

LIBRO BLANCO, CONCENTRACIONES Y ANÁLISIS ECONÓMICO

Amadeo PETITBÒ JUAN

Ex Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente capítulo es poner de relieve algunas cuestiones, en mi opinión importantes, incluidas en las reflexiones relacionadas con las operaciones de concentración de empresas contenidas en el Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia (LB)¹ presentado el pasado día 20 de enero de 2005, e incidir en la relevancia del análisis económico en los asuntos relacionados con el ejercicio de la competencia en los mercados y, específicamente, con los expedientes de concentraciones. Quede, ante todo, claro que el LB es de gran utilidad, pues, al margen de vacíos comprensibles por la falta de tradición en este tipo de informes, se presentan de forma ordenada y sistemática el conjunto de problemas relevantes que actualmente inciden en nuestra regulación de la competencia. Se trata, pues, de un buen punto de partida, útil para los profesionales y para los estudiosos. Y, sobre todo, es un ejemplo a seguir.

Resulta generalmente aceptado que el fundamento de la regulación del control de las operaciones de concentración entre empresas reside en la presunción de los efectos anticompetitivos de la operación con el correspondiente impacto sobre los competidores (reales o potenciales), proveedores, clientes y, en particular, consumidores. Sin embargo, dicha presunción no debe rechazar la posibilidad de que la operación tenga efectos positivos desde la perspectiva de la eficiencia —técnica o asignativa—.

En coherencia con dicha presunción, al amparo del objetivo de defender los intereses generales, las autoridades entienden que debe ejercerse un control administrativo y, en muchos casos, también político sobre dichas operaciones. Dicho control alcanza la posibilidad de imponer

¹ Ministerio de Economía y Hacienda, *Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*, Centro de Publicaciones, 2005.

condiciones e, incluso, prohibir la operación propuesta. Tal actitud, indudablemente, choca con el principio de libertad de empresa que, de esta forma, puede convertirse en una libertad limitada administrativa o políticamente, lo cual, como cualquier restricción de la libertad, exige argumentos robustos y poderosamente razonados y justificados, tanto desde el punto de vista jurídico como económico.

Las reflexiones efectuadas desde las Administraciones no consideran la posibilidad —perfectamente defendible— de la innecesaria intervención administrativa, política o judicial de las operaciones de concentración, pues se da por supuesta su justificación en aras del interés general y en la creencia de que sus beneficios superan con creces sus posibles inconvenientes. Sin embargo, un análisis de los datos y de la experiencia revela que el coste de la intervención en el campo del control de las operaciones de concentración es elevado. Por ello no debe parecer insensato que, en el marco del sistema actual, se sugiera la pertinencia de un análisis de los pros y contras de un cambio en profundidad del procedimiento.

Dado que el conocimiento de las consecuencias de una operación de concentración a medio y largo plazo es limitado y está sometido a errores de previsión, lógicamente los criterios empleados para tomar las decisiones en relación con las operaciones de concentración deben apoyarse en un conjunto de parámetros que permitan que la decisión administrativa, judicial o política que se adopte sea ajustada a Derecho y coherente con los principios del libre mercado y de la competencia, que son las referencias que deben defenderse, reduciendo a su mínima expresión el riesgo de error y sus fatales consecuencias. Cabría, incluso, la posibilidad de incluir las oportunas indemnizaciones en caso de error en las previsiones por las autoridades administrativas, judiciales o políticas.

No debe quedar al margen de las presentes consideraciones que, en los exámenes de las operaciones de concentración, las autoridades deben resolver en el presente una conducta que supone cambios estructurales cuyos efectos tendrán lugar en un futuro cuya realidad se desconoce, especialmente en mercados dinámicos y cambiantes como los correspondientes a las actividades de la nueva economía, en los que las nuevas tecnologías y las nuevas inversiones pueden tener un impacto determinante sobre las estructuras de los mercados y las conductas empresariales, especialmente en ausencia de barreras de entrada.

En esta situación, la elección y cuantificación de las variables relevantes y cualesquiera elementos de referencia empleados deben apoyarse, al menos, en la información conocida, en la que pueda conocerse, en la utilización del análisis económico y en la investigación precisa del pasado relevante de las empresas interesadas en la operación.

Con estas preocupaciones como referencia, en el presente apartado se efectuará un somero repaso del análisis realizado en el LB sobre la situación actual en relación con las operaciones de concentración y, también,

de sus propuestas, añadiéndose una breve reflexión —forzosamente general— acerca de la necesidad de utilizar el análisis económico para tomar decisiones acerca de los efectos de las operaciones de concentración sobre los mercados relevantes afectados por las mismas. Se concluirá con unas consideraciones finales.

2. LAS REFERENCIAS GENERALES DEL LIBRO BLANCO

Desde hace décadas, la tradición de la economía industrial ha utilizado los ejemplos del control de concentraciones para discutir acerca de sus efectos y eficacia². Por ello, un repaso de la literatura económica no permite sostener, como hace el LB, que, «en general, el control de concentraciones es un instrumento relativamente novedoso en los distintos regímenes de defensa de la competencia». Hecha esta salvedad, sí puede aceptarse el punto de partida del LB en relación con el hecho de que las operaciones de concentración³ se refieren «a cambios permanentes en la estructura de control de las empresas, adoptándose un criterio cualitativo de control que, más allá de una determinada participación en el capital o en los órganos de administración de una empresa, viene dado por la posibilidad de ejercer una influencia significativa sobre sus principales decisiones». Dicha afirmación combina dos hechos que deben ser considerados simultáneamente: por una parte, la posibilidad de que la operación incida de forma significativa sobre las decisiones de la empresa resultante, y que el cambio sea permanente, es decir, no temporal. Y, por otra parte, a una «modificación estable de la estructura de control de las empresas». En otros términos, la noción de concentración incluye la creación de una empresa en participación⁴ y comprende la consideración del ejercicio de «plenas funciones» o el carácter concentrativo o cooperativo de la operación.

En su detallado análisis de las referencias que los autores del LB consideran útiles para la redacción de propuestas de reforma destacan las siguientes:

a) «En general» los países disponen de procedimientos en dos fases, con distintas posibilidades.

² Ver, por ejemplo, el art. 66 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, firmado en París el día 18 de abril de 1951; H. C. SIMONS, *Economic Policy for a Free Society*, University of Chicago Press, 1948; G. J. STIGLER, «Monopoly and Oligopoly by Merger», *American Economic Review*, XL (2), 1950; National Bureau of Economic Research, *Business Concentration and Price Policy*, A Conference of the Universities, National Bureau Committee for Economic Research, Princeton University Press, 1955; B. S. YAMEY, «Deconcentration as Antitrust: The Rise and Fall of the Concentration Ratio», *Rivista Internazionale di Scienze Economiche e Commerciali*, febrero 1985.

³ Fusión, toma de control de la totalidad o parte de una empresa o creación o toma de control conjunto de una empresa en común «con plenas funciones» o «carácter concentrativo», p. 65.

⁴ Fusiones, adquisiciones y estructuras de control conjunto.

b) Con excepción del Reino Unido, los principales Estados miembros (y Estados Unidos) tienen un sistema de notificación obligatoria con efectos suspensivos.

c) Casi todos los países establecen criterios cuantitativos (cifra de ventas, con distintas posibilidades, o cuotas de mercado) para determinar si las operaciones de concentración son relevantes desde la perspectiva de la defensa de la competencia⁵.

d) Se contempla la posibilidad de establecer reglas *de minimis*, lo que es sensato.

e) A pesar de que los efectos sobre la competencia de una determinada operación de concentración exigen un análisis económico detallado, en el LB se admite que los criterios de decisión⁶ incluyan un —lógicamente discutible— elevado margen de discrecionalidad: «no existe un principio incontestable que permita determinar *ex ante* qué operaciones de concentración deben ser prohibidas y cuáles no»⁷. Es cierto que no existe dicho principio pero también lo es que el análisis económico constituye una buena referencia para la discusión, como se verá más adelante.

f) Se mencionan los «*dominance test*» y «*substantive lessening of competition*» admitiendo que dicha «clasificación es extremadamente sintética», lo que es cierto, por lo que se hace referencia a «un test mixto o híbrido» empleado por la Comisión Europea, acaso confiando que pueda resolver todos los problemas.

g) Se hace referencia a la existencia de dos modelos principales: el estadounidense y el europeo. El primero, basado en la decisión de un órgano judicial sobre la base de la propuesta de un órgano administrativo. El segundo, basado en el control administrativo con decisión final por un órgano independiente o por el Gobierno⁸, incluyendo la posibilidad de veto motivado.

h) En relación con el proceso de ajuste necesario para mantener la competencia efectiva en los mercados, se hace la distinción entre la presentación de compromisos por parte de las empresas, la imposición de condiciones por parte de la Administración o un régimen mixto.

En resumen, de acuerdo con el LB, el sistema español de control de concentraciones se articula sobre la base de los siguientes principios:

⁵ En relación con los umbrales, en el caso español se consideran dos alternativas: a) la adquisición o incremento de la cuota en el mercado nacional (no en el mercado relevante) o en un mercado geográfico definido dentro del mismo de al menos el 25 por 100; y b) un volumen de ventas conjunto en España de, al menos, 240 millones de euros siempre que al menos dos de las empresas facturen en España al menos 60 millones de euros.

⁶ Autorización, prohibición o autorización con condiciones.

⁷ Aunque en nota a pie de página basa la argumentación «pariendo (*sic*) del paradigma clásico» sin hacer mención a las aportaciones modernas al respecto.

⁸ Cuestión que exige asegurar la independencia de la decisión y basarla, fundamentalmente, en criterios económicos y sólo excepcionalmente, con motivación bastante, en criterios políticos, lo que no debe excluir, en su caso, el recurso a compensaciones económicas cuando hubiera justificación para las mismas.

a) Notificación obligatoria⁹ con efecto suspensivo, previo a la ejecución de aquellas operaciones susceptibles de alterar la estructura competitiva de los mercados, con posibilidad de consulta previa.

b) Procedimiento en dos fases, caracterizado por la brevedad¹⁰ y el efecto positivo del silencio administrativo. El Ministro de Economía y Hacienda y el Gobierno ejercen el papel determinante en el procedimiento, pudiendo el Gobierno imponer condiciones —de conducta o de estructura— al final de la segunda fase¹¹.

c) Posibilidad de terminación convencional en la primera fase con la posibilidad de presentar compromisos a instancias del Ministerio de Economía y Hacienda (MEH).

d) Decisión final política con control judicial¹².

e) Consideración del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) como órgano meramente consultivo.

De acuerdo con el LB, el sistema español de defensa de la competencia está marcado actualmente por tres características diferentes:

a) Se ha afianzado como un poderoso instrumento de política económica¹³.

b) No puede ser ajeno a las transformaciones de la normativa europea.

c) Debe adaptarse a la evolución del análisis económico y tomar en consideración los cambios en la estructura de los mercados y las conductas empresariales, las nuevas estrategias empresariales en mercados cada vez más integrados, competitivos y liberalizados, la progresiva privatización de empresas del sector servicios y, en mi opinión, de una importancia especial, los cambios en el paradigma económico¹⁴.

Se trata de características y deseos de futuro. Estos últimos deben ser tomados en consideración, pues, como se verá más adelante, se apoyan en los principios desarrollados por el análisis económico y tienen una importancia determinante.

3. LA VALORACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ACTUAL POR EL LIBRO BLANCO

No puedo sino compartir los «principios y objetivos de la reforma» (p. 6)¹⁵, a los que sólo añadiría, explícitamente, la minimización de los

⁹ El procedimiento supone costes para las empresas.

¹⁰ Sólo en la fase administrativa.

¹¹ Deberían tomarse en consideración las oportunas indemnizaciones cuando el control de concentraciones suponga costes sobrevenidos para las empresas.

¹² No caracterizado por la brevedad de los plazos. Por ejemplo ¿qué sentido tiene que los Tribunales revisen en el año 2002 una decisión del Consejo de Ministros del año 1994 relacionada con una operación de concentración, sometida a condiciones, decidida el año 1992, cuando las circunstancias del mercado habían cambiado de forma significativa?

¹³ Atenuada por la escasez de informes sobre reformas de la regulación ineficiente.

¹⁴ Cuestión relevante pero insuficientemente explicada.

¹⁵ Seguridad jurídica, independencia, transparencia y responsabilidad frente a la sociedad, eficacia y coherencia.

costes, tanto para la Administración como, sobre todo, para los administrados, es decir, para las empresas interesadas en la oportuna operación de concentración.

Considera el LB que, a pesar de las sucesivas modificaciones de la LDC culminadas, en relación con el control de concentraciones, por el RD-L 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, cuyo balance todavía está pendiente, el actual procedimiento de control de concentraciones, que «ha ido reforzando su papel como instrumento preventivo de cambios estructurales que complementa la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia», combina fortalezas con debilidades¹⁶.

En relación con las fortalezas del sistema, en opinión del MEH, pueden citarse las siguientes:

a) La aplicación del test sustantivo o test de dominio, basado en la posible obstaculización de la competencia efectiva en los mercados afectados.

b) La consideración de la eficiencia.

c) La referencia al cambio estable de la estructura.

d) La notificación obligatoria cuando se superan los umbrales cuantitativos determinados.

e) El efecto suspensivo por su impacto sobre la eficacia «al impedir la ejecución de operaciones que obstaculicen el mantenimiento de una (*sic*) competencia efectiva...».

f) Plazos reducidos (en ausencia de recursos). La mayoría de operaciones¹⁷ se aprueban en la primera fase, enviando pocos expedientes al TDC¹⁸. Además, la mayoría de decisiones del Consejo de Ministros ha supuesto la aprobación de las operaciones de concentración sometidas a su consideración, con o sin condiciones¹⁹.

g) Transparencia²⁰.

h) Pago de tasas²¹.

i) Régimen sancionador en caso de incumplimiento de las condiciones impuestas por el Consejo de Ministros y de las obligaciones relativas a la notificación de las operaciones.

¹⁶ La valoración del procedimiento actual por el LB es positiva. En consecuencia, no se plantea un cambio radical, sino mejoras en algunos aspectos. Sin embargo, habría sido útil someter la discusión a un abanico de posibilidades más amplio con el fin de profundizar en las ventajas e inconvenientes de cada opción posible.

¹⁷ Entre el 83 y el 91 por 100 entre los años 2000 y 2003.

¹⁸ Entre el 6 y el 12 por 100 entre los años 2000 y 2003.

¹⁹ Resulta significativa la información contenida en la Memoria del SDC correspondiente al año 2003: «todas las operaciones remitidas al TDC para su informe en 2003 han sido finalmente autorizadas por el Consejo de Ministros...».

²⁰ Entendida como publicidad, lo que supone aceptar un concepto restringido de la transparencia.

²¹ Cuestión que debería someterse a una reconsideración.

En relación con las debilidades, el LB se refiere a las siguientes:

a) Insuficiente delimitación del ámbito de control. La referencia es el umbral de cuota de mercado que, de acuerdo con muchas opiniones, incluye problemas de subjetividad e ineficiencia. Sin embargo, se propone su mantenimiento por las siguientes razones:

- La cuota de mercado es un indicador del posible poder de mercado de las empresas mejor que el volumen de ventas²².
- La normativa española prevé la consulta previa para determinar si una operación de concentración supera o no el umbral de cuota de mercado.
- Los precedentes español y comunitario.
- En pocos casos se plantean dudas o conflictos derivados de la definición del mercado relevante²³.

b) En relación con el umbral del volumen de ventas, su cómputo se basa, entre otros criterios, en el concepto de grupo de empresas determinado por la Ley del Mercado de Valores que puede plantear problemas de inconsistencia en relación con las OPAS o entre los umbrales español y comunitario en caso de control conjunto.

c) Falta de instrumentos adecuados para garantizar decisiones óptimas [p. e., en relación con la independencia (matizable por la consideración de la eficiencia y la necesidad de motivar), análisis sustantivo y adecuación de las condiciones que se establezcan].

d) Carencias:

- La terminación convencional sólo se prevé en la primera fase, que, de hecho, no se aplica.

²² Pero, como se verá más adelante, es un indicador de estructura, parcial e insuficiente. Su mantenimiento como referencia se justifica si no se le atribuye más relevancia que la que tiene. La Resolución del TDC recaída en el caso Bacardí (R 362/99) pone de relieve, inequívocamente, tal como subraya el ponente, las limitaciones del coeficiente de concentración como indicador de la posible competencia en los mercados y el riesgo que supone la no utilización de los instrumentos que ofrece la moderna teoría económica de los mercados y, en particular, la consideración de las barreras de entrada, las elasticidades y las estrategias empresariales en los mercados de referencia. En consecuencia, aunque resulta consistente con el análisis económico que «una elevada cuota de mercado de una empresa no determina necesariamente una posición de dominio para la misma» pues «es únicamente un factor que sólo con el concurso de otros puede procurar tal posición dominante» parece difícil sostener que «recoge importantes precisiones sobre el concepto de posición dominante». Sin embargo, la generalización del caso Bacardí es difícil, como ponen de manifiesto las siguientes cautelas: «cómo afecta al presente caso», «en el presente expediente» (FD 5); «en el presente caso» (FFDD 7 y 8), por ejemplo. En consecuencia, no parece adecuado que, con frecuencia, se apele a dicha Resolución, sin profundizar en el análisis económico, para pretender demostrar que una cuota de mercado elevada excluye necesariamente la posibilidad de abuso de posición de dominio. En unos casos, elevadas cuotas de mercado son un prelude inequívoco de posición de dominio e, incluso, de abuso; y, en otros casos, cuotas de mercado elevadas poco tienen que ver con una posición de dominio inequívoca. Solamente el análisis concreto de cada situación concreta permitirá resolver el enigma.

²³ Dicha afirmación es, en general, correcta. Sin embargo, podrá ser cuestionada si en el futuro las discusiones relacionadas con las operaciones de concentración sometidas a control utilizan con mayor intensidad el análisis económico.

- No se prevé la posibilidad de oferta de compromisos por parte de las empresas.
- No se prevé la participación activa de terceros.

e) Lagunas o rigideces:

- Rigidez de los plazos, pese a las ventajas de la brevedad.
- Ausencia de un procedimiento simplificado con falta de flexibilidad de la tasa.
- La consulta previa se limita a la consideración de los umbrales.
- Insuficiente precisión del concepto y papel de los interesados.
- Falta de sistematización del régimen de sanciones.
- Posibilidad de mejora de la capacidad de investigación en la primera fase.
- Consideración de la posibilidad de reenvío en la fase de prenotificación.

Dicho análisis, con las oportunas consideraciones, supone un excelente punto de partida para avanzar en el camino de la consideración de la utilidad de emplear el análisis económico como instrumento que permite profundizar en las discusiones relacionadas con los casos planteados ante el TDC y, sobre todo, en relación con su alcance y eventuales consecuencias.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LAS PROPUESTAS DE REFORMA

Dadas las mencionadas fortalezas y debilidades, el análisis del LB y la consideración de la experiencia acumulada en los últimos años permiten destacar la propuesta de las siguientes iniciativas para reforzar los mencionados puntos débiles²⁴.

A. MEJORAR LA DEFINICIÓN DEL ÁMBITO DE CONTROL

En relación con la mejora de la definición del ámbito de control se sugieren tres propuestas. En primer lugar, una mayor precisión de la definición del concepto de concentración, incluyendo en el análisis de la operación todo tipo de empresas en participación con plenas funciones, tengan o no carácter concentrativo. En segundo lugar, una modificación del umbral de notificación basado exclusivamente en las cuotas de mercado, pues, como se verá, tan limitada consideración puede conducir a incurrir en errores relevantes. Si se suprime se reducirá significativamente el nú-

²⁴ No se prevé la inexistencia de control previo.

mero de notificaciones. Sin embargo, se sugiere, en estos casos, reconsiderar el umbral del volumen de ventas de forma que si se mantiene se complemente con algún criterio adicional como una regla de *minimis*, un procedimiento simplificador e, incluso, una tasa reducida. En tercer lugar, una alineación de la referencia al volumen de ventas con el sistema comunitario y la previsión de un mecanismo de actualización automática de las cantidades para eliminar el efecto inflación.

B. REFORZAR LA INDEPENDENCIA EN LA TOMA DE DECISIONES

El LB traduce una preocupación por la independencia en la toma de decisiones. En consecuencia, sugiere que el expediente sea tramitado por el Consejo Nacional de Defensa de la Competencia²⁵, que se responsabilizará de la primera fase y de la decisión final sobre la base de criterios basados en la competencia y la eficiencia. En segundo lugar, dado que la confianza gubernamental es limitada, prevé la posibilidad de que el Consejo de Ministros pueda vetar o modificar, excepcional y motivadamente sobre la base de criterios tasados con claridad y basados en el interés general y, por tanto, en cuestiones ajenas a la defensa de la competencia, las decisiones de la Comisión. No debe olvidarse, sin embargo, que motivar no es difícil y, a pesar de que se prevé la intervención del Consejo de Ministros como algo excepcional, el mero texto legal debería tasar la excepcionalidad y reforzar la exigencia de motivación.

C. PERFECCIONAR LOS INSTRUMENTOS DE ANÁLISIS Y DECISIÓN

Debe ser bienvenida la propuesta de acudir con mayor frecuencia e intensidad a las enseñanzas acumuladas procedentes del análisis económico. A partir de ahora, con los planteamientos sugeridos, las discusiones relacionadas con las operaciones de concentración incluirán el doble análisis: jurídico y económico, siendo más importante éste que aquél. En otras palabras, será necesario complementar el *test* sustantivo con consideraciones relacionadas con las eficiencias empresariales en la línea apuntada por el Tribunal Supremo en el caso Tabacos de Canarias, de 16 de febrero de 1999²⁶ o por la Comisión Europea en el caso Lagardère/

²⁵ Futura autoridad de defensa de la competencia que incluirá el Servicio y el TDC.

²⁶ En este caso, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del Tribunal Supremo, en la Sentencia 30 de noviembre de 2004, recaída en el recurso núm. 915/2002, apoyándose exclusivamente en la jurisprudencia comunitaria (Decisiones Akzo y Tetrapack), concluyó que en un procedimiento sancionador «*todos los hechos que permitan integrar la conducta típica tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, de la intencionalidad, han de quedar completamente determinados, fuera de toda duda, pues cualquier duda razonable habrá de ir en beneficio de la empresa imputada*», lo que no es sino la aplicación absoluta del principio *in dubio pro reo*. Dicho principio exigirá, a partir de ahora, una mayor utilización del análisis económico cuyos efectos se extenderán a las partes interesadas y, también, a los enjuiciadores.

Natexis/VUP, de 7 de enero de 2004, en el que una operación de concentración se declaraba compatible con el mercado común y con el funcionamiento del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo²⁷. Asimismo, se considera oportuno modificar el sistema actual, basado en la imposición de condiciones, sustituyéndolo por la posibilidad de presentar compromisos y de tomar en consideración las propuestas por los interesados. El planteamiento es de indudable interés, pero desfallece cuando se hace referencia a la posibilidad de un sistema mixto de compromisos y condiciones.

D. REFORZAR LA EFICACIA Y TRANSPARENCIA DEL PROCEDIMIENTO

Cinco son las propuestas. En primer lugar, flexibilizar, ampliando, los plazos máximos en el caso de presentación de compromisos. En segundo lugar, seguir con el procedimiento de oficio y a instancia de parte, manteniendo la ausencia de plazo para la notificación y el régimen de control preventivo, de forma que la operación deba ser notificada antes de su ejecución. Sin embargo, podría ser conveniente flexibilizar el régimen de suspensión; en particular, en el caso de OPAS con el fin de minimizar los costes derivados de la publicidad de la operación para las empresas afectadas, como consecuencia de su posible impacto en las fluctuaciones del mercado de valores. En tercer lugar, mantener las dos fases de forma que el Consejo de la Comisión sería competente para: *i*) decidir la autorización en la primera fase, con o sin condiciones; *ii*) mantener el silencio positivo; *iii*) decidir el procedimiento de negociación de compromisos en la primera fase; *iv*) decidir el paso a la segunda fase de forma que el informe correspondiente actuaría como pliego de concreción de los problemas detectados en el análisis preliminar; *v*) decidir sobre las declaraciones de terceros interesados en la segunda fase; *vi*) acordar la celebración de vistas; y *vii*) adoptar la decisión final²⁸. En cuarto lugar, considerar la posibilidad de un procedimiento simplificado con un formulario específico y un informe más conciso en aquellos asuntos que no plantean problemas, considerando que «en todo caso debe preverse la posibilidad de solicitar un formulario completo, así como excepción para el procedimiento simplificado». Y, por último, reforzar el papel de los interesados, especialmente en la segunda fase, en los siguientes casos: *i*) respecto a las solicitudes de información o test de mercado, en la primera fase; *ii*) respecto a la posibilidad de presentar alegaciones al docu-

²⁷ En la decisión de la Comisión se hace referencia al documento de J. DONCEL y M. IVALDI, *Evaluation Econométrique des Effets de la Concentration Lagardère/VUP sur le Marché du Livre de Littérature Générale*. La envergadura del estudio se pone de manifiesto si se toma en consideración que la muestra analizada incluye 9.566 observaciones. En una nota al pie de página se ofrecen algunas referencias del análisis efectuado, pero dicho análisis no se adjunta como anexo del informe.

²⁸ Autorizar, prohibir, condicionar (preferentemente sobre la base de compromisos).

mento de la Comisión que decide el paso a la segunda fase; *iii*) respecto a la posibilidad de audiencias en la segunda fase, siempre que lo soliciten las partes; y, en fin, *iv*) respecto a la posibilidad de presentar alegaciones en relación con los compromisos planteados dirigidos a obtener la autorización en la segunda fase.

E. REFORMULAR LA TASA

Aquellos operadores económicos que plantean operaciones de concentración para su examen están obligados a pagar la tasa correspondiente. La experiencia ofrece la posibilidad de reconsiderar el principio sostenido hasta el presente. En consecuencia, el LB sugiere la posibilidad de fijar una tasa fija o reducida en las operaciones de menor importancia y considerar la posibilidad de referir la tasa al volumen de ventas del negocio adquirido, lo que parece sensato.

F. REVISAR EL SISTEMA SANCIONADOR

La eficacia del procedimiento se apoya en la disponibilidad de información precisa que refleje las características de las empresas interesadas y las condiciones del mercado o de los mercados afectados. Cualquier suministro inadecuado de información se traduce en costes por parte de la Administración, que, en definitiva, recaen sobre los ciudadanos. En consecuencia, se establece la posibilidad de incluir un régimen sancionador, que debe estar debidamente tasado, en el caso de suministro de información falsa, pudiendo incluir la posibilidad de publicidad de la sanción, lo que también parece sensato.

G. OTRAS CUESTIONES

Asimismo, el LB incluye otras cuestiones, tales como la posibilidad de ampliar el ámbito de consulta previa; abrir la posibilidad de solicitar informes a otros órganos de las Administraciones Públicas (del Estado, Comunidades Autónomas, Comisión Europea, autoridades de los Estados miembros), con posibilidad de suspender plazos; incorporar las novedades del Reglamento 139/2004 en relación con el mecanismo de reenvíos, y, por último, revisar el formulario de notificación, lo que parece necesario.

5. EL PROCEDIMIENTO DE CONTROL DE CONCENTRACIONES NO PUEDE SER AJENO AL ANÁLISIS ECONÓMICO

Las cuestiones apuntadas suponen avances en relación con la situación actual. Sin embargo, no pueden —ni deben— olvidarse las enseñan-

zas del análisis económico, pues es precisamente dicho análisis²⁹ el instrumento que permite poner de relieve las fortalezas y debilidades del sistema actual de control de las operaciones de concentración.

En el actual estado de la discusión, escasa e insuficiente, la mejor forma de poner de manifiesto algunas cuestiones relevantes que deberían haber sido objeto de análisis o, al menos, de consideración en el LB, sea la utilización de un modelo económico simple pero robusto, que refleje que la consideración de las cuotas de mercado, aunque necesaria como primera aproximación, es, a todas luces, insuficiente³⁰.

Las referencias de dicho modelo son:

- a) Las situaciones de monopolio no legal son escasas.
- b) El caso normal refleja mercados constituidos por un número reducido de empresas (variable según los mercados) con cierto poder de mercado —en ocasiones relevante— rodeadas de un número más o menos elevado de empresas de menor dimensión, sin capacidad para influir de forma decisiva, durante un período suficiente de tiempo, en el mercado. Dicho poder de mercado puede ser el resultado de dos tipos de conductas: *a'*) mejor eficiencia o/y *b'*) una o varias operaciones de concentración. Las barreras de entrada y de salida sostienen dicha situación.
- c) Desde la perspectiva del análisis económico y del Derecho de la competencia, el interés por el análisis de las situaciones de poder de dominio reside en el hecho de que concede a las empresas poderosas la posibilidad de mantener los precios por encima de los costes marginales (*C'*) durante períodos de tiempo extensos. Esto es, pueden obtener beneficios extraordinarios, hecho que no debe ser siempre rechazado, pues puede ser el resultado de la eficiencia. Sin embargo, la obtención de beneficios extraordinarios —por encima de los correspondientes a la aplicación de precios de competencia— durante períodos suficientemente extensos debe ser analizada con otra intención cuando su explicación recae en el ejercicio del poder de mercado al margen de la eficiencia³¹. No debe olvidarse que el monopolio puede ser mejor que el duopolio o el oligopolio en mercados con *C'* permanentemente decrecientes, economías de gama, demanda muy elástica o posibilidad de reducir los costes de transacción. En todo caso, el riesgo de colusión a largo plazo dentro del oligopolio es difícil, pues los miembros del oligopolio deben hacer frente a objetivos distintos de los incluidos en el eventual acuerdo oligopolísti-

²⁹ Ver, por ejemplo, J. B. BAKER y D. L. RUBINFELD, *Empirical Methods in Antitrust Litigation: Review and Critique*, American Law and Economics Association, 1999; R. J. EPSTEIN y D. L. RUBINFELD, *Technical Report. Effects of Mergers Involving Differentiated Products*, COMP/B1/2003/7 de octubre de 2004.

³⁰ Ver A. PETITBÒ, *Mercados y competencia. Efectos de la liberalización y la desregulación sobre la eficiencia económica y el bienestar*, Discurso de ingreso como Académico electo, *Real Academia de Doctors*, 1999.

³¹ Por la posible existencia de barreras de entrada, por ejemplo.

co, en ocasiones contradictorios, como, por ejemplo, maximizar el beneficio de cada miembro oligopolista o maximizar el beneficio conjunto para luego proceder a su reparto, o aquellas cuestiones relacionadas con el mantenimiento de las cuotas de mercado.

Una aproximación moderna, distinta de la comúnmente utilizada por los órganos judiciales y, en ocasiones, por el propio TDC, exige considerar los posibles efectos de una posición dominante en un mercado pertinente sobre la eficiencia. R. SCHMALENSEE³², al analizar el destacado artículo de LANDES-POSNER³³, relacionó la pérdida neta de bienestar³⁴ con el índice de Lerner, considerando que, por regla general, las empresas tienen algún poder de dominio en el mercado, aunque dicho poder sea reducido. En todo caso, desde la perspectiva de las autoridades de defensa de la competencia, la cuestión relevante no es el poder de dominio o, lo que es lo mismo, la posibilidad de fijar los precios de la empresa i por encima del C' sin que ello se traduzca en modificaciones de los precios de las empresas rivales, sino el abuso de dicha posición por sus posibles efectos negativos sobre el bienestar y la eficiencia. En este marco, debe mencionarse el interés por establecer si un oligopolio es competitivo o no.

El análisis puede resumirse suponiendo dos tipos de mercado, según sus productos sean homogéneos o diferenciados.

A. MERCADO CON PRODUCTOS HOMOGÉNEOS

Considérese, en primer lugar, el caso de un mercado cuyos productos son homogéneos.

Se supone una rama industrial formada por un número fijo de n empresas. Cada empresa produce y vende un producto homogéneo. Las empresas se comportan como precio aceptantes en los mercados de factores y de materias primas. Los costes de producción pueden variar entre empresas.

Se asume que la función de costes variables de la empresa i es cóncava ($C_i' > 0$, $C_i'' > 0$) y puede expresarse como $C_i = C_i(q_i)$, siendo C_i los costes y q_i la cantidad ofrecida por la empresa i .

Los bienes producidos se venden a otras empresas o a los consumidores finales que, al igual que las empresas de la rama industrial, se comportan como precio aceptantes. También se supone que toda la informa-

³² R. SCHMALENSEE, «Another Look at Market Power», *Harvard Law Review*, vol. 95, 1982.

³³ W. M. LANDES y R. A. POSNER, «Power in Antitrust Cases», *Harvard Law Review*, vol. 94, 1981.

³⁴ Característica del ejercicio abusivo del poder de dominio.

ción relevante se incluye en la curva de demanda del mercado que toma la forma de $p = p(q)$ siendo $q = \sum_{i=1}^n q_i$ la producción total de la rama industrial y p los precios de mercado.

Bajo estos supuestos, la función de beneficios de la empresa i (B_i) puede expresarse como:

$$B_i = p(q)q_i - C_i(q_i) - F_i \text{ con } i = 1, 2, \dots, n$$

Siendo F_i los costes fijos de la empresa i .

Se supone que cada empresa elige un nivel de producción que toma en consideración los efectos que sobre el ingreso marginal (I') tiene la determinación tanto de su propio nivel de producción como del nivel de producción del resto de empresas.

Suponiendo que la función de beneficios es continua, haciendo operaciones y utilizando como apoyo los trabajos de COWLING³⁵, COWLING-WATERSON³⁶ y WATERSON³⁷, en ausencia de diferenciación del producto puede establecerse:

$$\frac{p - C_i'}{p} = \frac{s_i}{e} k_i$$

Donde:

C_i' coste marginal de la empresa i

s_i cuota de mercado de la empresa i $\left(\frac{q_i}{q}\right)$

e elasticidad precio de la demanda del mercado $e = -\frac{dq}{dp} \frac{p}{q}$

k_i conjeturas de la empresa i ante posibles reacciones de sus rivales frente a cambios en su nivel de producción

$\frac{p - C_i'}{p}$ refleja el margen precio-coste o índice de poder de monopolio de Lerner o Kalecki (L).

En una situación de equilibrio, dicho margen está directamente relacionado con la cuota de mercado de la empresa i y las conjeturas³⁸ efec-

³⁵ K. COWLING, «On the theoretical specification of industrial structure-performance relations», *European Economic Review*, vol. 8, 1976.

³⁶ K. COWLING y M. WATERSON, «Price-Cost Margins and Market Structure», *Economica*, núm. 43, 1976.

³⁷ M. WATERSON, *Economic Theory of Industry*, Cambridge UP, 1984.

³⁸ El empleo de variaciones conjeturales permite alcanzar los mismos resultados que utilizando la teoría de juegos. Al poder estimarse las variaciones conjeturales los modelos correspondientes se han empleado en trabajos empíricos. El concepto fue introducido por A. L. BOWLEY en su trabajo seminal *The Mathematical Groundwork of Economics*, Oxford University Press, 1924, al

tuadas sobre las reacciones de las empresas rivales están relacionadas inversamente con la elasticidad precio de la demanda del mercado. Las citadas conjeturas, reflejo de la interdependencia entre empresas oligopolísticas, se sitúan en el núcleo del análisis del oligopolio. De hecho, las diversas teorías del oligopolio pueden interpretarse como supuestos efectuados en torno a los valores de k_i .

Por ejemplo, si

$$k_i = 1 \quad \forall i$$

refleja el modelo de oligopolio de Cournot, que supone que la empresa i considera el nivel de output del resto de empresas como dado.

Si

$$k_i = 1 \\ k_m \neq 1 \quad \forall i \neq m$$

se obtiene la solución de Stackelberg, en la que una empresa actúa como líder y las $(n-1)$ empresas restantes actúan como seguidoras. En este caso, la empresa m establece sus conjeturas tomando en consideración las posibles reacciones de sus rivales.

Si

$$k_i = \frac{1}{s_i} \quad \forall i$$

se obtiene el ejemplo de la colusión. Cada empresa de la industria actúa sabiendo que cualquier cambio en su nivel de producción provocará una reacción de sus rivales que modificará su propio nivel de producción de acuerdo con sus cuotas de mercado. Dicha solución equivale a la conducta y resultados del monopolio. Es decir:

$$\frac{p - C_i^i}{p} = \frac{1}{e}$$

Como demuestra la evidencia empírica, los acuerdos colusivos casi siempre son frágiles. Cabe aceptar que en el caso de colusión entre operadores económicos con diferente grado de eficiencia, el acuerdo inicial satisface a todos los que toman parte en el acuerdo. En caso de acuerdo colusivo, al menos a corto plazo, el operador menos eficiente ve satisfe-

considerar que las empresas oligopolísticas toman en consideración que los precios y cantidades elegidas por ellos afectarán a dichas variables de las empresas rivales. Tanto A. L. BOWLEY como posteriormente H. VON STACKELBERG, *Marktform und Gleichgewicht*, Springer, 1934, consideran que se trataba de un fenómeno dinámico a pesar de que su análisis fue estático. Sobre la teoría de las variaciones conjeturales ver, por ejemplo, E. J. DOCKNER, «A Dynamic Theory of Conjectural Variations», *The Journal of Industrial Economics*, diciembre, 1992.

chas sus necesidades dirigidas a garantizar su supervivencia. Por su parte, el operador económico más eficiente alcanza beneficios extraordinarios. Sin embargo, es frecuente que quienes participan en el acuerdo caigan en la tentación de no llevar a cabo lo acordado. En efecto, cada empresa del mercado actúa sabiendo que cualquier cambio en su nivel de producción provocará una reacción de sus rivales que tenderá a modificar sus propios niveles de producción de acuerdo con sus cuotas de mercado. Dicha solución equivale a la del monopolio: cada empresa se comporta como un monopolista.

La ecuación $\frac{p-C_i}{p} = \frac{s_i}{e} k_i$ ha sido empleada profusamente en trabajos empíricos. Sin embargo, dado que los índices de Lerner o de Kalecki difícilmente son calculables para cada empresa, se ha procedido a su modificación mediante la agregación de dicha ecuación ponderando las cuotas de mercado de las empresas. Sin embargo, el proceso supone la introducción de juicios de valor con el fin de determinar el procedimiento de agregación de los índices.

De esta forma, suponiendo la igualdad entre los costes variables medio y marginal, y razonando en términos de rama industrial, puede afirmarse que el beneficio (B_i) más el coste fijo (F_i) equivale a la diferencia entre el ingreso ($p q_i$) y el coste marginal (C') multiplicado por la cantidad producida (q_i). Es decir:

$$B_i + F_i = p q_i - C' q_i$$

Sumando los datos correspondientes a todas las empresas de la rama industrial, estableciendo $p q = I$ ³⁹ y haciendo operaciones, siendo el índice de concentración de Herfindahl-Hirschman⁴⁰ $H = \sum_{i=1}^n s_i^2$ y definiendo

$$c = \frac{\sum_{i=1}^n s_i^2 k_i}{\sum_{i=1}^n s_i^2}$$

como la suma ponderada de las variaciones conjeturales de

las empresas, puede escribirse⁴¹:

³⁹ Ingresos totales de la rama industrial.

⁴⁰ Pese a los refinamientos analíticos dirigidos a la obtención de un índice de concentración ideal no existe un acuerdo entre los diferentes estudiosos de la Economía de la industria y de los mercados acerca del mejor índice. En general, el pragmatismo es el criterio que se impone en los trabajos empíricos. Al margen de las discusiones académicas, las autoridades de defensa de la competencia, siguiendo la experiencia de la *Federal Trade Commission* de Estados Unidos, acostumbra a emplear el índice de Herfindahl-Hirschman en sus análisis de mercado. Sobre las discusiones acerca de la bondad de los distintos índices ver, por ejemplo, L. HANNAH y J. A. KAY, *Concentration in Modern Industry. Theory, Measurement and the U. K. Experience*, MacMillan, 1977; A. JACQUEMIN y H. W. DE JONG, *European Industrial Organization*, MacMillan, 1977.

⁴¹ Sobre esta cuestión ver R. CLARKE, *Economía Industrial*, Colegio de Economistas de Madrid, Celeste Ediciones, 1993; S. MARTIN, *Advanced Industrial Economics*, Basic Blackwell, 1993; J. TIROLE, *La Teoría de la Organización Industrial*, Ariel Economía, 1990.

$$\frac{B+F}{I} = \frac{H}{e} c$$

La expresión anterior revela que, al margen de las variaciones conjeturales, los beneficios brutos de la rama industrial son una función creciente de la concentración y una función decreciente de la elasticidad precio de la demanda.

Alcanzado este resultado pueden analizarse dos «situaciones extremas». En primer lugar, cuando el número de empresas de la rama industrial tiende a infinito —y su participación e incidencia en el precio del producto es negligible— los valores de e , s_i y H tienden a cero. En este caso, el precio tiende a igualar al coste marginal y el índice de Lerner o de Kalecki tiende a cero. Este resultado es equivalente al que se alcanza en situaciones de competencia perfecta. En segundo lugar, puede suponerse una situación de monopolio. Como el monopolista no tiene rivales $k_i = 1$, $n = 1$ y el valor del índice H es igual a la unidad. El margen precio-coste y el índice de Lerner o de Kalecki igualan al recíproco de la elasticidad precio de la demanda de la industria.

En definitiva, los casos de competencia perfecta y de monopolio se interpretan como «casos extremos» de una situación en la que las formas oligopolísticas de mercado se localizan en una «zona intermedia», de acuerdo con la expresión de Yamey. Dicha zona es testigo de fenómenos de gran complejidad caracterizados por la continua elaboración de estrategias, acciones y reacciones por parte de todos aquellos presentes en la arena oligopolística⁴².

La expresión $\frac{p - C_i}{p} = \frac{l}{e}$ puede escribirse como sigue:

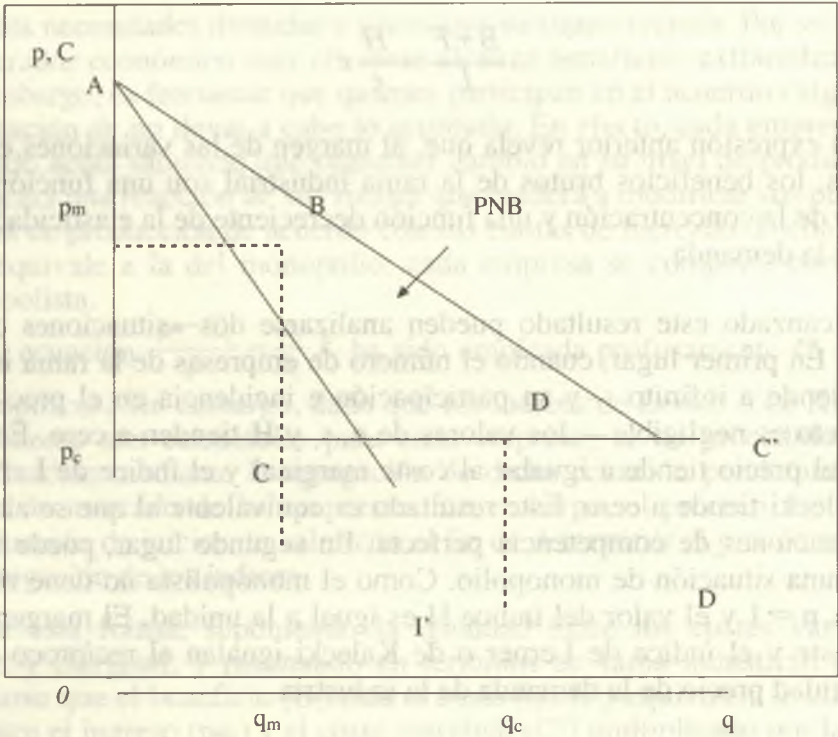
$$\frac{p}{C_i} = \frac{e}{e-1}$$

Dicha expresión refleja el *mark up*, dada la elasticidad de la demanda.

Por otra parte, los manuales de economía y de análisis económico del Derecho⁴³ establecen que la pérdida neta de bienestar (PNB) provocada por la conducta abusiva del monopolista es equivalente al área BCD del triángulo de la figura siguiente:

⁴² Ver, por ejemplo, M. NICHOLSON, *Oligopoly and Conflict. A Dynamic Approach*, Liverpool University Press, 1972; J. FRIEDMAN, *Oligopoly Theory*, Cambridge University Press, 1983.

⁴³ Ver, por ejemplo, R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, 1972.



Donde:

p_m, p_c : precios correspondientes a un mercado monopolístico o en condiciones de competencia perfecta

q_m, q_c : cantidad producida por una empresa monopolística o en condiciones de competencia perfecta

D curva de demanda

I' ingreso marginal

Haciendo operaciones resulta:

$$PNB = \frac{1}{2} (L p_m q_m Q)$$

Siendo $Q = \frac{q_c - q_m}{q_m}$ y $L = \frac{p_m - C_i}{p_m}$

A partir de dicha expresión puede analizarse la elasticidad de la demanda correspondiente a la empresa dominante.

Siendo q_i^d la demanda dirigida a la empresa i, será igual a la demanda total del mercado (q_m^d) menos la oferta del resto de empresas (q_r^s). Es decir:

$$q_i^d = q_m^d - q_r^s$$

Si la demanda total equivale a la oferta total y la demanda dirigida al resto de empresas es igual a su oferta, puede escribirse:

$$e_i^d = e_m^d \frac{1}{s_i} + e_r^s \frac{1-s_i}{s_i}$$

Siendo:

e_i^d elasticidad precio de la empresa dominante

e_m^d elasticidad de la demanda del mercado

e_r^s elasticidad de la oferta del resto de empresas

L_i poder de monopolio de la empresa i (según el índice de Lerner):

$$L_i = \frac{1}{e_i^d}$$

s_i cuota de mercado de la empresa i

$1-s_i$ cuota de mercado del resto de empresas

Haciendo operaciones resulta:

$$L_i = \frac{s_i}{e_m^d + e_r^s (1-s_i)}$$

De las últimas expresiones pueden extraerse conclusiones relevantes⁴⁴ en relación con la discusión sobre las propuestas relacionadas con el control de concentraciones. En primer lugar, cuanto mayor es la elasticidad de la demanda del mercado más elevado será el valor de la elasticidad de la demanda de la empresa dominante y menor la posibilidad de que dicha empresa pueda elevar el precio por encima del coste marginal⁴⁵. En segundo lugar, el poder de mercado de la empresa dominante también se reduce si aumenta la oferta como consecuencia de un incremento de la oferta del resto de empresas, la entrada de nuevas empresas en el mercado⁴⁶ o las dos situaciones anteriores simultáneamente⁴⁷. Y, por último, cuanto mayor sea la cuota de mercado de la empresa dominante menor será la elasticidad de la demanda y, por tanto, mayor será su poder de mercado.

Las conclusiones alcanzadas son relevantes y el modelo desarrollado es más completo que el que está implícito en el planteamiento del LB en relación con el control de concentraciones. Este hecho debería dar lugar a

⁴⁴ Ver M. A. UTTON, *Market Dominance and Antitrust Policy*, Edward Elgar, 1995.

⁴⁵ La presencia en el mercado de sustitutos próximos del bien o servicio ofrecido por la empresa dominante contribuye a la reducción de su poder de mercado.

⁴⁶ Lo que implica ausencia de barreras de entrada significativas.

⁴⁷ Muestra la relación directa entre la elasticidad del resto de empresas y la elasticidad de la demanda de la empresa dominante.

una reconsideración de cuanto allí se sostiene con la correspondiente repercusión en el texto legislativo. En ningún caso debe olvidarse que la cuota de mercado es un indicador frágil del poder de mercado y que el análisis del mercado exige una aproximación pluridimensional.

B. MERCADOS CON PRODUCTOS DIFERENCIADOS

El asunto es más complejo cuando se examinan aquellos mercados en los que las empresas ofrecen productos diferenciados. En este caso puede suceder que haya más de un precio en el mercado. Aun cuando las empresas pueden preferir fijar los precios a fijar cantidades, en realidad toman sus decisiones fijando precios, cantidades o ambos simultáneamente.

Para analizar este caso, supóngase de nuevo la función de beneficios correspondiente a la empresa i :

$$B_i = p_i (\vartheta q_{-i} + q_i) q_i - C_i(q_i)$$

Donde:

$q_{-i} = \sum_{j \neq i}^n q_j$ output ofrecido por todas las empresas menos la i -ésima

q_i output ofrecido por la empresa i -ésima

ϑ siendo $0 \leq \vartheta \leq 1$, refleja el grado de diferenciación de los bienes ofrecidos por las empresas distintas de la i -ésima respecto del bien producido por la empresa i -ésima. Permite comparar unidades de *outputs* diferenciados.

$\vartheta = 0$, refleja el caso de diferenciación total y $\vartheta = 1$ refleja el caso de bienes homogéneos.

Haciendo operaciones y teniendo en cuenta que cuando se trata de bienes diferenciados el poder de mercado de la empresa i depende del grado de diferenciación (ϑ), de las reacciones conjeturales de las empresas rivales ($\lambda_i = \frac{\partial q}{\partial q_i}$) y de la cuota de mercado de i (s_i), asumiendo que

cada empresa mantiene las variaciones conjeturales sobre las reacciones de las empresas rivales y suponiendo que $\alpha_i = \alpha$ y $e_i = e$ para todas las empresas, el índice de Lerner agregado será:

$$L = \sum_{i=1}^n w_i(\vartheta) L_i = \frac{\alpha + (1-\alpha)H(\vartheta)}{e}$$

Donde:

$H(\vartheta) = \left[\sum_{i=1}^n s_i(\vartheta) \right] \left[\sum_{i=1}^n w_i(\vartheta)^2 \right]$ Versión del índice de concentración de Herfindahl-Hirschman cuando hay diferenciación de producto

$$w_i(\vartheta) = \frac{s_i(\vartheta)}{\sum_{j=1}^n s_j(\vartheta)}, i=1, 2, \dots, n$$

α_i : elasticidad de la variación conjetural λ_i

De acuerdo con S. MARTIN⁴⁸, los indicadores estructurales de las operaciones de concentración, tal como son empleados frecuentemente por las autoridades de defensa de la competencia, reflejan una variable *proxy* del poder de mercado. Sin embargo, y ésta es la cuestión relevante, el análisis efectuado revela que tales indicadores no reflejan todos los elementos que permiten que una empresa tenga poder de mercado.

Con la consideración de diferenciación del producto, el problema se aleja del ámbito de la rama industrial y se acerca al ámbito de la empresa. De esta forma, los indicadores de diferenciación son tan relevantes como los del grado de concentración. Si los bienes ofrecidos al mercado no son homogéneos, la conducta de las empresas puede ser tan importante para los resultados del mercado como el grado de concentración.

6. REFLEXIONES FINALES

Como todo modelo, los presentados en el presente trabajo incluyen limitaciones significativas. Sin embargo, permiten una sensata aproximación al problema planteado. El análisis de las operaciones de concentración entre operadores económicos es más complejo que el que se realiza habitualmente por las autoridades de defensa de la competencia. En todo caso, aun siendo significativas las simplificaciones habituales, las implícitas en el modelo del LB tienen una relevancia particular. No se trata de considerar los coeficientes de concentración o las variaciones del valor de los índices de Herfindahl-Hirschman como cuestiones esenciales. Otras variables como las elasticidades y los comportamientos empresariales o los obstáculos impuestos a las conductas empresariales también pueden ser determinantes. En consecuencia, debe subrayarse que el análisis económico tiene, y tendrá, una importancia considerable que, a mi juicio, no ha recibido el merecido énfasis en el LB. Este hecho refuerza la idea de la necesidad de disponer de unas *Guidelines* que reúnan cuestiones jurídicas y económicas.

El análisis efectuado en las páginas anteriores debe ser interpretado tomando en consideración las siguientes limitaciones del mismo.

a) No se consideran los mercados de competencia perfecta y de monopolio como los ejes de la reflexión. Los primeros porque en el pre-

⁴⁸ S. MARTIN, *op. cit.*

sente contexto no tienen interés. Los segundos porque su consideración no tiene sentido. En consecuencia, la referencia deben ser los mercados oligopolísticos con su complejidad y diversidad.

b) La cuota de mercado es un indicador frágil del poder de mercado. Es un ingrediente importante del análisis; importante pero insuficiente⁴⁹. El número de operadores o sus cuotas de mercado no constituyen referencias bastantes para explicar el tipo de equilibrio del mercado.

c) El análisis del poder de mercado exige una aproximación multi-dimensional, más completa y compleja que la efectuada, pues requiere el correspondiente análisis de cada mercado con sus especificidades.

d) El modelo es estático. Los precios se consideran como dados, el bien o servicio se considera homogéneo y se excluye la hipótesis de competencia sobre la base de la diferenciación de producto.

e) La interdependencia, característica de los mercados oligopolísticos, se ha referido a las variaciones conjeturales.

f) No se han considerado los efectos de las posibles barreras de entrada o la eventualidad de precios predatorios por parte de las empresas dominantes.

Hechas estas consideraciones, el contenido del LB supone una aportación relevante y un avance considerable. En consecuencia, sólo puedo compartir los «principios y objetivos» de la reforma, a saber: seguridad jurídica, independencia, transparencia, responsabilidad frente a la sociedad, eficacia y coherencia, porque aumentan el grado de predictibilidad y la consistencia del sistema español de defensa de la competencia. Pero, además, el LB plantea otras cuestiones de interés. Con el fin de contribuir a introducir algunas consideraciones en el período de reflexión sobre la nueva redacción de la Ley de Defensa de la Competencia se mencionan algunos ejemplos al respecto.

a) La cuestión de si la Administración debe controlar las estructuras y sus cambios o limitarse a la aplicación de los arts. 1, 6 y, en su caso, 7 de la Ley española de Defensa de la Competencia debe someterse a una discusión que supere los estrechos márgenes del deseo de la autoridad de controlar la actividad empresarial, especialmente cuando la intervención se toma sobre posibles hechos futuros no conocidos con la suficiente precisión. El escaso número de operaciones examinadas por el TDC⁵⁰, reflejo de que la mayoría de operaciones no afectan sensiblemente la competencia, el reducido número de decisiones del Consejo de Ministros y la elevada probabilidad de que éstas coincidan con las propuestas del TDC podrían aconsejar la supresión del control de estructuras. A ello podría sumarse el hecho de que los efectos anticompetitivos apoyados, en oca-

⁴⁹ R. SCHMALENSEE, *op. cit.*, concluye que otros análisis relacionados con el poder de mercado no son menos válidos que aquellos basados en la cuota de mercado: «En función de los hechos concretos de cada caso, la información acerca de la rentabilidad o sobre las pautas de conducta puede ofrecer más información que las cuotas de mercado».

⁵⁰ 9 en el año 2001, 7 en el año 2002, 8 en el año 2003 y 3 en el año 2004.

siones, por elevadas cuotas de mercado, pueden contrarrestarse con el oportuno control de conductas y que el control de las operaciones de concentración no debería traducirse en la conversión de dicho control en un mecanismo regulador. Estas cuestiones deberían ser consideradas explícitamente en el debate como una cuestión esencial y nuclear, pues en el caso de no considerarse oportuna o conveniente la supresión del control de concentraciones debería reconsiderarse en profundidad el sistema de control, empezando por los umbrales del mercado de referencia y empleando el mercado relevante, definido con absoluta precisión, como criterio.

b) Ha quedado fuera de la consideración del LB la posibilidad de que un monopolio pueda ofrecer mejores condiciones de precio y cantidad que un mercado competitivo, lo que no es un asunto de segundo orden. El caso de las industrias de red es elocuente. En consecuencia, debe considerarse el supuesto de una operación de concentración sobre la eficiencia y el bienestar.

c) No debería perderse la ocasión para considerar un conjunto de cuestiones relacionadas con el procedimiento. En primer lugar, el sistema de notificación previa debería ser más completo que el actual, lo que supone modificar el formulario. Más información supone incrementar las posibilidades de tomar una decisión en la primera fase. En este contexto deben establecerse criterios *de minimis* y reforzar la posibilidad de asumir compromisos. Lógicamente, de acuerdo con este planteamiento el asunto de las tasas debe ser sometido a reconsideración. En segundo lugar, la documentación exigida debe ser exhaustiva, lo que supone disponer de un cuestionario completo y prolijo. Por su parte, las autoridades deben concretar los problemas razonadamente, potenciar la presencia de interesados y fomentar las vistas, pues son muchos los intereses en juego. La articulación entre los conocimientos de los economistas y los juristas es importante, pues en esta fase es necesario llevar a cabo un estudio riguroso del caso, sobre la base de la regulación de las operaciones de concentración, que incluya consideraciones razonadas en relación con la eficiencia, los efectos sobre el bienestar, los comportamientos estratégicos de las empresas, las elasticidades, la competencia potencial y las barreras de entrada. En mi opinión, es mejor impulsar la solución negociada que la imposición de condiciones. En tercer lugar, debe facilitarse al máximo el acceso al expediente dando mayor participación a los interesados y dotando al sistema de mayor transparencia y publicidad. En cuarto lugar, es necesario exigir la demostración y prueba de cuanto se dice, tanto por las partes como por las autoridades. En este caso, la exigencia de responsabilidades y las sanciones resultan obligadas. En quinto lugar, es necesario regular rigurosamente la notificación. La multa es insuficiente, pues en ocasiones resulta más conveniente que notificar. ¿Qué puede ocurrir 2, 3..., n años más tarde si no se notifica? Y, por último, en el caso extraordinario de intervención del Consejo de Ministros, la excepcionalidad de la intervención debería estar precisamente tasada y

el dictamen debería ser debidamente motivado, pero previamente los interesados deberían tener la posibilidad de acceder al expediente, conocer las causas de la remisión al Consejo de Ministros, discutir con la Administración y, en su caso, no descartar la posibilidad de encontrar una solución negociada. De nuevo conviene recordar que, por regla general, los intereses en juego son considerables.

d) Debe reconsiderarse el procedimiento de las privatizaciones que suponen una concentración relevante a los efectos del control por la autoridad de defensa de la competencia para evitar que se repita lo que ocurrió en el caso Alsa-Enatcar cuando, tras la compra de Enatcar por Alsa, ésta tuvo que someterse al control de concentraciones con la correspondiente incertidumbre acerca del resultado final del mismo y del coste efectivo de la operación real.

e) Debe resolverse la tardanza en resolver los eventuales recursos por el órgano judicial competente para evitar situaciones como la ocurrida en el caso de Unión Radio, en el que, recurrido el Acuerdo del Consejo de Ministros del mes de mayo de 1994, el Tribunal Supremo, en el mes de junio del año 2000, consideró que dicho acuerdo no era conforme a Derecho y, por tanto, anulable, desestimando la pretensión de que fuera declarado nulo de pleno derecho y, posteriormente, por Auto de 25 de septiembre de 2002, resolvió que las propuestas de desinversión de las empresas son condición necesaria pero no suficiente.

f) Debe tomarse en consideración la competencia potencial y el poder de los clientes o los proveedores. Los casos de Gespalets o Krupp-Hoechst, por ejemplo, son elocuentes.

g) En determinadas circunstancias, el riesgo de una operación de concentración procede más de las barreras de entrada que de la propia operación. Tendría sentido, en consecuencia, instar al Gobierno a remover dichas barreras, sobre todo cuando éstas son de naturaleza administrativa. En consecuencia, se sugiere que las referencias a las ayudas públicas contenidas en la LDC se amplien con las oportunas referencias a las barreras de entrada, especialmente de naturaleza administrativa.

h) El planteamiento efectuado hasta el presente es epidérmico. El asunto es complejo. En consecuencia, tal como se ha puesto de manifiesto en el presente trabajo, debería disponerse de unas *Guidelines* que sirvieran de guía tanto a los operadores económicos como a las autoridades.

Probablemente la consideración de estas cuestiones y el debido énfasis sobre el análisis económico contribuyan a mejorar nuestro sistema de defensa de la competencia dotándolo de las referencias imprescindibles en una sociedad moderna acompañada de una economía que pretende ser competitiva.