

La recuperación de las preocupaciones estructurales. La sentencia Towercast y la vuelta de Continental Can*

The retrieval of structural concerns. The Towercast judgement and the return of Continental Can

CARMEN HERRERO SUÁREZ

*Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid*

Recibido: 29.06.2023 / Aceptado: 24.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8071

Resumen: El TJUE ha reconocido recientemente la aplicabilidad a una operación de concentración ya realizada de las normas que sancionan el abuso de posición dominante. Esta sentencia no es un fenómeno aislado ni su trascendencia se limita al campo del control de la concentración empresarial, sino que, como será objeto de análisis en este trabajo, constituye una manifestación más del cambio de sentido que está experimentando en los últimos años la política antitrust y cuyo alcance aún está siendo objeto de definición.

Palabras clave: Concentraciones, abuso de posición dominante, remedios estructurales.

Abstract: The CJEU has recently recognized the applicability to a concentration already carried out of the rules that penalize the abuse of a dominant position. This ruling is not an isolated phenomenon, nor is its significance limited to the field of control of business concentration, but rather, as will be the object of analysis in this paper, it constitutes one more manifestation of the change of direction that antitrust policy has been undergoing in recent years and whose scope is still being defined.

Keywords: Mergers, abuse of dominance, structural remedies.

Sumario: I. La reapertura de un viejo debate. II. Un poco de historia... Memorándum de 1965 y Continental Can. III. De vuelta al presente... *Towercast*. 1. Sentencia de 16 de marzo de 2023, Asunto C-449/21 (*Towercast*). 2. El incremento del grado de concentración de los mercados. 3. El resurgir del debate sobre los riesgos del poder económico privado. 4. La inoperatividad de las normas sobre control de concentraciones. 5. Nuevas orientaciones de la política antitrust. A) La desconcentración de mercados. B) El control del poder económico privado. IV. Reflexiones finales... ¿la superación del miedo al *break-up*?

“The federal government has nearly stepped out of the antitrust enforcement business, leaving companies to mate as they wished”.**

* Este trabajo se ha llevado a cabo en el marco del Proyecto de Investigación: “La consolidación de la revolución digital y sus desafíos: adaptación de las estrategias competitivas de los operadores económicos y de las normas ordenadoras de los mercados” del Ministerio de Ciencia e Innovación. PID2022- 139741OB-C21

** D. BERMAN, “How to Assess 2007 M&A Activity”; *Wall Street Journal*, 16 de enero de 2007.

I. La reapertura de un viejo debate

1. El TJUE en una reciente sentencia de 16 de marzo de 2023 (*Towercast*)¹, ha establecido que una autoridad de la competencia nacional puede examinar desde el punto de vista del artículo 102 TFUE una operación de concentración que no alcance los umbrales de control *ex ante* comunitarios ni nacionales y que no haya dado lugar a un procedimiento de remisión con arreglo al artículo 22 del Reglamento. Se reconoce así la aplicabilidad de las normas que prohíben el abuso de una posición dominante a una operación de concentración ya efectuada, admitiéndose la posibilidad de un control *ex post* de estas modificaciones empresariales estructurales.

2. En una primera reacción es indudable que esta sentencia causa, cuanto menos, cierta sorpresa y parece retrotraernos a los años setenta y a un debate que parecía, aparentemente, superado, sobre la posibilidad de sujetar a control las operaciones de concentración a través de las normas que sancionan el abuso de posición dominante o los acuerdos colusorios.

3. La ausencia de una normativa específica sobre control de las concentraciones entre empresas en el TCEE determinó la búsqueda de soluciones alternativas para intentar contener los riesgos que podían derivarse de estas operaciones para la estructura y el desarrollo del proceso competitivo en los mercados. Una de estas fue la eventual aplicación de las normas sobre abuso de posición dominante, en aquel entonces el artículo 86 TCEE, en la decisión de la Comisión, refrendada por el Tribunal de Justicia en el caso *Continental Can*. La aplicación de esta norma planteaba numerosos problemas, de ahí que, tradicionalmente, haya sido vista meramente como una solución temporal, un parche válido solo en ausencia de una solución específica. ¿La aprobación de un Reglamento sobre control de las concentraciones de empresas en el que se toma en consideración las especificidades del fenómeno concentrativo no zanjaba la cuestión? ¿Por qué el TJUE ha vuelto a abrir una discusión que ahora puede, en una primera impresión, resultar extemporánea?

4. *Towercast* no es una simple vuelta a *Continental Can*. Constituye, a mi juicio, como tendremos ocasión de examinar con detenimiento y con independencia del impacto que pueda tener en la práctica, que auguro reducido, una declaración de intenciones, una manifestación más dentro del cambio de sentido que viene observándose en la configuración de la política antitrust debido, fundamentalmente al crecimiento progresivo del grado de concentración de los mercados y a la aparición y consolidación de gigantes empresariales. Si bien han sido los mercados digitales los que han desatado las voces de alarma y donde se están ensayando, además, soluciones regulatorias, el incremento de la concentración se extiende a todos los sectores económicos y los planteamientos, propuestas y discusiones que se están produciendo en los escenarios tecnológicos son extrapolables a la política *antitrust* general.

5. Entender el porqué de *Towercast*, así como su alcance requiere conocer qué está pasando en los mercados occidentales y en la conformación de la política de la competencia, siempre en continuo cambio o movimiento. Para ello, es conveniente, realizar un pequeño viaje en el tiempo, volver al pasado y al contexto en el que se produjo la sentencia que invoca: *Continental Can*, para, a continuación, analizar el presente presentar los fundamentos de hecho de esta sentencia y el razonamiento seguido por el TJUE, e intentar entenderlos desde los vientos que actualmente informan el Derecho de la competencia, principalmente en Europa y EE.UU.

II. Un poco de historia... el Memorandum de 1965 y el caso Continental Can

6. El Tratado de Roma no contenía una normativa específica sobre control de concentraciones equivalente al sistema previsto en el artículo 66 del Tratado CECA. El silencio legal no puede acha-

¹ Sentencia de 16 de marzo de 2023, Asunto C-449/21 (*Towercast*).

carse a un olvido del legislador estando tan reciente la aprobación del Tratado de París, en él que sí se establecía un control preventivo de las operaciones de crecimiento externo empresarial tendente a evitar un excesivo grado de concentración del poder económico en los mercados del carbón y del acero². Esta ausencia normativa se ve acompañada por el favor expreso, manifestado por el Tratado de Roma hacia una de las formas más relevantes de concentración, la fusión internacional. Este apoyo se deducía del artículo 220 del Tratado que auspiciaba fusiones entre sociedades de Estados miembros diversos, así como en diversas iniciativas de la Comisión tendentes a promover las operaciones de cooperación empresarial transfronterizas, como las propuestas de directivas en materia de fusiones nacionales y de régimen fiscal de las fusiones internacionales de sociedades y el, entonces proyecto, de sociedad anónima europea.

7. Ahora bien, la Comisión era consciente del riesgo de que las empresas pudieran adquirir, a través de estas operaciones de concentración, un excesivo poder de mercado lesionando el principio de libre competencia empresarial. De hecho, ya en 1962, en su *Programa de actuación para la segunda etapa*, señaló la importancia de vigilar para evitar que las concentraciones no justificadas por válidas razones económicas fueran favorecidas y alertaba, además, sobre la especial atención que había de prestarse a la formación de nuevas posiciones dominantes.

8. Por tanto, la Comisión se encontraba en una delicada posición, en la valoración de las operaciones de concentración, debía encontrar un punto de equilibrio entre las ventajas de política industrial asociadas al fenómeno concentrativo y el peligro de formación de posiciones empresariales excesivamente poderosas en el mercado. Para ello, ya desde inicios de los años sesenta se llevan a cabo una serie de actuaciones tendentes a delimitar el grado y los caracteres de las operaciones de concentración en el mercado común, a fin de fijar líneas futuras de actuación al respecto. Así, por una parte, en 1963 la Comisión confía a un grupo de profesores la tarea de analizar la eventual aplicabilidad a las operaciones de concentración de las normas de competencia contenidas en el Tratado de Roma sobre ententes colusorias y abuso de posición dominante³.

9. A su vez, los servicios de la Comisión llevaron a cabo una serie de estudios sobre la entidad del fenómeno y las implicaciones del mismo desde el punto de vista comunitario.

10. El resultado de estos estudios y la subsiguiente política de la Comisión en relación con el proceso concentrador empresarial se hace pública en un documento de 1965: *Memorandum de la Comisión de la Comunidad Económica Europea sobre la concentración en el Mercado Común*⁴.

² Razones tanto políticas como económicas explican la existencia de estas previsiones. En primer lugar, en la base de la decisión de sujeción del crecimiento empresarial externo en los sectores del carbón y del acero al control de una autoridad europea supranacional se encontraba el temor de las potencias aliadas a un resurgir del poderío industrial alemán (Vid. SPIERENBURG/POIDEUIN: *Histoire de la Haute Autorité de la Communauté Européenne du Carbon et de l'Acier (une expérience supranationale)*, Bruselas, 1.993). La diversa evolución normativa en el tratamiento de las concentraciones empresariales en los distintos mercados europeos puede encontrar también justificación en circunstancias de carácter económico. Los sectores del carbón y del acero, por sus particulares características estructurales precisan de fuertes inversiones. Además, tanto la producción como la distribución de productos carboníferos y siderúrgicos requieren notables esfuerzos de racionalización. La eficiencia económica exige la existencia de grandes empresas. Se trata, por tanto, de mercados fuertemente oligopolísticos, repartidos entre pocas empresas de gran tamaño. Esta tendencia natural a la concentración fue tenida en cuenta a la hora de delimitar la política de la competencia que debería ser seguida en el mercado CECA. El mantenimiento de un orden concurrencial eficaz requería, no sólo que se prohibieran conductas empresariales especialmente restrictivas de la competencia, como las prácticas colusorias o el abuso de posición dominante, sino que también esta tendencia natural a la concentración pudiera ser mantenida dentro de unos límites razonables. Se encomendaba a la Alta Autoridad velar para que los procesos de crecimiento externo de las empresas, no desembocaran en la consolidación de posiciones monopolísticas o cuasi monopolísticas en el mercado. Vid. A. -L.CALVO CARAVACA/ N. GOÑI URRIZA: *El control de las concentraciones de empresas en Europa*, Madrid, 1.999, pp.41y ss.; G. DI PIETRO "La revisione del regolamento CEE n. 4064 del 21 dicembre 1.989 sul controllo delle operazioni di concentrazione nelle proposte degli organi comunitari", en *Riv. It. Dir. Pub. Comm.*, vol. 7.2, 1.997, p.506; A. CERRAI: *Concentrazioni di imprese e concorrenza nella normativa del Trattato CEE*, Milán, 1983, p.51.

³ Se da cuenta de este encargo en la *Séptima Relación General sobre la actividad de la CEE*, 1964, p. 64.

⁴ Este documento aparece recogido en la *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 1966, pp. 651 y ss.

11. La Comisión justifica, en primer lugar, la tendencia progresiva a la reestructuración empresarial en la necesaria adaptación de las empresas europeas a las dimensiones del Mercado Común. La apertura de los mercados con la consiguiente ampliación de los espacios en que los operadores pueden colocar sus productos o servicios exige modificaciones estructurales que permitan a las empresas hacer frente a las nuevas circunstancias coyunturales. Otra razón suplementaria de engrandecimiento empresarial es la competencia ejercida por empresas de países terceros. Las alianzas y uniones entre empresas de los Estados miembros constituyen un instrumento importante de integración europea, que intensifica y confirma los efectos de la realización de las cuatro libertades básicas previstas en el Tratado. Estas circunstancias, junto a las ventajas, principalmente de naturaleza financiera y en el campo de la investigación científica que la Comisión vincula a las empresas de mayores dimensiones permiten fundamentar, en principio y de forma general, una actitud positiva frente a las concentraciones.

12. En el documento se analizan también los efectos que las operaciones de concentración pueden tener sobre el desarrollo del proceso competitivo en los mercados europeos. Ya en 1965, la Comisión afirma expresamente que no pueden excluirse las reestructuraciones empresariales entre unidades previamente independientes del ámbito de aplicación del Derecho de la competencia. La dimensión y el poder económico de las empresas pueden distorsionar la competencia que “no es solo el resultado de un comportamiento, sino que precisa también ciertas estructuras económicas”. ¿Qué estructuras mínimas de mercado exige el principio de libre competencia? Al igual que en el caso de la CECA, la Comisión defiende la compatibilidad con los objetivos del Tratado de estructuras de mercado oligopolísticas, siempre que las empresas sean efectivamente competidoras entre sí. Ahora bien, lo que no se considera admisible es la monopolización de mercados. Las concentraciones que conduzcan a la monopolización de un mercado de la Comunidad deberán ser sometidas al control de las autoridades comunitarias.

13. Una vez establecido que las concentraciones de empresas pueden dar lugar a restricciones de la libre competencia en el mercado, es necesario determinar qué normativa les es aplicable. La Comisión va a analizar la eventual aplicabilidad de las normas contenidas en el Tratado y en contra de la opinión de la mayoría de los profesores consultados, rechaza la aplicabilidad del artículo 85 (actual artículo 101 TFUE)⁵, pero afirma que las concentraciones en que participen empresas en posición dominante pueden, en determinadas circunstancias, ser prohibidas como explotación abusiva de una posición dominante en aplicación del artículo 86 (actual artículo 102 TFUE). Se recoge por primera vez en este documento, una interpretación objetiva del abuso de posición dominante, interpretación que será mantenida en la aplicación práctica de la norma por la Comisión y corroborada por el TJCE.

14. Concretamente, se reconocía que una concentración de empresas, que supusiera la monopolización de un mercado, debía ser tratada como un abuso de posición dominante.

15. En la célebre Decisión de 9 de diciembre de 1971, caso *Continental Can*⁶, se aplica por primera vez el artículo 86 del TCE a una operación de concentración. Esta decisión constituye la traducción práctica de los principios en materia de concentraciones sentados por la Comisión en el Memorándum.

⁵ La Comisión insistió en la inadecuación del régimen jurídico del artículo 85 como instrumento de control del proceso concentrador. Gran parte de la doctrina consideró que esta exclusión de la aplicabilidad del régimen de las ententes a las concentraciones se justificaba no en válidas razones jurídicas, sino en motivos de oportunidad. En aquel momento se quería favorecer las concentraciones económicas para así aumentar el tamaño de las empresas europeas. El artículo 85, norma de carácter restrictivo hubiera dificultado el proceso concentrador. En el artículo 86, en cambio, la Comisión vio una norma lo bastante dúctil como para no frenar o limitar rígidamente el desarrollo del fenómeno, pero suficiente para salvaguardar el principio de libre competencia. Por tanto, el rechazo del artículo 85 obedeció a una actitud favorable frente al fenómeno concentrativo, cuyo desarrollo pretendía impulsarse. Vid. en este sentido, A.CERRAI: *Concentrazioni...*, cit. pp. 53 y ss.; A. FRIGNANI/D. WAELBROECK: *Derecho europeo de la competencia*, Barcelona, 1998, pp. 1103 y ss.,

⁶ Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 1971 [72721/CEE], *Continental Can Company*, JOCE L7/25 de 8 de enero de 1972.

16. Continental Can era una importante empresa internacional, fabricante de embalajes metálicos y otros materiales de embalaje, así como de máquinas para fabricar y utilizar estos embalajes. El 9 de febrero de 1969 obtuvo la mayoría de capital y, consiguientemente, el control de Schmalbach Lubeca-Werke AG, de Braunschweig, (SMW), gran empresa alemana fabricante de embalajes. Tras esta operación, Continental intentó reforzar sus vínculos con una empresa holandesa, la Thomassen et Drjver-Verbifla N.V. Deventer (Thomassen), productora de embalajes metálicos. El 16 de febrero de 1970, Continental concluyó con Thomassen un acuerdo, con arreglo al cual, la Continental fundaba en Wilmington una sociedad holding, la Europemballage Corporation (Europemballage) y le cedía su participación en SMW. El 16 de marzo de 1970, Europemballage publicó una oferta de compra sobre las acciones de Thomassen por un montante total de 44,7 millones de unidades de cuenta, ascendiendo su participación del inicial 10,4% al 91,07% del capital de esta sociedad.

17. Esta última operación de concentración fue considerada por la Comisión, una explotación abusiva de posición dominante. Continental Can que ya tenía una posición de dominio en Alemania, en virtud del control ejercido por su filial SLW en el mercado de envases ligeros para conservas de carne y de pescado, así como de tapaderas metálicas para envases de vidrio, habría abusado de esta con la adquisición, por medio de su filial, de las acciones de Thomassen, único competidor relevante en el mercado definido. Esta operación produciría una modificación irreversible de la estructura de la oferta en el mercado de referencia, que tendría como consecuencia, eliminar definitivamente la eventual competencia entre Thomassen y SLW, con claro perjuicio para los consumidores que verían suprimidas sus posibilidades de elección.

18. Por lo que se refiere al fundamento jurídico de la prohibición, la Comisión defiende que la adquisición de una participación mayoritaria en una empresa competidora por parte de una empresa o grupo de empresas que posean una posición de dominio, puede considerarse una explotación abusiva de esta. Así será en los casos en los que, mediante esta operación, “resulte prácticamente eliminada para los productos de que se trate, en una parte sustancial del mercado común, la competencia que hubiera subsistido, efectiva o potencialmente, a pesar de la posición dominante inicial”. La valoración de la compatibilidad de las operaciones de concentración con el mercado común, había de hacerse, según la Comisión, en función de si estas simplemente restringen la competencia o la suprimen.

19. La decisión es recurrida por Continental Can y Europemballage, sobre la base de una interpretación equivocada del artículo 86. La sentencia del Tribunal⁷, pese a anular la decisión de la Comisión⁸, confirma la política defendida por esta respecto a la aplicabilidad del artículo 86 a las concentraciones de empresas. Así, el Tribunal establece, en primer lugar, frente a las alegaciones de las partes de que el ámbito de aplicación del artículo 86 quedaría circunscrito únicamente a los comportamientos de las empresas en el mercado, que: “la distinción entre las medidas que afectan a la estructura de la empresa y las prácticas que tienen una incidencia sobre el mercado no es determinante; toda medida estructural es susceptible, desde el momento que aumenta la dimensión y el poder económico de la empresa, de tener una incidencia sobre las condiciones del mercado”. El Tribunal defendió una interpretación del artículo 86 acorde con la exigencia del artículo 3f del Tratado: establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no sea falseada en el mercado común. De este principio, se derivaría la necesaria ilicitud de las prácticas empresariales, que ya no solo falsean la competencia, sino que la

⁷ STJCE de 21 de febrero de 1973, *Europemballage Corp. et Continental Can v. Comisión*, 6/72, Rec.

⁸ La anulación de la decisión se basó en la incorrecta delimitación del mercado relevante por parte de la Comisión que había distinguido tres mercados de producto diferenciados, sin precisar las peculiaridades que los diferenciaban uno del otro y de otros mercados más generales. La Comisión tampoco tuvo en cuenta la posibilidad de autoproducción de estos bienes por parte de los grandes compradores ni la competencia que podría ser ejercida por otros productores. La delimitación del mercado material se llevó a cabo atendiendo únicamente a la sustituibilidad de los productos desde el punto de vista de la demanda. La Comisión no se percató de la posibilidad que tenían las empresas competidoras de adaptar su producción a los mercados en los que operaba Continental Can, en un periodo breve de tiempo y sin incurrir en riesgos ni costes adicionales (sustituibilidad de la oferta).

eliminan por completo. En consecuencia, el Tribunal afirma que: “es susceptible de constituir un abuso el hecho de que una empresa en posición dominante reforzara esa posición hasta el punto de que el grado de dominación así alcanzado obstaculizara sustancialmente la competencia, es decir, no dejara subsistir sino empresas dependientes, en su comportamiento, de la empresa dominante”.

20. Esta sentencia supuso el reconocimiento expreso de la aplicabilidad del artículo 86 a determinadas operaciones de concentración. Después del pronunciamiento del tribunal la Comisión intervino, en diversas ocasiones en base a esta norma para impedir concentraciones que llevaban a un refuerzo excesivo de una posición dominante existente⁹.

21. La política mantenida por las autoridades comunitarias en el caso Continental Can dio lugar a un intenso debate doctrinal. La aplicabilidad del, entonces, artículo 86 a las operaciones de concentración suscitó opiniones diversas y, en ocasiones, abiertamente contradictorias. Las posturas críticas revestían distinta intensidad, desde los planteamientos que ponían de relieve los inconvenientes procedimentales y sustantivos que generaría la aplicación de esta norma hasta posiciones mucho más extremas que negaban el fundamento mismo de la aplicabilidad del artículo 86 a las operaciones de concentración.

22. Las principales objeciones a la aplicabilidad del artículo 86 -algunas de ellas aún trasladables al escenario que se abre tras *Towercast*-, se fundaban en el carácter incompleto de la tutela que este proporcionaría, así como en la inseguridad jurídica a la que daría lugar su aplicación.

23. Esta norma exige como presupuesto de aplicación que, al menos, una de las empresas que participen en la operación considerada cuente con una posición de dominio en un mercado definido. Por tanto, quedarían fuera de la prohibición las concentraciones monopolísticas, cuando las empresas no ostenten esa posición dominante inicial. Operaciones que producen los mismos efectos estarían sujetas a un distinto tratamiento jurídico, autorizadas unas y prohibidas las otras. Si bien es cierto que difícilmente se pueden monopolizar los mercados sin pasar a través de un estado previo de oligopolio o sin partir de la existencia de, al menos, una posición dominante, lo cierto es que la aplicación del artículo 86 dejaría la puerta abierta a la posibilidad de discriminación entre operaciones que, pese a partir de presupuestos de hecho diversos tienen los mismos efectos desde el punto de vista de la competencia. Su ámbito de aplicación quedaría reducido, se acusaba, a las operaciones de concentración con menor impacto en la estructura concurrencial de un mercado, ya que, generalmente, esa estructura ya venía determinada, antes de la operación por el peso de la empresa dominante. La competencia ya se habría visto afectada en el momento de formación de esa posición, los refuerzos de ese poder tendrían una incidencia de menor intensidad¹⁰.

24. Otro grave inconveniente de la aplicación del artículo 86 a las concentraciones, que se denunció tras el caso Continental Can, fue la vaguedad de los criterios establecidos para el control. Se sostenía por la doctrina que las autoridades comunitarias estaban manejando de forma diferenciada conceptos sustancialmente equivalentes: posición dominante, capacidad de eliminar la competencia, situación de monopolio. Mientras que una posición dominante se definía como “la posibilidad de restringir la competencia” o “la posibilidad de actuar sin tener en cuenta a los competidores, proveedores, o compradores”, el abuso de posición dominante se caracteriza, en la decisión Continental Can, como aquél que “no dejará subsistir más que empresas dependientes en su comportamiento de la empresa dominante”. Era difícil realizar en estas circunstancias una distinción entre posición dominante y abuso. Lógicamente una empresa que domina el mercado dominará a sus competidores. Con estos datos es difícil aceptar que estos mismos competidores se mantengan independientes. Son conceptos entre los

⁹ Vid. A. FRIGNANI/D. WAELBROECK: *Derecho europeo de la competencia, cit.*, pp. 11 y ss., donde analizan las principales decisiones de la Comisión en las que se examina la conformidad de una operación de concentración con el artículo 86 TCEE.

¹⁰ En este sentido, F. CAPOTORTI: “Regole comunitarie di concorrenza e concentrazioni di imprese: il caso Continental Can”, *Rivista delle Società*, 1972, pp. 1009 y ss.

que media únicamente una diferencia de grado que justifica la intervención de la Comisión frente a las operaciones de concentración entre empresas. Esta solo estaría legitimada para actuar en los casos en los que la posición dominante alcanzada en los mercados es excesiva, rebasa los límites razonables del poder económico. Este exceso es apreciado en función de las circunstancias del caso concreto por las autoridades comunitarias.

25. Las posturas críticas frente a la política defendida por las autoridades comunitarias en materia de concentraciones de empresas, no se limitaron a señalar los eventuales inconvenientes que plantearía la aplicación del artículo 86 TCE a estas operaciones, sino que se cuestionó el fundamento mismo de la aplicabilidad de este precepto¹¹.

26. El razonamiento seguido por la Comisión y el Tribunal para justificar la aplicabilidad del artículo 86 era el siguiente: este no prohíbe, en principio, la adquisición o la consolidación de una posición dominante en el mercado. Ahora bien, estaría justificada su aplicación cuando, como consecuencia de una operación de concentración una (o más) empresas en posición dominante refuercen esa posición hasta el punto de eliminar sustancialmente toda competencia en el mercado de que se trate. La monopolización -fáctica- de un mercado vulneraría el principio de competencia no falseada establecido en el artículo 3 del TCE, principio con arreglo al cual han de ser aplicados los artículos 85 y 86 y que justifica una interpretación teleológica y objetiva del abuso de posición de dominio.

27. La primera crítica a este planteamiento se centraba en el valor que ha de conferírsele al artículo 3f. Este puede ayudar a la interpretación de las prohibiciones de acuerdos colusorios y abuso de posición dominante, pero no hasta el punto de extender estas normas a supuestos para los que no estaban previstas. El artículo 3f) es excesivamente general e indeterminado. Resulta muy forzado afirmar, en nombre de los objetivos del Tratado, que todo lo que falsea la competencia está prohibido. Esta afirmación justificaría, por ejemplo, la extensión del artículo 86 a los supuestos de crecimiento interno de una empresa que desembocan en un monopolio del mercado. Control que puede considerarse o no deseable, pero que, desde luego, no se encuentra previsto en el marco legal vigente en la Comunidad en materia de libre competencia.

28. El artículo 86 TCE, utiliza numerosos conceptos indeterminados, tales como “posición dominante” o “abuso”. Las autoridades comunitarias en Continental Can dotaron a estos términos de un contenido preciso que permitiera la aplicación de esta norma a las operaciones de concentración entre empresas. Esta interpretación levantó las críticas de la doctrina tachándola de forzada e inexacta, alegando que conducía a la extensión del ámbito de aplicación del artículo 86 a supuestos no comprendidos en el mismo¹².

29. Este artículo, se alegó, no sanciona la posición dominante en cuanto tal, sino el eventual uso abusivo que puede hacerse de la misma. No cabe prohibir una concreta operación de concentración, incluso aunque esta tenga como consecuencia la monopolización de un mercado, ya que la norma permite la formación o el refuerzo de posiciones dominantes, sin distinguir diferentes grados y sin preocuparse de los medios con los que esta posición ha sido creada. Por tanto, se permite la adquisición y consolidación de cualquier tipo de posición dominante, dentro de la cual el monopolio sería solo un supuesto específico. El Abogado General Roemer señalaba en sus conclusiones que: “el Tratado llega incluso a aceptar la ausencia de todo tipo de competencia, es decir, un monopolio perfecto. El artículo 86 no

¹¹ Vid. especialmente, J. GUYENOT; “L’affaire Continental Can et les concentrations en Europe”, *Rivista delle Società*, 1973, pp. 463 y ss.; “La décision Continental Can de la Commission CEE et la naissance du droit antitrust européen”, *Rivista delle Società*, 1972, pp. 722 y ss., quien critica severamente la aplicabilidad de las normas en materia de abuso de posición de dominio al fenómeno concentrativo, analizando comparativamente el artículo 86 TCE con la Section 2 de la Sherman Act.; B. GOLDMAN; *Droit commercial européen*, París, 1975; P. VAN OMMESLAGHE; “L’application des articles 85 y 86 du Traité de Rome aux fusions, aux groupes de sociétés et aux entreprises comunes”, *RTDE*, núm.3, 1967, pp. 30 y ss. y las conclusiones del Abogado General ROEMER en el caso Continental Can.

¹² Vid. P. VAN OMMESLAGHE; “L’application des articles 85 y 86...”, *cit.* p.502.

distingue entre los distintos grados de dominación del mercado y no prohíbe una simple tentativa de creación de una posición de dominio”.

30. Por lo que se refiere al abuso de esa posición de dominio, se criticó la interpretación realizada por la Comisión y corroborada por el Tribunal, principalmente, desde dos perspectivas.

31. Por una parte, se afirmó que las concentraciones de empresas afectan a la estructura del mercado y el artículo 86 solo vendría referido a los comportamientos o conductas de las empresas en el mercado, que afectan a la competencia, sin que se vea modificada necesariamente la estructura del mercado. La operación de concentración, solo una vez que se haya llevado a cabo podrá ser valorada con arreglo al artículo 86, enjuiciando las decisiones de la empresa resultante sobre la producción o el desarrollo técnico.

32. El Tribunal negó el carácter determinante de esta distinción entre las medidas que afectan a la estructura de la empresa y las prácticas que tienen una incidencia sobre el mercado. “Toda medida estructural es susceptible, desde el momento que aumenta la dimensión y el poder económico de la empresa, de tener una incidencia sobre las condiciones de mercado”. ¿Es necesario una lesión real de los intereses de los consumidores o basta con que, de resultas de la operación estos se hallen amenazados? La Comisión describe los efectos negativos del monopolio en la producción y en el desarrollo técnico en términos de inconvenientes potenciales y no actuales. La prohibición de extender el poder económico empresarial mediante operaciones de concentración, hasta eliminar prácticamente toda competencia del mercado, se basa en el peligro que estas situaciones de monopolio implican *per se*, con independencia de que, las concretas decisiones adoptadas por esa empresa dominante se hayan demostrado efectivamente lesivas de los intereses de los consumidores. Esta posición será muy criticada, alegándose que la previsión del artículo 86 no prohíbe el poder dominante en cuanto tal, sino en la medida en que las empresas que ostentan ese poder se sirvan de él para, mediante decisiones concretas y actuales, actuar sobre la producción o distribución en perjuicio de consumidores y de otros competidores.

33. Por otra parte, al margen de las discusiones sobre si el artículo 86 era de aplicación a conductas de las empresas o a modificaciones estructurales, lo que sí parecía deducirse, tanto de la letra como del espíritu del artículo es que la posición dominante en el mercado tiene que ser el instrumento del que se sirva la empresa para llevar a cabo la operación. De la lectura de las conductas que, a título ejemplificativo, se recogen en el apartado segundo, se derivaba que lo que el Tratado intenta evitar es que empresas en una situación de superioridad en el mercado se prevalgan de la misma, la utilicen en perjuicio de terceros para la satisfacción de sus intereses particulares. Se alegaba que, por tanto, esta norma solo podría ser de aplicación a las operaciones de concentración si una empresa (o un grupo de empresas) con posición dominante en el mercado, la utilizan para obligar a otras empresas a fusionarse con ella o a entrar a formar parte del grupo al que pertenecen¹³. Ya en el *Memorándum*, la Comisión hacía referencia a estas concentraciones forzosas o abusivas, poniendo como ejemplo, el caso de una empresa que se sirviera de su poder en el mercado para realizar una política de precios bajo coste con la finalidad de debilitar económicamente a sus competidores y de anexionárselos con posterioridad.

34. Este era el ambiente doctrinal tras *Continental Can*... la ausencia de normativa específica determinó, para intentar hacer frente al incremento sin control del grado de concentración de los mercados, la utilización de vías indirectas y el recurso a normas previstas para otro tipo de situaciones¹⁴ lo que

¹³ Vid. VAN OMMESLAGUE: “L’application...”, *cit.* p.504.

¹⁴ Pese a que inicialmente se había defendido por la Comisión en el *Memorándum* de 1965 la falta de idoneidad del artículo 85 TCEE para controlar el proceso de concentración del poder económico, durante la década de los ochenta tiene lugar el célebre caso *Philip Morris*, que enfrenta a diversas empresas productoras y distribuidoras de tabaco y en el que se ha querido ver un reconocimiento por parte de las autoridades comunitarias -primero la Comisión y, posteriormente, el Tribunal- de la aplicabilidad del artículo 85 a ciertas operaciones de concentración. STJCE de 17 de noviembre de 1987, *British American Tobacco Company Ltd y otros v Comisión*, 142 y 156/84, Rec. P.4566.

generaba fricciones y recelos sobre su operatividad. Las insuficiencias procedimentales y sustantivas de estos mecanismos para atender a las particularidades del fenómeno concentrativo impulsaron el procedimiento de aprobación de normativa específica. En 1973 la Comisión presentó al Consejo un proyecto de Reglamento. Esta primera propuesta inauguró un proceso de negociación largo y complejo que no finalizaría hasta la aprobación del primer Reglamento sobre control de concentraciones entre empresas, Reglamento 4064/89, sustituido en 2004 por el actualmente vigente.

35. La existencia de una regulación específica que instauraba un sistema de control preventivo con notificación previa obligatoria a la Comisión europea de las operaciones de concentración proyectada que alcanzaran los umbrales de dimensión comunitaria, solventaba gran parte de las críticas y preocupaciones manifestadas. Por una parte, se eliminaban los principales inconvenientes de un control *ex post*, como la necesidad, en su caso, de recurrir a medidas de desconcentración, generalmente gravosas, tanto para las empresas como para los terceros implicados en la operación. Además, se establecían criterios sustantivos específicos de anticompetitividad.

36. Ya había un traje a medida para las operaciones de concentración, lo que parecía articular el sector del Derecho de la competencia europeo dirigido a las empresas en tres grandes sectores de control diferenciados: acuerdos, abuso y concentraciones, cada uno con su alcance, procedimientos y criterios específicos de aplicación.

37. Pero cincuenta años después de *Continental Can*, el TJUE vuelve a invocarla en una sentencia que analiza la posibilidad de controlar a través del artículo 102 TFUE una operación de concentración ya realizada.

III. Vuelta al presente: *Towercast*

1. Sentencia de 16 de marzo de 2023, Asunto C-449/21 (*Towercast*)

38. La Sentencia en el caso *Towercast* da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de París al TJUE en relación a la viabilidad de la doctrina *Continental Can* tras la aprobación de normativa específica sobre el control de las concentraciones entre empresas.

39. Por lo que se refiere a los hechos que dieron ocasión al litigio principal, la conducta controvertida consistió en la adquisición el 13 de octubre de 2016, por parte de la sociedad *Télédiffusion de France* (TDF), que presta en Francia servicios de difusión de la televisión digital terrestre, de la totalidad de acciones de *Itas*, también operante en el sector de la difusión de la televisión digital terrestre, obteniendo así el control exclusivo sobre esta. Esta operación de concentración no alcanzaba ni los umbrales de notificación europeos previstos en el Reglamento 139/2004, ni los nacionales establecidos en el artículo L-430-2 del Código de comercio francés. Tampoco dio lugar a un procedimiento de remisión conforme al artículo 22 del Reglamento europeo, por lo que la adquisición no fue objeto de notificación ni de examen a efectos del control previo de concentraciones.

40. El 15 de noviembre de 2017, *Towercast*, sociedad que también presta servicios de difusión de la televisión digital terrestre en Francia, denunció ante la Autoridad de Competencia francesa que esta adquisición constituía un abuso de posición dominante. La Autoridad abrió un procedimiento, y si bien los servicios de instrucción consideraron que podría haber abuso, finalmente la Autoridad cerró el procedimiento alegando que la existencia de un régimen específico de control de concentraciones impedía la aplicación del artículo 102TFUE a una operación de concentración, a falta de un comportamiento abusivo de la empresa afectada separable de dicha operación.

41. Esta decisión fue recurrida por *Towercast* ante la Corte de Apelación de París utilizando como base de su recurso la doctrina del Tribunal de Justicia en la sentencia de 21 de febrero de 1973, *Europemballage y Continental Can* (sentencia *Continental Can*). La Corte decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión judicial: “¿Debe interpretarse el artículo 21, apartado 1 del Reglamento 139/2004 en el sentido de qué se opone a que una operación de concentración carente de dimensión comunitaria a efectos del artículo 1 del Reglamento, que no alcanza los umbrales de control *ex ante* obligatorios establecidos por el Derecho nacional y que no ha dado lugar a un procedimiento de remisión a la Comisión Europea con arreglo al artículo 22 de dicho Reglamento, sea considerada por una autoridad de competencia como constitutiva de un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 102 TFUE, a la luz de la estructura de la competencia en un mercado de dimensión nacional?”.

42. En esencia, se está pidiendo al Tribunal que aclare cuáles son las relaciones entre el artículo 102 TFUE y las normas sobre control de concentraciones. En principio, el alcance de estas relaciones se intenta determinar en los artículos 21.1. del Reglamento 139/2004 *sobre el control de las concentraciones entre empresas*, así como en el artículo 3 del Reglamento 1/2003 *relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 CE*, artículos cuya interpretación, por tanto, va a constituir el punto de partida del razonamiento del Tribunal.

43. En el artículo 21.1 Reglamento se establece el ámbito de aplicación del Reglamento y las competencias de la Comisión. Su tenor literal es el siguiente:

44. “El presente Reglamento solo será aplicable a las concentraciones definidas en el artículo 3, y los Reglamentos (CE) nº1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 CE, ... no será aplicables, salvo a las empresas en participación sin dimensión comunitaria cuyo objeto o efecto sea coordinar el comportamiento competitivo de empresas que sigan siendo independientes”.

45. El artículo 3, al que remite, define el concepto de concentración a partir de un cambio duradero en el control de dos o más empresas.

46. El artículo 3 del Reglamento 1/2003, referido a la relación entre los artículos 101 y 102 TFUE y las normas nacionales de competencia, por su parte, señala, en su apartado 3 que: “sin perjuicio de los principios generales y demás disposiciones del Derecho (de la Unión), los apartados 1 y 2 (referidos a la aplicación del artículo 102 TFUE) no se aplicarán cuando las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros apliquen disposiciones nacionales relativas al control de concentraciones”.

47. ¿Significan estos preceptos que las operaciones de concentración no pueden ser enjuiciadas con arreglo a las normas que sancionan los acuerdos colusorios o el abuso de posición dominante? ¿La exclusión de estas normas afectaría solo a las concentraciones de dimensión comunitaria y a aquellas sin dimensión comunitaria de las que conoce la Comisión por la vía de la remisión del artículo 22?

48. El TJUE va a realizar una interpretación restrictiva y eminentemente formal con arreglo a la cual este artículo 21.1. del Reglamento se limita a regular la relación entre el Reglamento y otros actos de derecho derivado de Derecho de la competencia, pero en ningún caso, afecta a la posible aplicabilidad de normas de derecho primario, como es el artículo 102 TFUE, a operaciones de concentración, rechazando la interpretación mantenida por la Autoridad de competencia francesa que defendió la pérdida de vigencia de la doctrina *Continental Can* tras la aprobación de normativa específica sobre control de concentraciones.

49. En el Reglamento lo que se va a hacer es establecer un procedimiento de control *ex ante* que tiene en cuenta las particularidades de estas modificaciones estructurales respecto a otras posibles con-

ductas empresariales susceptibles de afectar a la competencia. Este procedimiento que se considera el más adecuado para este tipo de operaciones va a ser el que se aplique con carácter exclusivo a las concentraciones de empresas que impliquen modificaciones estructurales importantes cuyo efecto en el mercado se extienda más allá de las fronteras nacionales de un Estado miembro, es decir, a las operaciones de dimensión comunitaria (o a aquellas otras que se equiparan a efectos de procedimiento y autoridad competente a las de dimensión comunitaria, susceptibles de remisión por la vía del artículo 22 Reglamento 139/2004)

50. Esto no excluye que, a escala nacional, una operación de concentración pueda ser examinada a la luz del artículo 102 TFUE. La exclusión del artículo 21.1 se limita solo a las concentraciones de dimensión comunitaria por vía de remisión al artículo 3 y, a pesar de que en ese precepto, en el que se define que cabe entender por concentración, no se haga ninguna referencia a los umbrales comunitarios, esto no significa que todas las operaciones que encajen en esta definición material no sean susceptibles de un control *ex post*. El Tribunal considera que este precepto ha de interpretarse en su contexto, en particular del artículo 1 del que se deduce que el Reglamento solo se aplica a las concentraciones de dimensión comunitaria.

51. A las concentraciones que no alcancen esos umbrales puede serles de aplicación el artículo 102 TFUE. Esta posibilidad fue reconocida por el TJ en *Continental Can*, se trata de una norma de derecho originario y su exclusión general no puede realizarse por una norma de derecho derivado, que, a lo sumo, establece un procedimiento preferente -y alternativo- de valoración de la anticompetitividad de las concentraciones potencialmente más peligrosas.

52. El razonamiento del Tribunal es alambicado, formalista y confuso. Y, además, muy ceñido a las circunstancias del caso concreto, deja algunas respuestas en el aire.

53. ¿La aplicabilidad del artículo 102 (o, por ejemplo, del artículo 2 LDC) exigiría la ausencia de cualquier tipo de control previo de la operación de concentración considerada? El TJUE considera, de forma expresa, solo la exclusión de las concentraciones de dimensión comunitaria. Imaginamos que el mismo razonamiento será de aplicación a las concentraciones de dimensión nacional sujetas a un procedimiento de control *ex ante*, en función de lo establecido en el artículo 3.3. del Reglamento 1/2003. En el caso examinado la operación de concentración no estaba sujeta a ninguna revisión, dado que no alcanzaba los umbrales de dimensión comunitaria ni los previstos en la legislación francesa y tampoco había sido objeto de remisión a la Comisión por la vía del artículo 22 del Reglamento 139/2004. De la sentencia del Tribunal sí parece deducirse que *la aplicabilidad del artículo 102 TFUE solo cabría en caso de que la operación de concentración no hubiera sido objeto de un control previo*, en el que se hubiera valorado, siquiera sobre la base de presunciones e hipótesis, su potencial impacto anticompetitivo.

54. Una cuestión distinta es la posibilidad de revertir o deshacer una operación de concentración previamente autorizada conforme a un sistema de notificación *ex ante*, es decir, que en principio, no suscitaba dudas sobre sus efectos sobre la competencia, si tras su ejecución se constata la existencia de daños a la competencia. Precisamente, el *Code de commerce* francés en su artículo L-430-9, en el marco de la regulación sobre control de concentraciones entre empresas, contempla la posibilidad de deshacer una operación realizada si esta ha conducido a la posición de poder económico que haya permitido el abuso¹⁵.

55. Es importante destacar de la sentencia *Towercast* que el Tribunal va a minimizar la posible afectación a la seguridad jurídica, la necesidad de protección de la buena fe de las partes, así como la

¹⁵ “En caso de explotación abusiva de una posición dominante o de un estado de dependencia económica, la Autoridad de Competencia podrá ordenar, mediante resolución motivada, a la empresa o al grupo de empresas de que se trate que modifiquen, completen o resuelvan, en un plazo determinado, todos los acuerdos y actos mediante los cuales se haya realizado la concentración de la fortaleza económica que haya permitido el abuso, aún cuando tales actos han sido objeto del procedimiento establecido en el presente título”.

gravedad que revestiría la eventual adopción de medidas de desconcentración o de remedios estructurales si de la aplicación del artículo 102 TFUE se deduce que la concentración implica un abuso de posición dominante.

56. Esta minimización de los perjuicios asociados a la desconcentración, impensable hace unos años, así como la posibilidad -aunque sea residual- de un control *ex post* de una operación de concentración que latan en *Towercast*, constituyen una manifestación, a mi juicio, de un movimiento que, tanto en Europa como en EE.UU., supone un replanteamiento de los principios y objetivos del Derecho y la política antitrust de las últimas décadas. Entender *Towercast* requiere entender su contexto, caracterizado por la preocupación que ha despertado el aumento progresivo del nivel de concentración de los mercados.

2. El contexto de Towercast: el incremento del grado de concentración de los mercados

57. En las economías occidentales se ha venido observando en las últimas décadas, y fundamentalmente, desde finales de los años ochenta, un paulatino incremento del grado de concentración de los mercados unido al surgimiento y consolidación de empresas con significativas posiciones de poder económico. Esta tendencia, intensificada tras la pandemia con la desaparición de numerosos pequeños y medianos operadores, y la preocupación que ha desatado es especialmente aguda en EE.UU, donde si hasta hace relativamente poco tiempo, eran escasas las voces que alertaban sobre la disminución sustancial y generalizada de la competencia en los mercados americanos, desde hace cinco o seis años, juristas, políticos de todo signo, economistas y medios de comunicación¹⁶ manifiestan una creciente inquietud por las modificaciones estructurales que se están produciendo en los mercados¹⁷.

58. La tendencia que se observa en muchos de estos mercados es la siguiente: concentración entre las empresas existentes, disminución drástica de la entrada de nuevos operadores y atrincheramiento de las empresas incumbentes en los mercados junto con un incremento progresivo de sus beneficios.

59. Los sectores o industrias afectados son muy numerosos: (mercados financieros, aerolíneas, telecomunicaciones, industria cervecera, sector farmacéutico, mercados de la salud, etc.)¹⁸. En realidad, esta disminución del número de operadores y la conformación oligopolística de los mercados, se extiende a los sectores económicos más dispares como los mercados de perchas de plástico, comida para gatos, embalaje de carne y pollo, etc. En muchos supuestos, esta conformación estructural aparece camuflada tras la existencia de una pluralidad de marcas que proporcionan al consumidor una apariencia de falsa competencia, al estar la titularidad de estas marcas en manos de dos o tres empresas¹⁹.

¹⁶ Algunos de los titulares de publicaciones como el *Wall Street Journal*, *New York Times* o *The Economist* de los últimos años se hacen eco de esta preocupación: “Profits are too high. America needs a giant dose of competition”; “The Rise of Superstars”; “The Superstar Company: A giant problem”; “The rise of the corporate colossus threatens both competition and the legitimacy of business”; “We are living a Monopoly moment”; “The Perils of Corporate Concentration”.

¹⁷ Vid. *inter alia*: T.WU: *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, Columbia Global Report, 2018; IDEM: *The Curse of Bigness: How Corporate Giants Came to Rule the World*, Atlantic Books, 2020; A. KLOBUCHAR: *Antitrust: Taking on Monopoly Power from the Gilded Age to the Digital Age*, Vintage, 2021; J. PHILIPPON: *The Great Reversal. How America Gave up on Free Markets*, Belknap Press, 2019; L. KHAN: “The Separation of Platforms and Commerce”, 119, *Columbia Law Review*, 2019, pp. 973 y ss.; IDEM: “Amazon’s Antitrust Paradox”, 126, *The Yale Law Journal*, 2017, pp. 710 y ss.

¹⁸ Por ejemplo, en 1983, cincuenta empresas controlaban el 90% de los medios de comunicación americanos. En 2016, solo 6 empresas-GE, News Corp.; Disney, Viacom, Time Warner y CBS- controlaban ese 90%. Vid. A. KLOBUCHAR: *Antitrust...*, pp. 9 y ss.

¹⁹ Especialmente ejemplificativo es el caso, expuesto por Robert Reich, secretario de trabajo durante el gobierno de Clinton, de los viajes online. En principio, los consumidores pueden acudir a una pluralidad de plataformas y agencias para intentar obtener las mejores tarifas en vuelos, circuitos y alojamientos, como Hotels.com; Hotwire; Orbitz, Travelocity; Trivago, Rumbob; Kayak, Priceline; Booking, etc.). Lo que ocurre es que, en realidad, detrás de toda esta aparente diversidad y oferta, tras la operación de concentración entre Expedia y Orbitz, solo dos empresas controlan la práctica totalidad del mercado: el grupo Expedia (con marcas como Orbitz, Trivago, Hotels.com, HomeAway, CarRentals...) y Booking Holdings (Booking, Priceline, Kayak, Rentalcars...). Vid. A. KLOBUCHAR: *Antitrust...*, pp. 218 y ss.

60. Una de las más visibles manifestaciones de esta tendencia a la concentración y a la formación de megaempresas o gigantes empresariales se encuentra, sin duda, en los mercados digitales. De hecho, a día de hoy las cinco empresas estadounidenses con un mayor valor de mercado operan todas ellas en los mercados tecnológicos, mercados que, tienen en muchos casos, una dimensión geográfica mundial. Estos mercados están dominados por las grandes corporaciones o plataformas tecnológicas: tanto las empresas estadounidenses incluidas en el acrónimo GAFA (Google, Amazon, Facebook -hoy, Meta- y Apple), en ocasiones, extendido y modificado para incluir otras plataformas o firmas tecnológicas como Netflix o Microsoft, como las firmas asiáticas, Samsung, Alibaba, Tencent y Taiwan Semiconductor.

61. De hecho, si bien esta situación no había pasado del todo desapercibida y diversas voces aisladas venían denunciándola desde principios de siglo... será precisamente la consolidación de las empresas tecnológicas la que desate las voces de alarma y, sobre todo, promueva la apertura -más bien, la reapertura- de un viejo debate económico y jurídico, sobre los efectos de la conformación de los mercados con arreglo a estructuras oligopolísticas y la generalización de grandes operadores con enormes cuotas de mercado²⁰.

3. El resurgir del debate sobre los riesgos del poder económico privado

62. ¿Cuáles son los efectos que se han derivado de esta disminución del número de operadores en los mercados y la aparición de colosos o superempresas que explican el malestar latente, la denuncia de esta situación y el activismo de doctrina, autoridades de la competencia y políticos en la llamada a soluciones para acabar con ella?

63. Muchos de los efectos nocivos asociados a estas estructuras de mercado no son nuevos, ya han sido objeto de constatación y de denuncia históricamente. De hecho, la lucha contra las posiciones de poder económico privado por las consecuencias que de las mismas pueden derivarse para los consumidores o ciudadanos constituye un objetivo esencial en el nacimiento del Derecho de la competencia, así como en su evolución, con más o menos altibajos, a lo largo del tiempo²¹.

64. Hay efectos más constatados, junto a otros más especulativos o abstractos (pero que tampoco son nuevos). Económicamente, la consolidación corporativa en los mercados ha facilitado la formación de posiciones de poder económico, la erección de barreras de entrada y un consiguiente incremento de los precios. No solo los precios se han visto afectados, también se ha producido un deterioro de las condiciones de transacción: servicios, calidad, posibilidad de opción del consumidor, etc.

65. La percepción de que la actuación de estos gigantes está causando un perjuicio directo a los consumidores la ejemplifican las demandas resarcitorias que empiezan a plantearse por los particulares contra las plataformas tecnológicas y otros grandes operadores económicos. Por ejemplo, en Australia, donde la autoridad de competencia aún no ha entablado ningún caso, sí hay acciones privadas contra Apple, FB y Google. En Reino Unido se ha abierto el gran caso contra Meta mediante la interposición de una gigantesca acción colectiva que, con arreglo a su sistema de *opt-out*, incluiría a todos los consumidores británicos de Facebook de 2016 a 2019. Se piden daños, como mínimo, de dos billones y medio de libras, y se acusa a la empresa de abuso de posición dominante, por el tratamiento que hacía de los datos personales de sus usuarios. Se considera que los usuarios han pagado un precio injusto por el uso de la plataforma, es decir, un abuso explotativo consistente en la imposición de términos y condiciones injustos o no equitativos que cuestiona el modelo *freemium* que, en principio, parece excluir la existencia de cualquier lesión.

²⁰ *Council of Economic Advisers Issue Brief, Benefits of Competition and Indicators of Market Power*, 2016.

²¹ Vid. *in extenso*, C. HERRERO: *Los contratos vinculados (tying agreements) en el Derecho de la competencia*, La Ley, 2006, pp. 59 y ss.

66. Otro de los efectos pretendidamente derivados de esta concentración y del deterioro del desarrollo del proceso competitivo, especialmente presente en el caso de los mercados digitales (y también farmacéuticos), es el daño a la innovación, una de las variables de competencia más importantes. El atrincheramiento por parte de las grandes plataformas tecnológicas en sus posiciones de poder de mercado mediante prácticas tendentes a eliminar de raíz cualquier posible amenaza competitiva como conductas excluyentes u operaciones de adquisición de rivales actuales o potenciales (las denominadas *killer acquisitions* o *reverse killer acquisitions*), disminuyen las posibilidades de renovación de los mercados mediante el lanzamiento de nuevos productos o servicios, desalientan la inversión en startups y el desarrollo de modalidades alternativas de competencia.

67. Las grandes plataformas tecnológicas, con sus modelos de integración vertical (los grandes ecosistemas digitales) plantean riesgos específicos²². Así, uno de los principales celos que despiertan no se refiere a su tamaño en los mercados primarios o principales, sino a su estructura, ya que se han integrado a través de distintas líneas de negocios de tal modo que, en muchos casos, operan como plataformas o intermediarios y además como distribuidores en ellas de sus propios productos o servicios, lo que puede incentivar la realización de prácticas de discriminación o de *self-preferencing*²³.

68. Pero las preocupaciones frente al aumento de la concentración no se limitan a que de esta se derive un deterioro del proceso competitivo, incidiendo en los niveles de precios y producción, sino que, además, esta se vincula a la obtención sostenida de superbeneficios, la disminución de salarios y al incremento creciente de las desigualdades económicas y sociales e, incluso, a la propia afectación a la democracia política.

69. Al margen de la complejidad de estas discusiones o de compartir o no las opiniones sobre la nocividad de estas estructuras de mercado, lo que es innegable es el cambio estructural que han experimentado los mercados, lo que obliga a indagar sobre sus causas.

70. Si bien en el aumento de la concentración de los mercados confluyen necesariamente varios factores, no pudiendo excluirse de entre ellos las consecuencias derivadas de la pandemia mundial, hay un cierto consenso en reconocer que a la formación de estas estructuras de mercado ha contribuido una aplicación muy laxa y permisiva de las normas de derecho de la competencia, especialmente de aquellas normas de naturaleza preventiva orientadas a impedir la formación de posiciones de poder económico mediante el recurso a operaciones de crecimiento externo empresarial, es decir, las normas de control de las concentraciones entre empresas²⁴.

71. Centrándonos en el caso de los mercados digitales, las cinco grandes plataformas tecnológicas han realizado más de 600 operaciones de concentración en los últimos trece años. De estas, un número muy escaso han sido examinadas por las autoridades de la competencia de las distintas jurisdicciones y como resultado de este examen todas ellas han sido autorizadas, la mayoría en las fases iniciales del procedimiento y sin condiciones. Por ejemplo, en el caso estadounidense, solo un caso ha llegado a los tribunales siendo objeto de compromiso con la adopción de remedios de dudosa efectividad. Algunas de estas operaciones sobre las que han conocido la Comisión o las autoridades de competencia nacionales,

²² Vid. N. SRNICEK: *Platform Capitalism*, Polity, Cambridge, 2017; J.M. YUN: "Vertical mergers and Integration in Digital Markets", 8, *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy*, 2020, pp. 244 y ss.

²³ Apple (*Apple App Store*), Google (*Google's Chrome Web Store; Cloud Marketplace, Play Store*), Windows (*Games Store, Xbox games*), Nintendo (*Games Store*), Sony, Shopifys no solo organizan un mercado de aplicaciones/juegos sino que ofrecen en este, sus propias aplicaciones o juegos junto con los de terceros profesionales independientes. En el marco del comercio electrónico, diversas empresas como *Amazon, JD.com* o *Walmart* actúan tanto como organizadores de mercados (posibilitando a terceros vendedores la realización de transacciones con los consumidores) como vendedores, suministrando productos bajo su propio nombre.

²⁴ A. ZURIMENDI: *Gigantes tecnológicos, distribución online y Derecho de la competencia*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 241 y ss.

como la CMA, son los casos FB/Instagram; FB/Whatsapp; FB/Giphy; Google/Waze; Amazon/Deliveroo; Google/DoubleClick; Google/Fitbit; Meta/Kustomer; etc.

72. ¿Qué ha determinado la inaplicación -formal o sustantiva- de la revisión de estas operaciones conforme a los sistemas de control de las concentraciones previstos en la section 7 de la Clayton Act en EE.UU. o en el Reglamento europeo 139/2004 *sobre control de las concentraciones entre empresas*?

73. Recordemos que se trata de sistemas de control *ex ante*, arbitrados, precisamente, para intentar, dada la dificultad e incoherencia que podría derivarse de la limitación del poder de mercado resultado del crecimiento empresarial, prevenir la formación primera de estas estructuras en los casos en las que estas resulten de operaciones de unión o concentración entre empresas independientes. ¿Por qué este mecanismo preventivo ha sido incapaz de impedir esta configuración estructural -ahora denunciada- de los mercados?

4. Inoperatividad de las normas sobre control de concentraciones

74. La aplicación de la política en materia de concentraciones en determinados sectores económicos plantea una serie de dificultades en la práctica, tanto por lo que respecta a la propia posibilidad de activar el mecanismo de control como a la categorización de la operación y a su evaluación desde una perspectiva sustantiva.

75. Así, en primer lugar, en los mercados digitales, de telecomunicaciones y farmacéuticos, son frecuentes las concentraciones por las que una gran empresa asentada en el mercado adquiere una empresa recién llegada o *start up*, que ofrece un producto o servicio novedoso, pagándose por ella un precio muy superior al que podría deducirse de su volumen de ingresos. Se trata de operaciones en las que el valor real de la empresa adquirida reside en el carácter innovador de los productos o servicios ofrecidos, la información o datos que controle, así como su presencia en el mercado en términos de número de usuarios de sus servicios.

76. El problema que se plantea en estos casos, en el ámbito europeo, es que los umbrales actuales de notificación –que activan el procedimiento de control- están estructurados en función del volumen de negocios de las empresas partícipes en la operación (es decir, asociado únicamente al nivel de facturación de las partes, así como algún vínculo con el territorio), por lo que estas operaciones podrían quedar fuera de los mismos, sin que pudiera entrarse a valorar su eventual incidencia competitiva. Es más, el mecanismo de remisión de operaciones sin dimensión comunitaria del artículo 22 resultaba poco operativo para resolver esas disfunciones porque su aplicación exigía que la concentración tuviera que ser notificada conforme a los umbrales nacionales (muchos de ellos también articulados en torno a la cifra de negocios, por lo tanto, igualmente inaplicables).

80. Pero la ineficacia de este mecanismo de control ha derivado, fundamentalmente, de la actual configuración (especialmente en el caso estadounidense) de los **estándares actuales de valoración de la anticompetitividad** de estas operaciones, unida a los problemas de su categorización, como horizontales, verticales o conglomerales y la consiguiente aplicación de los correspondientes criterios sustantivos de valoración.

81. Si hay una nota que caracteriza al Derecho de la competencia es su maleabilidad y el continuo cuestionamiento de su alcance y finalidades u objetivos.

82. Utilizando como parámetro de referencia el Derecho antitrust estadounidense, hasta mediados de los años setenta la aplicación e interpretación jurisprudencial del Derecho antitrust se caracterizó por su enfoque pluralista y por la defensa de una variedad de objetivos, tanto económicos como político-

jurídicos y sociales. Junto a la eficiencia económica, los tribunales y, principalmente, el Tribunal Supremo, ponderaban otros intereses igual -o incluso mayormente dignos de protección-, como la igualdad de oportunidades de todos los sujetos para competir en el mercado y la defensa de estructuras abiertas, la autonomía empresarial y la descentralización del poder económico privado²⁵.

83. La aplicación judicial de la normativa antitrust durante los años sesenta y setenta partía de la consideración de la competencia como un proceso que exigía numerosos participantes y que requería la descentralización del poder económico. El incremento del grado de concentración de los mercados, por definición, lesionaba la competencia al eliminar fuentes independientes de esfuerzo competitivo. La valoración de la eficiencia de una práctica estuvo muy marcada por las tesis de la escuela estructuralista de Harvard, con arreglo a las cuales se considera que la estructura de un mercado, es decir, su grado de concentración, condiciona la conducta de los agentes que en él participan, lo que determina, a su vez, los resultados económicos en ese mercado: rentabilidad, eficiencia, progreso tecnológico y crecimiento (paradigma *structure-conduct-performance*)²⁶. En concreto, defendían que las estructuras de mercado altamente concentradas daban lugar al desarrollo de comportamientos que conducían a unos resultados económicamente ineficientes como la reducción de la producción y el incremento del nivel de precios. Esta política, centrada más en los remedios de carácter estructural que en el control del comportamiento de los agentes económico, se manifiesta claramente en la aplicación de las normas en materia de control de la concentración empresarial²⁷. Así, durante este periodo se defendió la prohibición rigurosa de todas aquellas operaciones de concentración entre empresas que pudieran dar lugar a la formación de un oligopolio o al incremento del grado de concentración de los mercados, como se refleja en las *Merger Guidelines* de 1968²⁸.

84. La influencia, a partir de los años ochenta, de las tesis liberales y restrictivas de la Escuela de Chicago, van a originar un cambio en la interpretación y aplicación de la normativa antitrust que se articulará conforme a un parámetro prácticamente exclusivo de valoración de la anticompetitividad de una conducta que, justificado con arreglo a una particular visión de la lesión al consumidor, determina que una conducta o práctica empresarial solo estará prohibida en la medida en que, como consecuencia de la misma, tenga lugar una reducción inmediata de la producción o de los precios en el mercado relevante. Esto va a determinar, en la práctica, una relajación en la persecución de determinadas empresariales. Preocupaciones tradicionales como el crecimiento de las grandes empresas y la concentración de poder económico pierden peso en la conformación de la política antitrust. Se adopta una actitud mucho más benévola frente a los acuerdos susceptibles de incrementar la producción, con independencia de su posible efecto sobre la estructura de los mercados y la exclusión de otros empresarios competidores. Se autorizan sin objeciones las concentraciones conglomerales y la integración vertical, partiéndose de su innata procompetitividad y eficiencia y se sigue un tratamiento mucho más indulgente frente a las concentraciones horizontales²⁹.

²⁵ Vid. B.HAWK: “La révolution antitrust américaine: une leçon pour la Communauté économique européenne?”, *RTDE*, 1989, pp. 12 y ss.; L.A.SULLIVAN: “Antitrust, Microeconomics and Politics: Reflections on Some Recent Relationships”, 68 *Cal.L.Rev.*, 1980, pp.1 y ss.; R.PITOFSKY: “The political content of antitrust”, 127, *UPALR*, 1979, pp. 1051 y ss.

²⁶ Vid. F.M.SCHERER/D.ROSS: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston, 1990, pp. 2 y ss.

²⁷ *Ford Motor Co. v. United States*, 405 U.S. 562, (1972); *FTC v. Procter&Gamble Co.*, 386 U.S. 568 (1967); *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270 (1966); *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

²⁸ Algunos autores propusieron medidas mucho más drásticas como la aprobación de normativa de desconcentración forzosa de mercados integrados por unos pocos oferentes. Se pretendía la fragmentación de los oligopolios, siempre que la concentración no fuera el resultado de la presencia de economías de escala en una determinada industria o de la titularidad de derechos de propiedad industrial. Vid. C.KAYSEN/D.F.TURNER: *Antitrust Policy*, Cambridge, 1959, pp. 44 y ss.; D.F.TURNER: “The Scope of Antitrust and other Economic Regulatory Policies”, 82, *Harvard Law Review*, 1969, pp. 1207 y ss.

²⁹ Vid. para un desarrollo pormenorizado de este modelo de análisis económico y su aplicación a las distintas categorías de conductas empresariales, tradicionalmente objeto del Derecho antimonopolio, R.BORK: *The Antitrust Paradox: A Policy at War with itself*, Free Press, Nueva York, 1993.

84. Se minimiza la preocupación por los eventuales efectos de cierre de mercados, que serán acusados de argumentaciones carentes de un fundamento económico sólido y de ser esgrimidas por las empresas competidoras con la única finalidad de obtener la protección del gobierno y de los tribunales frente a la propia competencia y se hace hincapié en el poder autocorrector de los mercados para sancionar eventuales abusos.

85. En relación con las operaciones verticales (de colaboración o de integración), que constituyen, precisamente una de las “bêtes noires” de la Escuela de Chicago y objeto de sus principales ataques, se denuncia su irracionalidad económica sobre la base de tres postulados o premisas: 1) la posible exclusión de competidores de insumos o clientes es ilusoria. Estas operaciones producen simplemente una reasignación neutral de las relaciones cliente-proveedor; 2) el daño a la competencia es implausible porque existe un único beneficio monopolístico; 3) son operaciones invariablemente eficientes, porque evitan situaciones como la doble marginalización. El espíritu de estas críticas, en el caso estadounidense, se recogió en las *Directrices de 1984 sobre Operaciones de concentración no horizontales* y se mantiene en las recientemente *Directrices de 2020* aprobadas por la Administración Trump. Este es el estándar actualmente vigente dado que las revisiones críticas a los postulados económicos de Chicago, no han revestido un carácter general, sino sectorial o puntual, no dirigiéndose directamente a la integración vertical) Esto ha determinado que este sector del Derecho haya estado infradesarrollado durante los últimos cuarenta años³⁰.

86. La aplicación de estos estándares permisivos, que minimizan su nocividad y realzan su procompetitividad y eficiencia ha favorecido la autorización generalizada de conductas de integración vertical (no digamos ya de operaciones conglomerales), en su caso, con la imposición de remedios mínimos y, mayoritariamente, de conducta.

87. En Europa, con altibajos, se ha mantenido una visión de daño a la competencia más amplia o mediata, en un enfoque de carácter dinámico, más centrada en la protección del proceso competitivo en cuanto tal que en la obtención de un determinado resultado. No obstante, también en la política europea, especialmente en relación con las concentraciones verticales y conglomerales, se ha mantenido una actitud especialmente permisiva frente a los fenómenos de reestructuración empresarial, de lo que es buena muestra la, al menos inicial, autorización generalizada de las operaciones de concentración en los mercados digitales.

88. Actualmente, no obstante, se están sucediendo las teorías económicas que cuestionan las premisas anteriores y que alertan sobre la posibilidad real de que estas operaciones causen daños a la competencia, especialmente en el caso de mercados altamente concentrados y mercados con efectos de red³¹.

5. Nuevas orientaciones de política *antitrust*

A) La desconcentración de mercados

89. Al margen de la existencia de posturas, teorías y opiniones enfrentadas, lo que es indudable es que, el grado de concentración al que se ha llegado en muchos mercados y, muy especialmente, el existente en los mercados de la economía digital y el protagonismo creciente de los gigantes o colosos tecnológicos, ha removido y ha dado lugar a la apertura de un debate. Ya no existe una general actitud conformista y pasiva, ni sobre la actual situación estructural de los mercados ni sobre el papel que

³⁰ El último caso de operación vertical que llegó al TS estadounidense data de 1972, operación entre Ford y Autolite (*Ford Motor Co. v. United States*, 405 U.S. 562 (1972)).

³¹ Vid. S.SALOP: “Invigorating Vertical Merger Enforcement”, 127, *Yale Law Journal*, 2018, pp. 1962 y ss.; J.BAKER/S. SALOP/F.SCOTT/N.ROSE: “Five Principles for Vertical Merger Enforcement”, 33, *Antitrust*, 2019; J.KWOKA: *Controlling Merger and Market Power. A Program for Reviving Antitrust in America*, Competition Policy International, 2021.

competite jugar al Derecho de la competencia y los criterios con arreglo a los cuales ha de ser aplicado. Al contrario, lo que parece ser general ahora es la necesidad de un cambio que se pone de manifiesto de manera muy evidente, aunque no exclusiva-, en los mercados digitales con la sucesión de una serie de documentos por parte de distintas administraciones en los que se analizan los problemas de Derecho de la competencia; la proyección -y ya aprobación- de legislación en la materia en la que se ensayan nuevas formas de control de la conducta de los grandes operadores tecnológicos y, fundamentalmente, la apertura de procedimientos sancionadores contra empresas de referencia en el sector.

90. Un examen de las distintas actuaciones, propuestas y orientaciones determina de nuevo, la necesidad de formular varias preguntas.

91. En primer lugar, es evidente que se ha desembocado en estructuras de mercado muy concentradas y que a las mismas se atribuyen varios efectos nocivos. Ahora bien, ¿es posible deshacer esta situación estructural? ¿Forzar la descentralización de los mercados?

92. La ruptura o desconcentración de las unidades empresariales como solución a la monopolización de mercados está presente en la historia del Derecho *antitrust* estadounidense, en procesos contra grandes gigantes empresariales, como la Standard Oil Co. o, ya en la década de los ochenta, la AT&T (American Telephone and Telegraph Corporation)³².

93. Será precisamente en EE.UU., donde se empiece a volver a defender como solución al problema de concentración en los mercados digitales, la ruptura de las grandes plataformas tecnológicas (*break up the trusts*), como hizo con insistencia la senadora Warren, Este remedio no es mirado con desconfianza en las obras y análisis de autores, que forman parte del equipo antitrust del presidente Biden, como Lina Khan, en la FTC; Tim Wu, asesor directo del presidente en materia de competencia, o Jonathan Kanter, al frente del DOJ, partidarios de un cambio en los parámetros actuales de enjuiciamiento antitrust y de recurrir a remedios estructurales para hacer frente a la situación de los mercados digitales estadounidenses. Así, EE.UU., de tradición menos intervencionista que la UE se va a mostrar más radical que los países europeos en la formulación de iniciativas para regular los mercados digitales. En este sentido están siendo objeto de tramitación parlamentaria las conocidas como *Anti-Tech Bills* y que han obtenido el respaldo de representantes demócratas y republicanos en el Senado, con denominaciones tan gráficas como “*Ending platform monopolies Act*”, “*American Innovation and Choice online Act*” y “*Open App. Markets Act; Platform Competition and Opportunity Act; Access Act*. Una de ellas, la “*Ending platform monopolies Act*”, propuesta dirigida a evitar los conflictos de interés que se pueden producir si una plataforma controla el acceso a un mercado y a la vez compite en él, prohíbe directamente las situaciones de integración vertical. Una solución similar ha sido adoptada en India, la legislación aprobada en 2019 forzó la separación de los dos tipos de negocios (intermediación y venta), obligando a empresas como Amazon o Walmart a cambiar su modelo y dejar de vender bajo su propia marca.

94. Otra de las fórmulas que se está discutiendo es la posibilidad de revisar operaciones de concentración ya realizadas (*backup mergers*) que puede intentarse, desde una revisión de operaciones autorizadas si se constata que no se han cumplido las eficiencias alegadas o los pronósticos sobre entrada de competidores, etc. o, y esto es a mi juicio, significativo, desde las normas que sanciona el abuso de posición dominante, precisamente el supuesto contemplado en *Towercast*.

B) El control del poder económico privado

95. En segundo lugar, se buscan soluciones para contener el poder y riesgos de estas grandes empresas, es decir, partiendo de estas situaciones estructurales como un mal dado -y ahora inevitables-

³² Vid. un análisis de estos litigios, en T.Wu: *The Curse of Bigness...*, cit., pp. 66 y ss.

intentar regular su conducta para evitar lesiones a los consumidores y a otros operadores económicos. Las autoridades de competencia, como primera solución, han afilado las armas antitrust y han acusado a estas compañías de infringir las prohibiciones que vetan el abuso de posición de dominante o la monopolización de mercados. Junto a la aplicación de estas prohibiciones la conducta de estas empresas también se está buscando el control mediante soluciones normativas regulatorias específicas, proyectadas y aprobadas en muchos Estados, como Alemania y Reino Unido y en el ámbito europeo, como el *Reglamento de Mercados Digitales* de 14 de septiembre de 2022 (DMA) o, incluso desde otros sectores del ordenamiento jurídico, como el Derecho de consumidores, de contratos o las normas de competencia desleal.

96. Pero, ¿y desde las normas sobre control de las concentraciones entre empresas? En este terreno se proponen una serie de cambios para garantizar su efectividad

97. Un primer bloque de medidas busca asegurar la posibilidad de conocimiento de las operaciones por parte de las autoridades de competencia.

98. Así, en primer lugar, para evitar que determinadas operaciones de concentración, como la adquisición de *startups* orientadas a frenar el desarrollo de un potencial competidor escapen al control de las autoridades de la competencia por no cumplir los umbrales de volumen de negocios o facturación, se ha planteado como solución a este problema la introducción de un umbral complementario, basado no en el volumen de negocios, sino en el valor de la transacción; respuesta adoptada en Alemania y Austria recientemente y que constituyó el objeto de la consulta pública lanzada por la Comisión en octubre de 2016, si bien, por el momento, el cambio de umbrales parece haber sido descartado.

99. En segundo lugar, se ha modificado recientemente el mecanismo de revisión del artículo 22 del Reglamento. Como presupuesto de aplicación de este mecanismo que permite a la Comisión el conocimiento de operaciones de concentración sin dimensión comunitaria, esta venía exigiendo que estas operaciones proyectadas sí superaran los umbrales de control nacionales. No obstante, esta interpretación será cambiada en 2021, con la publicación de una nueva Comunicación³³ orientada a incrementar el uso de este mecanismo para facilitar la detección de operaciones potencialmente anticompetitivas. Para hacer frente a esta situación, la Comisión ha reinterpretado el sistema de remisión, extendiéndolo a operaciones en las que los Estados miembros no tengan competencia inicial para conocer del asunto. Esta interpretación más flexible del artículo 22 del Reglamento ha sido avalada por el TGUE en una reciente sentencia de 13 de julio de 2022³⁴.

100. Igualmente, operando como medida complementaria, para poder facilitar la detección de estas operaciones en los mercados digitales, la DMA en su artículo 14 recoge la obligación de las empresas que tengan la consideración de guardianas de acceso o *gatekeepers*, de informar a la Comisión sobre las operaciones de concentración que pretendan llevar a cabo. Obligación que se establece con independencia de que la operación alcance los umbrales de notificación obligatorios o nacionales. Tras su recepción por parte de la Comisión, esta transmitirá toda la información a las autoridades competentes de los Estados miembros, que podrán utilizarla para solicitar a la Comisión el examen de la operación conforme al mecanismo -ahora reinterpretado- de reenvío del artículo 22 del Reglamento.

101. El debate abierto no se limita a la búsqueda de fórmulas que posibiliten el conocimiento de la operación, sino que, tiene un alcance mucho más amplio, extendiéndose a los criterios sustantivos de valoración, es decir, a la necesidad de revisión de los parámetros desde los que apreciar a existencia de un daño a la competencia.

³³ *Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de reenvío establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos, Comunicación de la Comisión de 2021. (2021/C 113/01).*

³⁴ Sentencia TGUE en el asunto T-227/21 (*Illumina v Commission*) de 13 de julio de 2022.

102. Nos movemos aún en el terreno de las propuestas fruto del debate abierto sobre cuál ha de ser la evolución y papel del Derecho de la competencia, con carácter general y, en los mercados digitales en particular. Muchas de estas propuestas reflejan la necesidad de revisar los criterios de interpretación y aplicación de las normas, especialmente en relación a las operaciones no horizontales, reclamando la superación o puesta en cuestionamiento del estándar dominante no intervencionista junto con una vuelta al estructuralismo. De hecho, gran parte de las orientaciones en materia de valoración de concentraciones verticales o conglomerales lo que denuncian es la pretendida procompetitividad general de estas operaciones, reivindicando la necesidad de ponderar sus efectos en función del grado de concentración de los mercados o de la presencia en los mismos de efectos de red, que pueden incrementar su nocividad.

103. Además, en los mercados digitales es preciso tener en cuenta la habitual formación de ecosistemas y como la integración vertical puede dar lugar a conflictos de interés anticompetitivos y facilitar que una empresa dominante puede usar su dominio en un sector para avanzar en otra línea de negocios. Una forma de abordar la preocupación sobre la capacidad de una empresa para aprovechar los datos de forma cruzada es incluirlos expresamente en la revisión de la fusión. Podría tener sentido que las agencias revisaran automáticamente cualquier acuerdo que implique el intercambio de ciertas formas (o una cierta cantidad) de datos. Un enfoque más estricto de la integración vertical pondría límites profilácticos a las fusiones verticales por parte de plataformas que han alcanzado un cierto nivel de dominio. Adoptar este enfoque significaría prohibir que una empresa dominante ingrese a cualquier mercado en el que ya sirva como plataforma; en otras palabras, competir directamente con las empresas que dependen de ella.

104. Otras prescripciones de política atienden al riesgo de *killer acquisitions*, defendiendo el establecimiento de presunciones refutables para adquisiciones de rivales incipientes y potenciales vinculados a mercados altamente concentrados, incluidos los mercados aguas arriba o aguas abajo. La *Platform Competition and Opportunity Act* prohíbe a las grandes plataformas la adquisición de competidores potenciales o actuales.

105. Finalmente, en lo que inciden todas las propuestas es en la importancia de tener especialmente presente para valorar la anticompetitividad de una conducta posibles daños a la innovación más que su impacto en los precios o la producción³⁵.

6. Reflexiones finales: ¿superación del miedo al *break-up*?

106. El debate actual que opera sobre escenarios novedosos es, en realidad tan viejo como el propio Derecho de la competencia, enfrentando posturas más intervencionistas y planteamiento más liberales. La dificultad de llegar a un acuerdo se acentúa porque tampoco existe unanimidad -ni la ha existido históricamente- sobre los objetivos y finalidades que ha de cumplir el Derecho de la competencia. Gran parte de la polémica y discrepancias doctrinales respecto a las conductas de plataformas digitales y otros grandes operadores económicos derivan de la adopción de puntos de partida radicalmente distintos sobre el propio concepto y funciones de la competencia y, en consecuencia, sobre los objetivos exigibles al sector del ordenamiento jurídico encargado de protegerla: eficiencia económica, distribución más equitativa de la renta evitando transferencias de bienestar de los consumidores a los productores, libertad de elección de los consumidores, garantía del correcto desenvolvimiento de la democracia política, protección de la competencia sobre la base de los méritos empresariales, etc.

³⁵ Por ejemplo, aunque haya sido frenada en los tribunales, la FTC en su intento de parar la adquisición por parte de Meta de la empresa WITHIN, operador de Supernatural, una app de fitness de realidad virtual líder en el sector, alegaba fundamentalmente que esta operación podía sofocar la competencia y frenaría la innovación en el mercado dinámico y de rápido crecimiento de los mercados del fitness y de las aplicaciones de fitness de realidad virtual.

107. Pero es que, además, aún en el caso de que se adopte un enfoque principalmente económico del Derecho de la competencia, tampoco existe unanimidad sobre la determinación del modelo analítico más adecuado para valorar la incidencia de una práctica empresarial en la eficiencia económica, sucediéndose las teorías y los parámetros: incidencia inmediata en los niveles de precios o producción; lesión de estructuras, resultado, a corto o medio plazo...

108. Lo que sí parece evidente es que el debate, sobretodo en EE.UU., ha recuperado la preocupación por los abandonados y denostados criterios estructurales y la configuración de los mercados y el proceso competitivo, cambiando la percepción sobre la gran empresa. Retorna una idea que puede parecer en principio tautológica: “sin competidores no hay competencia”. Veremos si este cambio de rumbo (que, en realidad tampoco es nuevo, sino que la lucha contra la concentración privada de poder económico se ha sucedido a lo largo de la historia, se afianza o no. Los casos están en ciernes, hay una larga batalla judicial por delante y un más que probable escenario de lobbies en pro de las grandes empresas y en apoyo de posturas menos intervencionistas y mantenimiento del apego estricto al estándar de “restricción de la producción”. De hecho, en EE.UU. este estándar está bien asentado, y los intentos de cambio necesariamente tendrán que superar algunas barreras como jueces conservadores o un Congreso con, “hasta ahora” poca iniciativa en materia antitrust

109. En Europa, a mi juicio, la situación es distinta. Con altibajos se ha mantenido una visión de daño a la competencia más amplia o mediata, en un enfoque de carácter dinámico, más centrada en la protección del proceso competitivo en cuanto tal que en la obtención de un determinado resultado.

110. De mantenerse este enfoque estructural frente a las posiciones de poder de mercado, el diseño y ejecución de la política antitrust deberá prestar una especial atención a las estructuras y a las conductas susceptibles de anquilosarlas o afectarlas: sin duda, a los abusos excluyentes pero, de manera muy especial volviendo a un sector tradicionalmente muy permisivo, el control de las concentraciones entre empresas. Es necesario atender a los riesgos o peligros, no solo de las operaciones horizontales, sino también de las verticales, en las que está presente un riesgo de *foreclosure* y las conglomerales, que pueden alentar la formación de ecosistemas que faciliten prácticas discriminatorias o de *leveraging*.

111. Está empezando a cuestionarse -al menos, teóricamente- el que había sido uno de los grandes tabús del Derecho de la competencia, sobre todo desde los años ochenta, que ha motivado no solo la configuración preventiva del control de las concentraciones entre empresas, sino también la clara preferencia de los remedios de comportamiento sobre los remedios estructurales. La imposibilidad de desconcentración de los mercados, relativizándose las consecuencias, tanto financieras como jurídicas, que podrían derivarse de revertir operaciones de crecimiento externo empresarial.

112. Encontramos un paralelismo en los escenarios, separados por cincuenta años, en los que se dicta *Continental Can* y en los que se dicta *Towercast*. Ambos se caracterizan por la percepción de la existencia de un excesivo grado de concentración en los mercados.

113. *Continental Can* obedeció a la necesidad de dar respuesta a un problema percibido de estructuras... *Towercast* también.