

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 4064/1989
DEL CONSEJO SOBRE EL CONTROL
DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN
ENTRE EMPRESAS

Juan JIMÉNEZ LAIGLESIA

José M.^a JIMÉNEZ LAIGLESIA

Jones Day Madrid

La Comisión Europea ha publicado recientemente un Proyecto de Comunicación («PC») relativo a la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento 4064/1989 sobre control de concentraciones («RCC»)¹.

El PC forma parte del esfuerzo de revisión del sistema de control de concentraciones comunitario que se inició con la publicación del Libro Verde sobre la revisión del RCC² y que, por ahora, ha dado lugar no solamente al PC, sino también a una propuesta de la Comisión de reforma del RCC³, junto con otras propuestas, sin duda importantes, pero de ámbito más limitado⁴. La reforma del RCC se centra ante todo en aspectos de procedimiento y jurisdiccionales: en particular, la adopción de un sistema más racional de remisión de asuntos a las autoridades de los Estados

¹ http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/final_draft_es.pdf, de 11 de diciembre de 2002.

² COM (2001), 745 final, de 11 de diciembre de 2001.

³ DOCE C 20/4, 28 de enero de 2003.

⁴ Por ejemplo, una propuesta de *Best Practices* respecto de los aspectos del procedimiento de control (19 de diciembre de 2002). La adopción de la Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables bajo el RCC (DOCE C 68/3, 2 de marzo de 2001) constituye un paso previo todavía no finalizado (véase el Borrador de Modelos de Compromisos de Cesión en <http://www.euro->

miembros (arts. 9 y 22 RCC), la adopción de un criterio más flexible respecto a plazos y «hecho desencadenante» de la notificación, habida cuenta del efecto suspensivo de la misma (art. 4.1 RCC), y un nuevo sistema de plazos de examen en primera y segunda fase.

Pero también el PC representa una parte fundamental de un proceso de reforma que tiene mucha importancia en el contexto de las razones materiales que han justificado la anulación de diversas decisiones de la Comisión bajo el RCC por parte del Tribunal de Primera Instancia. Si bien algunas de estas sentencias adversas para la Comisión no tratan específicamente de los efectos en la competencia de concentraciones horizontales⁵, sí que es cierto que, en general, los tribunales comunitarios exigen ya un depurado análisis económico de los efectos de la concentración en los mercados que resulte consistente con la información obtenida, coherente con los elementos analíticos que se manejan y, sobre todo, predecible para los interesados⁶.

1. LA NECESIDAD DE LAS DIRECTRICES DEL PC Y LO QUE, DESDE LA ÓPTICA ECONÓMICA, DEBERÍA ESPERARSE DEL ANÁLISIS MATERIAL DE LAS CONCENTRACIONES HORIZONTALES

Un buen número de antecedentes vienen a confluír en el examen del PC. Algunos de ellos alimentan la tentación puramente crítica, mientras que otros operan como «atenuantes» de cualquier visión problemática en materia de control de operaciones de concentración. En cierto modo, el sistema comunitario europeo de control de concentraciones puede ser adjetivado, fundamentalmente, de reciente y convulso; si bien ambos elementos están compuestos de numerosos criterios influyentes en su desarrollo (contemporaneidad, y cierta desventaja desde el punto de vista de la doctrina, con el desarrollo de una evolución profunda del sistema norteamericano en la década de los noventa del pasado siglo, dudas sobre la correcta aplicación de herramientas económicas al alcance de las autoridades decisorias, conflictos entre puntos de vista de las propias autoridades, discrepancias sobre evaluación de efectos entre autoridades a ambos lados del Atlántico o la precariedad de instrumentos para el aná-

pa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/divestiture_commitments/). La reforma interna de la *Merger Task Force* y el nombramiento de un Economista Jefe responden al mismo objetivo de reforma.

⁵ STPI T-5/02 y T-80/02 *Tetra Laval bv c. Comisión* anulada por un análisis material defectuoso de la Comisión respecto a los efectos conglomerados («leveraging») de la concentración. Pero sí es muy relevante para el análisis de oligopolios colusorios establecido en la PC la STPI en el asunto T-342/99 *Airtours c. Comisión* respecto a los errores de fondo de la Comisión, al prohibir una operación por dar lugar a una posición de dominio colectiva en comparación con el análisis aprobado por ese mismo Tribunal en la Sentencia de 25 de marzo de 1999, *Gencor/Comisión* (T-102/96, Rec. p. II-753).

⁶ Véase la crítica del TPI a la Comisión en los asuntos T-310/01 y T-77/02 *Schneider Electric SA c. Comisión*.

lisis de efectos en mercados de Nueva Economía⁷ o en los que las herramientas al alcance resultarían insuficientes); en todo caso, lo cierto es que es imposible ignorar que se trata, el sistema en sí, del punto crítico de demostración de las propias posibilidades de ejecución de políticas comunitarias en el área de competencia, desde el punto de vista interno y, desde lo externo, del área de aplicación del derecho de defensa de la competencia más sometida a presiones cuyo origen entronca con la voluntad de implementación de una política industrial de carácter comunitario. El sistema recoge en sí la propia inevitabilidad y necesidad de procesos como son las operaciones de concentración y su influencia en el diseño, conformación o desarrollo de política industrial europea vía incremento de su competitividad global. Este factor, considerado por la doctrina norteamericana influyente en los obstáculos a la ejecución pacífica o definitiva de operaciones recientes de carácter transatlántico⁸, dificulta el análisis sereno de las razones que han venido a motivar la reforma propuesta y ésta su primera pieza con carácter de norma «blanda».

La antedicha tentación crítica se debe someter al hecho de que se trata de un proyecto o borrador de directrices, expuesto a comentarios (y, por tanto, a previsibles, y necesarias, como más adelante veremos, mejoras), falto de orden lógico en muchos aspectos y, sin duda, parcial, si bien indicativo de la tendencia y alcance del elemento material del futuro análisis de concentraciones horizontales. La Comisión Europea ha abordado una primera fase de completo reexamen de su futuro acercamiento al derecho de análisis de las concentraciones horizontales en un contexto jurídico sustantivo que puede caracterizarse de ciertamente «patológico», debido, como decíamos, a la reciente de la anulación por parte del TPI de sus decisiones en las operaciones, previamente citadas, *Airtours/First Choice*, *Schneider Electric/Legrand* y *Tetra Laval/Sidel*, y no sólo en este sentido⁹; no obstante, debemos indicar que la necesidad de mejoras en el enfoque era un aspecto largamente anticipado a su presente propuesta¹⁰.

⁷ Consúltese en este sentido AHLBORN, EVANS y PADILLA, «Competition Policy in the New Economy: Is European Competition Law Up to the Challenge?», *European Competition Law Review*, may 2001. En general, y al margen de la bibliografía que aparece al final, resultan de interés los siguientes artículos para entender el análisis de oligopolios en el contexto comunitario: MCGREGOR, «The future of the control of oligopolies following *Compagnie Maritime Belge*», *ECLR*, October 2001; HAUPT, «Collective dominance under article 82 EC and EC Meger Control in the light of the *Airtours* Judgement», *ECLR*, September 2002; AZEVEDO y WALKER, «Dominance; meaning and measurement», *ECLR*, July 2002, y, bajo nuestro punto de vista, resulta esencial Massimo MOTTA, «EC Merger Policy and the *Airtours* case», *ECLR*, April 2000.

⁸ EVANS y SALINGER, «Competition thinking and the European Commission: Lessons from the aborted GE-Honeywell merger», *George Mason Law Review*, mayo 2002. Basado, en parte, en un artículo precedente del mismo David EVANS, «The new trustbusters: Brussels and Washington may part ways», *Foreign Affairs*, January-February 2002.

⁹ Las críticas al análisis de Boeing/MacDonnell Douglas o GE/Honeywell, al margen de la polémica declinación de jurisdicción de la Comisión Europea en E. On/Ruhrgras aparecen también en este contexto como directos motivadores.

¹⁰ Y que sobrevivirá, críticamente, a la propia reforma. En este sentido, John VICKERS, jefe del regulador británico OFT, ha descrito el sistema propuesto como «convoluted and potentially con-

En la aproximación a la función y objetivos de un sistema de control preventivo pueden adoptarse dos enfoques a la hora de evaluar situaciones que aportarían efectos ambivalentes a la competencia en los mercados: un sentido positivo u otro negativo. Al margen de que parezcan dirigirse al mismo fin, la forma de hacerlo es absolutamente distinta y afecta críticamente a la visión de las autoridades reguladoras de los mercados. En sentido positivo, el único objetivo del propio sistema residiría en la no obstaculización de las transacciones eficientes, debido, entre otros elementos, a que la economía en su conjunto se beneficiaría de lo mejor de dichos procesos. En sentido negativo, lo primordial es anticipar todo el conjunto de restricciones futuras que el proceso provocaría, dejando el análisis de su eficiencia y sus efectos sobre el bienestar conjunto para el final. En cualquier caso, existe una verdad interna, inderogable, en materia de efectos derivados de las operaciones de concentración, que es a la que todo examen debe dirigirse¹¹, verdad plena basada al cabo en la eficiencia, de la que la competencia es, únicamente, una forma de manifestación o plasmación práctica.

En cualquiera de los sentidos propuestos el derecho de defensa de la competencia, versión control de concentraciones, es un marco legal para el análisis especulativo de efectos económicos. Efectos económicos que las partes que proponen una operación (independientemente de la motivación de ésta) anticipan y que gozan, por tanto, de carácter prejurídico. Por lo tanto, dentro de las dificultades de diseño del sistema, las demandas de los agentes, digamos, proponentes en materia de certeza legal (seguridad jurídica), corrección de análisis económico y virtudes procedimentales (plazos limitadores, transparencia y precisión en la manifestación de posturas acerca de los efectos previstos) predeterminan el propio diseño del sistema. Es en el control de concentraciones comunitario el área en el que se ha publicado un mayor número de directrices y comunicaciones de diverso signo con carácter de norma blanda, si bien «moralmente» vinculantes. Ha sido función de ese esfuerzo comunicador obviar la aplicación automática del precedente, cuando existía, y definir un marco de aproximación flexible a cada nuevo problema que los efectos de una operación de concentración planteara¹².

fusing», urgiendo a la Comisión a que adopte un test similar al examen de *substantially lessen competition* o SLC (DCC en español) utilizado en Estados Unidos, Irlanda o el Reino Unido. Su posición, en todo caso, no es sustentada por Ülf Boge, jefe del regulador alemán. Véase *Legal Media Group*, 30 de marzo de 2003.

¹¹ Para una correcta guía introductoria sobre economía de la competencia, consúltese Doris HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Kluwer, European Monographs, 17, 2002. Es útil la consulta de BISHOP y WALKER, *The Economics of EC Competition Law*, de Thomson, second edition, 2002.

¹² La Comisión ha sido «víctima» de asunciones precedentes y de ciertas necesidades de consistencia temporal como fundamento de su legitimidad. Al obvio incremento en el número de operaciones notificadas se le puede contraponer la inexistencia de criterios claros, cierta falta de consistencia, notorio énfasis en aspectos estructurales con menor atención a la dinámica de la competencia y las conductas del sector, modelos de análisis estandarizado. En materia de aceptación de la utilización de las herramientas económicas *Airtours* ha supuesto un punto de inflexión definitivo

Según lo señalado, debemos plantearnos de antemano la necesidad y alcance de las propias directrices incluidas en el PC. En líneas generales la comunidad de expertos y las empresas han aceptado la larga sucesión de comunicaciones nacida del RCC y el propio contenido de dichas comunicaciones como un adecuado «*playing field*» al objeto de centrar las discusiones formales sobre lo que el reglamento pretende cubrir. Desde el punto de vista material, los instrumentos analíticos utilizados (fundamentalmente la definición de mercado relevante) se han integrado, con mayor o menor fortuna, en los exámenes de abogados y economistas hasta el punto de que puede decirse que existe un consenso entre ambas comunidades sobre su validez como elementos de análisis o concepto, si bien no sobre el peso relativo o ponderación que debe darse a diferentes factores¹³.

El conjunto de precedentes y demandas de agentes, al margen de patologías detectadas están presentes e influyen en el alumbramiento del PC, que debe dar respuesta a cuestiones de alcance futuro relevantísimas. En este sentido:

a) *¿Refleja el PC una política sustantiva viable? O, dicho de otro modo, ¿está de acuerdo con el contexto sustantivo, con lo que los agentes demandan?*

b) *¿Observan las directrices simplicidad en el contenido de cara a una gestión eficaz de la norma?*

c) *¿Están, sin embargo, los contenidos suficientemente especificados en virtud de la mejor estimación de problemas que aportará el futuro?*

d) *¿Es su contenido lo suficientemente flexible para atender lo que ocurra en la realidad?*

e) *¿Está el PC de acuerdo con otros textos legales, en la medida en que contiene novedades de alcance no evolutivo?*

En materia de análisis material económico el elemento básico es el contexto sustantivo en sentido dinámico, es decir, que el instrumental al alcance del decisor refleje, en profundidad y extensión, los potenciales efectos que las operaciones plantearán en el futuro. El objetivo del sistema y las demandas de los receptores de su aplicación exigen que los decisores se planteen, con todas sus consecuencias, qué es lo que puede pasar y por qué en condiciones de poder de mercado¹⁴, y cuál es su estimación de aspectos tales como el nivel de precios posoperación. El PC, por ejemplo, incide en las dos fases tradicionales de examen (definición de mercados y análisis de efectos), fases íntimamente relacionadas y que se determinan recíprocamente, pero no atiende a las necesidades de transfor-

porque su única salida es la reforma. Por otro lado, las capacidades derivadas de las mejoras en el procesamiento de datos han contribuido a la superación de los estándares previos en la presentación de evidencias empíricas.

¹³ Señalar, incidentalmente, que un abogado debe satisfacer condiciones de éxito de las proposiciones que lleva a cabo, mientras que un economista, en sentido puro, está sujeto a condiciones de verdad.

¹⁴ A fin de cuentas, éste y no otro es el sustrato material del art. 2(3) del RCC.

mación en materia de definición de mercados que la doctrina ha venido repetidamente señalando. En este sentido, las consecuencias de sus análisis quedarán determinadas por un esquema de aproximación insuficiente desde la óptica de calidad de análisis y desde la de la propia realidad de las cosas.

De igual modo las directrices contenidas en el PC no parecen haber integrado las críticas y demandas que antes se han recogido. No sólo han venido a proponerse en un momento convulso, cuyos efectos antes se han indicado pero cuyas razones no se han estudiado de forma suficiente, sino que vienen a transformar determinados paradigmas sin rellenar del todo huecos de comprensión¹⁵. Han impuesto un modelo de transformación no evolutivo, distinto al sentido norteamericano de transición de análisis en operaciones similares¹⁶ y, en cierto modo, revolucionario, lo que puede significar altos grados de incertidumbre y confusión en su aplicación práctica. Reflejan, desafortunadamente, parcial concordancia en su relación con la legislación preexistente, lo que afectará a su operatividad. Se integran, asimismo, dentro de los muchos elementos de aproximación a los problemas derivados de los efectos de concentraciones horizontales, pero al servir como marco de referencia, deberían aspirar a cierto nivel de generalidad mayor del que parecen proponer¹⁷. Por último, se inscriben dentro de una tendencia generalizada de reforma de instrumentos de política de la competencia con las cuales la coordinación pudiera resultar, eventualmente, problemática¹⁸.

Una concentración horizontal incrementa la concentración en el mercado, ya que reduce el número de participantes en el mismo: puede crear una empresa con un poder de mercado significativo que le permita el incremento de los precios o la posibilidad de iniciar acciones predatorias

¹⁵ Obsérvese que los defectos de análisis económico en, por ejemplo, Schneider/Legrand eran fácilmente evitables con el instrumental económico de examen precedente a esta reforma.

¹⁶ La referencia al test «Disminución Considerable de la Competencia» (*Significant Lessening of Competition*) aparece en la *Clayton Act* de 1914, en el sentido de creación o refuerzo del poder de mercado, poder de mercado definido como la capacidad de mantener precios por encima de su nivel competitivo durante cierto tiempo sostenible. Desde las *Merger Guidelines* de 1982 la evolución a grandes rasgos contempla la mención a los *non structural factors* en 1984, la evaluación de barreras de entrada y extensión de la doctrina de efectos unilaterales en 1992 o la plasmación de la doctrina sobre eficiencias en la revisión de 1997.

¹⁷ No sólo integrar todos los modelos o tests de análisis de efectos, como se señalaba en la previa nota al pie número 4, sino también efectos horizontales en otros tipos de operaciones de concentración cuya aproximación ha sido discutida (i. e., conglomerados). Las directrices deben tener cierto grado de fuerza moral, más allá de lo puramente subjetivo y forzar transformaciones en la normativa de los propios Estados miembros.

¹⁸ En este sentido, y al margen de la clarificación de los estándares de análisis sustantivo que se encuentra en el PC: racionalización de los «*deadlines*» en las notificaciones de operaciones de concentración, reducción de la incidencia de la multiplicidad de notificaciones en diferentes jurisdicciones, reforzamiento de los poderes de la Comisión en materia de «*fact finding*» de evidencias, el creciente papel de la revisión judicial de decisiones de concentración, la voluntad de establecimiento de «*best practices*» comunes a ambos lados del Atlántico con vistas a cierta convergencia en términos de formas de aproximación a los asuntos, la progresiva emergencia del *International Competition Network* (ICN) como centro de armonización multilateral, etc.

o exclusionarias contra sus competidores (que resulte en mayores precios). También puede dar lugar a una estructura de mercado en la que las empresas competidoras tengan un mayor incentivo al coordinar sus precios existiendo la capacidad de sancionar las desviaciones a dicha cooperación mediante mecanismos de disuasión efectivos. El PC no trata de los efectos de las concentraciones verticales¹⁹ o de conglomerado²⁰; no estamos seguros de que ello sea una buena decisión, dada la combinación de efectos en la realidad de las operaciones incluso si se prevén comunicaciones similares respecto a concentraciones no horizontales²¹.

Como decimos, desde el punto de vista puramente económico, los efectos básicos de las operaciones de concentración horizontal se centran alrededor del problema central de la dominancia y la posibilidad de ejercer poder de mercado derivada de aquélla: toda concentración de estas características implica un cambio estructural en la medida que significa una reducción del número de competidores y el incremento de la concentración en el mercado²². La reducción del número de partícipes en el mercado puede afectar a las condiciones de competencia facilitando la coordinación (explícita o tácita) entre los competidores residuales. De igual modo, puede crear una empresa dominante que pudiera comportarse independientemente en sus decisiones sobre *output* y precio, más aún si el adquirido es el rival más próximo desde el punto de vista de preferencias de la demanda. De igual modo, puede incrementar la capa-

¹⁹ Obviamente la tipología que diferencia entre concentraciones horizontales, verticales y de conglomerado es simplemente un instrumento de análisis: es común que se den aspectos de los diferentes tipos de concentración en el mismo asunto (véase Sección 5 del Form C/O «mercados afectados»). Por concentraciones verticales entendemos aquellas que se producen entre empresas que mantiene una relación vertical (suministrador-comprador): plantean problemas específicos tales como la exclusión (de un *input* o de acceso al canal de distribución, por ejemplo), pero también pueden tener efectos «horizontales» si facilitan la colusión y de evasión regulatoria en concentraciones entre empresas sujetas a precios regulados. Ejemplos de concentraciones con aspectos verticales son *Skasnska/Scancem* (DOCE, 1999, L 183/10) o *Guinness/Grand Met* (DOCE, 1998, L 288/24, y *Nestlé/Ivo*. Un ejemplo del problema de evasión regulatoria es *Entergy Corp.* (Decisión FTC 7 de febrero de 2001 gas/generación eléctrica).

²⁰ Una concentración «conglomerado» se produce entre empresas que no son competidores actuales o potenciales y tampoco mantienen (de forma actual o potencial) una relación vertical: normalmente se trata de productos complementarios u ofrecidos o adquiridos conjuntamente por los consumidores: el problema de competencia que plantean puede ser la utilización de *leveraging* entre productos con objeto de excluir la competencia (por ejemplo, mediante un *tie* o *product bundling*). Una decisión conglomerado con aspectos de integración vertical (sujeta a revisión del TPI) es la prohibición de la concentración *GE/Honeywell*, en la cual se objetaba la capacidad de extender (*leverage*) una posición dominante en otros mercados. La cuestión, compleja, se reduce a determinar si el efecto conglomerado incentiva conductas predatorias o exclusionarias incluso a la luz de una reducción de precio en la oferta conjunta de productos. No se trata estrictamente de una discusión sobre eficiencias, sino del foco de análisis de competencia: ¿es preferible prohibir o controlar *ex post* mediante el control de conductas?

²¹ Véanse las *Non-Horizontal Merger Guidelines* de las autoridades norteamericanas que originalmente formaban parte de las directrices generales (<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/2614.htm>).

²² Las concentraciones verticales y de conglomerado no incrementan la concentración *per se*, pero su impacto en la competencia depende, en general, de la concentración en el mercado relevante.

cidad de sostener políticas predatorias en materia de precios, conduciendo a mayores precios en el futuro.

En este sentido, la formulación prevista en la aplicación de las directrices contenidas en el PC viene a confirmar que los argumentos estructurales, por sí solos, no pueden bastar para explicar los efectos derivados del poder de mercado y sus consecuencias. En cierto modo, las referencias puramente estructuralistas, como el índice Herfindahl-Hirschmann, por sí solas, no han determinado generalmente acciones explícitas o fundamentado decisiones sobre efectos tomadas individualmente. La propia Comisión Europea ha venido evolucionando hacia análisis más razonados, basados en estimaciones del impacto o los efectos más probables de la operación, más allá del dato estructural puro²³. No obstante, el análisis limitado a las cuotas y al nivel de concentración, ha aparecido generalmente como una referencia ineludible, como algo que medir (estaba ahí) y que influía desproporcionadamente sobre la estimación de efectos futuros.

De igual modo, las directrices contenidas en el PC apuntan hacia la necesidad de tener en cuenta factores no cuota («*non share/non structural factors*») que, al igual que ésta, refuerzan la posibilidad del ejercicio de poder de mercado: las diferencias en estructuras de coste, la heterogeneidad del producto, la necesaria consideración de distintas demandas que afrontan los competidores en un mismo mercado, el grado de concentración de compradores, la frecuencia de transacciones... vienen a constatar la inexistencia de niveles de concentración absolutamente válidos que permitan deducir efectos futuros de una forma incuestionable; que las asunciones de los modelos de comportamiento basados en factores estructurales eran poco menos que irreales y que no existe doctrina económica que las sustente siquiera superficialmente. En cierto modo, la Comisión se autoimpone a la obligación de coordinar un grado de visión global con la evaluación de las características únicas y específicas de cada mercado, y examinar éstas en sentido dinámico.

En puridad, pues, el PC debería articular el método de análisis de las tres cuestiones básicas que engloban toda preocupación sobre efectos²⁴ derivados de una concentración horizontal: ¿cuál es su previsible impacto en precios?, ¿cuál es la mejor estimación sobre posibilidades de entrada o de reposicionamiento de producto o servicios existentes?, ¿cuál será su impacto en los costes de la entidad resultante? y si dicho impacto tendrá traslado al consumidor o, por el contrario, servirá para reforzar comportamientos anticompetitivos de dicha entidad²⁵.

²³ La Comisión ha llevado a cabo (*Carrefour/Promodés, British Airways/Virgin*) aproximaciones *de facto* a los efectos en el mercado, analizando operaciones cuya cuota resultante se situaba por debajo de los límites «clásicos» de dominancia.

²⁴ Al cabo, medir la relación entre concentración y bienestar en general.

²⁵ Al margen de que, en sentido progresivo, el modelo de análisis que la Comisión apunta sea adecuado en cuanto a marco teórico, dentro del examen material puro siguen subsistiendo incertidumbres necesitadas de aclaración. Dentro de éstas, y a título meramente ejemplificativo, la in-

Un sistema de control de concentraciones debe asegurar que se prohíben las concentraciones que impedirán la competencia y que no se prohíben aquellas que, probablemente, serán beneficiosas para la competencia y, por lo tanto, para los consumidores: ello quiere decir también que no deben ser prohibidas aquellas que son neutrales para los consumidores, lo que, por cierto, no queda claro en el PC²⁶. Este objetivo tan simple de proponer no es en modo alguno sencillo de alcanzar cuando atendemos a la esencial naturaleza predictiva de todo procedimiento de control de concentraciones: el sistema pretende prevenir estructuras de mercado restrictivas de la competencia mediante una predicción de sus efectos en los mercados. Además, el análisis del efecto real de las concentraciones es siempre evolutivo con objeto de adaptarse a nuevas realidades de mercado, a la evolución de la teoría económica, a diferentes sistemas de tratamiento de información y a la complejidad creciente de los procedimientos de examen. Ningún sistema escapa a graves errores y, por supuesto, tampoco el comunitario²⁷. En definitiva, el sistema de control de concentraciones se ocupa de prevenir el poder de mercado que impida la competencia efectiva: en concentraciones horizontales ello puede ocurrir mediante una estructura posconcentración que facilita colusión entre las empresas que permanecen en el mercado o mediante la creación (o refuerzo) de una posición en el mercado que permita la adopción de un precio supracompetitivo (por encima de los costes marginales) de forma estable o facilite la adopción de estrategias o conductas exclusionarias que pueden ser muy variadas. En última instancia, téngase en cuenta, no es posible sistematizar los posibles efectos negativos de una concentración.

El análisis que vamos a realizar del PC tiene en cuenta que constituye un borrador propuesto por la Comisión y que, por lo tanto, está sujeto a cambios: intentaremos identificar las cuestiones más importantes que deben ser corregidas o aclaradas con objeto de mejorar el texto del PC. La oportunidad del PC no la discute nadie: con independencia de su naturaleza jurídica²⁸, el PC viene de hecho a suplir una carencia bastante obvia en el procedimiento de control de concentraciones luego de casi quince años de experiencia práctica en la aplicación del RCC²⁹. Se trata más bien de discutir su contenido y prever su aplicación. Comenzaremos, sin embargo, por un breve análisis del test material establecido en el RCC, ya que

xistencia de referencias a intervenciones *ex post* o a la evaluación y supervisión de conductas, o las complejas referencias al papel de la innovación que el PC recoge.

²⁶ Párrafo 9 del PC parece indicar que la Comisión solamente «autoriza» aquellas concentraciones que fomentan beneficios para los consumidores.

²⁷ Para una descripción de los errores de análisis cometidos por las autoridades norteamericanas en los años sesenta véase «The Crash of Merger Policy: The Brown Shoe Decision» en el clásico *The Antitrust Paradox* de Robert H. BORK.

²⁸ Se trata de una Comunicación que no constituye un acto jurídico comunitario y no vincula a los Tribunales comunitarios.

²⁹ El PC se comparará con las *Merger Guidelines* de 1992 (<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/IMG.htm>), adoptadas por el Departamento de Justicia y la Comisión federal de Comercio de los EEUU actualmente en vigor con las modificaciones de 1997 respecto a la toma en consideración

el debate sobre su modificación ilustra de forma apropiada los motivos últimos de la reforma emprendida.

2. DOMINANCIA O DISMINUCIÓN CONSIDERABLE DE LA COMPETENCIA («DCC»)

El PC se enmarca también en un debate sobre la modificación del criterio material de análisis del sistema de control establecido en el art. 2 RCC que inició la Comisión en el Libro Verde: ahí se planteaba si resultaba necesario o no modificar el art. 2.3 del RCC por el cual se declaran 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 de éste.

La alternativa al test tradicional de dominancia era la utilización del test DCC: el test de forma simple se limita a determinar si la concentración tiene un efecto negativo en la competencia suficientemente importante para justificar la intervención pública. El DCC, por un lado, tenía la ventaja de la armonización del criterio material con aquel que utilizan autoridades de competencia extracomunitarias (consolidando, por cierto, una convergencia de «resultados» que se ha dado en términos generales a pesar de las divergencias excepcionales³⁰) dando seguridad a los interesados y, por el otro, se pensaba que constituía un criterio más adecuado para evaluar de forma menos rígida los efectos de las concentraciones en la competencia en particular cuando la operación no crea una posición dominante, pero sí puede impedir la competencia de forma significativa³¹.

Creemos realmente que el debate es innecesario sobre todo a la luz de la adopción de un concepto de dominancia propio del RCC que luego vemos: en realidad el PC al establecer los pasos de evaluación de una concentración señala un camino convergente con el criterio del DCC:

de las eficiencias. Las autoridades norteamericanas publicaron sus primeras *Guidelines* en 1968, dieciocho años después de la significativa y expansiva modificación de la Sección 7 de la *Clayton Act*.

³⁰ Tanto en lo que respecta a las autoridades comunitarias y norteamericanas sobre el mismo asunto (*General Electric/HoneyWell*) como en cuanto al trato dado a operaciones similares por nuestras autoridades nacionales en comparación con otras autoridades (compárese *Echostar/Direct TV con Sogecable/Via Digital*). El Servicio de Defensa de la Competencia considera que la Ley 16/1989 contiene un criterio similar al DCC, si bien concluye que ambos criterios convergen (véase sus Comentarios al Libro Verde en http://www.mineco.es/dgdc/sdc/Comentarios_SDC.LV.pdf).

³¹ La Comisión cita en el Libro Verde (apartado 166) el caso de una concentración entre el segundo y tercer operador con un tamaño menor que el líder del mercado y con un mercado que no tiene rasgos de dominio colectivo. Existen otras posibles «realidades» en las cuales el DCC constituye un instrumento más adecuado de análisis: concentraciones verticales en las cuales la entidad concentrada no alcanza niveles de dominancia en el mercado *downstream*, pero sí existen riesgos de exclusión.

- definición de mercados de referencia;
- evaluación de los efectos de la concentración en la competencia teniendo en cuenta el grado de concentración y otros factores³²;
- si existe capacidad de entrada de otras empresas en el mercado;
- si la concentración da lugar a eficiencias que no se darían en su ausencia, y
- si en ausencia de concentración los activos de la/s empresa/s saldrían del mercado.

Recordemos que el criterio legal del art. 2 RCC es el de dominancia que remite al concepto de posición de dominio utilizado bajo el art. 82 del Tratado³³: el test resultaba ya conocido: creación o refuerzo de una posición dominante y que la misma pudiera impedir significativamente la competencia, en el mercado común o en una parte sustancial del mismo³⁴. De esta forma una operación podía crear o reforzar una posición dominante que no impidiera la competencia³⁵. Lo que resultaba más dudoso era si el test material alcanzaba estructuras de mercado no relacionadas con la dominancia de una sola empresa: ello ha quedado aclarado mediante sucesivos desarrollos jurisprudenciales que establecieron claramente que el art. 2.3 alcanzaba también una posición dominante colectiva de dos o más empresas, no necesariamente partes en la concentración³⁶.

Pues bien, la Comisión ha considerado, de forma que creemos correcta, que la adopción del DCC no compensaría la incertidumbre derivada de su adopción («abandono» de la jurisprudencia existente sobre la dominancia) teniendo en cuenta el alcance del test material del RCC y, como veremos, se ha limitado a adoptar (y de esta forma extender) un concepto de dominio aplicable en el proyecto de reforma del RCC con objeto de cubrir determinadas estructuras oligopolísticas y apreciar las cuestiones derivadas de la competencia potencial. De esta forma se ha introducido, como propuesta, un nuevo art. 2.2 del RCC³⁷ que establece un concepto de dominio propio del RCC que alcanza a estructuras oligopolísticas (colusorios o no colusorios): ello a su vez, como decimos, ha tenido reflejo en el PC que pasamos a ver. En general, esta forma de ampliación del concepto tiene una gran ventaja: separar de una vez por todas el problema de dominancia del RCC con la evolución del tratamiento del abuso de posición dominante bajo el art. 82 del Tratado evitando que los problemas

³² Apartado 6 PC.

³³ Véase, por ejemplo, STJCE, asunto 27/76, *United Brands*, 1978, Rec. 207, y STJCE, asunto 85/76, *Hoffmann La Roche*, 1979, Rec. 461.

³⁴ Véase STPI, asunto T-102/96, 25 de marzo de 1999, *Gencor/Lonrho*.

³⁵ Por ejemplo, debido a la existencia de competencia potencial en *Mannesmann/Vallourec/Ilva* (DOCE, 1994, L 102/15).

³⁶ Decisión *Nestlé/Perrier*, DOCE, 1992, L 356/1, STJCE, asunto *SCPA/Kali*, 1998, Rec. I-1375, y especialmente apartados 148 a 151 de la STPI en el asunto *Gencor* (de tres a dos) y la STPI en el asunto *Airtours* (de cuatro a tres) ya citada.

³⁷ Véase el texto citado en la nota 3, en particular, el nuevo considerando núm. 21 y el nuevo art. 2.2.

de incoherencia de utilizar un concepto peligrosamente circular cuyo análisis es siempre sobre el pasado (el conocido problema de la causalidad entre el abuso y el dominio) contamine un análisis prospectivo del efecto de las concentraciones.

3. EFECTOS UNILATERALES Y COORDINADOS EN EL ANÁLISIS DEL COMPORTAMIENTO DE OLIGOPOLIOS

Las directrices del PC incluyen tres innovaciones fundamentales: el tratamiento de los oligopolios no colusorios (conforme a la nueva definición de dominancia contenida en el proyecto del RCC), el modelo de evaluación de eficiencias y el análisis de la competencia potencial. Incluyen asimismo novedades en cuanto al examen previo que las partes hacían de sus posibilidades de éxito a la hora de plantear una operación de este tipo: la situación existente hasta ahora en el análisis de concentraciones horizontales contemplaba la posibilidad de evadir el análisis de efectos o que éstos fueran considerados de forma benévola siempre que, como resultado de la operación, la entidad integrada no se convirtiera en líder de un mercado relevante y las condiciones de éste no condujeran al sostenimiento de las posibilidades de colusión. De igual modo, una concentración con un competidor potencial no ofrecía problemas si el adquirente no era dominante en un mercado o si existían otros competidores potenciales en éste.

Las directrices, asimismo, señalan tres posibles formas/resultados bajo las que una fusión puede tener efectos anticompetitivos:

- i) conduce a la anteriormente examinada empresa predominante o «*paramount firm*» en mercados no oligopolísticos (que luego veremos);
- ii) tiene lugar en un mercado caracterizado como oligopolista no colusorio, o
- iii) tiene lugar en un mercado en el que las condiciones de colusión pueden estar presentes de tal forma que la operación las «activa» o refuerza en su estabilidad (oligopolio colusorio).

Desde el punto de vista de los efectos sobre los competidores, las formas (i) y (ii) conducen a situaciones unilaterales en el sentido de que los competidores no pueden reaccionar disciplinando el comportamiento decisional de la entidad resultante, mientras que en la forma (iii) los competidores dispondrían de dicha posibilidad de disciplina, pero no la ejecutan debido a que las condiciones del mercado hacen factible y rentable una solución colusiva³⁸. De otro modo dicho, el resultante es unilateral debido a que el incentivo a comportarse en el futuro de una manera determinada proviene directamente de la eliminación de las constriccio-

³⁸ Sigue el PC, en este sentido, la distinción del test *substantially lessen competition* por vía unilateral o coordinada desarrollada en las *Horizontal Merger Guidelines* norteamericanas de 1992.

nes previas (llevadas a cabo por un competidor) o coordinado en el sentido de que los incentivos a dicho comportamiento dependerán de las estrategias e incentivos de sus competidores.

Si bien en materia de análisis de efectos unilaterales basados en el resultado de *paramount firm*, aquél es similar, conscientemente o no, al derivado del art. 82 TCE, tradicionalmente con demasiado énfasis en el análisis de cuotas después de la operación de concentración, el PC comunitario sigue, sin embargo, la evolución llevada a cabo en las *guidelines* norteamericanas de 1992, las cuales ampliaron los posibles efectos unilaterales con las variantes de productos diferenciados (competencia a la *Bertrand*) o capacidad (competencia a la *Cournot*)³⁹. La aparición de dos figuras para la evaluación de efectos unilaterales/*single dominance* permite, por tanto, «capturar» situaciones cuyos efectos no se evaluaban al quedar la entidad resultante de la concentración por debajo de los niveles estructurales de dominancia «normales», así como casos en los que las empresas concentradas eran consideradas como «*close competitors*»⁴⁰.

Sin embargo, el concepto de cercanía o *closeness* dista mucho de ser pacífico y exige la utilización de herramientas analíticas complejas (como, por ejemplo, el análisis estructural de las demandas —no existiría una única demanda— para el que se necesita gran cantidad de datos y/o el cálculo de las *ratios* de diversión —proporción de ventas perdidas de un producto que son absorbidas por otro al incrementar aquél sus precios— o *cross elasticity diversion ratios*). Dependiendo, de igual modo, de la existencia de productos diferenciados u homogéneos⁴¹, el examen de cercanía entre los competidores debe enfocarse distintamente. En principio, la capacidad unilateral de provocar efectos anticompetitivos depende del número y características de los productos cercanos. Se entenderá que el mero análisis de las cuotas resultantes no pueden discriminar entre características de cercanía de un modo indiscutible cuando la competencia se produce entre productos diferenciados. Es decir, la fortaleza de la restricción competitiva de un competidor no tiene por qué ser proporcional a su cuota de mercado. Por tanto, es preciso modelar y analizar

³⁹ Lo que, incidentalmente, ha procurado el desarrollo de los efectos unilaterales desde esa fecha. Ello puede verse en las diferencias de aproximación a casos unilaterales pre-1992 (*Bass Brothers*, *Warner/Polygram* o *PPG/Swedlow*) y la llevada a cabo pos-1992 (*Boeing/McDonnell Douglas* o *Heinz/Beechnut*). De igual modo, debe tomarse en cuenta como ejemplo básico de análisis unilateral con productos diferenciados el intento de fusión *Staples/Office Depot*. Desde la óptica comunitaria europea ya se habían producido análisis similares (véase el asunto M. 623 de 1996, *Kimberly Clark/Scott Paper*).

⁴⁰ Como gráficamente indica Juan BRIONES en el artículo citado en la bibliografía, «ser segundo de un mercado ya no te permite pensar que estás a salvo».

⁴¹ Está claro que la reforma de directrices apunta a la mayor utilización de la teoría de oligopolios no colusorios en mercados de productos diferenciados. Ello no impide que pueda darse en mercados de producto homogéneo en los que se compite fundamentalmente en términos de capacidad; en tal caso, el análisis esencial se centra en la evaluación de las constricciones de capacidad existentes de las que dispondrían los competidores actuales o potenciales y si la entidad concentrada dispone de reservas de capacidad disciplinadoras o que pudieran operar como efectos unilaterales puros.

el comportamiento de los consumidores⁴², puesto que los bienes heterogéneos existen en presencia de preferencias distintas (existen consumidores inframarginales que no abandonarían el producto del adquirente ante subidas de precios y consumidores marginales que elegirían el producto de la compañía adquirida como segunda mejor alternativa)⁴³.

En puridad el análisis de efectos unilaterales debe llevarse a cabo en un triple nivel⁴⁴:

i) identificación de preocupaciones iniciales basadas en el lado de la demanda (por ejemplo, hasta qué punto las cuotas reflejan grados de influencia en las condiciones de competencia, qué datos existen para evaluar el precio post fusión, de qué información cualitativa sobre las preferencias de los consumidores se dispone, qué constricciones para el desarrollo capacidad de los competidores potenciales existen, etc.),

ii) identificación de posibilidades de respuesta desde la óptica de la oferta (*supply side responses*), por ejemplo, qué posibilidades existen en materia de creación de nuevos productos o reposicionamiento de los existentes, cuál es el papel de los *retailers* en el posicionamiento de las marcas, qué escala viable mínima requiere una entrada disciplinadora, etc.,

iii) cuáles son las eficiencias que pueden identificarse: existe una justificación racional para la concentración teniendo en cuenta la evolución de los mercados, especificidad de los beneficios obtenidos por esta vía, impacto en costes marginales y, en función de ello, en precios, grados de innovación y cambio técnico presentes en el mercado, etc.

En materia de efectos coordinados el PC no incorpora novedad reseñable alguna. La dominancia colectiva sufre de la inexistencia de solución única o de relación inequívoca entre estructura y resultado en el tratamiento de oligopolios, al margen de su confusa relación con todo el aparato probatorio de acuerdos horizontales a los que se aplica el art. 81 TCE. Si bien la jurisprudencia ha señalado la necesidad de cierto grado de coordinación explícita e imposibilidad de explicación en términos competitivos de la solución tácita resultante, las directrices no abordan exhaustivamente características muy influyentes en su evaluación económica, como es, por ejemplo, la dependencia del plazo al que se compita en un sector y el diferente valor atribuido al tiempo por parte de los competidores. De igual modo las directrices no abordan la profunda ambivalencia de los factores facilitadores de la situación de colusión tácita o *shopping list* establecida por la práctica a lo largo de la década de los noventa del pasado siglo (homogeneidad en el producto y bajo grado de innovación, elasticidad precio de la demanda reducida, demanda estable, mercado transparente, estructuras similares de costes, simetría en

⁴² Técnicamente se reduce la elasticidad de la curva de demanda residual que afronta la empresa concentrada.

⁴³ «*First and second best choices*» (sección 2.21 de las HMG norteamericanas). Existen múltiples técnicas de análisis de *closeness* (por ejemplo, *aids*, *antitrust logic simulation model*, análisis de demanda residual, etc.).

⁴⁴ Véase NERA, *Merger Appraisal in Oligopolistic Markets*, 1999. Citada en bibliografía.

tasas de utilización de capacidad productiva, integración vertical simétrica, escaso poder negociador de los consumidores, barreras de entrada, etc.).

Es de desear que el verdadero avance en el análisis de la dominancia colectiva se produzca, en la práctica, a través de la utilización por parte de la jurisprudencia de esquemas de análisis basados en la evaluación de intereses comunes o simetrías entre las partes en la coordinación, en la capacidad de imposición del acuerdo a terceros y en la constatación de las dificultades a la violación del acuerdo subyacente debido a la operatividad de los mecanismos de represalia ⁴⁵.

¿Qué problemas subsisten a la publicación de las directrices del PC en materia de tratamiento de oligopolios? ⁴⁶. De antemano, el tradicional problema de análisis de este tipo de mercados. En efecto, en mercados oligopolísticos no existe relación unívoca entre estructura y resultado. Es decir, no existe un indicador válido que permita establecer la probabilidad de equilibrio competitivo o colusorio, por lo que es necesario el análisis cuantitativo y cualitativo caso por caso. Por otro lado, es preciso reconocer que, bajo este tipo de aproximaciones, siempre existirán errores que escapen del análisis *ex ante*. Aún más, resulta crítico, sobre todo, en materia de oligopolios no colusorios con productos diferenciados, el papel de la definición de mercados. Por último, es preciso observar cierta aproximación flexible a las características resultantes del mercado, aceptar la posibilidad de coordinación efectiva en un mercado de producto heterogéneo, por ejemplo, o evitar la tentación de atribuir a todo mercado de producto homogéneo soluciones colusorias como algo necesario o inevitable.

4. LA POSICIÓN DE «PREDOMINIO»

El PC identifica como uno de los efectos a evaluar si una «concentración puede crear una posición de predominio en el mercado» en beneficio de una empresa que estará capacitada para subir los precios sin que exista contrapeso (de los competidores actuales o potenciales o de los clientes) ⁴⁷.

Cabe señalar que el análisis que propone el PC respecto a esta posición no añade nada nuevo al existente y conocido hasta ahora criterio de dominancia en mercados no oligopólicos excepto en lo que respecta a la toma en consideración de las eficiencias en esta situación y, quizás, en la aparente toma en consideración de la eliminación de competencia potencial

⁴⁵ Véase la crítica del TPI en el asunto *Airtours* ya citado.

⁴⁶ Debemos destacar la breve y, quizá, insuficiente mención que se realiza sobre los mercados de licitaciones o *bidding markets*. La doctrina económica ha avanzado notoriamente sobre estos mercados, modelándolos como ejemplos de diferentes tipos de subasta y su implicación en términos de competencia, sobre todo examinando las posibilidades de exclusión. Véase, a estos efectos, el asunto M. 2537 de 2001, *Philips/Marconi Medical Systems*.

⁴⁷ Apartado 11.a PC.

crítica (por ejemplo, la toma en consideración del carácter de *maverick* de la adquirida⁴⁸). Conviene, pues, que la Comisión utilice el mismo lenguaje que hasta ahora para evitar confusiones sobre lo que pretende y que utilice el concepto de dominancia sin introducir nuevas expresiones que pueden inducir a confusión. Si el problema es la creación de poder de mercado (que, por cierto, tampoco se define de forma clara) en mercados no oligopolísticos no debe alterarse este análisis con referencias a posiciones de mercado «predominantes» o de «predominio» cuando, además, se parte de un análisis estructural mediante el HHI.

Por lo demás, solamente resulta criticable introducir en el PC una lista de factores que indican la existencia de (pre) dominio⁴⁹ a la hora de valorar el poder de mercado derivado de la concentración, si no se distingue realmente entre factores derivados de la eficiencia de las empresas preconcentración de aquellos que resultan directamente del poder de mercado que se alcanza. Debe intentar no penalizarse la obtención eficiente de «ventajas» eficientes de las empresas salvo que se demuestre que a resultas de la concentración dichas ventajas afectan a la competencia. En caso contrario se recae en el problema de considerar el (pre) dominio como algo meramente formal propio de la estructura de análisis del art. 82⁵⁰.

5. EL PAPEL DE LA COMPETENCIA POTENCIAL Y LA EVALUACIÓN DE ENTRADA

El tratamiento de las novedades en materia de contrapeso a los efectos anticompetitivos de una concentración horizontal es, en el PC y bajo cierto punto de vista, ligeramente estándar y no permite deducir con cierta precisión cuál va a ser el verdadero *trade off* entre dichos efectos y las posibilidades que ambos conceptos (potencialidad y eficiencias) tienen⁵¹. Desde un punto de vista puramente teórico la facilidad con la que nuevos entrantes puedan pasar a competir en el mercado relevante es una consideración básica a la hora de evaluar la capacidad de las compañías exis-

⁴⁸ Apartado 26 PC.

⁴⁹ Apartado 21 PC.

⁵⁰ Otra cuestión es que el PC es muy parco en lo que respecta al análisis en mercados de «nueva economía». Las características de estos mercados (bienes duraderos y con complementariedades, altos beneficios y retornos incrementales, papel de la innovación, alto ritmo de cambio, mercados concentrados y cuotas altas, vulnerabilidad, economías de escala en producción y en consumo, efectos red y costes de aprendizaje, competencia dinámica y barreras a largo plazo, competencia por el mercado y no en el mercado) hacen prever que el paso previo (definición de mercado) no será útil para evaluar sus efectos sobre la competencia (sustituibilidad de demanda difícil de considerar, sustituibilidad de oferta no inmediata ni universal, definiciones estrechas de mercado, necesidad de prestar atención a la relación entre I+D y ventas, valoración positiva de los beneficios de integración y vinculación, cambio en los conceptos de predación).

⁵¹ De las directrices subsisten incertidumbres y confusión acerca del nivel de facilidades de entrada que deben oponerse a la imputación de ilegalidad derivada de alta concentración de un mercado.

tentes para subir precios por encima de los niveles competitivos⁵². En sentido contrario, altas barreras de entrada suelen crear preocupaciones sobre las condiciones de competencia en sectores incluso relativamente poco concentrados. Estos dos aspectos no operan de forma simétrica: la ausencia de entradas en el mercado no es necesariamente indicativo de la existencia de altas barreras de entrada. Sin embargo, la presencia de entradas es un indicativo razonable del nivel reducido de las barreras de entrada.

Las barreras de entrada como contraparte de la competencia potencial son tratadas de forma muy genérica en el PC, ignorando las implicaciones estratégicas de la entrada. En principio, no puede derivarse directamente un refuerzo de la posición de dominio de la constatación de fortaleza de las barreras de entrada. Sin embargo, el PC sortea un examen profundo de las diferencias en cuanto a entradas *hit and run* (o *uncommitted*) y entradas *committed* o a largo plazo, cuyas diferencias residen en los plazos y los costes (hundidos) necesarios. Sería preciso, a la hora de evaluar la potencial efectividad de cualquier entrada, el examen detenido de la mejor estimación posible sobre los precios *post entry*. El PC desarrolla criterios similares a los de la normativa contenida en la experiencia norteamericana⁵³ en el sentido de que toda entrada debe ser *timely*, *likely* (rentable a precios preconcentración) y *sufficient* (disciplinadora de precios).

Sin embargo, carece la práctica comunitaria de un marco analítico estable de evaluación de competencia potencial, en parte debido a lo poco relevante que suele ser el análisis de sustituibilidad desde el lado de la oferta en el proceso de definición de mercado relevante⁵⁴. El PC destina varios apartados a describir la toma en consideración de criterios como el historial de entradas en el sector o los términos precisos de la reputación como fundamento de las barreras de entrada, cuando hubiera sido preferible mejorar los elementos que permitan diseñar una definición de mercado potencial desde la sustitución desde la oferta.

Los apartados 71-73 del PC describen el tratamiento de concentraciones entre potenciales competidores que ejerzan cierto grado de presión eficaz o la hubiera ejercido con alto grado de probabilidad y siempre que no haya suficientes competidores potenciales en condiciones de ejercer similar presión competitiva⁵⁵. Normalmente se evaluaban las características únicas del competidor potencial que hacían discutible la operación desde la óptica de efectos previstos. Según la formulación del PC,

⁵² «[i]n the absence of of significant [entry] barriers, a company probably cannot maintain supra-competitive pricing for any length of time, even in a highly concentrated market», United States v. Baker Hughes Inc. (1990).

⁵³ Si bien no los define completamente. Entre paréntesis se encuentra la definición más aproximada que resulta de la práctica norteamericana.

⁵⁴ Quién, qué incentivos posee y cuál es la potencial efectividad de sustitución. Para un examen desarrollado de estas cuestiones se precisa conocimiento de velocidades de ajuste productivo, alcance de gamas, desarrollo de procesos productivos, etc.

⁵⁵ Véanse los asuntos Telia/Telenor o Air Liquide/BOC.

ahora no hace falta que sea único en el sentido de las características intrínsecas, ni requiere la dominancia de una de las partes en la concentración para que surjan preocupaciones derivadas de ella ⁵⁶.

6. EFICIENCIAS

En materia de consideraciones sobre eficiencia, debe señalarse de antemano que su existencia es exactamente igual de especulativa que el marco de efectos contrarios a la competencia deducibles de una operación de concentración. Aún más, las eficiencias son generalmente alcanzadas en el futuro y en un contexto organizacional distinto. El test de eficiencias que aparece en el PC ha sido adjetivado como ambiguo por parte de los comentaristas ⁵⁷ en el sentido de que se desconoce si exigen *consumer*, *producer* o *aggregate surplus* en cuanto a su traslado, aunque lo contenido en el apartado 91 del PC parece orientar a la necesidad de que contribuyan directamente al bienestar o sean trasladables al consumidor.

La evaluación de cuándo las eficiencias representan un factor considerable depende de varias características que deben poseer: ser específicas, verificables (no exclusivamente cuantificables ⁵⁸) y que no surjan de reducciones anticompetitivas de los niveles de *output* o de servicio. Las evidencias deben ser evidentes empíricamente y sostenibles, así como demostrar el beneficio del consumidor resultante ⁵⁹. En la experiencia de la práctica norteamericana sobre la materia, los ahorros de coste no implican necesariamente eficiencias, estando el estándar situado en la verificación razonable. Es decir, debido a que cierta parte de las reducciones en el coste marginal se trasladarían a los consumidores, hay que computar cuál es el incremento de precio máximo asociado con una reducción de costes ⁶⁰. De este modo, la verificación de eficiencias exigirá la revisión de costes materiales y contratos relacionados, la revisión de costes laborales, la revisión de vida residual útil de instalaciones productivas, de los niveles de capacidad ante diferentes escenarios de mercado o de los grados de efectiva consolidación entre instalaciones redundantes. De igual modo, la operación en sí debe ser la forma menos restrictiva de alcanzar dichas eficiencias ⁶¹, siendo en cierto sentido, necesaria para alcanzar ese nivel propuesto de eficiencia.

⁵⁶ Sigue, en cierto modo, las teorías norteamericanas sobre *perceived potential competition* y *actual competition*.

⁵⁷ BRIONES, artículo citado.

⁵⁸ Una reducción de costes no es una eficiencia, por muy cuantificable que sea, si no existe la seguridad de su traspaso a los consumidores. Las autoridades españolas en su tradicional (y desafortunado) examen *ad hoc* han acuñado un concepto de eficiencia que carece de relevancia más allá del caso concreto: véase el apartado 9 del Informe de la mayoría del Tribunal de Defensa de la Competencia en el expediente *Sogecable/Vía Digital*.

⁵⁹ FTC v. H. J. Heinz Co. (2001).

⁶⁰ Lo que indica la relevancia del papel de los contables en el análisis futuro de eficiencias.

⁶¹ Lo que va más allá del propio concepto de *merger specific*.

El verdadero significado de las eficiencias reside en su impacto en los niveles de precio y su contribución al diseño de las condiciones de competencia posconcentración⁶². Para ello es preciso, por parte de las autoridades, adoptar una visión dinámica de la propia competencia en un período razonable de tiempo. La Comisión deberá responderse al hecho de si resultará la operación en eficiencias creíbles y, si es así, cómo cambiarán dichas eficiencias las capacidades e incentivos de la entidad concentrada⁶³.

7. DEFENSA DE EMPRESA EN QUIEBRA

El PC finaliza con la toma en consideración de la defensa de empresa en quiebra. Esencialmente una concentración puede ser declarada compatible (a pesar de crear o reforzar una posición dominante) si⁶⁴:

- la empresa adquirida saldrá inevitablemente del mercado si no se consuma la transacción por «problemas económicos»;
- o hay comprador alternativo menos perjudicial para la competencia;
- los activos de la empresa adquirida saldrán inevitablemente del mercado en ausencia de concentración.

El PC no especifica que estos criterios deben cumplirse de forma acumulativa. En todo caso, los criterios se solapan: lo verdaderamente fundamental es que el *output* que se concentra hubiera salido del mercado de forma inevitable en ausencia de concentración y, por lo tanto, que el «deterioro» de la estructura no es causado por la concentración: es obvio que si se cumple el tercer criterio es inevitable que los dos anteriores se cumplan.

Aparte del desarrollo de estos criterios mediante futuros precedentes (¿qué es un problema económico?, ¿cuál debe ser el valor de una «oferta alternativa»? , etc.) que quizás podrían ser avanzados en el PC, la única consideración relevante es que esta defensa, tal y como parece redactada, debería tener en cuenta la posible adquisición de los activos de la empresa en dificultades por terceras empresas que no se encuentran necesariamente en el mismo mercado, pero que pueden considerar su entrada

⁶² Como señalaba Oliver WILLIAMSON, hasta un monopolista reduciría precios si es capaz de alcanzar eficiencias sustanciales y sostenibles. «Economies as an antitrust defense», *American Economic Review*, núm. 58, 1968.

⁶³ Cabe tener en cuenta que en los EEUU no hay un solo precedente jurisprudencial por el que se cita las eficiencias como único motivo para aprobar una concentración anti-competitiva (si se tienen en cuenta a la hora de aprobar los «consent decree» pactados entre las empresas y las autoridades). Por otro lado, véase la decisión canadiense *Superior Propane* (<http://www.decisions.fct-cf.gc.ca>) para una decisión de aprobación sobre la base de eficiencias.

⁶⁴ El PC no incluye la «defensa de la división en quiebra» de las Merger Guidelines de los EEUU. Véanse STJCE, asunto C-68/94, *Francia c. Comisión*, 1998, Rec. 1-1375, M. 2810, *Deloitte/Andersen*, M. 2134, *Basf/Eurodiol Basf/Eurodiol/Pantochiml*, y M. 2845, *Sogecable/Via Digital*. Véase, también, *International Shoe v. FTC* (1930) y *Citizen Publishing Co. v. United States* (1969).

en este contexto. Si no es un mercado duopolístico, la concentración puede deteriorar la estructura del mercado si potencialmente existen terceros capaces de acceder al mercado de forma alternativa a la concentración que se propone. No está claro que estas consideraciones de entrada al mercado se cubran con relación a la inexistencia razonable de ofertas alternativas.

BIBLIOGRAFÍA

- ADDANKI, Sumanth, *Market definition using econometrics*, NERA, *Antitrust Insights*, November 2001.
- BAKER, Jonathan B., *Econometric analysis in FTC v. Staples*, ABA Antitrust Section, July 1997.
- BISHOP, Matthew, y KAY, John (eds.), *European mergers and merger policy*, 1993.
- BISHOP y WALKER, *The economics of EC competition law: concepts, application and measurement*, Thomson, 2002.
- BLUMENTHAL, William, «Clear agency guidelines; lessons from 1982», *Antitrust Law Journal*, vol. 68, Issue I, 2000.
- BRIONES ALONSO, Juan, «Draft Guidelines on horizontal mergers», *E-Konomica Newsletter*, núm. 1.
- COATE, Malcolm B., y MCCHESENEY, Fred, «Enforcement of the us merger guidelines», *Economic Enquiry*, vol. 30, 1992, pp. 277-293.
- COOK y KERSE, *EC Merger Control*, 1999.
- EVANS, D., y PADILLA, A. J., *Competition policy in Europe: A transatlantic perspective*, NERA, *Competition Policy Insights*, April 2002.
- FARRELL, Joseph, y SHAPIRO, Carl, «Horizontal Mergers: An equilibrium analysis», *American Economic Review*, núm. 80, 1990.
- FTC, *Best Practices for data economics and financial analyses in antitrust investigations*, Bureau of Economics, FTC.
- HAWK y HUSER, *European Community Merger Control*, 1996.
- KOLASKY, William, *Comparative merger control analysis*, ABA, April 2002.
- KWOKA y WHITE (eds.), *The Antitrust Revolution, Economics, Competition and Policy*, Capítulo: «Prices, definition and the effects of merger», Staples-Office Depot, 1997.
- MONTI, Mario, «Europes' merger monitor», *The Economist*, November 2002.
- NERA, *Merger appraisal in oligopolistic markets*, Research paper 19, OFT, November 1999.
- SHETH y SISODIA, *The rule of three*, Free Press, 2002.
- SCHEFFMAN, David; COATE, Malcolm, y SILVIA, Louis, *20 years of merger guidelines enforcement at the FTC; An economic perspective*, Bureau of Economics, FTC.
- TIOLE, Jean, *Teoría de la Organización Industrial*, capítulo 5, Ariel, 1990.