



POLO EUROPEO JEAN MONNET
JEAN MONNET EUROPEAN CENTRE OF EXCELLENCE

INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS
CENTRO DE POLÍTICA DE LA COMPETENCIA
II SEMINARIO DE EXPERTOS

DOMINANCIA VS. DISMINUCIÓN SUSTANCIAL DE LA COMPETENCIA ¿CUÁL ES EL CRITERIO MÁS APROPIADO?: ASPECTOS JURÍDICOS

MERCEDES GARCÍA PÉREZ

Nº 3 – 2002

MERCEDES GARCÍA PÉREZ

ABOGADA URÍA & MENÉNDEZ BRUSELAS

INVESTIGADORA ASOCIADA DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS

En colaboración con



MARZO DE 2002

El Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU, Polo europeo Jean Monnet, es un Centro de investigación especializado en temas europeos cuyo objetivo es contribuir a un mayor conocimiento y divulgación de los temas relacionados con la Unión Europea.

Los Documentos de Trabajo dan a conocer los proyectos de investigación originales realizados por los investigadores asociados del Instituto Universitario en los ámbitos histórico-cultural, jurídico-político y socioeconómico de la Unión Europea.

El Centro de Política de la Competencia del Instituto de Estudios Europeos publica en su Colección de Documentos de trabajo estudios y análisis sobre materias de competencia con el fin de impulsar el debate público. Las opiniones y juicios de los autores no son necesariamente compartidos por el Centro.

Serie de Documentos de Trabajo de Política de la Competencia del Instituto de Estudios Europeos

TÍTULO DEL DOCUMENTO

No está permitida la reproducción total o parcial de este trabajo, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del copyright.

Derechos Reservados © 2002, por nombre del autor

Derechos Reservados © 2002, por el Centro de Política de la Competencia del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU.

INSTITUTO DE ESTUDIOS EUROPEOS
Julián Romea, 22 - 28003 Madrid
<http://www.ceu.es/idee>

ISBN: 84-95219-55-7

Depósito legal: M-35925-2002

Diseño de cubierta: Encarnación Navarro

Compuesto e impreso en Docutech

DOMINANCIA VS. DISMINUCIÓN SUSTANCIAL DE LA COMPETENCIA ¿CUÁL ES EL CRITERIO MÁS APROPIADO?: ASPECTOS JURÍDICOS

MERCEDES GARCÍA PÉREZ*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
ASPECTOS JURÍDICOS	5
DESCRIPCIÓN DE LOS CRITERIOS APLICADOS	5
Criterio aplicado en la UE	5
Criterio aplicado en EE.UU	6
Criterio aplicado en España.....	6
APLICACIÓN DE LOS DISTINTOS CRITERIOS AL ANÁLISIS DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN	7
Operaciones que conducen a una situación de monopolio (“efectos unilaterales”)	7
Operaciones que conducen a una situación de oligopolio (“posición de dominio colectiva”)	13
Operaciones que producen efectos de “conglomerado”/”cartera”	16
El tratamiento de la defensa de las “eficiencias”	18
CONCLUSIONES	22

* Este trabajo ha sido preparado para el II Seminario de Expertos organizado por el Centro de Política de la Competencia del Instituto de Estudios Europeos, Universidad San Pablo-CEU, “Test de Dominancia versus test de disminución sustancial de la competencia: debate sobre el criterio para prohibir una concentración”, 20 de marzo de 2002.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años ha aumentado el número de casos, que son relativamente frecuentes en la actualidad, en los que es preciso notificar una misma operación de concentración en varios países distintos, a los efectos de su aprobación por las autoridades de la competencia, con el consiguiente riesgo de que se produzcan resoluciones contradictorias por parte de las distintas autoridades.

Este riesgo podría resultar de la coexistencia de distintos criterios en función de los cuales se evalúan las consecuencias de una operación de concentración por las distintas jurisdicciones. Los dos criterios fundamentales utilizados, como se verá más adelante, son el de la creación o refuerzo de una posición de dominio, que es el adoptado en derecho comunitario y en las leyes de una mayoría de Estados miembros de la UE, y el de la producción de una disminución considerable de la competencia (criterio “DCC”), que es aplicado por las autoridades de la competencia de Australia, Canadá y EE.UU., entre otras.

En este contexto, una de las cuestiones planteadas por la Comisión Europea en el marco de la reflexión sobre la reforma del Reglamento 4064/89 (“**Reglamento de Concentraciones**”)¹ en el recientemente publicado Libro Verde sobre su revisión (“**Libro Verde**”)² es la conveniencia de cambiar el test actualmente utilizado para analizar los efectos sobre la competencia de las concentraciones sometidas a la jurisdicción comunitaria, basado en el concepto de posición de dominio, para sustituirlo por el existente en otras jurisdicciones, basado en el concepto de disminución considerable de la competencia.

La cuestión reviste un especial interés desde el punto de vista de la aplicación del derecho de la competencia al control de concentraciones por las autoridades de la competencia de los Estados miembros de la Unión Europea (“UE”), una mayoría de las cuales aplican un criterio similar al contenido en el Reglamento de Concentraciones. Por ello, como elemento comparativo, se estudiará la aplicación de la Ley 16/1989, de defensa de la competencia (“LDC”)³ al control de concentraciones en España. Por otra parte, el estudio del modelo español es especialmente indicado en este caso, puesto que, como se verá más adelante, el criterio utilizado para analizar los efectos de las concentraciones en España recoge elementos de los dos sistemas enunciados anteriormente.

Para aportar una mayor claridad a la discusión, el presente comentario trata los aspectos jurídicos de la cuestión, en paralelo con otro comentario que se referirá a sus aspectos económicos.

¹ Reglamento (CEE) No 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DOCE (1989) L 395/1, modificado por el Reglamento (CEE) No 1310/97 del Consejo, de 30 de junio, DOCE (1997) L 180/1.

² Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CEE) No 4064/89 del Consejo, de 11 de diciembre de 2001, COM (2001) 745/6 final.

³ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE No. 170, de 18 de julio.

ASPECTOS JURÍDICOS

Para el estudio comparativo de los diferentes criterios aplicados se han escogido las dos jurisdicciones consideradas más representativas, EE.UU. en el caso del criterio DCC, y la UE en el caso del test de dominancia, que es asimismo el adoptado por una mayoría de Estados miembros de la UE.⁴ También se hará referencia al sistema de control de concentraciones vigente en España. Tras la descripción de los criterios aplicables establecidos en las normas que rigen el control de concentraciones en cada una de las jurisdicciones mencionadas, se analizará la aplicación de los mencionados criterios a diferentes tipos de operaciones de concentración. De dicho estudio se extraerán conclusiones sobre si la aplicación de los distintos criterios conlleva diferencias importantes en el análisis del fondo de las cuestiones planteadas.

DESCRIPCIÓN DE LOS CRITERIOS APLICADOS

Criterio aplicado en la UE

El artículo 2(3) del Reglamento de Concentraciones declara incompatibles con el mercado común “las operaciones de concentración que supongan un obstáculo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo”.⁵

Por tanto, el criterio aplicado al control de concentraciones por la Comisión Europea se asemeja al que figura en el artículo 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (“TCE”): “*Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición de dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.*” La diferencia estriba en que en un caso se trata de un control estructural, en el que la mera aparición de una posición de dominio conduce a una prohibición, mientras que en el caso del Artículo 82 TCE sólo una conducta abusiva puede motivar la actuación de la Comisión Europea y la existencia de una posición de dominio no es *per se* censurable. El criterio recogido en el Reglamento de Concentraciones tiene como objetivo proteger la estructura del mercado, evitando que aparezcan nuevas empresas con poder de mercado que puedan actuar independientemente de sus competidoras y de los consumidores.

⁴ El Libro Verde menciona que el Reino Unido e Irlanda estudian la posibilidad de introducir el criterio DCC (página 39, nota 31). En el Reino Unido, la nueva “*Enterprise Bill*”, actualmente en tramitación parlamentaria, sustituirá el criterio actual basado en el interés público por el criterio DCC.

⁵ Por otra parte, el Artículo 2(4), fruto de la reforma del Reglamento de Concentraciones de 1997 que incluyó bajo su ámbito de aplicación todas las empresas en participación de plenas funciones, añade un segundo criterio, el de que la operación “*tenga por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes.*”

Criterio aplicado en EE.UU

La legislación aplicable en EE.UU. al análisis de concentraciones se encuentra en varias normas jurídicas:

La Sección 7 de la Clayton Act prohíbe las operaciones de concentración si tienen como efecto una disminución considerable de la competencia, o tienden a crear un monopolio.⁶

La Sección 1 de la Sherman Act prohíbe las operaciones de concentración que constituyan un contrato, combinación o conspiración que restrinja el comercio.⁷

Por último, la Sección 5 de la Federal Trade Commission Act⁸ prohíbe las operaciones de concentración que constituyan un método ilícito de competencia.

El criterio que predomina en el análisis de operaciones de concentración en EE.UU. es el de disminución considerable de la competencia ("*substantial lessening of competition*"), tal y como se recoge en las Directrices sobre Fusiones Horizontales publicadas conjuntamente por las autoridades competentes para el análisis de concentraciones, el Departamento de Justicia (*Department of Justice, "DoJ"*) y la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission, "FTC"*), en 1992 ("*Directrices de 1992*"),⁹ cuyo propósito es articular el marco analítico aplicado por las mencionadas autoridades para determinar "*si una fusión tiene probabilidades de disminuir considerablemente la competencia*".

El criterio aplicado en EE.UU. permite por tanto la prohibición de una operación de concentración en ausencia de una posición de dominio, siempre que se demuestre que dicha operación podría tener como consecuencia una disminución considerable de la competencia. Por lo tanto, en lo que a su formulación se refiere, el criterio DCC es un instrumento que otorga a las autoridades competentes un mayor poder de intervención

Criterio aplicado en España

En sede de concentraciones, el órgano que está facultado para aprobar o declarar improcedente una operación de concentración es el Consejo de Ministros. El artículo 17 LDC no somete la apreciación por el Consejo de Ministros a ningún criterio jurídico. Sin embargo, el informe previo no vinculante que emite el Tribunal de Defensa de la Competencia ("*TDC*") sobre la operación debe analizar una serie de factores en virtud del artículo 16 LDC. El artículo 15 bis LDC prevé que sean

⁶ "[If their effect] may be substantially to lessen competition, or tend to create a monopoly", 15 U.S.C. § 18 (1988).

⁷ "[if they constitute a] contract, combination or conspiracy in restraint of trade.", 15 U.S.C. § 1 (1988).

⁸ "[if they constitute an] unfair method of competition.", 15 U.S.C. § 45 (1988).

⁹ 1992 Horizontal Merger Guidelines, <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm>.

analizadas por el TDC las operaciones que puedan "obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado".

El concepto de posición de dominio no es ajeno al sistema español de defensa de la competencia, pues aparece en el Artículo 6 LDC, que prohíbe el abuso de posición dominante, en los siguientes términos:

"Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional [..]"

y en el artículo 15 ter LDC, en el contexto de la terminación convencional de expedientes de concentración, en el que se precisa que sólo se podrán aceptar compromisos o modificaciones a la operación notificada si la operación de concentración no supone "la creación o el refuerzo de una posición de dominio que pueda dificultar el desarrollo de la competencia en un mercado".

Por lo tanto, de la lectura de la LDC no se extrae con claridad cuál es el criterio aplicado por las autoridades de la competencia en España. En la práctica, se aplica un criterio "mixto", que utiliza la definición de posición dominante acuñada en derecho europeo, pero de una manera más flexible, tomando en consideración otros aspectos de la concentración, tales como las eficiencias. En este sentido, la postura del servicio de defensa de la competencia ha sido recientemente puesta de manifiesto en unas Directrices que están en fase de consulta, en las que se afirma que "*la normativa y la práctica de las autoridades de la competencia en España no se basa exclusivamente en apreciar o en 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 potencial y barreras a la entrada en el mercado, y el poder compensatorio de la demanda (o de la oferta).*"¹⁰

APLICACIÓN DE LOS DISTINTOS CRITERIOS AL ANÁLISIS DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

Operaciones que conducen a una situación de monopolio ("efectos unilaterales")

Por operaciones con efectos unilaterales se entienden aquéllas que conducen a una situación de monopolio, en la terminología estadounidense, o de posición de dominio individual, en la europea. Este tipo de operaciones se caracterizan por tener como resultado la adquisición de una posición de poder en un mercado determinado por la empresa fusionada de resultados de la operación. Los efectos negativos que pueden derivarse de este tipo de operaciones según las Directrices de

¹⁰ "Elementos esenciales del análisis de concentraciones económicas, por parte del Servicio de Defensa de la Competencia", disponibles en <http://www.mineco.es/dgpedc/new/guidelines.htm>.

1992 consisten en la posibilidad de que la empresa fusionada adopte una conducta unilateral dirigida a aumentar los precios y reducir la oferta.¹¹

Desde un punto de vista teórico, el análisis de este tipo de operaciones es similar en todas las jurisdicciones estudiadas, aunque no idéntico. El punto de partida común es la definición de mercados relevantes.¹² Una vez definidos los mercados, se estudian los efectos de la concentración en los mismos. Para ello, las Directrices de 1992 ponen especial énfasis en los niveles de concentración alcanzados en el mercado relevante tras la fusión, estableciéndose una serie de presunciones sobre dichos niveles que se miden en función del llamado Índice Herfindahl-Hirschman ("HHI").¹³ No obstante, estas presunciones pueden ser rebatidas en función de otros factores igualmente señalados en las Directrices, tales como las características del mercado y la posibilidad de que nuevas empresas empiecen a operar en el mismo.

En el sistema comunitario se analiza si la operación resulta en la creación o reforzamiento de una posición dominante, que constituya un obstáculo para una competencia efectiva en el mercado. Para ello, se tienen en cuenta esencialmente los mismos factores enunciados, v.g. el nivel de concentración, las características del mercado y la posibilidad de que se produzca la entrada de nuevos competidores en el mismo. Sin embargo, no se establecen presunciones basadas en el nivel de concentración,¹⁴ aunque en ocasiones se haga mención, en el análisis del mercado, del índice HHI.

Otro tanto puede decirse de la práctica decisoria del TDC, que se centra en analizar si la operación notificada es susceptible de obstaculizar la competencia efectiva en el mercado, fórmula que en principio podría considerarse más cercana al análisis reflejado en las Directrices de 1992, pero cuya aplicación por el TDC sigue criterios parecidos a los de la jurisdicción comunitaria, sin establecerse presunciones sobre los niveles de concentración alcanzados en el mercado.

¹¹ Sección 2.2 de las Directrices de 1992.

¹² La Sección 1 de las Directrices de 1992 aborda las cuestiones relativas a la definición de mercados de producto, geográficos y a la identificación de las empresas presentes en el mercado relevante. Por su parte, la Comisión Europea publicó en 1997 una Comunicación relativa a la definición del mercado relevante, DOCE (1997) C 372/5. En cuanto a la jurisdicción española, el artículo 16 LDC señala que el TDC deberá comenzar su análisis con la delimitación del mercado relevante.

¹³ El HHI se obtiene sumando los cuadrados de las cuotas de mercado de todas las empresas presentes en un determinado mercado relevante. Las Directrices de 1992 establecen la presunción de que un mercado que presente un índice HHI por debajo de 1000 no se considera concentrado, mientras que entre 1000 y 1800 el grado de concentración es moderado y por encima de 1800, el mercado se considera muy concentrado. Por otra parte, en mercados de concentración moderada, cuando se produce un aumento del índice HHI superior a 100 puntos en mercados de concentración moderada o elevada, se establece la presunción de que la operación tiene efectos negativos para la competencia, presunción que puede ser revocada si se demuestra la concurrencia de una serie de factores enumerados en la Sección 2 de las Directrices de 1992.

¹⁴ Mario Monti, "Antitrust in the US and Europe: A history of convergence", General Counsel Roundtable, American Bar Association Washington DC, 14 de noviembre de 2001, SPEECH/01/540.

A) Operaciones “horizontales”

Un primer tipo de operaciones con efectos unilaterales son aquellas en las que se produce un solapamiento en las actividades de las partes que se fusionan, con la consecuente pérdida de un competidor. Se ha dicho que el énfasis en estas operaciones debería estar no tanto en la desaparición de la competencia previamente existente entre las empresas fusionadas, sino en la competencia real existente en el mercado.¹⁵ De esta manera, se protegen los intereses del consumidor y no los de otras empresas competidoras. De hecho, una de las críticas que aparecen con mayor frecuencia en relación con la práctica decisoria de la Comisión Europea en materia de fusiones es que el objetivo de la defensa de los consumidores se solapa con otros, con lo que en ocasiones se puede llegar a decisiones contradictorias.¹⁶

En análisis de los casos examinados simultáneamente por las autoridades de EE.UU. y por la Comisión Europea permite comprobar la coincidencia de resultado que se produce en la práctica al analizar las fusiones de tipo horizontal con efectos unilaterales. Un ejemplo de coincidencia es *MCI WorldCom/Sprint*, caso en el que la operación de concentración entre dos empresas norteamericanas de telecomunicaciones, planteaba problemas para la competencia de alcance global, debido a que los mercados afectados – entre otros, el acceso a Internet – eran de dimensión global. La fusión fue prohibida por la Comisión Europea por considerar que la combinación de las extensas redes y clientelas de las partes llevaría a la creación de una empresa de la que dependerían tanto los consumidores como los proveedores de contenidos para el acceso a una conexión universal a Internet.¹⁷ El DoJ también presentó un recurso contra la fusión por los mismos motivos: la creación de la entidad fusionada eliminaría a un competidor existente y tendría poder para erosionar la capacidad competitiva de otras empresas, ofreciéndoles una conexión de baja calidad o incrementando sus costes.¹⁸

En *Alcoa/Reynolds*,¹⁹ otra fusión con efectos horizontales, el análisis efectuado por el DoJ y la Comisión Europea también fue ampliamente coincidente. Como consecuencia de esta operación, la entidad fusionada se hubiese convertido en el

15 Timothy J. Muris, “Antitrust enforcement in the Federal Trade Commission: In a word – continuity”, ante la American Bar Association, Antitrust Section Annual Meeting, Chicago, Illinois, 7 de agosto de 2001, <http://www.ftc.gov/speeches/muris/murisaba.htm>.

16 Véase David S. Evans, “La defensa de la competencia vista desde el otro lado del Atlántico”, Papeles de Competencia, NERA, no. 5 y Johan Ysewyn, “Globalisation of competition policy is ‘good for business’”, *European Voice*, 7-13 febrero de 2002, p.17.

17 Decisión de la Comisión Europea de 28 de junio de 2000, Caso No. COMP/M.1741 *WorldCom/Sprint*.

18 *USA v. WorldCom and Sprint*, recurso civil presentado el 27 de junio de 2000 ante el Tribunal de Distrito de Columbia, <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f5000/5051.htm>, para. 34 y siguientes.

19 Decisión de la Comisión Europea de 3 de mayo de 2000, Caso No. COMP/M.1693 – *Alcoa/Reynolds* y Asunto *USA v. Alcoa y otros*, recurso civil presentado con fecha 3 de mayo de 2000 ante el Tribunal de Distrito de Columbia, <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f4600/4663.htm>. Véase también, en el mismo asunto, la Declaración relativa al impacto sobre la competencia formulada el 6 de junio de 2000, <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f4900/4922.htm>.

mayor proveedor de alúmina de fundición a los fundidores de la competencia. Asimismo, hubiese sido el mayor productor europeo de hidrato de alúmina. El análisis fue coincidente en señalar que la operación permitiría a la entidad fusionada aumentar el precio de estos materiales. La Comisión Europea consideró además que la entidad estaría en condiciones de ampliar su capacidad o su producción a un coste muy bajo para impedir la entrada de competidores en el mercado o en coyunturas caracterizadas por precios altos para la alúmina. Para remediar los problemas suscitados por la fusión, las partes ofrecieron ante ambas jurisdicciones importantes compromisos de desinversión en todos los mercados afectados.

El resultado del análisis efectuado por las distintas autoridades en relación con una misma operación puede sin embargo diferenciarse en función del mercado geográfico que se vea afectado. En algunos casos, aunque las empresas que participan en la operación tengan actividades de alcance global, los efectos de la misma sobre la competencia son distintos dependiendo de la región que se analice. Puede citarse como ejemplo la fusión de las empresas agroquímicas *AstraZeneca/Novartis*.²⁰ En el análisis efectuado por la Comisión Europea, los mercados de los fungicidas para cereales y de los herbicidas para maíz, en los que la operación hubiese conducido a la creación de una posición dominante, eran de dimensión nacional. La FTC identificó problemas similares en el mercado norteamericano.²¹ A pesar de la dimensión regional o nacional de los mercados afectados, los compromisos propuestos por las empresas para solventar los problemas identificados por ambas autoridades fueron la venta de dos negocios de alcance global. Ello exigió la colaboración de las autoridades para asegurarse de que el comprador fuese aceptable para ambas.²²

De forma similar, en *Air Liquide/BOC*²³, operación que afectaba al sector del gas industrial, la Comisión Europea identificó varios mercados nacionales (Francia, Reino Unido e Irlanda) en los que la adquisición de parte del grupo BOC por la empresa francesa Air Liquide llevaría a una situación de dominancia. La operación fue aprobada tras la presentación de compromisos por las partes, consistentes en la desinversión de plantas de producción y centros de distribución de gas, así como la

²⁰ Decisión de la Comisión Europea de 26 de julio de 2000, Caso No. COMP/M.1806 – *AstraZeneca/Novartis*.

²¹ Véase el comunicado de prensa de la FTC de 1 de noviembre de 2000, "Federal Trade Commission Clears Combination of Novartis AG's and AstraZeneca's Agricultural Chemical Businesses", <http://www.ftc.gov/opa/2000/11/astrazeneca.htm>, en el que se afirma lo siguiente: "The FTC also contends that the merger would significantly increase the level of concentration in the relevant markets, increase the barriers to entry in these markets, allow the merged firm to unilaterally raise prices and increase the likelihood of coordinated interaction between the remaining competitors."

²² Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the application of the agreements between the European Communities and the Government of the USA and the Government of Canada regarding the application of their competition laws, 1 January 2000 to 31 December 2000, Bruselas, 29 de enero de 2002, COM (2002) 45 final.

²³ Decisión de la Comisión Europea de 18 de enero de 2000 en el Caso No. COMP/M.1630 *Air Liquide/BOC*.

cesión de contratos, en los mercados europeos afectados. Sin embargo, la Comisión Europea advirtió en el comunicado de prensa publicado al respecto²⁴ que, dado que tanto Air Liquide como BOC tenían importantes intereses en la industria del gas en EE.UU. y que su decisión se refería únicamente a los efectos de la fusión en los mercados pertenecientes al Espacio Económico Europeo, la mencionada decisión no prejuzgaba el análisis que las autoridades estadounidenses efectuaran de la misma. Esta advertencia era necesaria porque los efectos de la fusión en territorio estadounidense eran mucho más graves, al suponer una reducción de cuatro a tres competidores en un mercado altamente concentrado, cuyos efectos se harían sentir en varios mercados regionales. Las dificultades encontradas para la aprobación de la operación por la FTC llevaron a las partes a abandonar la fusión. Por otra parte, la mencionada advertencia sobre la posibilidad de que una misma operación tenga efectos distintos en varios mercados ha sido elogiada por representantes de las autoridades estadounidenses en los siguientes términos:

“The Commission sent the message that the effects on competition in Europe might not be the same as effects on competition in the United States, and cautioned that its own conclusions should not be taken as an indication of how the U.S. would treat the transaction. This is a constructive and sophisticated message that enforcement officials should consider delivering in appropriate cases.”²⁵

Otro ejemplo reciente de operación analizada a ambos lados del Atlántico es la fusión de los grupos informáticos HP y Compaq. La Comisión ha considerado que la competencia existente y potencial en todos los mercados analizados hace imposible que la operación resulte en una posición de dominio de empresa fusionada. La operación se encuentra aún bajo el escrutinio de la FTC y la Comisión ha advertido una vez más que su decisión no prejuzga el resultado de dicha investigación.²⁶

B) Operaciones con efectos “verticales”

Los efectos sobre la competencia de la integración vertical de varias empresas consisten en que las barreras a la entrada en este tipo de mercados pueden verse agravadas, contribuyendo de esta manera a la exclusión de los competidores. Ninguna de las autoridades ha emitido directrices en cuanto al análisis de este tipo de operaciones en las jurisdicciones estudiadas. Sin embargo, de las decisiones en este tipo de casos no se deducen diferencias fundamentales en el análisis de las mismas.

Un ejemplo de este análisis coincidente por ambas jurisdicciones es *AOL/TimeWarner*. La operación consistía en la fusión de America Online Inc. (AOL), el proveedor de acceso a Internet líder del mercado en EE.UU. y presente en toda Europa, y Time Warner, una de las mayores empresas a nivel mundial en el sector

²⁴ Comunicado de prensa de la Comisión Europea de 18 de enero de 2000, IP/00/46.

²⁵ R. Pitofsky “E.U. and U.S. Approaches as to International Mergers – Views from the U.S. Federal Trade Commission”, ponencia pronunciada en la Conferencia EC Merger Control 10th Anniversary, 14 y 15 de septiembre de 2000, Bruselas, <http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/pitintermergers.htm>.

²⁶ Comunicado de prensa de la Comisión Europea de 1 de febrero de 2002, IP/02/181.

del entretenimiento y los medios de comunicación. El efecto de la fusión era la integración vertical de los contenidos de Time Warner con los servicios proporcionados por AOL. Entre dichos contenidos en Europa se encontraba el acceso preferente a los producidos por Bertelsmann. La Comisión Europea consideró que ello proporcionaría a la nueva empresa una posición de poder en el mercado emergente de la distribución de música en Internet, ya que sería capaz de ofrecer grabaciones procedentes de Bertelsmann (principal biblioteca musical europea) no accesibles a sus competidores. Los compromisos ofrecidos por las partes, que permitieron la aprobación de la operación por la Comisión Europea, estaban por tanto principalmente dirigidos a romper los vínculos estructurales existentes con Bertelsmann.²⁷ En los EE.UU., el mismo problema encontró solución en el compromiso de las partes de que los abonados al servicio de televisión por cable de Time Warner podrían elegir, para el acceso a Internet, entre el servicio proporcionado por AOL y el de otros competidores, en condiciones no discriminatorias.²⁸

En la jurisdicción española, los problemas derivados de la integración vertical en la industria en la que se produce la operación son analizados igualmente como barreras a la entrada para nuevos competidores. Con respecto al mercado del transporte de electricidad, el TDC consideró en *Endesa/Iberdrola*²⁹ que, pese a que el acceso de terceros a la red de transporte está garantizado por ley, ello no evita *"que puedan aparecer prácticas anticompetitivas en este acceso por parte de los propietarios de las redes, con el objeto de favorecer a las empresas del grupo, debido a la interdependencia práctica entre generación y transporte para el ulterior suministro."*

También señaló el TDC que la integración vertical de comercializadoras y distribuidoras de electricidad proporciona una ventaja competitiva a aquéllas, derivada de *"disponer en exclusiva, debido a la falta de transparencia de la información sobre consumos de toda la información sobre las curvas de consumo de sus clientes."* A ello se añade que un porcentaje muy elevado de los consumidores que pueden elegir libremente a su suministrador (clientes elegibles) hayan seleccionado la comercializadora del grupo a cuya distribuidora estaba conectado.

Es posible por tanto concluir de lo anterior que, en operaciones con efectos unilaterales, no se detectan diferencias sustanciales en el resultado del análisis de las operaciones de concentración según se utilice uno u otro criterio.

²⁷ Decisión de la Comisión Europea de 11 de octubre de 2000, Caso No. COMP/M.1845 – *AOL/Time Warner*.

²⁸ Véase el comunicado de prensa de la FTC de 14 de diciembre de 2000, <http://www.ftc.gov/opa/2000/12/aol.htm>.

²⁹ Decisión del Consejo de Ministros de 2 de febrero de 2001, BOE no. 51 de 28 de febrero de 2001. Véase igualmente el Informe del TDC de 10 de enero de 2001, Expte. de concentración C 60/00 *Endesa/Iberdrola*.

Operaciones que conducen a una situación de oligopolio (“posición de dominio colectiva”)

Otro tipo de fusiones que pueden producir efectos negativos sobre la competencia en los mercados afectados son las que resultan en una situación de duopolio o de oligopolio en la que las empresas presentes en el mercado puedan coordinar sus acciones.

Son escasos los asuntos relativos a mercados oligopolísticos que han sido analizados por ambas jurisdicciones. Se ha señalado que el proyecto de fusión de las empresas Time Warner y EMI, que hubiese reducido el número de productoras musicales de talla mundial de cinco a cuatro, fue analizada inicialmente por ambas autoridades, antes de que las partes decidiesen renunciar a la fusión.³⁰ Por ello, se hace necesario analizar por separado las reglas aplicadas en cada jurisdicción.

El derecho estadounidense utiliza el concepto de “*coordinated interaction*” o interacción coordinada para referirse a los efectos que pueden producir este tipo de operaciones. Las Directrices de 1992 definen este concepto como acciones por un grupo de empresas que son beneficiosas para cada una de ellas sólo como resultado de la adecuación a la conducta de las demás. Dicha interacción supone (i) alcanzar condiciones de coordinación que son beneficiosas para las empresas implicadas y (ii) la posibilidad de castigar las desviaciones en la conducta de aquellas empresas que se aparten de la estrategia común.

Las condiciones de mercado que favorecen la interacción identificadas en las Directrices de 1992 son la homogeneidad del producto o de las empresas, la existencia de prácticas tales como estandarización del producto y de información sustancial sobre los competidores en el mercado. Por otra parte, estas mismas condiciones pueden facilitar la penalización de las conductas que se desvíen de la estrategia común. Por ejemplo, la accesibilidad de información sobre las competidoras facilitará la detección de las conductas ortodoxas y su penalización. Otros factores que pueden facilitar una reacción rápida frente a las desviaciones son la existencia de capacidad no utilizada por las empresas en coordinación y la estabilidad del mercado.

Por el contrario, existen factores que constituyen un incentivo para adoptar conductas independientes, tales como la existencia de contratos de larga duración, ya que la ganancia potencial de la empresa que se aparte de la conducta común al obtener uno de dichos contratos será mayor. Finalmente las Directrices hacen referencia a la existencia de las llamadas “*maverick firms*” o empresas que tienen mayores incentivos económicos para adoptar una conducta competitiva. La adquisición de una de estas empresas por una de sus competidoras puede por tanto resultar en una mayor coordinación.

En cuanto a la aplicación en la práctica de esta doctrina, con anterioridad a la aparición de las Directrices de 1992, las autoridades llegaron a cuestionar concentraciones en las que el número de operadores se reducía de 10 a 9 en un

³⁰ Mario Monti, vid. *supra* nota 14.

mercado considerado oligopolístico.³¹ En la actualidad, tomando en consideración los niveles de concentración a los que hacen referencia las Directrices, las autoridades no se opondrían en principio a una fusión que supusiese un paso de más de 6 a 5 operadores en el mercado.³²

En cuanto al sistema europeo, aunque de la lectura del Reglamento de fusiones no se extrae necesariamente que el criterio de la creación o reforzamiento de una posición de dominio se aplique a situaciones en las que más de una empresa se encuentra en dicha posición, la Comisión viene aplicando el concepto de posición de dominio colectivo desde los primeros años tras su entrada en vigor. Hasta fechas recientes, sólo lo había invocado para prohibir una operación o exigir compromisos de las partes en mercados en los que se pasaba de 3 a 2 competidores. El caso *Nestlé/Perrier*,³³ decidido en 1992, sentó las bases de la aplicación del Reglamento de Concentraciones a las situaciones en las que una concentración crea o refuerza una posición dominante de las partes afectadas con una entidad tercera respecto a la operación. Esta interpretación de la Comisión se vio refrendada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ("TJCE") en la Sentencia que resolvió el recurso de apelación contra la decisión de la Comisión en el caso *Kali und Saltz*. Adoptando una interpretación teleológica, el TJCE llegó a la conclusión de que "*si se admitiese que sólo son contempladas por el Reglamento las operaciones de concentración que creen o refuercen una posición dominante de las partes de la concentración, la finalidad de éste [...] se vería parcialmente frustrada,*"³⁴ ya que las operaciones que dan lugar a una situación de dominancia colectiva también falsean la competencia.

Por su parte, el Tribunal de Primera Instancia, en la Sentencia *Gencor v. Comisión*, aclaró que una posición de dominio colectiva no se deriva necesariamente de la existencia de vínculos estructurales entre los miembros del oligopolio, sino que puede darse, en ausencia de esos vínculos, debido a la estructura de los mercados de tipo oligopolístico, donde cada operador puede tomar conciencia de los intereses comunes y, en particular, hacer subir los precios sin tener que celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada.³⁵

El problema principal para determinar si la adopción del criterio DCC llevaría a cuestionar un mayor número de operaciones de concentración es que los límites de la aplicación del actual criterio por la Comisión no están completamente claros. El único caso hasta la fecha en el que la Comisión ha prohibido una fusión en la que el oligopolio resultante estaba compuesto por más de dos miembros,

³¹ *Brown Shoe and Co. v. United States*, 370 US 294 (1962); *United States v. Pabst Brewing Co.*, 384 US 546 (1966).

³² Pitofsky, vid. *supra* nota 25.

³³ Decisión de la Comisión Europea de 22 de julio de 1992, Caso No. IV/M.190 - *Nestlé/Perrier*, DO L 356/1.

³⁴ Sentencia de 31 de marzo de 1998, Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95 *SCPA, EMC y Francia c. Comisión Europea* [1998] Rec. p. I-1375, considerando 117.

³⁵ Sentencia de 25 de marzo de 1999, Asunto T-102/96 *Gencor c. Comisión Europea*, [1999] Rec. p. II-753, considerando 277.

Airtours/FirstChoice, ha sido recurrido en apelación.³⁶ También se cuestionaba en dicha decisión que fuese necesario un mecanismo de castigo de las conductas³⁷ que se aparten del comportamiento oligopolístico, lo que, de confirmarse, constituiría una diferencia significativa con el sistema americano.³⁸

En definitiva, si la Sentencia *Airtours* confirma la visión de la Comisión, podría llegarse a la conclusión de que la aplicación del criterio de creación o refuerzo de una posición de dominancia contenido en el Reglamento de Concentraciones (i) abarca no sólo las situaciones de duopolio, sino también las de oligopolio y (ii) no precisa demostrar la transparencia del mercado o la capacidad de penalización de los miembros del oligopolio que se aparten de la conducta común, lo que sí se exige en el ámbito estadounidense. La mera aparición de incentivos para adoptar conductas paralelas en un mercado concentrado sería por tanto suficiente para cuestionar una operación de concentración, por lo que en la práctica la Comisión Europea tendría a su alcance los mismos medios que las autoridades estadounidenses para analizar este tipo de asuntos, pudiendo llegar a plantear problemas en mercados menos concentrados.

Por lo que respecta a la jurisdicción española, el análisis que efectúa el TDC en sus informes también hace referencia al nivel de concentración en el mercado y a los incentivos para adoptar un comportamiento coordinado. Un ejemplo de su aplicación en una situación en la que se pasaba de cuatro a tres operadores es la prohibición por el Consejo de Ministros de la adquisición por Unión Eléctrica Fenosa, del control sobre Hidroeléctrica del Cantábrico.³⁹ En el mercado de la generación de electricidad la operación hubiese supuesto un paso de un HHI de 3,594 puntos a 3,713. La entidad fusionada hubiese alcanzado una cuota del 17%, convirtiéndose en el tercer generador tras Endesa (45.7%) e Iberdrola (36.6%). Por otra parte, los vínculos estructurales existentes entre los tres competidores y las barreras a la entrada derivadas de la limitada capacidad de interconexión existente en España hacen que el mercado de la generación de electricidad sea favorable a la coordinación.

En *Heineken/Cruzcampo*,⁴⁰ el TDC consideró que una fusión por la que se pasaba de 5 a 4 operadores significativos en el mercado (dos de ellos vinculados)

³⁶ Asunto T-342/99 – *Airtours c. Comisión Europea*, Recurso interpuesto el 2 de diciembre de 1999, DOCE (2000) C 79/31, pendiente de sentencia.

³⁷ Véase “The *Airtours case*, Lexecon Memo de 12 de Noviembre de 1999, <http://www.lexecon.co.uk/publications/media/1999/airtours.pdf>, en el que se argumenta que, desde el punto de vista del análisis económico, la capacidad para castigar a las empresas que se aparten de un acuerdo colusorio de carácter tácito es un elemento esencial para la supervivencia de dicho acuerdo.

³⁸ La posición de la Comisión es que la mera posibilidad de volver a una situación de competencia perfecta sería un mecanismo de castigo suficiente.

³⁹ Decisión de 25 de mayo de 2000, BOE n. 165 de 11 de julio de 2000. Véase asimismo la Informe del TDC de 17 de mayo de 2000, Expte. de concentración C 54/00 *Unión Eléctrica Fenosa/Hidroeléctrica del Cantábrico*.

⁴⁰ Informe del TDC de 2 de diciembre de 1999, Expte. de concentración C 44/99 *Heineken/Cruzcampo*.

podía dar lugar a la coordinación de los comportamientos de los grandes grupos cerveceros. El TDC tomó en consideración las características del mercado de la venta de cerveza en el que la demanda es rígida y crece de forma moderada, no existe poder de compra, la tecnología es madura y existen considerables barreras a la entrada derivadas de la necesaria inversión en publicidad y el acceso a las redes de distribución horeca.

En conclusión, la aplicación de los criterios correspondientes en EE.UU. y en la UE a operaciones que dan lugar a una posición de dominio colectivo es progresivamente convergente: la Comisión Europea considera la aplicación del concepto de posición de dominio colectivo en fusiones que conducen de un mercado de 4 a 3 actores (*Airtours/FirstChoice*) y el autoridades estadounidenses, que han aplicado en el pasado el concepto en mercados en los que quedaban 9 firmas en activo, en la actualidad aplican un test menos estricto. Por lo que respecta a la práctica jurisdiccional española, no parece que existan grandes divergencias en la aplicación del concepto de posición de dominio colectivo con respecto a la de las otras autoridades estudiadas.

Operaciones que producen efectos de “conglomerado”/“cartera”

Se denomina “efecto conglomerado” al que producen aquellas concentraciones entre empresas fabricantes de productos pertenecientes a mercados relevantes diferentes cuyo principal efecto sobre la competencia es la creación de sinergias derivadas de la combinación de recursos financieros y posibles barreras a la entrada. Esta noción se distingue del “efecto cartera”, que se refiere al efecto de una fusión entre fabricantes de productos de gran consumo en los que la marca constituye un instrumento de fidelización del consumidor.⁴¹

De acuerdo con la doctrina estadounidense, este tipo de concentraciones puede dar lugar a considerables eficiencias aprovechando las sinergias generadas y permiten a la entidad fusionada bajar sus precios, en ocasiones ofreciendo sus productos mediante ventas vinculadas. Dicho comportamiento se considera beneficioso para la competencia pues los consumidores obtienen los productos a un precio reducido, o tienen acceso a mejores servicios derivados de la combinación de la oferta de las empresas fusionadas.⁴² Sin embargo, el análisis de este tipo de operaciones por la Comisión Europea presenta divergencias con este punto de vista. En un primer momento, la Comisión consideró que el riesgo de que se produjesen ventas vinculadas por parte de la entidad fusionada no estaba directamente relacionado con la estructura de la operación y debía resolverse, de presentarse,

⁴¹ Salomé Santos Lorenzo, “El ‘efecto cartera’: un nuevo criterio de análisis de las operaciones de concentración” en 207 *Gaceta Jurídica* mayo/junio 2000, p. 68.

⁴² William J. Kolasky, “Conglomerate mergers and range effects: It’s a long way from Chicago to Brussels”, Conferencia pronunciada el 9 de noviembre de 2001, <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9536.htm>. De hecho, las Directrices de 1992 no hacen referencia explícita a las consecuencias del “efecto conglomerado” para la competencia.

mediante la aplicación de los artículos 81 y 82 TCE.⁴³ Esta postura era coherente con el principio de que el control operado por el Reglamento de concentraciones es de tipo estructural. El cambio de política se produjo con el asunto *Guinness/Grand Metropolitan*,⁴⁴ en el que la Comisión adoptó un análisis “*ex ante*” y prohibió la fusión alegando que podría conducir a la empresa resultante a efectuar ventas vinculadas, utilizando su fuerza en marcas punteras de bebidas alcohólicas para introducir otras de segunda fila.

Las diferencias entre los dos tipos de análisis se han puesto de manifiesto como consecuencia de las decisiones divergentes alcanzadas en el asunto *GE/Honeywell*⁴⁵ por la Comisión y el DoJ.⁴⁶ En efecto, la fusión fue autorizada en EE.UU. porque el DoJ consideró que la firma fusionada podría ofrecer mejores productos y precios más ventajosos a los consumidores. La Comisión Europea, por el contrario, consideró que la fusión reforzaría la posición de dominio de GE en el mercado de los grandes motores para jets, debido a que las partes ofrecerían ventas vinculadas como resultado de las cuales algunos competidores tendrían que abandonar el mercado. El análisis de la posición competitiva del resto de las empresas en este mercado constituye una de las diferencias más notables entre las posturas del DoJ y de la Comisión. En primer lugar, el DoJ no encontró pruebas de que los competidores de GE no serían capaces de reaccionar al eventual comportamiento anticompetitivo de GE. Por otra parte, los comentaristas norteamericanos coinciden en señalar que la salida de un competidor del mercado como consecuencia de una fusión no es necesariamente contraria a la competencia, si los consumidores no salen perjudicados.⁴⁷ Aunque los representantes de la Comisión han intentado salir al paso de las acusaciones de los que piensan que su política de control de concentraciones protege más a los competidores que a los consumidores,⁴⁸ lo cierto es que la Comisión en ningún momento argumentó que la fusión fuese a llevar a las partes, en el corto plazo, a aumentar los precios y por tanto a perjudicar a los consumidores.

La clave del desacuerdo entre la Comisión y el DoJ en este caso se encuentra por tanto en la perspectiva que se adopta en cada caso: la FTC y el DoJ consideran que

⁴³ Decisión de la Comisión Europea de 22 de enero de 1997, Caso No. IV/M.794 - *Coca-Cola/Amalgamated Beverages*.

⁴⁴ Decisión de la Comisión Europea de 15 de octubre de 1997, Caso No. IV/M.932 - *Guinness/Grand Metropolitan*, DOCE (1998) L 288/24.

⁴⁵ Decisión de la Comisión Europea de 3 de julio de 2001, Caso No. COMP/M.2220 - *GE/Honeywell*.

⁴⁶ También cabe señalar, sin embargo, que en el caso *Boeing/Hughes* la Comisión Europea y la FTC llegaron similares conclusiones en cuanto a la imposibilidad para la entidad fusionada de vincular las ventas de sus productos con éxito, por carecer de suficiente poder de mercado. Comunicado de prensa de la FTC de 27 de septiembre de 2000, “In the matter of the Boeing Company”, <http://www.ftc.gov/opa/2000/09/boeing.htm> y Decisión de la Comisión Europea de 29 de septiembre de 2000, Caso No. COMP/M.1879.

⁴⁷ Charles A. James, “International Anti-trust in the 21st Century: Cooperation and convergence”, OECD Global Forum on Competition, 17 de octubre de 2001, <http://www.ftc.gov/atr/public/speeches/9330.htm>.

⁴⁸ Mario Monti, discurso de 9 de julio de 2001, SPEECH/01/340.

la forma más eficaz de dar respuesta al tipo de problemas que pueden surgir de una fusión con efectos de conglomerado (ventas vinculadas ilegales o precios predatorios) es mediante su sanción una vez que se produzcan, a menos que en el momento de la fusión se pueda demostrar que efectivamente se van a producir tales comportamientos anticompetitivos.⁴⁹ La Comisión considera por el contrario que el hecho de que una fusión facilite este tipo de conductas es suficiente para prohibirlas, es decir, adopta una postura “*ex ante*”. La Decisión de la Comisión relativa al asunto *GE/Honeywell* ha sido recurrida, por lo que los tribunales comunitarios tendrán oportunidad de clarificar si la postura adoptada por la Comisión Europea frente a las operaciones de concentración que conduzcan a un “efecto de conglomerado” es conforme al Derecho comunitario de la competencia.⁵⁰ Como ya se ha apuntado, una confirmación jurisprudencial de la postura de la Comisión supondría un cambio en el tipo de análisis efectuado con arreglo al Reglamento de Concentraciones, que rebasaría las consideraciones sobre la estructura del mercado para examinar igualmente el comportamiento previsible de las partes.

En cuanto a la jurisdicción española, las operaciones de concentración analizadas hasta la fecha han dado lugar a efectos de cartera, en los que se hacía referencia al efecto de cierre de competidores potenciales debido a la fidelidad de los consumidores a las marcas líder.⁵¹ El análisis del TDC se asemeja por tanto al efectuado por la Comisión Europea en presencia del llamado “efecto cartera”. En cuanto al “efecto conglomerado”, el TDC ha hecho referencia al mismo como una posible barrera a la entrada derivada del poder financiero del grupo fusionado,⁵² pero no ha analizado hasta la fecha ninguna operación de concentración en la que el efecto conglomerado haya sido el elemento más importante del análisis de la operación.

El tratamiento de la defensa de las “eficiencias”

El tratamiento de la llamada defensa de las eficiencias (“*efficiency defence*”) es otro de los aspectos en los que se pueden apreciar diferencias entre el análisis que efectúan las autoridades de la competencia en las distintas jurisdicciones.

El reconocimiento explícito de la existencia de este tipo de defensa es relativamente reciente en Derecho anti-trust. En EE.UU., las Directrices de 1992

⁴⁹ Kolasky, vid. *supra* nota 42.

⁵⁰ Asunto T-201/01 - *General Electric c. Comisión Europea*, Recurso interpuesto el 12 de septiembre de 2001, DOCE (2001) C 331/24, pendiente de sentencia.

⁵¹ *Heineken/Cruzcampo*, vid. *supra* nota 40, Sección 7.2. Véase igualmente el Informe del TDC en el Expte. de concentración económica C 58/00 – *Mahou/San Miguel*, de 10 de octubre de 2000, Sección 7.2.

⁵² Informe del TDC de 17 de febrero de 1998 en el Expte de concentración C 29/97 *Procter & Gamble*. Sin embargo el TDC tuvo en cuenta que, a pesar de su poder financiero, ninguna de las empresas afectadas había conseguido estar presente en todos los países de la UE y en todos los segmentos del mercado de manera significativa.

fueron modificadas en 1997 para aclarar los términos en los que el argumento de las eficiencias debía ser considerado e identificar qué factores podían sustentar este argumento basado en las eficiencias. Con anterioridad a esa fecha, la FTC y el DoJ tenían en cuenta las eficiencias en el análisis de concentraciones a pesar de que, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no era posible utilizarlo ante los tribunales.⁵³

La Sección 4 de las Directrices pone de manifiesto que únicamente las eficiencias que resulten de la fusión y cuya manifestación sería improbable en ausencia de la misma (las llamadas "*merger-specific efficiencies*") serán consideradas por las autoridades. Una mejor utilización de determinados recursos que permita a la firma resultante de la fusión reducir sus costes de producción es un ejemplo de este tipo de eficiencias. Además, las eficiencias deben ser de fácil verificación y no derivarse de reducciones de la producción o la innovación contrarias a la competencia ("*cognizable efficiencies*").

La mayoría de los casos en que el argumento ha sido utilizado con éxito se refieren a asuntos en los que los efectos perjudiciales para la competencia no eran muy significativos. Por el contrario, si la fusión da lugar a un mercado muy concentrado, es improbable que su aprobación responda exclusivamente a argumentos de eficiencia. En *Cardinal/McKesson*,⁵⁴ la FTC consideró que las eficiencias alegadas eran exageradas y algunas hubieran podido alcanzarse sin la fusión, pero el principal problema estribaba en que las partes de la operación, dos de los mayoristas distribuidores de productos farmacéuticos más importantes en EE.UU., hubiesen alcanzado cuotas entre el 63% y el 80% del mercado. En estas circunstancias, un argumento basado en las eficiencias no es suficiente para compensar los efectos anticompetitivos de una fusión.⁵⁵

Por lo general, los efectos beneficiosos de una fusión en mercados distintos de los afectados negativamente por la misma tampoco son aceptados, aunque las Directrices admiten que en casos excepcionales las autoridades las podrían considerar. En relación con la fusión de dos hospitales de Missouri, *Lucy Lee/Doctors Regional Medical Center*⁵⁶, las partes alegaron que la fusión les permitiría ofrecer servicios hospitalarios previamente inexistentes, tales como cardio-cirugía, pero que pertenecían a un mercado de servicios diferente al de la medicina general en el que operaban las partes. El Tribunal de Distrito que examinó el caso concluyó que las ventajas alegadas en el mercado de la cardio-cirugía no compensaban los efectos anticompetitivos de la fusión para el mercado de la medicina general, en el que la fusión conduciría a un aumento de los precios. Esta solución está en concordancia con el principio de justicia, ya que de otro modo se

⁵³ *U.S. v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963); *FTC v. Procter & Gamble*, 386 U.S. 568 (1967), citadas por Pitofsky, vid. *supra*, nota 25.

⁵⁴ *FTC v. Cardinal Health, Inc.*, <http://www.ftc.gov/os/1998/9807/98cv0595.htm>.

⁵⁵ Robert Pitofsky, "Efficiencies in Defence of Mergers: 18 Months after", conferencia pronunciada el 16 de octubre de 1998, Antitrust Symposium: The Changing Face of Efficiency, Washington, D.C., <http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/pitofeff.htm>.

⁵⁶ *FTC v. Tenet Healthcare Corp.*, comunicado de prensa de 30 de julio de 1998, <http://www.ftc.gov/opa/1998/9807/tenet.htm>.

estaría beneficiando al grupo de consumidores potenciales del servicio de cardiocirugía en detrimento de los usuarios de los servicios de medicina general.⁵⁷

Los argumentos basados en las eficiencias reciben por tanto un tratamiento cauteloso por las autoridades estadounidenses, pero existe un reconocimiento de su pertinencia para el análisis de los efectos de las fusiones en las Directrices de 1992. La situación en la jurisdicción comunitaria es muy distinta. La Comisión Europea ha venido argumentando que no era posible utilizar este tipo de defensa en el marco del Reglamento de Concentraciones. Según esta postura, las eficiencias que se derivan de cualquier fusión son examinadas para llegar a una conclusión sobre si la operación da lugar a la creación o reforzamiento de una posición de dominio. Sin embargo, una vez que se ha alcanzado dicha conclusión, no puede defenderse una fusión que de otra forma estaría prohibida en virtud de las ganancias de eficiencia que genere.⁵⁸ Esta interpretación puede encontrar explicación en el criterio aplicado en virtud del Reglamento de Concentraciones. En efecto, la Comisión se considera obligada a prohibir cualquier fusión que dé lugar a la existencia de una posición de dominio, con independencia de que se produzca o no con posterioridad un abuso en violación del artículo 82 TCE. Las ganancias de eficiencia son por tanto relevantes hasta el nivel en el que se alcanza una posición de dominio, pero no para compensar su existencia.

No obstante, la Comisión ha examinado el argumento en algunos casos. En *Alenia/De Havilland*,⁵⁹ rechazó el argumento basado en la existencia de eficiencias alegando que la disminución de los costes no era suficiente para impulsar el desarrollo técnico y que los beneficios no llegarían al consumidor. En *Nordic Satellite Distribution*,⁶⁰ la Comisión reconoció que la entidad resultante de la operación, muy integrada verticalmente desde la producción de programas hasta la red de televisión por cable, generaría importantes eficiencias. Sin embargo, la operación habría llevado a una posición de poder por parte de la entidad resultante, por lo que fue finalmente prohibida.

Por último, el argumento fue también rechazado en *GE/Honeywell*,⁶¹ alegando que los precios más ventajosos a los que daría lugar la fusión resultarían de un comportamiento estratégico de la entidad fusionada, destinado a eliminar a sus competidores, y no de ganancias de eficiencia reales.

Algunos autores creen sin embargo que la redacción actual del Reglamento de Concentraciones permitiría la utilización de argumentos basados en las eficiencias

⁵⁷ Pitofsky, vid. *supra* nota 55.

⁵⁸ Contribution from the European Community, OCDE Forum on Competition Policy and Efficiency Claims in Horizontal Agreements, OCDE/GD(96)65.

⁵⁹ Decisión de la Comisión Europea de 2 de octubre de 1991, Caso No. IV/M.53 – *Aerospatiale-Alenia/De Havilland*, DOCE (1991) L 334/42.

⁶⁰ Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 1995, Caso No. IV/M.469 - *Nordic Satellite Distribution*, DOCE (1996) L 53/20.

⁶¹ Decisión de la Comisión Europea de 3 de julio de 2001, Caso No. COMP/M.2220 – *GE/Honeywell*.

para defender una operación de concentración.⁶² El artículo 2.1.b del Reglamento señala que la Comisión tendrá en cuenta, en la evaluación de las concentraciones, “la evolución del progreso técnico o económico siempre que ésta sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia”. Sin embargo, el paso al criterio DCC haría posible su utilización sistemática.

Por lo que se refiere a la jurisdicción española, el artículo 16 LDC estipula que, en la apreciación de si una operación de concentración puede obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado, el TDC “podrá considerar la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del progreso técnico o económico, a la competitividad internacional de la industria nacional o a los intereses de los consumidores o usuarios y si esta aportación es suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia.”

Esta formulación se acerca bastante a la de las Directrices norteamericanas. En la práctica, aunque la ley no prevé con carácter obligatorio el examen de las ganancias de eficiencia, el TDC incluye en sus informes una sección sobre los efectos compensatorios sobre las restricciones a la competencia de forma sistemática.

Como ocurre en la jurisdicción estadounidense, el TDC sólo considera relevantes las ganancias de eficiencia que se deriven directamente de la fusión. En *SALCAI/UTINSA*,⁶³ el TDC estimó que el beneficio de una mayor coordinación entre el transporte urbano e interurbano de las Islas Canarias podía obtenerse mediante una mayor cooperación, sin necesidad de una operación de concentración.

Una vez identificadas las ganancias de eficiencia derivadas de la operación de concentración, el TDC examina si es probable que consumidores se beneficien de las mismas. En *Roca/Laufen*,⁶⁴ el TDC aceptó el argumento de las partes de que la competitividad del grupo Roca mejoraría con la compra de una empresa extranjera como Laufen mediante la apertura de nuevos mercados a la exportación, el desarrollo de tecnologías más avanzadas y la reducción de costes de mano de obra. El TDC tuvo en cuenta el hecho de que la evolución de los precios en el mercado español de la porcelana sanitaria se había mantenido a la baja en los últimos años y concluyó que no se podía descartar que los consumidores se beneficiasen nuevamente de un aumento de la competitividad del grupo fusionado. Por el contrario, en *Unión Eléctrica Fenosa/Hidroeléctrica del Cantábrico*,⁶⁵ el TDC no cuestionó el posible ahorro de costes en generación, pero consideró que estas ventajas no se traducirían en una disminución de los precios, dado que la empresa adquirida, Hidrocantábrico, había sido el principal motor de la caída de precios

⁶² Kolasky, vid. *supra*, nota 42. Esta postura se ve asimismo refrendada por representantes de la Comisión.

⁶³ Informe del TDC en el Expte. de concentración C 62/00, *Roca/Laufen*, de 25 de julio de 2000.

⁶⁴ Informe del TDC en el Expte. de concentración C 56/00, *SALCAI/UTINSA*, de 12 de febrero de 2001.

⁶⁵ Informe del TDC en el Expte. de concentración C 54/00, *Unión Eléctrica Fenosa/Hidroeléctrica del Cantábrico*, 17 de mayo de 2000.

registrada en el pasado, es decir, había adoptado el comportamiento de una “maverick”.

En conclusión, la jurisdicción española tiene en cuenta la ganancias de eficiencia que pueden producirse como resultado de una operación de concentración. Sin embargo, en la mayoría de los casos el TDC no cuantifica en sus Informes dichas ganancias, aunque sí ha rechazado la pertinencia del argumento en los casos en que las consideraba difícilmente cuantificables.⁶⁶ La Audiencia Nacional ha anulado recientemente una Resolución del TDC en aplicación del artículo 1 LDC, por considerar que no concurría la mejora en el mercado que había motivado la autorización del acuerdo.⁶⁷ En particular, la Sentencia consideró que el TDC no había explicado suficientemente de qué manera la disminución del riesgo procurada por el acuerdo de intercambio de información aprobado por el TDC contribuiría a la mejora del mercado crediticio. Esta Sentencia, aunque enjuicia la actuación del TDC en otro ámbito del derecho de la competencia, pone de manifiesto que el análisis de las ganancias de eficiencia que efectúa el TDC adolece en ocasiones de imprecisiones.

Cabe concluir de lo antedicho que el criterio DCC permite de una forma más natural la aceptación de argumentos basados en las eficiencias derivadas de una operación de concentración, ya que con la definición actual de dominancia es difícil para la Comisión poder aceptar ese tipo de argumentos. En efecto, si una empresa es dominante, puede actuar con independencia de sus competidores y clientes, por lo que no trasladará a los consumidores los beneficios potenciales de la operación. Sin embargo, esta circunstancia no parece justificar por sí sola un cambio de criterio en el análisis de concentraciones, pues bastaría con que la Comisión Europea cambiara su interpretación y reflejara su postura en una Comunicación. De hecho, las afirmaciones del Comisario Monti en el sentido de que la Comisión Europea estaría dispuesta a aceptar argumentos basados en las ganancias de eficiencia derivadas de una fusión, parecen ir en esa dirección.

CONCLUSIONES

La doctrina coincide en señalar que las divergencias entre las decisiones de distintas autoridades de la competencia debería ser evitada en la medida de lo posible, pues conduce a que la solución más restrictiva sea la que prevalezca.⁶⁸ Ello incrementa además los costes de la transacción asociados al procedimiento de aprobación y, en definitiva, puede resultar en un deterioro del actual consenso

⁶⁶ Informe del TDC en el Expte. de concentración C 67/01 *Repsol/RACE*, de 30 de noviembre de 2001, Sección 6.

⁶⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de noviembre de 2001, *AUSBANC v. TDC*.

⁶⁸ Timothy J. Muris, “Merger enforcement in a world of multiple arbiters”, Brookings Institution Roundtable on Trade and Investment Policy, pronunciada el 21 de diciembre de 2001, <http://www.ftc.gov/speeches/muris/brookings.pdf>.

político sobre la necesidad de garantizar el cumplimiento de las normas de competencia.⁶⁹

Sin embargo, el estudio de la práctica decisoria las tres jurisdicciones estudiadas conduce a la conclusión de que la aplicación de distintos criterios jurídicos al análisis de operaciones de concentración económica no resulta en diferencias sustanciales en el análisis de concentraciones horizontales y verticales ni en concentraciones que den lugar a situaciones de posición de dominio colectivo.⁷⁰ Por otra parte, cuando se presentan divergencias (fundamentalmente, en el análisis de operaciones que conducen a efectos de “conglomerado”), éstas parecen responder a una visión diferente sobre la aplicación del derecho de la competencia más que a las exigencias de la aplicación de uno u otro criterio de incompatibilidad. En particular, en lo que se refiere a los efectos de “conglomerado”, la modificación del criterio actualmente recogido en el Reglamento de Concentraciones no conduciría necesariamente a cambiar la visión defendida por la Comisión en cuanto a que es necesario atajar “*ex ante*” el riesgo de que las partes ofrezcan ventas vinculadas a sus clientes a un precio reducido. Por lo tanto, si el legislador comunitario decide cambiar el criterio basado en la dominancia por el criterio DCC, el único ámbito en el que ello implicaría claramente un cambio es en la consideración de las ganancias de eficiencia por la Comisión Europea.

En cuanto a las ventajas asociadas a la sustitución del criterio basado en la dominancia por el criterio DCC, se ha señalado que el criterio DCC está mejor adaptado a las necesidades del control de concentraciones, principalmente por estar directamente sustentado en el análisis económico, además de ser un criterio más flexible.⁷¹ Por otra parte, la utilización de un criterio diferente al aplicado por el artículo 82 TCE a los abusos de posición dominante evitaría que la interpretación cada vez más flexible del criterio basado en la posición de dominio se traslade al campo de la sanción de abusos.⁷²

El problema mayor que suscitaría el cambio de criterio con la reforma del Reglamento de Concentraciones es el de la seguridad jurídica. Al cambiar el criterio con arreglo al cual la Comisión Europea debe analizar los efectos de las operaciones de concentración, dejarán de tener valor como precedentes todas las decisiones tomadas hasta la fecha en aplicación del criterio vigente en la actualidad, lo que disminuirá a corto plazo la previsibilidad de las decisiones de la Comisión Europea. Por añadidura, a menos que se produzca un aumento notable

⁶⁹ Kolasky, vid. *supra* nota 42.

⁷⁰ Esta es la postura que defiende la Comisión Europea que, a raíz de las críticas suscitadas por la decisión *GE/Honeywell*, multiplica los esfuerzos por minimizar las divergencias entre el análisis efectuado por las autoridades estadounidenses y comunitarias, vid. *supra* Mario Monti, nota 14 y Alexander Schaub, “Antitrust law enforcement - a shared trans-Atlantic vision”, Bi-Annual Conference of the Council for the United States and Italy, New York, conferencia pronunciada el 25 de enero de 2002, en http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2002_002_en.pdf.

⁷¹ Respuesta del Reino Unido al Libro Verde, disponible en <http://www.dti.gov.uk/cp/pdfs/ukresponsetoecmegersgp.pdf>, para. 34.

⁷² Ello resulta perjudicial para empresas que tienen una parte de mercado relativamente pequeña en mercados oligopolísticos. *Ibid.* para. 37.

de los casos que den lugar a un recurso de anulación ante los Tribunales comunitarios, la interpretación del nuevo criterio seguirá siendo incierta hasta que los Tribunales se pronuncien sobre las cuestiones suscitadas sobre su interpretación y aplicación por la Comisión Europea. En este sentido, sería desafortunado que, cuando están pendientes en la actualidad las sentencias que aportarán importantes clarificaciones a la interpretación del criterio de creación o refuerzo de una posición de dominio aplicado en la actualidad,⁷³ más de diez años después de su instauración, se modifique dicho criterio con el riesgo subsiguiente de que su interpretación necesite un período igualmente largo para ser aclarada.

Por otra parte, el cambio a un criterio que se acerca al aplicado por, entre otras, la jurisdicción de EE.UU., supone un alejamiento del criterio mayoritariamente seguido por las autoridades de la competencia de los Estados Miembros de la UE (con algunas excepciones, a las que con toda probabilidad se añadirán en breve el Reino Unido e Irlanda). Sin embargo, la experiencia española demuestra que la convivencia de distintos criterios a nivel comunitario y nacional no supone un problema mayor al no producir resultados muy diferentes. Ello se debe a que, como se apunta en la ponencia de Juan Briones, lo importante no es la formulación del test, sino el sentido que se le quiera dar.⁷⁴

Finalmente, existen métodos para limar las diferencias entre las decisiones adoptadas por las diferentes autoridades, que pasan por el diálogo y la cooperación entre ambas, especialmente por lo que respecta a las situaciones en las que se presentan más divergencias.

En este sentido, las autoridades de la competencia a nivel mundial han puesto en marcha un foro de discusión llamado *International Competition Network*⁷⁵, con sede en Washington, en la que se ha constituido un grupo de trabajo específico sobre concentraciones, que trabajará en la redacción de unas directrices dirigidas a las autoridades de la competencia sobre prácticas aconsejables en materia de notificaciones multijurisdiccionales. Las discusiones en este grupo de trabajo abordarán entre otros aspectos el análisis sustantivo de las operaciones de concentración.

⁷³ Asuntos *Airtours c. Comisión Europea*, vid. *supra* nota 36 y *GE c. Comisión Europea*, vid. *supra* nota 50.

⁷⁴ Juan Briones "Test de dominancia versus test de reducción de la competencia – Aspectos económicos, p.4.

⁷⁵ Véase la página web en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.html> y el comentario de A. Shaub "Co-operation in competition policy enforcement between the EU and the US and new concepts evolving at the World Trade Organisation and the International Competition Network", Mentor Group, Bruselas, 4 de abril de 2002, <http://europa.eu.int/comm/competition/whatsnew.html>.

Por otra parte, la cooperación bilateral entre la UE y EE.UU. y Canadá, mediante la aplicación de acuerdos internacionales específicos, está dando sus frutos en materia de concentraciones.⁷⁶ En particular, la cooperación con EE. UU. se ha intensificado con la creación de grupos de trabajo sobre diversos aspectos sustantivos y procedimentales del análisis de concentraciones.

Por estas razones, parece desaconsejable que la Comisión modifique el criterio al que están sujetas actualmente las operaciones de concentración en el marco del Reglamento de Concentraciones para adoptar el criterio DCC. La profundización en el camino ya iniciado de cooperación y diálogo entre las distintas autoridades y una interpretación adaptada a las circunstancias económicas del criterio de dominancia parecen elementos suficientes para solventar las dificultades de aplicación encontradas hasta el momento. No obstante cabe señalar que el cambio al criterio DCC se vería justificado si los tribunales comunitarios adoptasen una interpretación muy restrictiva del criterio de dominancia, en cuyo caso dicho criterio podría no responder a las necesidades del análisis de determinadas concentraciones.

⁷⁶ Véase el "Informe de la Comisión Europea, de 29 de enero de 2002, sobre la aplicación de los acuerdos entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de Canadá relativos a la aplicación de sus normas de competencia – 1 de enero de 2000 a 31 de enero de 2000" (COM(2002) 45 final). Este Informe de la Comisión evalúa la aplicación de los Acuerdos en materia de competencia concluidos con EE.UU. en 1991, modificado en 1998, y el concluido con Canadá en 1999 durante el año 2000. Estos acuerdos prevén (i) la notificación recíproca entre las autoridades de competencia respectivas de los asuntos que afecten a los intereses de la otra parte; (ii) la cooperación y coordinación de las acciones de las autoridades de ambas partes; (iii) un procedimiento de "cortesía tradicional (*traditional comity*)" en virtud del cual cada parte se compromete a tener en cuenta los intereses importantes de la otra parte y (iv) un procedimiento de "cortesía positiva (*positive comity*)" que contempla la posibilidad de invitar a la otra parte a tomar, con arreglo a su legislación nacional, medidas apropiadas para un comportamiento anticompetitivo ocurrido en su territorio.