

LOS EFECTOS UNILATERALES EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES: REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL ASUNTO ORACLE/PEOPLESOFT

Javier RUIZ CALZADO *

Abogado en Latham & Watkins, Bruselas

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2004, las dos autoridades de competencia más importantes del mundo se opusieron a la macro-operación de compra de PeopleSoft Inc. por Oracle Corp., que unía a dos de los tres gigantes mundiales en el mercado del *software* de gestión para grandes organizaciones y empresas multinacionales¹, acercándose seriamente al líder del mercado, la empresa alemana SAP². A pesar de no superarle en cuota de mercado, la operación despertó gran preocupación tanto en Washington como en Bruselas desde el punto de vista de su impacto sobre la competencia. Para poder llevarla adelante, Oracle tuvo que hacer frente no sólo a la legítima defensa de PeopleSoft contra la OPA hostil, sino también a la dura ofensiva desplegada por el Departamento de Justicia estadounidense (DOJ) y la Comisión Europea en paralelo, que colaboraron entre sí en todo momento en su intento por bloquear la operación, con el incondicional apoyo de PeopleSoft. Tras un año y medio de controversias y litigios a ambos lados del Atlántico, a las que consagró un gran esfuerzo y muchos medios, Oracle consiguió refutar los pretendidos efectos anti-competitivos y obtener luz verde en las principales jurisdicciones del

* En estrecha colaboración con Petra Nemeckova, abogado en Latham & Watkins Bruselas, sin cuya inestimable asistencia este artículo no hubiese visto la luz.

¹ Aplicaciones informáticas para la coordinación y planeamiento de, entre otros, los recursos financieros y humanos de las grandes multinacionales y sus relaciones con clientes.

² Según las estimaciones de la Comisión en la Decisión de 26 de octubre de 2004 (Asunto núm. COMP/M.3216 —Oracle/Peoplesoft—) «la Decisión», a nivel mundial, la cuota de mercado conjunta de las empresas fusionadas fue del 28 por 100 en el mercado de aplicaciones de recursos financieros (FMS) y de 46 por 100 en el de gestión de recursos humanos (HRS). Por otro lado, las cuotas en ambos mercados de SAP fueron 51 y 40 por 100, respectivamente (ver Tabla 1, p. 47 de la Decisión).

mundo³. A finales de diciembre de 2004 pudo finalmente culminar su adquisición.

El DOJ y la Comisión Europea intentaron prohibir la transacción utilizando lo que se conoce en el control previo de concentraciones como la doctrina de los efectos unilaterales. En el examen prospectivo de una operación, tratándose de una concentración horizontal⁴, la cuota de mercado del ente resultante es un parámetro muy relevante (sobre todo si es muy elevada); pero no lo resuelve todo. En muchas ocasiones, salvo cuando la cuota de mercado destaca con claridad sobre las restantes, la operación y su impacto sobre la competencia se examinan a través de teorías de daño competencial, tales como las doctrinas de los efectos coordinados y de los efectos unilaterales (o no coordinados). Una concentración horizontal puede comportar efectos coordinados, si conduce a una situación donde las empresas que permanecen en el mercado acaban coordinando de forma expresa o tácita su comportamiento, absteniéndose de competir en materia de precios y/o cuotas de mercado. Los denominados efectos unilaterales —o no coordinados— constituyen otro posible resultado anticompetitivo de una concentración; pueden darse en ausencia de toda coordinación de comportamiento de las empresas; en particular cuando la empresa resultante de la fusión tiene el poder de, unilateralmente, incrementar el precio de su producto respecto a la situación previa a la concentración, debido a que la operación produce la desaparición de importantes presiones competitivas que las partes en la concentración ejercían entre sí, así como una reducción de la presión competitiva sobre los competidores restantes.

En el asunto Oracle/Peoplesoft es interesante señalar que la Comisión Europea intentó aplicar la doctrina de los efectos unilaterales al caso a pesar de ser más que dudoso que tuviera competencia para hacerlo bajo el nuevo Reglamento. Mucho se ha debatido sobre cuál debe ser el test a aplicar en el control previo de concentraciones y, más concretamente, sobre cuáles son los efectos derivados de la operación que deben examinarse o qué efectos se consideran anticompetitivos de manera a justificar una prohibición. Hasta hace bien poco, por imperativos del texto legislativo aplicable, lo que se examinaba en la Unión Europea (UE) a la hora de decidir si prohibir una concentración era bien distinto de lo que ocupaba a las autoridades de otras jurisdicciones como los Estados Unidos de América (EUA). En este lado del Atlántico, bajo el *test* de compatibilidad con el mercado común, lo que importaba era si había sólidas razones para considerar que la concentración comportaría la creación de una posición

³ Latham & Watkins representó a Oracle en el juicio en San Francisco en que el DOJ no logró probar sus tesis contrarias a la operación. También asesoró a Oracle en la coordinación necesaria de su defensa en ambos lados del Atlántico.

⁴ Una concentración horizontal es aquella en que las empresas que se concentran son competidores directos o potenciales respecto de un mismo producto o servicio, a diferencia de las concentraciones verticales y de tipo conglomeral.

dominante o su reforzamiento, de resultas de la cual la competencia efectiva sería obstaculizada de forma significativa en el mercado común⁵. Ello exigía de la Comisión que toda prohibición se fundase en la previa constatación de que se iba a crear o reforzar una posición dominante, un cambio en la estructura de la competencia tal que permitiría al ente resultante comportarse en el mercado con independencia de sus competidores, clientes o usuarios. Por su parte, en los EUA la creación o reforzamiento de dominancia en el mercado nunca ha sido un requisito para una eventual prohibición, ni, por tanto, un elemento decisivo en el estudio analítico de los efectos de toda operación notificada; lo exigido es la demostración ante un juez por parte de la autoridad de competencia (bien sea la Comisión Federal de Comercio —FTC—, o el DOJ) de que la concentración conducirá a una disminución sustancial de la competencia (*Substantial Lessening of Competition*, el denominado SLC test), con independencia de la teoría de daño a la competencia para llevar a cabo tal demostración. En la práctica, ello significa que, en cada ocasión, la autoridad americana, para evaluar si el impacto de la operación es anticompetitivo, puede examinar los efectos coordinados y no coordinados de la operación.

En Europa, ya bajo el test del anterior Reglamento, los efectos coordinados de una operación podían considerarse y, en su caso, justificar una prohibición. Así lo entendió la Comisión y lo confirmó el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) al considerar que, a pesar de no recogerse en el texto del Reglamento la dominancia, característica del test de compatibilidad con el mercado común, podía ser individual, o bien darse colectivamente, es decir, entre varias empresas, de forma expresa o tácitamente coordinada⁶. Sin embargo, lo que parecía ciertamente improbable es que la Comisión tuviese jurisdicción para prohibir, bajo el test de la dominancia del antiguo art. 2 del Reglamento, concentraciones con efectos anticompetitivos según la doctrina de los efectos unilaterales; es decir, situaciones donde los economistas identifican un impacto negativo para la competencia en ausencia de riesgo de coordinación y a pesar de que el resultado de la concentración no sería la creación o reforzamiento de una dominancia (ni de forma individual ni de forma

⁵ Es decir, se requerían dos condiciones para poder prohibir una operación. En este sentido, Ver las siguientes Sentencias del Tribunal de Primera Instancia: de 19 de mayo de 1994, *Air France c. Comisión* (T-2/93, 1994, *Rec.*, p. II-323, apartado 79); de 27 de noviembre de 1997, *Kaysersberg c. Comisión* (T-290/94, 1997, *Rec.*, p. II-2137, apartado 184); de 25 de marzo de 1999, *Gencor c. Comisión* (T-102/96, 1999, *Rec.*, p. II-753, apartados 170, 180 y 193); de 6 de junio de 2002 *Airtours c. Comisión*, (T-342/99, 2002, *Rec.*, p. II-2585, apartado 58); de 22 de octubre 2002, *Schneider Electric c. Comisión* (T-310/01, 2002, *Rec.*, p. II-4071, apartados 321 y 380); de 25 de octubre de 2002, *Tetra Laval I* (T-5/02, *DO* 2003/C 19/64, apartados 120, 146 y 153); y de 30 de septiembre 2003, *ARD c. Comisión* (T-158/00, 2003, *Rec.*, II-3825, apartado 130). Recientemente, esta interpretación ha sido confirmada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en la Sentencia de 15 de febrero 2005, *Tetra Laval II*, (C-12/03 P, *DO* 2005/C 82/02, apartados 43 y 44).

⁶ Ver Sentencia de 31 de marzo de 1998, *Francia c. Comisión* (*Kali & Salz*) (C-68/94 y C-30/95, 1998, *Rec.*, p. I-1375). Ver también T-102/96, *Gencor c. Comisión*, T-342/99, *Airtours c. Comisión* (referencias *supra* 5).

colectiva) en el mercado relevante del modo en que ello se entiende normalmente en Derecho de la competencia. Dada la lejanía de tales supuestos con el tenor literal del art. 2 y la ausencia de precedentes de aplicación clara de tal doctrina, todo parece indicar que los efectos unilaterales no cabían en el anterior reglamento y que, en consecuencia, cabía considerar que existía una laguna en el sistema de control de concentraciones comunitario del Reglamento anterior (4064/1989), dando por descontado que su objeto fundamental era, precisamente, detectar e impedir las concentraciones anticompetitivas en general. Como se demostró en el caso Oracle/PeopleSoft, objeto de este artículo, la Comisión Europea o algunos de sus agentes parecen haber estimado, sin embargo, que tal laguna no existía y que bajo el antiguo test cabía examinar, y en su caso prohibir, una operación aplicando la teoría de los efectos unilaterales.

Sea como fuere, el debate sobre la eventual laguna y sobre la necesidad de adaptar el test en la UE para colmarla y para ahondar la convergencia en el modo en que ambas jurisdicciones tratan una operación de dimensión global es ya historia tras la adopción del nuevo régimen comunitario de control de concentraciones⁷. Desde el 1 de mayo de 2004, la UE ha abandonado el test de dominancia como único instrumento de evaluación y ha adoptado como criterio único un test más amplio, la obstaculización significativa de la competencia efectiva (el denominado test OSCE o SIEC en inglés, «*Significantly Impede Effective Competition*»)⁸.

La Comisión tiene, pues, un nuevo instrumento para controlar las concentraciones anticompetitivas que debería dar mucho más juego a la Comisión, permitiéndole sin duda el estudio de los efectos unilaterales⁹, pero la experiencia reciente de uno de los asuntos del año en 2004, donde aplicó por adelantado el nuevo test, apunta a que demostrar los efectos unilaterales, en la práctica, no será en absoluto sencillo. Los avatares del Departamento de Justicia de los EUA y de la Comisión Europea en el escrutinio de los efectos sobre la competencia de la concentración Oracle/PeopleSoft lo demuestran con creces. El examen por las autoridades *antitrust* de esta operación merece ser estudiado para entender mejor la

⁷ El nuevo régimen de concentraciones viene recogido en el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO 2004/L 24/1 («nuevo Reglamento»). Este Reglamento deroga al Reglamento (CEE) núm. 4064/1989, del Consejo de 21 de diciembre, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DO 1989/L 395 y 1990/L 257/13, con las modificaciones introducidas por el Reglamento (CE) núm. 1310/1997 del Consejo, de 30 de junio, DO 1997/L 180/1.

⁸ Según los funcionarios de DG COMP y el ex comisario Mario Monti, resulta más importante definir claramente el enfoque analista del control de concentraciones, con un claro énfasis en el examen económico, y liberarse de las formalidades que obstaculizan un control efectivo y eficiente, antes que entrar en largas discusiones acerca de la preferencia del test de dominancia comunitario o el de «reducción sustancial de competencia» estadounidense. Ver discurso de M. MONTI, «Merger Control in the European Union: a Radical Reform», de 7 de noviembre de 2002 (IBA Conference on Merger Control, Bruselas).

⁹ La interpretación del legislador comunitario de este nuevo test en el control de concentraciones de la UE viene recogido en el considerando 25 del Preámbulo del nuevo Reglamento.

complejidad de la tarea. Este artículo describe las dificultades que caracterizaron el infructuoso intento por parte del DOJ de probar el impacto anticompetitivo de la operación basándose en los efectos unilaterales y la, a su vez fallida, tentativa inicial de los servicios de la Comisión Europea de hacer lo propio, y de intentar demostrar al tiempo —y de forma *in extremis*— que no había laguna alguna bajo el anterior Reglamento de concentraciones.

2. EFECTOS COORDINADOS Y EFECTOS UNILATERALES EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES

Las dos técnicas hoy más usadas en el control previo de concentraciones para intentar predecir si la operación tendrá efectos anticompetitivos son el estudio de los efectos coordinados y de los efectos unilaterales previsibles¹⁰.

A. EFECTOS COORDINADOS (Y POSICIÓN DOMINANTE COLECTIVA)

Una operación que incremente la concentración en un mercado con un reducido número de competidores puede conducir a una situación de coordinación tácita, donde se da una especie de acuerdo tácito entre las empresas que componen el mercado (la empresa resultante y sus competidoras) de no competir efectivamente entre sí, sino al contrario, alinear su comportamiento respectivo, incrementar los precios y rehusar toda guerra de precios. Las empresas en esta situación reconocen su respectiva interacción competitiva y ajustan en consecuencia su modo de competir¹¹.

¹⁰ Las autoridades norteamericanas tradicionalmente analizan la operación bajo los dos prismas, para cerciorarse de que bajo ninguno de ellos se plantean problemas. Desde hace algún tiempo la Comisión Europea aplica también ese método y, desde mayo de 2004, puede hacerlo claramente cubierta por el texto del reglamento de control de concentraciones. Ver la Decisión Oracle (referencia *supra* 2). En este sentido, ver también Decisión de la Comisión del 7 de enero 2004 (Asunto núm. COMP/M.2978, LaGardère/Natexis/Vup, DO 2003/C 5277 final, apartados 700-707).

¹¹ Según los modelos de Cournot y de Bertrand, basados en el equilibrio no-cooperativo de Nash, las empresas en esa situación no coordinan su comportamiento, sino que determinan sus variables de producción (Cournot) o de precio (Bertrand) dependiendo de sus expectativas acerca de sus competidores. El modelo de duopolio simple de Cournot se basa en hipótesis sobre la homogeneidad del producto, y en que las dos empresas que componen el mercado toman sus decisiones al mismo tiempo. El beneficio de cada una de las empresas depende de sus expectativas sobre la producción de la otra empresa. En otras palabras, la cantidad de producto que lanzará la empresa A en el mercado depende de la cantidad que la empresa A piensa que producirá la empresa B. El modelo alcanzará su punto de equilibrio cuando ambas empresas hayan correctamente asumido la cantidad que va a producir su competidor y hayan adaptado su producción respectivamente. De este modo, cada empresa produce la cantidad que maximiza su beneficio, dada la producción de sus rivales. Por otra parte, Bertrand explica un modelo similar al de Cournot, basándose, sin embargo, en la competencia de precios (no de cantidades de producción). Ver S. BISHOP y M. WALKER, *The economics of EC Competition Law*, 2002, p. 271; R. S. PINDYCK y D. L. RUBINFELD, *Microeconomics*, 2001, pp. 424-460.

En control previo de concentraciones, este modo de examinar potenciales efectos anticompetitivos ha sido utilizado en numerosas ocasiones. En la UE, la Comisión ha venido apoyándose en él para sustentar la tesis de que una determinada operación debía ser prohibida porque la consecuencia sería la creación o reforzamiento de una posición dominante colectiva¹². El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas definió en el Asunto Airtours¹³ las tres condiciones que han de cumplirse para que pueda la Comisión prohibir una operación por crearse una posición dominante colectiva, es decir, en base a los efectos coordinados¹⁴: *a)* la transparencia en el mercado debe permitir a las empresas coordinarse entre sí y debe permitirles ejercer un control suficiente sobre el cumplimiento de las condiciones de coordinación; *b)* es necesario un mecanismo de disuasión creíble que pueda activarse en caso de detectarse una desviación de la coordinación tácita; y *c)* los resultados esperados de la coordinación deben estar al abrigo de reacciones efectivas de los competidores actuales o futuros que no participen en ella, de los clientes y de los consumidores. Estos requisitos figuran ahora en las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales¹⁵. Sin que exista una lista de parámetros a aplicar en cada caso para determinar si tales condiciones se dan (se requiere por supuesto un examen caso por caso), sí cabe subrayar la importancia de un nivel elevado de transparencia en el mercado y de la homogeneidad del producto o servicio de que se trate.

¹² En Estados Unidos, la doctrina de los efectos coordinados viene recogida en la Sección 2.1 de las Directrices de concentraciones horizontales publicadas por el DOJ y la FTC. Estas Directrices citan dos condiciones que han de tenerse en cuenta en particular: *a)* que las características del mercado sean prósperas a la coordinación, y *b)* que a su vez existan mecanismos de detección de desviaciones de la coordinación y de sanción a estas desviaciones. Entre la jurisprudencia relevante que establece e interpreta el análisis de efectos coordinados destacan las Sentencias FTC c. Elders Grain (868 F2d 901, 905); Hospital Corp of Am. (807 F2d at 1386-1387); Brooke Group Ltd c. Brown & Williamson Tobacco Corp. (509 US 209, 238).

¹³ T-342/99, Airtours c. Comisión (referencia *supra* 5).

¹⁴ Antes, en el apartado 61 de la Sentencia Airtours (referencia *supra* 5), el Tribunal había ofrecido una definición de posición dominante colectiva cubierta por el anterior Reglamento: «Por consiguiente, puede crearse una situación de posición dominante colectiva que obstaculice de manera significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial de éste como consecuencia de una concentración cuando, habida cuenta de las propias características del mercado de referencia y de la modificación que provocaría en su estructura la realización de la operación, ésta daría lugar a que cada miembro del oligopolio dominante, siendo consciente de los intereses comunes, considerase posible, económicamente racional y, por tanto, preferible adoptar de manera duradera una misma línea de acción en el mercado, con el fin de vender por encima de los precios competitivos, sin necesidad de celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada en el sentido del art. 81 CE (ver, en este sentido, la Sentencia Gencor c. Comisión, antes citada, apartado 277), y ello sin que sus competidores actuales o potenciales, ni los clientes, ni tampoco los consumidores, puedan reaccionar de un modo efectivo».

B. EFECTOS UNILATERALES (O NO COORDINADOS)

a) *El concepto*

Los economistas consideran que en determinadas circunstancias, generalmente en mercados caracterizados por la coexistencia de productos diferenciados (y, por tanto, de una cierta competencia localizada), el análisis tradicional de las cuotas de mercado resultantes de la concentración puede no ser idóneo para indicar posibles efectos anticompetitivos resultantes de la fusión, como consecuencia de que las empresas concentradas ofrecen productos que compiten más entre sí que con los producidos por los otros operadores del mercado¹⁶. Los efectos unilaterales consisten en la tendencia de la empresa resultante de la fusión a incrementar el precio de sus productos sólo por el hecho de que la concentración elimina relaciones de competencia directa entre las empresas fusionadas, aun si en el mercado existen otras empresas que continúan siendo competidores independientes¹⁷.

La doctrina de los efectos unilaterales en mercados con productos diferenciados se basa en el presupuesto de competencia localizada y no en la evidencia o riesgo de actual o futura dominancia de una o varias empresas colectivamente en el mercado. La noción de competencia localizada se vincula a la demostración de la existencia de un nodo de consumidores cuya primera y segunda elección son precisamente los productos

¹⁵ Párrafo 41 de las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO 2004/C 31/03).

¹⁶ Sin embargo, los economistas están de acuerdo en qué los efectos unilaterales pueden darse también en mercados donde los productos son homogéneos. Un ejemplo sería la situación caracterizada por una empresa que domina el mercado, a gran distancia de un grupo de pequeños competidores. En esta situación, la empresa dominante tendría una ventaja de coste significativa sobre sus competidores, y sería capaz, por lo tanto, de restringir su producción unilateralmente y obtener así un precio por encima del coste marginal. Lo mismo puede ocurrir si las empresas se diferencian entre sí por sus capacidades, en situaciones donde las dos empresas que se fusionan son, a su vez, las únicas que tienen sobrada capacidad, mientras que la capacidad de las otras empresas activas en el mercado relevante es limitada (en el sentido en que estas empresas no pueden incrementar su producción en respuesta de la subida de precios por parte de las empresas fusionadas).

¹⁷ Otro supuesto en el que pueden darse los efectos unilaterales son los mercados de pujas o subastas (*bidding markets*), es decir, mercados donde un número limitado de empresas compiten por un contrato normalmente importante en términos económicos, con una empresa que no licita normalmente ese tipo de contratos. El análisis económico en estos mercados consiste en examinar hasta qué punto la presencia de la empresa B en el concurso o en la subasta influye en la manera de competir (presentar la oferta) de la empresa A. Si se logra demostrar que otras empresas limitan el modo de actuar de la empresa A de la misma manera (o aún más) que la empresa con la que fusiona, no hay riesgo de efectos unilaterales. La Comisión razonó así la aprobación de la concentración en su Decisión de 17 de octubre de 2001 (Asunto núm. COMP/M.2537, Philips/Marconi Medical Systems), apartados 31-40. La Comisión consideró en esta Decisión que la operación notificada no eliminaba competidores prójimos y que los consumidores podían cambiar fácilmente de distribuidor.

de las empresas fusionadas y cuya posibilidad de reposicionarse en otro producto de una tercera empresa presente en el mercado sea reducida¹⁸. El elemento característico es un espacio de producto definido por las características de uno o varios productos existentes en él, que sólo ellos reúnen y así lo perciben los consumidores o clientes. El ejemplo clásico es el de los cereales para el desayuno: un número determinado de consumidores prefieren claramente que sus cereales por la mañana no tengan azúcar, sean muy crujientes y ricos en fibras. En ese caso, dentro del mercado más amplio de los cereales para el desayuno se configura un espacio o nodo en el que sólo están presentes los productores que comercializan cereales crujientes, sin azúcar y ricos en fibras. Lo que preocupa en la doctrina de los efectos unilaterales es que como consecuencia de la concentración sólo exista un vendedor en ese nodo, capaz, por tanto, de reducir la oferta y subir los precios unilateralmente¹⁹.

Los efectos unilaterales examinados en el caso Oracle/PeopleSoft corresponden a una situación de mercado con productos diferenciados. Los productos diferenciados se definen como sustitutos imperfectos que presentan distintas características que atraen de manera diferente a los consumidores. Como recordó el Juez Walker en su Sentencia, son cuatro los factores que deben darse para que entre en juego la doctrina de los efectos unilaterales en mercados con productos diferenciados²⁰: en primer lugar, los productos controlados por las empresas que se van a fusionar deben ser diferenciados de los productos de las otras empresas presentes en el mercado (más ampliamente considerado). En segundo lugar, dichos productos han de ser entre sí sustitutos próximos. Esto ocurre si un número sustancial de consumidores del producto de una de las empresas cambiaría al producto de la otra empresa si la primera decidiera incrementar su precio. En otras palabras, es necesario que una significativa cuota de ventas en el mercado la representen consumidores cuya primera y segunda elección sean precisamente los productos de las empresas que se van a fusionar, creando así un área (o nodo) de competencia localiza-

¹⁸ Según BISHOP y WALKER, el paso más importante al evaluar si la concentración reducirá la competencia a través de efectos unilaterales consiste en demostrar precisamente esa proximidad (o nodo localizado de competencia) entre las empresas que se fusionan. En un mercado con productos diferenciados, si una empresa (empresa A) incrementa el precio de su producto por encima del precio del mercado, posiblemente venderá menos cantidad de producto pero no perderá todas sus ventas tal y como ocurriría en mercados homogéneos. Sin embargo, si la empresa A se fusiona con otra empresa con productos casi substitutivos (empresa B), la parte de pérdidas ocasionadas por la subida de precio de A serán compensadas por beneficios de ventas de B, puesto que los consumidores tenderán en este caso a comprar su producto a B. Lo mismo ocurriría recíprocamente con la empresa B y, de esta manera, la fusión conlleva a una subida unilateral de precios, rentable para las empresas fusionadas. Ver BISHOP y WALKER, *op. cit.*, p.263-267, (referencia *supra* 11).

¹⁹ Ver testimonio del Profesor Campbell en el juicio. Sentencia DOJ c. Oracle Corporation (US District Court, Northern District of California, Case núm. C 04-0807-VRW), p. 152. Ver también Sentencia New York c. Kraft Gen. Foods (926 F. Supp. 321, 346-47, SDNY 1995).

²⁰ Sentencia Oracle (referencia *supra* 19), p. 36, citando a P. E. AREEDA, H. HOVENKAMP y J. L. SOLOW, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 1998, edición revisada, pp. 68-69.

da. Tercero, los productos de las demás empresas han de ser lo suficientemente diferentes (o diferenciados) en relación con los productos controlados por las empresas que se van a fusionar, de tal manera que un pequeño pero significativo y no transitorio aumento del precio²¹ resultaría beneficioso para la empresa resultante de la fusión. Y, en cuarto lugar, las empresas que no forman parte de la fusión se deben mostrar incapaces de reposicionar sus líneas de producción para hacer frente a la pérdida de competencia ocasionada por la transacción. Es decir, ha de ser improbable que las demás empresas introduzcan productos lo suficientemente similares a los productos controlados por las empresas que se van a fusionar como para contrarrestar el poder de mercado creado por la fusión.

b) *La regulación de los efectos unilaterales*

Tanto en la jurisdicción estadounidense como comunitaria, los efectos unilaterales y su apreciación en el control previo de concentraciones figuran actualmente en las Directrices publicadas por las autoridades de competencia respectivas.

En los Estados Unidos, la doctrina de los efectos unilaterales viene expresamente incluida en las Líneas Directrices de las Concentraciones Horizontales publicadas en 1992 y revisadas en 1997 por el DOJ y la FTC. Estas Directrices encuentran su base legal en la Sección 7 del *Clayton Act*. Según las Directrices, «una concentración puede disminuir la competencia (...) puesto que las empresas fusionadas pueden estimar que resultaría beneficioso alterar su comportamiento unilateralmente aumentando precios o reduciendo la producción tras la operación de fusión»²².

En la Unión Europea, y abstracción hecha del debate sobre el posible *gap* o laguna del sistema bajo el anterior test²³, lo cierto es que hoy por

²¹ *Small but Significant Non-transitory Increase in Price* (SSNIP test).

²² «A merger may diminish competition (...), because merging firms may find it profitable to alter their behaviour unilaterally following the acquisition by elevating price and suppressing output». Ver Sección 2.2, titulada «*Lessening of Competition through Unilateral Effects*», que examina tanto el escenario de empresas distinguidas por productos diferenciados (Sección 2.2.1) como el de empresas distinguidas primordialmente por su capacidad.

²³ Conviene detenerse brevemente en esta ahora ya desfasada discusión, pero que tuvo gran relevancia incluso en el Asunto Oracle/Peoplesoft. El primer Reglamento de concentraciones enfocó el problema de los cambios negativos en la estructura del mercado debido a una operación de fusión únicamente desde una perspectiva de reforzamiento de la posición dominante. Según el art. 2.3 de este Reglamento: «Se declararán incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo». A pesar de ello, la Comisión ha intentado aplicar el concepto de efectos unilaterales bajo el antiguo Reglamento en algunas ocasiones. Una primera «tentativa fallida» parece haberse dado en el caso *Airtours* (referencia *supra* 5), donde de forma ambigua la Comisión parece incluir los efectos unilaterales en su análisis, al decir en el apartado 54 de la Decisión de la Comisión de 22 de septiembre 1999 (Asunto núm. IV/M.1524. *Airtours/First Choice*, DO 2000/L 93/1) que no era necesaria la coordinación tácita, es decir, los efectos coordinados, para demostrar el reforzamiento de la posi-

hoy la posibilidad de acudir a la doctrina de los efectos unilaterales aparece reconocida expresamente en el considerando 25 del Preámbulo del nuevo Reglamento del control de concentraciones:

«(...) en determinadas circunstancias las concentraciones que implican la desaparición de importantes presiones competitivas que las partes en la concentración ejercían entre sí, así como una reducción de la presión competitiva sobre los competidores restantes, pueden, incluso en ausencia de la probabilidad de coordinación entre los miembros del oligopolio, llegar a ser un obstáculo significativo para la competencia (...). El concepto de obstaculización significativa de la competencia efectiva establecido en los apartados 2 y 3 del art. 2 debe ser interpretado haciéndolo extensivo, más allá del concepto de posición de dominio, sólo a los efectos anticompetitivos de una concentración que resulten de un comportamiento no coordinado entre empresas que no tengan una posición dominante en el mercado relevante»²⁴.

ción dominante colectiva resultante de la operación. Según el apartado 54, es suficiente para la dominancia colectiva el que las empresas actúen, individualmente, de manera que reduzcan sustancialmente la competencia entre ellas, y que resulte en un comportamiento con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y los consumidores. Párr. 54 de la Decisión de Airtours: «... It is sufficient that the merger makes it rational for the oligopolists, in adapting themselves to market conditions, to act –individually– in ways which will substantially reduce competition between them, and as result of which they may act, to an appreciable extent, independently of competitors, customers and consumers». A pesar de la confusa intención de la Comisión a este respecto, el Tribunal de Primera Instancia se inclinó por hacer abstracción de este punto 54 y decidió interpretar exclusivamente los efectos coordinados, dejando la cuestión de los efectos unilaterales planteada por los demandantes sin zanjar (ver segundo motivo de la Sentencia Airtours). En el caso Oracle/Peoplesoft, la Comisión nos dió el más claro ejemplo de un inequívoco intento de aplicar los efectos unilaterales bajo el primer Reglamento de concentraciones tal y como demuestra sobre todo el pliego de cargos de 17 noviembre 2003 (Asunto núm. COMP/M.3216. Oracle/Peoplesoft). Respecto a esta problemática, la doctrina se muestra dividida. Algunas voces (y la Comisión misma) argumentan que los efectos unilaterales ya cabían bajo el primer Reglamento de concentraciones; otros autores señalan, por otra parte, que la ausencia de regulación de los efectos unilaterales produce una laguna en el Derecho de la competencia comunitario. Ver E. GONZÁLEZ-DÍAZ «The Reform of European Merger Control: *Quid Novi Sub Sole?*», *World Competition*, 2004, pp. 186-188.; M. G. EGGE, M. F. BAY y J. RUIZ CALZADO, «The New EC Merger Regulation: A Move to Convergence», 2004, *Antitrust*, pp. 37-42; A. NIKPAY y F. HOUWEN, «Tour de Force or a Little Local Turbulence? A Heretical View on the Airtours Judgment», *ECLR*, 5, 2003, pp. 193-202; A. WHELAN, «The Recast Merger Regulation, The “Substantive Test” and the “Gap”, A Legislative History», IBA Competition Conference, 2004. En cualquier caso, de acuerdo con los principios administrativos de prudencia y buena gestión, la Comisión inició una reforma del control de concentraciones que abocó en la adopción del nuevo Reglamento del control de concentraciones y sus correspondientes normas de desarrollo.

²⁴ Ver el texto completo del considerando 25: «Habida cuenta de las consecuencias que las concentraciones pueden tener en estructuras de mercado oligopolísticas, resulta particularmente necesario preservar la competencia efectiva en estos mercados. Si bien muchos mercados oligopolísticos presentan un elevado grado de competencia, en determinadas circunstancias las concentraciones que implican la desaparición de importantes presiones competitivas que las partes en la concentración ejercían entre sí, así como una reducción de la presión competitiva sobre los competidores restantes, pueden, incluso en ausencia de la probabilidad de coordinación entre los miembros del oligopolio, llegar a ser un obstáculo significativo para la competencia. Sin embargo, los Tribunales comunitarios no han interpretado expresamente, hasta ahora, que el Reglamento (CEE) núm. 4064/1989 requiera que las concentraciones que dan lugar a estos efectos no coordinados sean declaradas incompatibles con el mercado común. Así pues, y en aras de la seguridad

Esta última frase del considerando aporta ciertamente dudas acerca de cuál es realmente el alcance de la doctrina de los efectos unilaterales que cabe aplicar bajo el nuevo test en la Comunidad Europea²⁵. Las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales, publicadas por la Comisión Europea en febrero de 2004, son más ilustrativas en cuanto al papel de los efectos unilaterales en el control de concentraciones comunitario. Las Directrices anuncian una lista no exhaustiva de factores relevantes al evaluar la probabilidad de que una concentración dé lugar a importantes efectos unilaterales. Así, entre otros, es relevante el hecho de que las empresas que van a fusionarse tengan elevadas cuotas de mercado y sean competidores inmediatos; el que las posibilidades de los clientes para cambiar de proveedor sean escasas, y el que la entidad fusionada esté en condiciones de impedir la expansión de sus competidores. No es necesario que todos estos factores se cumplan cumulativamente. Estas Directrices parecen reconocer más flexibilidad a la hora de analizar los efectos unilaterales mientras que las Directrices estadounidenses citan de una manera más explícita tres presupuestos de hecho cumulativos para la ocurrencia de efectos unilaterales: diferenciación de producto, proximidad de los productos de las empresas que van a fusionarse (nodo localizado de competencia), e imposibilidad de los rivales de reemplazar la pérdida de competencia (a través de la reposición de sus líneas de producto). Por lo demás, el examen analítico que ha de llevarse a cabo para la difícil prueba de los efectos unilaterales no difiere significativamente entre los Estados Unidos y la Unión Europea.

En cualquier caso, como es lógico, serán sobre todo la jurisprudencia y la práctica decisoria de la Comisión las que ilustren el alcance y los límites en la aplicación de los efectos unilaterales en el control de concentraciones, sobre todo como doctrina justificativa de una prohibición. Basta con señalar, de momento, que hasta hoy ninguna decisión de la Comisión ha declarado incompatible con el mercado común una concen-

jurídica, debería aclararse que este Reglamento permite un control efectivo de tales concentraciones al establecer que toda concentración que obstaculice de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo debería declararse incompatible con el mercado común. El concepto de obstaculización significativa de la competencia efectiva establecido en los apartados 2 y 3 del art. 2 debe ser interpretado haciéndolo extensivo, más allá del concepto de posición de dominio, sólo a los efectos anticompetitivos de una concentración que resulten de un comportamiento no coordinado entre empresas que no tengan una posición dominante en el mercado relevante».

²⁵ Parece que esta frase fue incluida por petición expresa de alguna de las delegaciones de Estados miembros que se resistieron hasta el final a cambiar el test de la dominancia. El compromiso fue la inclusión de esa frase de difícil interpretación. Ciertamente queda claro el objetivo de impedir que la Comisión se considere legitimada para desarrollar cualquier tipo de teoría del daño competitivo para prohibir una concentración distinta de las existentes en el momento de promulgar el nuevo Reglamento. Todo parece indicar, sin embargo, que la Comisión no se verá limitada *de facto* por esta frase y aplicará la teoría de daños competitivos que estime conveniente, por supuesto bajo el último control de los Tribunales de la UE en Luxemburgo. Ver también V. KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 2004, p. 351; F. E. GONZÁLEZ DÍAZ, *The Reform of European Merger Control: Quid Novi Sub Sole?*, *op. cit.* (referencia *supra* 23).

tración en base a efectos unilaterales²⁶, ni ninguna sentencia judicial se manifiesta al respecto²⁷.

3. LA OPA DE ORACLE SOBRE PEOPLESOFT Y SU ESCRUTINIO BAJO EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN LOS EUA Y LA UE

A. LA OPERACIÓN, EL PRODUCTO Y LOS MERCADOS

La operación examinada es la concentración que se iba a producir si se consumaba la OPA hostil lanzada por Oracle sobre PeopleSoft, su acérrimo rival, el 6 de junio de 2003. Obviamente, fue notificada a las autoridades *antitrust* de los EUA y a la Comisión Europea, entre otras.

Ambas empresas fabrican y venden programas de aplicaciones informáticas (*Enterprise Application Software*, EAS) utilizados por las grandes multinacionales para coordinar algunas de las funciones críticas de toda empresa: planificación e información financiera, recursos humanos, relaciones con los clientes y gestión de la cadena de suministros. Sus clientes son, pues, grandes empresas y administraciones con una estructura organizativa compleja, que buscan soluciones sofisticadas e integrales, diseñadas o por lo menos sensiblemente ajustadas a su perfil y necesidades específicas. El producto se puede vender en paquetes, compuestos de distintos pilares que corresponden a servicios distintos. La manera de competir viene influenciada por el proceso de presentación y oferta del producto al cliente, quien entabla negociaciones en paralelo con dos o más proveedores antes de decidirse por uno de ellos, el que tiene la mejor oferta desde su punto de vista. En este sistema de competición dinámica, la empresa que ha alcanzado la fase final de negociación sin ser retenida no llega a conocer la oferta ganadora de su competidor. No existe el nivel de homogeneidad de los productos ni de transparencia sobre precios y productos requerida para que se den los denominados efectos coordinados.

En el caso Oracle/Peoplesoft destacan por su importancia los productos de software de gestión de recursos humanos (*Human Resources Soft-*

²⁶ Cabe destacar que tampoco en los Estados Unidos se ha bloqueado jamás una concentración exclusivamente a causa de los efectos unilaterales. Ver T. J. BURTON, «Unilateral Effects Analysis In Assessing Anti-Competitive Mergers: The Judicially Approved New Approach To Challenging Mergers», *Saint Louis University Law Journal*, 1481, 1999, 43.

²⁷ A nivel de la UE, no hay jurisprudencia aplicable en la materia. Si bien el demandante en el Asunto Airtours (referencia *supra* 5) invitó al Tribunal a pronunciarse respecto de la aplicabilidad de los efectos unilaterales bajo el anterior Reglamento, los jueces de Luxemburgo no consideraron necesario tratar dicho argumento: consideraron que la Decisión no versaba sobre efectos unilaterales, sino sobre coordinados (posición dominante colectiva) y no tuvieron que responder al argumento del demandante al anular la decisión por errónea aplicación al caso de la doctrina de los efectos coordinados.

ware, HRS) y de *software* de gestión de recursos financieros (*Financial Management Systems*, FMS).

B. LA POSTURA DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA AMERICANA Y EUROPEA: ¿DEFINICIÓN DEL MERCADO O EXÁMEN COMPETITIVO?

El DOJ alegó ante todo que en el mercado restringido a productos de HRM y FMS de alta funcionalidad, comercializados en los EUA solamente, Oracle, PeopleSoft y la filial americana de SAP (SAP America) competían efectivamente entre sí. De esta manera, gracias a la concentración entre Oracle y PeopleSoft, se pasaría de un oligopolio ya de por sí concentrado a un duopolio entre SAP America y la empresa resultante de la fusión²⁸. La Comisión también circunscribió el mercado a los productos ofrecidos por las tres empresas y temió por la creación de un duopolio, pero geográficamente reconoció que el mercado era mundial y no limitado a Europa o EUA²⁹. Tanto el DOJ como la Comisión insistieron en la característica de «alta funcionalidad» que diferenciaba a las soluciones complejas y capaces de servir a grandes empresas de aquellas aplicaciones que respondían más bien a necesidades del mercado de empresas medianas (*mid-market*). Ambas autoridades argumentaron que sólo existían tres competidores en el mercado: SAP, Oracle y PeopleSoft, únicos supuestamente capaces de proveer el producto altamente sofisticado que requieren las grandes empresas y administraciones). Los productos ofrecidos por sus inmediatos competidores pertenecían a otro mercado, menos sofisticado e importante (*mid-market*) en el que los tres estarían también presentes con productos distintos propios de este mercado.

La existencia o no de ese mercado claramente *high function* distinto al *mid market* fue objeto de una de las controversias principales en este asunto, puesto que si estaba claro que SAP, Oracle y PeopleSoft ofrecen productos que responden a las complejas necesidades de las grandes multinacionales e instituciones y administraciones, se discutió en profundidad si hay además otros actores o empresas que ofrecen soluciones alternativas y substitutivas. Una de las claves del asunto fue, en efecto, ¿cómo distinguir lo que estos operadores ofrecen de lo que ofrecen sus inmediatos perseguidores?, ¿son éstos productos substitutivos de los primeros?,

²⁸ Ver Sentencia Oracle (referencia *supra* 19), pp. 16-17.

²⁹ Además, a diferencia del DOJ, la Comisión se propuso investigar el efecto potencial de la transacción en el mercado de bases de datos relacionales. Los sistemas de gestión de datos de bases relacionales (*Relational database management system*) son programas informáticos que almacenan y gestionan datos en cuadros relacionales y transfieren estos datos a las aplicaciones destinadas a los usuarios finales. En este mercado, Oracle mantiene una presencia fuerte junto a otros competidores como IBM o Microsoft. Además, el *software* HRM y FMS de Oracle es sólo compatible con la base de datos de Oracle (lo que obliga al cliente de Oracle adquirir ambos productos) mientras que los *softwares* de PeopleSoft y de SAP son compatibles con las todas las bases de datos.

¿quiénes son, pues, los operadores que compiten en este pretendido mercado de la alta funcionalidad?, ¿estaba la noción de alta funcionalidad generalmente aceptada en la industria? Oracle sostuvo que la distinción entre los productos de alta funcionalidad y el *mid-market* es artificial y que en realidad hay sólo un mercado para HRM y FMS, en el que compiten otros muchos operadores junto a SAP, Oracle y PeopleSoft ³⁰.

C. LA DECISIÓN DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE Oponerse Y DE PROBAR EN JUICIO EL CARÁCTER ANTICOMPETITIVO DE LA OPERACIÓN Y LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN BRUSELAS

Al concluir su investigación en profundidad, que le llevó siete meses, el DOJ decidió que la operación no debía prosperar y llevó Oracle a juicio con el fin de bloquearla ³¹. El Gobierno alegaba violación de la Sección 7 del *Clayton Act*, que prohíbe concentraciones susceptibles de aminorar substancialmente la competencia en el mercado relevante o con tendencia a crear monopolio («*mergers that are likely to substantially lessen competition, or to tend to create a monopoly*»).

En paralelo, en Europa, donde la operación había sido notificada en octubre de 2003, el procedimiento había ya alcanzado la fase II ante la Comisión para examinar la operación en profundidad ³². En diciembre de 2003, la Comisión envió a las partes una solicitud de información en virtud del art. 11 del Reglamento ³³, que interrumpió el procedimiento durante tres meses. En marzo de 2004, la Comisión volvió a solicitar información *ex art. 11* a las partes, lo que produjo una segunda interrupción del procedimiento. Al no responder Oracle de forma plena a esta demanda de información (relativa a los proveedores con quien considera compitió en la licitación de los contratos) y al no decidir la Comisión reiniciar el procedimiento, éste quedó en una situación de suspensión *de*

³⁰ Lawson y Microsoft entre otros, además de las soluciones *best-of-breed* y de *outsourcing*.

³¹ En los EUA es únicamente el juez quien tiene la competencia para prohibir una concentración. En el sistema estadounidense del control de concentraciones, las empresas que se van a fusionar y cuya envergadura económica supere un cierto límite tienen la obligación de notificar previamente la operación a la autoridades de defensa de la competencia del país: el DOJ o la Comisión Federal del Comercio (*Federal Trade Commission*, FTC). Estas autoridades investigan la operación en cuestión. Si estiman que la concentración podría reducir sustancialmente la competencia (test SLC), el DOJ o la FTC iniciarán un proceso judicial con el objeto de bloquear dicha operación. En el proceso judicial, la autoridad de competencia actúa como demandante frente a la parte defensora (con carácter general, las empresas que se van a fusionar). De esta manera, el DOJ (o la FTC, en su caso) pasa de ser la autoridad instructora a una parte procesal (y a la que se aplica por consiguiente el principio de igualdad de partes).

³² Ver Comunicado de prensa IP/03/1556, de 17 de noviembre 2003.

³³ Según el art. 11(1) del Reglamento de concentraciones (referencia *supra* 7): «Para el cumplimiento de las tareas que le atribuye el presente Reglamento, la Comisión podrá recabar toda la información que considere necesaria de los Gobiernos y autoridades competentes de los Estados miembros, de las personas contempladas en la letra b) del apartado 1 del art. 3, así como de las empresas y asociaciones de empresas». Este texto apenas varió en el nuevo Reglamento.

facto, que se prolongó hasta el mes de octubre 2004 en que se reanudó. Entre tanto, el juicio en los Estados Unidos había tenido lugar y el Juez Walker había dictado sentencia a favor de Oracle. Como se refleja en su Decisión final, la Comisión se basó en gran medida en pruebas importantes que salieron a la luz en el curso del juicio en San Francisco y que fueron claves para comprender quién está verdaderamente presente y cómo se compete en este mercado ³⁴.

D. EL JUICIO Y LA SOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE DISTRITO DEL NORTE DE CALIFORNIA

Durante el *discovery* salieron en efecto a la luz del día importantes documentos indicativos de que la lucha por los más sofisticados clientes no era sólo cosa de tres ³⁵, que debilitaron sustancialmente la defensa del Departamento de Justicia. A ello se sumó el carácter poco convincente de los testimonios de los testigos aportados por el DOJ en apoyo de sus tesis sobre el mercado relevante ³⁶. El Departamento de Justicia argumentó, de forma confusa, que dentro del foco localizado de competencia se encuentran solamente PeopleSoft y Oracle y que el tercer operador en el mercado, SAP, no forma parte del nodo. Oracle sostuvo que éste no era el tipo de caso en el que la doctrina de los efectos unilaterales pudiera aplicarse, destacando, entre otras razones, el hecho de que en el nodo de competencia en cuestión el cliente tiene mucho poder de reacción; es un comprador sofisticado, altamente cualificado y muy bien asesorado, con capacidad sobrada de contrarrestar toda tentativa de sobreprecio ³⁷.

³⁴ No fue evidente, en efecto, conseguir la información adecuada para comprender el funcionamiento del mercado durante el breve tiempo previsto para completar la fase II en el procedimiento comunitario de control de concentraciones. La mucho más completa recopilación de información que caracteriza el proceso judicial en EUA, en comparación con el procedimiento administrativo comunitario, pudo estar en el origen de la decisión de la Comisión de esperar al desarrollo del «*discovery*» durante el procedimiento ante el Tribunal californiano. El «*discovery*» es una fase del proceso judicial contradictorio estadounidense durante la cual la parte contraria puede pedir que la otra parte, así como terceras partes, proporcionen en juicio todos los documentos que puedan tener alguna relevancia en el caso. En la Unión Europea carecemos de tal instrumento. Con el fin de obtener resultados similares, las partes pueden únicamente pedir a la Comisión que formule una solicitud de información de acuerdo con el art. 11 del Reglamento de control de concentraciones, pero la decisión de enviar tal cuestionario depende absolutamente de la discreción de la Comisión, así como, en su caso, el alcance y tenor del mismo. Además, las consecuencias por no cooperar debidamente en esa instrucción son mucho más graves en los EUA que en la UE.

³⁵ Entre los que destacan los planes de Microsoft de entrar en el mercado de *softwares* de aplicación para la gestión también de grandes empresas.

³⁶ Los testimonios de ejecutivos de PeopleSoft y de otras empresas activas en la industria como Microsoft, y de los de representantes de algunos de los grandes clientes no apoyaron verdaderamente las tesis del DOJ, según el Juez Walker.

³⁷ Se trata de las más grandes multinacionales (IBM, Daimler, Verizon, etc.) e instituciones (incluido el propio Departamento de Justicia del Gobierno de los EUA) que obviamente emplean mucho tiempo y dinero en las negociaciones, en las que llevan la batuta, entre otras cosas porque son contratos que sólo negocian cada equis años, cuando sienten la necesidad de dar un salto cualitativo en sus sistemas, por lo que pueden incluso decidir no actualizarlos hasta más adelante si las negociaciones no se presentan interesantes para ellos.

El Juez Walker consideró que el DOJ no había probado la existencia de un nodo o área de competencia localizada reservada a los productos de las empresas que se concentran, algo que consideró fundamental de todo asunto de efectos unilaterales. El DOJ no pudo probar que un número importante de clientes consideran que Oracle y PeopleSoft son su primera y segunda opción a la hora de adquirir los productos. Según el Juez, la noción de alta funcionalidad no estaba generalmente aceptada en la industria y las aplicaciones destinadas a grandes clientes eran las mismas que aquellas vendidas a clientes medianos³⁸. En cuanto al modelo del Profesor McAfee, sobre el que DOJ se había basado, consideró que la regresión demostraba que PeopleSoft y Oracle eran competidores feroces entre sí, hecho jamás discutido por Oracle, pero estimó que no fue capaz de probar en qué medida y con qué ferocidad SAP compite con ambos rivales norteamericanos³⁹. Cabe destacar en este punto el énfasis que el Tribunal americano pone en la necesidad de un examen económico riguroso, detallado y moderno para demostrar los efectos unilaterales de la concentración. *La ausencia de tal examen conlleva a la revocación de la demanda a favor de la parte demandada y a permitir la operación en cuestión*⁴⁰.

En cuanto a los efectos coordinados, que curiosamente también fueron invocados por el DOJ, el Juez Walker desestimó rotundamente la prueba de una posible existencia de dichos efectos en la concentración de Oracle con PeopleSoft. Cabe recordar que uno de los fundamentales presupuestos para la ocurrencia de los efectos coordinados, tanto en la jurisprudencia americana como comunitaria son: *a)* homogeneidad de productos, y *b)* transparencia de precios⁴¹. Ante todo, el Juez Walker subrayó que los propios demandantes se contradicen, ya que argumentaron en su definición del mercado relevante que los productos no eran homogéneos ni los precios transparentes, debido al particular mecanismo de elección del producto y su correspondiente precio propuesto individualmente y en secreto a cada cliente⁴².

³⁸ Como la carga de la prueba está del lado de los demandantes, la Sentencia se limita a fallar que los demandantes no fueron capaces de convencer con evidencia suficiente acerca de su definición del mercado.

³⁹ Por ello, en palabras del Juez, no fue necesario examinar si el ente resultante de la concentración podría aplicar precios monopolísticos en dicho nodo o si, por el contrario, cualquier intento de hacerlo provocaría un reposicionamiento por parte de SAP o Lawson de manera a limitar o contrarrestar toda tentativa de ejercicio de poder de mercado. Ver Sentencia Oracle (referencia *supra* 19), p. 156.

⁴⁰ La parte demandada, Oracle, sostuvo que los demandantes no lograron demostrar basándose en modelos econométricos sus tesis, invocando la relevancia de dichas demostraciones econométricas en los asuntos precedentes relativos a efectos unilaterales. Ver las Sentencias estadounidenses New York c. Kraft Gen Foods, Inc, 926 F Supp 321, 333-35 (referencia *supra* 19) y FTC c. Swedish Match, 131 F Supp 2d 151, 156 (D DC 2000).

⁴¹ Además de otros criterios tales como barreras de entradas elevadas, demanda estable o cuotas de mercado estables.

⁴² Aun así, el Departamento de Justicia intentó argumentar la ocurrencia de efectos coordinados basándose en un posible reparto de consumidores o mercados («*market or customer allocation*»). De esta manera, Oracle tendría preponderancia en los sectores de telecomunicaciones y de alta tecnología, mientras que SAP dominaría la industria del gas e hidrocarburo.

E. LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA

Como era de esperar dado el sentido de la decisión final de la Comisión, autorizar la operación, adoptada el 26 de octubre de 2004, su texto y razonamiento dista mucho del empleado en el pliego de cargos en que, claramente si bien sólo provisionalmente, se inclinaba por bloquear la operación. Destaca sobre todo el análisis pormenorizado de los posibles efectos unilaterales de la operación desplegado en el pliego de cargos, apenas mencionados en la decisión final.

Conviene subrayar el hecho de que, curiosamente, la definición del mercado propuesta en el pliego de cargos permanece intacta en la decisión final. La Comisión sigue considerando que hay un mercado diferenciado de productos de alta funcionalidad, lo que cambia es el examen competitivo porque se incrementa el número de operadores. En efecto, tal y como refleja la Decisión final, los nuevos datos aportados durante la segunda fase (y posiblemente la influencia de la Sentencia del Tribunal californiano) llevaron a la conclusión de que no son exclusivamente Oracle, PeopleSoft y SAP las empresas presentes en este mercado, sino que hay otros actores importantes como Microsoft, Lawson y otros⁴³. Respecto al examen competitivo, en el pliego de cargos la Comisión había acompañado su análisis económico con un modelo econométrico muy sofisticado. Sin embargo, este modelo fue posteriormente revocado por la propia Comisión a la hora de dictar la Decisión. La Comisión justificó su cambio de postura en la necesaria reconsideración de las premisas sobre las que había desarrollado su modelo en lo que al número de operadores en el mercado relevante se refiere. Debido a la aportación de nuevos datos emanantes del procedimiento en los Estados Unidos, indicando claramente que el club de proveedores de los productos de alta funcionalidad no está reducido a tres, sino que puede tener dos o tres operadores más, la simulación del modelo del pliego de cargos dejó de ser válida. Además, debido a las informaciones obtenidas en el juicio en San Francisco, la Comisión se vio obligada a reconocer en la Decisión que: *a)* el comportamiento de Oracle no varía dependiendo de si compite con SAP o con otros competidores; y que *b)* el comportamiento de Oracle no cambia en ofertas lanzadas junto a muchos o bien junto a unos pocos competidores. Procedió, por tanto, considerar un mercado más amplio (incluyendo la presencia de Microsoft, entre otros) y descartar el resultado del modelo econométrico en que basó el pliego de cargos. Sin duda también influyó en su decisión el visto bueno del Tribunal de California.

⁴³ En contraste, en la Sentencia Oracle (referencia *supra* 19), el Juez Walker considera que la definición de mercado del Departamento de Justicia excluye infundadamente a otras empresas (Microsoft, Lawson, AMS), las soluciones de *best-of-breed* o de *outsourcing*. Ver también *supra* 30.

4. REFLEXIONES FINALES

La concentración Oracle/PeopleSoft y la forma en que fue examinada por las autoridades *antitrust* americana y comunitaria invita por lo menos a dos tipos de consideraciones de carácter general, relativas, por un lado, a la utilización de la doctrina de los efectos unilaterales en el examen del impacto de la operación sobre la competencia y, por el otro, a las dificultades que se generan a la hora de obtener las autorizaciones debidas por las diversas autoridades competentes en el control previo de las concentraciones realmente globales o planetarias.

A. INTERROGANTES Y DUDAS SOBRE LOS EFECTOS UNILATERALES

Ejemplos como el de los infructuosos intentos del DOJ y de la Comisión Europea por prohibir la concentración Oracle/PeopleSoft ponen de manifiesto con crudeza el riesgo que existe de que las autoridades de control *antitrust*, incluso las más sofisticadas, se equivoquen en su apreciación de los efectos de una concentración sobre la competencia a pesar de desplegar todos los medios de que disponen. Conviene subrayar aquí que el DOJ consideró públicamente que este asunto y su intento de probar el carácter anticompetitivo de la operación constituyó una de sus prioridades de 2004, desde el punto de vista del trato de casos particulares⁴⁴. Y, sin embargo, merece ser destacado el tono contundente y claro con el que el Juez Walker desacredita en su Sentencia las tesis del DOJ y concluye en una ausencia total de prueba de los pretendidos efectos unilaterales como probables efectos de esta concentración.

En cuanto a la actuación de la Comisión Europea, es también sorprendente la naturalidad con la que en su Decisión se explica que sus tesis iniciales —desplegadas en el pliego de cargos— y su sofisticado modelo econométrico deben ser abandonados debido a un error en las asunciones de partida, en las premisas en cuanto al número y tipo de proveedores de estos productos en el mercado. Obviamente, es de celebrar que la constatación de un error en las premisas lleve al cuestionamiento de las tesis originales. Pero preocupa e invita a la reflexión sobre la suficiencia del sistema comunitario de obtención de información, incluso una vez en fase II, el que los datos que a la postre han marcado el cambio de rumbo no hayan podido ser obtenidos, ni siquiera de manera aproximada o parcial, con los medios al alcance de la Comisión en virtud del art. 11 del Reglamento de concentraciones. Quizás haya algo que falla en nuestro sistema de examen en profundidad de las concentraciones, cuando sólo la

⁴⁴ Así lo dijo H. Pate, Director de la oficina responsable de la política *antitrust* en el DOJ, en su discurso en el *Spring Meeting* de la ABA en marzo de 2004, antes del inicio del juicio en San Francisco.

co-existencia de un examen más en profundidad realizado en paralelo en otro lugar —en este caso por un juez americano— envía la señal adecuada a la Comisión de que debe corregir el tiro y autorizar, cuando lleva ya cuatro meses trabajando a fondo y cree, ciertamente sólo de forma provisional, haber comprendido que hay razones para prohibir la operación.

Este asunto enseña igualmente que persisten algunos interrogantes importantes sobre el modo en que debe ser entendida y aplicada la doctrina de los efectos unilaterales. Una lectura comparativa de la Sentencia del Juez Walker y de los documentos relevantes en el procedimiento en Bruselas (pliego de cargos y Decisión) pone de manifiesto serias ambigüedades sobre por lo menos tres cuestiones de importancia: *a)* ¿cabe sostener, respecto de una operación determinada, que generará los dos tipos de efectos anticompetitivos de forma cumulativa, es decir, por un lado, efectos coordinados y, por el otro, efectos no coordinados? *b)* ¿en qué momento del examen debe considerarse la constatación del nodo de competencia —que caracteriza los efectos unilaterales— en el que sólo existen los productos de las partes que se concentran, a exclusión de los substitutos menos próximos que ofrecen sus competidores?, y *c)* ¿cabe aplicar la doctrina de los efectos unilaterales en situaciones donde el cliente del producto tiene poder de reacción para contrarrestar cualquier tentativa de incrementar, unilateralmente, los precios?

A la primera cuestión tanto la Comisión Europea como el DOJ parecen haber pretendido contestar afirmativamente en algún momento del procedimiento, aunque, en realidad, al final no han centrado sus posturas en esa tesis, por lo menos no de forma clara⁴⁵. Sin entrar a evaluar la dudosa lógica de un tal planteamiento —dadas las diametralmente opuestas condiciones que suelen caracterizar los mercados propicios a cada uno de los efectos en cuestión—, lo que sí puede afirmarse es que cualquier intento de demostrar los efectos unilaterales de una operación, de por sí ya difícil e incierto, deviene casi misión imposible si la autoridad en cuestión se empeña, además, en pretender demostrar el riesgo de coordinación en el interior del nodo de competencia identificado. En efecto, para ello deberá demostrar: *a)* que los productos son lo suficientemente homogéneos; *b)* que el nodo es lo suficientemente transparente en precios y comportamientos de sus miembros; y *c)* que ni los inmediatos competidores considerados excluidos del nodo, ni, en fin, los clientes, pueden reaccionar

⁴⁵ En los párrafos 210 al 269 del pliego de cargos, la Comisión describía cómo la concentración de Oracle y PeopleSoft facilitaría efectos unilaterales no sólo por la parte de las empresas fusionadas, sino también por parte del único competidor que quedaría dentro del mercado relevante, SAP. Ver pliego de cargos (referencia *supra* 23), Secciones 1.4, *Customers facing a situation of only one suitable supplier: the merged entity*, y 1.5, *Customers facing a situation of only one suitable supplier: SAP*. El hecho de señalar que SAP también tendría incentivos en incrementar el precio de su producto escapa de la teoría de los efectos unilaterales (interpretada en las Directrices estadounidenses y comunitarias) ya que ésta trata solamente el supuesto de que son las empresas que se van a fusionar las que incrementan el precio de manera unilateral. Ver también Sentencia Oracle (referencia *supra* 19), p. 142.

para romper ese equilibrio anticompetitivo propio de las posiciones dominantes colectivas donde los efectos coordinados aparecen⁴⁶.

La segunda cuestión, en qué momento del examen debe considerarse la constatación del nodo de competencia, al definir el mercado o al efectuar el análisis competitivo (examen de los efectos sobre la competencia), es ciertamente de difícil respuesta⁴⁷. No parezca que tenga sentido fijarse en la existencia de un nodo sólo al efectuar ese examen, y no hacerlo ya desde el principio al intentar definir el mercado. Desde luego hacerlo sólo en la segunda parte del razonamiento lleva a profundas contradicciones y hace mucho menos creíble la refutación de aquellos que sostengan que los productos substitutivos de los competidores, excluidos inicialmente del nodo, son lo suficientemente próximos como para impedir cualquier subida de precios exitosa de manera unilateral. Pero tampoco sería satisfactorio el que la definición del mercado se erija en el punto clave del análisis competitivo de una concentración, máxime si se sigue aplicando el análisis clásico más limitado que el verdadero examen de la existencia u obtención de poder de mercado. Lo más lógico sería, probablemente, reconocer que, tratándose de examinar los posibles efectos unilaterales de una concentración de empresas con productos diferenciados, caracterizada esta doctrina por la necesidad de probar ese nodo, que conlleva un examen muy en profundidad (incluso con la ayuda de modelos econométricos), la definición de mercado relevante debería confundirse con el propio análisis competitivo o, lo que es lo mismo, ambos aspectos deberían hacerse en unidad de acto⁴⁸.

⁴⁶ Como ilustración de estas dificultades y de la ambigüedad que reina todavía respecto de esta doctrina, conviene destacar que si bien ambas autoridades sostuvieron tímidamente la coexistencia de efectos coordinados, abordaron el análisis de los efectos unilaterales desde posturas distintas y casi contradictorias entre sí. La Comisión intentó argumentar los efectos unilaterales en un mercado compuesto de dos competidores: Oracle/Peoplesoft y SAP. En contraste, la argumentación del Departamento de Justicia para demostrar los efectos unilaterales consistía, de acuerdo con las líneas directrices estadounidenses, en reducir el nodo localizado de competencia solamente a productos de Oracle o PeopleSoft, tratando de excluir a SAP del sub-mercado en el que la fusión resultaría en efectos unilaterales. Ver Sentencia Oracle (referencia *supra* 19), pp. 142-143: «*Plaintiffs rest their theory of anticompetitive effects on an attempt to prove that Oracle y PeopleSoft are in a "localized" competition sphere (a "node") within the high function FMS and HRM market. This sphere does not include SAP or any other vendors, and a merger of Oracle and PeopleSoft would, therefore, adversely affect competition in this localized market*». Esta tesis, por otro lado ambiguamente sostenida por el DOJ, parece claramente apostar por la imposibilidad de aplicación cumulativa de los efectos unilaterales y coordinados a una misma operación.

⁴⁷ Como señaló el Juez Walker, si comparamos el análisis de los efectos unilaterales en mercados de productos diferenciados con el examen clásico de los efectos de la concentración (caracterizado por la definición del mercado relevante en primer lugar y análisis de efectos competitivos a continuación) encontramos que, si bien existen muchas similitudes, la principal distinción es que en el análisis de los efectos unilaterales el mercado relevante tiende a ser menor o más restringido y, a su vez, más difícil de definir. Este hecho repercute a la hora de demostrar dichos efectos, puesto que se exige un análisis económico muy preciso y sólido. Ver Sentencia Oracle (referencia *supra* 19), p. 46.

⁴⁸ En efecto, una vez demostrado (probablemente con la ayuda de modelos econométricos) el nodo de competencia y la imposibilidad de otros competidores (que generalmente recaen dentro de la definición del mercado relevante) de reposicionarse en este sub-mercado, se habrá hecho a la

En cuanto a la tercera cuestión, todo parece indicar que, en efecto, cuando el cliente o consumidor aparece como una empresa de igual o mayor tamaño y sofisticación que las partes que se concentran, si el ente resultante no alcanza cuotas tales que se pueda presumir una posición dominante individual, será difícil encontrar una operación donde se produzcan efectos unilaterales anticompetitivos por mucho que la operación concentre el segundo y el tercero de los operadores, o incluso el primero y el tercero. En el caso Oracle/PeopleSoft bastaba con ponerse unos minutos a reflexionar sobre el tipo de contratos celebrados y sobre los nombres de la mayoría de los clientes que supuestamente formaban el nodo en cuestión (IBM, Daimler, Greyhound, Administración del Estado de Dakota), la importancia de tales firmas y su nivel de conocimientos y asesoramiento a la hora de enfrentarse a los supuestos responsables de las subidas de precios unilaterales, para comprender que algo no cuadraba en las tesis que tan fuertemente alarmaron a las autoridades de competencia.

En suma, este asunto indica claramente que el examen de los efectos unilaterales requiere un análisis muy riguroso y pormenorizado por parte de las autoridades del control de competencia, acompañado de estudios económicos y econométricos, así como de una tarea muy completa de recopilación de las informaciones empíricas pertinentes.

B. LA NECESARIA CONVERGENCIA ENTRE LOS DIVERSOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL PREVIO DE CONCENTRACIONES

Los avatares por los que Oracle tuvo que pasar en el ámbito del control de concentraciones para poder culminar su OPA sobre PeopleSoft invitan a varias reflexiones. Quedó demostrado cuán importante es que las autoridades competentes en las distintas jurisdicciones del mundo desarrollen su trabajo en paralelo. Con independencia de las peculiaridades de cada jurisdicción, es necesario asegurarse que no va a ocurrir que una autoridad con acceso a una información incompleta —y, por tanto, con una comprensión menor o incompleta del mercado— adopte una decisión de prohibición de la concentración sin tener en cuenta la que adoptará de forma contemporánea otra autoridad con mayor o más completo acceso a las informaciones requeridas (por las razones que fuere: proximidad de las partes de la concentración con la jurisdicción en cuestión, disponibilidad de un sistema de obtención de información más potente y sofisticado, etc.). En este caso, afortunadamente se evitó tal situación porque la Comisión Europea fue sensible a esa disfunción del sistema, que genera una des-sincronización de los procedimientos a

vez la definición de mercado correcta y el examen competitivo que permita a la autoridad competente objetar la concentración en base a los efectos unilaterales. Por ello, no es de extrañar que, en el caso Oracle/PeopleSoft, el Juez Walker concluyese que el DOJ había errado tanto en la definición del mercado relevante como en el examen competitivo del impacto de la operación.

ambos lados del Atlántico. Por ello hay que aplaudir la decisión de facilitar, *de facto*, la sincronización de procedimientos en el tiempo, con lo que a la postre se evitó una situación de conflicto en el trato dado a una operación en los EUA y Europa, situación que, de producirse, hubiese sido todavía más grave que la que se generó cuando la Comisión decidió prohibir la compra por General Electric de Honeywell, a pesar de que Washington la había autorizado⁴⁹. En efecto, en este caso hubiese sido una discrepancia no ya entre autoridades de competencia, sino entre la autoridad que decide en Europa (la Comisión) y la que decide, en caso de prohibición, en los EUA (el juez).

Sin duda, la Sentencia del Juez Walker de los Estados Unidos tuvo un impacto en la Comisión Europea e influyó en su redacción de la Decisión. Pero ello no debe ni extrañar, ni ser visto como una injerencia indebida o desmesurada en la soberanía o jurisdicción de la Unión Europea en materia de control de concentraciones. Al contrario, sólo cabe ser interpretado como un ejercicio de sentido común y de buen hacer, tratándose de una decisión tan sólidamente argumentada que culmina un procedimiento extremadamente completo, en el que se examinaron con pleno detalle todos los elementos de prueba necesarios para comprender verdaderamente cómo funciona un mercado tan complejo y sofisticado como el objeto de la operación⁵⁰.

Con independencia de lo anterior, el hecho de que el estudio de este asunto por la Comisión se haya convertido en el procedimiento más largo de la historia del control de concentraciones en la Unión Europea, doce meses, debe hacer reflexionar sobre la necesidad de asegurar mayor convergencia en cuanto al concepto y funcionamiento de los sistemas de control previo de concentraciones existentes, por lo menos entre los sistemas de las principales jurisdicciones del mundo, que serán de aplicación (en los casos de fusiones de naturaleza global o planetaria).

⁴⁹ Ver Decisión del 3 de julio de 2001 (Asunto núm. COMP/M.2220, General Electric/Honeywell, DO 2004/L 48, p. 1-85), recurrida ante el Tribunal y pendiente de resolución (casos T-209/2001 y T-210/2001, Sentencia esperada en 2005).

⁵⁰ Por otro lado, el claro y tajante fallo del Juez Walker a favor de Oracle tras un mes de juicio (y varios meses de proceso judicial), con toneladas de nuevos elementos de prueba y testimonios, hubiese constituido un gran obstáculo a superar por la Comisión en caso de haber decidido seguir adelante con la prohibición. Además, la Comisión ha de estar muy segura y ser muy convincente a la hora de declarar una concentración incompatible con el mercado común, debido al control riguroso ejercido en los últimos años por parte del Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.