

EL ARGUMENTO DE LAS EFICIENCIAS ECONÓMICAS EN EL ÁMBITO DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES. ¿UN NUEVO DESAFÍO O UNA MISIÓN IMPOSIBLE?

MIGUEL ODRIOZOLA

BELEN IRISSARRY *

Abogados

Clifford Chance

1. INTRODUCCIÓN

Supongamos que en un determinado mercado se encuentran activas las empresas A, B y C. La empresa A es el competidor principal y ha conseguido que su producto sea distribuido en todas las grandes superficies del mercado. Las empresas B y C son el segundo y el tercer competidor, y compiten entre ellos por ser la segunda marca distribuida en las grandes superficies.

Imaginemos además que las empresas B y C quieren fusionarse, alcanzando altas cuotas de mercado tanto a nivel nacional como local. Las partes, sin embargo, alegan que el fin último de la operación es la mejora de su sistema de producción y comercialización¹, con el consiguiente efecto de reducción de precios en el mercado. Las partes alegan, además, que dichas eficiencias serían trasladadas a los consumidores.

¿Podría una operación como la descrita, que a primera vista podría plantear problemas de competencia, ser autorizada exclusivamente sobre la base de argumentos de eficiencias económicas?

* Los autores, abogados de Clifford Chance, han representado a una de las partes en dos casos de eficiencias sobre los que opinan en este escrito. Representaron a Endesa en la OPA de Gas Natural (C93/05) y a Telefónica en su adquisición de Iberbanda (C74/05).

¹ Las partes estiman que alcanzarían eficiencias distribuyendo la totalidad de sus productos bajo la marca comercial de B y produciendo los mismos en la planta de C. De no realizarse la operación, C tendría que incurrir en inversiones sustanciales para actualizar su marca. Por su parte, B tendría que actualizar su fábrica, actualmente con costes muy altos, mientras que la fábrica de C es moderna y opera a menos del 50 por 100 de capacidad.

Las eficiencias son la principal razón por la que las empresas deciden combinar sus recursos. Por tanto, no resulta extraño que este tema aparezca de forma recurrente en el marco del control de concentraciones. No obstante lo anterior, hasta el momento la cuestión de las eficiencias ha tenido escasa, si no nula, eficacia práctica.

Se trata, como no, de un tema de completa actualidad, sobre todo a raíz de la reforma de la normativa comunitaria de control de concentraciones en 2004 y en el contexto de la actual reforma en España de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia².

En este contexto, el presente artículo tiene como objeto analizar en qué consisten las eficiencias y por qué es importante el tema en la actualidad. Analizaremos la situación de la que venimos, cuál es la normativa aplicable actualmente y cuáles son los aspectos en los que las partes tendrían que centrarse si quieren que su argumento sobre eficiencias sea admitido, identificando los principales problemas que se están debatiendo en la actualidad.

2. EFICIENCIAS: DEFINICIÓN Y CATEGORÍAS

A. ¿EN QUÉ CONSISTEN LAS EFICIENCIAS?

En cada una de las etapas del proceso de investigación y desarrollo, producción, distribución y comercialización, una empresa determinada puede optar entre realizar la actividad por sí sola o realizarla conjuntamente con otra u otras empresas, ya sea a través de acuerdos o mediante una operación de concentración.

Pues bien, de forma general, las eficiencias son resultado de una integración de actividades económicas en virtud de la cual las empresas que combinan sus activos realizan algo que no podrían realizar por sí solas con la misma eficacia.

B. CATEGORÍAS DE EFICIENCIAS

No es objeto del presente trabajo trazar distinciones rígidas y definitivas entre los diversos tipos de eficiencias, lo que, por lo demás, resultaría una tarea imposible. Interesa, sin embargo, a efectos expositivos y sin ánimo de exhaustividad, identificar las principales eficiencias o categorías de eficiencias a tener en cuenta.

En principio, todas las eficiencias que citaremos a continuación podrían ser tenidas en cuenta a la hora de analizar una determinada operación de concentración.

² Véase a tal efecto el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia publicado en la página web del Servicio de Defensa de la Competencia en www.dgdc.meh.es.

Sin embargo, no puede negarse que hay algunas llamadas a desempeñar un papel más importante que otras, y ello en función de los requisitos exigidos por la autoridad de competencia a la que corresponda analizar una operación de concentración en cuestión.

a) *Eficiencias de costes vs. eficiencias cualitativas*

Cabría realizar, en primer lugar, una distinción fundamental entre eficiencias de costes y eficiencias de carácter cualitativo.

i) *Eficiencias de costes*

Dentro de la primera categoría pueden identificarse todas aquellas eficiencias que tengan una repercusión directa sobre la estructura de costes de una empresa determinada. Se incluyen, entre otras:

Economías de escala. Gracias a las economías de escala se alcanzan menores costes por unidad de producción debido al incremento de la producción de un determinado bien³.

Las citadas economías de escala pueden alcanzarse a través de varios medios, como la racionalización de la producción⁴, la eliminación de duplicaciones innecesarias, la eliminación de tiempos muertos, la especialización de fábricas, la transferencia de técnicas de producción superiores de una de las partes de la concentración a otra, etc.

Economías de alcance. Responden a la idea de que se pueden reducir los costes mediante la fabricación de productos diferentes a través de los mismos factores de producción o de distribución. O lo que es lo mismo, el coste de producción de bienes diferentes de forma separada se reduce produciendo los mismos de forma conjunta.

Las economías de alcance pueden conseguirse por la utilización de materias primas comunes, la puesta en común de conocimientos técnicos, la reducción o eliminación de canales de distribución y de ventas, etc.

Sinergias derivadas de la creación de nuevas técnicas y métodos de producción. Este tipo de sinergias se producen, por ejemplo, cuando se producen saltos tecnológicos que reducen el coste de los productos en cuestión.

³ Por ejemplo, si una planta opera por debajo de su capacidad, el coste unitario de sus productos será superior al deseable. En el momento en que se producen más unidades, el coste unitario desciende, lo que se entiende por economía de escala.

⁴ Ahorros de costes generados por la movilización de la producción de una fábrica con mayores costes marginales a otra planta con menores costes.

Sinergias derivadas de la integración de activos. Consisten en la combinación de diferentes activos para obtener una configuración de costes óptima, lográndose un nivel más alto de producción por hora con un insumo más bajo de materias primas por unidad de producción.

Economías de aprendizaje. Adquisición de experiencia en relación con un determinado método de producción o comercialización, ya sea porque el método se emplee con mayor fluidez, ya sea porque la tarea se lleve a cabo más rápidamente.

Sinergias en la planificación de la producción. Como eficiencias de costes también se pueden identificar mejoras en la planificación de la producción, como por ejemplo la reducción de existencias y la mejor gestión de las capacidades mediante el método justo a tiempo o «*just in time*».

Reducción de «x-ineficiencias». La incapacidad de los directivos para maximizar los beneficios de una compañía se conoce como «*x-inefficiency*». La eficiencia se alcanzaría cuando se sustituyen directivos menos capacitados por otros mejor preparados para maximizar los beneficios de una compañía y reducir sus costes.

Ahorros de costes de abastecimiento. Las partes pueden generar eficiencias sustanciales en la negociación con sus proveedores si su posición en el mercado se vuelve más importante, obteniendo en la negociación precios menores o mayores descuentos.

Ahorros de costes de capital. Una operación de concentración puede dar acceso superior a los mercados de capitales, mejorándose sustancialmente la posición de la empresa en cuanto a sus costes a la hora de desarrollar actividades productivas y su competitividad en el mercado.

ii) Eficiencias cualitativas

En ocasiones, la principal mejora de eficiencia de una determinada operación no es una reducción de costes en la fabricación de un producto determinado, sino otras eficiencias de carácter cualitativo.

Así, una determinada operación de concentración puede tener como objetivo:

- La mejora de la calidad, dando lugar a una oferta de productos o servicios de mayor calidad o de nuevas características, más adecuados a las necesidades de los clientes.
- La realización de eficiencias de distribución y promoción, consiguiéndose que la distribución se realice con mayor rapidez, de forma más cercana a los clientes y con la misma calidad a través de toda la cadena de distribución.

- El acceso a nuevos mercados, por ejemplo, mediante la combinación de actividades entre dos empresas que, individualmente, no podrían alcanzar dicho objetivo o haciéndose con una marca conocida en dicho mercado.
- La realización de eficiencias dinámicas o de innovación, mejorando tecnológicamente un producto determinado o introduciendo nuevos productos cuando anteriormente no era posible, o de forma más rápida, a través de actividades de investigación y desarrollo.
- La realización de eficiencias transaccionales consistentes en la eliminación de intermediarios a la hora de contratar materias primas, distribución o servicios.
- Eficiencias tendentes a obtener una gama más completa de productos y una oferta más diversificada.
- Eficiencias de red, en virtud de las que los demandantes de un determinado producto se benefician cuando el número de demandantes del mismo aumenta.
- Eficiencias tendentes a mejorar los servicios postventa.
- Reducción de ineficiencias (la teoría de la empresa desfalleciente o *failing firm* puede enmarcarse dentro de este grupo).

b) *Eficiencias productivas vs. eficiencias asignativas*

i) Eficiencias productivas

Se entiende por eficiencias productivas aquellas que consiguen que a largo plazo una empresa, un sector o un mercado determinado alcancen su tamaño óptimo, esto es, aquel que minimice los costes medios de producción al explotar al máximo las distintas economías de escala, alcance, transaccionales, dinámicas, etc. En definitiva, la eficiencia productiva se optimiza cuando los bienes o servicios se producen al mínimo coste posible.

Las eficiencias productivas son las más cuantificables y generalmente son las más aceptadas por economistas y autoridades de competencia.

ii) Eficiencias asignativas

El objetivo no es tanto aumentar la producción de la empresa al menor coste para la misma, sino que, además, los productos resultantes respondan a las necesidades y expectativas de los consumidores.

No existe pérdida del consumidor cuando se alcanza la eficiencia asignativa. Dicha pérdida ocurre cuando las empresas producen menos de la cantidad socialmente óptima y los consumidores tienen que acudir a productos sustitutos que no valoran de la misma forma.

c) *Eficiencias estáticas vs. eficiencias dinámicas*

i) Eficiencias estáticas

Las eficiencias citadas en el punto 2.2.2 anterior (productivas y asignativas) son fundamentalmente estáticas y tienen fundamentalmente efectos en el precio de un determinado producto.

ii) Eficiencias dinámicas

Las eficiencias dinámicas o de innovación permiten que aparezcan nuevos productos o productos mejorados como consecuencia de la difusión de una nueva tecnología.

Pese a que este tipo de eficiencias es más difícil de probar, no debería dejar de reconocerse su importancia, sobre todo en el marco de nuevos mercados o de mercados en transición. En este contexto, las eficiencias de innovación pueden desempeñar un papel fundamental porque, pese a que en principio pueda surgir un problema de competencia, la eficiencia en sí puede generar un cambio sustancial en las condiciones competitivas en el mercado en el futuro, asegurándose así la competencia efectiva a largo plazo, con el consiguiente beneficio para el consumidor. Es, por tanto, necesario que la autoridad de competencia conceda una prioridad absoluta a las eficiencias dinámicas, a pesar de las dificultades en medir y evaluar las mismas.

Una misma operación de concentración no tiene por qué generar los tres tipos de eficiencias (productivas, asignativas y dinámicas) a la vez. Lo normal es que se mejore alguna y se empeore otra. Por ejemplo, en algunos casos se pueden dar eficiencias de producción pero puede producirse un empeoramiento de la eficiencia asignativa.

d) *Eficiencias pecuniarias o redistributivas vs. eficiencias de costes reales*

i) Eficiencias pecuniarias o redistributivas

Este tipo de eficiencias resultan en la mera redistribución de rendimientos de una empresa a otra, sin que pueda considerarse que se ha producido una reducción de los recursos empleados para fabricar un determinado producto o servicio.

ii) Eficiencias de costes reales

Las eficiencias de costes reales permiten que una empresa produzca más o mejores productos con la misma cantidad de recursos.

Se ha sugerido que a la hora de analizar si la reducción de los costes de adquisición de una empresa constituye una eficiencia real o pecuniaria es necesario analizar el grado de competencia a ambos niveles del mercado de producto adquirido⁵. La reducción de costes tenderá a ser una eficiencia real cuanto más competencia exista en el mercado. Si la entidad resultante de la concentración adquiere poder de mercado, entonces es más probable que se reduzca a su vez la producción y se incrementen los precios de los productos en el mercado aguas abajo, por lo que en este último caso, la eficiencia debe considerarse pecuniaria.

e) Sinergias vs. racionalización de la producción

Determinadas eficiencias constituyen sinergias. Las sinergias se alcanzan al arrojar la unión entre dos empresas un resultado superior a la suma de las dos empresas tenidas en cuenta de forma individual.

Las sinergias se alcanzan a través de la interoperabilidad de productos complementarios, la compartición de conocimientos o capacidades complementarias, la adquisición de activos intangibles como marcas, carteras de clientes, capital humano difícil de duplicar, etc.

En cambio, existen otras eficiencias que en principio podrían alcanzarse de forma individual, sin necesidad de combinar recursos con otra empresa. Podemos pensar, por ejemplo, en dos empresas que, pese a fusionarse, continúan existiendo de forma individual con posterioridad a la operación de concentración. Este tipo de operación de concentración da lugar a la posibilidad de racionalizar la producción de las partes sin que, sin embargo, se produzcan sinergias.

3. ASPECTOS ECONÓMICOS DE LAS EFICIENCIAS

A. EL PUNTO DE PARTIDA. ¿EN QUÉ CONSISTEN LOS PROBLEMAS DE COMPETENCIA PLANTEADOS POR DETERMINADAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN?

La Comisión Europea, en sus Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo

⁵ M. DE LA MANO, «For the customer's sake: The competitive effects of efficiencies in European Merger Control», *Entreprise Papers*, núm. 11, 2002, p. 45.

sobre el control de las concentraciones entre empresas (en adelante, las «Directrices Horizontales») ⁶, señala que las operaciones de concentración que obstaculicen de forma significativa la competencia efectiva pueden generar dos tipos de problemas:

- i) *Efectos no coordinados*: eliminando gran parte de la presión competitiva sobre una o varias empresas que, en consecuencia, disfrutarán de un poder de mercado incrementado sin tener que recurrir a un comportamiento coordinado.
- ii) *Efectos coordinados*: cambiando la naturaleza de la competencia de forma tal que resulte mucho más probable que empresas que previamente no coordinaban su comportamiento pasen a coordinarse y a subir sus precios o a perjudicar de otra forma la competencia efectiva, o que dicha coordinación se facilite o se haga más estable como consecuencia de la operación.

La preocupación del sistema europeo de control de concentraciones es el poder de mercado incrementado que pueden adquirir una o varias empresas para aumentar precios, reducir la producción, la gama o la calidad de los bienes y servicios, disminuir la innovación o influir por otros medios en los parámetros de la competencia, de forma que se produzca un perjuicio a los consumidores y una reducción del bienestar general.

En principio, según la teoría económica, una empresa que dispone de poder de mercado comercializará una cantidad menor de bienes a un precio superior en comparación a lo que harían otras empresas en un mercado competitivo. De esta forma, la empresa se asegurará beneficios monopolísticos apropiándose de todo o parte del bienestar del consumidor. Aunque el aumento de precio provocará que algunos consumidores no adquieran el bien en cuestión, existirá una amplia mayoría que estará dispuesta a pagar un precio superior para adquirir dicho bien.

Volvamos al ejemplo de nuestra introducción. Imaginemos que efectivamente B y C se fusionan. El perjuicio a los consumidores como consecuencia de una operación de concentración que confiere poder de mercado puede verse en un gráfico muy simple:

- Así, la zona X muestra el aumento de precio (de P1 a P2) que tienen que pagar aquellos consumidores que quieren adquirir los productos de B y C. Los precios aumentados implican a su vez un mayor beneficio para B y C.
- La zona Y muestra la pérdida del consumidor, esto es, el daño sufrido por aquellos consumidores que no pueden adquirir los productos de B y C como consecuencia del aumento de precio de P1 a P2 y de la reducción de cantidad de D1 a D2.

⁶ «Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones económicas entre empresas (2004/C 31/03)», DOUE, C 31, de 5 de febrero de 2004, pp. 5 ss.



De esta forma, puede verse cómo determinadas operaciones de concentración —tal sería el caso de la fusión entre las empresas B y C de nuestro ejemplo— proporcionan a las empresas partícipes poder de mercado teniendo como resultado por lo general una reducción de la eficiencia asignativa y una pérdida para el consumidor.

B. ¿QUÉ PAPEL PUEDEN DESEMPEÑAR LAS EFICIENCIAS EN EL CONTEXTO DE OPERACIONES QUE PLANTEAN PROBLEMAS DE COMPETENCIA?

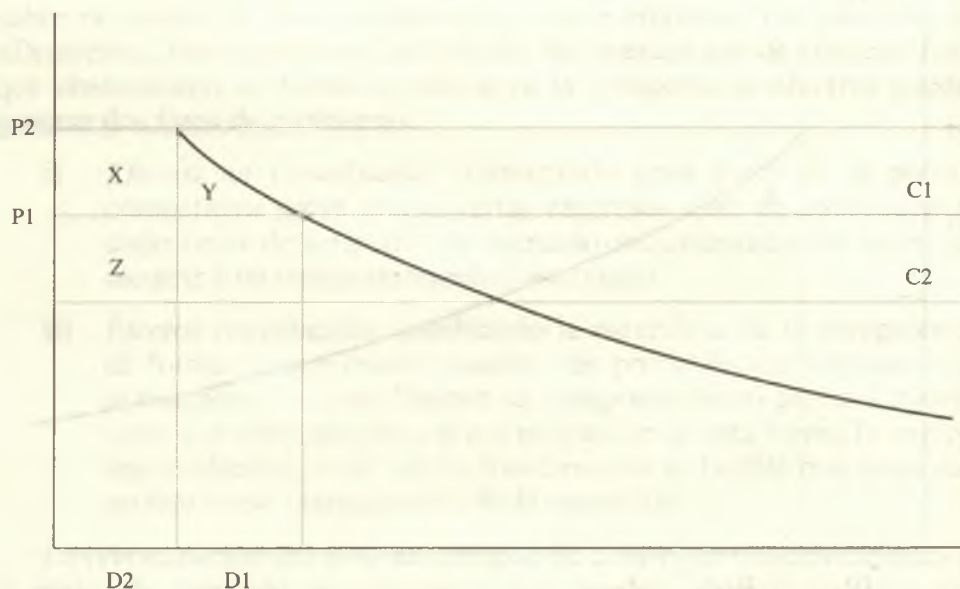
Supongamos ahora que, como consecuencia de la operación de concentración, B y C se benefician de una reducción de costes. Así:

La zona Z representaría el ahorro de costes para B y C (de C1 a C2).

La pregunta es: ¿deben tenerse en cuenta estos ahorros de costes a la hora de evaluar la operación de concentración? Y si la respuesta es positiva, ¿de qué manera?

Pues bien, la respuesta a estas preguntas dependerá del tipo de interés que se quiera proteger a través del régimen de control de concentraciones, existiendo, básicamente, dos tipos de estándares de bienestar diferentes a tener en cuenta⁷:

⁷ Existen muchos más estándares que no identificaremos en el presente artículo a efectos de simplificación.



a) *Total Surplus Standard («TSS»)*

En los gráficos anteriores puede verse cómo se produce una transferencia de renta de los consumidores al productor (zona X). En efecto, los consumidores que adquieren el producto deben pagar un precio superior de lo que correspondería en un mercado en competencia.

Pues bien, a la hora de realizar una compensación de intereses, el TSS valora por igual el bienestar del productor y el del consumidor. Es decir, bajo el TSS es indiferente si la operación beneficia a los productores a expensas de los consumidores. Los beneficios del productor y los perjuicios del consumidor consecuencia de un aumento de precios pueden compensarse.

Por tanto, una operación que tiene como consecuencia un aumento de precios podría ser autorizada si las ganancias de los productores exceden las pérdidas experimentadas por los consumidores⁸.

Lo verdaderamente relevante, pues, bajo el TSS es que las eficiencias generadas por la operación de concentración compensen la pérdida del consumidor causada por el incremento de poder de mercado (zona Y en nuestro gráfico).

⁸ Así, existen propuestas de otorgar importancia a los intereses de las empresas y de los ciudadanos de beneficiarse en suelo europeo de una economía poderosa y competitiva susceptible de proporcionar un alto nivel de crecimiento y de empleo.

En este sentido, mientras menor sea la elasticidad de demanda, mayores tendrán que ser las eficiencias para contrarrestar los efectos contrarios a la competencia derivados de la operación de concentración.

b) *Consumer Welfare Standard («CWS»)*

Bajo este punto de vista, el bienestar del productor no puede servir para compensar el bienestar del consumidor.

En consecuencia, en la compensación se atribuye valor «cero» o «neutro» a los beneficios del productor —o de los accionistas de la empresa—, y sólo se tiene en cuenta el bienestar del consumidor.

En virtud de lo anterior, en la compensación únicamente se tienen en cuenta los perjuicios al consumidor y los beneficios al mismo, y únicamente se aceptan aquellas operaciones que generan eficiencias que arrojen un saldo positivo a favor del consumidor.

Lo relevante bajo el CWS es que las eficiencias generadas por una operación de concentración compensen el incremento de precios de forma que no se produzca un daño al consumidor⁹.

El nivel de eficiencias requerido para realizar una compensación bajo el CWS es, por tanto, notablemente superior que el requerido bajo el TSS.

c) *Conclusión*

Por tanto, y en respuesta a la pregunta planteada al inicio del presente apartado, las eficiencias son tenidas en cuenta en el marco de operaciones de concentración, pero pueden ser evaluadas de diferente forma, dependiendo del tipo de intereses que se quiera proteger.

Subyacente a este tema es el debate de si el fin último de la política de defensa de la competencia es el bienestar de los consumidores o la maximización de eficiencias¹⁰.

⁹ Bajo el CWS, el precio como consecuencia de la operación de concentración no debería incrementarse. No obstante lo anterior, el CWS también admite un incremento de precios, siempre que existan otras eficiencias (mejora de la calidad, nuevos productos, mejor servicio...) que compensen el citado incremento de forma que, en definitiva, no se produzca un daño al consumidor.

¹⁰ En este sentido, sería útil citar las palabras de la entonces subdirectora general de Concentraciones del Servicio de Defensa de la Competencia, N. CALVIÑO, actualmente directora general del Servicio de Defensa de la Competencia: «Aunque la defensa de la competencia no es el instrumento idóneo para realizar una política redistributiva, es indudable que cada sociedad puede atribuir un valor diferente al excedente de los distintos operadores. Si se decide otorgar un mayor valor al excedente del consumidor (lo que resulta coherente con la propia esencia de la defensa de la competencia), esto se proyectaría en el requisito de que las eficiencias, para ser valoradas y fundamentar la autorización de una operación, han de trasladarse al consumidor, requisito común a

En todo caso, del tipo de estándar a defender dependerá el tipo de eficiencias a tener en cuenta y los requisitos para que las mismas puedan ser integradas en el análisis competitivo de una operación de concentración¹¹.

4. ASPECTOS JURÍDICOS DE LAS EFICIENCIAS. ¿ARGUMENTO DE ATAQUE O DE DEFENSA?

A la hora de analizar a un argumento sobre eficiencias pueden escogerse tres estrategias:

- Ignorar el argumento de las eficiencias de forma que el mismo no juegue ningún tipo de papel en la evaluación de una operación de concentración determinada.
- Utilizar el argumento para valorar si es necesario prohibir una operación de concentración (eficiencias como «ofensa» o argumento de «ataque»). En efecto, la autoridad de competencia puede concluir que, como consecuencia de una determinada operación de concentración, un operador se hace «demasiado eficiente», produciéndose el riesgo de que el resto de los competidores sean eliminados del mercado.
- Por último, las eficiencias pueden ser utilizadas como una «defensa», de forma que las concentraciones que, pese a plantear problemas de competencia, generen importantes eficiencias pueden ser autorizadas.

Pues bien, la posibilidad de tener en cuenta las eficiencias generadas por una operación como un motivo para prohibir la misma ha generado numerosas críticas. En efecto, las eficiencias deben constituir un argumento para permitir que una operación de concentración salga adelante, pero no deberían servir de justificación para prohibir la misma.

Pese a que el planteamiento en la actualidad es utilizar las eficiencias como argumento de defensa, lo cierto es que esto no siempre ha sido así.

De forma contraria a lo que inicialmente podría pensarse, en el pasado, la Comisión Europea ha tratado el tema de las eficiencias como cir-

*varios sistemas normativos (el comunitario, el inglés y el español, entre otros). Naturalmente no todas las eficiencias deben ser trasladadas, puesto que entonces se perdería el propio incentivo para la realización de la concentración, pero sí cabe establecer algún tipo de condiciones que garanticen que la operación resultará, en última instancia, en un mayor progreso económico y social, en un mayor bienestar general de la sociedad» («Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias en el análisis de las concentraciones empresariales», *Anuario de la Competencia 2002*, Fundación ICO, pp. 68-92).*

¹¹ Por ejemplo, y como se verá más adelante con mayor detalle, las reducciones en costes fijos no generan reducciones de precios, al menos en el corto plazo. Por tanto, el CWS no va a conceder mucha importancia a este tipo de eficiencia. Por el contrario, bajo el CWS son importantes los costes marginales, ya que tienden a generar una reducción de precios.

cunstancia agravante en el contexto de operaciones de concentración, prohibiendo o sometiendo las mismas a condiciones precisamente como consecuencia de dichas consideraciones:

A título de ejemplo, en el asunto núm. IV/M.050, AT&T/NCR (apartado 30), de 18 de enero de 1991, la Comisión declaró: «*No puede excluirse que las ventajas derivadas de las sinergias puedan dar lugar a la creación o el reforzamiento de una posición de dominio*» (la traducción es nuestra).

Sin embargo, el caso más paradigmático al respecto es el asunto núm. COMP/M.2220, General Electric/Honeywell, de 3 de julio de 2001. De dicho asunto se deduce que la creación de un operador demasiado «eficiente» podría justificar una prohibición por parte de la Comisión Europea. En efecto, en el citado asunto, la Comisión prohibió la adquisición de Honeywell por parte de General Electric precisamente por temor a que determinadas prácticas de empaquetamiento de la entidad fusionada pudieran dar lugar al cierre de mercado de los competidores con el subsiguiente perjuicio para los consumidores. La divergencia de intereses a proteger es patente si se comparan las conclusiones de la Comisión Europea con las de las autoridades americanas, que habían autorizado la operación por ser claramente generadora de eficiencias, pese a que ello significara fortalecer una empresa que en la actualidad ya era el líder del mercado.

No debe negarse que en el pasado también se han producido autorizaciones de operaciones de concentración en base a argumentos de eficiencias. Sin embargo, el análisis de las eficiencias se ha realizado de forma extremadamente cautelosa por parte de la Comisión. En los casos donde las eficiencias se han podido demostrar, las mismas se han aplicado como un elemento adicional o auxiliar para concluir que, de todas formas, una determinada operación de concentración no produce un daño a la competencia.

De hecho, no existe ninguna decisión bajo el antiguo Reglamento de Control de Concentraciones (Reglamento 4064/89) en la que la Comisión haya autorizado una operación de concentración que planteaba problemas de competencia exclusivamente en base a las eficiencias generadas por la misma.

En algunos asuntos, además, la Comisión declara expresamente que las eficiencias sólo se pueden tener en cuenta en aquellos casos donde no existan problemas de competencia. Así, en el asunto núm. IV/M.1313, Danish Crown/Vestjyske Slagterier, de 9 de marzo de 1999 (apartado 198), la Comisión declaró en relación con las eficiencias citadas por las partes lo siguiente: «*El artículo 2 (1) (b) del Reglamento de Control de Concentraciones establece que la Comisión puede tener en cuenta el criterio del progreso técnico y económico contemplado siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para*

la competencia. La creación de una posición de dominio en los mercados identificados [...] implica, por tanto, que el argumento de eficiencias planteado por las partes no puede ser tenido en cuenta en la evaluación de la presente operación de concentración» (la traducción es nuestra)¹².

Por tanto, parece que en el pasado, las eficiencias han servido, bien para atacar una operación de concentración determinada, bien para autorizar operaciones de concentración que, en realidad, no plantean problemas de competencia.

Ello ha llevado a que, en la práctica, las eficiencias hayan jugado un escaso o casi nulo papel en el ámbito del control de concentraciones.

En efecto, a las empresas y a sus asesores no les ha interesado poner sobre la mesa el tema de las eficiencias. En primer lugar, porque es mejor apostar —en la medida de lo posible— por el argumento de que la operación no plantea problemas de competencia.

En segundo lugar, y ello en relación con las operaciones que sin duda planteaban problemas de competencia, ante el riesgo de, no sólo reconocer de antemano el problema, sino que, además, facilitar argumentos a la Comisión a favor de la prohibición de la operación.

Sin embargo, la cuestión que nos interesa es precisamente saber si es posible autorizar una operación de concentración en base a argumentos de eficiencias en casos donde se producen efectos anticompetitivos. Es decir, nos interesa conocer si en el marco normativo actual cabe realizar una verdadera «defensa» de eficiencias.

Estas preguntas se las comienza a plantear la Comisión Europea en el marco de su reforma de la normativa europea de control de concentraciones, al darse cuenta de que existen costes ocultos por el hecho de no considerar las eficiencias generadas por operaciones de concentración. De hecho, sólo teniendo en cuenta adecuadamente los argumentos sobre eficiencias se puede favorecer la creación de empresas verdaderamente competitivas.

El Comisario Mario Monti declaró en julio de 2001: *«no estamos en contra de las operaciones de concentración que crean operadores más eficientes. Dichas operaciones de concentración tienden a beneficiar a*

¹² Véase en el mismo sentido Asunto núm. IV/M.993, Bertelsmann/Kirch/Premiere, de 27 de mayo de 1998, donde la Comisión declaró: *«A este respecto, es preciso subrayar que el criterio del progreso técnico y económico contemplado en la letra b) del art. 1 está sujeto a la reserva de que no se creen obstáculos a la competencia»*. En efecto, El art. 2.1 del antiguo Reglamento núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (Reglamento 4064/89), establecía que, a la hora de determinar si una operación de concentración determinada era compatible con el mercado común, tendría en cuenta, entre otros factores, *«la evolución del progreso técnico o económico, siempre que ésta sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia»*.

los consumidores, aunque los competidores puedan sufrir como consecuencia del incremento de competencia»¹³ (la traducción es nuestra).

Con el Libro Verde sobre la revisión del Reglamento de Control de Concentraciones 4064/1989¹⁴, la Comisión abre por fin el debate sobre la posibilidad de tener en cuenta las eficiencias a la hora de autorizar una operación de concentración que plantea problemas de competencia, haciéndose eco de los comentarios a favor de la conveniencia de autorizar una concentración cuando los beneficios para la economía que resultan de las eficiencias compensen el daño para la economía causado por la reducción de la competencia.

5. NORMATIVA APLICABLE A LAS EFICIENCIAS EN LA ACTUALIDAD. ESTADOS UNIDOS, UNIÓN EUROPEA Y ESPAÑA

En el presente apartado se realizará una breve exposición de cuál es la situación en Estados Unidos, jurisdicción que está a la cabeza en la aplicación del Derecho de la competencia y con la que Europa tiende a tratar de converger a largo plazo.

Examinaremos a continuación cuáles son los requisitos exigidos por la Comisión Europea en la actualidad, una vez admitida de forma expresa la posibilidad de utilizar el argumento de las eficiencias como defensa tras la reforma del Reglamento de Control de Concentraciones y su normativa de aplicación.

Por último, analizaremos la situación concreta aplicable en España en la actualidad y los cambios propuestos en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia al respecto.

A. EL TRATAMIENTO DE LAS EFICIENCIAS EN ESTADOS UNIDOS

La doctrina sobre las eficiencias aplicada hoy en Estados Unidos se recoge en el capítulo sobre eficiencias de las *Horizontal Merger Guidelines (Guidelines)*, que fueron revisadas de forma conjunta por el DOJ y el FTC en 1997¹⁵.

Las *Guidelines* han inspirado gran parte de las Directrices Horizontales de la Comisión Europea, incluyendo el tratamiento de las eficiencias, si bien existen todavía diferencias importantes entre ambos sistemas.

¹³ M. MONTI, «The Future for Competition Policy in the European Union» (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/01/340&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>).

¹⁴ COM (2001) 745/6, de 11 de diciembre de 2001.

¹⁵ *Horizontal Merger Guidelines*, 8 de abril de 1997 (<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm>).

La primera diferencia es que en Estados Unidos no existe la misma necesidad de demostrar que las eficiencias repercutirán en el bienestar del consumidor, ya que también se consideran eficiencias aquellas que benefician a los productores a expensas de los consumidores. En definitiva, se adopta el estándar TSS y no el CWS.

La segunda diferencia es que en Estados Unidos el enfoque es eminentemente práctico. Son ya muchos años valorando eficiencias en numerosos casos y las agencias han establecido criterios que permiten a las empresas predecir si una determinada eficiencia va o no a ser admitida. El método es sencillo, se calculan los ahorros de costes y se determina si compensan las pérdidas por las potenciales subidas de precios y otros costes que resultan de la reducción de competencia. Las *Guidelines* aclaran que las eficiencias más fáciles de demostrar son las economías de alcance que resultan de la fabricación de productos de modo conjunto a partir de activos que estaban separados. Estas economías de alcance tienen un carácter inherente a la concentración, son verificables y afectan al coste marginal de producción. Por el contrario, los ahorros en políticas de I+D o la reducción de *x-ineficiencias* son difícilmente verificables.

Pero en la actualidad predominan las similitudes con Europa. Así, las *Guidelines* advierten que es altamente improbable que una concentración que produzca efectos anticompetitivos graves pueda autorizarse invocando unos aumentos de eficiencia —y las Directrices Horizontales recogen una advertencia muy similar en el párrafo 84—.

B. EL TRATAMIENTO DE LAS EFICIENCIAS EN EUROPA

a) *Normativa aplicable*

Las eficiencias no se han tenido en cuenta «oficialmente» hasta 2004 con la entrada en vigor del nuevo Reglamento de Control de Concentraciones 139/2004¹⁶ (el «Reglamento de Control de Concentraciones»), que introduce por primera vez el término eficiencias, reconociendo expresamente el papel fundamental que las eficiencias están llamadas a desempeñar en el ámbito del control de las concentraciones económicas.

En la misma línea, las Directrices Horizontales desarrollan y clarifican los requisitos a tener en cuenta a la hora de defender que una operación de concentración determinada genera eficiencias que determinan que dicha operación debería ser autorizada.

Por último, resultan relevantes las Directrices de la Comisión sobre la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado¹⁷ [en adelante «Directri-

¹⁶ DOUE, L 24, de 29 de enero de 2004, pp. 1 ss.

¹⁷ DOUE, C 101, de 27 de abril de 2004, pp. 97 ss.

ces 81 (3)»], que tratan la cuestión de las eficiencias en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la competencia¹⁸ y que, tal y como veremos, pueden resolver alguna duda mediante una interpretación analógica, siempre realizada con cierta prudencia¹⁹.

b) *Orientación del Derecho europeo de control de concentraciones*

i) *¿Total Surplus Standard o Consumer Welfare Standard?*

No cabe duda de que en el centro de la política europea de la competencia se encuentra la protección del consumidor. Tal y como veremos, bajo el presente Reglamento de Control de Concentraciones, al igual que bajo el anterior, el requisito básico para que las eficiencias puedan tenerse en cuenta es que las mismas beneficien a los consumidores.

Es decir, bajo el Derecho europeo de control de concentraciones, productor y consumidor no tienen el mismo peso, quedando la balanza claramente a favor de este último²⁰. Por tanto, las ganancias de las empresas o los productores deben considerarse neutras y no pueden servir para compensar los perjuicios causados al consumidor.

El estándar europeo exige, por tanto, la existencia de eficiencias sustanciales para permitir que operaciones contrarias a la competencia se lleven a cabo.

¹⁸ Al fin y al cabo, las empresas tratan de alcanzar ganancias de eficiencias a través de múltiples formas, no sólo concentraciones económicas, sino también alianzas estratégicas, empresas en participación, acuerdos de licencia, de distribución, etc.

¹⁹ Los acuerdos restrictivos de la competencia a los que les son aplicables las Directrices 81 (3) y las operaciones de concentración a las que le son aplicables las Directrices Horizontales no son plenamente asimilables. En efecto, las operaciones de concentración entre empresas representan la máxima restricción a la competencia por varias razones. En primer lugar, en cuanto al ámbito de coordinación de actividades se refiere. Si bien con excepciones, la cooperación entre empresas suelen limitarse a aspectos específicos de la cadena de producción y comercialización de un determinado producto, mientras que en las operaciones de concentración suele producirse una integración total de actividades. En segundo lugar, y lo que es más importante, las operaciones de concentración son irreversibles, por lo que la autorización se concede sin límite temporal alguno. Por el contrario, la exención contenida en el apartado tercero del art. 81 CE se aplica en cuanto se cumplan las cuatro condiciones, pero deja de aplicarse en cuanto no sea así, con la excepción de aquellos efectos de un acuerdo que sean irreversibles [apartados 44 y 45 de las Directrices 81 (3)]. Por último, las Directrices 81 (3) únicamente permiten tener en cuenta las eficiencias en la medida en que no se produzca una eliminación de la competencia, mientras que en el ámbito de control de concentraciones estamos ante eficiencias que deben ser tenidas en cuenta precisamente para compensar los efectos perniciosos para la competencia que, de no existir dichas eficiencias, se producirían. Por todas estas razones, las Directrices 81 (3) podrían en cierta forma ser consideradas más permisivas que las Directrices Horizontales. De todo lo anterior se deduce que la interpretación analógica anteriormente citada debe realizarse con prudencia.

²⁰ Existen opiniones a favor de conferir importancia también a las empresas (el productor). En principio, los que se benefician de las eficiencias son sus accionistas, quienes, al fin y al cabo, también son consumidores. La sociedad también se beneficia cuando, gracias a las eficiencias, se generan y se desarrollan empresas verdaderamente competitivas en el mercado.

- ii) ¿Eficiencias como argumento de defensa exclusivamente o cabe utilizar las eficiencias como argumento de ataque bajo el nuevo régimen de control de concentraciones?

Esta pregunta no resulta fácil de responder.

En principio, la redacción del art. 2 (1) (b) del Reglamento 139/2004 permanece inalterada, estableciendo que, en su evaluación, la Comisión tendrá en cuenta «*el desarrollo del progreso técnico o económico siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia*».

Surgen, por tanto, dudas de si las eficiencias pueden ser utilizadas como verdadera «defensa», dado que, al igual que bajo el régimen anterior, el nuevo Reglamento de Control de Concentraciones continúa exigiendo que no se produzca un obstáculo a la competencia.

Por su parte, el expositivo 29 del Reglamento de Control de Concentraciones aclara las dudas citadas al establecer que «*para determinar la repercusión de una concentración sobre la competencia en el mercado común, conviene tener en cuenta las posibles eficiencias invocadas y motivadas por las empresas afectadas. Es posible que las eficiencias derivadas de la concentración contrarresten los efectos sobre la competencia y, en particular, el perjuicio potencial para los consumidores, que en caso contrario podría resultar de la concentración, y que, como consecuencia de ello, ésta no obstaculice de forma significativa la competencia efectiva, particularmente consecuencia de la creación o el refuerzo de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo...*».

Se admite, por tanto, de forma expresa, que la Comisión tenga en cuenta las eficiencias como argumento de defensa a la hora de analizar operaciones que plantean problemas de competencia.

Sin embargo, el hecho de que esta precisión se haya hecho en un expositivo y no se haya modificado el art. 2 (1) (b) del Reglamento de Control de Concentraciones ha sido objeto de críticas, ya que en la práctica se ha conferido a la Comisión un amplio margen de discrecionalidad a la hora de aplicar su política sobre eficiencias, pudiendo utilizar las mismas como argumento de ataque en el futuro.

No obstante lo anterior, la Comisión, por su parte, ha aclarado la forma en la que piensa aplicar en el futuro el argumento de las eficiencias en las Directrices Horizontales.

Nótese que en el borrador de Directrices publicado por la Comisión para comentarios, la Comisión aludía expresamente a la posibilidad de tener en cuenta las eficiencias como argumento de ataque. Así, entre los elementos que podrían determinar que existía una posición de dominio se

encontraban eficiencias como los ahorros de costes. Esta previsión generó múltiples críticas, por lo que la Comisión eliminó la misma del texto final vigente en la actualidad.

El texto final de las Directrices Horizontales²¹ establece lo siguiente: *«es posible que las eficiencias derivadas de una concentración contrarresten los efectos sobre la competencia y, en particular, el perjuicio potencial para los consumidores que la misma podría tener en caso contrario».*

Por tanto, parece que a partir de la entrada en vigor del nuevo Reglamento de Control de Concentraciones y de la política anunciada por la Comisión en sus Directrices Horizontales, las eficiencias pueden ser tenidas en cuenta como argumento para autorizar una operación de concentración que plantea problemas de competencia.

No puede, sin embargo, excluirse que las eficiencias puedan ser utilizadas como argumento de ataque en determinados supuestos. Como se mencionó anteriormente, el art. 2 (1) (b) del Reglamento de Control de Concentraciones puede servir de base a la misma y, pese a las modificaciones realizadas durante el procedimiento de revisión de la normativa y las aclaraciones realizadas por la Comisión, no se ha realizado ningún pronunciamiento expreso en el Reglamento que impida a la Comisión prohibir concentraciones en base a eficiencias.

c) *Requisitos para demostrar la existencia de eficiencias*

La Comisión Europea especifica y desarrolla los requisitos a tener en cuenta para demostrar la existencia de eficiencias que puedan contrarrestar los posibles obstáculos a la competencia de una concentración en las Directrices Horizontales.

A continuación analizaremos los criterios generales sentados por las Directrices Horizontales y las principales cuestiones que hasta el momento han surgido en relación con la aplicación práctica de las mismas. De todas formas, es preciso tener en cuenta que el tema de las eficiencias es complejo y la solución a problemas específicos debería realizarse mediante un examen caso por caso.

En el apartado 78 de las Directrices Horizontales se establece que, para que la Comisión Europea pueda tener en cuenta las eficiencias invocadas en su evaluación de la concentración y llegar a la conclusión de que gracias a las mismas no hay motivos para declarar la concentración incompatible con el mercado común, las eficiencias deben beneficiar a los consumidores, tener un carácter inherente a la concentración y ser verificables.

²¹ «Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones económicas entre empresas (2004/C 31/03)», *DOUE*, C 31/5, 5 de febrero de 2004.

Estas condiciones, según la Comisión, son cumulativas, esto es, basta con que no se supere una de ellas para que el argumento de las eficiencias no pueda prosperar.

i) Beneficio para los consumidores

Como se citó anteriormente, el art. 2 (1) (b) del Reglamento exige que para que se puedan tener en cuenta las eficiencias es preciso que las mismas beneficien a los consumidores. Se trata, como no podía ser de otra forma, de una condición inherente a cualquier sistema normativo orientado hacia el CWS²².

La primera cuestión que se nos plantea al analizar la condición de beneficio para los consumidores es, precisamente, cuál es la noción de consumidor a los efectos del análisis de eficiencias. La propia Comisión aclara en sus Directrices Horizontales que el concepto de consumidor a estos efectos abarca a los consumidores medios y finales, es decir, a los usuarios de los productos cubiertos por la concentración²³.

Ante el silencio de las Directrices Horizontales, no parece que sea necesario que las eficiencias se repercutan a lo largo de la cadena de producción o distribución hasta llegar al consumidor final, lo que, de todas formas, plantearía enormes problemas de prueba.

La Comisión también precisa que el término consumidores incluye también a los clientes, potenciales o reales, de las partes de la concentración. Es decir, el análisis debe ser global y dinámico y tendrá en cuenta cualquier consumidor que, pese a no ser cliente de las partes, podría llegar a serlo con un suficiente grado de probabilidad, de forma que no sufran un daño como consecuencia de la decisión de la Comisión autorizando la operación.

Una cuestión diferente sería si las eficiencias podrían considerarse transmitidas al consumidor cuando sólo una parte de los mismos se beneficia de aquéllas o si, por el contrario, es preciso que las eficiencias sean transmitidas a todos los consumidores. Por ejemplo, ¿sería suficiente con

²² Véase a título de ejemplo el Asunto núm.(FF)IV/M.774, Saint Gobain/Wacker Chemie, de 4 de diciembre de 1996, donde la Comisión reconoce las sinergias potenciales de la operación (especialmente en una de las fábricas del grupo), pero considerando que no se había demostrado que dichas eficiencias se repercutirían a los consumidores declaró: «la posibilidad de un aumento de precios del producto como consecuencia de la operación no queda compensada por las sinergias potenciales» (apartado(FF)246).

²³ Nota al pie 105 de las Directrices Horizontales. Las Directrices 81 (3) apuntan hacia el mismo sentido cuando establecen que: «a efectos del apartado tercero del art.(FF)81 del Tratado, se entiende por consumidores los clientes de las partes del acuerdo y los posteriores compradores. Los clientes pueden ser empresas, como en el caso de los compradores de maquinaria industrial o de productos para una ulterior transformación, o consumidores finales, como, por ejemplo, en el de la compra de helados de consumo impulsivo o de bicicletas».

que las eficiencias se repercutan únicamente a un segmento de los consumidores de un determinado producto, como los grandes compradores? No creemos que pueda responderse afirmativamente a esta cuestión, ya que estimamos altamente improbable que la Comisión se muestre dispuesta a sacrificar a un grupo de consumidores en beneficio de otros. En este sentido, además, la propia Comisión establece en las Directrices 81 (3) que las eficiencias deben incidir de forma global sobre los consumidores de productos del mercado de referencia, y no en miembros individuales de ese grupo de consumidores. De todas formas, quizá sería suficiente con que las eficiencias se transmitan únicamente a aquellos consumidores que resultaran perjudicados por una operación de concentración en cuestión. No obstante lo anterior, éstas son cuestiones a las que la Comisión tendrá que dar respuesta en los casos que se le presenten en el futuro y que por ahora nos conformamos con plantear.

Las Directrices 81 (3) siguen arrojando luz en cuanto al requisito de la transmisión de eficiencias al consumidor, estableciendo que no es necesario que todas y cada una de las eficiencias invocadas se repercutan en los consumidores. Lo verdaderamente relevante es que los consumidores se vean plenamente compensados y que se les reserve una participación equitativa en el conjunto de los beneficios resultantes. Así, por ejemplo, un incremento de precios puede compensarse a través de una mayor calidad de productos u otras eficiencias.

Por otro lado, las Directrices Horizontales establecen que las eficiencias han de beneficiar, en principio, a los consumidores de aquellos mercados de referencia en los que, de lo contrario, probablemente surgirían problemas de competencia²⁴. Por tanto, como regla general, la Comisión no va a admitir que las eficiencias se produzcan en un mercado diferente al mercado en el que se producen efectos anticompetitivos como consecuencia de la operación de concentración.

No obstante lo anterior, pueden producirse excepciones, ya que las propias Directrices Horizontales introducen el matiz «en principio». Lo importante en este caso es que el saldo neto a favor de los consumidores resulte positivo.

De hecho, ésta es la posición de las Directrices 81 (3) cuando establece que *«en principio, los efectos negativos para los consumidores en un mercado geográfico o mercado de producto no pueden compararse ni compensarse con los efectos positivos para los consumidores de otro mercado geográfico o mercado de producto ajeno a él. No obstante, cuando dos mercados están vinculados, pueden tomarse en consideración las eficiencias obtenidas en mercados diferentes, siempre y cuando el grupo de consumidores afectado por la restricción y el beneficiario de las mejoras de eficiencia sean sustancialmente idénticos (tal y como la Comisión deduce del asunto T-86/95, Compagnie Générale Maritime y*

²⁴ Apartado 79 de las Directrices Horizontales.

otros (apartados 343 a 345), donde el TPI declaró que el apartado 3 del art. 81 TCE no requiere que los beneficios estén vinculados a un mercado específico y que en ocasiones se puede tener en cuenta otros mercados en los que el acuerdo tenga efectos beneficiosos. En dicho asunto el grupo de consumidores era el mismo)».

De las Directrices 81 (3) parecen deducirse, por tanto, dos requisitos para que se puedan tener en cuenta eficiencias en mercados diferentes al afectado por la concentración. La primera, que los mercados estén vinculados. La segunda, que el grupo de consumidores que «sufre» los efectos anticompetitivos en un mercado y se «beneficia» de las supuestas eficiencias sea el mismo.

De hecho, la importancia de no tener en cuenta mercados estancos se ha puesto de relieve por algunos autores en el pasado. En efecto, las —a veces estrechas— definiciones de mercado realizadas por las autoridades de competencia pueden llevar a bloquear una operación de concentración por supuestos efectos anticompetitivos en un mercado muy pequeño, a pesar de tener por efecto importantes eficiencias en mercados mayores y más importantes, especialmente en los supuestos en los que el grupo de consumidores es el mismo.

A la hora de analizar los incentivos que pueden tener las empresas para transmitir al consumidor las eficiencias alcanzadas como consecuencia de una operación de concentración, hay que tener en cuenta la llamada «tasa de transmisión» a la que hace referencia la Comisión Europea en sus Directrices 81 (3). En efecto, la Comisión entiende que, pese a que las empresas pueden tener incentivos para transmitir al consumidor ciertos tipos de eficiencias, ello no implica que la tasa de transmisión sea efectivamente del 100 por 100. La tasa real de transmisión depende de la elasticidad de la demanda, esto es, de la medida en que los consumidores reaccionan ante las variaciones de precios del producto o servicio en cuestión. Así, en caso de demanda elástica en la que no es posible practicar una discriminación de precios, la reducción afectaría a todas las unidades vendidas por la empresa en cuestión. En el caso contrario, esto es, en el supuesto de que sea posible para la empresa en cuestión practicar una discriminación de precios al ser la demanda de un determinado producto o servicio inelástica, entonces la tasa de transmisión será menor y sólo beneficiará a aquellos consumidores sensibles a los precios.

Por último, nos planteamos qué sucedería si las eficiencias que se generan benefician a consumidores de jurisdicciones diferentes a las investigadas por la Comisión Europea. En principio, podría pensarse que cada jurisdicción tiene que tener en cuenta los efectos anticompetitivos y las eficiencias generadas en su propio territorio, al ser efectivamente éste el único ámbito en relación con el cual van a ser competentes para obtener la información necesaria para realizar su análisis. Sin embargo, exis-

ten voces que señalan que el tema de las eficiencias debería considerarse de forma global. Ésta sería intuitivamente la solución más justa, pero quizá la más difícil de llevar a cabo en la práctica, dadas las dificultades para obtener toda la información necesaria y ponderar intereses que, en ocasiones, podrían ser divergentes en función de la jurisdicción en cuestión.

ii) Eficiencias identificadas en las Directrices Horizontales

La condición del beneficio para los consumidores implica, en primer lugar, medir el efecto en precios de una operación de concentración determinada. Si bien dicho efecto en precios es importante, también lo es la mejora de la calidad, la aparición de nuevos productos, etc.

Así lo reconoce la propia Comisión Europea en sus Directrices Horizontales²⁵. En primer lugar, la Comisión identifica como eficiencia la reducción de precios²⁶, si bien reconoce que los consumidores también pueden beneficiarse de productos o servicios nuevos o mejorados, por ejemplo, a raíz de un aumento de la eficiencia en el ámbito de la investigación y el desarrollo o la innovación. Es necesario también tener en cuenta las eficiencias que aumentan el incentivo de una empresa para aumentar la producción y bajar los precios, reduciendo posibles efectos coordinados existentes en el mercado de referencia.

La Comisión también puntualiza que no pueden tenerse en cuenta reducciones de costes que sean consecuencia de una reducción anticompetitiva de la producción.

En el marco de la reducción de precios, la Comisión explicita que los ahorros de costes variables o marginales tienen una mayor probabilidad de resultar pertinentes para la evaluación de las eficiencias que las reducciones de costes fijos, ya que es más probable que sean las primeras las que acaben dando lugar unos precios más bajos para los consumidores²⁷.

La reducción de costes —variables o marginales— se torna así en uno de los elementos más relevantes a la hora de diseñar una estrategia de defensa en base a eficiencias. En efecto, la Comisión estima que es el tipo de eficiencia que es más probable que dé lugar a una reducción de precios en beneficio del consumidor.

²⁵ Apartado 80 de las Directrices Horizontales.

²⁶ A nuestro juicio, el efecto neutro en precios también tendría que ser incluido en este grupo. De hecho, la Comisión, en sus Directrices 81 (3), establece que el efecto de un acuerdo debe ser al menos neutro desde el punto de vista de aquellos consumidores que son afectados por el acuerdo. En dicho supuesto, la Comunicación establece que, pese a dicho efecto neutro, la sociedad sale beneficiada cuando las eficiencias permiten, bien utilizar menos recursos para generar la producción consumida, bien producir bienes de mayor valor, lo que redundaría en una asignación más eficaz de los recursos.

²⁷ Para una explicación detallada de las razones por las que la Comisión llega a esta conclusión véase el apartado 98 de las Directrices 81 (3).

Sin embargo, la distinción entre costes variables o marginales y costes fijos operada por la Comisión ha sido objeto de críticas, por resultar demasiado artificial, precisamente porque, teniendo en cuenta una perspectiva dinámica, algunos costes fijos podrían ser considerados como variables. En efecto, reducciones de costes fijos pueden dar lugar a reducciones de precios o a otras eficiencias de carácter más cualitativo²⁸ a largo plazo, ya que en dicho ámbito temporal el objetivo de las empresas es recuperar sus costes totales²⁹.

A la hora de calcular las eficiencias de costes es necesario, además, tener en cuenta todas las eficiencias en el conjunto de la estructura de costes de una empresa. En este sentido, puede que se produzca una reducción de los costes de producción de un 6 por 100. Sin embargo, es necesario comprobar qué proporción representan dichos costes en relación con los costes totales de la empresa. Si los costes de producción únicamente implican un tercio de los costes a partir de los que se determina el precio, entonces en realidad la reducción de los costes totales sería únicamente de un 2 por 100³⁰.

iii) Las eficiencias trasladadas al consumidor deben ser sustanciales

Las Directrices Horizontales especifican que las eficiencias han de ser suficientemente sustanciales como para compensar el perjuicio potencial que una operación de concentración pueda ocasionar a los consumidores³¹.

Las Directrices exigen además que las eficiencias sean transmitidas al consumidor «en un grado suficiente». Esta condición depende, a su vez, del grado de competencia en el mercado y de las barreras de entrada³².

Por tanto, mientras más anticompetitivo sea el efecto de una operación de concentración determinada, mayor traslado de eficiencias a los consumidores se requerirán para realizar la compensación. El carácter sustancial de las eficiencias se modula así en una escala móvil que varía en función de los efectos anticompetitivos de la operación.

Existe una escala móvil similar en las Directrices 81 (3) de la Comisión, en virtud de la cual cuanto mayor sea la restricción a la competencia en relación con el apartado 1 del art. 81 CE, mayores deberán ser las eficiencias y la participación de los consumidores en las mismas³³.

²⁸ Por ejemplo, una reducción de costes fijos puede liberar algunos recursos de la empresa para, por ejemplo, invertir en actividades de investigación y desarrollo.

²⁹ La propia Comisión Europea matiza que es en el corto plazo cuando la relación entre costes fijos y precios es menos directa.

³⁰ Apartado 100 de las Directrices 81 (3).

³¹ Apartado 86 de las Directrices Horizontales.

³² Apartado 84 de las Directrices Horizontales.

³³ Nótese que en el ámbito del apartado tercero del art. 81 CE se establece un umbral máximo

Es lógico pensar que el grado de transmisión de eficiencias a los consumidores será mayor cuanto mayor rivalidad exista en el mercado. Sin embargo, si la cuestión dependiera exclusivamente de este último aspecto, las eficiencias sólo se tendrían en cuenta en aquellos supuestos en los que las mismas no están llamadas a desempeñar un papel fundamental, esto es, en los supuestos donde en primer lugar no se plantean problemas de competencia. Han surgido críticas en este sentido, afirmándose que el requisito de transmisión de eficiencias a los consumidores juega un papel importante, precisamente, cuando menos importa³⁴.

Sin embargo, tal y como se discutió anteriormente, no se requiere que las eficiencias sólo jueguen un papel cuando una operación de concentración genera efectos anticompetitivos limitados. Nótese que esta previsión fue realizada por la Comisión en el Borrador de Directrices Horizontales publicado para comentarios, pero fue finalmente eliminada del texto definitivo³⁵. Por tanto, incluso en los casos de obstaculización significativa de la competencia efectiva cabe el examen de eficiencias.

Lo que el requisito de sustancialidad requiere en este contexto es que las eficiencias sean de un alcance tal que permitan contrarrestar la hipotética eliminación de la competencia en el mercado. Es decir, puede crearse o reforzarse una posición de dominio, pero si la operación de concentración genera eficiencias, como, por ejemplo, la reducción de precios en el mercado, entonces la operación puede autorizarse.

Lo que sí establece la Comisión de forma expresa en sus Directrices Horizontales es un umbral máximo a partir del cual es probable que una operación de concentración no pueda compensarse a través de eficiencias, incluso si las mismas son sustanciales. Es el caso de aquellas concentraciones que conduzcan a una posición de mercado próxima al monopolio o a un grado similar de poder de mercado³⁶. Téngase en cuenta que la Comisión no excluye totalmente la posibilidad de autorización, sino que sienta una alta presunción en contra de conceder la misma. En la práctica, parece que esta afirmación va a ser difícil de cuestionar.

Por último, pese a no abordarse de forma expresa en las Directrices Horizontales, un aspecto a tener en cuenta en relación con el requisito de la sustancialidad es la cuestión de los efectos acumulativos. En este sentido, es posible que las eficiencias inducidas por una operación de concentración, a pesar de no ser sustanciales, se repliquen de alguna forma por los rivales de las partes durante un período determinado. Si esto fuera así

para la compensación de eficiencias consistente en la no eliminación de la competencia en el mercado.

³⁴ Para una discusión al completo sobre esta cuestión véase el apartado 5.2.2.ii) anterior.

³⁵ En concreto, el borrador de Directrices Horizontales de la Comisión recogía la siguiente previsión: «es más probable que las eficiencias se juzguen determinantes si son sustanciales y además los posibles efectos anticompetitivos de la concentración son limitados». Esta previsión ha sido eliminada del texto final de las Directrices Horizontales.

³⁶ Las autoridades americanas también incluyen en esta previsión.

sería necesario, como no podría ser de otra forma, moderar el requisito de la sustancialidad.

iv) El requisito de la prontitud de las eficiencias

Las Directrices Horizontales también especifican que la condición de beneficios al consumidor debe enmarcarse en un requisito temporal.

En este sentido, no se requiere que la transmisión de beneficios al consumidor sea instantánea, pero las eficiencias deben producirse con «prontitud» para que puedan considerarse un factor compensatorio, entendiéndose que, mientras más largo sea el plazo previsto para la materialización de las eficiencias, menor será la importancia que pueda conferirles a las mismas la Comisión³⁷.

A efectos de garantizar cierta seguridad jurídica, se ha propuesto que la extensión concreta del requisito temporal se especifique de alguna forma. Algunos autores han propuesto un plazo máximo de cuatro años para que una determinada eficiencia se materialice. También se ha sugerido que las eficiencias que se materialicen más allá de un plazo de veinte años no sean tenidas en cuenta por la Comisión. No obstante lo anterior, entendemos que la fijación de plazos predeterminados podría plantear problemas en la práctica y que es más conveniente realizar un examen de eficiencias caso por caso.

El requisito de la prontitud es relevante a la hora de examinar el argumento de reducción de costes. Como se detalló anteriormente, si se mira a largo plazo, determinados ahorros de costes fijos, que inicialmente no son tenidos en cuenta por la Comisión, pueden ser repercutidos a los consumidores bajo la forma de mejores precios u otro tipo de eficiencias de carácter más cualitativo [véase para mayor detalle el apartado 5.B.c.ii) anterior].

Otra cuestión interesante en relación con el requisito de la prontitud es si las eficiencias deberían corresponderse en el tiempo con el efecto anti-competitivo de una determinada operación de concentración. En principio, no tendría que haber obstáculo para que un efecto anticompetitivo actual se compensara con una eficiencia futura, o viceversa, siempre que la compensación arroje un saldo neto positivo a favor del consumidor. De todas formas, interesa destacar que, bajo el marco normativo actual, no se requiere que los efectos anticompetitivos superen una condición de prontitud como la que tienen que superar las eficiencias llamadas a compensar aquéllos.

Podemos encontrar información adicional sobre esta cuestión en las Directrices 81 (3), que reconocen de forma expresa esta posibilidad. Ajust-

³⁷ Apartado 83 de las Directrices Horizontales.

tando el requisito temporal al principio de proporcionalidad, las Directrices 81 (3) especifican que el hecho de que una eficiencia se consiga en un período largo de tiempo determina que la eficiencia tenga que ser mucho mayor, de forma a compensar suficientemente las pérdidas incurridas por los consumidores durante dicho período³⁸. Ejemplo de este supuesto puede ser el caso de las eficiencias alcanzadas a través de la innovación. Mediante actividades de investigación y desarrollo de dos empresas complementarias pueden lograrse eficiencias sustanciales (aparición de un nuevo producto que sin la operación de concentración no podría aparecer o lo haría de forma mucho más lenta), pero dichas eficiencias se generarán en un lapso de tiempo más extenso.

En este sentido, a la hora de probar una eficiencia futura, la Comisión especifica —de forma sumamente útil— que una mejora futura no tiene el mismo valor que una pérdida actual del mismo valor nominal³⁹. A la hora de realizar una compensación de pérdidas actuales y mejoras futuras es preciso, según la Comisión, descontar el valor actual para los consumidores de las futuras mejoras aplicando una tasa de descuento que debería reflejar la tasa de inflación y el interés perdido, indicadores de la reducción del valor de las futuras mejoras.

Habría que plantearse también el supuesto contrario. ¿Qué sucede si las eficiencias se alcanzan con mayor rapidez pero existe el riesgo de que con posterioridad a la operación de concentración se produzcan efectos anticompetitivos?⁴⁰ Imaginemos el supuesto de una concentración que permita introducir un determinado producto en el mercado con varios años de antelación, pese al riesgo de que, con posterioridad, se cree o se refuerce una posición de dominio que permita a la entidad resultante incrementar los precios. En dicho caso, la Comisión estima que puede realizarse una compensación, y que el valor de las eficiencias actuales tiene que compensar el valor de los perjuicios futuros. Nótese, sin embargo, que aún existe el riesgo de que la Comisión utilice el argumento de las eficiencias como un «ataque» de la operación⁴¹ si las ganancias actuales son inferiores a las pérdidas futuras, por lo que el elemento de la prueba constituye un aspecto fundamental a tener en cuenta en ese supuesto de hecho.

³⁸ Apartado 87 de las Directrices 81 (3).

³⁹ Apartado 88 de las Directrices 81 (3).

⁴⁰ Apartado 89 de las Directrices 81 (3). La Comisión introduce aquí un ejemplo interesante de un acuerdo que permita a dos fabricantes introducir en el mercado unos neumáticos más seguros con tres años de adelanto, pero que tenga también como consecuencia que se aumente el poder de mercado de los mismos, produciéndose una subida de precios de un 5 por 100. En este caso, la Comisión estima que: «es probable que el acceso más rápido a un producto sustancialmente mejorado compense con creces el aumento de precios».

⁴¹ Por ejemplo, la Comisión podría concluir que la entidad resultante de la fusión podría practicar precios predatorios.

v) Carácter inherente a la operación de concentración de las eficiencias

La Comisión Europea declara en sus Directrices Horizontales que las eficiencias deben ser consecuencia directa de la operación notificada y no pueden materializarse en la misma medida a través de soluciones alternativas menos anticompetitivas⁴².

Así, la Comisión no tendrá en cuenta eficiencias que podrían alcanzarse mediante soluciones alternativas, ya sean de carácter concentrativo o no concentrativo como, por ejemplo, la creación de una empresa en participación sin plenas funciones, la conclusión de la acuerdos de licencia, de especialización, la expansión interna, desinversión, etc.⁴³

A la hora de probar la indispensabilidad de la operación de concentración para alcanzar las eficiencias alegadas, un indicador útil, por su posibilidad de cuantificación, es el criterio de los costes. Si una operación de concentración es la forma menos costosa de alcanzar una determinada eficiencia, podría concluirse que un acuerdo de cooperación no resulta en realidad una alternativa a tener en cuenta porque las partes no lo concluirían.

Un segundo indicador para demostrar el carácter inherente a la concentración de las eficiencias es la noción de «escala mínima de eficacia»⁴⁴. Por escala mínima de eficacia se entiende el nivel de producción necesario para reducir al mínimo los costes medios de una empresa y agotar sus economías de escala. Cuanto mayor sea la escala mínima de eficacia en comparación con las dimensiones de cualquiera de las partes de la operación de concentración, más probable será que las eficiencias se consideren inherentes a la misma.

Al analizar el requisito de la indispensabilidad, la Comisión no está sino «juzgando» la decisión de las partes de fusionarse y conjeturando sobre lo que sucedería si la operación no se lleva a cabo. En efecto, si la Comisión concluye que existe otra alternativa, la operación no se autorizará. Sin embargo, ¿dónde está el límite? ¿Hasta dónde puede «conjeturar» la Comisión?

La Comisión trata de salir al paso de estas cuestiones declarando que sólo considerará alternativas razonablemente practicables⁴⁵. Parece, por

⁴² Apartado 85 de las Directrices Horizontales.

⁴³ La consideración de soluciones alternativas debe, sin embargo, realizarse con prudencia. En ocasiones, la solución alternativa también podría ser considerada anticompetitiva. Si una operación de concentración entre A y B es anticompetitiva, probablemente un acuerdo de cooperación horizontal entre las mismas también lo será.

⁴⁴ Ver apartado 76 de las Directrices 81 (3).

⁴⁵ El apartado 85 de las Directrices Horizontales establece que: «La Comisión sólo considera alternativas que resulten razonablemente prácticas de la situación comercial en la que se encuen-

tanto, que la Comisión va a ser cauta a la hora de considerar posibles alternativas que, de existir, determinarían que la operación de concentración pudiera ser objeto de una prohibición.

Las declaraciones de la Comisión al respecto son bienvenidas. En efecto, la Comisión no debería embarcarse en un examen pormenorizado y teórico de todos y cada uno de los medios alternativos supuestamente menos restrictivos. Esto no sería realista ni proporcionado para las partes, que se verían obligadas a probar una —probablemente ilimitada— lista de hipótesis para conseguir que su defensa de eficiencias fuera admitida por la Comisión Europea.

A nuestro juicio, para la Comisión debería ser suficiente con que se demuestre que es probable que las eficiencias se alcancen con la operación de concentración y de que es improbable que se alcancen en ausencia de la misma.

En este sentido, nótese que en el ámbito del art. 81 TCE el análisis no es tan rígido. Lo relevante en el caso de acuerdos restrictivos es analizar si cada una de las restricciones contenidas en el mismo permite probablemente o no realizar la actividad con más eficacia que en su ausencia. En palabras de la Comisión, la cuestión no es si, de no haber restricción, no se habría celebrado el acuerdo, sino si con el acuerdo o la restricción se generan más eficiencias que sin ellos⁴⁶.

La Comisión puntualiza además en las Directrices 81 (3) que a la hora de interpretar el requisito de la indispensabilidad, las empresas que lo invocan no están obligadas a plantear alternativas de índole hipotética o teórica. Deben atenderse a las condiciones del mercado y a las realidades comerciales que afrontan las partes del acuerdo. La Comisión ha admitido expresamente que no realizará interpretaciones sobre el criterio económico de las partes y que sólo intervendrá cuando sea razonablemente claro que hay alternativas reales y factibles. En ese último caso, las partes tan sólo deben explicar y demostrar por qué las citadas alternativas resultarían claramente menos eficaces que el acuerdo restrictivo de la competencia.

Aunque los requisitos de las Directrices 81 (3) podrían resultar en cierta manera más laxos que los previstos en las Directrices Horizontales, las afirmaciones de la Comisión recogidas anteriormente deberían ser plenamente aplicables a las operaciones de concentración entre empresas. La carga de la prueba del carácter inherente de la operación de concentración no debería ser sustancialmente superior, so pena de estar estableciendo una especie de «prueba diabólica», privando así al argumento de las eficiencias de toda efectividad práctica.

tran las partes que van a fusionarse, teniendo en cuenta las prácticas consolidadas en el sector correspondiente».

⁴⁶ Apartado 74 de las Directrices 81 (3).

vi) Las eficiencias deben ser verificables

La Comisión declara en sus Directrices Horizontales que para tener una seguridad «razonable» de que las eficiencias se materializarán, éstas tienen que ser verificables.

A estos efectos, la Comisión establece que las eficiencias y los beneficios a los consumidores deberán cuantificarse en la medida de lo posible. Cuando no estén disponibles los datos necesarios para realizar un análisis cuantitativo exacto, debe ser posible prever un impacto positivo manifiesto —no marginal— en los consumidores⁴⁷.

Resulta evidente que el principal escollo para que una defensa basada en eficiencias tenga éxito consiste precisamente en la dificultad para cumplir el requisito de la verificabilidad⁴⁸. En efecto, el análisis de eficiencias generadas por una operación de concentración determinada está basado en meras anticipaciones. Es extremadamente difícil que, en el caso concreto, las partes puedan realizar una demostración completa *ex ante* de las mismas. Mucho más si tenemos en cuenta que no es en absoluto extraño que determinadas operaciones de concentración no hayan alcanzado las expectativas previstas.

La información necesaria para justificar las eficiencias se encuentra en la Sección 9 del Formulario CO, relativo a la notificación de las operaciones de concentración de conformidad con el Reglamento 139/2004⁴⁹ (en adelante «Formulario CO»).

Las partes deberían realizar la mayor cuantificación en la medida de lo posible, aunque, a veces, el análisis podría ser más cualitativo que cuantitativo. Sin embargo, no debería enfatizarse demasiado la necesidad de cuantificación. Ello provocaría que eficiencias más cuantificables tuvieran mayor peso que otras eficiencias menos cuantificables pero igualmente importantes (por ejemplo, las eficiencias dinámicas).

De hecho, y pese a que podría estimarse lo contrario, ésta también es la opinión que la Comisión Europea refleja en sus Directrices 81 (3)

⁴⁷ Apartado 86 de las Directrices Horizontales.

⁴⁸ La extrema dificultad para demostrar eficiencias es patente si se tiene en cuenta la escasa aplicación práctica de este argumento por parte de la Comisión en el pasado. La primera prohibición de la Comisión en el marco del derecho de control de concentraciones, en el Asunto núm. IV/M.053, *Aerospaiale-Alenia/de Havilland*, de 2 de octubre de 1991, se debió, entre otras cosas, a la falta de prueba de las eficiencias alegadas (apartados 65 en adelante). Otros asuntos donde el argumento de eficiencias ha sido examinado sin éxito son los Asuntos núm. M.126, *Accor/Wagons-Lits*, de 28 de abril de 1992; núm. M.469, *MSG Media Service*, de 9 de noviembre de 1994; núm. M.490, *Nordic Satellite Distribution*, de 19 de julio de 1995; núm. M.774, *Saint Gobain/Wacker-Chemie/NOM*, de 4 de diciembre de 1996, o núm. M.1313, *Danish Crown/Vestjyske Slagterier*, de 9 de marzo de 1999.

⁴⁹ Anexo I del Reglamento núm. 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento núm. 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas (*DOUE*, L 133, de 30 de abril de 2004, pp. 1 ss.).

cuando declara lo siguiente: «en determinados casos, la principal mejora potencial de eficiencia (del acuerdo) no son las reducciones de costes, sino las mejoras de calidad y otras eficiencias de carácter cualitativo. Así, según el caso, este tipo de eficiencias pueden ser de igual o mayor importancia que las económicas»⁵⁰.

En las Directrices 81 (3), la Comisión Europea da algunas pistas sobre el tipo de pruebas relevante a los efectos de demostrar que una operación de concentración determinada va a dar lugar a eficiencias.

- En cuanto a las eficiencias de costes, la Comisión declara que las empresas deberán calcular o estimar con la mayor exactitud que sea razonablemente posible el valor (monetario) de las mejoras de eficiencia y describir de qué modo se ha computado el importe. También deben describir pormenorizadamente el método o métodos mediante los cuales se hayan obtenido o se obtendrán las mejoras de eficiencia. Los datos facilitados deben ser verificables, de modo que exista un grado suficiente de certeza de que las eficiencias se han materializado o es probable que se materialicen⁵¹.
- En caso de que las partes aleguen productos nuevos o mejorados u otras eficiencias no basadas en costes, las empresas deberán describir y explicar detalladamente la naturaleza de las eficiencias y cómo y por qué constituyen un beneficio económico objetivo⁵².
- Las empresas deberán justificar sus proyecciones en cuanto a la fecha a partir de la cual las mejoras de eficiencias surtirán efecto⁵³.

En cuanto al grado de participación del consumidor en los beneficios alegados, las Directrices 81(3) únicamente exigen a las empresas que justifiquen sus afirmaciones, facilitando estimaciones y otros datos en la medida en que sea razonablemente posible y en función de las circunstancias de cada caso⁵⁴.

Pero ¿con qué instrumentos concretos pueden demostrarse las eficiencias?

Existen múltiples instrumentos en función del caso concreto y de las eficiencias que se quieran alegar, pudiendo citarse, a modo de ejemplo, los siguientes:

- Planes internos de dirección.
- Estudios de impacto en costes.
- Documentos contables.

⁵⁰ Apartado 69 de las Directrices 81 (3). Véanse además los apartados 102 a 104 de las Directrices 81 (3).

⁵¹ Apartado 56 de las Directrices 81 (3).

⁵² Apartado 57 de las Directrices 81 (3).

⁵³ Apartado 58 de las Directrices 81 (3).

⁵⁴ Apartado 94 de las Directrices 81 (3). Nótese, sin embargo, que a la hora de demostrar el grado de transmisión de eficiencias al consumidor en el ámbito de una operación de concentración la Comisión puede ser más estricta. Véase nota al pie núm. 19.

- Planes de negocio y planes estratégicos.
- Documentos elaborados por consultores externos.
- Simulaciones analizando el efecto en precios de una operación de concentración determinada⁵⁵.
- Análisis econométricos.
- Encuestas a clientes⁵⁶.
- Prueba intersectorial (analizar el comportamiento comparado de firmas de diferentes tamaños en el mercado de referencia).
- Información relativa a experiencia de concentraciones en el pasado en el mismo sector.
- Información del mercado de valores⁵⁷.
- Declaraciones públicas de la compañía en cuestión.
- Informes periciales de expertos industriales, contables y económicos.

En cuanto a la carga de la prueba, no parece que la Comisión se encuentre dispuesta a realizar un examen de eficiencias de oficio.

En efecto, Directrices Horizontales establecen que corresponde a las partes notificantes «invocar» y «probar» las eficiencias, ya que la mayoría de la información obra exclusivamente en su poder⁵⁸.

Se han producido multitud de críticas en el sentido de que la carga de la prueba de las eficiencias se coloca de forma desproporcionada sobre las empresas afectadas.

La información para demostrar una eficiencia determinada puede obrar en poder de un tercero, sea un cliente, un competidor o un proveedor. En estos casos, es la Comisión la que se encuentra mejor situada para conseguir la información necesaria mediante requerimientos de información⁵⁹.

Existen voces que declaran que el requisito de la verificabilidad de la transmisión de eficiencias al consumidor impide que en la práctica operaciones potencialmente beneficiosas se lleven a cabo, proponiendo una presunción a favor de que se cumpla el citado requisito, salvo que la Comisión demuestre lo contrario.

También se han realizado propuestas en el sentido de imponer a la Comisión la misma carga de la prueba a la hora de concluir que una ope-

⁵⁵ Esto es, la tendencia de los precios a aumentar como consecuencia de la eliminación de la rivalidad entre las partes o la tendencia de los precios a disminuir si las eficiencias alegadas resultan suficientes.

⁵⁶ La opinión de los consumidores resulta esencial. Si los consumidores están a favor de la operación de concentración entonces sería difícil adoptar una decisión prohibiendo la misma.

⁵⁷ El que el valor de las acciones de las compañías en cuestión haya incrementado puede ser indicativo de que una operación de concentración determinada puede generar eficiencias.

⁵⁸ Apartado 87 de las Directrices Horizontales. La Comisión entiende que estamos ante un claro supuesto de asimetría de información y que la información que tiene la Comisión puede ser parcial. En todo caso, la información de las partes de la concentración podría ser altamente confidencial, por lo que las partes deberían poder considerar la posibilidad de solicitar un tratamiento confidencial de las mismas a la Comisión.

⁵⁹ Imaginemos, por ejemplo, el supuesto de una OPA hostil.

ración determinada debe ser prohibida. Así, para prohibir una operación de concentración determinada, la Comisión debería evaluar si los efectos negativos de la operación en la competencia y en los consumidores son una consecuencia directa de la operación de concentración, si son sustanciales y estables, y también si se puede verificar su probabilidad y su prontitud dentro de un plazo de tiempo razonable.

También se ha propuesto moderar el requisito de la carga de la prueba sobre las partes notificantes mediante la posibilidad de realizar una verificación *ex post* de las eficiencias invocadas.

Otra solución para asegurar que una eficiencia determinada va a materializarse, suavizándose a su vez el requisito de la verificabilidad, es imponer compromisos a las partes. Los compromisos funcionarían no sólo para impedir efectos anticompetitivos en el mercado, sino también para evitar que las eficiencias alegadas no se materialicen o sean inferiores a lo inicialmente previsto. Así, por ejemplo, si las partes estiman que va a producirse una reducción de precios en el mercado y están dispuestas a asumir el riesgo de su apuesta a futuro, podrían comprometerse a mantener los precios por debajo de un determinado nivel⁶⁰.

A nuestro juicio, la solución de quién aporta qué debería realizarse caso por caso y de forma prudente. Si bien estamos de acuerdo en que las partes deberían aportar toda la información disponible para la verificación de las eficiencias, es preciso matizar que la Comisión debe cooperar en la medida de lo posible en la obtención de la información relevante y moderar la obligación de las partes notificantes cuando el caso concreto así lo justifique. En todo caso, la Comisión no debería rechazar sin más las pruebas presentadas por las partes para demostrar la existencia de eficiencias, y debería motivar todos y cada uno de los razonamientos que le lleven a la conclusión de que las eficiencias alegadas por las partes no han sido demostradas.

vii) Momento procesal para discutir las eficiencias

La pregunta a resolver en el presente apartado es si es conveniente plantear una defensa en base a eficiencias desde el inicio del procedimiento.

Pues bien, lo que la Comisión exige es que las partes de la concentración presenten «*a su debido tiempo*» toda la información necesaria que resulte pertinente para demostrar las eficiencias⁶¹.

⁶⁰ Por ejemplo, en el Asunto núm. IV/M.984, Du Pont/ICI, de 2 de octubre de 1997, se obligó a las partes a ceder a un tercero un polo de investigación y desarrollo de tamaño similar al de la entidad resultante de la concentración. En el Asunto núm. IV/M.269, Shell/Montecatini, de 8 de junio de 1994, las partes presentaron compromisos para garantizar una segunda fuente independiente de licencia de tecnología de polipropileno.

⁶¹ Apartado 85 de las Directrices Horizontales.

Por tanto, no existe un plazo máximo para presentar una defensa de eficiencias. De hecho, el Formulario CO señala expresamente que la información solicitada sobre eficiencias es facultativa y que las partes son libres de no responder. La Comisión aclara que: *«No por ello se presumirá que la concentración propuesta no crea eficiencias o viene motivada por la voluntad de las partes de acrecentar su poder de mercado. El hecho de no facilitar información sobre las eficiencias en la fase de notificación no significa que no pueda proporcionarse más adelante. Ahora bien, cuanto antes se facilite, mejor podrá comprobar la Comisión tales eficiencias».*

Una cuestión diferente es saber si el análisis de eficiencias debe ser reservado a una segunda fase, o si una operación de concentración puede ser autorizada en base a eficiencias durante el análisis de primera fase. En principio, no existe previsión legal al respecto, lo que nos hace concluir que nada impide que la autorización se conceda en primera fase. Lo verdaderamente determinante para que una operación de concentración sea remitida a segunda fase es que se planteen «serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común». No obstante lo anterior, dado que la prueba de las eficiencias suele ser un aspecto altamente complejo, no puede excluirse que, en la práctica, la mayoría de las operaciones de concentración que planteen problemas de eficiencias sean remitidas a un examen más detenido en segunda fase.

C. EL TRATAMIENTO DE LAS EFICIENCIAS EN ESPAÑA

En España disponemos de una previsión explícita en el tema de las eficiencias. El art. 16 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, establece que: *«El TDC podrá considerar las eficiencias derivadas de la concentración a la hora de valorarla y de elaborar su informe y dictamen sobre la posible obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado».*

El requisito se desarrolla de la siguiente forma: *«El Tribunal podrá considerar, asimismo, 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 de la competencia».*

Por tanto, en España se reconoce expresamente que las eficiencias pueden servir como «defensa» a la hora de autorizar una operación de concentración que presente efectos restrictivos de la competencia.

El sistema español de control de concentraciones tiene como objetivo la protección del consumidor, lo que significa que, al igual que en Europa, el test a proteger es el CWS.

Por lo demás, el sistema español sí que establece de forma expresa que el examen de eficiencias deberá hacerse por el Tribunal de Defensa de la Competencia, por lo que dicho examen se hará ineludiblemente en segunda fase.

El sistema español no identifica mayores requisitos para demostrar las eficiencias, pero entendemos que todas y cada una de los aspectos discutidos en relación con el sistema europeo son plenamente aplicables al sistema español.

Las autoridades españolas de defensa de la competencia han analizado las eficiencias en los siguientes casos C96/06, Cofares/Hefame; C94/05, Gas Natural/Endesa; C93/05, Telefónica/Iberbanda; C74/02, Sogecable/Vía Digital; C67/01, Repsol/Race; C63/01, Nutreco/Agrovic; C62/00, Roca/Keramik; C58/00, Mahou/San Miguel; C54/00, Unión Fenosa/Hidrocantábrico; C51/00, Cajas de Ahorro de Pamplona y Navarra; C50/99, Puleva/Granja Castelló⁶².

En algunos de estos casos el tema de las eficiencias se ha considerado como uno de los muchos aspectos por los cuales una determinada operación de concentración debería ser autorizada.

En el asunto Telefónica/Iberbanda, sin embargo, el Tribunal de Defensa de la Competencia concluyó que las partes no habían demostrado suficientemente las eficiencias alegadas y propuso la prohibición de la operación de concentración.

El Tribunal de Defensa de la Competencia se limita a establecer, sin más, lo siguiente: «*No cabe duda que la operación genera eficiencias para Telefónica [...]. Sin embargo, la notificante no ha acreditado que dichas eficiencias se trasladen a dichos consumidores...*». Sin embargo, no queda suficientemente demostrado en el expediente que los ahorros de costes vayan a ser transmitidos a los usuarios finales (Sección 9.2 del Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia).

Se echa de menos, sin embargo, una motivación sobre cuáles fueron las razones para afirmar que las eficiencias en cuestión no se habían demostrado. Resulta criticable que, a pesar de que las empresas tengan que superar unos estrictos requisitos para demostrar las eficiencias generadas por una operación de concentración, la autoridad de competencia concluya, sin mayor motivación, que la prueba facilitada no resulta suficiente.

En el asunto Gas Natural/Endesa también se recomienda prohibir la operación y también se echa de menos una motivación por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia de las razones concretas por las que

⁶² Algunos de estos casos han sido identificados por la subdirectora general de Concentraciones del Servicio de Defensa de la Competencia. Nadia CALVIÑO, actualmente directora general del Servicio de Defensa de la Competencia, en el artículo citado en la nota al pie núm. 10 de este capítulo.

las sinergias alegadas por Gas Natural eran rechazables. En un informe que supera las doscientas páginas, el Tribunal únicamente dedica un párrafo a las eficiencias. Éstas se rechazaron con una conclusión: *«El Tribunal, tras el análisis de las eficiencias alegadas, estima que éstas no se han demostrado sustanciales, no está previsto que se produzcan con prontitud y afectan, fundamentalmente, a los costes fijos de la nueva entidad, siendo, en consecuencia, menos pertinentes que aquellas sinergias que reducen los costes marginales [...] No obstante, pueden existir eficiencias derivadas de la gestión conjunta de las redes y de la presentación de ofertas duales, que podrían estar respondiendo a una demanda de los consumidores»* (Sección 9 del Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia).

Sin duda alguna, era acertado descartar las eficiencias por: (i) no haber sido demostradas; (ii) no producirse con prontitud; y (iii) estar limitadas a los costes fijos. Éstas son razones que también invoca la Comisión Europea para rechazar eficiencias, conforme a los párrafos 79 y 80 de las Directrices Horizontales. Sin embargo, se echa de menos el análisis cuantitativo que habría servido de guía a futuras alegaciones de eficiencias. Por ejemplo, Gas Natural había alegado que el solapamiento de redes de distribución generaba economías de alcance valoradas en una cantidad concreta de millones. Endesa, por el contrario, sostenía que las economías de alcance eran inexistentes, entre otras razones, porque Gas Natural se encuentra mayoritariamente en el ámbito urbano y la mayor parte de los costes de gestión de la distribución de Endesa están en el ámbito rural. Hubiera sido deseable que el Tribunal concretara con cifras qué economías de alcance atribuía a las gestión conjunta de redes solapadas y lo comparara, a continuación, con su valoración de los costes para la competencia de un solapamiento de redes en esa misma región. La conclusión hubiera sido la misma —no existían eficiencias—, pero el valor como precedente del informe hubiera sido muy superior.

De modo similar, en el asunto Cofares/Hefame, operación en que las cuotas de mercado superaban el 50 por 100 en varios mercados, de acuerdo con la conclusión sexta, se incluye una única referencia a eficiencias al afirmar que *«... la estructura actual del mercado, las asimetrías informacionales inherentes al sector y los incentivos económicos de los oferentes privados dificultarán, en gran medida, que las probables eficiencias originadas por ésta u otras operaciones análogas se trasladen, sin intervención del regulador, a los consumidores finales y a los contribuyentes»* (Conclusión 8 del Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia).

Son sorprendentemente las eficiencias las que inspiran la única condición impuesta a Cofares/Hefame: un cambio en los estatutos de la cooperativa reduciendo la obligación de permanencia de las empresas farmacéuticas *«para asegurar esta traslación, al menos parcial»* —pero en ningún momento se describen las eficiencias ni se cuantifican—. Sin

cuantificar las eficiencias y compararlas con los posibles costes para la competencia, ¿cómo se pueden tener en cuenta?

No podemos dejar de hacer una breve referencia al Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia (el «Anteproyecto») publicado por el Servicio de Defensa de la Competencia poco antes de la publicación del presente artículo. En el Anteproyecto se identifican las eficiencias económicas como uno de los criterios de valoración sustantiva a tener en cuenta por la Comisión Nacional de Competencia. En particular, se identifica la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, así como a la competitividad empresarial, y la medida en que dichas eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales, en concreto, en la forma de una mayor o mejor oferta y de menores precios.

El Anteproyecto no especifica cuáles son los requisitos a cumplir en relación con las eficiencias en España. No obstante, las condiciones previstas a nivel europeo, incluyendo las Directrices Horizontales, deberían ser plenamente aplicables a la hora de analizar eficiencias bajo el sistema español, al igual que sucede con otros múltiples aspectos del sistema de control de concentraciones.

6. CONCLUSIONES

El análisis de eficiencias bajo derecho de control de concentraciones ha pasado de ser un tema de escasa —si no nula— relevancia práctica en el pasado, a cobrar gran importancia en la actualidad.

No podría ser de otra manera. Las empresas se embarcan en proyectos de concentración precisamente para realizar eficiencias y estos objetivos deberían ser tenidos en cuenta por la autoridad de defensa de la competencia en la medida de lo posible. Sólo así podrá garantizarse un examen completo de una operación de concentración determinada, evitándose soluciones parciales y equivocadas que priven a los consumidores de beneficios que, de realizarse, serían sustanciales.

En este sentido, es fundamental reconocer que tan problemático es que una operación anticompetitiva sea autorizada erróneamente como prohibir equivocadamente una operación que podría dar lugar a eficiencias significativas, con el consiguiente perjuicio para la economía y el bienestar general.

La Comisión Europea ha realizado un esfuerzo clarificador sobre los requisitos exigidos para demostrar la existencia de eficiencias en el marco de operaciones de concentración en sus Directrices Horizontales, reconociendo de forma expresa que las eficiencias pueden servir de base para autorizar operaciones que, de lo contrario, serían consideradas anticompetitivas.

Es de esperar que las empresas aprovechen la oportunidad que les ha brindado la Comisión y utilicen estos argumentos siempre que sean de aplicación, de forma que vaya adquiriéndose cada vez más experiencia en la materia.

Por otro lado, es igualmente necesario que la Comisión demuestre que tiene la firme intención de analizar a fondo estos argumentos al objeto de evitar que ciertas operaciones de concentración sean prohibidas.

De otra forma se generaría un clima de desconfianza entre las empresas, que no se atreverían a plantear el tema de las eficiencias por miedo a que su operación de concentración sea prohibida.

Por ello, la Comisión (o las autoridades españolas de defensa de la competencia) debería:

- Ser proactiva, contactando con las partes si estima que un argumento sobre eficiencias podría influir sobre su decisión de autorizar o no una determinada operación lo antes posible, impidiendo así que posteriormente sea demasiado tarde para analizar dicha cuestión.
- Asistir a las partes a la hora de obtener información necesaria para demostrar las eficiencias en la medida de lo posible. Al igual que la Comisión requiere información a terceros para verificar los efectos anticompetitivos de una operación de concentración determinada, ésta debería realizar solicitudes de información para ayudar a las partes a demostrar la pertinencia de un determinado argumento de eficiencias.
- No exigir más allá de lo razonablemente posible a las partes. En este sentido, el tema de las eficiencias es extremadamente complejo, por lo que no se debería ser inflexible con las condiciones especificadas en las Directrices Horizontales y las cuestiones deberían ser analizadas caso por caso.
- Motivar detalladamente por qué una determinada eficiencia, o el traslado del consumidor de la misma, no se ha demostrado.
- Fomentar la presentación de compromisos para asegurar que las eficiencias alegadas se transmitirán al consumidor, evitándose la prohibición de la operación en la medida de lo posible.

Tal y como destaca el título del presente trabajo, se trata de un gran desafío, tanto para la Comisión Europea como para las empresas. Trate-mos de que, dentro de unos años, no tengamos que concluir que se trataba de una misión imposible.

BIBLIOGRAFÍA

- CALVIÑO, N., «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias en el análisis de las concentraciones empresariales», *Anuario de la Competencia 2002*, Fundación ICO.

- COLLEY, L. (2004), «“Defence” to “Attack”? Quantifying Efficiency Arguments in Mergers», *European Competition Law Review*, issue 6.
- INTERNACIONAL COMPETITION NETWORK, *Project Report on Merger Guidelines*, Chapter 6, *Efficiencies*, Working Group Mergers, (<http://www.international-competitionnetwork.org/mergers/mergersdocuments.html>).
- KNABLE GOTTS, I., y GOLDMAN, C. S. (2003), «The role of efficiencies in M&A Global Antitrust Review: Still in Flux?», en Barry E. HAWK (ed.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law and Policy*, Fordham Corporate Law Institute.
- LUESCHER, Ch. (2004), «Efficiencies Considerations in European Merger Control. Just Another Battle Ground for the European Commission, Economists and Competition Lawyers?», *European Competition Law Review*, issue 2.
- MANO, M. de la (2002), «For the customer’s sake: The competitive effects of efficiencies in European Merger Control», *Entreprise Papers*, núm. 11.
- PADILLA, A. J. (2002), «The “Efficiency Offense Doctrine” In European Merger Control», *International Merger Control. Prescriptions for Convergence*.
- UNIÓN EUROPEA (2004), «Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones económicas entre empresas», *DOUE*, C 31, de 5 de febrero 2004, pp. 5 ss.
- «Proyecto de Comunicación de la Comisión relativa a la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas» (www.europa.eu.int).
 - (2004), «Directrices de la Comisión sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado», *DOUE*, C 101, de 27 de abril de 2004, pp. 97 y ss.
- US DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION (1997), *Horizontal Merger Guidelines*, 8 de abril de 1997 (<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm>).

