición dominante que restrinja significativamente la competencia si los clientes de menor tamaño que carecen de poder de negociación no se ven obligados a pagar precios sustancialmente más elevados o a aceptar peores condiciones de venta tras la concentración⁽⁴⁴⁾. Por lo demás, no basta con que haya poder de negociación antes de la concentración; también tiene que haberlo y tiene que ser efectivo después de la misma. La razón de ello es que una concentración de dos proveedores puede reducir el poder de negociación si con ella desaparece una alternativa creíble de los compradores.

V. ENTRADA DE NUEVOS COMPETIDORES

78. En un entorno competitivo dinámico es normal que a medida que evoluciona el mercado vaya cambiando el número e identidad de las empresas que operan en un sector. Si el nivel de beneficios de un sector es alto por la escasa competencia a que se enfrentan las empresas, es natural que aparezcan empresarios deseosos de hacerse con una parte de los beneficios entrando en el mercado. Cuando resulta muy fácil entrar en un mercado, puede bastar con la mera amenaza de que un competidor potencial se decida a entrar en él para que las partes en la concentración se abstengan de ejercer su poder de mercado. De hecho, en tales casos una subida de precios no hace sino propiciar la llegada de nuevos competidores.

79. Para determinar si la amenaza de que lleguen nuevos competidores al mercado constituye una presión competitiva suficientemente fuerte sobre las partes en la concentración, hay que comprobar si tal llegada es probable, se puede producir con prontitud y tiene una magnitud y un alcance suficientemente grandes para impedir que la concentración tenga efectos anticompetitivos. Es poco probable que la Comisión plantee objeciones a una concentración si se cumplen estas tres condiciones.

80. Por lo que se refiere a la posible llegada de competidores, la Comisión examinará si es muy probable que se produzca tras la concentración. La Comisión tendrá especialmente en cuenta la existencia de barreras de entrada al mercado de referencia (es decir, tendrá en cuenta las particularidades del mercado) que puedan dar a las empresas presentes en él una ventaja decisiva sobre sus competidores potenciales. Si las barreras de entrada son de poca consideración, habrá más probabilidades de que las partes en la concentración vean condicionado su comportamiento por la existencia de competidores potenciales. A la inversa, si las barreras de entrada son importantes, será previsible que las empresas fusionadas se hallen en posición de ejercer su poder de mercado y suban los precios sin verse limitadas por la llegada de nuevos competidores al mercado.

81. Las barreras de entrada pueden consistir en ventajas de naturaleza legal, técnica o estratégica.

— Hay ventajas legales cuando la legislación crea barreras reglamentarias que limitan el número de operadores del mercado, por ejemplo, restringiendo el número de licencias.

— Las empresas que ya están presentes en el mercado pueden disfrutar de ventajas de orden técnico, como el acceso preferente a infraestructuras esenciales, recursos naturales, innovación e I+D o derechos de propiedad industrial e intelectual, que pueden hacer difícil que otras empresas estén en condiciones de competir con ellas. Por ejemplo, en algunos sectores puede ser difícil obtener materias primas esenciales y determinados productos o procesos pueden estar protegidos por patentes. Otros factores, como las economías de escala y de alcance, las redes de distribución y venta y el acceso a tecnologías importantes, también pueden erigirse en barreras de entrada.

— En cuanto a las barreras estratégicas, pueden tener su origen en la posición consolidada de que disfrutaban las empresas que ya están presentes en el mercado. Concretamente, puede resultar difícil entrar en sectores en que la experiencia y la reputación necesarias para competir en ellos no estén al alcance de cualquier empresa. Se tomarán en consideración factores tales como la fidelidad de los clientes a una marca concreta, las re-

laciones entre proveedores y clientes, la importancia de las campañas de promoción y publicidad y otras ventajas derivadas de una buena reputación. Las barreras estratégicas también pueden tener su origen en una política de exceso de capacidad de las empresas presentes en el mercado o en el carácter disuasorio de unos costes de cambio de proveedor prohibitivos.

82. Para que la entrada en el mercado resulte probable, debe ser suficientemente rentable una vez tenida en cuenta la posible respuesta de las empresas presentes en el mercado. Esto significa que la entrada en el mercado será más difícil si las empresas presentes en él están en condiciones de comprobar qué clientes intenta captar el recién llegado y de proteger sus cuotas de mercado concediendo descuentos especiales a esos clientes.
83. También hay que tener en cuenta la evolución previsible del mercado. Hay más probabilidades de que la entrada resulte rentable en un mercado con buenas perspectivas de crecimiento que si las previsiones son poco halagüeñas. Las economías de escala o los efectos de red son factores que pueden tener este efecto si el nuevo competidor no consigue una cuota de mercado suficientemente amplia.
84. La entrada de nuevos competidores también es más probable si hay proveedores de otros mercados que disponen de instalaciones de producción que pueden utilizarse para entrar en el mercado en cuestión. Esta redistribución de las instalaciones de producción es más probable si antes de la fusión ambas alternativas presentaban un nivel de rentabilidad muy similar.
85. Para evaluar las barreras de entrada, la Comisión tendrá muy en cuenta la evolución del sector. No es probable que la Comisión encuentre barreras de entrada en un sector en el que hayan sido frecuentes las entradas coronadas por el éxito. A la inversa, tratándose de un mercado en el que varios competidores potenciales ya hayan intentado introducirse en vano, acaso por la oposición de las empresas que ya están presentes en él, la entrada de nuevos competidores parece menos probable.
86. Pero la llegada de nuevos competidores al mercado no sólo ha de ser probable, sino que también se ha de producir con prontitud y tiene que ser de una magnitud y un alcance suficientes. Para determinar si la entrada de nuevos competidores puede producirse con la prontitud adecuada, la Comisión tendrá en cuenta si los competidores potenciales pueden entrar en el mercado con la suficiente rapidez y perseverancia para impedir el ejercicio del poder de mercado. El grado de prontitud exigido dependerá de las características y la dinámica del mercado, así como de las aptitudes que demuestren poseer los competidores potenciales⁽⁴⁵⁾. Si la llegada de nuevos competidores no es de la

magnitud y alcance necesarios posiblemente no baste para condicionar el comportamiento de las empresas presentes en el mercado y para impedir que la concentración tenga efectos anticompetitivos. Por ejemplo, la posibilidad de que los competidores potenciales entren en un nicho de mercado puede no constituir una amenaza creíble. La amenaza debe ser lo suficientemente importante como para disuadir a las partes en la concentración de subir los precios.

VI. EFICIENCIAS

87. La Comisión es favorable a las reorganizaciones empresariales en forma de concentración porque 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⁽⁴⁶⁾. Por ello, al evaluar las concentraciones horizontales la Comisión tiene en cuenta la evolución del progreso técnico y económico, siempre que redunde en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia⁽⁴⁷⁾.
88. En su evaluación general de una concentración la Comisión toma en consideración cualquier supuesta eficiencia. Puede decidir que, como consecuencia de las eficiencias que genera, la concentración no crea ni refuerza una posición dominante de resultados de la cual la competencia efectiva sea obstaculizada de forma significativa. Así lo hará cuando tenga pruebas suficientes de que las eficiencias generadas por la concentración probablemente den más incentivos a la entidad fusionada para actuar de manera procompetitiva en beneficio de los consumidores, contrarrestando así sus posibles efectos anticompetitivos. En interés de los consumidores, es preciso asegurarse de que la empresa originada por la concentración tiene suficientes incentivos no sólo para llevar a efecto las eficiencias directamente derivadas de la misma, sino también para hacer continuos esfuerzos por alcanzar un mayor grado de eficiencia. Para ello es indispensable que las demás empresas del mercado y los competidores potenciales ejerzan la suficiente presión competitiva.
89. Es más probable que las eficiencias se juzguen determinantes si son sustanciales y además los posibles efectos anticompetitivos de la concentración son limitados. Cuanto mayores sean los posibles efectos negativos sobre la competencia, más segura tendrá que estar la Comisión de que las eficiencias invocadas son sustanciales, seguras y directamente beneficiosas para los consumidores. Es poco probable que una concentración que cree o refuerce una posición casi monopolística sea declarada compatible con el mercado común en base a las eficiencias obtenidas.
90. Para que la Comisión llegue a la conclusión de que, gracias a las eficiencias que genera, una concentración no crea ni refuerza una posición dominante de resultados de la cual la competencia efectiva sea obstaculizada de forma significativa, estas eficiencias tienen que beneficiar directamente a los consumidores y tienen que ser específicas de la concentración, sustanciales, rápidas y verificables.

91. Las eficiencias deben beneficiar directamente a los consumidores en los mercados de referencia en los que, de lo contrario, probablemente se crearía o se reforzaría una posición dominante de resultados de la cual la competencia efectiva se vería obstaculizada de forma significativa. Como hay que comprobar si las eficiencias benefician a los consumidores, las eficiencias que se traducen en menores costes variables o marginales probablemente sean más importantes para la evaluación de las eficiencias que las reducciones de costes fijos, ya que hay más probabilidades de que den lugar a unos precios más bajos.
92. También pueden beneficiar a los consumidores las eficiencias que se traducen en productos nuevos o mejorados. Por ejemplo, una empresa en participación creada para desarrollar un producto nuevo puede generar el tipo de eficiencias que la Comisión tienen en cuenta.
93. Las eficiencias se considerarán específicas de la concentración cuando sean consecuencia directa de la misma. Conviene precisar a este respecto que la Comisión se concentra en las alternativas realistas y realizables, antes que en las puramente teóricas. Concretamente, la Comisión toma en consideración las prácticas del sector y el potencial de cada una de las partes en la concentración. Por lo mismo, la Comisión no considera como eficiencias las reducciones de costes que se derivan de recortes anticompetitivos de la producción.
94. Las eficiencias alegadas tienen que ser comprobables, de manera que la Comisión tenga suficientes garantías de que, llegado el momento, se harán realidad. A los beneficios derivados de las eficiencias previstas les resta valor la lejanía en el tiempo. La Comisión considerará menos importantes las eficiencias cuanto más lejana sea la fecha en que esté previsto que se materialicen⁽⁴⁸⁾. La Comisión también tiene que estar en condiciones de evaluar si las eficiencias son suficientemente importantes para contrarrestar los perjuicios que pueda ocasionar la concentración a los consumidores. Por lo tanto, en la medida de lo posible, deberán cuantificarse. Como ya se ha indicado, a la hora de verificar si las eficiencias económicas benefician directamente a los consumidores, las eficiencias que se traducen en menores costes variables o marginales probablemente se consideren más importantes que las reducciones de los costes fijos. Igualmente, cuando se invoquen eficiencias que se reflejen en productos nuevos o mejorados que beneficien directamente a los consumidores, es más probable que la Comisión las tenga en cuenta si son demostrables que si se trata de meras aseveraciones.
95. Por regla general, la información que necesita la Comisión para determinar si una concentración genera el tipo de eficiencias indispensables para su aprobación obra en poder de las partes en la concentración. Corresponde, pues, a las partes notificantes presentar con la debida antelación toda la información necesaria y demostrar que las eficiencias derivadas de la concentración son específicas de la misma, sustanciales, rápidas y verificables. También in-

cumbe a las partes notificantes demostrar que las eficiencias contrarrestarán cualquier efecto negativo que la concentración pueda tener sobre la competencia y, por lo tanto, beneficiarán directamente a los consumidores.

VII. EXCEPCIÓN DE EMPRESA EN DIFICULTADES

96. La Comisión puede decidir que una concentración que crea o refuerza una posición dominante es compatible con el mercado común si consiste en la adquisición de una empresa en dificultades por otra empresa. El requisito básico es que el deterioro de la estructura competitiva que sigue a la concentración no se deba a dicha concentración⁽⁴⁹⁾.
97. Al aplicar la excepción de empresa en dificultades, la Comisión tiene en cuenta los tres requisitos siguientes. Primero, la empresa adquirida debe estar condenada a abandonar el mercado por problemas económicos si no es absorbida por otra empresa. Segundo, no debe haber ninguna otra posibilidad de compra menos perjudicial para la competencia que la concentración notificada. Tercero, sin la concentración la desaparición del mercado de los activos de la empresa en dificultades debe resultar inevitable. Si se cumplen estos criterios es posible considerar que la concentración no crea o refuerza una posición dominante de resultados de la cual la competencia efectiva sea obstaculizada de forma significativa en el mercado común, en la medida en que la desaparición de la empresa en dificultades⁽⁵⁰⁾ o su adquisición por otro comprador⁽⁵¹⁾ también se hubiera traducido en la creación o reforzamiento de una posición dominante.
98. Corresponde a las partes notificantes demostrar que se cumplen estos tres requisitos y que la concentración no es la causa del deterioro de la estructura competitiva posterior a la misma.

VIII. INVITACIÓN A FORMULAR OBSERVACIONES

99. La presente consulta pública forma parte de una iniciativa de mayor envergadura encaminada a la revisión, reforma y aclaración de los términos y de la aplicación del Reglamento de concentraciones. Se invita a los interesados a presentar sus observaciones al presente proyecto de Comunicación, que deberán obrar en poder de la Comisión a más tardar el 31 de marzo de 2003.

Por correo, en la dirección siguiente:

Comisión Europea
Dirección General de Competencia
Horizontal Guidelines
B-1049 Bruxelles/Brussel

Por correo electrónico, en la dirección siguiente:

Comp-MTF-horizontal-guidelines@cec.eu.int

- (1) DO L 395 de 30.12.1989, p. 1, versión corregida en el DO L 257 de 21.9.1990, p.13; Reglamento modificado por el Reglamento (CE) n° 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DO L 180 de 9.7.1997, p. 1); rectificaciones en el DO L 40 de 13.2.1998, p. 17, y en el DO L 199 de 26.7.1997, p. 69.
- (2) El término «concentración» utilizado en el Reglamento de concentraciones abarca diversos tipos de operaciones, como las fusiones, las adquisiciones, las absorciones y determinados tipos de empresas en participación. En la presente Comunicación, salvo que se indique lo contrario, el término «fusión» es sinónimo de concentración y, por lo tanto, cubre todos los tipos de operaciones que se acaban de enumerar.
- (3) Esta Comunicación no se ocupa de la evaluación de los efectos que puede tener una concentración sobre la competencia en otros mercados, como los efectos verticales y de conglomerado. Como tampoco entra en la cuestión de la evaluación de los efectos que pueden tener las empresas en participación a que se refiere el apartado 4 del artículo 2 del Reglamento de concentraciones.
- (4) DO C 372 de 9.12.1997, p. 5.
- (5) Véanse las secciones sobre las concentraciones con un competidor potencial, las concentraciones que aumentan el poder de negociación de las partes y la excepción de empresa en dificultades.
- (6) En la presente Comunicación la expresión «aumento de precios» con frecuencia es sinónimo de precios más altos, menor oferta de bienes y servicios y menor calidad de los mismos, menos innovación tecnológica y otras posibles consecuencias de la ausencia de competencia efectiva. También abarca las situaciones en que, por ejemplo, los precios disminuyen menos —o hay menos probabilidades de que disminuyan— que de no haberse producido la concentración.
- (7) El término mercado oligopolístico hace referencia a una estructura de mercado caracterizada por la presencia de un número limitado de empresas de tamaño considerable. Como el comportamiento de cualquiera de ellas tiene un impacto considerable sobre las condiciones de competencia en el mercado, y por tanto, indirectamente en la situación de todas las demás, las empresas oligopolísticas son interdependientes.
- (8) Para más información sobre el cálculo de las cuotas de mercado, véase la Comunicación de la Comisión sobre la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO C 372 de 9.12.1997, p. 5, puntos 54 y 55).
- (9) En muchos casos la intensidad de la presión competitiva a que se someten mutuamente los distintos operadores del mercado dependerá más de sus características y de las de sus clientes que de su cuota de las ventas totales. En estas circunstancias las cuotas de mercado pueden infravalorar o, por el contrario, exagerar los efectos competitivos de la concentración.
- (10) Con este tipo de análisis se pretende saber qué vendedores han presentado ofertas a determinados grupos de clientes y si se les ha adjudicado el contrato o han quedado entre los primeros.
- (11) Por ejemplo, el IHH de un mercado integrado por cinco empresas con cuotas de mercado del 40 %, 20 %, 15 %, 15 % y 10 % respectivamente es 2 550 ($40^2 + 20^2 + 15^2 + 15^2 + 10^2 = 2 550$). El IHH va de cero (mercado atomizado) a 10 000 (monopolio puro). Aunque lo ideal es incluir a todas las empresas en el cálculo, la falta de información sobre las pequeñas empresas no resulta excesivamente grave porque este tipo de empresas apenas influye en el IHH.
- (12) El IHH agregado es el IHH postconcentración calculado partiendo de la hipótesis de que las dos partes en la concentración mantienen sus respectivas cuotas de mercado.
- (13) En algunos casos excepcionales, una concentración también puede permitir que una empresa que no es parte en la operación notificada se coloque en una posición predominante o refuerce tal posición (véase la Decisión de la Comisión de 29 de septiembre de 1999, IV/M.1383, Exxon/Mobil, considerandos 225-229).
- (14) Asunto T-221/95: Endemol contra Comisión (Recopilación 1999, p. II-1299), apartado 134, y asunto T-102/96: Gencor contra Comisión, (Recopilación 1999, p. II-753), apartado 205; asunto IV/M. 890, Blokker/Toys 'R' Us (DO L 316 de 25.11.1998, p. 1), considerando 74.
- (15) Véase, por ejemplo, el asunto IV/M.1221, Rewe/Meinl (DO L 274 de 23.10.1999, p. 1), considerando 28. Véase, asimismo, el asunto C-250/92: Gottrup-Klim (Recopilación 1994, p. I-5641), apartado 48.
- (16) Se hacen economías de escala o de alcance cuando se pueden repartir los costes fijos entre un gran número de unidades producidas o entre un gran número de productos distintos.
- (17) Véase, por ejemplo, el asunto T-102/96: Endemol contra Comisión (Recopilación 1999, p. II 753), apartado 167.
- (18) Véase el asunto T-22/97: Kesko contra Comisión (Recopilación 1999, p. II 3775), apartados 141 y siguientes.
- (19) Véase, por ejemplo, el asunto COMP/M.2097, SCA/Metsä Tissue (DO L 57 de 27.2.2001, considerando 147).
- (20) Asunto COMP/M.2033 Metso/Svedala, 2001, considerando 195.
- (21) Asunto IV/M.603, Crown Cork & Seal/Carnaud/MetalBox (DO L 75 de 23.3.1996, p. 38, considerandos 66 y siguientes).
- (22) Asunto T-156/98: RJB Mining contra Comisión (Recopilación 2001, p. II-337).
- (23) Véase, por ejemplo, el asunto IV/M.623, Kimberly-Clark/Scott (DO L 183 de 23.7.1996, p.1).
- (24) Véanse, por ejemplo, el asunto M.430: Procter & Gamble/VP Schickedanz (II) (DO L 354 de 31.12.1994, p. 32) y T-290/94: Kaysersberg contra Comisión (Recopilación 1997, p. II-2137), apartado 153.
- (25) Asunto T-310/01: Schneider contra Comisión (Recopilación 2002, p. II-000), apartado 418; asunto IV/M. 1628, TotalFina/Elf Aquitaine (DO L 143 de 29.5.2001) y asunto COMP/M.2097, SCA/Metsä Tissue (DO L 57 de 27.2.2002, considerandos 94 a 108).
- (26) Asunto IV/M.877, Boeing/McDonnell Douglas (DO L 336 de 8.12.1997, p. 16, considerandos 58 y siguientes).
- (27) Véanse, por ejemplo, los asuntos COMP/M.2817 Barilla/BPS/Kamps, considerando 34; y asunto COMP/M.1672 Volvo/Scania (DO L 143 de 29.5.2001, considerando 148).

- (28) Aunque en la mayoría de los mercados los productos tienen elementos que los diferencian de los demás, hay mercados en que los productos son relativamente homogéneos. Los productos son relativamente homogéneos cuando los clientes consideran los productos de un fabricante sustitutos adecuados de los de otro fabricante.
- (29) Las diferencias pueden estribar en la situación geográfica, la marca o la localización de los puntos de venta. Por ejemplo, la ubicación es un factor importante para la distribución minorista, la banca, las agencias de viaje y las gasolineras. Las diferencias también pueden radicar en la imagen de marca, las especificaciones técnicas, la calidad y el nivel de servicio. El nivel de publicidad de un mercado puede ser un indicador de la voluntad de las empresas de diferenciar sus productos. En el caso de otros productos, la diferenciación puede deberse a los costes de cambio de proveedor, ya que el hecho de cambiar de producto puede acarrear ciertos costes.
- (30) El incremento del grado de concentración (medida con el IHH) puede calcularse independientemente de la concentración global del mercado duplicando el producto de las cuotas de mercado de las empresas fusionadas. Por ejemplo, la fusión de dos empresas con cuotas de mercado del 30 % y 15 % respectivamente aumentará el IHH en 900 puntos ($30 \times 15 \times 2 = 900$). La explicación de esta técnica es la siguiente: antes de la concentración, la contribución de las cuotas de mercado de las empresas fusionadas al IHH equivale a la suma de los cuadrados de sus cuotas de mercado: $(a)^2 + (b)^2$. Después de la concentración, su contribución es la suma de estas cuotas al cuadrado: $(a + b)^2$, lo que equivale a $(a)^2 + (b)^2 + 2ab$. Por consiguiente, el incremento del IHH equivale a $2ab$.
- (31) La elasticidad cruzada de la demanda mide la variación que experimenta la demanda de un producto cuando varía el precio de otro producto (y los demás parámetros se mantienen constantes). La elasticidad cruzada mide la variación que experimenta la demanda de un producto cuando varía su precio.
- (32) El coeficiente de desvío indica qué proporción de las ventas de un producto sería absorbida por otro producto de subir el precio del primero.
- (33) Asunto COMP/M.1693: Alcoa/Reynolds.
- (34) Asuntos T-102/96: Gencor contra Comisión (Recopilación 1999, p. II-753), apartado 277, y T-342/99: Airtours contra Comisión (Recopilación 2002, p. II-000), apartado 61.
- (35) Como puede ocurrir si, por motivos históricos, cada oligopolista tiene sus ventas concentradas en una zona diferente.
- (36) Asunto T-342/99: Airtours contra Comisión (Recopilación 2002, p. II-000), apartado 62.
- (37) Asunto T-102/96: Gencor contra Comisión (Recopilación 1999, p. II-753), apartado 222.
- (38) Véase el asunto T-102/96: Gencor contra Comisión (Recopilación 1999, p. II-753), apartado 281.
- (39) Por ejemplo, el mercado de las consolas de juegos se caracteriza por unos importantes efectos de red. Todo el mundo quiere comprar la consola de juegos más popular porque lo lógico es que salgan más juegos al mercado para esta consola y haya más usuarios con los que intercambiar juegos.
- (40) Véase, por ejemplo, el asunto IV/M.1681, Akzo Nobel/Hoechst Roussel Vet, considerando 64.
- (41) Véase, por ejemplo, el asunto IV/M.1882 Pirelli/BICC, considerandos 77-80.
- (42) Asunto IV/M.1313, Danish Crown/Vestjyske Slagterier (DO L 20 de 25.1.2000, p. 1), considerandos 171 a 173.
- (43) Asunto IV/M.1225, Enso/Stora (DO L 254 de 29.9.1999, p. 9), considerando 89.
- (44) Asunto IV/M.1225, Enso/Stora (DO L 254 de 29.9.1999, p. 9), considerandos 95 y 96.
- (45) Véase, por ejemplo, el asunto COMP/M.1693, Alcoa/Reynolds (DO L 58 de 28.2.2002, p. 25), considerandos 31, 32 y 38.
- (46) Véase el considerando 4 del Reglamento de concentraciones.
- (47) Véase la letra b) del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento de concentraciones.
- (48) Ello se debe en parte a que en la mayoría de los casos cuanto más lejana sea dicha fecha, menos probabilidades hay de que lleguen a generarse las eficiencias previstas.
- (49) Asunto C-68/94: Francia contra Comisión (Recopilación 1998, p. I-1375), apartado 110.
- (50) Asunto C-68/94: Francia contra Comisión (Recopilación 1998, p. I-1375), apartados 117-120.
- (51) Asuntos M.2810 Deloitte & Touche/Andersen UK; M.2816 Ernst & Young France/Andersen France y M.2824 Ernst & Young/Andersen Germany.