

EL CRITERIO DE LA EFICIENCIA ECONÓMICA (*EFFICIENCY DEFENCE*) EN EL ÁMBITO DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN LA UNIÓN EUROPEA*

Mario Antonio PÉREZ MOLINA

Doctor en Derecho y colaborador del Área de Derecho Mercantil
de la Universidad de Córdoba

1. PRELIMINAR

Toda operación de concentración comporta por su propia esencia una modificación permanente en la estructura de un mercado. Ciertamente, mediante estas operaciones se reduce el número de competidores previamente independientes y se elimina la competencia que existe entre las empresas participantes. En concreto, estas operaciones presentan especiales inconvenientes cuando la nueva entidad de ellas resultante disfruta de un poder económico que le posibilita impedir el normal funcionamiento de una competencia efectiva en un sector económico determinado. Además, los efectos anticompetitivos que emanan de dichas operaciones están ligados al tipo de concentración de que se trate. Las concentraciones *horizontales* incrementan el grado de concentración y la interdependencia o interacción estratégica entre las empresas, así como la fuerza económica del nuevo operador que le facilita comportarse de forma autónoma en una industria de referencia. En cambio, las *verticales* consolidan vínculos preferentes entre las empresas partícipes, que pueden propiciar la exclusión de terceros de una determinada fuente de suministros¹.

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación de Excelencia del MICINN intitulado «Contratación mercantil y competencia empresarial: nuevas tendencias reguladoras y propuestas de conexiones normativas», del que son investigadores principales los profesores Drs. L. M.^a MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ.

¹ Véase R. ALONSO SOTO, «Derecho de la competencia (III). El control de las concentraciones de empresas», en VVAA (R. URÍA y A. MENÉNDEZ), *Curso de Derecho mercantil*, 2.^a ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2006, pp. 335 y ss.; F. E. GONZÁLEZ-DÍAZ y J. M. CARPI BADIA, «La noción de concentración económica y la evaluación de sus efectos en los ordenamientos comunitario y español», en VVAA (dir. J. M. BENEYTO PÉREZ), *Tratado de Derecho de la competencia. Unión Europea y España*, t. I, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 695 y ss.; C. HERRERO SUÁREZ, «La excepción de eficiencia económica (*efficiency defence*) en el control de la concentración empresarial (análisis comparado entre el

Ahora bien, pese a los anteriores efectos anticompetitivos, las operaciones de concentración también son susceptibles de generar importantes *sinergias o eficiencias socioeconómicas*. Y es que muy frecuentemente permiten alcanzar economías de escala o alcance, invertir en investigación y desarrollo, lograr una mayor especialización en la maquinaria y mano de obra, obtener mayores y mejores líneas de financiación, etc. Naturalmente, estos factores inciden en un ahorro de costes con el consiguiente descenso en los precios o en la fabricación de nuevos y mejores productos o servicios. Por tanto, cabe concluir que las operaciones de concentración pueden fomentar el *progreso técnico y económico*, lo cual beneficia a los consumidores y, en suma, al bien común de la sociedad².

En un escenario como este, la autoridad *antitrust* tiene la difícil tarea de fijar un equilibrio o balance entre los efectos anticompetitivos y las ventajas socioeconómicas que dimanarían de las operaciones de concentración. Se trata de una tarea no exenta de dificultades, dada la complejidad probatoria de los alegatos fundamentados en los beneficios económicos resultantes de la operación sometida a evaluación (*ad ex.*, la cuantificación monetaria de las ganancias provenientes unidireccionalmente de la operación). No se pierda de vista en este sentido que las eficiencias son invocadas por las empresas participantes en la operación, que son quienes disponen de la información relevante en cada caso³.

Ahora bien, pese a estas dificultades, la valoración de las eficiencias desempeña un papel fundamental en la evaluación de las operaciones de concentración, al ser capaz de compensar los efectos nocivos para la competencia derivados de una concentración empresarial y, por ende, al facultar a la autoridad *antitrust* a declarar su compatibilidad con el mercado común sobre la base de considerar que las eficiencias mitigan los efectos negativos para la competencia derivados de la operación de reestructuración empresarial en cuestión.

En la Unión Europea el tratamiento de las eficiencias ha sido uno de los asuntos más debatidos dentro del sistema de control de concentraciones. Como veremos, los debates tuvieron lugar en las negociaciones dirigidas a la aprobación del Reglamento 4064/89, primera normativa de control de concentraciones aprobada en la Unión Europea. Mientras que unos Estados alegaban que a fin de dilucidar la compatibilidad (licitud) o incompatibilidad (ilicitud) de una operación de concentración solo era posible tener en cuenta criterios de índole concurrencial, otros Estados defendían, en cambio, que también era necesario valorar las sinergias o eficiencias socioeco-

Derecho *antitrust* estadounidense y el Derecho de la Competencia comunitario europeo)», en *Revista de Derecho mercantil*, núm. 242, 2001, p. 1944.

² Véase C. HERRERO SUÁREZ, «La excepción de eficiencia económica (*efficiency defense*)...», *op. cit.*, pp. 1944 y 1945; R. ALONSO SOTO, «Derecho de la Competencia (III)...», *op. cit.*, pp. 335 y 336.

³ Véase L. COLLEY, «From “defense” to “attack”? quantifying efficiency arguments in mergers», en *European Competition Law Review*, núm. 6, 2004, p. 342; A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation: Substantive Issues*, 4.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 2012, pp. 573 y 574; C. HERRERO SUÁREZ, «La excepción de eficiencia económica (*efficiency defense*)...», *op. cit.*, p. 1945.

nómicas procedentes de estas operaciones, que, de verificarse, funcionarían como un *factor positivo* susceptible de contrarrestar los efectos negativos, esto es, la creación o el reforzamiento de un poder de mercado en un sector económico⁴.

Posteriormente, estos debates se retomaron a partir de las controversias que suscitaron algunas decisiones de la Comisión Europea, lo que provocó su inclusión entre los asuntos que fueron objeto de revisión en el seno del proceso de reforma del sistema de control de concentraciones comunitario⁵. Como sabemos, dicho proceso condujo finalmente a la adopción del actual Reglamento 139/2004 sobre control de concentraciones de empresas, que con el tiempo se ha visto acompañado de varias Comunicaciones. A la postre, todo ello ha supuesto un importante cambio en la política comunitaria de control de concentraciones en materia de eficiencias. Así lo reflejan las Directrices sobre la evaluación de concentraciones horizontales (en adelante, Directrices sobre Concentraciones Horizontales), donde se han concretado los requisitos que han de cumplirse de forma acumulativa para que las eficiencias tengan relevancia *antitrust*, esto es, sean consideradas como un factor positivo en la evaluación de la compatibilidad o incompatibilidad de las operaciones de concentración con el mercado único europeo⁶.

En el presente trabajo, nos proponemos estudiar varios asuntos conectados todos ellos con la llamada *excepción de la eficiencia económica*. Primeramente, expondremos con carácter general los distintos tipos o clases de eficiencias asociados a las operaciones de concentración de empresas (*infra*, 2). Seguidamente, analizaremos los distintos criterios de evaluación

⁴ Véase DOCE L 395, de 30 de diciembre de 1989. En la doctrina: L. M. MIRANDA SERRANO, *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*, Madrid, La Ley, 1994, pp. 346 y ss.; L. BERENQUER FUSTER, «Comentarios críticos acerca del nuevo Reglamento comunitario de concentraciones», en *Anuario de la competencia*, núm. 1, 2004, pp. 112 y ss.; A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 572 y 573.

⁵ En cuanto al proceso de reforma del control de concentraciones, véase C. ESTEVA MOSSO, «El Libro Verde sobre la reforma del Reglamento de control de concentraciones», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2001, pp. 77-96; M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO, «La segunda reforma del Reglamento comunitario sobre el control de concentraciones. Libro verde y propuesta de reforma», en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, t. 23, pp. 1125-1157; S. MARTÍNEZ LAGE, «La reforma del Reglamento comunitario de concentraciones», en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 229, 2004, pp. 3-11.

⁶ Véase DOUE L 24, de 29 de enero de 2004; Directrices sobre Concentraciones Horizontales, en DOUE C 31, de 5 de febrero de 2004, considerandos 76-88. En cuanto al Reglamento 139/2004, entre otros, véase M. A. PÉREZ MOLINA, *La evaluación de las concentraciones de empresas en la Unión Europea*, Córdoba, Publicaciones Universitarias, 2013, pp. 49 y ss.; L. M. MIRANDA SERRANO y M. A. PÉREZ MOLINA, «El control de las concentraciones de empresas en la Unión Europea», en *Revista de Derecho mercantil*, núm. 294, 2014, pp. 115-170; J. BRIONES *et al.*, *Merger control in the european union*, 2.ª ed., New York, Oxford University Press, 2005, pp. 143 y ss.; A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 36 y ss.; M. ROSENTHAL y S. THOMAS, *European Merger Control*, München, C. H. Beck, 2010, pp. 86 y ss.; I. KOKKORIS, *Merger Control in Europe: The gap in the ECMR and National Merger Legislations*, London, Routledge, 2011, pp. 45 y ss.; U. SCHWALBE y D. ZIMMER, *Law and economics in European merger control*, New York, Oxford University Press, 2009, pp. 169 y ss.; J. COOK y C. KERSE, *EC Merger Control*, 5.ª ed., London, Sweet & Maxwell - Thomson Reuters, 2009, pp. 190 y ss.; N. CALVIÑO SANTAMARÍA, «El Reglamento 139/2004: novedades sustantivas en el sistema comunitario de control de concentraciones», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2003, pp. 57-88.

que las autoridades *antitrust* utilizan comúnmente con la finalidad de dotar a las sinergias de un posible valor compensatorio de los efectos anticompetitivos dimanantes de una operación de concentración (*infra*, 3). A continuación, nos centraremos en cómo ha evolucionado la valoración de la eficiencia económica en el ámbito singular del control europeo de concentraciones (*infra*, 4). Finalmente, pondremos la mirada en el tratamiento de las eficiencias bajo la vigencia del actual Reglamento 139/2004, así como en las Directrices sobre Concentraciones Horizontales; especialmente, examinaremos las condiciones que han de concurrir para que una defensa basada en la eficiencia económica pueda ser aceptada por la Comisión Europea (*infra*, 5).

2. LAS DISTINTAS CATEGORÍAS DE EFICIENCIAS ECONÓMICAS VINCULADAS A LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

Las operaciones de concentración no solo incrementan el valor de mercado de la empresa resultante, sino que también pueden producir la mejora de los sistemas de producción y/o distribución. Además, en otros casos estas operaciones facilitan la realización de actividades que coadyuvan a minimizar sus costes. Pues bien, a todos estos beneficios económicos dimanantes de las operaciones de reestructuración empresarial se les ha dado en denominar y reconocer como *sinergias o eficiencias económicas*⁷.

Estas sinergias o eficiencias económicas suelen agruparse principalmente en cuatro categorías; a saber: 1) la eficiencia productiva; 2) la eficiencia transaccional; 3) la eficiencia dinámica, y, finalmente, 4) la eficiencia asignativa⁸. A continuación prestamos atención a cada una de ellas.

A. LA EFICIENCIA PRODUCTIVA

Las operaciones de concentración permiten a las empresas alcanzar la *eficiencia productiva*. Esta eficiencia tiene lugar cuando los costes medios de producción se encuentran en el nivel más bajo en un mercado o sector económico determinado. Por lo general, esto ocurre cuando no es posible incrementar la producción de un bien sin disminuir la fabricación simultánea de otros bienes o servicios. Así, los operadores deben producir al menor coste posible o, en caso contrario, perderán sus clientes y serán obligados a abandonar el mercado. Estas eficiencias, al implicar un ahorro de costes, son las más cuantificables y, por tanto, las más admisibles y fáciles

⁷ En este sentido: N. CALVIÑO, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias en el análisis de las concentraciones empresariales», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2003, p. 68.

⁸ Véase W. J. KOLASKY y A. R. DICK, «The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into antitrust Review of Horizontal Merger», disponible en <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11254.pdf>, pp. 49 y ss.

de demostrar ante las autoridades encargadas de velar por la defensa de la competencia⁹.

La doctrina coincide en señalar que los operadores económicos pueden reducir sus costes medios de producción mediante el aprovechamiento de dos factores: a) las economías de escala, y b) las economías de alcance¹⁰.

a) *Las economías de escala*

Usualmente, las economías de escala están relacionadas con el tamaño de las empresas. Estas economías sobrevienen cuando las empresas pueden reducir sus costes medios de producción en la medida en que incrementen el número de usuarios de un servicio o el número de unidades producidas de un bien homogéneo. Dichas reducciones facilitan que los agentes económicos lleven a cabo una mayor inversión en investigación y desarrollo, lo que promueve el progreso técnico y económico en la sociedad¹¹.

De ahí que las economías de escala estén vinculadas a las operaciones de concentración horizontales. En efecto, este tipo de reestructuraciones empresariales posibilitan que las empresas resultantes alcancen un tamaño de planta óptimo, que disminuye los costes medios de producción a largo plazo (*ad ex.*, la unión entre dos fabricantes de un mismo bien). Sin embargo, los efectos asociados a las concentraciones horizontales son los más dañinos para el mantenimiento de una competencia efectiva. Y es que estas operaciones eliminan la competencia directa que ejercían las partes al momento previo de la transacción, refuerzan la cuota de mercado de la empresa resultante y, sobre todo, elevan el grado de concentración empresarial en el mercado¹².

⁹ La doctrina apunta que el coste medio hace referencia a lo que como promedio cuesta una unidad de producción. Véase R. TAMAMES y S. GALLEGU, *Diccionario de economía y finanzas*, 11.ª ed., Madrid, Alianza, 2002, p. 130; A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 9; W. J. KOLASKY y A. R. DICK, «The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies...», *op. cit.*, pp. 51-56; R. WHISH y D. BAILEY, *Competition Law*, 7.ª ed., New York, Oxford University Press, 2012, p. 5; N. CALVIÑO, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», pp. 76 y 77; I. GUTIÉRREZ y A. J. PADILLA, «Economía de la competencia», en VVAA (dir. J. M. BENEYTO PÉREZ), *Tratado de Derecho...*, *op. cit.*, p. 18; A. JONES y B. SUFRIN, *EU Competition Law: text, cases and materials*, 4.ª ed., New York, Oxford University Press, pp. 8 y 9; M. ODRIOZOLA y B. IRISARRY, «El argumento de las eficiencias económicas en el ámbito de control de concentraciones. ¿Un nuevo desafío o una misión imposible?», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2005, p. 243.

¹⁰ Véase A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 12.

¹¹ Véase A. JONES y B. SUFRIN, *EU Competition Law...*, *op. cit.*, p. 7; I. GUTIÉRREZ y A. J. PADILLA, «Economía de la...», *op. cit.*, pp. 45 y 46.

¹² Los efectos anticoncurrenciales de las concentraciones horizontales pueden ser de dos tipos. Por una parte, los efectos unilaterales que aluden a la creación o reforzamiento de una posición de dominio individual y al caso que la empresa resultante de la concentración empresarial que, sin alcanzar un liderazgo en el mercado, adquiere un poder de mercado susceptible de perjudicar el mantenimiento de una competencia efectiva. Además, los efectos pueden ser coordinados que hace referencia al supuesto de la posición de dominio colectiva, es decir, cuando dos empresas o más empresas disfrutan de una dominancia conjunta. Véase L. M. MIRANDA SERRANO y M. A. PÉREZ MOLINA, «El control de las concentraciones...», *op. cit.*, pp. 137 y ss., así como la bibliografía que ahí citamos.

b) *Las economías de alcance*

Las economías de alcance consisten en la reducción de costes que derivan de la producción conjunta de bienes o servicios distintos. Dicha reducción de costes se vincula a la utilización óptima de los activos, los sistemas de producción o distribución, los recursos limitados o el *marketing*¹³.

La diferencia de los bienes puede ser real y encontrarse en su propia naturaleza. Este es el supuesto clásico de las concentraciones entre empresas que prestan sus servicios por redes de cable. Tras la unión de tales operadores puede ocurrir que la nueva entidad ofrezca bajo una misma red los servicios de internet, televisión y telefonía móvil o fija y, de esta manera, distribuya sus costes entre las distintas actividades. Ciertamente es que también los productos pueden distinguirse por su marca o gama (*ad ex.*, la fusión de empresas que producían varias marcas)¹⁴.

Las operaciones de reestructuración entre empresas que fabrican bienes o prestan servicios diferentes son susceptibles de distribuir los costes entre los productos que se integran en la nueva entidad, lo que genera un ahorro de costes que beneficia a los consumidores y usuarios. De ahí que el disfrute de las economías de alcance motive a los operadores a celebrar concentraciones de conglomerado que afectan a diversos mercados. Estas operaciones causan el denominado *efecto cartera*, esto es, proporcionan a un competidor capacidad para ofrecer una gama completa de bienes o marcas¹⁵.

B. LA EFICIENCIA TRANSACCIONAL

Otra sinergia promovida por las operaciones de reestructuración empresarial es la llamada *eficiencia transaccional*, que resulta del ahorro de costes a causa de la integración de dos fases diferentes de producción de un bien o servicio. En concreto, estos ahorros provienen de la supresión de costes originados por las operaciones o negocios que realizan las empresas en el mercado. Principalmente, esta eficiencia surge de la eliminación de los costes por información incorrecta o errónea, los comportamientos oportunistas de proveedores y los contratos que cubren los riesgos y frecuencia en que las empresas celebran negocios con otros participantes en el mer-

¹³ Véase N. CALVIÑO, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, p. 70; I. GUTIÉRREZ y A. J. PADILLA, «Economía de la...», *op. cit.*, p. 47; A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 12; A. JONES y B. SUFRIN, *EU Competition Law...*, *op. cit.*, p. 7; U. SCHWALBE y D. ZIMMER, *Law and economics...*, *op. cit.*, p. 321.

¹⁴ Véase N. CALVIÑO, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, p. 70; I. GUTIÉRREZ y A. J. PADILLA, «Economía de la...», *op. cit.*, p. 47.

¹⁵ Véase W. J. KOLASKY y A. R. DICK, «The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies...», *op. cit.*, pp. 58-60; N. CALVIÑO, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, p. 70. Sobre el efecto cartera: S. SANTOS LORENZO, «El “efecto cartera” un nuevo criterio de las operaciones de concentración», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 207, 2000, pp. 68-77.

cado. En algunos supuestos, la disminución de costes puede ser pecuniaria (eliminación de comisiones) y más fácil de probar. En cambio, el ahorro en otros factores como el tiempo es mucho más difícil de demostrar¹⁶.

Naturalmente, la consecución de la eficiencia transaccional induce a la celebración de concentraciones verticales, ya sea entre empresas que operan en mercados descendentes o ascendentes (*downstream* o *upstream markets*). Este puede ser el caso de una fusión entre una empresa que se encarga de la fase de producción de un producto y otra empresa que lo distribuye o comercializa. Incluso, los operadores económicos pueden constituir empresas en participación cuando sus actividades requieran una alta coordinación y, por ende, lo más razonable sea combinar su investigación y desarrollo (*ad ex.*, así ocurrirá cuando los productos afectados sean altamente especializados)¹⁷.

Este tipo de sinergia es la más amplia de todas las eficiencias y la que más permite a las empresas lograr la eficiencia productiva, dinámica y asignativa, pues les posibilita minimizar los costes de operación de los competidores, permitiéndoles invertir en innovación y desarrollo. Ahora bien, la simple transferencia del volumen de negocios o activos de un operador a otro no constituye una eficiencia transaccional real. Al contrario, es necesario que la contabilización de los servicios que desarrolla cada unidad del grupo refleje un verdadero ahorro de costes en su conjunto. De no ser así es muy probable que la operación no sea el único medio para la consecución de tales eficiencias¹⁸.

C. LA EFICIENCIA DINÁMICA

Las categorías de eficiencias anteriormente apuntadas atienden a criterios estáticos, al incidir de forma primordial en el precio. En cambio, la llamada *eficiencia dinámica* estudia los procesos de mercado que estimulan la innovación y el desarrollo de nuevos y mejores productos. Además, esta última modalidad de eficiencia tiene carácter recurrente, en la medida en que es susceptible de repetirse en el tiempo; mientras que las sinergias estáticas ocurren solo una vez¹⁹.

Las operaciones de concentración también favorecen la consecución de la eficiencia dinámica. Así ocurre cuando aceleran los procesos técnicos y

¹⁶ Véase A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 9 y 12; N. CALVIÑO, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, pp. 70 y 71.

¹⁷ Véase W. J. KOLASKY y A. R. DICK, «The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies...», *op. cit.*, pp. 60 y 61.

¹⁸ Véase *ibid.*, p. 58; N. CALVIÑO, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, p. 71.

¹⁹ Véase OECD, *Dynamic efficiencies in merger analysis*, 15 de mayo de 2008, DAF/COMP (2007) 41, disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/40623561.pdf>, p. 9; W. J. KOLASKY y A. R. DICK, «The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies...», *op. cit.*, p. 56; M. ODRIOZOLA y B. IRISSARRY, «El argumento de las eficiencias económicas en el ámbito de control de concentraciones...», *op. cit.*, p. 24; R. WHISH y D. BAILEY, *Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

la ulterior reducción de los precios a favor de los consumidores, facilitando la financiación de actividades de investigación y desarrollo, y permitiendo el aprovechamiento del aprendizaje mediante la práctica (*learning by doing*) y las economías de escala²⁰.

De esta manera, las reestructuraciones empresariales ayudan a formar estructuras de mercado propicias a la innovación y a la difusión de avances técnicos. Estos aspectos son más proclives en los mercados de *nuevas economías*, caracterizados por el intenso cambio tecnológico (*ad ex.*, las industrias de programas informáticos o dispositivos móviles). Aunque es posible que las empresas alcancen posiciones privilegiadas en tales estructuras, estas circunstancias serán normalmente solo transitorias, puesto que deberán enfrentarse a las invenciones continuas de sus competidores tanto eventuales como potenciales. No obstante, es verosímil que tales competidores deban asumir altos costes fijos y, a su vez, disfrutar de economías de escala significativas²¹.

Por consiguiente, uno de los aspectos que suscita especial importancia en la evaluación de las concentraciones en los mercados de nuevas economías es el estudio de las barreras de entrada. En efecto, la comprobación de un mercado abierto a la competencia real o potencial garantiza su funcionamiento dinámico e innovador. Dichas condiciones garantizan el nacimiento de nuevos productos y competidores, lo que erosionará posiciones privilegiadas en el mercado de referencia²².

Ahora bien, es importante apuntar que el principal problema del estudio de la eficiencia dinámica radica en la complejidad de su cuantificación. En otras palabras, cuánto debe incrementar la calidad de los productos o cuántos nuevos productos deben fabricarse a fin de contrarrestar cualquier efecto anticompeteritivo. Estos aspectos conducen a otros problemas de valoración tales como la determinación de la prontitud y verificabilidad de sus beneficios en el mercado de referencia. Por tanto, las partes asumen un

²⁰ Véase W. J. KOLASKY y A. R. DICK, «The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies...», *op. cit.*, pp. 57 y 58.

²¹ En esta dirección nos hemos pronunciado en: P. M. PÉREZ MOLINA, «Las barreras de entrada en el control *antitrust* de las concentraciones de empresas», en *La ley mercantil*, núm. 1, 2014, pp. 154 y ss. Por otra parte, otra característica de estos sectores son los llamados *efectos de red*. En estos mercados, para un consumidor el valor de un bien o servicio está subordinado al número de usuarios de tales servicios o productos. Véase OECD, *Dynamic efficiencies...*, *op. cit.*, p. 11; W. J. KOLASKY y A. R. DICK, «The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies...», *op. cit.*, pp. 56-58; ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION, *Report and Recommendations*, abril de 2007, disponible en http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf, pp. 58 y 59; M. L. KATZ y H. A. SHELANSKI, «Mergers and innovation», en *Antitrust Law Journal*, vol. 74, núm. 1, 2007, pp. 1-85; J. M. PÉREZ PRADO y J. PASSAS OGALLAR, «Efectos de red y competencia en mercados de nuevas tecnologías de la información», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 230, 2004, pp. 117-134; J. MAICAS LÓPEZ, Y. POLO REDONDO y F. J. SESE OLIVÁN, «El papel de los efectos de red y los costes de cambio en la elección de la compañía de telefonía móvil», en *Revista europea de dirección y economía de la empresa*, núm. 3, 2010, pp. 161-172.

²² En cuanto al análisis de las barreras de entrada: P. M. PÉREZ MOLINA, «Las barreras de entrada...», *op. cit.*, pp. 159 y 160; L. A. VELASCO SAN PEDRO, «Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la competencia», en *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, núm. 6, 2010, pp. 13-36.

reto sustancial al probar sus alegatos fundamentados en esta eficiencia. En cualquier caso, es aconsejable que las autoridades de competencia sopesen que la innovación es un factor de vital importancia en el crecimiento económico, en la mejora para los consumidores y, en suma, en acrecentar el bien común en la sociedad²³.

D. LA EFICIENCIA ASIGNATIVA

Las eficiencias anteriores consisten primordialmente en la reducción de los costes de producción o distribución y el aumento en la innovación que reporta una operación de concentración a favor de las empresas en ella participantes. Sin embargo, la *eficiencia asignativa* permite estudiar cómo estos y otros beneficios económicos que derivan de las concentraciones empresariales se trasladan a los consumidores y, en suma, a la sociedad²⁴.

En tal sentido, la eficiencia asignativa tiene lugar cuando los operadores producen bienes u ofrecen servicios que responden a las necesidades y cantidades demandadas por los consumidores. En una estructura competitiva, la eficiencia asignativa aparece cuando el valor de los productos para los consumidores coincide con los recursos utilizados para su fabricación; en otras palabras, cuando el precio de mercado es igual al coste marginal. Si se verifica esta situación se afirma que existe un equilibrio en una estructura de mercado. Por tanto, la eficiencia asignativa es el estado en el que ninguno de los jugadores, vendedores y compradores, podría hacer mejor sus actividades a menos que alguien lo efectuara de forma deficiente, a lo que se denomina *Pareto óptimo*²⁵.

Desde una perspectiva *antitrust*, es necesario que una operación de concentración no solo implique un ahorro de costes en beneficios para las empresas participantes en la concentración, sino que además es indispensable que estos supongan una ventaja para los consumidores, ya se traduzca en

²³ En tal sentido, la Comisión norteamericana de Modernización del Derecho de la competencia reconoció la importancia del análisis de la eficiencia dinámica. Precisamente, destacó que tal eficiencia era de gran importancia en la evaluación de las concentraciones, ya que la innovación había impulsado la economía norteamericana después de la aprobación de la *Sherman Act*. Por ello, recomendó a las agencias de competencia (el DOJ y la FTC) y a los tribunales de justicia que prestaran mayor atención a las eficiencias que estimulan a las empresas a innovar. Aunque, señaló que si bien la eficiencia dinámica no suele producirse a corto plazo, ello no impide que puedan beneficiar a los consumidores a largo plazo. Esta fue una de las razones por las que aconsejó flexibilizar el tiempo en que debía producirse la entrada de nuevos competidores a fin de contrarrestar los efectos anticompetitivos que emanan de una operación de concentración. Ahora bien, tanto el DOJ como la FTC advierten que las eficiencias relativas a la investigación y el desarrollo son importantes, pero son menos susceptibles a la verificación y pueden ser el resultado de reducciones anticompetitivas de la producción. Véase ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION, *Report and...*, *op. cit.*, pp. 55-60; OECD, *Dynamic efficiencies...*, *op. cit.*, pp. 9-11; U.S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, octubre de 2010, p. 31.

²⁴ Véase N. CALVIÑO, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, p. 77.

²⁵ En cambio, si una estructura no presenta un equilibrio se dice que es posible una *mejora de Pareto*. Véase I. GUTIÉRREZ y A. J. PADILLA, «Economía de la...», *op. cit.*, pp. 18 y 19; A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 8, nota 41; A. JONES y B. SUFRIN, *EU Competition Law...*, *op. cit.*, p. 8; R. WHISH y D. BAILEY, *Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

una reducción de los precios o en un aumento de la cantidad y calidad de los productos. Este es el caso típico de la creación de un monopolio natural. En principio, la formación de un monopolio puede minimizar los costes de producción; sin embargo, el monopolista, con el propósito de maximizar sus beneficios, reducirá la producción y, ulteriormente, fijará una política de incremento de precios²⁶.

3. LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA EFICIENCIA SOCIOECONÓMICA

En la práctica, existen distintos mecanismos o criterios que buscan una respuesta a la disyuntiva entre el poder de mercado y los beneficios económicos que dimanan de las operaciones de concentración. Como veremos, cada modelo cuenta con sus propias características, pero tienden a complementarse entre sí, lo que ayuda a lograr una mayor certeza en la aprobación de una operación que, en principio, plantea riesgos anticompetitivos. A continuación desarrollamos los criterios de mayor relevancia²⁷.

A. EL ESTÁNDAR DE PRESUNCIONES

El primero de estos criterios consiste en la *fijación de presunciones*, con la finalidad última de someter a evaluación las concentraciones de grandes dimensiones. Con tal propósito se fijan cuotas de mercado y niveles de concentración por debajo de los cuales se considera que una concentración no presenta problemas de competencia.

El inconveniente principal de este criterio estriba en que su aplicación práctica se basa primordialmente en cuestiones meramente estructurales, de modo que solo se analizan de forma indirecta los beneficios socioeconómicos que emergen de las concentraciones empresariales²⁸.

B. EL ESTÁNDAR DE PRECIOS

El segundo criterio o mecanismo es el llamado *estándar de precios*, que exige que la autoridad *antitrust* evalúe si las eficiencias asegurarán

²⁶ Véase R. WHISH y D. BAILEY, *Competition Law...*, *op. cit.*, p. 5.

²⁷ Véase A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 574-577; P. D. CAMESASCA, «The explicit efficiency defence in merger control: does it make the difference?», en *European Competition Law Review*, núm. 1, 1999, pp. 18 y ss.; C. LUESCHER, «Efficiency considerations in European Merger Control - Just another battle ground for the European Commission, economists and competition lawyer», en *European Competition Law Review*, núm. 2, 2004, pp. 77 y ss.; C. HERRERO SUÁREZ, «La excepción de eficiencia económica (*efficiency defense*)...», *op. cit.*, pp. 1949 y 1950; M. HARKER, «Antitrust Law and Administrability: consumer *versus* total welfare», en *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 34, núm. 3, 2011, pp. 433-447.

²⁸ Véase A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 574; P. D. CAMESASCA, «The explicit efficiency defence...», *op. cit.*, pp. 18 y 19; C. HERRERO SUÁREZ, «La excepción de eficiencia económica (*efficiency defense*)...», *op. cit.*, pp. 1947 y 1948.

que la empresa resultante de la operación disminuirá o, en todo caso, mantendrá los precios que existían con anterioridad a su celebración. Dicho estándar parte de la premisa de que toda concentración empresarial elimina la competencia entre las partes y, por ende, de la susceptibilidad de que la nueva entidad ejerza su poder de mercado a través de un incremento en los precios. En consecuencia, es necesario comprobar que merced a las eficiencias que derivan de la concentración, la estrategia más rentable para la empresa resultante estriba en incrementar los niveles de producción y conservar los precios a un nivel competitivo. Ello se produce cuando el precio maximizador de beneficios no es mayor al precio existente con anterioridad a celebración de la operación de concentración²⁹.

Ahora bien, la aplicación del estándar de precios presenta distintos problemas en la práctica: 1.º) Por un lado, es muy difícil lograr un equilibrio entre los efectos anticompetitivos y los beneficios socioeconómicos que dimanen de la operación de concentración. 2.º) Por otro lado, este estándar, al fundamentar su análisis en el precio, descuida otros aspectos que también benefician los intereses de los consumidores y usuarios, tales como la obtención de nuevos y mejores productos o servicios mediante la inversión en investigación y desarrollo. 3.º) Finalmente, en la mayoría de las concentraciones es complicado —y en algunos supuestos imposible— cuantificar (valor monetario) tanto las ganancias en eficiencia como el posible aumento de los precios tras la operación de concentración³⁰.

C. EL ESTÁNDAR DEL BIENESTAR DEL CONSUMIDOR

El tercer mecanismo o criterio es el denominado *estándar del bienestar del consumidor*, que está relacionado con el estándar de precios. No obstante, este estándar es más amplio, ya que no solo considera la reducción de los precios sino también el aumento de la calidad, la innovación y la variedad de los productos o servicios que directamente benefician a los consumidores. En aplicación de este estándar, es muy probable que la autoridad de competencia cuestione la licitud de una operación de concentración que suponga la creación o el reforzamiento de un poder de mercado significativo y, a su vez, no presente eficiencias en beneficio de los consumidores (*ad ex.*, una operación que origine un monopolio o un oligopolio con altas barreras de entrada, es decir, una estructura de mercado inmune a la expansión o la entrada de nuevos competidores). Sin embargo, las concentraciones en las que la empresa resultante no obtenga un poder de mercado de la que deriven beneficios económicos sustanciales es improbable que planteen problemas de competencia. En estos supuestos la autori-

²⁹ Véase A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 575; C. LUESCHER, «Efficiency considerations in European Merger Control...», *op. cit.*, p. 78; C. HERRERO SUÁREZ, «La excepción de eficiencia económica (*efficiency defense*)...», *op. cit.*, p. 1950.

³⁰ Véase A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 575 y 576; OECD, *Dynamic efficiencies...*, *op. cit.*, p. 10.

dad de competencia declarará con cierta facilidad su compatibilidad con el mercado en cuestión³¹.

Ahora bien, las dificultades aparecen cuando una operación de concentración exterioriza tanto efectos anticompetitivos como ventajas a favor de los consumidores (*ad ex.*, el caso de una concentración que habilite a la empresa resultante a incrementar los precios y, al mismo tiempo, permita la elaboración de nuevos y mejores productos). De ahí que se afirme que si bien el estándar del consumidor suple las deficiencias del estándar de precios, pues considera las mejoras en la calidad, la innovación y la variedad de los productos, sin embargo, mantiene el problema de la cuantificación (valor monetario) de los efectos positivos y negativos de la operación de concentración.

En cualquier caso, cuando las autoridades de competencia concedan una especial importancia a la salvaguarda de los intereses de los consumidores (que —no se olvide— constituye la *ratio* de la defensa de una competencia eficiente o efectiva), exigirán que las eficiencias se trasladen realmente a su esfera y, en cualquier caso, perseguirán que el crecimiento externo de las empresas resulte en un saldo positivo para aquellos. No obstante, ello no significa que todas las eficiencias deban traspasarse a los consumidores, pues tal circunstancia disuadiría a los competidores de la celebración de concentraciones que reduzcan sus costes. Más bien, las autoridades deben constatar que las eficiencias generadas por la concentración aumentarán la capacidad y el incentivo de la entidad resultante para actuar de manera procompetitiva en beneficio de los consumidores³².

D. EL ESTÁNDAR DEL BIENESTAR TOTAL

Finalmente, cabe señalar el *estándar del bienestar total*, con el cual los beneficios de los consumidores y de los productores son valorados de igual forma. Este estándar se inspira en el modelo *naive* elaborado por Williamson en 1968³³. En opinión de este autor, el incremento de los precios que ocasiona una operación de concentración al crear o reforzar un poder de mercado puede ser compensado por las ganancias en eficiencia para el bienestar total. De esta manera, las pérdidas del bienestar de los consumidores a favor de los productores son consideradas como neutras, puesto

³¹ Véase C. LUESCHER, «Efficiency considerations in European Merger Control...», *op. cit.*, pp. 77-79; A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 576 y 577.

³² De esta manera, las concentraciones que produzcan eficiencias principalmente a favor de la nueva entidad serían rechazadas por las autoridades de competencia. Véase H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, 4.ª ed., West Publishing Co., United States of America, 2011, pp. 552-553; A. ARROYO APARICIO, «Consumidores y normativa protectora de la libre competencia: algunos antecedentes y las recientes iniciativas sobre “acciones por daño”», en VVAA (dir. M. J. VÁZQUEZ PENA), *El derecho de la libre competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores*, 1.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 31 y ss. En este sentido: Directrices sobre Concentraciones Horizontales, considerando 77.

³³ Véase O. WILLIAMSON, «Economies as an antitrust defense: the welfare trade-offs», en *American Economic Review*, vol. 58, núm. 1, 1968, pp. 18-31.

que ello repercute positivamente en el bienestar total de la sociedad³⁴. Por ende, las transferencias de las rentas de los consumidores a los productores pueden justificar una operación de concentración que implique un aumento de los precios, siempre y cuando los beneficios a favor de estos últimos superen las pérdidas de los consumidores y, en definitiva, del bienestar total.

El modelo *naive* ha sido objeto de diversas críticas: 1.º) En primer lugar, asume que los efectos positivos y los negativos se producen de forma simultánea. Sin embargo, las eficiencias pueden generarse a largo plazo y ser inciertas, mientras que el perjuicio a la competencia puede ser inmediato y a corto plazo. Así se explica que, a fin de paliar los riesgos de argumentos de eficiencias irreales, los sistemas de control de concentraciones exijan la concurrencia de ciertos requisitos (*ad ex.*, que las sinergias sean sustanciales, prontas y verificables). 2.º) En segundo lugar, el *estándar del bienestar total* subestima el verdadero coste social, puesto que la empresa resultante, a fin de maximizar sus beneficios, puede invertir en grandes recursos con vistas a obtener o consolidar su poder de mercado; e incluso puede generarse la temible *interdependencia oligopolística* entre las empresas de un sector económico³⁵. Y naturalmente todo ello implica una flagrante violación de los intereses de los consumidores y, en suma, del bien común. 3.º) Finalmente, el modelo conserva la difícil tarea de cuantificar los efectos que favorecen no solo a los productores, sino también a los consumidores³⁶.

³⁴ Véase S. ZAMAGNI, «El bien común en la sociedad posmoderna: propuestas para la acción político-económica», en *Cultura económica*, núm. 70, 2005, pp. 23 y ss. Por ello, este autor matiza que el bien total es la suma —neutral— de los bienes indivisibles (*ad ex.*, una operación de concentración que genera ganancias de un millón para las partes y una pérdida de 300.000 —mediante un incremento de precios— a los consumidores, implicaría que al momento de calcular el bienestar total de la operación se obtendría un resultado positivo de 700.000). En cambio, el bien común es más bien el producto de los mismos. Así, afirma que el bien común es algo indivisible, ya que solo en su unidad es posible conseguirlo como ocurre en un producto de factores donde la anulación de uno de ellos, anula todo el proceso.

³⁵ En cuanto a los problemas competitivos que dimanar de las estructuras oligopolísticas: A. FERNÁNDEZ DE ARAOZ Y GÓMEZ ACEBO, «El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia: Reflexiones en torno al mercado, la libre competencia y la geometría», en *Revista General de Derecho*, núms. 589-590, 1993, pp. 10057-10131; L. M. MIRANDA SERRANO, «La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas en el sistema comunitario europeo de control concentraciones (STJCE Francia y otros c. Comisión de 31 de marzo de 1998)», en *Derecho de los negocios*, núm. 113, 2000, pp. 1-50; C. HERRERO SUÁREZ, «El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia comunitario», en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, t. 23, 2002, pp. 113-145; M. C. NAVARRO SUAY, *Las conductas conscientemente paralelas*, Navarra, Aranzadi, 2005, pp. 29 y ss.; J. BRIONES Y A. J. PADILLA, «The Complex Landscape of Oligopolies under EU Competition Policy: Is Collective Dominance Ripe for Guidelines?», en *World Competition. Law and Economics Review*, vol. 24, núm. 3, 2001, pp. 307-318.

³⁶ La autoridad de competencia que adopte este estándar procurará la maximización del bienestar total y no la redistribución de las ganancias económicas que derivan de la operación de concentración entre los productores y los consumidores. Lo anterior se conoce como la *filosofía del dólar* —o *euro constante*— ya que la autoridad *antitrust* no realiza un juicio de valor acerca de en manos de quién se encuentra el dólar —o, en nuestro caso, el euro—. Incluso, algunos autores defienden que los productores y los consumidores no son instituciones divergentes. De esta manera, se argumenta que algunos consumidores poseen acciones e, incluso, las sociedades invierten en fondos de pensiones o en seguros de vida los cuales benefician de forma indirecta a los consumidores. Sin embargo, es importante destacar que estos argumentos persiguen destruir o, en todo caso, deslegitimar los sistemas que persiguen la salvaguarda de los intereses de los consumidores y usuarios. Véase H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, pp. 551 y 552; A. JONES Y B. SUFRIN, *EU Competition Law...*

4. EL CRITERIO DE LA EFICIENCIA DURANTE LA VIGENCIA DEL REGLAMENTO 4064/89 Y SU PROCESO DE REFORMA

A. EL DEBATE SOBRE LA PONDERACIÓN O NO DE LA EFICIENCIA SOCIOECONÓMICA DURANTE EL PROCESO DE GESTACIÓN DEL REGLAMENTO 4064/89

Desde el mismo momento en que se decidió instaurar un sistema de control de concentraciones en la Unión Europea (entonces llamada Comunidad Económica Europea), una de las cuestiones más debatidas y controvertidas fue la delimitación de los criterios con arreglo a los cuales debía juzgarse la compatibilidad o incompatibilidad de estas operaciones con el mercado único europeo. Fundamentalmente se discutía si el análisis *antitrust* solo debía efectuarse con criterios meramente competitivos (aspectos concurrenciales) o si, por el contrario, podían incluirse en él otros elementos tales como la política industrial, social o económica (aspectos extraconcurrenciales)³⁷.

op. cit., p. 13; A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 11; N. CALVIÑO, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, pp. 79 y 80; P. D. CAMESASCA, «The explicit efficiency defence...», *op. cit.*, p. 19; J. JIMÉNEZ LAIGLESIA y J. M. JIMÉNEZ LAIGLESIA, «La revisión del análisis comunitario europeo de concentraciones horizontales: una primera aproximación al Proyecto de Comunicación (PC) de la Comisión Europea relativa a la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresa», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2002, p. 238.

³⁷ En cambio, la valoración de la eficiencia económica fue más temprana en el Derecho *antitrust* norteamericano. Inicialmente, las agencias de competencia y los tribunales centraban su análisis de forma esencial en indicadores cuantitativos como las cuotas de mercado o el grado de concentración lo cual dificultaba la consideración de las eficiencias. Incluso, los tribunales adoptaron una postura hostil frente a los planteamientos de eficiencias, pues eran consideradas como una ofensa —*eficiencias offense*—. Posteriormente, las *Merger Guidelines* de 1968 y de 1982 reflejaban una postura escéptica de las eventuales eficiencias que derivaban de las operaciones de concentración. En 1984, las Directrices fueron objeto de revisión lo cual supuso un cambio importante en la política de competencia norteamericana, pues las agencias flexibilizaron los requisitos para ponderar las eficiencias dimanantes de las concentraciones empresariales. Por una parte, las autoridades fijaron una presunción del carácter procompetitivo de las concentraciones (cuotas de mercado y niveles de concentración) y, también, aumentaron las categorías de eficiencias a ponderar. Por otra parte, se reconoció la posibilidad de autorizar una operación de concentración presuntamente anticompetitiva en atención a parámetros de eficiencia económica. Para ello, se concretó el cumplimiento de dos requisitos: a) que los beneficios económicos debían ser específicos de la operación de concentración, y b) que tales beneficios fueran mayores a los efectos anticompetitivos. Posteriormente, la adopción de las *Horizontal Merger Guidelines* de 1992 confirmaron los principios enunciados en las directrices anteriores. En 1997, las agencias norteamericanas sometieron a revisión las Directrices de 1992 con el propósito de esclarecer los criterios mediante los que se analizarían las eficiencias. En concreto, la Sección 4.ª preveía que los beneficios económicos alegados por las partes habían de ser *específicos, sustanciales y verificables*. A su vez, mantenía la regla de proporcionalidad de las eficiencias, es decir, cuanto más altos fueran los riesgos anticompetitivos, mayores debían de ser las eficiencias económicas. En la actualidad, estos criterios se conservan y encuentran contemplados en la Sección 10.ª de las *Horizontal Merger Guidelines* de 2010. Asimismo, las Directrices señalan que el análisis de las eficiencias tiene como criterio guía la protección de los consumidores. Por tanto, las agencias de competencia y los Tribunales estadounidenses estiman la eficiencia como una posible defensa frente a los efectos contrarios a la competencia (*efficiency defense*). Para un estudio de la evolución de las consideraciones de eficiencia económica en el Derecho *antitrust* norteamericano, véase U. S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, pp. 29-32; H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, pp. 549-556; L. RÖLLER, J. STENNEK y F. VERBOVEN, «Efficiency gains from mergers», en *The Research Institute of Industrial*

En especial, la última etapa del proceso de negociación del Reglamento 4064/89 fue objeto de un gran debate político entre las distintas delegaciones de los Estados miembros. Por un lado, Reino Unido y Alemania defendían que los únicos criterios a tener en cuenta en la evaluación de las concentraciones empresariales tenían que ser de naturaleza estrictamente concurrencial, sin que debiera darse cabida alguna a factores de otra naturaleza. Por otro lado, otros Estados y, muy especialmente, Francia argumentaban que para autorizar o no una operación de concentración era necesario realizar un balance económico global de los efectos positivos y negativos resultantes de la operación objeto de evaluación. Los efectos positivos comprendían el progreso técnico y económico, el desarrollo regional, la política industrial y, en definitiva, los intereses de los consumidores. Los negativos, en cambio, pivotaban sobre la verificación de si la operación de concentración enjuiciada creaba o no una posición dominante en el mercado afectado. Según las tesis partidarias del balance económico global, era posible autorizar una operación de concentración lesiva de la competencia sobre la base de los beneficios económicos que de ella se derivaban.

Como apuntó la doctrina, en el trasfondo del debate al que acabamos de referirnos se vislumbraban dos posturas contrapuestas acerca del alcance que había de conferirse al valor normativo de la libre competencia en el ámbito del control de las concentraciones de empresas. Y es que mientras Alemania y Reino Unido venían a sostener que la libre competencia era un *valor absoluto* y, por tanto, que no era posible que los efectos negativos de una operación de concentración fueran compensados mediante la toma en consideración de otras cuestiones extraconcurrentiales como la eficiencia socioeconómica, en cambio, Francia y el resto de Estados venían a entender que la competencia era un *valor relativo*, lo que les llevaba a aceptar que una operación de concentración que suscitara problemas de competencia podía ser declarada compatible con el mercado común, de modo que la autoridad *antitrust* estaba facultada a efectuar un juicio de legalidad a la luz de otros criterios de índole extraconcurrential³⁸.

Finalmente, el legislador comunitario optó por una fórmula *ecléctica* en el Reglamento 4064/89³⁹. Así se deducía del apartado primero de su art. 2,

Economics, documento de trabajo núm. 543, 2000, pp. 57-63; ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION, *Report and...*, *op. cit.*, pp. 57 y 58; L. COLLEY, «From "defence" to "attack"...», *op. cit.*, pp. 342 y 343; P. D. CAMESASCA, «The explicit efficiency defence...», *op. cit.*, pp. 19-21; C. HERRERO SUÁREZ, «La excepción de eficiencia económica (*efficiency defence*)...», *op. cit.*, pp. 1951 y ss.; N. CALVIÑO, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, pp. 81-85.

³⁸ Véase L. M. MIRANDA SERRANO, *Las concentraciones económicas de empresas...*, *op. cit.*, pp. 346 y ss.; C. HERRERO SUÁREZ, «La excepción de eficiencia económica (*efficiency defence*)...», *op. cit.*, p. 1960; L. BERENQUER FUSTER, «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento...», *op. cit.*, pp. 112 y 113.

³⁹ En este sentido: L. BERENQUER FUSTER, «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento...», *op. cit.*, p. 113; L. M. MIRANDA SERRANO, *Las concentraciones económicas de empresas...*, *op. cit.*, pp. 366 y ss. Contra: A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las concentraciones de empresas*, Madrid, Colex, 2006, p. 210. Estos últimos autores, apuntan que, entre las dos posturas que acaecieron en la negociación del Reglamento 4064/89, ganó la defendida por Gran Bretaña y Alemania, pues dicho Reglamento no disponía expresamente una defensa en base a las eficiencias

donde se disponía que la Comisión, al examinar una determinada operación de concentración, debía valorar criterios tanto concurrenciales (*ad ex.*, la posición de las empresas afectadas, las barreras de entrada, el poder de la demanda, la competencia potencial, etc.) como extraconcurrenciales. Estos últimos se inferían especialmente de la alusión que la norma realizaba a «la evolución del progreso técnico y económico siempre que este fuera en beneficio de los consumidores y no constituyera un obstáculo para el funcionamiento de la competencia». Con ello el legislador trataba de lograr un equilibrio entre las dos posturas enfrentadas a lo largo del debate suscitado en el seno de las tareas prelegislativas conducentes a la aprobación del Reglamento 4064/89, lo que fue indispensable a fin de conseguir la unanimidad requerida para la aprobación de dicho texto normativo. Por tanto, en lo que aquí especialmente interesa, es posible afirmar que bajo la aplicación del Reglamento 4064/89 nada impedía a la autoridad *antitrust* tomar en consideración el valor de la eficiencia económica en la evaluación de las operaciones de concentración⁴⁰.

B. EL CRITERIO DE LA EFICIENCIA BAJO LA VIGENCIA DEL REGLAMENTO 4064/89

Ahora bien, pese a lo que acabamos de sostener, lo cierto es que en la práctica la Comisión se mostraba reacia a tener en cuenta los beneficios económicos dimanantes de las operaciones de concentración. Esto obedece a que la Comisión entendía inicialmente que el Reglamento 4064/89 no permitía justificar la compatibilidad de una concentración con el mercado común sobre la base de las eficiencias que generaba la operación objeto de evaluación. En opinión de la Comisión, las eficiencias habían de ser ponde-

económicas. A nuestro juicio, esta interpretación es muy rígida y no es acorde con la experiencia comunitaria en materia de la eficiencia económica. Por tanto, no compartimos tales argumentos. Algo similar acontece con la valoración de la doctrina de la *failing company*, pues el Reglamento 4064/89 no contemplaba expresamente su ponderación. Aun así, la autoridad *antitrust* y los tribunales de justicia europeos admitieron su incorporación en la evaluación de compatibilidad e incompatibilidad de las concentraciones con dimensión comunitaria en aplicación de tal normativa. Sobre la *failing firm defense* en el control europeo de concentraciones: L. M. MIRANDA SERRANO, «La doctrina de la “*failing company*” y el Derecho europeo de concentraciones (las concentraciones de recuperación o saneamiento económico)», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 185, 2000, pp. 183-216; C. HERRERO SUÁREZ, «La excepción de empresas en crisis (*failing firm defense*) en el control de la concentración empresarial. Análisis comparado entre el Derecho *antitrust* estadounidense y el Derecho de la competencia comunitario europeo», en *Revista de Derecho bancario y bursátil*, núm. 84, 2001, pp. 144-170; I. KOKKORIS, «Failing firm defense in the European Union: a panacea for mergers?», en *European Competition Law Review*, núm. 9, 2006, pp. 494-509.

⁴⁰ Asimismo, es importante destacar que el considerando 13 (actualmente, considerando 23) del Reglamento 4064/89 obligaba a la Comisión Europea a situar el análisis de las concentraciones empresariales dentro de los objetivos que perseguía el TCEE, entre los que destacaban el reforzamiento de la cohesión tanto económica como social y la consolidación del mercado común. También, la nota interpretativa del art. 2 disponía que el concepto de progreso técnico o económico debía entenderse en atención de los principios del art. 85.3 TCEE (actualmente, art. 101.3 del TFUE). Véase L. M. MIRANDA SERRANO, *Las concentraciones económicas de empresas...*, *op. cit.*, pp. 352-357; L. BERENGUER FUSTER, «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento...», *op. cit.*, p. 113; I. KNABLE GOTTS y C. S. GOLDMAN, «The role of efficiencies in M&A global antitrust review: still in flux?», en *Fordham Competition Law Institute: International Antitrust Law & Policy*, 2003, p. 220.

radas en la evaluación general conducente a constatar si la operación creaba o reforzaba una posición de dominio, pero no podían ser consideradas un medio específico para contrarrestar dicha situación⁴¹.

Además, es importante destacar que el entonces criterio o test de dominio obligaba a la autoridad *antitrust* a constatar la formación o consolidación de una posición privilegiada en el mercado, lo que implicaba primordialmente el estudio de elementos estrictamente estructurales tales como, entre otros, las cuotas de mercado o el nivel de concentración.

A la vista de lo anterior, no puede causar extrañeza o sorpresa que la práctica comunitaria en aplicación del Reglamento 4064/89 versara principalmente sobre la incidencia de las operaciones de concentración en la estructura competitiva de los mercados. La política de la Comisión Europea tenía como propósito la protección y el desarrollo de mercados competitivos; en otras palabras: asegurarse que el suministro en un sector económico fuera de tal dimensión que el juego de la libre competencia fuese posible. De ahí que en la práctica se obviarán las eventuales eficiencias socioeconómicas derivadas de las operaciones de concentración⁴².

Prueba evidente de la certeza de lo que acabamos de afirmar fue el asunto *Aérospatiale-Alenia/De Havilland*⁴³. Las empresas partícipes alegaron que uno de los principales motivos de la operación de concentración era la reducción de costes que derivaba de la racionalización de las compras, la comercialización y los servicios de mantenimiento. Sin embargo, la Comisión Europea no valoró la pertinencia de la eficiencia económica (principalmente, la reducción de costes) en su evaluación. No obstante, concluyó: *a*) que la reducción de costes tenía un efecto limitado en relación con el volumen de ventas totales de la empresa resultante; *b*) que los ahorros de costes debidos a una mejor gestión de *De Havilland* se

⁴¹ Véase OECD, *Competition Policy and Efficiency Claims in Horizontal Agreements*, OCDE/GD(96)65, disponible en <http://www.oecd.org/regreform/sectors/36344429.pdf>, p. 53.

⁴² Véase J. BRIONES *et al.*, *El control de concentraciones en la Unión Europea: la práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento (CEE) 4064/89 por el Reglamento (CE) 1310/97*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 269; COLLEY, L. «From “defence” to “attack”...», *op. cit.*, p. 343.

⁴³ Véase Decisión de la Comisión Europea, de 5 de octubre de 1991, asunto IV/M.53, *Aérospatiale-Alenia/De Havilland*, en DOCE L 334, de 5 de diciembre de 1991, pp. 42-61. También: Decisión de la Comisión Europea, de 9 de noviembre de 1994, asunto IV/M.469, *MSG/Media Service*, en DOUE L 364, de 31 de diciembre de 1994, considerandos 100 y 101; Decisión de la Comisión, de 19 de julio de 1995, asunto IV/M.490, *Nordic Satellite Distribution*, en DOUE L 53, de 2 de marzo de 1996, considerandos 145-152. En los últimos dos casos, las operaciones de concentración creaban una posición de dominio en los mercados afectados. La Comisión entendía que dicha situación obstaculizaba significativamente la competencia, puesto que las empresas resultantes serían capaces de bloquear los mercados de referencia. Por tanto, la Comisión dejaba claro que una posición dominante que, por definición obstaculizaba la competencia, no podía ser autorizada en aplicación del art. 2, apartado 1, del Reglamento 4064/89, esto es, mediante alegatos basados en la eficiencia económica —progreso técnico o económico— que emanara de la operación de concentración. A la luz de estos casos, algunos autores apuntaban que la praxis comunitaria consideraba las eficiencias como un ataque o una ofensa. Esta actitud obedecía al temor de la autoridad comunitaria a que las operaciones de concentración facilitarían a las empresas una mejor posición frente a sus competidores. Véase A. JONES y B. SUFRIN, *EU Competition Law...*, *op. cit.*, p. 939; M. ROSENTHAL y S. THOMAS, *European Merger...*, *op. cit.*, p. 214, nota 1101.

podían obtener por otros medios distintos a la operación de concentración, y, finalmente, c) que si bien era posible que la operación implicara un progreso técnico y económico, los consumidores no serían beneficiados, toda vez que la operación produciría el efecto indeseado de reducir gravemente la variedad de los productos existentes con anterioridad a su celebración⁴⁴.

La política de la Comisión y, dentro de ella, la interpretación que esta institución venía haciendo de las eficiencias o sinergias fue duramente cuestionada a raíz de distintas decisiones, tales como la dictada en el asunto *Airtours/First Choice*⁴⁵. En particular, en materia de eficiencias el punto álgido se alcanzó con la Decisión de 3 de julio de 2001, asunto *General Electric/Honeywell*⁴⁶. Dicha decisión originó una gran polémica a ambos lados del atlántico especialmente por las discrepancias entre la Comisión y el Departamento de Justicia estadounidense (en adelante, DOJ) en el análisis de los efectos sobre la competencia que provocaba la operación. La concentración notificada consistía en la adquisición por General Electric de la totalidad del capital de Honeywell, que afectaba a distintos mercados, al tratarse de una concentración de naturaleza conglomeral. El principal sector afectado fue el de motores para aviones de gran capacidad, en donde General Electric era uno de los principales operadores.

En Norteamérica, el DOJ decidió no bloquear la operación ante los tribunales de justicia al comprobar que General Electric no ostentaba una posición de dominio en tal estructura, ya que su cuota de mercado se debía al contrato de suministro con Boeing para el avión 737. De ahí que sostuviera que la nueva entidad desarrollaría sus actividades en un sector altamente competitivo, pues debía enfrentarse a operadores con gran poder de mercado y financiero como Pratt & Whitney y Rolls Royce. Además, junto a lo anterior valoró también positivamente que de la operación de concentración derivaran importantes beneficios económicos para los consumidores,

⁴⁴ Véase Decisión de la Comisión Europea, de 5 de octubre de 1991, asunto IV/M.53, *Aéropatiale-Alenial/De Havilland*, considerandos 65-71.

⁴⁵ Véase Decisión de la Comisión Europea, de 22 de septiembre de 1999, asunto IV/M.1524, *Airtours/First Choice*, en *DOUE* L 93, de 13 de abril de 2000, considerandos 51 y ss.; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 6 de junio de 2002, asunto T-342/99, *Airtours contra Comisión*, en *Rec. 2002*, pp. II-2592 y ss. También: A. COSTAS COMESAÑA y J. R. BORREL ARQUÉ, «La política europea de control de concentraciones en entredicho: el caso *Airtours/First Choice*», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, pp. 203-220; C. MARTÍNEZ GARCÍA, «El caso *Airtours*: ¿una nueva definición de dominio colectivo?», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 1999, pp. 335-350.

⁴⁶ Véase Decisión de la Comisión Europea, de 3 de julio de 2001, asunto COMP/M.2220, *General Electric/Honeywell*, considerandos 3-6. Sobre esta decisión: L. ORTIZ BLANCO *et al.*, *Manual de Derecho de la competencia*, Madrid, Tecnos, 2008, p. 327; I. KNABLE GOTTS y C. S. GOLDMAN, «The role of eficiencias in M&A...», *op. cit.*, pp. 224-227; G. SOLANA GONZÁLEZ, «Diferencias entre Estados Unidos y la Unión Europea en materia de control de concentraciones», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2001, pp. 38-41; D. PLATT MAJORAS, «Ge-Honeywell: the U.S. Decision», disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/9893.pdf>, pp. 2 y ss.; D. E. PATTERSON y C. SHAPIRO, «Transatlantic Divergence in GE/Honeywell: Causes and Lessons», en *Antitrust*, núm. 16, 2001, pp. 18-26; A. BURNSIDE, «GE, Honey, I sunk the merger», en *European Competition Law Review*, 2001, núm. 2, pp. 107-110; A. WEITBRECHT, «E.U. Merger Control in 2001- The year of controversy», en *European Competition Law Review*, núm. 8, 2002, pp. 408-409; M. PLANZ y C. CAFFARRA, «The economics of G. E. Honeywell», en *European Competition Law Review*, núm. 3, 2002, pp. 115-121.

puesto que la nueva entidad sería capaz de ofrecer paquetes agrupados de productos y servicios⁴⁷.

Por el contrario, la Comisión Europea declaró que la operación de concentración era incompatible con el mercado común, al considerar primordialmente que General Electric ocupaba una posición de dominio en dicho mercado y, además, que tras la operación de concentración se reforzaría su poderío en virtud de los efectos de conglomerado —*range o conglomerate effects*—⁴⁸. De ahí que argumentara que los competidores no estaban en condiciones de limitar el comportamiento de la nueva entidad, pues esta realizaría la venta por paquetes de productos y servicios de las empresas participantes —*mixed bundling*—, lo que incrementaría los costes fijos de los rivales que, a largo plazo, saldrían del mercado. Por consiguiente, la Comisión concluyó que la operación de concentración consolidaba una posición de dominio que lesionaba los intereses de los consumidores⁴⁹.

Se comprueba tras lo expuesto que mientras en este asunto el DOJ contempló las eficiencias como un factor positivo de la concentración, la Comisión, en cambio, las consideró como una agravante de los efectos nocivos dimanantes de la operación.

A partir de las críticas a esta decisión, el enfoque de la Comisión cambió considerablemente. Fue justamente entonces cuando el comisario de la Política de Competencia, Mario Monti, se manifestó partidario de considerar que ciertas operaciones de concentración producen eficiencias significativas y duraderas que son trasladables a los consumidores. Al mismo tiempo, Monti matizó que, desde la perspectiva *antitrust*, las eficiencias relevantes son las que implican una reducción a largo plazo de los costes marginales de producción, siempre que emanen directamente de la operación de concentración. Esto significaba que las eficiencias no podían lograrse por otros medios menos restrictivos y, en definitiva, que los beneficios habían de transferirse efectivamente a los consumidores en forma de precios más bajos o nuevos y mejores productos⁵⁰.

⁴⁷ Véase D. E. PATTERSON y C. SHAPIRO, «Transatlantic Divergence in GE/Honeywell...», *op. cit.*, pp. 20 y 21; A. WEITBRECHT, «E.U. Merger Control in 2001...», *op. cit.*, pp. 408 y 409; D. PLATT MAJORAS, «Ge-Honeywell...», *op. cit.*, pp. 2-5. Así, el DOJ, al eliminar las ventas que provenían del contrato, las cuotas de mercado de los operadores eran las siguientes: General electric, 44 por 100; Pratt & Whitney, 23 por 100, y Rolls Royce 27 por 100. Mientras que la Comisión al calcular la cuota de mercado de General Electric no descontó dicho contrato por lo que afirmó que tal operador ostentaba un 65 por 100 del mercado de motores de gran capacidad y, por tanto, concluyó que se encontraba en una posición de dominio en el sector económico relevante.

⁴⁸ Véase Decisión de la Comisión Europea, de 3 de julio de 2001, asunto COMP/M.2220, *General Electric/Honeywell*, considerando 341.

⁴⁹ Véase Decisión de la Comisión Europea, de 3 de julio de 2001, asunto COMP/M.2220, *General Electric/Honeywell*, considerandos 412-416; D. PLATT MAJORAS, «Ge-Honeywell...», *op. cit.*, pp. 5-6. Naturalmente, la Comisión Europea al negar que la operación producía una reducción de costes no estaba obligada a responder si en el control de concentraciones era posible tener en cuenta cuestiones extraconcurrentiales como la eficiencia económica.

⁵⁰ Véase M. MONTI, *Antitrust in the US and Europe: a history of convergence*, discurso de 14 de noviembre de 2001, Washington, p. 7 (disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-01-540_en.htm).

C. LA INCLUSIÓN DEL CRITERIO DE LA EFICIENCIA EN EL PROCESO DE REFORMA DEL SISTEMA EUROPEO DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

El cambio de rumbo en la política comunitaria de la competencia se hizo evidente con la publicación del Libro Verde sobre la revisión del Reglamento 4064/89 (en adelante, Libro Verde)⁵¹. Si bien es cierto que dicho Libro fue el inicio del proceso de gestación del nuevo criterio sustantivo de evaluación de las concentraciones empresariales de dimensión comunitaria, es decir, el de la obstaculización significativa de la competencia efectiva, no menos cierto es que al mismo tiempo puso nuevamente sobre la mesa el viejo debate sobre la apreciación de los criterios concurrenciales y extraconcurrenciales (enmarcándose entre estos últimos —como bien sabemos— las eventuales eficiencias socioeconómicas dimanantes de la operación de concentración).

En particular, en el Libro Verde la Comisión Europea invitó a presentar observaciones en relación con el papel que las eficiencias habían de desplegar en el sistema de control de concentraciones⁵². La mayoría de las respuestas obtenidas se mostraron partidarias de tomarlas en consideración. Para ello propusieron que el sistema de control de concentraciones debía permitir a las partes implicadas en una operación efectuar una defensa sobre la base de las eficiencias que de ella se derivaban, a fin de mitigar los posibles riesgos anudados a la creación o el reforzamiento de una posición de dominio⁵³.

Más tarde el Ejecutivo comunitario abordó el análisis de las eficiencias en la Propuesta de Reglamento de 28 de enero de 2003⁵⁴. En este texto prelegislativo el Ejecutivo confirmaba que el criterio de dominio y la letra b) del apartado 1 del art. 2 del Reglamento 4064/89 habilitaban a la autoridad *antitrust* a examinar las posibles ganancias en eficiencia que producía la operación analizada⁵⁵.

La Comisión mantuvo también esta misma línea interpretativa en el Proyecto de Comunicación relativo a la evaluación de las concentraciones

⁵¹ Véase Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde sobre la revisión del Reglamento 4064/89*, Bruselas, 11 de diciembre de 2001, COM (2001), apartados 170-172.

⁵² Véase Libro Verde, apartado 172. También, sobre este aspecto: M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO, «La segunda reforma del Reglamento comunitario sobre el control de concentraciones...», *op. cit.*, pp. 1153 y ss.

⁵³ Aunque las respuestas al Libro Verde tenían como común denominador la valoración positiva de las eficiencias, divergían en cuanto a la forma de llevarlo a cabo. Por una parte, un sector acogió una postura conservadora y proponían que las eficiencias debían ser: inherentes a la operación de concentración, que supusieran un ahorro en los costes marginales de producción y que los beneficios se trasladaran a los consumidores. Dicho grupo, recomendaba que todas estas cuestiones tenían que ser alegadas y probadas por las empresas participantes en la operación de concentración. En cambio, otro grupo adoptó un enfoque liberal y defendían que no era indispensable que las ventajas económicas emanaran directamente de la operación proyectada. Véase M. MONTI, *Review of the EC Merger Regulation-Roadmap for the reform Project*, discurso de 4 de junio de 2002, Bruselas, pp. 5-7 (disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-02-252_en.htm).

⁵⁴ Véase Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones de empresas, en *DOUE C 20*, 28 de enero de 2003.

⁵⁵ Véase Propuesta de Reglamento, de 28 de enero de 2003, considerandos 49 y 50. En este sentido: M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO, «La segunda reforma del Reglamento comunitario sobre el control de concentraciones...», *op. cit.*, p. 1153.

horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (en adelante, Proyecto de Comunicación sobre Concentraciones Horizontales). En concreto, en este documento introdujo un apartado específico sobre las eficiencias, al tiempo que desarrolló los criterios que habían de concurrir para que estas fueran un mecanismo susceptible de compensar los efectos negativos resultantes de la operación de concentración⁵⁶. Sostuvo, en efecto, la Comisión en este texto jurídico —aunque quizás de forma algo prematura— que para adquirir relevancia *antitrust* en la evaluación de las concentraciones las eficiencias habían de cumplir las exigencias de ser específicas, sustanciales, rápidas, verificables y en beneficio de los consumidores y usuarios⁵⁷.

5. EL CRITERIO DE LA EFICIENCIA BAJO LA VIGENCIA DEL REGLAMENTO 139/2004

A. PRELIMINAR: LA APELACIÓN EXPRESA A LA EFICIENCIA EN EL REGLAMENTO 139/2004

A partir de la entrada en vigor del Reglamento 139/2004 el sistema de control de concentraciones de la Unión Europea reconoció expresamente el papel de la eficiencia económica en la evaluación de las operaciones de concentración de empresas. Así se infiere del considerando 29 del Reglamento, donde se afirma lo siguiente:

«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, esta no obstaculice de forma significativa la competencia efectiva, particularmente a consecuencia de la creación o el refuerzo de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo».

Cierto es que este reconocimiento del papel de la eficiencia se realiza extramuros de la letra *b*) del apartado 1 del art. 2 del Reglamento 139/2004, pues en dicho precepto la principal modificación introducida por el legislador en 2004 (Reglamento 139/2004) consiste, en lo que aquí interesa, en la sustitución del término «evolución» (del que hablaba el Reglamento 4064/89) por el de «desarrollo». Sin embargo, esto no significa que dicha modificación no conlleve un cambio sustancial en cuanto a la valoración de las eficiencias o que tras el Reglamento 139/2004 se mantenga la situación de incertidumbre que, como hemos visto, existía bajo la vigencia del Reglamento 4064/89.

⁵⁶ Véase Proyecto de Comunicación sobre Concentraciones Horizontales, en *DOUE* C 331, de 31 de diciembre de 2002, considerandos 87-95.

⁵⁷ Véase Proyecto de Comunicación sobre Concentraciones Horizontales, considerando 90.

En este sentido, es importante destacar que la cuestión del valor de la eficiencia económica tiene una estrecha vinculación con el test o criterio sustantivo con el que se analiza la licitud o la ilicitud de una operación de concentración de dimensión comunitaria⁵⁸. Bajo la vigencia del Reglamento 4064/89, la aplicación del criterio de dominio obligaba a la Comisión a examinar aspectos meramente concurrenciales tales como el número de operadores presentes en el mercado, las cuotas de mercado de cada uno de ellos, el nivel de concentración existente y las barreras de entrada. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor del Reglamento 139/2004, la aplicación del nuevo criterio de la obstaculización significativa de la competencia proporciona a la Comisión una mayor flexibilidad para apreciar otras cuestiones no estrictamente concurrenciales tales como las ganancias en eficiencias derivadas de la operación enjuiciada, o el caso especial de las concentraciones en las que una de las empresas participantes se encuentra en situación de crisis⁵⁹.

A la vista de lo anterior, no es difícil comprender la *ratio* de la técnica jurídica por la que opta el legislador comunitario en el Reglamento 139/2004: mantener casi intacta la redacción de la letra *b*) del apartado 1 del art. 2 del Reglamento 4064/89, sobre la base de considerar que el actual criterio sustantivo facilita la valoración de otras cuestiones distintas de las puramente concurrenciales. Así pues, cabe afirmar que la actual normativa sobre el control de concentraciones consagra definitivamente la doctrina de la excepción de la eficiencia económica o *efficiency defence*, con arreglo a la cual los beneficios económicos que derivan de una operación de concentración pueden compensar los posibles efectos anticompetitivos de ella dimanantes, y, en especial, la posible lesión a los intereses de los consumidores y usuarios⁶⁰.

El examen de las eficiencias en el análisis global de las operaciones de concentración reviste gran importancia cuando la operación de concentración presenta *prima facie* problemas de competencia, ya que si las partes alegan y demuestran que tal circunstancia es mitigada por las ganancias económicas derivadas de la operación, podrá cortocircuitarse la declaración de incompatibilidad de la concentración notificada. Ahora bien, para que esto ocurra las ventajas económicas deben analizarse a la luz del criterio que ha dado en denominarse y reconocerse como «bienestar del consumidor»⁶¹.

⁵⁸ Véase L. BERENQUER FUSTER, «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento...», *op. cit.*, p. 114.

⁵⁹ Así nos hemos pronunciado en: L. M. MIRANDA SERRANO y M. A. PÉREZ MOLINA, «El control de las concentraciones...», *op. cit.*, pp. 142 y ss. También, véase N. CALVIÑO, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, p. 74; M. ODRIÓZOLA y B. IRISSARRY, «El argumento de las eficiencias económicas en el ámbito de control de concentraciones...», *op. cit.*, p. 243.

⁶⁰ Véase A. JONES y B. SUFRIN, *EU Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 935 y 936; C. H. HERRERO SUÁREZ, «Control de las concentraciones de empresas», en VVAA (COORD. L. A. VELASCO SAN PEDRO), *Derecho europeo de la competencia: antitrust e intervenciones públicas*, Valladolid, Lex Nova, 2005, p. 479.

⁶¹ Véase H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, p. 551; A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 584 y ss.; A. JONES y B. SUFRIN, *EU Competition Law...*, *op. cit.*, p. 936.

Esto último se infiere del tenor literal del art. 2, apartado 1, del Reglamento 139/2004, donde se dispone que «en esta evaluación la Comisión tendrá en cuenta [...] el desarrollo del progreso técnico o económico, siempre que este sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia». En esta misma dirección, pero con mayor claridad, se pronuncia la Comisión en sus Directrices sobre Concentraciones Horizontales, donde pone de manifiesto que «el punto de referencia para la evaluación de las eficiencias invocadas es que los consumidores no se vean perjudicados por la operación de concentración»⁶².

Lo anterior responde a la máxima según la cual la protección de la competencia incide positivamente en los consumidores y, en suma, en el bien común de la sociedad. De esta manera se logra una eficiencia tanto económica como social. Desde un punto de vista práctico, la adopción de este criterio o estándar implica que la Comisión puede tener en cuenta los beneficios económicos que se traducen tanto en la disminución de los precios como en nuevos o mejores productos o servicios. En otras palabras, la autoridad *antitrust* puede ponderar la totalidad de las categorías de las eficiencias a las que nos hemos referido con anterioridad: la productiva, la transaccional, la asignativa y la dinámica⁶³. De modo que integran la noción de eficiencias relevantes en el ámbito de la Unión Europea todos los beneficios económicos resultantes de las concentraciones de empresas, siempre que sean a favor de los consumidores y usuarios.

B. CONDICIONES EXIGIDAS A LAS EFICIENCIAS PARA QUE POSEAN RELEVANCIA *ANTITRUST* EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES

Las Directrices sobre Concentraciones Horizontales aclaran que para incluir las eficiencias en la evaluación general de las concentraciones, estas han de reunir de forma acumulativa las tres condiciones siguientes: *a)* en primer lugar, han de ocasionar un impacto positivo sobre los consumidores; *b)* en segundo lugar, ha de tratarse de eficiencias que sean consecuencia directa de la operación de concentración y, en consecuencia, no susceptibles de generarse por otros instrumentos menos restrictivos de la competencia, y *c)* por último, es esencial que se trate de eficiencias o sinergias verificables.

Según apuntamos más arriba, corresponde a las partes presentar las pruebas pertinentes a fin de demostrar el cumplimiento de cada uno de estos extremos (*onus probando*). Esto obedece a que la mayor parte de la información necesaria para determinar si la concentración empresarial puede ser autorizada merced a las eficiencias se encuentra en posesión de las empresas participantes. A continuación desarrollamos cada una de las

⁶² Véase Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 79. De igual manera, las *Horizontal Merger Guidelines* apuntan que «las leyes *antitrust* proporcionan competencia, no eficiencia operativa interna, las que otorgan primacía a la protección de los consumidores». En este sentido: U.S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, p. 31.

⁶³ Véase *supra* apartado 2.

condiciones que han de cumplir las eficiencias para que puedan ser tenidas en cuenta por la autoridad *antitrust*⁶⁴.

a) *El beneficio para los consumidores*

El primer requisito consiste en que las eficiencias alegadas por las partes han de ser en beneficio de los consumidores. Esto implica que la autoridad *antitrust* no solo ha de verificar que los intereses de los consumidores no van a ser lesionados por la operación objeto de evaluación, sino que además obtendrán de ella ganancias económicas sustanciales que, además, se materializarán con prontitud, es decir, en un tiempo razonable. En principio, la operación ha de reportar ganancias a los consumidores de los mercados de referencia en los que, de otra manera, podrían suscitarse problemas de competencia. En otras palabras, la Comisión no compensará las eficiencias que beneficien un sector económico con el aumento del poder de mercado en otro⁶⁵.

Usualmente, las eficiencias económicas motivan a la empresa resultante a actuar de forma procompetitiva en beneficio de los consumidores, aunque al mismo tiempo pueden atenuar o eliminar los posibles efectos anticom-

⁶⁴ Así, las directrices comunitarias siguen muy de cerca las líneas fijadas por el DOJ y la FTC para valorar la eficiencia económica en el control de las concentraciones empresariales. En concreto, las *Horizontal Merger Guidelines* estipulan que las agencias solo considerarán las eficiencias que sean específicas, sustanciales y verificables. Véase U.S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, pp. 29-31; Directrices sobre Concentraciones Horizontales, considerando 78. Asimismo: H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy...*, op. cit., pp. 551 y ss.; A. JONES y B. SUFRIN, *EU Competition Law...*, op. cit., pp. 940 y 941; S. BISHOP y M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3.ª ed., London, Sweet and Maxwell, 2010, pp. 414-415; M. ROSENTHAL y S. THOMAS, *European Merger...*, op. cit., pp. 216-223; H. IVERSEN, «The efficiency defence in EC merger control», en *European Competition Law Review*, núm. 9, 2010, pp. 370-375; F. KOÇMUT, «Efficiency Considerations and Merger Control- Quo Vadis, Commission?», en *European Competition Law Review*, núm. 1, 2006, pp. 21-26; R. WHISH y D. BAILEY, *Competition Law...*, op. cit., p. 875; P. CHRISTENSEN, K. FOUNTOUKAKOS y D. SJÖBLOM, «Mergers», en VVAA (ed. FAULL/NIKPAY), *The EC Law of Competition*, 2.ª ed., New York, Oxford University Press, 2007, pp. 510 y 511; FTC/DOJ, *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*, 2006, disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/215247.htm>, pp. 52-59; VAN BAELE y BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 5.ª ed., The Netherlands, Kluwer Law International, 2010, pp. 702-704; A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las concentraciones...*, op. cit., pp. 211 y 213; A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, op. cit., pp. 584 y ss. También, en este sentido: Decisión de la Comisión Europea, de 27 de junio de 2007, asunto COMP/M.4439, *Ryanair/Aer Lingus*, considerando 41. Sobre este asunto, véase *supra* nota 24.

⁶⁵ Las autoridades norteamericanas generalmente evalúan los efectos positivos y negativos en el mercado de referencia. Sin embargo, reconocen que en ciertos casos estimarán las eficiencias que se produzcan en estructuras estrechamente ligadas al mercado de referencia. Precisamente, esto ocurre en las concentraciones en las que las partes operan en múltiples mercados. De esta manera, es posible que las eficiencias se produzcan en un mercado y los efectos anticompetitivos en otros. Este supuesto es más probable cuando las eficiencias vinculadas a otro mercado son significativas y el efecto anticompetitivo es reducido en el mercado de referencia. Véase U. S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, p. 30, nota 14. También: Directrices sobre Concentraciones Horizontales, considerando 79; H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy...*, op. cit., pp. 555-556; A. JONES y B. SUFRIN, *EU Competition Law...*, op. cit., p. 936, nota 479 y p. 940; P. CHRISTENSEN, K. FOUNTOUKAKOS y D. SJÖBLOM, «Mergers», op. cit., p. 510; S. BISHOP y M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law...*, op. cit., p. 414, nota 205; A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las concentraciones...*, op. cit., pp. 211 y 212.

petitivos. Según las Directrices, tales beneficios pueden ser consecuencia de los ahorros en los costes de producción y distribución. En este caso, la Comisión destaca que al momento de valorar la licitud/ilicitud del proyecto de concentración la rebaja de los costes marginales o variables posee una mayor relevancia que una disminución en los costes fijos⁶⁶. Esto obedece a que los primeros inciden en las estrategias de precios de las empresas y, en consecuencia, pueden traducirse con mayor probabilidad en una reducción de los precios en un mercado afectado. Por ejemplo, en un contexto de efectos coordinados, la disminución en los costes marginales puede incrementar los incentivos de la empresa rebelde —*maverick*—, haciéndose menos probable la colusión tácita. Sin embargo, en un supuesto de efectos unilaterales es verosímil que las eficiencias limiten a la empresa resultante a subir los precios⁶⁷. Ahora bien, en estos casos las eficiencias no serán tenidas en cuenta si son producto de una disminución competitiva o solo implican una reducción de costes a favor de las partes.

Asimismo, los beneficios económicos pueden provenir de la producción de nuevos bienes o servicios o de la mejora de los existentes como causa de los incrementos en la investigación y el desarrollo. Así ocurre, *ad ex.*, con la constitución de una empresa en participación que fabrique un producto nuevo en el mercado.

De modo que la Comisión considera que las posibles ventajas económicas a favor de los consumidores dimanantes de las concentraciones de empresas puedan originarse de eficiencias tanto estáticas (primordialmente, ahorro de costes mediante el incremento de la producción) como dinámicas (en especial, mediante la innovación en un sector económico)⁶⁸.

⁶⁶ Los costes marginales son los costes asociados con la producción adicional de una unidad de un bien. Mientras que los costes variables son los que cambian con el nivel de producción o ventas. Ahora bien, los costes fijos son los que no se modifican a corto plazo en virtud de los cambios en los niveles de producción. Véase FTC/DOJ, *Commentary on the Horizontal Merger...*, *op. cit.*, p. 57; R. TAMAMES y S. GALLEGU, *Diccionario de economía...*, *op. cit.*, p. 130; M. ROSENTHAL y S. THOMAS, *European Merger...*, *op. cit.*, p. 218.

⁶⁷ Sin embargo, esta distinción entre ambos tipos de costes es difícil de realizar en la práctica. En concreto, el problema radica en el tiempo para analizar cuándo un coste es variable o fijo, pues cuanto más amplio es el plazo a tener en cuenta, mayor es el número de costes que puede estimarse como variable. Así, algunos costes fijados a corto plazo pueden implicar una reducción en los precios. Por ejemplo, la reducción de costes mediante la fabricación con nueva maquinaria no incide a corto plazo en los costes variables de las unidades producidas con las máquinas existentes; no obstante, a largo plazo afectan los costes de expansión de la producción en la nueva maquinaria por lo que tales costes pueden ser calificados como variables si se estudian en un plazo mayor. Precisamente, el DOJ y la FTC reconocen que un ahorro en los costes fijos puede tener un efecto directo y a corto plazo en los precios; *ad ex.*, cuando los precios de venta son determinados a partir de los contratos que se basan en costes (*cost-based contracts*). Incluso, las agencias norteamericanas aprecian las reducciones en los costes fijos cuando no inciden de forma directa en los precios, puesto que los consumidores pueden beneficiarse de ellos a largo plazo. Véase U. S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, pp. 29 y 30; Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 82; S. BISHOP y M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 415-416; FTC/DOJ, *Commentary on the Horizontal Merger...*, *op. cit.*, pp. 57 y 58; ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION, *Report and...*, *op. cit.*, pp. 58-60.

⁶⁸ Véase Directrices sobre Concentraciones Horizontales, considerandos 80 y 81; OECD, *Dynamic efficiencies...*, *op. cit.*, p. 226; S. BISHOP y M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law...*, *op. cit.*, p. 414; L. ORTIZ BLANCO *et al.*, *Manual de Derecho...* *op. cit.*, p. 328.

Por lo general, cuanto más largo es el plazo para que las eficiencias en costes o innovación se lleven a cabo, menor será el valor que les conceda la autoridad *antitrust*. Por otra parte, al igual que las *Horizontal Merger Guidelines* norteamericanas de 2010, la Comisión fija una escala progresiva entre los beneficios económicos y los efectos anticompetitivos. Esto significa que cuanto mayores sean los efectos negativos de la concentración, más significativa ha de ser la dimensión de las eventuales eficiencias. En efecto, en relación con las concentraciones empresariales que presentan graves riesgos para la competencia (como, *ad ex.*, una estructura con un alto nivel de concentración y con ciertas barreras de entrada) solo se admiten eficiencias de gran magnitud y de fácil comprobación como susceptibles de fundamentar una decisión de compatibilidad de la operación con el mercado común. Bien entendido que una operación de reestructuración empresarial que forme o consolide una situación de monopolio o cuasimonopolio es altamente improbable que pueda ser aprobada en atención de las sinergias que de ella se originan⁶⁹. Así lo corrobora el asunto *Ryanair/Aer Lingus*. En él la empresa resultante de la operación obtenía una posición de monopolio en 22 rutas desde y hacia Irlanda y, a su vez, en otras alcanzaba una cuota superior al 60 por 100. La Comisión argumentó que era incierto que los ahorros de costes invocados por *Ryanair* se transmitieran a los consumidores; en especial, por la posición que gozaría la nueva entidad resultante de la concentración en los mercados afectados⁷⁰.

Normalmente, las eficiencias que derivan de la operación de concentración incentivan a la empresa resultante a actuar de forma procompetitiva en beneficio de los consumidores y usuarios. Sin embargo, si la nueva entidad no está sujeta a una presión competitiva sustancial es poco probable que traslade las eficiencias a los consumidores del mercado afectado. De ahí que en estos supuestos haya de ponerse en duda la defensa fundada en las posibles eficiencias dimanantes de la operación.

b) *El carácter inherente o especificidad de las eficiencias*

La segunda condición necesaria para que puedan tenerse en cuenta por la autoridad *antitrust* las eficiencias invocadas por las partes estriba en que sean una consecuencia inherente o específica de la operación de concentra-

⁶⁹ Véase U. S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, pp. 30 y 31; Directrices sobre Concentraciones Horizontales, considerandos 83 y 84; C. H. HERRERO SUÁREZ, «Control de las concentraciones...», *op. cit.*, p. 479.

⁷⁰ Véase Decisión de la Comisión Europea, de 27 de junio de 2007, asunto COMP/M.4439, *Ryanair/Aer Lingus*, en *DOUE C* 47, de 20 de febrero de 2008, considerando 43. Asimismo: Decisión de la Comisión Europea, de 10 de julio de 2006, asunto COMP/M.4000, *Inco/Falconbridge*, en *DOUE L* 72, de 13 de marzo de 2007, considerandos 31 y 32. En esta última, las partes alegaron que la operación de concentración generaría una mayor producción con un coste más bajo, lo cual beneficiaría a todos los compradores de níquel. No obstante, la Comisión Europea apreció que las partes no demostraron que tales eficiencias beneficiarían directamente a los clientes finales de los mercados de referencia. Por tanto, la Comisión concluyó que las eficiencias alegadas no compensaban el obstáculo significativo de la competencia, puesto que la empresa resultante (*New Inco*) obtenía una posición dominante en los mercados de referencia.

ción. En general, se cumple este requisito cuando las sinergias provienen directamente de la operación de concentración y, a su vez, no pueden obtenerse a través de medios alternativos menos restrictivos para la competencia⁷¹.

Al respecto, las Directrices sobre Concentraciones Horizontales indican que las partes deben probar que no existen instrumentos alternativos menos restrictivos ya sean de carácter no concentrativo (*ad ex.*, un acuerdo de licencia o una empresa en participación cooperativa) o concentrativo (*ad ex.*, una empresa en participación concentrativa o un proyecto de concentración distinto de la operación notificada). Así, los argumentos basados en la eficiencia económica no cumplirán con esta segunda condición cuando la autoridad *antitrust* verifique que las ganancias económicas alegadas por las partes pueden obtenerse a través de otro medio distinto de la operación propuesta como lo sería la reestructuración interna de la empresa objeto de adquisición. Además, la Comisión solo apreciará alternativas que resulten *razonablemente* prácticas en atención al contexto empresarial en el que se encuentran las partes de la concentración⁷².

De ahí que el factor relevante para el estudio del carácter inherente de la sinergia radique en que las eficiencias invocadas no pueden ser logradas por ninguna de las empresas partícipes unilateralmente o de forma aislada⁷³. Por tanto, es fácil vislumbrar que este segundo presupuesto persigue asegurar que la operación de concentración se revela como el mecanismo más eficiente para alcanzar las sinergias en un sector económico y que se trasladan efectivamente a los consumidores y usuarios.

c) *La verificabilidad de las sinergias*

Además de resultar en beneficio de los consumidores y ser inherentes a la operación de concentración, las eficiencias deben ser verificables. Por consiguiente, las partes han de aportar pruebas suficientes que proporcionen a la Comisión una seguridad razonable acerca de que las eficiencias invocadas son probables en cuanto a su materialización y lo suficientemente significativas para compensar los daños a los consumidores.

Este último requisito reviste gran importancia. Si las empresas partícipes no logran demostrar sus argumentos, las eficiencias no ejercerán su

⁷¹ En el asunto *Nokia/Navteq*, la Comisión Europea confirmó que las eficiencias derivadas de la concentración eran inherentes a esta. Tras un análisis económico, la Comisión constató que la supresión de los márgenes dobles solo podría realizarse con la operación propuesta y no mediante acuerdos de cooperación (contratos). De esta forma, concluyó que la concentración daría lugar a ganancias en eficiencia, aunque de manera limitada en los precios de los teléfonos móviles, que en suma beneficiarían a los consumidores. Véase Decisión de la Comisión Europea, de 2 de julio de 2008, asunto COMP/M.4942, *Nokia/Navteq*, en *DOUE* C 13, de 20 de enero de 2009, considerandos 41-43 (en la versión en inglés, véanse considerandos 367-369). En esta misma línea: Decisión de la Comisión Europea, de 14 de mayo de 2008, asunto COMP/M.4854, *TomTom/Tele Atlas*, considerandos 241 y 242 (versión en inglés).

⁷² Véase Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 85.

⁷³ Véase S. BISHOP y M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law...*, op. cit., p. 415.

función neutralizadora de los posibles efectos lesivos para el funcionamiento de la competencia⁷⁴.

Y es que la autoridad *antitrust* no sopesará las alegaciones fundamentadas en eficiencias vagas, meramente especulativas o que no puedan demostrarse por medios razonables⁷⁵. Se requiere que sean contrastables o, en ausencia de ello, que sea posible identificar su impacto positivo sobre los consumidores. Bien entendido que en ningún caso las eficiencias pueden ser fruto de una reducción anticompetitiva de la producción de los bienes o servicios afectados⁷⁶.

Naturalmente, cierto tipo de eficiencias son más fáciles de probar. Así ocurre con las eficiencias productivas (económicas de escala o alcance) que, al plasmarse en un ahorro de costes, pueden cuantificarse numéricamente en lo que atañe a su dimensión. A diferencia de ellas, las eficiencias transaccionales y, en particular, las dinámicas son más difíciles de cuantificar, al estar basadas en el incremento de la innovación en una industria en cuestión. A fin de llevar a cabo esta tarea, las partes pueden recurrir a los documentos internos que permitieron decidir la concentración, las declaraciones de los directivos sobre las eficiencias previstas, o incluso a estudios de expertos externos previos a la operación de concentración en los que se destaque la naturaleza y magnitud de las eficiencias y la posibilidad de que sean beneficiosas para los consumidores⁷⁷.

La Comisión Europea admitió la excepción de la eficiencia económica en el asunto *Kornäs/Assidomän Cartonboard*⁷⁸. Las partes argumentaron que las sinergias que resultaban de la operación propuesta eran significativas y, en particular, provenían de los ahorros de costes en los insumos —gastos en bienes empleados en la fabricación—, la reducción del personal y la mejora de la eficiencia en la producción. En particular, destacaron que esta última sinergia permitiría a la nueva entidad explotar dos plantas, obteniéndose así una amplia cartera de productos en el mercado del cartón para envasar líquidos (*portafolio effects*). Por su parte, la Comisión apreció que la asignación de la producción entre la cartera de máquinas facilitaba a la nueva entidad incrementar su producción general (*ad ex.*, mediante

⁷⁴ Como apuntan las directrices estadounidenses de 2010, las partes deben comprobar cuándo y cómo se lograrían las eficiencias y su coste, cómo las eficiencias mejorarían el incentivo de la empresa para competir y, finalmente, por qué son inherentes a la operación de concentración. Véase U. S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, p. 30; Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 86.

⁷⁵ En el asunto *Ryanair/Aer Lingus*, la Comisión apreció que las eficiencias invocadas por *Ryanair* eran de índole general, pues se limitaban a precisar que las sinergias derivaban de la transmisión a *Aer Lingus* del modelo de negocios y, en especial, la estrategia de bajos costes. Por ello, la Comisión declaró que las eficiencias objeto de estudio se fundamentaban en suposiciones muy aventuradas las cuales no podían verificarse de forma independiente. Véase Decisión de la Comisión Europea, de 27 de junio de 2007, asunto COMP/M.4439, *Ryanair/Aer Lingus*, considerando 42.

⁷⁶ Véase U.S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, p. 30

⁷⁷ Véase Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 88.

⁷⁸ Véase Decisión de la Comisión Europea, de 16 de mayo de 2006, asunto COMP/M.4057, *Korsnäs/Assidomän Cartonboard*, en *DOUE C* 209, de 31 de agosto de 2006, considerandos 57-64 (versión en inglés). Sobre esta decisión: J. KARLSSON, «Clearance of Near-duopoly», en *European Competition Law Review*, núm. 9, 2006, pp. 514-518.

la fabricación de lotes más amplios), lo que le llevó a concluir que dicha sinergia era probable que se materializara en la práctica y, a su vez, que dejara sentir sus efectos beneficiosos sobre los consumidores, toda vez que mejoraría la capacidad y el incentivo de la empresa resultante para actuar de forma competitiva⁷⁹.

C. A MODO DE EPÍLOGO

Como hemos podido apreciar en este trabajo, el criterio de la eficiencia económica ha sido uno de los aspectos más controvertidos en el control europeo de concentraciones. Desde que se discutió por vez primera en el proceso de negociación del Reglamento 4064/89, su tratamiento ha ido evolucionando a lo largo del tiempo en la política comunitaria de competencia.

Inicialmente bajo el Reglamento 4064/89, la Comisión Europea estaba facultada y obligada a ponderar cuestiones extraconcurrentiales en la evaluación *antitrust* de las concentraciones de empresas. Pese a ello, en la práctica el Ejecutivo comunitario se mostró reacio a tener en cuenta los beneficios económicos anudados a estas operaciones.

No obstante, este escenario cambió considerablemente tras la entrada en vigor de la actual normativa de control de concentraciones. En efecto, el Reglamento 139/2004 reconoce expresamente el papel de la eficiencia económica al momento de valorar la repercusión de una operación de concentración sobre el mercado único europeo. En rigor, en su considerando 29 se afirma que las eficiencias que derivan de una determinada concentración empresarial pueden compensar los efectos anticompetitivos de ellas dimanantes y, en particular, los perjuicios potenciales para los consumidores. A su vez, las Directrices sobre Concentraciones Horizontales insisten en que, a fin de alcanzar relevancia *antitrust*, las eficiencias han de ser *verificables, específicas de la concentración y a favor de los consumidores*.

De ahí que sea posible sostener que la valoración de las eficiencias económicas es actualmente un factor fundamental en el análisis de licitud o ilicitud de las operaciones de concentración. Ello se debe a que su constatación autoriza a la autoridad *antitrust* a declarar la compatibilidad de una operación, ya que los posibles efectos nocivos que de estas derivan son cortocircuitados por determinadas ventajas económicas que inciden positivamente en los intereses de los consumidores y usuarios, así como la comunidad en general⁸⁰. Por tanto, el Reglamento 139/2004 acoge definitivamente

⁷⁹ Al respecto: J. KARLSSON, «Clearance of...», *op. cit.*, p. 517.

⁸⁰ Se establece así un cierto paralelismo entre el ilícito *antitrust* por concentraciones y el ilícito colusorio del art. 101 TFUE, el cual prohíbe ciertas conductas empresariales que, si bien son restrictivas de la competencia, pueden, no obstante ser autorizadas en razón a su contribución a la eficiencia económica. En cuanto a la aplicación del apartado 3 del art. 101 TFUE: A. M. TOBÍO RIVAS, *La autorización de medidas limitativas de la competencia en el Derecho comunitario: análisis de los requisitos sustantivos*, Barcelona, Bosch, 1994; *id.*, «Excepciones a las conductas prohibidas», en

la doctrina de la excepción de la eficiencia económica o *efficiency defence*, mediante la cual las ventajas económicas que resultan de la operación de concentración enjuiciada pueden contrarrestar los efectos anticompetitivos de ella dimanantes.

Además, existen otras razones de carácter teleológico-sistemático que explican la aplicación de la doctrina de la *efficiency defence* en el sistema de control de concentraciones. La principal radica en el modelo de competencia que late por debajo de la normativa de control de concentraciones. Se trata del modelo de competencia imperfecta, monopolística, practicable, eficiente o, según el Reglamento, efectiva, que persigue el logro del progreso técnico y económico y, en definitiva, de la eficiencia.

Resplandece así, con relativa nitidez, la fisonomía del que podríamos denominar *ilícito estructural por concentraciones o ilícito concentrativo*, a fin de diferenciarlo de los *ilícitos de conducta* de los arts. 101 (prácticas colusorias) y 102 (prácticas abusivas de posiciones de dominio) del TFUE: como todo ilícito *antitrust*, parte de entender que la defensa de la competencia no es un valor absoluto sino relativo y, en consecuencia, que es posible —y recomendable— sacrificar una cierta dosis de competencia a través de maniobras de concentración de empresas si los perjuicios que con ellas se causan al orden concurrencial del mercado son compensados por determinadas eficiencias, sobre todo cuando estas se traducen en ventajas para los consumidores y usuarios⁸¹.

A la vista de lo anterior, cabe concluir que el Reglamento 139/2004 no es, en rigor, una norma de control de las operaciones de concentración de empresas restrictivas de la competencia, sino una norma de control de estas operaciones en todas aquellas hipótesis en que no compensen las restricciones concurrenciales de ellas derivadas con eficiencias beneficiosas para los consumidores y usuarios. Lo que, en el fondo, debe llevar a sostener que en el Derecho comunitario *antitrust*, en general, y en el ámbito aquí analizado del control de las concentraciones económicas, en particular, el valor de la eficiencia (que, a nuestro juicio, habría de comprender tanto la económica como la social) está por encima incluso del valor de la competencia⁸².

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO SOTO, R. (2007): «Derecho de la competencia (I). Introducción y Derecho Comunitario», en VVAA (dirs. URÍA, R., y MENÉNDEZ, A.), *Curso de Derecho Mercantil*, t. 1, 2.ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, pp. 277-295.
- ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION (2007): *Report and Recommendations*, abril, disponible en http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf.

VVAA (coords. BELLO MARTÍN-CRESPO y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ), *Derecho de la libre competencia...*, *op. cit.*, pp. 141-212.

⁸¹ Véase J. I. FONT GALÁN y L. M. MIRANDA SERRANO, *Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 35, nota 30.

⁸² *Ibid.*, pp. 53 y ss.

- ARROYO APARICIO, A. (2012): «Consumidores y normativa protectora de la libre competencia: algunos antecedentes y las recientes iniciativas sobre “acciones por daño”», en VVAA (dir. VÁZQUEZ PENA, M. J.), *El derecho de la libre competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores*, 1.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 31-54.
- BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P.: «La segunda reforma del Reglamento comunitario sobre el control de concentraciones. Libro verde y propuesta de reforma», en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, t. 23, pp. 1125-1157.
- BERENGUER FUSTER, L. (2004): «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento comunitario de concentraciones», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, pp. 78-118.
- BISHOP, S., y WALKER, M. (2010): *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3.ª ed., London, Sweet and Maxwell.
- BRIONES, J. et al. (1999): *El control de concentraciones en la Unión Europea: la práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento (CEE) 4064/89 por el Reglamento (CE) 1310/97*, Madrid, Marcial Pons.
- (2005): *Merger control in the European Union*, 2.ª ed., New York, Oxford University Press.
- BRIONES, J., y PADILLA, A. J. (2001): «The Complex Landscape of Oligopolies under EU Competition Policy: Is Collective Dominance Ripe for Guidelines?», en *World Competition. Law and Economics Review*, vol. 24, núm. 3, pp. 307-318.
- BURNSIDE, A. (2001): «GE, Honey, I sunk the merger», en *European Competition Law Review*, núm. 2, pp. 107-110.
- CALVIÑO SANTAMARÍA, N. (2002): «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias en el análisis de las concentraciones empresariales», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, pp. 67-92.
- (2003): «El Reglamento 139/2004: novedades sustantivas en el sistema comunitario de control de concentraciones», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, pp. 57-88.
- CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2006): *Las concentraciones de empresas*, Madrid, Colex.
- CAMESASCA, P. D. (1999): «The explicit efficiency defence in merger control: does it make the difference?», en *European Competition Law Review*, núm. 1, pp. 14-28.
- CHRISTENSEN, P.; FOUNTOUKAKOS, K., y SJÖBLOM, D. (2007): «Mergers», en VVAA (ed. FAULL/NIKPAY), *The EC Law of Competition*, 2.ª ed., New York, Oxford University Press.
- COLLEY, L. (2004): «From “defence” to “attack”? quantifying efficiency arguments in mergers», en *European Competition Law Review*, núm. 6, pp. 342-349.
- *Competition Policy and Efficiency Claims in Horizontal Agreements*, OCDE/GD(96)65, disponible en <http://www.oecd.org/regreform/sectors/36344429.pdf>.
- COOK, J., y KERSE, C. (2009): *EC Merger Control*, 5.ª ed., London, Sweet & Maxwell - Thomson Reuters.
- COSTAS COMESAÑA, A., y BORREL ARQUÉ, J. R.: «La política europea de control de concentraciones en entredicho: el caso *Airtours/First Choice*», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, pp. 203-220.
- ESTEVA MOSSO, C. (2001): «El Libro Verde sobre la reforma del Reglamento de control de concentraciones», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, pp. 77-96.
- FERNÁNDEZ DE ARAOZ Y GÓMEZ ACEBO, A. (1993): «El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia: Reflexiones en torno al mercado, la libre competencia y la geometría», en *Revista general de Derecho*, núms. 589-590, pp. 10057-10131.

- FTC/DOJ (2006): *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*, disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/215247.htm>.
- GONZÁLEZ-DÍAZ, F. E., y CARPI, J. M. (2005): «La noción de concentración económica y la evaluación de sus efectos en los ordenamientos comunitario y español», en VVAA (dir. BENEYTO PÉREZ, J. M.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, t. 1, Barcelona, Bosch, pp. 629-750.
- GUTIÉRREZ, I., y PADILLA, A. J. (2005): «Economía de la competencia», en VVAA (dir. BENEYTO PÉREZ, J. M.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, t. 1, Barcelona, Bosch, pp. 1-58.
- HARKER, M. (2011): «Antitrust Law and Administrability: consumer versus total welfare», en *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 34, núm. 3, pp. 433-447.
- HERRERO SUÁREZ, C. (2001): «La excepción de eficiencia económica (*efficiency defense*) en el control de la concentración empresarial (análisis comparado entre el Derecho *antitrust* estadounidense y el Derecho de la Competencia comunitario europeo)», en *Revista de Derecho mercantil*, núm. 242, pp. 1943-1968.
- (2001): «La excepción de empresas en crisis (*failing firm defense*) en el control de la concentración empresarial. Análisis comparado entre el Derecho *antitrust* estadounidense y el Derecho de la competencia comunitario europeo», en *Revista de Derecho bancario y bursátil*, núm. 84, pp. 144-170.
- (2002): «El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia comunitario», en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, t. 23, pp. 113-145.
- (2005): «Control de las concentraciones de empresas», en VVAA (coord. VELASCO SAN PEDRO, L. A.), *Derecho europeo de la competencia: antitrust e intervenciones públicas*, Valladolid, Lex Nova, pp. 437-481.
- HOVENKAMP, H. (2011): *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, 4.ª ed., United States of America, West Publishing Co.
- IVERSEN, H. (2010): «The efficiency defense in EC merger control», en *European Competition Law Review*, núm. 9, pp. 370-376.
- JIMÉNEZ LAIGLESIA, J., y JIMÉNEZ LAIGLESIA, J. M. (2002): «La revisión del análisis comunitario europeo de concentraciones horizontales: una primera aproximación al Proyecto de Comunicación (PC) de la Comisión Europea relativa a la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresa», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, pp. 221-240.
- JONES, A., y SUFRIN, B.: *EU Competition Law: text, cases and materials*, 4.ª ed., New York, Oxford University Press.
- KARLSSON, J. (2006): «Clearance of Near-duopoly», en *European Competition Law Review*, núm. 9, pp. 514-518.
- KATZ, M. L., y SHELANSKI, H. A. (2007): «Mergers and innovation», en *Antitrust Law Journal*, vol. 74, núm. 1, pp. 1-85.
- KNABLE GOTTS, I., y GOLDMAN, C. S. (2003): «The role of efficiencies in M&A global antitrust review: still in flux?», en *Fordham Competition Law Institute: International Antitrust Law & Policy*, pp. 201-300.
- KOCMUT, F. (2006): «Efficiency Considerations and Merger Control- Quo Vadis, Commission?», en *European Competition Law Review*, núm. 1, pp. 19-27.
- KOKKORIS, I. (2006): «Failing firm defence in the European Union: a panacea for mergers?», en *European Competition Law Review*, núm. 9, pp. 494-509.
- (2011): *Merger Control in Europe: The gap in the ECMR and National Merger Legislations*, London, Routledge.

- KOLASKY, W. J., y DICK, A. R.: «The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into antitrust Review of Horizontal Merger», disponible en <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11254.pdf>.
- LINDSAY, A., y BERRIDGE, A. (2012): *The EU Merger Regulation: Substantive Issues*, 4.ª ed., London, Sweet & Maxwell.
- LUESCHER, C. (2004): «Efficiency considerations in European Merger Control - Just another battle ground for the European Commission, economists and competition lawyer», en *European Competition Law Review*, núm. 2, pp. 72-86.
- MAICAS LÓPEZ, J.; POLO REDONDO, Y., y SESE OLIVÁN, F. J. (2010): «El papel de los efectos de red y los costes de cambio en la elección de la compañía de telefonía móvil», en *Revista europea de dirección y economía de la empresa*, núm. 3, pp. 161-172.
- MARTÍNEZ GARCÍA, C. (1999): «El caso *Airtours*: ¿una nueva definición de dominio colectivo?», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, pp. 335-350.
- MARTÍNEZ LAGE, S. (2004): «La reforma del Reglamento comunitario de concentraciones», en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 229, pp. 3-11.
- MIRANDA SERRANO, L. M. (1994): *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*, Madrid, La Ley, 1994.
- (2000): «La doctrina de la “failing company” y el Derecho europeo de concentraciones (las concentraciones de recuperación o saneamiento económico)», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 185, pp. 183-216.
- (2000): «La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas en el sistema comunitario europeo de control concentraciones (STJCE *Francia y otros c. Comisión* de 31 de marzo de 1998)», en *Derecho de los negocios*, núm. 113, pp. 1-50.
- MIRANDA SERRANO, L. M., y PÉREZ MOLINA, M. A. (2014): «El control de las concentraciones de empresas en la Unión Europea», en *Revista de Derecho mercantil*, núm. 294, pp. 115-170.
- NAVARRO SUAY, M. C. (2005): *Las conductas conscientemente paralelas*, Navarra, Aranzadi.
- OECD (2008): *Dynamic efficiencies in merger analysis*, 15 de mayo, DAF/COMP (2007) 41, disponible en <http://www.oecd.org/daif/competition/mergers/40623561.pdf>.
- ORTIZ BLANCO, L. et al. (2008): *Manual de Derecho de la competencia*, Madrid, Tecnos.
- PATTERSON, D. E., y SHAPIRO, C. (2001): «Transatlantic Divergence in GE/Honeywell: Causes and Lessons», en *Antitrust*, núm. 16, pp. 18-26.
- PÉREZ MOLINA, P. M. (2013): *La evaluación de las concentraciones de empresas en la Unión Europea*, Córdoba, Publicaciones Universitarias.
- (2014): «Las barreras de entrada en el control *antitrust* de las concentraciones de empresas», en *La ley mercantil*, núm. 1, pp. 154-170.
- PÉREZ PRADO, J. M., y PASSAS OGALLAR, J. (2004): «Efectos de red y competencia en mercados de nuevas tecnologías de la información», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 230, pp. 117-134.
- PLANZ, M., y CAFFARRA, C. (2002): «The economics of G.E./Honeywell», en *European Competition Law Review*, núm. 3, pp. 115-121.
- PLATT MAJORAS, D.: «Ge-Honeywell: The U.S. Decision», disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/9893.pdf>.
- ROSENTHAL, M., y THOMAS, S. (2010): *European Merger Control*, München, C. H. Beck.

- SANTOS LORENZO, S. (2000): «El “efecto cartera” un nuevo criterio de las operaciones de concentración», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 207, pp. 68-77.
- SCHWALBE, U., y ZIMMER, D. (2009): *Law and economics in European merger control*, New York, Oxford University Press.
- SOLANA GONZÁLEZ, G. (2001): «Diferencias entre Estados Unidos y la Unión Europea en materia de control de concentraciones», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, pp. 25-44.
- TAMAMES, R., y GALLEGO, S. (2002): *Diccionario de economía y finanzas*, 11.ª ed., Madrid, Alianza.
- VAN BAELE y BELLIS (2010): *Competition Law of the European Community*, 5.ª ed., The Netherlands, Kluwer Law International.
- VELASCO SAN PEDRO, L. A. (2010): «Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la competencia», en *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, núm. 6, pp. 13-36.
- WEITBRECHT, A. (2002): «E.U. Merger Control in 2001- The year of controversy», en *European Competition Law Review*, núm. 8, pp. 407-412.
- WHISH, R., y BAILEY, D. (2012): *Competition Law*, 7.ª ed., New York, Oxford University Press.
- WILLIAMSON, O. (1968): «Economies as an antitrust defense: the welfare trade-offs», en *American Economic Review*, vol. 58, núm. 1, pp. 18-31.
- ZAMAGNI, S. (2005): «El bien común en la sociedad posmoderna: propuestas para la acción político-económica», en *Cultura económica*, núm. 70, pp. 23-43.