

logo3.gif (7281 bytes)

SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

barrah.gif (4064 bytes)

"ELEMENTOS ESENCIALES DEL ANÁLISIS DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS POR PARTE DEL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA " .

Subdirección General de Concentraciones.

Pº de la Castellana, 162. Planta 20. Nº de fax: 91 583 53 38

28046 Madrid.

1. INTRODUCCIÓN

El control de las concentraciones empresariales es un elemento fundamental de los sistemas de defensa de la competencia que, como el español, combinan la prohibición y persecución de prácticas anticompetitivas con una actuación preventiva ante cambios en la estructura del mercado que puedan favorecer la aparición de dichas prácticas.

El objetivo último del control de concentraciones no consiste en impedir las decisiones empresariales que llevan al aumento del tamaño de los operadores o a la modificación de su estructura de control en respuesta a los cambios en los mercados, sino adoptar las medidas oportunas para que de ellas no se deriven efectos negativos para la competencia efectiva, para la competitividad empresarial, para el bienestar de los consumidores y, en definitiva, para el interés general.

Este es el sentido de la normativa española, centrada en el Capítulo II de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, desarrollado por el Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre. En la actualidad, el modelo se fundamenta en un sistema de notificación previa a la ejecución de aquellas operaciones que superen determinados umbrales de volumen de negocios en España o de cuota de mercado.

En línea con la mayoría de países europeos, el procedimiento consta de dos fases. En la primera, el Servicio de Defensa de la Competencia analiza la operación atendiendo a su posible incidencia sobre la competencia efectiva en los mercados y eleva un informe al Ministro de Economía que resolverá remitir o no la operación al Tribunal de Defensa de la Competencia. En este último caso, se abre la segunda fase, que se inicia con el estudio en profundidad de la operación y la emisión de un dictámen no vinculante por el Tribunal de Defensa de la Competencia y termina con el Acuerdo del Consejo de Ministros resolviendo no oponerse a la operación, prohibirla o bien sujetar su autorización al cumplimiento de determinadas condiciones.

La práctica de las autoridades españolas desde la puesta en marcha del sistema en 1989 muestra que la prohibición es la excepción, la gran mayoría de asuntos no pasan a la

segunda fase y son autorizados en el plazo de un mes tras su análisis por el Servicio de Defensa de la Competencia .

En el marco del nuevo Real Decreto 1443/2001 y dada la creciente complejidad y relevancia de las operaciones de fusión y adquisición de empresas, parece conveniente explicitar y concretar los elementos esenciales del análisis de las operaciones de concentración por parte del Servicio de Defensa de la Competencia sobre la base de la experiencia adquirida desde la puesta en marcha del sistema en 1989 y muy especialmente desde la incorporación de la notificación obligatoria en marzo de 2000.

Se trata de un ejercicio importante para favorecer la transparencia del procedimiento y reforzar la seguridad jurídica de los operadores económicos, minimizando tanto la incertidumbre de los operadores como los posibles efectos anticompetitivos de las operaciones de concentración empresarial.

No obstante, es preciso destacar que el alcance de este proyecto es necesariamente limitado. Por una parte, este documento no agota el ámbito de los elementos considerados en el análisis de las operaciones de concentración sino que únicamente pretende explicitar criterios generales que son aplicados con flexibilidad a cada caso por parte de las instituciones competentes. Por otra parte, el ejercicio se basa en el análisis del Servicio de Defensa de la Competencia y, por tanto, no se refiere a los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia ni, por supuesto, a los criterios que inspiran los Acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros en este terreno.

2. ELEMENTOS SUSTANTIVOS DEL ANÁLISIS

El control de concentraciones en España es un control de carácter preventivo, particularizado en su aplicación, que no persigue limitar los procesos de concentración empresarial inherentes a la economía de mercado y a su creciente globalización sino que tiene por objeto evitar que las operaciones de concentración entre empresas puedan obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado y favorezcan la aparición de conductas que resulten a corto o medio plazo en una reducción del bienestar de los consumidores, de la competitividad de nuestra economía y, en última instancia, en un menoscabo del interés general.

En consecuencia, se trata de valorar si una operación altera la estructura de un mercado de forma que se pueda obstaculizar la competencia efectiva en el mismo, lo que no se deriva directamente de un determinado grado de concentración o una cuota concreta de los operadores en un mercado relevante sino que exige el análisis detallado de un conjunto de elementos.

3. DEFINICIÓN DE OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

En el ámbito del control de concentraciones, el Servicio de Defensa de la Competencia comprueba en primer lugar si la operación notificada es una concentración a los efectos de la Ley 16/1989 y su normativa de desarrollo y determina el tratamiento de sus posibles elementos cooperativos.

3.1. Concepto de concentración

El elemento central para considerar que existe una operación de concentración es la modificación estable de la estructura de control de un operador económico, cuando la misma se derive de la fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, la toma de control de la totalidad o de parte de una empresa o empresas o la adquisición del control conjunto sobre una empresa independiente de carácter "concentrativo".

A efectos de la defensa de la competencia, el concepto de control no se basa únicamente en criterios cuantitativos como los recogidos en otras normas mercantiles sino también en elementos cualitativos que deberán ser valorados en cada caso. En concreto, el control se entiende como la posibilidad, de iure o de facto, de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa, lo que dependerá de la naturaleza de la operación y, en particular, de la identidad de las partes, el momento en que se produce, los mercados afectados, las previsiones de los estatutos sociales o los pactos entre accionistas, y de factores exógenos como la regulación aplicable.

3.2. Tratamiento de las empresas en participación

Las operaciones consistentes en la constitución de empresas en participación habitualmente contienen elementos concentrativos y cooperativos. La valoración de cuáles predominan es fundamental para determinar el tratamiento de las mismas en el ámbito de la Ley de Defensa de la Competencia .

El artículo 14 de la Ley especifica que se considerarán concentraciones económicas aquellas operaciones que supongan la creación de una empresa en común y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una empresa, cuando ésta desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no tenga por objeto o efecto fundamental coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes.

Por tanto, para determinar qué operaciones están sujetas al control de concentraciones, es preciso valorar tres elementos. En primer lugar, en qué medida la empresa está controlada conjuntamente, atendiendo a quién tiene la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre la actividad de la empresa y cómo se instrumenta dicha posibilidad. Habrá control conjunto cuando las empresas matrices deban llegar a un acuerdo sobre las decisiones importantes que afectan a la empresa en participación.

En segundo lugar, se analiza si dicha empresa tiene "plenas funciones" y puede desempeñar con carácter permanente las actividades habituales del resto de operadores presentes en el mismo mercado de forma independiente de sus matrices. Para ello, se analiza la vocación de permanencia de la empresa, la medida en que dispondrá de órganos de gestión y de recursos propios para desarrollar su actividad empresarial de forma duradera. Adicionalmente, es preciso valorar la importancia de las compras o ventas de o a las matrices dentro de la actividad de la empresa en participación y la medida en la cuál ésta desarrollará un papel meramente accesorio con respecto a la actividad de las mismas.

En tercer lugar, se analiza en qué medida el objeto principal de la empresa es o no la coordinación de la actuación de las matrices, siendo importante valorar la presencia de las empresa matrices en el mismo mercado y en mercados ascendentes o descendentes respecto al de la empresa en participación así como la vinculación existente entre estas empresas. En general, la permanencia de las matrices en el mismo mercado de actuación de la empresa en participación puede ser indicativa del carácter cooperativo de la empresa en participación.

Este tercer elemento es fundamental ya que las operaciones "concentrativas" están sujetas al control de concentraciones mientras que aquéllas cuyo objeto principal sea la coordinación del comportamiento competitivo de las matrices reciben el tratamiento general de la Ley 16/1989 para los acuerdos restrictivos y su autorización singular.

Dado que en muchos casos la determinación del objeto o efecto fundamental de una empresa en participación es compleja y exige un análisis detallado de la misma, la Ley de Defensa de la Competencia prevé que cuando una operación notificada con arreglo al control de concentraciones no reúna las condiciones establecidas para la notificación obligatoria (entre las cuáles se encuentra el carácter "concentrativo"), el Director del Servicio resolverá sobre si debe ser tratada como un acuerdo de empresas sujeto, en su caso, al procedimiento previsto para la solicitud de autorización singular.

Si se considera que la operación carece de carácter "concentrativo", se archivará el expediente en lo relativo al control de concentraciones y no procederá la autorización tácita por el transcurso de un mes legalmente prevista.

3.3. Tratamiento de las restricciones accesorias en las operaciones de concentración

El principio de tratamiento separado de las operaciones concentrativas y cooperativas tiene su excepción en el caso de aquellas restricciones de la competencia que tienen un carácter meramente accesorio con respecto a la operación principal. En este terreno, la Ley 16/1989 establece que podrán entenderse comprendidas dentro de una operación determinadas restricciones a la competencia accesorias, directamente vinculadas a la operación y necesarias para su realización.

Estas restricciones pueden consistir en cláusulas de no competencia, de no captación o de confidencialidad, acuerdos de licencia u obligaciones de compra y suministro, que serán valoradas atendiendo no sólo a su naturaleza indisociable de la operación, sino también a su duración, contenido y ámbito geográfico de aplicación.

Concretamente, en lo referente a los pactos de no competencia, el Tribunal de Defensa de la Competencia, en su informe de 2 de marzo de 1993 , asumiendo los criterios de la Comisión Europea, consideró que la existencia de determinados pactos es consustancial a los negocios jurídicos de adquisición de establecimientos mercantiles, por lo que no es posible separar su tratamiento del que se otorga a las operaciones de concentración de empresas, si bien tales pactos no deben contener más restricciones que las objetivamente necesarias para la transferencia plena del establecimiento mercantil, ni realizarse en perjuicio de terceros.

En cuanto a la duración aceptable de la prohibición de competencia, el Tribunal de Defensa de la Competencia en su informe de 25 de marzo de 1998 estimó que no existe

una norma absoluta y suele depender del producto afectado y de las circunstancias de cada caso. En general, se han venido siguiendo los criterios expuestos en la Comunicación de la Comisión Europea de 1990 sobre este tema, recientemente modificada por una nueva Comunicación que, entre otras novedades relevantes, ha reducido el plazo máximo generalmente aceptable para estos acuerdos de no competencia.

Dado el creciente dinamismo de los mercados, el carácter potencialmente restrictivo de estas cláusulas y que su justificación radica en la transmisión de fondo de comercio o know-how, resulta adecuado seguir el criterio expuesto por la Comisión en su nueva Comunicación y considerar que la duración de los pactos de inhibición de la competencia no deberá superar tres años en el caso de que haya transmisión del fondo de comercio y know-how y dos años en el caso de que se transfiera el fondo de comercio.

Las restricciones accesorias que impliquen la no captación de personal, clientes o proveedores entre las partes, los acuerdos de licencia y las cláusulas de confidencialidad serán evaluadas con los mismos criterios que las de inhibición de la competencia, aunque en principio parecen aceptables plazos superiores a los tres años para estas últimas atendiendo a la necesidad de preservar secretos comerciales.

En cuanto a los acuerdos de compra, suministro o distribución, éstos pueden venir motivados por la necesidad de garantizar la continuidad de la actividad de una empresa al romperse los cauces internos derivados de la anterior integración de sus actividades dentro de la unidad económica del vendedor. En línea con la citada Comunicación de la Comisión, la duración admisible de los contratos de suministro y de distribución deberá limitarse al periodo necesario para permitir el paso de una relación de dependencia a una posición autónoma en el mercado, que dependerá de las circunstancias del mismo y de los operadores implicados. En general, la exclusividad de los contratos únicamente podrá considerarse necesaria en circunstancias excepcionales, atendiendo por ejemplo a la ausencia de un mercado o a la especificidad de los productos.

En todo caso, la valoración de las restricciones accesorias será realizada en cada caso atendiendo a cuál sea la parte implicada, el mercado afectado, el ámbito geográfico, el objeto, la justificación y la duración. En la medida en que se trate de acuerdos indisolubles de la operación y que no introduzcan restricciones para la competencia más allá de las estrictamente necesarias para la realización de la misma, las cláusulas se considerarán parte integrante de la operación y, por tanto, serán autorizadas junto con ella. En otro caso, no se considerarán incluidos en el análisis de la operación, teniendo, en su caso, el tratamiento general de la Ley para los acuerdos restrictivos y su autorización singular.

4. MERCADO RELEVANTE

Una vez determinada la existencia de una operación de concentración sujeta al control previsto por la Ley de Defensa de la Competencia, el Servicio centra el análisis en aquellos mercados cuyas condiciones de competencia pueden verse afectadas por la misma. En última instancia, se trata de identificar el conjunto de empresas que compiten entre sí, por el tipo de producto que venden (mercado de producto) y por la dimensión geográfica en la que lo hacen (mercado geográfico).

Para realizar esta definición, el Servicio de Defensa de la Competencia se basa en toda la información disponible, partiendo de la proporcionada por las partes en la notificación y teniendo en cuenta, entre otras fuentes, los antecedentes que suponen los Informes-dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia y, en su caso, las Decisiones de la Comisión Europea.

En este ámbito, es importante señalar que en la valoración de las operaciones de concentración no sólo se considera la presencia simultánea de las partes en un mismo mercado, sino también los efectos derivados de su presencia en mercados ascendentes y descendentes o en mercados relacionados. Por tanto, el análisis no atenderá exclusivamente a la definición más estrecha de mercado posible, sino que podrá valorarse la concentración atendiendo a definiciones de mercado alternativas, más o menos amplias.

4.1. Mercado de producto

El criterio principal para determinar el producto relevante o conjunto de productos que, por sus características, forman parte de un mismo mercado, es la sustituibilidad por el lado de la demanda. Esta sustituibilidad se analiza atendiendo a criterios prácticos o cualitativos como son, en concreto, las características físicas del producto y el uso que está previsto hacer de él, el precio, la estructura de la demanda, y las preferencias de los consumidores.

Además de la sustituibilidad de la demanda, la definición del mercado de producto puede considerar también la sustituibilidad de la oferta, teniendo en cuenta aquellos operadores que pueden estar en disposición de ofertar un determinado producto o servicio en el mercado como reacción a una subida significativa del precio.

4.2. Mercado geográfico

La determinación del mercado geográfico tiene por objeto definir el área potencialmente afectada por la operación de concentración, en la que compiten entre sí las empresas que operan en los mercados de producto correspondientes. Para su delimitación se suelen tener en cuenta elementos cualitativos, como el ámbito de actuación de los operadores, la naturaleza y las características de los productos y de los servicios, las diferencias o barreras legales, administrativas o técnicas, el ámbito de las autorizaciones o concesiones administrativas, las preferencias de los consumidores, la distribución de cuotas de mercado de las partes y sus competidores, las diferencias de precios, el comercio exterior, los costes de transporte, la estructura de la distribución, o el idioma y otros factores culturales.

En todo caso, de acuerdo con las competencias de las autoridades españolas, el análisis de las operaciones de concentración se limita a sus posibles efectos dentro del territorio nacional.

4.3. Otros mercados afectados

En algunos casos, puede ser necesario considerar la posible incidencia de una operación sobre otros mercados diferentes de aquéllos en los que operan directamente las partes. En particular, se trata de analizar en qué medida la operación resulta en la participación de una misma empresa en el capital de operadores competidores y, por tanto, el posible riesgo de coordinación de su comportamiento. Este análisis es especialmente relevante en el caso de mercados en proceso de liberalización, en los que el desarrollo de la competencia necesita de una mayor vigilancia por parte de los poderes públicos.

5. ANÁLISIS DE LOS MERCADOS

Una vez definido el contexto de la operación, el Servicio de Defensa de la Competencia realiza un análisis de la estructura competitiva de los mercados relevantes. Entre otros elementos, dicho análisis considerará las características generales, evolución pasada y perspectivas de futuro del mercado, la estructura de la oferta y de la demanda, el sistema de distribución, el proceso de fijación de precios y otras condiciones comerciales, la competencia potencial y las barreras a la entrada.

6. VALORACIÓN DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE COMPETENCIA

Es importante recordar que la normativa y la práctica de las autoridades de competencia en España no se basa exclusivamente en apreciar si se crea o refuerza una posición de dominio, sino que tiene como criterio sustantivo la posible obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado.

Por tanto, la valoración de la operación considera, además de la posición de la empresa resultante de la concentración en los mercados afectados, otros elementos, entre los que destacan la competencia instalada, la competencia potencial y barreras a la entrada en el mercado, y el poder compensatorio de la demanda (o de la oferta).

Es importante destacar que estos elementos se valoran en el contexto de la evolución reciente y perspectivas del mercado, considerando tanto su crecimiento a corto plazo como su madurez tecnológica y la importancia del proceso de sustitución por productos alternativos más innovadores. En particular, el caso extremo es el de los mercados intensivos en tecnología, caracterizados precisamente por la importancia del conocimiento y la innovación y que suelen presentar importantes costes hundidos y costes marginales poco relevantes una vez iniciada la producción. Estas características pueden resultar en una gran permeabilidad de las fronteras entre los mercados de producto y una estructura competitiva inestable, basada sobre todo en la oferta de nuevos productos, particularidades que exigen un análisis centrado no tanto en la competencia actual como en las barreras a la entrada.

6.1. Efectos de la concentración sobre la posición de las partes en el mercado

Un primer elemento a valorar es el posible refuerzo de la posición en diferentes mercados de los operadores implicados. Esta posición viene aproximándose

generalmente mediante el análisis dinámico de las cuotas de mercado de las empresas partícipes en la operación, aunque es importante recordar que una cuota elevada no es un elemento suficiente para indicar la posible obstaculización de la competencia efectiva, ya que en un mercado competitivo ésta puede tener su origen precisamente en la mayor eficiencia del operador y la empresa puede perder su posición como consecuencia de una mayor beligerancia de los operadores establecidos y de la entrada de nuevos competidores.

En todo caso, la valoración de la cuota debe ser dinámica y considerar, al menos, las de los tres últimos ejercicios. La importancia de una cuota de mercado elevada se reduce si ésta ha fluctuado significativamente o se ha ido reduciendo progresivamente durante los últimos años en beneficio de las de los competidores. En general, el tamaño del mercado y su madurez, las formas de contratación y la importancia de la innovación son elementos que determinan la estabilidad de las cuotas.

Junto con el análisis de la cuota, la posición competitiva se puede valorar atendiendo a otros elementos, como la capacidad productiva de los operadores y su grado de utilización, los recursos financieros, el acceso a materias primas y otros factores necesarios para producir, las posibles sinergias y economías de escala, la integración vertical, la existencia de vínculos con otros operadores, el grado de diferenciación del producto y el papel de la marca, el acceso a la demanda, la madurez del mercado, sus perspectivas de crecimiento y el papel de la innovación.

Definida la posición de la empresa en los diferentes mercados, la operación de concentración se valora atendiendo, entre otros, a sus efectos horizontales, verticales y de conglomerado.

Los efectos horizontales se derivan de la adición de las cuotas de mercado de las empresas que se concentran y se fundamentan en la existencia de solapamiento o presencia simultánea de las partes en un mismo mercado relevante. En este ámbito, cabe valorar la medida en la cuál la concentración supone la desaparición de un operador con capacidad financiera para mantenerse como competidor en el mercado.

En segundo lugar, los efectos sobre la competencia de una operación pueden ser verticales, derivados de la presencia de las partes en mercados de producto ascendentes y descendentes. En particular, es preciso considerar el grado de competencia en las distintas etapas de la producción, el acceso a activos esenciales por parte de las empresas o en qué medida esta integración puede resultar en una elevación de las barreras a la entrada en alguno de los mercados verticalmente relacionados.

En tercer lugar, el análisis de una operación debe considerar los posibles efectos conglomerado o "cartera", derivados de la ampliación del ámbito de actuación de una empresa bien mediante su expansión a mercados de producto diferentes pero próximos o bien mediante el aumento de sus marcas en mercados caracterizados por la diferenciación. En este caso, la operación puede afectar a la competencia efectiva cuando, por ejemplo, una de las partes pase a disponer de algún bien de necesaria adquisición (o "must stock") o bien consiga un catálogo de productos sin comparación con el de los competidores, con las consiguientes ventajas en términos de mejor posición frente al cliente, de flexibilidad para estructurar precios o descuentos, de economías de escala o de sinergias por el desarrollo conjunto de actividades comunes.

Adicionalmente, el análisis puede incorporar otros aspectos, como, por ejemplo, las externalidades de red que generalmente se asocian con aquéllas derivadas de que un producto tenga más valor para el consumidor cuanto mayor sea el número de usuarios y que son especialmente importantes en determinados sectores productivos.

6.2. Valoración de la competencia en el mercado – Colusión

El estudio de la competencia en los mercados relevantes tiene como objetivo determinar en qué medida los operadores presentes son capaces de ejercer una presión competitiva suficiente que discipline el comportamiento de la entidad resultante de la concentración y contrarreste los posibles efectos lesivos de ésta sobre la competencia. En particular, se valora la posición de los distintos competidores, el grado de concentración de la oferta y la dinámica competitiva del mercado.

En este ámbito, un aspecto importante de la valoración es la posible incidencia de la operación sobre la probabilidad de comportamientos colusivos por parte de los operadores presentes en los mercados analizados. En última instancia, se trata de valorar en qué medida un número de operadores tiene incentivos y puede actuar de forma coordinada entre sí independientemente de otros competidores de menor importancia y de sus clientes o proveedores. Esto depende sustancialmente de las características estructurales y la dinámica competitiva del mercado y, en particular, del número de operadores y su conducta competitiva en el pasado, su posible interdependencia estructural o de comportamiento, la simetría de sus estructuras empresariales o productivas, el mecanismo de fijación de precios, la transparencia en el mercado, las barreras a la entrada, la evolución de la demanda, la homogeneidad del producto, el grado de desarrollo tecnológico y el papel de la innovación.

6.3. Competencia potencial – Barreras a la entrada

Uno de los aspectos principales a la hora de valorar el riesgo de obstaculización de la competencia efectiva es el análisis de la posibilidad de entrada de nuevos operadores en los mercados relevantes como elemento disciplinante de los ya instalados. Para que la amenaza de entrada condicione efectivamente el comportamiento de los operadores instalados en el mercado, es necesario que sea probable, rápida y de suficiente entidad.

En general, el análisis de la competencia potencial considera las empresas con mayor probabilidad de acceder al mercado, por operar en mercados de producto o geográficos cercanos o por poder adaptar de forma rápida y no costosa sus métodos de producción y disponer de capacidad productiva y financiera y de acceso a los recursos productivos o tecnológicos necesarios. La historia reciente de las entradas exitosas que se han producido en el mercado y su evolución es especialmente útil para evaluar la probabilidad y suficiencia de la entrada potencial.

En todo caso, la entrada de nuevos operadores dependerá sustancialmente de la valoración de las barreras a la entrada en el mercado; aquellos obstáculos a los que deben hacer frente los potenciales competidores y que pueden incidir en la decisión de entrada en el mercado hasta el punto de eliminar su posible efecto disciplinante sobre los operadores ya presentes. Dentro de las barreras a la entrada, que deben apreciarse en cada caso concreto, cabe distinguir dos tipos: legales y económicas.

Las barreras legales pueden derivarse de la legislación vigente (por ejemplo, barreras arancelarias), de la regulación sectorial (por ejemplo, condiciones de acceso o asignación de recursos estratégicos escasos), de la normativa técnica que se impone en una determinada actividad, o del propio riesgo regulatorio.

Entre las barreras económicas cabe considerar, en primer lugar, las inversiones necesarias para entrar y operar en el mercado, relacionadas por ejemplo con la tecnología requerida para producir, la escala mínima eficiente o las necesidades de promoción y publicidad de los nuevos productos, cuyo coste no ha de asumir el operador ya instalado y que pueden alcanzar tal magnitud que haga la entrada no rentable.

En segundo lugar, el acceso a materias primas y otros recursos esenciales para operar, tanto físicos como inmateriales, puede constituir también una barrera de entrada, debiendo analizarse en este ámbito los derechos de propiedad intelectual.

En tercer lugar, es preciso valorar las posibles limitaciones de acceso a la demanda derivadas de la estructura de la distribución, por ejemplo, por la existencia de contratos exclusivos de larga duración, la necesidad de disponer de redes de distribución propias y extensas, la información imperfecta disponible en el mercado o la importancia de la proximidad física del cliente.

Otras posibles barreras económicas se derivan de las asimetrías en la estructura de costes entre los operadores instalados y los entrantes, de las economías de escala, de alcance y de red de que disfruten los operadores ya establecidos y que no sean accesibles para los potenciales entrantes, así como del grado de integración vertical de los operadores instalados.

Finalmente, cabe citar las posibles barreras derivadas de los costes hundidos, es decir, de aquéllos que son irrecuperables si se produce la salida del mercado. Estos costes pueden venir dados, por ejemplo, por la necesaria adquisición de activos físicos o inmateriales cuyo valor no puede ser recuperado mediante su reventa en caso de abandonar el mercado, como son las inversiones en maquinaria adaptada específicamente a la producción de un determinado tipo de bienes, los gastos en publicidad necesarios para el establecimiento de una marca o la diferenciación del producto, las políticas de descuentos y promociones, los gastos de primer establecimiento, o las inversiones en I+D.

6.4. Poder compensatorio de la demanda

La posible incidencia de una concentración sobre la estructura de la oferta de un mercado puede verse contrarrestada por una demanda con alto poder de negociación, capaz de evitar el surgimiento de prácticas restrictivas de la competencia. Dicho poder compensatorio dependerá de la fortaleza relativa de los demandantes en el proceso de fijación del precio y del resto de condiciones contractuales, determinada fundamentalmente por la naturaleza de los clientes y su concentración, la elasticidad demanda-precio de cada producto, la importancia y fidelidad a la marca o la posible segmentación del mercado, las características de la distribución, el procedimiento de

negociación y determinación de las condiciones contractuales, y las perspectivas de evolución de la demanda.

Este análisis se referirá al poder compensatorio de la oferta cuando la operación de concentración afecte principalmente al lado de la demanda de bienes y servicios.

7. TERMINACIÓN DEL EXPEDIENTE EN PRIMERA FASE

Los elementos anteriormente expuestos constituyen la base sobre la que se valora la medida en que una operación de concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados analizados y debe, por tanto, ser remitida al Tribunal de Defensa de la Competencia para su análisis en profundidad.

Una vez autorizada la operación en primera fase o remitido el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia, el Servicio de Defensa de la Competencia hará público el informe elevado al Ministro de Economía al respecto, tras resolver en su caso sobre los aspectos confidenciales de su contenido.

La Ley de Defensa de la Competencia prevé que, en caso de resolverse la remisión del expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia, el Ministro de Economía podrá levantar la suspensión de la ejecución de la operación, considerando los perjuicios derivados de la suspensión y la posible afectación de la competencia efectiva por la ejecución de la operación antes de que el Consejo de Ministros adopte su decisión al respecto, pudiendo condicionarse el levantamiento al cumplimiento de determinados compromisos.

Finalmente, la Ley de Defensa de la Competencia prevé la posibilidad de terminación convencional para aquellas operaciones de las que se considere se derivan obstáculos a la competencia fácilmente subsanables. Esta terminación se fundamentará en los compromisos o modificaciones de la operación propuestos por los notificantes para eliminar o contrarrestar las restricciones de la competencia identificadas.