

ALGUNAS REFLEXIONES PARA EL DEBATE SOBRE EL TRATAMIENTO DE LAS EFICIENCIAS EN EL ANÁLISIS DE LAS CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

Nadia CALVIÑO

Subdirectora General de Concentraciones
Servicio de Defensa de la Competencia

El papel de las eficiencias en la valoración de las concentraciones empresariales se ha convertido en los últimos meses en uno de los temas centrales del debate internacional en el ámbito de la defensa de la competencia. Este papel estelar se ha concretado en el salto de la palabra «eficiencias» desde las agendas de discusión teórica de conferencias de expertos o foros multilaterales al primer plano de la práctica efectiva de las autoridades y de las propuestas de reforma normativa que actualmente se discuten.

Aunque este salto se ha visto propiciado sobre todo por la controversia que han generado algunas de las recientes decisiones de la Comisión Europea y por la consiguiente inclusión del tema dentro del ejercicio de revisión del Reglamento comunitario lanzado en octubre de 2001, el protagonismo inducido no debe ocultar que el tratamiento de las eficiencias es uno de los aspectos que más ha cambiado desde la aparición de los sistemas de control de concentraciones y, sin duda, uno de los que mejor ilustran la orientación política de la defensa de la competencia en cada país y en cada momento.

En este contexto, el debate sobre el papel de las eficiencias no es sino un síntoma de que algo está cambiando en el control de concentraciones y resulta especialmente pertinente centrar la cuestión para que cualquier propuesta sea valorada a la luz de las opciones hasta ahora existentes y de las posibles implicaciones de este ejercicio.

Con este objetivo, en el presente papel se revisarán brevemente los distintos conceptos y elementos que se suelen utilizar al tratar este asunto y, en particular, cuáles pueden ser las fuentes de aumentos de eficiencia vinculadas con la realización de concentraciones, cuál puede ser su reflejo desde la perspectiva de la teoría económica y cuál ha sido su encaje desde

el punto de vista normativo. Finalmente, se exponen algunas reflexiones generales en torno a esta cuestión, enmarcadas en el actual debate sobre el papel del control de concentraciones en el ámbito internacional y muy especialmente en el de la Unión Europea.

1. LA EFICIENCIA COMO OBJETO DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

La opción por parte de una empresa de adquirir otra, fusionarse o formar una empresa en participación es claramente una decisión de inversión que responde, en la mayoría de los casos, a motivos económicos.

De forma más o menos explícita, estos motivos suelen converger en el objetivo de aumentar el valor de mercado de la adquirente no sólo como consecuencia automática de la adición del volumen de ventas o de activos de las partes, sino sobre todo por el aprovechamiento de las «sinergias» generadas por la concentración.

En efecto, aunque las concentraciones pueden responder a objetivos de carácter extraeconómico, la inmensa mayoría se justifican ante los órganos de decisión de las empresas, ante sus accionistas y ante el público en general porque el resultado de la fusión, la absorción, o la empresa en participación será superior a la suma de las dos partes hasta entonces independientes.

Este efecto multiplicador de la unión o sinergia se ha venido concretando en el ámbito teórico y normativo con el término «eficiencias», concepto que engloba los diferentes efectos positivos de la operación de concentración derivados de la explotación de alguno de los siguientes elementos:

A. ECONOMÍAS DE ESCALA

Las economías de escala se relacionan con la idea de que una empresa grande es más eficiente que una pequeña, dado que el coste medio de producción de un bien o servicio desciende al aumentar el número de unidades producidas. El ahorro de costes en general se explica por la utilización conjunta o indivisibilidad de determinados activos, como la dirección, el *marketing*, los inmuebles, la maquinaria o los sistemas de transporte, entre otros.

De ello se deriva que las concentraciones son un medio para llegar al tamaño óptimo de planta o de empresa —aquel que minimice los costes medios de producción a largo plazo— y que, dado que la reducción de costes permite una mayor inversión y una mayor investigación y desarrollo, ellas redundan en mayor progreso técnico y económico y mejora del bienestar general.

Aunque es difícil justificar que el logro del tamaño óptimo no sea posible mediante el desarrollo interno de la propia empresa, este proceso es normalmente más lento o costoso que la adquisición de un operador ya presente en el mercado.

Lógicamente, estas eficiencias suelen justificar la concentración horizontal, es decir, la unión de empresas que operan en un mismo mercado ¹, así como el intenso proceso de concentración trasnacional de los últimos años, ya que, naturalmente, ante un mercado crecientemente globalizado y, por tanto, mayor, también aumentará el tamaño de empresa eficiente ².

En sentido inverso, las economías de escala también pueden explicar concentraciones en el contexto de mercados maduros o en proceso de transformación estructural, por ejemplo, en respuesta a una contracción de la demanda o por el surgimiento de técnicas o productos alternativos más avanzados. Mientras que en las fases expansivas las concentraciones responderían a la necesidad de lograr un mayor tamaño de empresa, en las recesivas pueden responder precisamente al abandono de un mercado cada vez menor por algunos operadores; los menos competitivos o aquellos que abordan una reorganización de sus negocios para centrarse en los que proporcionan una mayor rentabilidad.

Por tanto, el número de las operaciones de concentración realizadas no tiene necesariamente carácter procíclico, aunque su objeto y carácter puede variar dependiendo de la fase de desarrollo del mercado relevante en que se produzcan.

Finalmente, es importante señalar que la creciente concentración en un mercado puede, a su vez, propiciar un proceso paralelo en los relacionados verticalmente, ya que el tamaño también dependerá de la estructura de los demandantes y oferentes ³.

Desde el punto de vista de la competencia, el efecto inmediato de este tipo de operaciones es la desaparición de un competidor y el refuerzo de la cuota de mercado de otro, con el consiguiente aumento del grado de concentración del mercado.

¹ Un ejemplo reciente sería la adquisición por Red Eléctrica de España del control de las redes de transporte de electricidad de Endesa, Iberdrola y Unión Fenosa: asuntos N-303 REE/redes de Endesa y Unión Fenosa y M.3057 CVC/REE/red de Iberdrola.

² En este sentido, el ámbito químico y farmacéutico es sin duda ilustrativo. Entre otros, desde 2000, cabe señalar los asuntos M.1835 Monsanto/Pharmacia & UpJohn, M.1806 Astrazeneca/Novartis, M.1846 Glaxo Wellcome/Smithkline Beecham, M.1878 Pfizer/Warner Lambert, M.1932 Basf/American Cyanamid, COMP/M.2312 Abbott/Basf, COMP/M.2314 Basf/Pantochim/Eurodiol, COMP/M.2547 Bayer/Aventis Crop Science, COMP/M.2922 Pfizer/Pharmacia. Entre los nacionales, N-110 Basf/Takeda, N-127 Omega Pharma/Chefaro y N-152 Cheminova/Syngenta.

³ Un ejemplo podría ser N-296 Liberty/Open TV.

B. ECONOMÍAS DE ALCANCE

A diferencia de las economías de escala, centradas en el incremento de la producción de bienes o servicios homogéneos, las de alcance responden a la idea de que es posible reducir los costes mediante la producción conjunta de más de un bien distinto.

Las economías de alcance se derivan del hecho de que, mediante la producción conjunta de varios bienes, se optimiza el uso de los activos fijos así como de las materias primas, de la red de distribución o del marketing.

La diferencia entre los bienes o servicios producidos puede ser real y basarse en su propia naturaleza. Por ejemplo, éste sería el caso de la producción por una misma empresa de un bien complejo (automóviles) y de sus repuestos, o del suministro por una misma red tecnológica de servicios de telefonía, acceso a Internet y televisión, o de la prestación conjunta de servicios de correo, paquetería, transporte y logísticos⁴.

En otras ocasiones, la diferencia entre los bienes o servicios radica simplemente en su marca o gama, como ocurre en el caso de la producción conjunta en una misma planta de dos modelos de coche o de dos tipos o marcas de bebidas de un mismo mercado de producto.

Estas eficiencias suelen justificar tanto concentraciones de tipo conglomerado, afectando a mercados de bienes y servicios diferentes, como horizontales, cuando la diferencia entre ellos de los bienes se refiere a gama o marca. Para ilustrar el atractivo de estos argumentos baste señalar la pública estrategia de los principales operadores en mercados de reciente liberalización tendente a la creación de grandes grupos que presten simultáneamente servicios esenciales como electricidad, gas y telecomunicaciones, las conocidas «*multiutilities*»⁵, o la multiplicación de gigantes mediáticos que operan en diferentes mercados⁶.

En cuanto a la incidencia de estas operaciones sobre la competencia, cabe mencionar los conocidos como «efectos cartera» (*portfolio effects*), relacionados con la ventaja para un operador de disponer y poder ofrecer a sus clientes una gama completa de productos o de marcas en un determinado ámbito.

C. ECONOMÍAS TRANSACCIONALES

Frente a la esencia horizontal de las economías anteriores, las transaccionales tratan en general de la integración de dos fases diferentes

⁴ Asuntos N-248 Correos/Chronoexpres, N-262 Chronoexpres/Servipack, N-207 Logista/Burgal. Otros ejemplos de posibles economías de alcance serían N-292 Smiths Deutschland/Heimann.

⁵ A modo de ejemplo, ver asuntos JV.2 ENEL/FT/DT o M.2216 Enel/France Telecom/Wind/infrastrada.

⁶ Un buen ejemplo es el asunto M.2050 Vivendi/Canal + /Seagram.

de la producción o comercialización de un bien o servicio. En este caso, la eficiencia se derivaría de la reducción o supresión de los costes que implica para un operador acudir al mercado, informarse de las alternativas disponibles, negociar con el resto de operadores y establecer relaciones estables con ellos.

Estos costes pueden ser de tipo estrictamente pecuniario (comisiones a distribuidores) o derivarse de otros elementos más difíciles de valorar, como el tiempo, la información imperfecta, la necesaria gestión de *stocks*, los retrasos en el suministro, la adecuación o especificidad de los activos o *inputs*, la posible aparición de comportamientos oportunistas o *free-riders*, el doble margen (*mark-up*) pagado finalmente por el consumidor, o la cobertura de riesgos mediante la consecución de contratos explícitos o implícitos con proveedores o distribuidores para dar estabilidad a las relaciones comerciales.

El coste derivado de cubrir cualquier riesgo a través de contratos explícitos en el mercado y, por tanto, el incentivo para la integración de las diferentes actividades será mayor cuanto más recurrentes y estables sean las relaciones con otros operadores, y mayor es la incertidumbre en el mercado y la especificidad de los *inputs* necesarios.

La integración vertical puede producirse mediante la adquisición de un operador aguas arriba o abajo en el mercado o bien mediante la constitución de una empresa en participación ⁷.

Frente a la intuitiva ventaja de contar con un grupo verticalmente integrado, es importante señalar que la eficiencia real de la operación dependerá del precio de transferencia interno, es decir, de la contabilización de los servicios que se prestan internamente las unidades del grupo que operan en las distintas fases del proceso productivo. En efecto, la integración vertical no generará eficiencias si lleva a una mera transferencia de renta entre unas y otras fases de la producción sin que se produzca un verdadero ahorro de costes en el conjunto.

Así, en principio una empresa tenderá a expandirse hasta el punto en que los costes derivados de organizar una transacción adicional dentro del grupo sea igual al coste de llevar a cabo dicha transacción en el mercado o de organizar otra empresa independiente ⁸. Pasado este punto, será rentable la externalización de estas actividades (lo que se conoce como *outsourcing*).

Son muchos los ejemplos de este tipo de operaciones en las que, por lo general, la empresa que produce un bien adquiere otra encargada de su distribución, siendo destacable el caso de concentraciones que resultan en la incorporación en un mismo grupo de servicios de telecomunica-

⁷ Asuntos N-263 Bausch & Lomb/B. Braun Dexon, N-297 Thomsom/Canal Plus Technologies, N-299 cps Color Group Oy/Grupo Corob, N-03005 TYCO/B. Braun Dexon.

⁸ R. COASE, «The nature of the firm», *Economica*, noviembre 1937.

ciones y de los propios contenidos que se van a distribuir a través de las mismas⁹.

D. SINERGIA FINANCIERA

Otra posible motivación de una operación de concentración es la reducción de costes derivada del hecho de que la entidad resultante tendrá, por su mayor tamaño, más facilidades crediticias o un menor coste de financiación.

Aunque se trata de un argumento muy extendido, es importante recordar que la concentración no lleva necesariamente a un aumento del valor real de la empresa y, de hecho, si no se producen otras sinergias y aumenta el endeudamiento, se producirá en realidad una mejora de la situación de los acreedores pero no necesariamente de los accionistas.

La defensa de la sinergia financiera es más sólida si la empresa adquirida tiene un bajo ratio de endeudamiento o, sobre todo, si la operación incorpora otras eficiencias más reales. Por ejemplo, si la mayor capacidad financiera de la adquirente puede permitir el desarrollo o comercialización de productos que no podrían ser explotados únicamente por la empresa adquirida y nunca llegarían al mercado en ausencia de la concentración o concurren otro tipo de eficiencias transaccionales como la posibilidad de disponer de la red de distribución, del *know-how* o de la marca de una gran empresa para poder comercializar un producto desarrollado por otra mucho más pequeña¹⁰.

E. EFICIENCIA DINÁMICA

Otra eficiencia relacionada con las anteriores sería la derivada de lograr una estructura de mercado que favorezca la innovación y lleve, por tanto, a una reducción de costes y al desarrollo de nuevos o mejores productos en el medio plazo. En este ámbito existe cierta controversia sobre cuál es la estructura de mercado más propicia para la eficiencia dinámica, tanto en el ámbito teórico como en el análisis de casos concretos.

En particular, el debate se centra en contraponer los incentivos para el lanzamiento de nuevos y mejores productos derivados de una fuerte competencia a los recursos financieros aplicables a investigación y desarrollo de un operador con rentas monopolísticas, cuestiones directamente relacionadas con temas de absoluta actualidad, como el efecto de los derechos de propiedad intelectual o industrial o la competencia «por el mercado» en el caso de las nuevas tecnologías.

⁹ Asuntos M.1943 Telefónica/Endemol y M.1845 AOL/Time Warner.

¹⁰ A modo de ejemplo, asunto N-179 GELP/Kretztechnik.

En efecto, los mercados de la llamada «nueva economía» se caracterizan por el intenso proceso de cambio tecnológico, lo que sitúa en el primer plano de la competencia la propiedad intelectual, y, consiguientemente, las inversiones en investigación, desarrollo e innovación (I+D+I). Los costes fijos son, por tanto, muy altos, pero también las economías de escala una vez desarrollado el producto. Ello explica que aquellos operadores que consiguen desarrollar nuevos bienes o servicios tecnológicamente más avanzados dispongan rápidamente de importantes cuotas de mercado, incluso creen nuevos mercados, y gocen de ingentes beneficios, produciéndose estructuras que podrían asimilarse a «monopolios naturales transitorios» en mercados en constante cambio.

Una segunda característica de estos mercados es el juego de los «efectos de red» (*network effects*), que suponen que el valor para un consumidor de los bienes y, sobre todo, de los servicios, aumenta con el número de consumidores que ya utilizan ese mismo producto. El acceso a Internet, los servicios de portales o la propia telefonía son ejemplos clásicos en este ámbito.

Aunque estos efectos favorecen el refuerzo y permanencia de las situaciones de liderazgo, ello no impide que, en general, la competencia sea muy intensa no tanto «en» como «por» estos mercados, ya que las grandes innovaciones se suceden unas a otras y nada previene que los líderes sean desplazados en poco tiempo por nuevos operadores con productos más avanzados (los mercados de *software* serían teóricamente el marco óptimo para este proceso de constante «creación destructiva» schumpeteriana).

Estas particularidades han propiciado un cierto debate, complementario del relativo al tratamiento de las eficiencias, sobre la medida en que puede ser preciso cambiar el análisis de las operaciones de concentración tradicional para los mercados intensivos en tecnología. En concreto, se trataría de abandonar un enfoque centrado en las cuotas de mercado y en una estructura ideal con un número suficiente de competidores y adoptar una aproximación más dinámica, en la que un monopolio no plantee problemas siempre que exista una cierta competencia potencial¹¹.

Como en otros ámbitos, quizá la cuestión principal desde la perspectiva de control de concentraciones sea valorar la importancia de las barreras a la entrada, ya que la medida en la cual exista presión competitiva potencial impedirá la persistencia de estructuras monopolísticas derivadas de la innovación.

¹¹ La defensa de Microsoft en los diferentes procedimientos sancionadores por abuso de posición de dominio ante las autoridades americanas y comunitarias es ilustrativa en este sentido.

F. REDUCCIÓN DE INEFICIENCIAS

Algunas operaciones se fundamentan no tanto en la generación de eficiencias como en la eliminación de ineficiencias, generalmente asociadas a una mala gestión de la empresa adquirida. Partiendo de la base de que ésta tiene una dirección inadecuada, el cambio del equipo directivo tras la concentración garantizaría el logro de mejores resultados. Este proceso tendría su marco ideal en un mercado de capital eficiente con información perfecta, en el que una mala dirección llevaría a una caída del precio de la empresa o de sus acciones, lo que permitiría su adquisición por otra más eficiente.

No obstante, este argumento resulta discutible, puesto que nada impide que, antes o después, los propietarios de la empresa adquirida decidan reemplazar al equipo directivo y, por tanto, las supuestas eficiencias se logren al margen de la operación de concentración.

Esta idea de eliminación de ineficiencias se relaciona con el argumento de la «empresa desfalleciente» más conocido por su expresión en inglés *failing company defence*. En esencia, se trata de justificar la concentración, puesto que, con o sin ella, la empresa adquirida desaparecería del mercado debido a su insostenible situación financiera. Esta defensa no es sino una concreción de la idea de que la empresa resultante de la concentración es más eficiente que las dos que hasta entonces eran independientes y, por tanto, puede ser considerada un tipo de «eficiencia».

Sin embargo, el argumento de la *failing company* en general ha sido valorado de forma muy restrictiva por las autoridades para fundamentar la autorización de una operación que genere elevados perjuicios para la competencia. En el caso de la Comisión Europea, se ha venido exigiendo la demostración de que la empresa por adquirir necesariamente abandonará el mercado, que sus clientes serían automáticamente absorbidos por la adquirente y, por tanto, que no existe una alternativa a la operación de concentración menos dañina para la competencia.

G. OTRAS EFICIENCIAS

Al margen de las eficiencias económicas o «reales» hasta ahora señaladas, una operación puede responder simplemente a la disponibilidad de recursos financieros que son invertidos en actividades productivas. Esta rentabilidad, que no se relaciona en absoluto con el tipo de sinergias financieras que han sido indicadas anteriormente, viene ilustrada por las operaciones notificadas tanto en el ámbito nacional como en el comunitario, consistentes en la adquisición del control de una compañía por parte de un fondo de inversión o una empresa de capital-riesgo¹².

¹² Entre los casos nacionales recientes, cabría mencionar N-287 Corfin Capital Fund/Compañía Hispano-irlandesa de Aviación (FUTURA).

En este mismo sentido, algunas operaciones responden a la estrategia de diversificación de un grupo empresarial tendente a evitar la concentración de sus riesgos en un único campo de actuación. Esta diversificación, asociada también a las economías de alcance, explicaría la creación de grandes conglomerados, con actividad en sectores productivos absolutamente diversos ¹³.

En tercer lugar, las concentraciones pueden tener por objeto precisamente la superación de barreras a la entrada, legales o económicas, en un determinado mercado, de producto o geográfico. Por ejemplo, hacerse con una marca conocida en un determinado país o una zona en la que la adquirente no operaba o tenía una presencia marginal permite superar la barrera derivada del esfuerzo inversor en marketing para desarrollar una imagen propia y lograr su aceptación por los consumidores ¹⁴.

Finalmente, aunque normalmente no se alegan para justificar la operación de concentración, ésta puede responder a motivaciones fuera del campo estrictamente económico. En efecto, a la luz del fenómeno vivido en el ámbito de los mercados de capitales en los últimos años, cabe plantearse si algunas inversiones pueden responder a intereses propios de los directivos o de accionistas de corte principalmente financiero, que desean aumentar el valor de la empresa si éste se relaciona directamente con el volumen de ventas o, simplemente, gestionar un mayor presupuesto, sin que ello lleve claramente a la generación de sinergias. Igualmente, algunas operaciones pueden responder a razones de optimización fiscal, generalmente no explicitadas.

2. LA EFICIENCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA TEORÍA ECONÓMICA

El conjunto de fuentes de eficiencia anteriormente señaladas se proyectan en un conjunto de efectos sobre la producción, los costes y la asignación de recursos que, a efectos de exposición, pueden concretarse en dos nociones de eficiencia esenciales de la teoría neoclásica del bienestar general.

¹³ La confianza en las bondades de la diversificación también ha explicado en los últimos años a numerosas e importantes operaciones enmarcadas en el intenso proceso de inversión en la «nueva economía» por parte de empresas de perfiles muy diversos. El desigual resultado de este proceso ha llevado a una reversión de la estrategia y a la defensa de las eficiencias más «tradicionales», relacionadas con la consolidación y expansión de las empresas alrededor de su negocio principal, lo que sin duda puede afectar también al tipo de operaciones de concentración realizadas.

¹⁴ En el ámbito nacional, ejemplos de la expansión territorial mediante concentraciones serían los asuntos N-289 Caprabo-Nekea, N-274 Rohm & Haas/Ferro o N-276 Agip/Petrogal/Totalfina Elf.

A. EFICIENCIA PRODUCTIVA

En primer lugar, el concepto de eficiencia productiva responde a la idea de que existe una asignación óptima de los recursos escasos en la producción de bienes o servicios alternativos de forma que no sea posible aumentar la producción de un bien sin reducir simultáneamente la de otro.

Dada una determinada dotación de recursos o *inputs* (capital, trabajo, materias primas, tecnología...), se trataría de aplicarlos técnica y económicamente de forma que se logre la máxima producción de bienes alternativos. La asignación eficiente o de equilibrio llevaría a la minimización de costes para una determinada producción o la maximización del *output* para un coste dado.

Desde el punto de vista de la oferta de cada bien o servicio (equilibrio parcial), la eficiencia se correspondería con el logro a largo plazo del tamaño o tipo de empresa óptimo; aquel que minimice los costes medios de producción al explotar hasta el máximo las distintas economías de escala, de alcance, transaccionales, dinámicas, etc.

Este tipo de eficiencia tiene tres implicaciones principales desde el punto de vista del control de concentraciones:

En primer lugar, dado que existe un tamaño óptimo de planta o empresa, las concentraciones no serían sino pasos necesarios, instrumentos esenciales para lograrlo y, con ello, alcanzar la eficiencia productiva.

En segundo lugar, parece natural que el tamaño óptimo de empresa aumente a medida que crece el mercado relevante, por ejemplo, mediante la liberalización de los flujos de bienes y servicios entre países. Ésta es la base que justifica o explica el intenso proceso de concentraciones transnacionales de los últimos años, que no serían sino una lógica respuesta a la tan mencionada globalización.

Finalmente, pueden existir algunos mercados cuyo tamaño (demanda) y estructura de costes de la producción determinarán que sólo un operador alcanzará el tamaño óptimo de empresa y será sostenible a largo plazo. En concreto, la idea es que algunos mercados presentan costes fijos tan elevados y una limitación a la expansión de su tamaño que la presencia de más de un operador competidor llevará a una asignación ineficiente de los recursos, por lo que se conocen como «monopolios naturales».

Este concepto, asociado con un «fallo del mercado», ha jugado un papel importante para defender la provisión en régimen de exclusiva de determinados bienes o servicios, como las telecomunicaciones, el transporte y distribución de energía o el transporte ferroviario¹⁵, esencialmente

¹⁵ La ya citada operación de concentración por la que REE ha adquirido el control de las redes de transporte de energía de Endesa, Iberdrola y Unión Fenosa se relaciona con este concepto.

por la ineficiencia derivada de la duplicación de redes en un mercado nacional o regional limitado. En los últimos años, quizá por los propios cambios estructurales vividos en estos mercados como consecuencia de la innovación, se ha ido limitando sustancialmente el territorio abarcado por el concepto de monopolio natural, procediéndose en paralelo a la liberalización de los correspondientes mercados y, con ello, a la provisión de estos bienes o, sobre todo, servicios, por parte de más de un operador.

B. EFICIENCIA ASIGNATIVA

En general, las diversas fuentes de eficiencia o economías expuestas en el apartado primero se plasman en una reducción de los costes que redundan en la eficiencia productiva de la empresa o del mercado afectado y, consiguientemente, en un beneficio para las partes de la operación. Sin embargo, es preciso valorar en qué medida esto se traslada en mejoras del bienestar general de la sociedad.

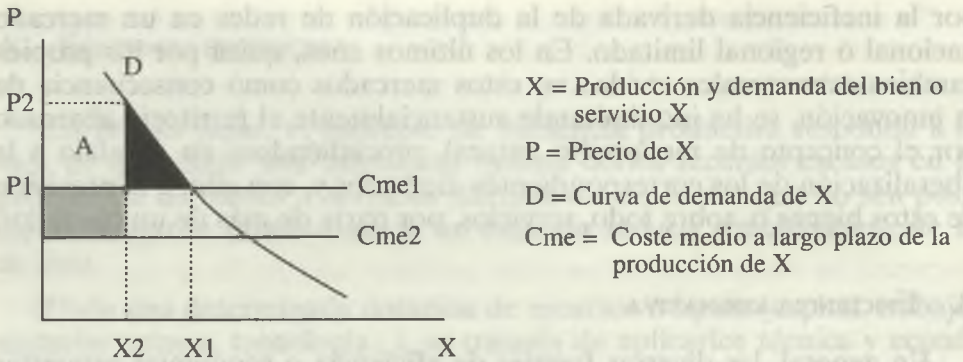
El ejemplo del monopolio natural anteriormente expuesto proporciona una buena ilustración del concepto de eficiencia asignativa, ya que es fácil intuir que, incluso en el caso de que un único operador teóricamente alcance la eficiencia productiva en un mercado, no por ello se garantizará la maximización del bienestar de la sociedad. En la medida en que este operador disponga de poder de mercado, su comportamiento racional para maximizar los beneficios le llevará a subir los precios, reducir la cantidad o calidad producida o ambas cosas, apropiándose así de parte del excedente del consumidor; unas «rentas de monopolio» que reducen el bienestar de la sociedad. Precisamente la divergencia entre eficiencia productiva y asignativa ha fundamentado la propiedad pública de este tipo de monopolistas o, en todo caso, la intensa regulación del sector afectado.

Desde el punto de vista de la teoría económica, la eficiencia asignativa se refiere a que el equilibrio del mercado no sólo garantice que los recursos se asignan de forma que se maximice el *output* de la sociedad, sino, además, que la combinación de bienes y servicios producida responda a las preferencias de los consumidores, es decir, que maximice la utilidad de esa sociedad.

A largo plazo, en un análisis de equilibrio parcial (considerando sólo el mercado de un bien o servicio), se trataría de que el coste marginal de producir una unidad más de un bien sea igual al beneficio marginal derivado de su consumo: el precio es igual al coste marginal.

En este contexto, a pesar de haber sido desarrollado hace más de treinta años, el modelo simple o *naive* de WILLIAMSON¹⁶ proporciona todavía una herramienta útil para analizar los efectos de una concentración desde el punto de vista de la eficiencia asignativa.

¹⁶ Oliver E. WILLIAMSON, «Economies as an antitrust defense: The welfare Tradeoffs», *American Economic Review*, 18, 1969.



El gráfico adjunto refleja el doble efecto de una operación de concentración que:

- genera eficiencias en términos de reducción de los costes medios de producción (de $Cme1$ a $Cme2$)
- y lleva a un deterioro de la competencia mediante el refuerzo del poder de mercado de la empresa resultante, plasmado en una reducción del *output* (de $X1$ a $X2$) y un aumento del precio (de $P1$ a $P2$).

De acuerdo con el modelo, el ahorro neto de costes para la empresa resultante se refleja en el rectángulo gris (diferencia de Cme para lo que finalmente se produce).

En principio, la reducción del excedente (bienestar) del consumidor por el aumento de precio y la reducción de *output* sería el triángulo negro más el rectángulo A.

No obstante, este último rectángulo reflejaría una transferencia de renta del consumidor al productor (el consumidor paga más caro y dispone de menos oferta, pero eso supone un beneficio mayor para el productor).

Adoptando una aproximación políticamente neutral y, por tanto, considerando que una unidad de excedente del consumidor debe ser valorada igual que una del productor, esta transferencia tendría un efecto neto nulo sobre el bienestar general (al fin y al cabo, el productor no es sino un consumidor en su tiempo libre).

Por tanto, la ganancia de eficiencia compensaría el deterioro de la competencia siempre que el rectángulo gris fuese mayor que el triángulo negro, esto es:

$$[(Cme1 - Cme2) * X2] - [1/2 (P2 - P1) (X1 - X2)] > 0$$

En definitiva, el resultado dependerá de la elasticidad de la demanda, de forma que cuanto menor sea ésta, es decir, cuanto mayor el poder de mercado del productor debido a que los consumidores no reaccionan dejando de demandar el producto ante un alza de precios, mayor sería la ganancia de eficiencia necesaria para contrarrestar el deterioro de la competencia derivado de la concentración.

Así, se dispone de un modelo muy sencillo que justifica la consideración de las eficiencias como una especie de «defensa» frente al posible efecto anticompetitivo de la concentración¹⁷.

El modelo puede ser desarrollado, por ejemplo, mediante la consideración de efectos sobre otros mercados (equilibrio general), la valoración de alternativas menos perjudiciales para la ganancia de eficiencia, la incorporación de elementos temporales, la consideración de si se trata de una operación aislada o inicia una tendencia en el sector, o consideraciones redistributivas.

Sin perjuicio de estas posibles extensiones, el esquema de eficiencia *versus* competencia adolece de cinco limitaciones principales que se exponen a continuación:

En primer lugar, el modelo supone que ambos efectos son simultáneos mientras que, en realidad, las ganancias de eficiencia pueden producirse a medio plazo y son inciertas, mientras que el deterioro de la competencia puede ser inmediato y cierto. En principio, las sinergias derivadas de la concentración sólo se traducirán en una reducción de costes o una mejora de la producción en el medio plazo. En algunos casos, nunca. Dado que la función de las autoridades de competencia no es dirigir las decisiones empresariales o prevenir sus errores, en principio la realización de las eficiencias sería absolutamente irrelevante, salvo si éstas fundamentan la decisión de autorizar una operación que genera serios problemas de competencia.

En este sentido, no cabe ignorar lo que muestra la experiencia del pasado: es significativo el número de operaciones de concentración que llevan a una caída —persistente— de los resultados de ambas partes o que no son sostenibles a medio plazo por las diferentes «culturas empresariales», porque la información sobre la que se basó la operación no era veraz, porque las decisiones se orientaron por las proyecciones de volumen de ventas y no por los resultados empresariales reales o, simplemente, porque las supuestas sinergias derivadas de la diversificación o la producción conjunta de bienes absolutamente heterogéneos eran irreales.

Para intentar limitar el riesgo de que la operación se autorice sobre la base de eficiencias que al final no se producen, la mayoría de sistemas normativos establecen determinados requisitos para su valoración y, en concreto, que sean cuantificables, sustanciales y perceptibles a corto plazo.

En segundo lugar, resulta claro que en la práctica es muy difícil si no imposible cuantificar los dos lados de la ecuación planteada por WILLIAMSON. Incluso si fuese posible prever el efecto de la concentración

¹⁷ Con este modelo, WILLIAMSON llegó a establecer que en un mercado con una elasticidad media de la demanda y de la oferta, una concentración que generase economías «no triviales» de 1,2 por 100 podría ser eficiente incluso si resultase en un incremento de precios del 10 por 100.

sobre los costes de las partes, no resulta fácil estimar la función de demanda del mercado afectado y, por tanto, no cabe cuantificar ni la pérdida de excedente del consumidor ni el aumento de precios-reducción del *output* que se produciría. En todo caso, el modelo se basa en las habituales cláusulas *caeteris paribus*, a veces poco realistas.

Por todo ello, cabría argumentar que, ante la duda, resulta mejor autorizar las operaciones y confiar en el uso de los instrumentos de prohibición y vigilancia *ex post* para evitar la posible conducta anticompetitiva, como defendería la escuela de Chicago. Frente a esta crítica es preciso señalar lo que la generalización de sistemas de control de concentraciones revela: que los instrumentos para la persecución de conductas presentan importantes limitaciones, especialmente para la detección y prueba de actuaciones colusorias, y que, por tanto, es preciso contar con algún mecanismo preventivo que evite la generación de estructuras de mercado que favorezcan este tipo de comportamientos.

En tercer lugar, cabe argumentar que el triángulo negro infravalora el verdadero coste social de la concentración, puesto que, en realidad, los beneficios excepcionales para el empresario (el rectángulo gris más el área A) pueden no utilizarse en inversión productiva, sino simplemente en seguir manteniendo su posición de dominio en el mercado.

Para evitar esta limitación, la normativa de defensa de la competencia suele exigir que las eficiencias derivadas de la concentración sean «reales» (no puramente pecuniarias para la entidad resultante) y, naturalmente, que no se deriven de conductas anticompetitivas (por ejemplo, por la consecución de acuerdos restrictivos entre los operadores restantes en el mercado o el abuso de una posición de dominio reforzada).

En cuarto lugar, el principal riesgo de las concentraciones no es tanto el abuso de posición de dominio individual como el refuerzo de estructuras oligopolísticas y la colusión, cuyos efectos negativos no son contemplados totalmente en el modelo.

Finalmente, hay una consideración que es especialmente relevante desde la perspectiva del legislador o ejecutor de la política de defensa de la competencia: el modelo presupone que la valoración social del excedente del productor es igual a la del consumidor. Por ello, la zona A se considera una transferencia de renta de uno a otro neutral desde el punto de vista del bienestar.

Aunque la defensa de la competencia no es el instrumento idóneo para realizar una política redistributiva, es indudable que cada sociedad puede atribuir un valor diferente al excedente de los distintos operadores. Si se decide otorgar un mayor valor al excedente del consumidor (lo que resulta coherente con la propia esencia de la defensa de la competencia), esto se proyectaría en el requisito de que las eficiencias, para ser valoradas y fundamentar la autorización de una operación, han de trasladarse al consumidor; requisito común a varios sistemas normativos

(el comunitario, el inglés y el español, entre otros). Naturalmente, no todas las eficiencias deben ser trasladadas, puesto que entonces se perdería el propio incentivo para la realización de la concentración, pero sí cabe establecer algún tipo de condiciones que garanticen que la operación resultará, en última instancia, en un mayor progreso económico y social, en un mayor bienestar general de la sociedad.

3. ANÁLISIS COMPARATIVO: TRATAMIENTO DE LAS EFICIENCIAS EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

El tratamiento de las eficiencias en el marco del control de concentraciones varía sustancialmente en los diferentes países y ha pasado por diferentes fases en los sistemas con una mayor tradición, evolucionando de forma paralela al paradigma de teoría económica dominante en cada momento y a la propia orientación política de la defensa de la competencia.

En esencia, tres han sido las aproximaciones alternativas:

— Las consideraciones de eficiencia deben ser irrelevantes para el análisis.

— Las concentraciones que generen importantes eficiencias deben ser autorizadas o debe existir algún tipo de «defensa de eficiencias» a valorar.

— Las concentraciones deben ser prohibidas precisamente porque crean eficiencias que llevan a posición de dominio (*efficiency offense*).

En aquellos sistemas en que se contempla la valoración de eficiencias, se suelen establecer requisitos para su consideración, estando la carga de la prueba en el lado de las empresas notificantes. Como ya se ha apuntado, en general estos requisitos se refieren a que las eficiencias sean específicas de la concentración (que no puedan ser realizadas mediante el propio crecimiento de la empresa o esquemas de cooperación menos estructurales como una empresa en participación cooperativa), que sean cuantificables, reales, sustanciales, de realización rápida, que se produzcan en el mismo mercado en que se genera el deterioro de la competencia, y que sean transferibles a los consumidores (en la forma de menores precios o de más y mejores bienes o servicios).

A. ESTADOS UNIDOS

En este terreno, como en la mayoría de cuestiones de política de competencia, los Estados Unidos han ido varias décadas por delante, evolucionando desde una posición prácticamente contraria a la consideración de eficiencias en la valoración de concentraciones hasta la inte-

gración de las mismas en el análisis explícitamente recogida en las Directrices¹⁸.

A partir de la formulación inicial del análisis caso por caso (*rule of reason*) en el asunto *Standard Oil*, durante los años sesenta se fue consolidando la búsqueda de reglas objetivas o *per se* claramente inspirado en el paradigma estructura-conducta-resultado de la escuela de Harvard. En síntesis, el modelo se basa en que las variables de estructura de un mercado (grado de concentración de la oferta, características principales de los oferentes, tecnología utilizada, costes de producción, tipo de información existente en el mercado, características de la demanda, existencia de barreras a la entrada...) determinan el comportamiento competitivo o estratégico de los operadores y, por tanto, sus resultados.

Inicialmente, el paradigma estructura-comportamiento-resultado (*structure-conduct-performance*) admitía una relación de causalidad unidireccional entre los tres elementos citados, otorgando un valor extraordinario a la estructura del mercado, puesto que si ésta lo permitía, los agentes obtendrían poder y abusarían de él.

Este esquema llevó a que tanto los órganos administrativos como los tribunales basasen su valoración de las concentraciones en indicadores cuantitativos como grado de concentración o cuotas de mercado, difícilmente conciliables con una verdadera «defensa» basada en eficiencias. Yendo un paso más allá, los tribunales llegaron a mostrarse hostiles al planteamiento de estos argumentos para defender operaciones¹⁹ tratándolos más como una ofensa (*efficiencies offense*).

Frente a esta aproximación inicial, el trabajo de WILLIAMSON en la materia con su «*naive trade off model*»²⁰ llevó a que se reconsiderase el tratamiento de las eficiencias, integrándolas como una «defensa» en el análisis, en contraposición a los efectos anticompetitivos de una concentración, al considerarse que incluso un monopolista pasaría a los consumidores una parte del ahorro de costes derivado de la concentración.

En esta línea, las *Guidelines* de 1968 introdujeron el tratamiento de las eficiencias, si bien únicamente en circunstancias excepcionales, lo que fue severamente criticado por la Escuela de Chicago sobre la base de que este cambio llevaría a un constante conflicto e incertidumbre. Simultáneamente, se inició un cambio en el tratamiento de las eficiencias por parte de los Tribunales²¹, que empezaron a aceptar su consideración en la valoración de los efectos sobre la competencia de las operaciones, especialmente en el caso de la reducción de costes transaccionales.

¹⁸ *Horizontal Merger Guidelines* del US, Department of Justice (DOJ) y de la Federal Trade Commission (FTC), revisadas por última vez en 1997.

¹⁹ Sentencias *Brown Shoe Co vs. us* (1962), *us vs. Philadelphia National Bank* (1963) y *FTC vs. Procter & Gamble* (1967).

²⁰ Ver apartado 3 del documento.

²¹ Sentencias *us vs. General Dynamics* (1974), *us vs. International Harvester* (1977), *Continental TV vs. GTE Sylvania* (1977), *Broadcast Music Inc vs Columbia Broadcasting System Inc* (1979).

El siguiente cambio se derivó de la publicación del manual de AREEDA y TURNER²² que, retomando el trabajo de WILLIAMSON, defendieron la consideración de las eficiencias por tres razones:

- las concentraciones de firmas pequeñas ineficientes probablemente no reducirán la competencia y pueden incluso intensificarla,
- incluso si se reduce la competencia en precios como resultado de una concentración que aumenta la eficiencia, el efecto negativo puede ser más que compensado por el efecto beneficioso sobre el bienestar,
- e intentar impedir una concentración que genera eficiencias es inútil porque las empresas ineficientes probablemente desaparecerán del mercado, dejándolo tan concentrado como si se produjese la operación.

Este modelo se vio sometido a fuertes críticas en la década siguiente por parte esencialmente de los teóricos de la escuela de Chicago, que defendían las bondades de la concentración para aprovechar las economías de escala y de alcance y, por tanto, lograr la eficiencia productiva, pero consideraban poco aconsejable avanzar en la defensa de operaciones basada en las eficiencias (*efficiencies defense*), esencialmente porque su medida está más allá de la capacidad de la Ley y, por tanto, es imposible contraponerlas a los efectos anticompetitivos de una operación²³. Ante la duda, es preferible autorizar la operación de concentración y confiar en los mecanismos de control *ex post* para evitar conductas restrictivas de la competencia.

En 1982 se constituyó un grupo de trabajo para revisar las Directrices que recomendó no considerar las eficiencias como contrapunto de una reducción sustancial de la competencia, sino incorporarlas en el propio análisis de los efectos de la operación para rebatir la presunción de ilegalidad basada únicamente en determinados ratios de concentración de mercado y cuotas. No obstante, el grupo aclaró que las eficiencias podrían determinar la decisión sólo cuando el efecto anticompetitivo derivado de estas dos variables fuese débil (lo que, en el momento, se asoció con una cuota combinada por debajo del 30 por 100).

Sin embargo, las Directrices del DOJ revisadas en 1982 no siguieron estas recomendaciones, sino que se mantuvieron como defensa (igual que el caso de la empresa en quiebra: *failing firm*) y no como parte del análisis de competencia y se establecieron restrictivos requisitos para su consideración:

- evidencia clara y convincente;
- ahorros de costes sustantivos por la realización de economías de escala, integración de establecimientos productivos, u operaciones multi-planta;
- eficiencias verificables: disfrutadas ya por una o más empresas en la industria;

²² Philip A. AREEDA y Donald F. TURNER, «Antitrust Law: An analysis of antitrust principles and their application (1980)».

²³ Esto se conoce como la «paradoja de Bork», elaborada en 1979.

— prueba de que no se podrían obtener efectos equivalentes en un período comparable a través de la expansión interna o mediante otra concentración que generase menos efectos negativos sobre la competencia.

No obstante, la FTC hizo una Declaración sobre Concentraciones Horizontales que adoptaba una aproximación algo más favorable con respecto a las eficiencias y en 1984 se produjo una nueva revisión de las Directrices que afectó sobre todo a este tema.

En concreto, las eficiencias se trasladaron de la sección de «defensas» a la de «efectos sobre la competencia», se estableció la presunción del carácter procompetitivo de las concentraciones, se aligeraron los requisitos para su consideración y se amplió el catálogo de eficiencias que serían consideradas.

Consecuentemente, tanto la FTC como el DOJ fueron atribuyendo mayor peso a las eficiencias en su análisis²⁴, proceso que culminó con la revisión extensiva de las Directrices en 1992, donde se pasó de las presunciones estructurales basadas en las cuotas de mercado y los ratios de concentración a un análisis más cualitativo de los efectos sobre la competencia y un mayor campo de valoración de las eficiencias.

Finalmente, en 1997 se han revisado de nuevo las Directrices, que han sido asumidas tanto por el DOJ como por la FTC, sistematizándose el tratamiento de las eficiencias. Éstas serán consideradas en la medida en que: sean «perceptibles» (*cognizable*), entendiéndose por ello:

- específicas de la concentración (*merger-specific*),
- que hayan sido verificadas,
- y que no se deriven de reducciones anticompetitivas del *output* o los servicios.

En general, se establece que no se discutirá una concentración si estas eficiencias son de un tipo y magnitud tal que la operación probablemente no será anticompetitiva en ningún mercado relevante, pero, en todo caso, las eficiencias casi nunca justifican una concentración que lleve a monopolio o cuasi-monopolio (*near-monopoly*), en principio sin que sea posible contraponer las eficiencias en un mercado al deterioro de la competencia en otro.

La experiencia en la aplicación de estas novedades por parte de los tribunales es aún escasa²⁵, pero ha establecido con claridad que las eficiencias han de ser consideradas en la valoración de los efectos anticompetitivos de la operación de concentración, que han de ser específicas

²⁴ Decisiones de la FTC sobre *American Medical International* (1984) y sobre la empresa en participación entre General Motors y Toyota para producir coches pequeños (1984).

²⁵ Casos *Cargill Inc. vs. Monfort of Colorado* (1986) del Tribunal Supremo, *FTC vs. University Health Inc.* (1991) del Tribunal de apelaciones en el Circuito 11, *FTC vs. Butter worth Health Corp* (1997) del Tribunal de Apelaciones del circuito 6.º, *FTC vs. Staples* (1997), *FTC vs. Cardinal Health Inc.* (1998) y *FTC vs. Swedish Match* (2000) en el Tribunal del Distrito de Columbia.

de la operación (*merger-specific*) para ello y que prácticamente nunca podrán justificar una concentración que lleve al monopolio o cuasi-monopolio.

B. CANADÁ

El modelo canadiense se ha venido caracterizando por aproximarse a las eficiencias con una actitud más favorable que los Estados Unidos, sobre la base del menor tamaño de su economía (y, por tanto, la mayor dificultad de lograr economías de escala) y la tradicional apertura al comercio.

En particular, las Directrices emitidas por la Oficina de Política de Competencia²⁶ contemplan las ganancias de eficiencia, calculadas sobre la base de las diferencias de *output* antes y después de la concentración, únicamente limitadas a la producción en Canadá, reales y excluyendo transferencias (es decir, dejando fuera reducciones de costes derivadas de una mayor capacidad de negociación). Se distinguen dos tipos: eficiencia productiva y dinámica, estando este último vinculado con el desarrollo de nuevos productos y técnicas, difícil de medir y más bien cualitativo.

C. UNIÓN EUROPEA

En contraposición con los dos modelos antes comentados, cuyo test sustantivo es el de «reducción sustancial de la competencia» (*substantial lessening of competition* o SLC), el sistema comunitario de control de concentraciones se basa en el conocido como «test de dominio» (*dominance test*). Ello en principio no impide la consideración explícita de las eficiencias dentro de los elementos a tener en cuenta para valorar las operaciones o, como se recoge en el Reglamento, «la evolución del progreso técnico y económico siempre que ésta sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia».

Aunque la experiencia hasta el momento no permite establecer criterios claros sobre el papel de una «defensa» basada en las eficiencias, se ha venido considerando que no pueden compensar hasta el punto de justificar la autorización de una operación que presente graves problemas (monopolio o cuasi-monopolio) siendo, en general, su valoración bastante restrictiva²⁷.

Precisamente el debate relativo al tratamiento de las eficiencias en algún asunto concreto reciente ha propiciado su inclusión en el proceso

²⁶ *Merger Enforcement Guidelines del Bureau of Competition Policy.*

²⁷ El asunto *IV/M.53 Aerospaziale/Alenia de Havilland* (1991) es paradigmático para quienes consideran incluso que la generación de eficiencias se valora incluso como una «ofensa». En *M.2044 BASF/Pantochim/Eurodiol*, se aplica la *failing company defence*.

de revisión de la normativa comunitaria de control de concentraciones iniciado con la publicación en octubre de 2001 del Libro Verde sobre la Revisión del Reglamento de Control de Concentraciones. Tras la consulta pública de este documento, el 11 de diciembre de 2002, el Colegio de Comisarios aprobó la propuesta de reforma del sistema de control de concentraciones que ha venido rigiendo en los últimos diez años. Esta reforma comprende un nuevo Reglamento, una serie de cambios institucionales, y la publicación de varias comunicaciones interpretativas.

Por el momento, se ha publicado un proyecto de Comunicación relativa a la evaluación de las concentraciones horizontales²⁸, en el que se incluye un capítulo específico sobre eficiencias, que aleja cualquier duda sobre una posible «*efficiencies offense*» y aclara cuáles serán los requisitos para su consideración. En concreto, se establece que la valoración de las eficiencias dependerá de si ellas son:

- específicas de la concentración,
- sustanciales,
- rápidas,
- verificables
- y directamente beneficiosas para los consumidores.

Además, se aclara que, aunque podrán tener un papel más determinante si los posibles efectos anticompetitivos de la operación son limitados, es poco probable que lleven a la declaración de compatibilidad de «una concentración que cree o refuerce una posición casi monopolística».

Este texto está sujeto a información pública y previsiblemente será seguido a lo largo de 2003 de proyectos similares relativos a concentraciones verticales y de conglomerado, que complementarán el nuevo Reglamento actualmente en discusión en el seno del Consejo.

En cuanto a otras autoridades nacionales en el ámbito comunitario, las de Alemania, Reino Unido, Francia y España han publicado algún tipo de documento interpretativo o «directrices» recogiendo los elementos principales de análisis de concentraciones. Las del Reino Unido y Francia incorporan apartados específicos sobre la valoración de las eficiencias («consideración del progreso económico y social y de la competitividad internacional», en el caso francés) que permiten confirmar que el tratamiento caso por caso se impone en este terreno.

4. TRATAMIENTO DE LAS EFICIENCIAS EN CONTROL DE CONCENTRACIONES EN ESPAÑA

A. EL MODELO NORMATIVO ESPAÑOL

Al igual que ocurre en otros ámbitos del control de concentraciones, la normativa y la práctica en España en cuanto a eficiencias es perfec-

²⁸ DOCE de 31 de diciembre de 2002.

tamente comparable con la de los sistemas más consolidados de la escena internacional. Mientras que en algunos foros se rechazaba su consideración y pocos sistemas normativos contemplan explícitamente la valoración de eficiencias, el sistema español, basado en un test de «obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva» asimilable al de reducción sustancial de la competencia (*substantial lessening of competition*), cuenta no sólo con referencias normativas, sino además con cierta experiencia en este terreno.

En efecto, la Ley de Defensa de la Competencia prevé explícitamente en su art. 16 que el TDC podrá considerar las eficiencias derivadas de la concentración a la hora de valorarla y de elaborar su informe y dictamen sobre la posible obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado.

En concreto, «el Tribunal podrá considerar, asimismo, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del progreso técnico o económico, a la competitividad internacional de la industria nacional o a los intereses de los consumidores o usuarios, y si esta aportación es suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia».

La normativa española considera, por tanto, las posibles eficiencias derivadas de la concentración y prevé un análisis separado que en cierta medida contrapone ganancias de eficiencia a efectos restrictivos sobre la competencia.

Adicionalmente, la Ley prevé también la traslación de este análisis a la decisión final del Consejo de Ministros, al disponer que éste podrá decidir «subordinar su aprobación a la observancia de condiciones que aporten al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia».

B. ALGUNOS EJEMPLOS

Dado que la parte expositiva de los Acuerdos de Consejo de Ministros, donde se recoge, en su caso, la valoración de las eficiencias, no se publica en el *BOE*, cualquier revisión de casos concretos debe limitarse a lo recogido en los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia.

En la práctica, el Tribunal de Defensa de la Competencia analiza sistemáticamente las posibles eficiencias derivadas de cada operación, valorando en qué medida son susceptibles de cuantificación y resulta previsible su traslación al consumidor²⁹.

En general, las eficiencias alegadas y valoradas se concretan en reducciones de costes, aumento de la capacidad inversora, o sinergias «reales»

²⁹ Entre otros, en los casos C67/01 Repsol/RACE, C63/01 Nutreco/Agrovic, C62/00 Roca/Keramik, C58/00 Mahou/San Miguel, C54/00 Unión Fenosa/H. Cantábrico, C51/00 Cajas de ahorro de Pamplona y Navarra y C50/99 Puleva/Granja Castelló.

que se proyectarán no tanto en bajadas de precios como en más o mejores bienes o servicios. En particular, la traslación al consumidor se ha concretado en un amplio abanico de mejoras concretas que van desde la introducción de un sistema más sofisticado y seguro de control de calidad y refrigeración de alimentos hasta mejoras en el impacto medioambiental por soterramiento de líneas de distribución de electricidad, pasando por la probable desaparición del mercado de la empresa adquirida (*failing company defence* más o menos explicitada).

En general, la valoración de las eficiencias por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia ha huido de una aproximación inflexible y cuantitativa que, en línea con el modelo de WILLIAMSON, pretenda poner en un plato de la balanza el deterioro de la competencia y en el otro las ganancias de eficiencia para, mediante una comparación automática de dos magnitudes ciertas y mensurables, tomar una decisión final. Por el contrario, se ha optado por una aproximación más cualitativa en el que las eficiencias sin duda han jugado un papel no tanto para optar entre la autorización y la prohibición de una operación como para determinar las condiciones bajo las cuales ésta puede ser autorizada.

Para ilustrar este tratamiento baste referirse a los dos informes más recientes del Tribunal de Defensa de la Competencia, los relativos a las operaciones Endesa-Hidroflamicell y Sogecable-Vía Digital³⁰.

El primer caso consiste en la adquisición por parte de la empresa Endesa Red del 75 por 100 de las acciones de la sociedad Hidroflamicell, una pequeña distribuidora que opera en tres municipios del Pirineo leridano y cuenta con unos 373 abonados.

El Tribunal de Defensa de la Competencia consideró adecuado no oponerse a la operación señalando que la prohibición de concentraciones debe ser proporcionada a lo que se trata de dilucidar, que sólo se deben poner en tela de juicio aquellas que puedan suponer un obstáculo significativo para la competencia efectiva y que, considerando el contexto económico, regulatorio y tecnológico, resulta evidente la falta de proporción de esta operación respecto a los verdaderos problemas de competencia que aún siguen existiendo en el sector eléctrico.

Además de esta proporcionalidad, el Tribunal entiende que procede la no oposición porque «la aportación de efectos beneficiosos para la competencia y los consumidores es suficiente para compensar posibles efectos restrictivos que teóricamente se pudieran producir».

En particular, el Tribunal recoge las consideraciones de la notificante en cuanto a asegurar que la operación contribuirá «a mejorar el servicio prestado a los clientes, ya que se procederá a renovar las instalaciones, aumentando su capacidad de transporte, así como a realizar nuevas inversiones para atender a nuevos suministros». Además, se señala la apor-

³⁰ C76/02 ENDESA/Hidroflamicell (N-286 del SDC) y C74/02 Sogecable/Vía Digital (N-280 del SDC).

tación del *know how* de la adquirente, y la «reducción de costes en distintos capítulos, como el de aprovisionamientos de materiales y servicios contratados, donde el ahorro puede alcanzar el 30 por 100».

La operación también alejaría los «riesgos de reducción de la calidad y eficiencia por la introducción de zonas discontinuas donde conviven distintos distribuidores al multiplicarse el número de interconexiones entre zonas y aumentar el coste del servicio por falta de estandarización de tensiones y equipos, la inadecuada gestión de las brigadas de mantenimiento y los mayores costes de aprovisionamiento». Finalmente, se apunta que «en producciones donde se producen monopolios naturales el aprovechamiento de las economías de escala resulta ser un aspecto crucial a considerar».

El segundo caso consiste en la integración de las dos principales plataformas de televisión de pago existentes en España. En su informe sobre la operación, el Tribunal incluye un apartado de «eficiencias derivadas de la operación notificada», en el que señala que el mercado de la televisión de pago se caracteriza por elevados costes, en principio fijos, y bajos costes marginales, de forma que «la posición óptima para todo operador de televisión de pago es contar con una base de abonados amplia que le permita desarrollar las economías de escala adecuadas y, de esta forma, acceder al umbral de rentabilidad».

Esta situación óptima se encuentra muy alejada de la que caracteriza el mercado español, marcado por las pérdidas de los operadores, el relativamente pequeño tamaño del mercado y la baja penetración de la televisión de pago. Por ello, el Tribunal considera que «Sogecable tendría incentivos para trasladar estas mayores eficiencias a los consumidores tanto vía precios como vía mejores contenidos y, de esta forma, seguir incrementando su masa de abonados y entrar en una dinámica de rentabilidad creciente». Esta valoración de las eficiencias es incorporada a las conclusiones del informe, que fundamentan su dictamen recomendando la subordinación de la autorización de la operación a determinadas condiciones.

Finalmente, la consideración de las eficiencias puede también incorporarse en el análisis del Servicio a la hora de valorar las operaciones, aunque de forma implícita y no como defensa contrapuesta a una afectación sustancial de la competencia efectiva³¹, ya que el análisis de las operaciones que se considere pueden obstaculizar su mantenimiento se reserva precisamente para la segunda fase, ante el TDC. A partir de la entrada en vigor del Real Decreto 1443/2001³², los informes del Servicio de Defensa de la Competencia son públicos.

³¹ Como ejemplos de análisis dinámico o de consideración de eficiencias cabría citar las operaciones Iberdrola/Guadalcaçín/Enron (N-227), Gelp/Kretztechnik (N-179), Planta de regasificación de Sagunto (N-271) o Sogecable/Vía Digital (N-280).

³² Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, en materia de control de concentraciones. Ver www.mineco.es/dgdc/sdc.

5. ALGUNAS REFLEXIONES: CONTROL DE CONCENTRACIONES Y EFICIENCIA

La idea de que la competencia efectiva es el mejor medio para lograr una asignación eficiente de los recursos escasos y, por tanto, para poner las bases de la maximización del bienestar general es sin duda una de las bases de la política de competencia en general y del control de concentraciones en particular.

En efecto, la noción de eficiencia está en la misma esencia del control de concentraciones que, a diferencia de otras políticas sectoriales o industriales, no tiene por objeto impedir o predeterminar las decisiones empresariales que llevan al aumento del tamaño de los operadores o a la modificación de la estructura de los mercados en general, sino adoptar las medidas oportunas para que de ellas no se deriven efectos negativos para la competencia efectiva, para la competitividad empresarial, para el bienestar de los consumidores y, en definitiva, para el interés general.

Esta aproximación favorable a la libertad de decisión de los operadores económicos resulta ilustrada por el hecho de que, a pesar de la aparente heterogeneidad de los modelos normativos de los distintos países, en todos los sistemas se restringe el ámbito del control de concentraciones a aquellas operaciones que, por el tamaño total o relativo de las partes en el mercado relevante, pueden afectar sensiblemente a la estructura competitiva del mismo. Además, la autorización es la norma y únicamente un número pequeño de operaciones son prohibidas o sujetas a condiciones en la práctica totalidad de jurisdicciones.

Ahora bien, aunque la generación de sinergias beneficiosas para las partes es consustancial al planteamiento de la mayoría de operaciones de concentración, no cabe olvidar que el objeto de las autoridades de competencia trasciende de la maximización de la eficiencia productiva interna a las empresas. En efecto, la defensa de la competencia responde a una idea de eficiencia más amplia: la relacionada con la óptima asignación de los recursos para el conjunto de la sociedad.

Este objetivo se ha concretado en diversos modelos normativos que, sobre la base de la teoría económica del bienestar, en general contemplan la contraposición de eficiencias y efectos negativos sobre la competencia. Sin embargo, la relación entre ambos efectos no es fácil de determinar en la realidad: la mayoría de operaciones pueden generar al mismo tiempo eficiencias productivas y un deterioro de la competencia efectiva, ambos elementos de difícil valoración, cuya comparación lleva a resultados ambiguos o discutibles, en el mejor de los casos.

Ello explica que, en última instancia, la valoración de las eficiencias dependa sustancialmente de la aproximación política al control de concentraciones: jugarán un papel menor en momentos o sistemas más intervencionistas y más orientados a la protección del consumidor o del bie-

nestar general y, por el contrario, tendrán un mayor protagonismo cuando la política económica general tienda a poner el énfasis en la libertad empresarial y en la bondad del libre juego del mercado.

Para ilustrar el vínculo existente entre el tratamiento de las eficiencias y la teoría económica u orientación política subyacente basta repasar la evolución de su valoración en el sistema de los Estados Unidos, que pasó de tratarlas casi como una ofensa bajo el paradigma de la escuela de Harvard en los años sesenta a ignorarlas por su difícil cuantificación en un entorno de absoluto apoyo a los procesos de concentración marcado por el paradigma de Chicago y, en los últimos años, a valorarlas cada vez más, pero, superada la confianza en la definición de modelos cuantitativos, desde una perspectiva más bien cualitativa.

En efecto, en los últimos años, los límites de la aproximación «estructuralista», el creciente énfasis en los aspectos económicos y el desarrollo de teorías cada vez más sofisticadas, especialmente referidas a modelos de oligopolio, han llevado a un mayor peso de lo que algunos denominan «*story telling*» y la cuota de mercado o los indicadores de concentración están dejando paso a la consideración conjunta de diferentes elementos entre los que destacan la competencia potencial y las barreras a la entrada.

En este contexto, resulta natural que se plantee la conveniencia de dar un tratamiento más favorable a las eficiencias derivadas de las operaciones de concentración y que se plantee un debate sobre este asunto en el ámbito internacional y muy especialmente en el comunitario.

A corto plazo, este debate ya ha tenido como efecto el aumento del interés por considerar las eficiencias a la hora de valorar las operaciones de concentración y por alejar cualquier duda de que puedan ser consideradas como una «ofensa».

Sin embargo, este interés exige, a su vez, la aclaración de qué tipo de eficiencias serán consideradas y cuál será su valoración. Dada la dificultad de establecer criterios concretos en este ámbito y la inutilidad de pretender análisis basados en modelos económicos difícilmente estimables, es lógico que los sistemas normativos hayan optado por establecer un conjunto de requisitos más o menos cualitativos: que las eficiencias sean sustanciales, rápidas, cuantificables, específicas de la operación de concentración y, en algunos casos, que se trasladen al consumidor.

Estos criterios no son sino instrumentos para tratar de garantizar que la eficiencia interna de la empresa se traduce en eficiencia asignativa y en una mejora del bienestar general, pero se trata de requisitos lo suficientemente indeterminados como para que su aplicación concreta vaya definiéndose con la práctica.

Así, a medio plazo el análisis caso por caso irá delimitando reglas y criterios, siendo difícil prever *ex ante* cuáles serán los efectos de esta nueva aproximación sobre la valoración de las operaciones concretas. Dado que las diferentes comunicaciones o *guidelines* publicadas suelen

aclarar que las eficiencias por sí mismas difícilmente llevarán a la autorización de una operación que genere severos problemas de competencia, es probable que éstas jueguen un papel más relevante para la determinación de compromisos o condiciones. El objetivo para el legislador y el órgano de ejecución de la política de competencia es autorizar operaciones intentando garantizar que las eficiencias alegadas se traducirán ciertamente en un mayor bienestar social, aunque, como demuestra la práctica, las autoridades pueden ser tan infalibles a la hora de predecir cuáles serán los efectos a medio plazo de una operación... como los propios directivos de las partes notificantes.

BIBLIOGRAFÍA

- EVANS, D., y SCHMALENSSEE, R., *Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries*, www.nber.org.
- KIMMEL, S., *The Supreme Cour's Efficiency Defense*, DoJ discussion paper.
- KOLASKY, W. J., «Lessons from babyfood: The role of eficiencias in merger review», *Antitrust*.
- KOLASKY, W. J., y DICK, A. R., «The merger guidelines and the integration of eficiencias into antitrust review of horizontal mergers», www.usdoj.gov.
- Mergers: Substantive assessment*, Consultation paper, OFT, www.oft.gov.uk.
- 1992 Horizontal merger guidelines of the DoJ and FTC (with April 1997 revisions to section 4 on eficiencias)*, www.usdoj.gov.
- OCDE, *Competition Policy and efficiency claims in horizontal agreements*, GD, 1996.
- PITOFSKY, R., *Efficiencias in defense of mergers: 18 months after*, www.ftc.gov.
- Principles of interpretation*, Bundeskartellamt, www.bundeskartellamt.de.
- Projet de lignes directrices relatives a l'analyse del concentrations et aux procédures de contrôle*, www.concentrations.minefi.gouv.fr.
- Proyecto de comunicación de la Comisión relativa a la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas*, www.europa.eu.int.
- SNAPP, B. R., *The 1997 horizontal merger guidelines: higher hurdles for efficiency claims*, www.abanet.org.
- WILLIAMSON, O. E., «Economies as an antitrust defense: The welfare tradeoffs», *American Economic Review*.