

# **EL ESTÁNDAR DEL CONTROL JUDICIAL EN MATERIA DE CONCENTRACIONES**

Rafael GARCÍA-VALDECASAS Y  
FERNÁNDEZ\*

Juez del Tribunal de Primera Instancia de  
las Comunidades Europeas. Abogado del  
Estado

## **1. EL (COMPLEJO) CONTROL DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN**

Las concentraciones y fusiones de empresas constituyen, huelga decirlo, operaciones de capital importancia en la estructuración del tejido económico de nuestras sociedades. En los últimos años, la creación y consolidación del mercado interior europeo y la creciente globalización de la economía mundial han incrementado el número y la importancia de tales operaciones.

Estos fenómenos de reestructuración empresarial merecen, de entrada, una valoración positiva, puesto que suelen responder a las exigencias de una competencia dinámica y pueden aumentar la competitividad de nues-

---

\* Las opiniones expresadas en este trabajo son estrictamente personales y no pretenden representar o vincular al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El autor agradece la colaboración de José María CARPI BADÍA, letrado en su Gabinete, en la preparación de este texto.

tra industria y mejorar sus posibilidades de crecimiento<sup>1</sup>. No conviene olvidar, sin embargo, que algunas operaciones, en determinadas circunstancias, pueden llegar a causar perjuicios graves y permanentes a la competencia. Resulta necesario, por tanto, proceder a un control de las fusiones y adquisiciones empresariales, con el objeto, en particular, de evitar la creación de estructuras de mercado de las que se deriven precios más elevados, una menor calidad de los productos, un nivel de producción reducido, un esfuerzo menor de innovación y, en definitiva, una reducción del bienestar de los consumidores y de la eficiencia económica.

En nuestro ordenamiento, ello se instrumentaliza mediante un sistema de control administrativo previo. Tanto en el marco comunitario europeo<sup>2</sup> como en el español<sup>3</sup> —a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos y en algún Estado miembro de la UE, como Suecia— se confiere a la autoridad administrativa la potestad de autorizar o no, y en qué condiciones, los proyectos de concentración empresarial, que deben serle notificados con carácter previo a su ejecución. Es, pues, la autoridad administrativa —bien sea una agencia independiente, un órgano de la Administración o aun el propio Gobierno— quien decide sobre la suerte de la operación de concentración, sin que dicha autoridad deba, por tanto, acudir al juez para obtener del mismo la modificación o la prohibición de la concentración propuesta.

Ello no obstante, la actuación de la autoridad administrativa en este marco queda sujeta, por descontado, al control judicial. Las decisiones administrativas o gubernativas de autorización —con o sin condiciones— o de prohibición de una operación de concentración —como también las decisiones de declinación de competencia, de reenvío, de sanción o de desinversión— pueden ser objeto de revisión judicial. Sin lugar a dudas, el papel que el juez está llamado a ejercer en este ámbito es fundamental.

La función del juez no es, sin embargo, sencilla. En primer lugar, conviene recordar que, tanto a nivel español como comunitario, el régi-

---

<sup>1</sup> Así lo reconoce, por ejemplo, el considerando núm. 4 del Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, sobre control de las operaciones de concentración entre empresas, de 20 de enero (DO L 24, de 29 de enero de 2004, p. 1).

<sup>2</sup> Reglamento núm. 139/2004, citado en la nota anterior. Este reglamento sustituye al Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre, sobre control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 395, de 30 de diciembre de 1989, p. 1), el cual supuso la instauración, a nivel comunitario, de un sistema de «ventanilla única» (*one stop shop*), que otorga a la Comisión Europea la competencia exclusiva respecto de aquellas operaciones que entren en el ámbito de aplicación del citado texto legal (las concentraciones de «dimensión comunitaria»).

<sup>3</sup> Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 170, de 18 de julio de 1989). Conviene apuntar que, el 25 de agosto de 2006, el Consejo de Ministros remitió a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, llamada a sustituir, a partir del 1 de enero de 2007, la Ley 16/1989.

men de control de concentraciones constituye un instrumento relativamente reciente en nuestro arsenal de medios de defensa de la libre competencia<sup>4</sup>. Si bien tanto las autoridades administrativas como los órganos jurisdiccionales han desarrollado una importante e intensa labor en esta sede, la experiencia de aquéllas y, sobre todo, de éstos, no deja de ser todavía relativamente limitada. En segundo lugar, hay que señalar que nos hallamos ante un control *ex ante* de estructuras, y no frente a un control *ex post* de comportamientos, tarea esta última con la que los jueces estamos probablemente más familiarizados. En tercer lugar, resulta ocioso destacar que el contencioso de control de concentraciones presenta una complejidad particular, que deriva, en gran parte, de la fundamental importancia que reviste el análisis económico en la toma de decisiones. Finalmente, en cuarto lugar, no debe olvidarse que los litigios en este ámbito suelen involucrar a grandes empresas, y presentan, por ello, una dimensión económica particularmente importante. En estas circunstancias, el juez no ignora, como es natural, que sus decisiones pueden tener una gran relevancia y trascendencia —social, económica y, por que no decirlo, en ocasiones incluso política—. Por lo demás, la enorme importancia de los intereses en juego explica el espectacular despliegue de recursos humanos (abogados, economistas, asesores) y materiales (informes, dictámenes, estudios econométricos, análisis de mercados) que suelen poner en juego las partes en el proceso (en particular las grandes empresas), que contrasta con la relativa limitación de los medios de los que dispone el órgano jurisdiccional.

## 2. EL DEBATE RECIENTE SOBRE EL ESTÁNDAR DE CONTROL JUDICIAL EN MATERIA DE CONCENTRACIONES

En este marco, una cuestión ha cobrado especial relevancia en los últimos años, en particular en el ámbito jurídico comunitario: el estándar de control que debe regir la actuación del juez en el contencioso de control de concentraciones. Nos referimos, concretamente, a la intensidad del control que ejerce el órgano jurisdiccional, así como a los límites que acaso se imponen a su actuación.

---

<sup>4</sup> Así, por ejemplo, en el ámbito comunitario, conviene recordar que el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea («TCEE», actual «TCE») de 1957, que establece las reglas de base en materia de acuerdos colusorios, abusos de posición dominante y ayudas de Estado, no contiene sin embargo ninguna disposición relativa al control de las operaciones de concentración (a diferencia, por cierto, del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero de 1951, cuyo art. 66 sí preveía ciertas normas en este ámbito). A pesar de algunos intentos aislados de controlar tales operaciones mediante una interpretación extensiva de los arts. 85 y 86 TCEE [actuales arts. 81 y 82 TCE], hubo que esperar a la adopción del Reglamento núm. 4064/89, citado en la nota núm. 2, para que se instaurase un verdadero control comunitario de concentraciones y fusiones.

En una primera aproximación, puede parecer que esta problemática, como ocurre a menudo con la definición de estándares ideales de control, presenta un interés puramente intelectual, que se trata, en definitiva, de una cuestión meramente dogmática. En realidad, sin embargo, su relevancia práctica es más que notable.

En efecto, el debate sobre el estándar de control judicial plantea una cuestión fundamental: la definición de los límites respectivos de la actuación y las potestades de la autoridad administrativa y de los órganos jurisdiccionales en el ámbito del control de concentraciones. O lo que es lo mismo, el margen de discrecionalidad del que gozará la autoridad administrativa en este campo y la intensidad del control jurisdiccional al que estarán sujetas sus decisiones y apreciaciones. Ello es especialmente importante en un ámbito en el que la toma de decisiones y su control posterior deben fundarse a menudo en un análisis necesariamente prospectivo y particularmente complejo, poco propenso a proporcionar respuestas inmediatas, evidentes e incontestables. Por lo demás, la cuestión del estándar de control jurisdiccional incide igualmente en la defensa de los intereses de los operadores económicos afectados por una operación de concentración, ya sean las empresas que desean fusionarse o los terceros (competidores actuales o potenciales, proveedores o clientes) favorables o contrarios a tal operación.

Este trabajo se ocupará de esta importante cuestión únicamente respecto al régimen comunitario de control de concentraciones. Me centraré, por tanto, en el estándar que se impone a las dos jurisdicciones comunitarias competentes, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, «TJCE») y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (seguidamente, el «TPICE»), en su labor de fiscalización de las decisiones de la Comisión Europea (en adelante, la «Comisión»).

Se trata, bien es cierto, de un tema relativamente clásico —se enmarca, en particular, en una problemática más bien tradicional, la de los límites de la actuación del juez comunitario respecto al contencioso «de la legalidad»—. No es menos cierto, en cualquier caso, que la cuestión del estándar de revisión judicial en materia de concentraciones ha cobrado particular relevancia en los últimos años, en particular a raíz de tres conocidas sentencias adoptadas por el TPICE en 2002:

— En primer lugar, la sentencia de 6 de junio de 2002 en el asunto *Airtours/Comisión* (T-342/99), por la que se anuló la decisión de la Comisión que había prohibido la adquisición por la demandante, un operador turístico y proveedor de viajes combinados británico, de su competidor *First Choice*<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Sentencia del TPICE de 6 de junio de 2002, *Airtours/Comisión*, T-342/99, Rec. p. II-2585.

— En segundo lugar, la sentencia de 25 de octubre de 2002 en el asunto *Schneider Electric/Comisión* (T-77/02), anulando la decisión de la Comisión que declaró incompatible con el mercado común la adquisición de Legrand por la demandante, dos empresas activas en toda Europa en los mercados de productos de baja tensión eléctrica, paneles eléctricos y equipos ultra-terminales<sup>6</sup>.

— En tercer lugar, la sentencia de 25 de octubre de 2002 en el asunto *Tetra Laval/Comisión* (T-5/02), por la que el TPICE anuló la decisión de la Comisión que había prohibido la compra de Sidel por la demandante, en el sector de las maquinarias y productos de envasado<sup>7</sup>.

Estas tres sentencias tienen en común algo más que la coincidencia temporal de sus respectivas fechas de adopción y el hecho de que, en los tres casos, se anulan decisiones de prohibición de la Comisión —si bien, cierto es, en base a motivos diversos—. Así, en todas ellas hay presente una voluntad decidida del juez comunitario de llevar a cabo un control jurisdiccional verdaderamente efectivo de la actuación de la autoridad administrativa en materia de concentraciones.

Esta voluntad no surge, por supuesto, de la nada, sino que es fruto de la evolución de la jurisprudencia comunitaria anterior en este ámbito, ya desde sentencias como *Kali und Salz* en 1998 (asuntos C-68/94 y C-30/95)<sup>8</sup> o *Gencor/Comisión* en 1999 (asunto T-102/96)<sup>9</sup>, por no citar más que dos de las más representativas. En cualquier caso, se ha interpretado generalmente, con mayor o menor razón, que la «tríada» de sentencias del TPICE de junio/octubre 2002 inauguró una etapa de control judicial más intenso de las decisiones de la Comisión en sede de concentraciones<sup>10</sup>.

Sea como fuere, es innegable que las tres sentencias de 2002 citadas tuvieron una repercusión fundamental en el régimen comunitario de control de concentraciones y en su evolución posterior. Por lo que aquí nos interesa, dichas sentencias, en cierto modo, sacaron la cuestión del estándar de control judicial del ámbito académico, y la situaron en el

---

<sup>6</sup> Sentencia del TPICE de 22 octubre 2002, *Schneider Electric/Comisión*, T-77/02, Rec. p. II-4201.

<sup>7</sup> Sentencia del TPICE de 25 de octubre de 2002, *Tetra Laval/Comisión*, T-5/02, Rec. p. II-4381.

<sup>8</sup> Sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1998, *Francia y Société commerciale des potasses et de l'azote y Entreprise minière et chimique/Comisión*, C-68/94 y C-30/95, Rec. p. I-1375.

<sup>9</sup> Sentencia del TPICE de 25 de marzo de 1999, *Gencor/Comisión*, T-102/96, Rec. p. II-753.

<sup>10</sup> Como más adelante se explica, en el único recurso de casación presentado por la Comisión contra una de estas sentencias, dicha institución alegó que el TPICE había cometido sendos errores de Derecho respecto al grado de exigencia probatoria exigido y al alcance y la definición del criterio de control judicial ejercido: ver sentencia del TJCE de 15 de febrero de 2005, *Comisión/Tetra Laval*, C-12/03 P, Rec. p. I-987.

centro de los debates y de la actuación tanto de los órganos jurisdiccionales comunitarios, como de la Comisión y aun de los propios operadores privados.

### 3. «CONTROL DE LEGALIDAD» *VERSUS* «COMPETENCIA DE PLENA JURISDICCIÓN»

Como ha quedado dicho, el legislador comunitario ha otorgado a la Comisión la competencia respecto a la autorización de las operaciones de concentración de dimensión comunitaria. Para llevar a cabo esta misión, le ha atribuido amplios poderes de investigación, inspección, ejecución y decisión. Es, pues, la Comisión quien decide sobre su competencia para conocer de una determinada operación, quien la autoriza —previa modificación o no del proyecto inicial— o quien, por el contrario, la declara incompatible con el mercado común —prohibiéndola, en suma.

El juez comunitario, por su parte, controla la legalidad de la decisión adoptada previamente por la Comisión (quien, por tanto, será siempre la parte demandada en el procedimiento)<sup>11</sup>. Así, el Reglamento núm. 139/2004 sobre el control de concentraciones, en el párrafo segundo de su art. 21, atribuye al Tribunal de Justicia el control de las decisiones de la Comisión en este ámbito, lo cual no es más que la plasmación de la competencia general de dicha jurisdicción respecto al control de la legalidad de los actos de las instituciones comunitarias, prevista en el art. 230 del Tratado CE (en adelante, «TCE»). El art. 16 del Reglamento núm. 139/2004, por su parte, establece que el Tribunal de Justicia tendrá competencia jurisdiccional plena, con arreglo al art. 229 TCE, sobre los recursos interpuestos contra las decisiones de la Comisión imponiendo una multa sancionadora o coercitiva (en particular, en aquellos casos en que las partes que se fusionan no han notificado su operación o han suministrado información incorrecta o engañosa)<sup>12</sup>.

Las citadas disposiciones ilustran la existencia de un doble nivel de control jurisdiccional comunitario, sobre el que me parece necesario detenerse un instante.

En general, las competencias del Tribunal de Justicia respecto a la revisión de los actos de la Administración comunitaria corresponden a lo que se conoce como «control de legalidad». En este marco, el Tribunal se pronuncia, de acuerdo con la enumeración prevista por el citado

---

<sup>11</sup> En atención a los arts. 220 y 230 TCE y el art. 51 del Estatuto del TJCE, la competencia para conocer de tales recursos corresponde en primera instancia al TPICE y en casación al TJCE.

<sup>12</sup> Véanse los arts. 14 y 15 del Reglamento 139/2004.

art. 230 TCE, respecto a si la decisión impugnada ha incurrido en alguno de los siguientes motivos de anulación: incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución o desviación de poder. La sanción de la ilegalidad no puede ser otra que la anulación (total o parcial) de la decisión de la Comisión, correspondiendo a esta institución, a continuación, adoptar las medidas oportunas.

Frente a este control de legalidad, el Tribunal dispone, en materia de multas, de una «competencia de plena jurisdicción». En este ámbito, el Tribunal no debe limitarse a la confirmación o la anulación de la decisión impugnada, sino que puede modificarla: en efecto, puede reducir o aumentar la sanción impuesta, en función de su propia apreciación de las circunstancias del caso de autos. Esta competencia de plena jurisdicción es de importancia marginal en sede de control de concentraciones, por lo que no me ocuparé de ella en adelante.

Me limitaré, pues, a apuntar algunas reflexiones personales respecto al control de legalidad que ejerce el Tribunal sobre las decisiones de la Comisión de autorización o de prohibición de concentraciones<sup>13</sup>.

#### 4. LOS LÍMITES DEL CONTROL DE LEGALIDAD: ¿ES COMPATIBLE ESTE TIPO DE CONTROL CON LA EXISTENCIA DE UN CONTROL JUDICIAL EFECTIVO DE LA ACTUACIÓN DE LA COMISIÓN?

En el marco del control de legalidad, la función del Tribunal se circunscribe a la fiscalización de la actuación del Ejecutivo comunitario. El Tribunal, en efecto, se pronuncia únicamente sobre la legalidad de la decisión adoptada por la Comisión y no le corresponde, en principio, proceder a un arbitraje completo de todas las cuestiones que suscita el asunto que subyace tras esta decisión.

La función del Tribunal queda patente en la cita siguiente, extraída de la reciente sentencia del TPICE en el asunto *Impala/Comisión*, de 13 de julio de 2006 (T-464/04)<sup>14</sup>:

---

<sup>13</sup> No hay que olvidar, por otra parte, que otros tipos de decisiones de la Comisión en materia de concentraciones son susceptibles de recurso ante el TPICE. Piénsese, por ejemplo, en la decisión por la que el Ejecutivo comunitario declina su competencia respecto a una operación determinada, o aquella por la que decide reenviar el análisis de la operación a una autoridad nacional de competencia. Véanse al respecto, respectivamente, las sentencias del TPICE de 14 de julio de 2006, *Endesa/Comisión*, T-417/05, aún no publicada en la Recopilación, y de 30 de septiembre de 2003, *Cableuropa e.a./Comisión*, T-346/02 y T-347/02, Rec. p. II- 4251.

<sup>14</sup> Sentencia del TPICE de 13 de julio de 2006, *Independent Music Publishers and Labels Association/Comisión*, T-464/04, aún no publicada en la Recopilación.

«No corresponde al Tribunal pronunciarse sobre la compatibilidad de la concentración, sino efectuar un control de legalidad de las constataciones efectuadas en [la decisión impugnada]»<sup>15</sup>.

La competencia del Tribunal se encuentra, en consecuencia, un tanto limitada. Por un lado, no puede proceder a un re-examen independiente de los méritos de la operación de concentración. Por otro lado, no puede pronunciarse sobre la «oportunidad» de la autorización o de la prohibición de la misma. Finalmente, como más adelante precisaré, el Tribunal no puede sustituir la apreciación de la Comisión por la suya propia. Todo ello puede incidir, por supuesto, en la intensidad del control que el juez comunitario está llamado a ejercer.

Conviene señalar, por otra parte, que, si bien una sentencia confirmando la decisión impugnada pone en principio fin a la controversia (sin perjuicio de la eventual introducción de un recurso de casación), una sentencia que anule tal decisión no implica necesariamente una toma de posición definitiva sobre la suerte de la operación de concentración. En efecto, aunque pueda resultar paradójico, ni una sentencia anulando una decisión de prohibición significa necesariamente que la operación, en último término, vaya a ser declarada compatible con el mercado común, ni una sentencia anulando una decisión de autorización supone tampoco que la concentración vaya finalmente a ser prohibida. En uno y otro caso, corresponde a la Comisión adoptar, tras la sentencia del Tribunal, una nueva decisión sobre la compatibilidad con el mercado común del proyecto de concentración en cuestión, para lo cual la Comisión deberá proceder a un nuevo análisis de tal operación —análisis que debe hacerse, en mi opinión, sobre la base de la situación de mercado existente en ese momento, y no en el momento en que la concentración se notificó inicialmente—<sup>16</sup>.

Por supuesto, en su segunda evaluación, la Comisión estará vinculada por las conclusiones y apreciaciones contenidas en la sentencia del

---

<sup>15</sup> Apartado 479 de la sentencia *Impala/Comisión*, citada en la nota anterior (traducción oficiosa). En la misma línea, en el apartado 480 de la sentencia se afirma: «[por lo que hace] a los argumentos relativos a los diferentes puntos no mencionados en la decisión, basta constatar que carecen de toda pertinencia, puesto que el examen del Tribunal se limita al control de legalidad de esta decisión». Más discutible puede resultar, tal vez, la afirmación que el Tribunal realiza en el apartado 458 de la sentencia, según la cual «las explicaciones avanzadas durante el procedimiento contencioso ante el Tribunal, ni *a fortiori* las verificaciones relativas a un aspecto esencial de la decisión, no pueden colmar una carencia de examen en el momento de la adopción de la decisión y eliminar el error manifiesto de apreciación en el que incurre, por ese hecho, la decisión, incluso en el caso que tal error no haya tenido ninguna influencia sobre el resultado de la apreciación».

<sup>16</sup> Ello, por descontado, si el proyecto de concentración sigue sobre la mesa, es decir, si las partes no han renunciado al mismo entretanto —renuncia que no es infrecuente, a pesar de los esfuerzos del Tribunal para dictar sentencia en el período más breve posible (en particular, mediante la utilización del procedimiento acelerado o *fast track*, previsto en el art. 76 bis del Reglamento de Procedimiento del TPICE).

Tribunal. En la práctica, sin embargo, la posibilidad de que, en su segunda decisión, la Comisión se aparte drásticamente de su conclusión inicial (i.e., que decida autorizar en lugar de prohibir, o viceversa), dependerá en gran medida de los motivos concretos que hayan fundado la anulación pronunciada por el Tribunal. Así, el margen de discreción de la Comisión será mucho menor si el Tribunal ha acogido en su sentencia motivos sustantivos directamente relacionados con los efectos presuntamente restrictivos de la operación o con la estructura de los mercados afectados que si la anulación se ha basado en motivos procedimentales (el respeto del derecho de defensa, por ejemplo) o relativos al control formal de la decisión (así, la violación de la obligación de motivación).

Esta circunstancia, en mi opinión, debe ser tenida en cuenta por el juez comunitario en el desempeño de su labor. Me parece necesario que el Tribunal, sin salirse del ámbito de sus atribuciones, dé en su sentencia una respuesta lo más exhaustiva posible a todas las cuestiones relevantes planteadas por el asunto en cuestión, incluso aunque la solución concreta al litigio pueda fundarse en una toma de posición más limitada sobre determinados motivos concretos.

En este sentido, estoy firmemente convencido que los «límites» que el control de legalidad impone sobre el juez comunitario no impiden la puesta en práctica de un verdadero control judicial efectivo de la actuación de la Comisión. Así lo demuestran, entiendo, las sentencias *Airtours/Comisión*, *Tetra Laval/Comisión* y *Schneider/Comisión* a las que anteriormente he hecho referencia, así como otras sentencias recientes, como *Lagardère y Canal Plus/Comisión*<sup>17</sup>, *BaByliss/Comisión*<sup>18</sup> o *MCI/Comisión*<sup>19</sup>, por no citar más que aquellas que anulan decisiones de la Comisión<sup>19</sup>.

En cualquier caso, deben definirse los límites respectivos de la actuación de la Comisión y el Tribunal de Justicia en el ámbito del control de concentraciones. Luego, si bien es ésta una cuestión que necesariamente debe delimitarse asunto por asunto y en la que no es fácil dar «recetas» generales, no es menos cierto que merece, por su importancia, una reflexión global.

En la práctica, estimo que el Tribunal debe encontrar un necesario punto intermedio entre dos extremos igualmente rechazables. Por un lado, el de un ejercicio timorato de sus atribuciones que pueda suponer

---

<sup>17</sup> Sentencia del TPICE de 20 de noviembre de 2002, *Lagardère y Canal+/Comisión*, T-251/00, Rec. p. II-4825.

<sup>18</sup> Sentencia del TPICE de 3 de abril de 2003, *BaByliss/Comisión*, T-114/02, Rec. p. II-1279.

<sup>19</sup> Sentencia del TPICE de 28 de septiembre 2004, *MCI/Comisión*, T-310/00, aún no publicada en la Recopilación.

abandonar a los administrados (las empresas que se fusionan, pero también los terceros interesados) al arbitrio de la Comisión. Por otro lado, el de un ejercicio desmesurado de sus atribuciones que desborde los límites de las mismas e invada las competencias propias de la Comisión (sin estar necesariamente en mejor posición que esta institución para adoptar las decisiones oportunas), obstaculizando la función fundamental que se ha atribuido al Ejecutivo comunitario en relación con la garantía del funcionamiento competitivo del mercado único.

¿Cuál debe ser, por tanto, el estándar de control judicial de las decisiones de la Comisión en materia de concentraciones? Huelga decir que el derecho positivo no nos proporciona ninguna respuesta concreta —ni el Tratado ni el Reglamento de concentraciones se pronuncian al respecto.

Para responder a tal pregunta, me parece necesario distinguir entre el control de las cuestiones fácticas (los «hechos»), en primer lugar, el control de la aplicación de las nociones jurídicas (el «derecho»), en segundo lugar, y el control de las apreciaciones de la Comisión (las «apreciaciones económicas complejas»), en tercer y último lugar.

## 5. EL CONTROL COMPLETO DE LAS CUESTIONES FÁCTICAS

Conviene empezar, pues, por el control de las cuestiones fácticas, de los hechos que la Comisión ha considerado probados en la decisión impugnada. En efecto, si bien el análisis que esta institución realiza de una concentración es necesariamente prospectivo (en tanto en cuanto debe predecir si la estructura que se pretende crear dará lugar en el futuro a efectos anticompetitivos), no es menos cierto que debe fundamentarse en constataciones de hechos materialmente exactas. Entre tales hechos figuran, por ejemplo, la posición en el mercado de las partes que se fusionan o las características propias de los mercados relevantes (su crecimiento anterior, la transparencia en los mismos o la existencia de barreras a la entrada).

Pues bien, el control que el Tribunal realiza de las cuestiones fácticas es completo<sup>20</sup>. No existe, respecto a los hechos, margen alguno de apreciación o discrecionalidad a favor de la Comisión<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Aún más, como es tradicional en el TPICE, su control de los hechos es particularmente intenso, como bien saben los abogados y agentes que deben someterse a las detalladas preguntas de sus jueces, tanto durante el procedimiento escrito como, muy particularmente, con ocasión de la audiencia.

<sup>21</sup> Así, en su sentencia de 14 de diciembre de 2005, *General Electric/Comisión* (T-210/01, aún no publicada en la Recopilación), el TPICE afirma sin ambages que «la Comisión no dispone de ningún margen de apreciación en lo que respecta a las cuestiones de hecho» (apartado 490).

Este control total de los hechos puede ilustrarse con algunos ejemplos extraídos de la sentencia *Airtours/Comisión*. En su decisión impugnada en el caso de autos, la Comisión había retenido, como un factor particularmente relevante en su análisis, el crecimiento pretendidamente moderado de la demanda en el mercado de referencia<sup>22</sup>. Sin embargo, las medidas de instrucción ordenadas por el Tribunal demostraron que la constatación de la Comisión se basaba en una apreciación incompleta y errónea de los datos que se le comunicaron en el marco del procedimiento administrativo. En realidad, el pretendido estudio de mercado en el que la decisión impugnada se apoyaba consistía en una única página, que hacía énfasis en el enorme crecimiento de la demanda en dicho mercado en los veinte años anteriores<sup>23</sup>. Por otro lado, el Tribunal estimó que la Comisión había errado también al considerar que los operadores turísticos pequeños no conseguían normalmente obtener condiciones similares a las de los grandes operadores en cuanto al alojamiento en los destinos cercanos<sup>24</sup>. Del mismo modo, el Tribunal consideró que el argumento de la Comisión según el cual los aviones utilizados por los transportistas aéreos extranjeros debían generalmente realizar su vuelo de ida hacia el Reino Unido por la mañana y su vuelo de vuelta por la tarde —lo que constituiría un *handicap* para el consumidor—, carecía de fundamento fáctico, puesto que, al ser la duración media de vuelo hacia un destino europeo aproximadamente de dos horas, los transportistas establecidos en los aeropuertos de destino podían realizar varias rotaciones en el mismo día<sup>25</sup>.

Pues bien, en su control de los hechos de un asunto, el Tribunal está dispuesto a revisar, con el detalle y la profundidad que resulten necesarios, todos los medios de prueba aportados por las partes. Así, en la sentencia *Impala/Comisión*, anteriormente citada, el Tribunal examinó con detalle las respuestas a los cuestionarios elaborados por la Comisión en el marco de su investigación de mercado, llegando a menudo a la conclusión de que no permitían fundar las constataciones realizadas por la Comisión<sup>26</sup>. Del mismo modo, el Tribunal analizó la pertinencia, fiabilidad, objetividad y coherencia de los datos e informes económicos aportados por la Comisión y las partes coadyuvantes (las empresas fusionadas)<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> Considerandos 92 y 93 de la decisión impugnada.

<sup>23</sup> Apartados 127 a 133 de la sentencia *Airtours/Comisión*.

<sup>24</sup> Apartado 227 de la sentencia *Airtours/Comisión*.

<sup>25</sup> Apartado 239 de la sentencia *Airtours/Comisión*.

<sup>26</sup> Véanse, por ejemplo, los apartados 375-377, 385-386 y 403 de la sentencia *Impala/Comisión*.

<sup>27</sup> Véase, por ejemplo, el apartado 455 de la sentencia *Impala/Comisión*.

## 6. EL CONTROL COMPLETO DE LOS ASPECTOS JURÍDICOS

El control del Tribunal de Justicia de los aspectos jurídicos es también completo. Lógicamente, es la misión del Tribunal interpretar y aplicar, en última instancia, el Derecho comunitario<sup>28</sup>. Ello incluye, por supuesto, tanto las reglas jurídicas sustantivas (así, por ejemplo, la interpretación concreta del test que debe regir el análisis de la operación de concentración, previsto en el art. 2 del Reglamento, o el tratamiento de los efectos de conglomerado)<sup>29</sup> como aquellas que regulan el procedimiento (piénsese, por ejemplo, en el derecho de defensa)<sup>30</sup>. Aquí tampoco, con más razón si cabe, se reconoce margen alguno de discrecionalidad a la Comisión<sup>31</sup>.

De nuevo un ejemplo puede resultar de utilidad. Ha existido tradicionalmente un debate, no exento de controversia, respecto al concepto de «posición dominante colectiva» y a su aplicación en el control comunitario de concentraciones. En su momento, se puso incluso en duda la posibilidad de que los escenarios oligopolísticos estuvieran cubiertos por el Reglamento de concentraciones. Pues bien, la sentencia *Kali und Salz*, citada previamente, confirmó que la competencia puede verse obstaculizada de manera significativa en el mercado único por «las empresas que participan en la concentración y una o varias empresas terceras

---

<sup>28</sup> Véase el art. 220 TCE.

<sup>29</sup> Por ejemplo, en relación al test previsto en el Reglamento núm. 4064/89 (i.e., la creación o refuerzo de una posición dominante que suponga un obstáculo significativo para una competencia efectiva), se planteaba la cuestión de si consagraba una o dos condiciones independientes (un «test único» o un «test doble»; es decir, si la Comisión debía probar por separado la creación o el reforzamiento de una posición dominante, por un lado, y la existencia de un obstáculo significativo para la competencia en el mercado común, por otro): véase la sentencia *EDP/Comisión*, citada en la nota núm. 36 (apartados 50, 51 y 54). Respecto a los efectos de conglomerado, ver las sentencias del TPICE, antes citadas, *Tetra Laval/Comisión* (por ejemplo, apartados 142 a 155, 159 y 161) y *General Electric/Comisión* (así, apartados 65-66, 70 a 75, 303-304, 424-425 y 468).

<sup>30</sup> Así, en la sentencia *Schneider/Comisión*, el TPICE se ocupó de la cuestión de la congruencia entre la decisión final de prohibición de la fusión y el pliego de cargos enviado a las partes durante el procedimiento administrativo. En la sentencia *Tetra Laval/Comisión*, por su parte, el TPICE trató la cuestión del acceso al expediente administrativo.

<sup>31</sup> Por supuesto, en su interpretación y aplicación de las cuestiones de Derecho, el TPICE no resulta «infalible», en la medida en que sus resoluciones están sujetas al control, en casación, del TJCE. Así, en su sentencia *Tetra Laval/Comisión*, el TPICE consideró, en el marco de su examen de los pretendidos efectos de conglomerado de la concentración en cuestión (en particular, respecto a la posibilidad de efectos de «apalancamiento» en un mercado de la posición dominante existente en otro mercado) que «al analizar los efectos de una concentración de [tipo conglomeral] la Comisión [...] está obligada [...] a analizar en qué medida [los incentivos para adoptar comportamientos abusivos ilícitos] podrían verse reducidos, o incluso eliminados, como consecuencia de la ilegalidad de dichos comportamientos, de la posibilidad de que sean descubiertos y reprimidos por las autoridades competentes, tanto a nivel comunitario como nacional, y de las sanciones pecuniarias que podrían acarrear». Tras ser recurrida la sentencia por la Comisión, el TJCE entendió que el TPICE había incurrido en un error de derecho al imponer esta obligación a la Comisión (apartado 78 de la sentencia *Comisión/Tetra Laval*).

que tengan, conjuntamente, debido especialmente a factores de correlación existentes entre ellas, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y, por último, de los consumidores»<sup>32</sup>.

Más adelante, tras las precisiones aportadas, en particular, por la sentencia *Gencor/Comisión*<sup>33</sup>, la sentencia *Airtours/Comisión* clarificó qué debía entenderse por una «posición dominante colectiva susceptible de ser prohibida en aplicación del art. 2 del Reglamento de concentraciones» (por lo que hace, al menos, a las hipótesis de coordinación tácita o de efectos coordinados), identificando tres condiciones que deben ser reunidas<sup>34</sup>: «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. [...] [L]a 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. [...] [P]ara 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. En tercer lugar, [...] 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».

Recientemente, la sentencia *Impala/Comisión*, que he citado ya en varias ocasiones, ha introducido nuevas precisiones respecto a la doctrina *Airtours*, en particular respecto a las condiciones relativas a la transparencia en el mercado y la existencia de mecanismos de disuasión<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Apartado 221 de la sentencia *Kali und Salz*.

<sup>33</sup> El Tribunal estableció, en particular, que no debía excluirse del concepto de vínculo económico la relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas (en especial en términos de concentración del mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto), éstos pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por tanto, en gran medida impulsados a coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes, restringiendo la producción con el fin de aumentar los precios (apartado 276 de la sentencia *Gencor*).

<sup>34</sup> Apartado 62 de la sentencia *Airtours/Comisión*.

<sup>35</sup> Apartados 250-252/440-441 y 465-469, respectivamente, de la sentencia *Impala/Comisión*.

## 7. EL CONTROL RESTRINGIDO DE LAS APRECIACIONES DE LA COMISIÓN

Recapitulando lo anterior, el Tribunal ejerce un control completo tanto sobre las cuestiones de hecho como sobre los aspectos jurídicos. Pues bien, su control es, en cambio, limitado o restringido respecto a lo que tradicionalmente se ha venido en denominar las «apreciaciones económicas complejas» realizadas por la Comisión.

En efecto, la Comisión, al analizar la compatibilidad con el mercado común de una operación de concentración, debe proceder a un examen económico, de naturaleza a menudo particularmente compleja, respecto a la posibilidad y previsibilidad de que tal operación dé lugar a efectos anticompetitivos. Ello suele requerir la aplicación al caso de conceptos económicos —y en su caso la elaboración de modelos econométricos— más o menos sofisticados.

Tal vez resulte interesante apuntar un ejemplo sencillo. En el asunto que dio lugar a la sentencia del TPICE de 21 de septiembre de 2005, *EDP/Comisión* (T-87/05)<sup>36</sup>, la Comisión debió pronunciarse sobre si la concentración mediante la cual Energías de Portugal (EDP) —el operador dominante en el mercado eléctrico portugués— y ENI —una compañía energética italiana— adquirirían Gas de Portugal (GDP) —el operador dominante en el mercado del gas en Portugal— supondría un menoscabo significativo a la competencia en los mercados eléctricos lusos, por la eliminación de la única fuente significativa de competencia potencial de EDP en tales mercados. La Comisión llegó a la conclusión de que, en efecto, GDP constituía el principal competidor potencial de EDP y estimó que GDP disponía de un interés evidente en entrar en los mercados mayoristas de la electricidad en Portugal. De no llevarse a cabo la operación proyectada, la entrada de GDP en tales mercados era, en consecuencia, altamente previsible. Tras la fusión, sin embargo, desaparecía esta fuente de competencia potencial, reforzándose, a juicio de la Comisión, la posición dominante de EDP en el mercado eléctrico portugués. La Comisión, por esta y otras razones, decidió prohibir la operación.

Tras examinar el recurso presentado contra esta decisión, el Tribunal confirmó en su sentencia las conclusiones a las que había llegado la Comisión respecto a la previsible entrada de GDP, de no producirse la fusión, en los mercados eléctricos portugueses. El Tribunal constató, así, que el estudio de mercado realizado por el Ejecutivo comunitario con-

---

<sup>36</sup> Sentencia del TPICE de 21 de septiembre de 2005, *EDP/Comisión*, T-87/05, aún no publicada en la Recopilación, apartado 151.

firmaba las ventajas económicas que supondría para un proveedor de gas como GDP proceder a una integración vertical en la producción de electricidad. Tuvo en cuenta, además, el hecho de que las centrales eléctricas de nueva construcción normalmente se alimentan con gas y que, por tanto, GDP podría aprovechar, para producir electricidad, las condiciones económicas favorables de que disfruta respecto al acceso al gas. Verificó igualmente que GDP tenía interés en conquistar nuevos mercados en compensación de la disminución de sus cuotas de mercado en el sector del gas a raíz de su liberalización. El TPICE, en suma, concluyó que la demandante no había probado la existencia de error alguno, por parte de la Comisión, respecto a los incentivos de GDP, previamente a la concentración, para entrar a competir en los mercados eléctricos lusos.

El control por el Tribunal de las apreciaciones económicas de la Comisión, parece evidente, debe reconocer un cierto margen de discrecionalidad a esta institución. Así, en la sentencia *Kali und Salz*, el TJCE afirmó, en una formulación ya clásica, que «las normas de fondo del Reglamento [de concentraciones], y en especial su art. 2, confieren a la Comisión cierta facultad discrecional, especialmente en lo que respecta a las apreciaciones de orden económico. Por consiguiente, el control por parte del juez comunitario del ejercicio de dicha facultad [...] debe ser efectuado teniendo en cuenta [dicho] margen de apreciación [...]»<sup>37</sup>.

Sobre esta base, diversas sentencias posteriores parecen haber adoptado, en materia de control de concentraciones, el estándar de control que se ha venido en denominar del «error manifiesto de apreciación», estándar tomado de la jurisprudencia *ex art. 81 TCE* (a menudo se le denomina el test «BAT»)<sup>38</sup>. Un breve extracto de la sentencia *EDP/Comisión*, citada anteriormente, ilustra perfectamente este enfoque: «[s]egún una jurisprudencia reiterada, el control ejercido por el juez comunitario sobre las apreciaciones complejas de orden económico realizadas por la Comisión en el ejercicio de la amplia facultad de apreciación que le otorga el Reglamento [de concentraciones] debe limitarse a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la exactitud material de los hechos, la falta de error manifiesto de apreciación o de desviación de poder» (el subrayado es mío).

Otras sentencias en materia de control de concentraciones, sin renegar explícitamente del test del error manifiesto, parecen haber procedido, sin embargo, a un control de las apreciaciones de la Comisión que, según algunas opiniones, iría más allá, en cuanto a su intensidad, del

<sup>37</sup> Apartados 223 y 224 de la sentencia *Kali und Salz*.

<sup>38</sup> Sentencia del TJCE de 17 de noviembre 1987, *BAT y Reynolds/Comisión*, 142 et 156/84, Rec. p. 4487.

citado test. Así, en su sentencia *Airtours/Comisión*, por ejemplo, el TPICE afirmó que «cuando la Comisión considera que debe prohibirse una operación porque va a crear una situación de posición dominante colectiva, recae sobre ella la carga de aportar pruebas sólidas» (*convincing evidence*)<sup>39</sup>. Un criterio semejante se utilizó en la sentencia *Tetra Laval/Comisión*<sup>40</sup>.

Conviene apuntar que la Comisión recurrió en casación, ante el TJCE, esta última sentencia<sup>41</sup>. Entre los motivos invocados por la Comisión destaca especialmente el basado en que, según esta institución, el TPICE, a pesar de haber afirmado que aplicaba el criterio del error manifiesto de apreciación, se habría fundado en realidad en un criterio diferente, consistente en exigir, como he apuntado, que se aportaran «pruebas sólidas», sin respetar, de esta manera, el margen de apreciación de que disfruta la Comisión en lo relativo a las cuestiones económicas complejas<sup>42</sup>. La respuesta del TJCE es particularmente interesante, por lo que me parece útil citar con brevedad algunos extractos concretos.

El TJCE recuerda, en primer lugar, la validez de los criterios de la sentencia *Kali und Salz*, confirmando que la Comisión dispone de cierta facultad discrecional, especialmente por lo que respecta a las apreciaciones de orden económico, margen que debe ser tomado en cuenta por el juez comunitario. El TJCE señala, sin embargo, que «ello no implica que el juez comunitario deba abstenerse de controlar la interpretación de los datos de carácter económico por la Comisión. En efecto, el juez comunitario no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos». El TJCE precisa igualmente que «un análisis prospectivo, como los que resultan necesarios en materia de control de las concentraciones, requiere ser efectuado con gran atención, puesto que no se trata de examinar hechos del pasado, en relación con los cuales se dispone con frecuencia de numerosos datos que permiten comprender sus causas, ni tan siquiera de hechos presentes, sino precisamente de prever hechos que se producirán en el futuro, según una probabilidad mayor o menor, en el caso de que no se adopte ninguna decisión que prohíba la concentración proyectada o que precise las condiciones de la

---

<sup>39</sup> Apartado 63 de la sentencia *Airtours/Comisión*.

<sup>40</sup> Apartado 155 de la sentencia *Tetra Laval/Comisión*.

<sup>41</sup> Citada en la nota núm. 10.

<sup>42</sup> Apartado 19 de la sentencia *Comisión/Tetra Laval*.

misma». Así, «un análisis [prospectivo] requiere imaginar las diversas relaciones de causa a efecto posibles, para dar prioridad a aquellas cuya probabilidad sea mayor»<sup>43</sup>.

El TJCE, en definitiva, rechazó los argumentos de la Comisión, considerando que el TPICE no había incurrido en ningún error de derecho, y que se había limitado a recordar los criterios del control judicial que ejerce y a precisar la calidad de las pruebas que ha de aportar la Comisión para demostrar que una concentración debe ser prohibida.

En realidad, en mi opinión, más allá de que el Tribunal afirme que aplica, en su labor de control, un estándar basado en el error manifiesto de apreciación u otro test similar o, *prima facie*, más o menos estricto, lo que de verdad le preocupa es asegurarse que la Comisión ha acreditado, sobre la base del conjunto de datos pertinentes, que las apreciaciones económicas que figuran en su decisión resultan plausibles. Para ello, como hemos visto en sede de control de hechos, el juez no dudará en acudir a los diversos elementos del *dossier* (incluyendo los informes económicos, los datos o estudios de mercado, o los testimonios de los expertos), con el fin de valorar si la Comisión ha incurrido en algún error (se caracterice éste como manifiesto o no).

En cualquier caso, entiendo que existe una «línea roja» (por tenue que en ocasiones resulte) que el Tribunal no debe franquear en su revisión de la legalidad de las decisiones de concentración de la Comisión. El Tribunal no debe llegar a sustituir la apreciación de la Comisión por su propia apreciación, ni entrar a valorar la oportunidad de la decisión de la Comisión. Así, el Tribunal debe limitarse a juzgar si la apreciación realizada por la Comisión resulta plausible, no si otras apreciaciones diversas resultan también igualmente posibles.

## 8. LA DIFÍCIL DISTINCIÓN ENTRE «HECHOS» Y «APRECIACIONES»

Podemos concluir, por tanto, que el estándar de control judicial en materia de concentraciones variará según se trate de la revisión de los hechos constatados por la Comisión en la decisión impugnada (en cuyo caso el control es completo) o de las apreciaciones realizadas por el Ejecutivo comunitario (respecto a las cuales el control será restringido). Conviene tener presente, sin embargo, que, a menudo, no resultará fácil distinguir entre lo que es una cuestión estrictamente factual y lo que constituye una apreciación económica basada en unos hechos concretos.

---

<sup>43</sup> Apartados 19, 38, 39, 42, 43 y 45 de la sentencia *Comisión/Tetra Laval*.

Aun admitiendo que se trata de una cuestión que sólo puede decidirse caso por caso, podemos generalmente concluir, como expuso recientemente el presidente del TPICE, Bo Vesterdorf<sup>44</sup>, que, cuando el análisis de una cuestión requiere un examen complejo que puede conducir a dos personas razonables a discrepar respecto a la conclusión a extraer, no nos encontramos en el terreno puramente de los hechos sino en el de la apreciación de tales hechos, en el cual, como se ha indicado, debe reconocerse a la Comisión un cierto margen de discreción.

Del mismo modo, si bien, por regla general, aquellos fenómenos económicos identificados por la Comisión que se hayan verificado con anterioridad a la adopción de la decisión impugnada podrán ser considerados como hechos a los efectos de la revisión judicial, aquellos otros que comporten predicciones futuras constituirán apreciaciones<sup>45</sup>. Piénsese, por ejemplo, en el crecimiento de la demanda en un mercado determinado: la Comisión puede «constatar» cuál ha sido la evolución de la demanda en el pasado; en cambio, no puede sino intentar «predecir» cuál será el comportamiento de la misma en el futuro.

Por supuesto, en cualquier caso, incluso fenómenos económicos relativos al pasado (o al presente, entendiendo por tal el momento de adopción de la decisión impugnada) pueden constituir apreciaciones y no hechos. Por ejemplo, en mi opinión, constituye una apreciación económica la constatación de que, en un sector determinado, los proveedores disponen de poder de mercado (por más que los hábitos en el pasado de los clientes al cambiar de proveedor y su reacción ante las modificaciones de precios puedan proporcionar información valiosa sobre esta cuestión). Puede constituir también una apreciación, como concluyó el TPICE en su sentencia EDP/Comisión, antes citada, la cuestión de si un determinado operador económico constituye un competidor «significativo» de las empresas que se fusionan<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> «Standard of proof in merger cases: reflections in the light of recent case law of the Community Courts», *European Competition Journal*, marzo 2005, pp. 3-33 (ver p. 17, primer párrafo).

<sup>45</sup> Me parece interesante apuntar, a este respecto, que la sentencia *Impala/Comisión* distingue entre los supuestos de refuerzo y de creación de una posición dominante. Respecto de los primeros, el Tribunal parece entender que, al existir ya una posición de dominio previa a la concentración, el análisis de la Comisión debe ser menos hipotético o prospectivo de lo que sería en supuestos de creación de una posición dominante y fundarse más en hechos constatados. Véanse, en particular, los apartados 249-250 y 522-523 de la sentencia *Impala/Comisión*.

<sup>46</sup> Sentencia *EDP/Comisión*, apartado 218.

## 9. ¿DEBE VARIAR LA INTENSIDAD DEL CONTROL EN FUNCIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS CONCRETAS DE CADA CASO?

Para acabar, me gustaría apuntar una última cuestión, que dejaré deliberadamente abierta. Conviene preguntarse si, en la práctica, la intensidad del control del juez (y, por consiguiente, el margen de apreciación reconocido a la Comisión) será diferente en función, por ejemplo, del tipo de efectos anticompetitivos identificados por la Comisión, o bien en atención a la mayor o menor «novedad» de la teoría económica utilizada por ésta. Así, podemos plantearnos si la intensidad del control variará según se trate de concentraciones que presuntamente obstaculizan la competencia efectiva mediante la creación o el reforzamiento de una posición dominante individual, o bien de fusiones cuyos efectos anticompetitivos derivan de una posición dominante colectiva. Del mismo modo, ¿será el control diferente según se trate de efectos anticompetitivos horizontales, o bien verticales o de conglomerado (en particular si los efectos anticompetitivos no parecen resultar directamente de la estructura creada por la operación de concentración sino que serán consecuencia, en su caso, de los comportamientos posteriores de la entidad fusionada)?

En el mismo sentido, me parece interesante preguntarse si el Tribunal debe ser más «exigente» con la Comisión cuando conoce de una decisión por la que ésta prohíbe una concentración que cuando juzga sobre una decisión de autorización. Hay que señalar al respecto que el abogado general TIZZANO, en sus conclusiones de 25 de mayo de 2004 en el asunto Comisión/Tetra Laval, ya citado, concluyó que «en el supuesto de que existan dudas sobre si [una] operación es o no compatible con el mercado común, debe prevalecer el interés de las empresas que se proponen realizar la concentración. En otros términos, [...] el riesgo de que resulte autorizada una operación incompatible con el mercado común resulta preferible al riesgo de prohibir una operación compatible y de restringir así injustificadamente la libre iniciativa económica de las partes»<sup>47</sup>.

En sentido contrario parece inclinarse, sin embargo, el TPICE en su sentencia *Impala/Comisión*, la cual consagra, según diversas opiniones, una simetría total, en cuanto al estándar de control jurisdiccional, entre la revisión de las decisiones de autorización de concentraciones y la revisión de las decisiones de prohibición. En efecto, esta sentencia parece

---

<sup>47</sup> Apartado 79 de las conclusiones en el asunto C-12/03 P. Véanse igualmente los apartados 74 a 81 de dichas conclusiones.

partir de la premisa de que el nivel de exigencia del Tribunal respecto a la actuación de la Comisión (en suma, la intensidad del control) debe ser sustancialmente idéntico con independencia de que la decisión impugnada autorice o prohíba la operación notificada.

Sin entrar a valorar la corrección de esta última solución, resulta difícil no plantearse la siguiente pregunta. Puesto que parece evidente que, en algunos supuestos, resulta particularmente complejo llegar a una conclusión clara sobre si la concentración proyectada puede (o no) dar lugar a efectos anticompetitivos que exijan su prohibición (o autorización)... el hecho de imponer un estándar muy estricto sobre la Comisión, tanto cuando decide autorizar como cuando decide prohibir... ¿no dará lugar a escenarios en los que, respecto a la misma concentración, tanto una decisión de autorización como una decisión de prohibición difícilmente alcanzarán dicho estándar, y, por tanto, correrán serios riesgos de ser anuladas posteriormente por el Tribunal?

## 10. OBSERVACIONES FINALES

En cierto modo, el debate sobre el estándar de control judicial pretende encontrar orientaciones válidas susceptibles de ayudar al órgano jurisdiccional, en cada caso concreto, a proceder a la «gestión de la incertidumbre» en su labor de revisión de las decisiones de concentración adoptadas por la Comisión. Tras este debate y, sobre todo, en la aplicación práctica de dicho estándar, se ocultan concepciones diferentes sobre la labor del juez y la intensidad de su función.

En mi opinión, tan imprescindible es reconocer a la autoridad administrativa el necesario margen de apreciación para que lleve a cabo su misión en materia de control de concentraciones (aspecto este vital en el marco de una economía de mercado abierta y competitiva), como asegurar que existe un control judicial verdaderamente efectivo de la actuación de tal autoridad. Este control no puede limitarse a las cuestiones de procedimiento y a los más evidentes errores sustantivos, sino que debe ser capaz de asegurar plenamente la legalidad y corrección de la decisión de la administración, sin por ello usurpar las funciones de ésta ni suplantar su apreciación.