

DIFERENCIAS ENTRE ESTADOS UNIDOS Y LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES. APLICACIÓN PRÁCTICA

Gonzalo SOLANA

Presidente del Tribunal de Defensa
de la Competencia

La decisión de la Comisión Europea de declarar incompatible con el mercado común la operación de concentración mediante la cual *General Electric* adquiriría el control de *Honeywell*¹ generó una importante polémica que alcanzó, incluso, las más altas esferas políticas de ambos lados del Atlántico.

La polémica no surgió por el hecho de declarar incompatible con el mercado común una operación de concentración, puesto que no era la primera vez que la Comisión Europea tomaba una decisión de este tipo, sino, más bien, porque en este caso se daba una doble circunstancia sin precedentes: las dos empresas eran estadounidenses y, previamente a la decisión de la Comisión Europea, la operación había recibido el beneplácito del Departamento de Justicia de Estados Unidos².

Esta circunstancia originó un cruce de declaraciones y la aparición de numerosos artículos de opinión³, antes y después de la decisión de la Comisión Europea, que desvirtuaron y simplificaron un debate de gran trascendencia doctrinal y enorme relevancia para la seguridad jurídica de la actividad empresarial transatlántica.

La pretensión de este artículo, obviamente, no es poner fin al debate sobre las supuestas diferencias en la aplicación práctica del control de

¹ Case No. COMP/M.2220, *General Electric/Honeywell*.

² La Comisión Europea sólo había declarado incompatible con el mercado común otra operación en la que estaban implicadas dos empresas estadounidenses: *WorldCommc/Sprint*. Sin embargo, en esta ocasión, la operación tampoco había sido aprobada por el Departamento de Justicia de Estados Unidos.

³ Las acusaciones se hicieron desde perspectivas muy diversas, pero una de las más habituales fue la de denunciar la discriminación que la Comisión Europea llevaba a cabo cuando analizaba operaciones en las que estuvieran presentes compañías estadounidenses. Esta denuncia carece de fundamento si tenemos en cuenta que la Comisión Europea ha analizado alrededor de 400 operaciones en las que, al menos, una de las empresas era de nacionalidad estadounidense, habiendo prohibido sólo dos de ellas (las ya comentadas de *General Electric/Honeywell* y *WorldCommc/Sprint*).

concentraciones por parte de las autoridades de defensa de la competencia de la Unión Europea y Estados Unidos sino, simplemente, realizar un análisis objetivo de algunos casos en los que las decisiones de la Comisión Europea y el Departamento de Justicia de Estados Unidos o la *Federal Trade Commission* han diferido, y comprobar si, de este análisis, se pueden extraer conclusiones útiles respecto a cuáles han sido los elementos determinantes de esta disparidad.

Para ello, he seleccionado tres expedientes de gran eco mediático y, al mismo tiempo, gran interés doctrinal como son los relativos a las operaciones de concentración entre *Boeing* y *McDonnell Douglas*⁴, *America Online (AOL)* y *Time Warner*⁵ y la ya mencionada *General Electric* y *Honeywell*. Todas ellas tienen en común las dos circunstancias que comentaba anteriormente: ambas empresas eran estadounidenses y la posición de la Comisión Europea fue más estricta⁶ que la de las autoridades de Estados Unidos.

1. PRINCIPIOS GENERALES

Antes de entrar a analizar su aplicación práctica, considero necesario detenerme en los principios generales que rigen la normativa de control de concentraciones a ambos lados del Atlántico.

A. UNIÓN EUROPEA

El Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, señala en su art. 2.3 que: «*Se declararán incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo*».

De esta forma, la creación o reforzamiento de una posición de dominio se establece como el criterio clave de prohibición a nivel europeo. Para encontrar una definición legal del concepto de posición de dominio debemos acudir a otras fuentes, mayoritariamente jurisprudenciales.

La Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han ido dotando de contenido concreto a este concepto a través de sus decisiones y sentencias, en aplicación del art. 82 del Tratado, entre las que destacan las correspondientes a los asuntos *Continental Can*, *United Brands*, *Hoffman-La Roche* o *Michelin*, entre otras.

⁴ Case No. IV/M.877, *Boeing/McDonnell Douglas*.

⁵ Case No. COMP/M.1845, *AOL/Time Warner*.

⁶ Llegando en el caso *General Electric/Honeywell* a la declaración de incompatibilidad con el mercado común.

En todas ellas se detalla la *independencia de comportamiento* como la característica determinante para considerar que una empresa ostenta una posición de dominio.

Así, la Comisión Europea, haciéndose eco de la definición del Tribunal de Justicia en la Sentencia de 13 de febrero de 1979 en el asunto 85/76, Hoffmann-La Roche, señala en el punto 10 de su Comunicación de 9 de diciembre de 1997 que: «*En el marco de la política de competencia comunitaria, posición dominante es la que permite a una empresa o grupo de empresas comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, de sus consumidores*».

Llegados a este punto es necesario determinar los elementos claves para la consideración de que una empresa disfruta de independencia de comportamiento respecto de sus competidores, proveedores o clientes y, por lo tanto, ostenta una posición de dominio.

La Comisión señala brevemente en el mismo punto 10 de la Comunicación citada de 9 de diciembre de 1997 que: «*Tal situación⁷ se produce, por lo general, cuando una empresa o grupos de empresas controlan una parte importante de la oferta en un mercado determinado, siempre que los demás factores analizados en la valoración (barreras de entrada, capacidad de reacción de los clientes, etc.) apunten en la misma dirección*».

La única referencia al respecto, si bien indirecta, que encontramos en el Reglamento (CEE) núm. 4064/89 es el párrafo 15 de la Exposición de Motivos que señala que «*las operaciones de concentración entre empresas con cuotas de mercado limitadas no suponen un obstáculo para una competencia efectiva y pueden, por tanto, considerarse compatibles con el mercado común; que ello puede presumirse sin perjuicio de los arts. 81 y 82 del Tratado, en particular cuando la cuota de mercado de las empresas afectadas no supere el 25 por ciento ni en el mercado común ni en una parte sustancial del mismo*».

Esta cita hace suponer que la Comisión considera que una empresa o grupo de empresas con una cuota de mercado inferior al 25 por ciento, en principio, no pueden disfrutar de independencia de comportamiento ni, por lo tanto, ostentar una posición de dominio.

En todo caso ha sido la jurisprudencia la encargada de detallar esta cuestión. Entre todos los factores que, tradicionalmente, se han tomado en consideración, destacan los de carácter estructural tales como el número y poder económico de los competidores, proveedores y consumidores, las cuotas de mercado, el grado de integración vertical, el grado de dependencia, la elasticidad de la demanda o las barreras de entrada a nuevos competidores.

De esta forma, queda definido como criterio de prohibición a nivel europeo el de creación o reforzamiento de una posición de dominio,

⁷ Se refiere a la situación de independencia de comportamiento.

entendida ésta como la independencia con la que una empresa o grupo de empresas se comportan respecto de sus competidores, proveedores o usuarios para cuya determinación resulta necesario el análisis de las características estructurales del mercado correspondiente.

B. ESTADOS UNIDOS

Por su parte, la normativa de control de concentraciones en Estados Unidos tiene su origen en la Sección 7.^a de la *Clayton Act* de 1914 que consagra el principio de reducción sustancial de la competencia⁸ como el criterio de prohibición determinante.

En una primera etapa la aplicación práctica de la *Clayton Act* fue muy reducida dadas sus deficiencias tanto en lo referido a la definición del concepto de concentración empresarial⁹ como a las lagunas relacionadas con las operaciones de carácter vertical. Esta situación se corregía en la práctica con la aplicación de la Sección 1.^a de la *Sherman Act* de 1890 que prohibía todos aquellos contratos o actos de conspiración que restringieran el comercio¹⁰.

No obstante, no será hasta la promulgación de la *Celler Kefauver Act* en 1950, que dota de su redacción actual a la *Clayton Act*, cuando podamos hablar de una normativa estadounidense de control de concentraciones en un sentido moderno. Esta nueva redacción¹¹ en nada varía el criterio de prohibición que se mantiene en el de reducción sustancial de la competencia.

La jurisprudencia ha ido dotando de contenido concreto a este concepto; si bien, con escasa claridad, hasta la publicación por parte del Departamento de Justicia de las primeras *Merger Guidelines* en 1968 destinadas a precisar los criterios de evaluación de las operaciones de concentración de carácter vertical. En este tipo de operaciones el criterio marcado por estas primeras *Guidelines* era muy estricto; como, por otra parte, venía siendo habitual en la aplicación práctica llevada a cabo en esos años, reconociendo objeciones a operaciones verticales en las que la suma de cuotas de mercado de las empresas no superaba el 10 por ciento.

No será hasta 1982 cuando se publiquen unas nuevas *Merger Guidelines* destinadas, en esta ocasión, a precisar los criterios de evaluación en el

⁸ «Substantial lessening of competition».

⁹ A modo de ejemplo, la redacción original de la *Clayton Act* sólo contemplaba las operaciones en las que se adquirían participaciones accionariales y no otro tipo de activos como bienes inmuebles.

¹⁰ «Every contract, combination or conspiracy in restraint of trade».

¹¹ «No corporation engaged in commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no corporation subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another corporation engaged also in commerce, where in any line of commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly».

caso de las operaciones de carácter horizontal. En estas *Guidelines* no se determinaban cuotas de mercado específicas, pero sí se hacía especial referencia a los aspectos estructurales del mercado correspondiente a la hora de analizar si de la operación notificada se derivaba un daño sustancial a la competencia. En este sentido, las *Guidelines* reconocían el gran valor de un instrumento como el *Indice Hirschmann-Herfindahl (IHH)* para la realización de análisis de carácter estructural basados en niveles de concentración de mercado ¹².

Ambas *Guidelines* fueron revisadas en diversas ocasiones buscando una mejor adaptación a la realidad económica y empresarial de cada momento, quedando fijada su versión actual en 1984 para el caso de las operaciones de carácter vertical y en 1997 para las de carácter horizontal.

En ambas se define como criterio determinante para considerar que una operación puede producir un daño sustancial a la competencia, *la creación o fortalecimiento de una situación de poder de mercado* por parte de la empresa resultante o *la mayor facilidad para usar dicho poder*.

Las propias *Guidelines* se encargan de definir el concepto de poder de mercado. Así, desde el punto de vista de la demanda, se considera que una empresa que adquiere un determinado producto o servicio tiene poder de mercado si es capaz de situar el precio de dicho producto o servicio en niveles inferiores a lo considerado como precio competitivo. De la misma forma, desde el punto de vista de la oferta, se considera que una empresa suministradora de determinado producto o servicio ostenta poder de mercado si es capaz de ofrecer dicho producto o servicio por encima del precio competitivo durante un período considerable de tiempo.

Si bien con una redacción distinta, parece claro que el criterio utilizado por las autoridades estadounidenses es el mismo que el de la Comisión Europea ¹³: la independencia de comportamiento respecto de competidores, proveedores y consumidores. El concepto de capacidad de mantener el precio de un producto o servicio por encima o debajo, bien se trate de una empresa oferente o demandante, del que se considere competitivo durante un período de tiempo considerable es equivalente al de independencia de comportamiento.

¹² Las *Guidelines* establecían una división de los mercados en tres tipos: aquellos con un IHH inferior a 1.000 eran considerados no concentrados; los que tenían un IHH entre 1.000 y 1.800, moderadamente concentrados, y, por último, aquellos con un IHH superior a 1.800, altamente concentrados. Estas cifras se han mantenido inalteradas en las sucesivas revisiones de las *Merger Guidelines* (1984, 1992 y 1997); si bien es cierto que, en cada una de ellas, se ha buscado matizar la trascendencia de estos índices.

¹³ De hecho, así lo reconoce D. PLATT MAJORAS, *Deputy Assistant Attorney General* de la *Antitrust Division* del Departamento de Justicia de Estados Unidos: «We understand the EU's concept of dominance to be more or less synonymous with our concept of market power», en *GE-Honeywell: The us Decision*, Conferencia ante la *Antitrust Law Section* de la *State Bar of Georgia*, 29 de noviembre de 2001.

Esto significa que, en lo referido a los principios generales que inspiran la normativa de control de concentraciones e, incluso, a los criterios de prohibición derivados de la aplicación de dichos principios generales, no podemos considerar que existan diferencias notables entre ambas jurisdicciones.

2. APLICACIÓN PRÁCTICA

Reconocido que las diferencias no se producen en el nivel de los principios generales o los criterios de prohibición, es necesario acudir a la aplicación práctica de los mismos.

En este sentido, observamos ligeras distinciones en cuanto al valor otorgado a determinados instrumentos de análisis pero, sobre todo, mayores divergencias en lo relativo a la manera de entender y ponderar los efectos derivados de la aplicación práctica de conceptos teóricos de reciente aparición en materia de control de concentraciones.

Respecto de los instrumentos de análisis, a modo de ejemplo, cabe citar que las autoridades estadounidenses, como señalaba anteriormente, han incluido en sus *Guidelines* referencias explícitas a variaciones del IHH que determinan cambios en el grado de concentración de un mercado que generarían una situación de poder. Por su parte, la Comisión no ha recogido baremos expresos en términos de cuotas de mercado o cualesquiera otros índices respecto de los cuales se considera que una empresa ostenta una posición de dominio. En este sentido, podríamos entender que la actuación de la Comisión Europea está sometida a menos rigideces en esta materia.

Por otro lado, las *Guidelines* reconocen expresamente que las autoridades habrán de tener en cuenta los beneficios derivados de la mayor eficiencia de la empresa resultante de la operación, y la posibilidad de trasladar los mismos a los consumidores, a la hora de tomar sus decisiones.

En el caso europeo, es cierto que el Reglamento (CEE) núm. 4064/89 también recoge un supuesto similar en su art. 2.1.b) al señalar que la Comisión habrá de tener también en cuenta «*la evolución del progreso técnico o económico, siempre que ésta sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia*».

No obstante, la relevancia de este precepto es muy reducida dada su escasa aplicación práctica; mientras que, en el caso de Estados Unidos, sus autoridades sí vienen valorando de forma expresa y detallada en cada una de sus decisiones los posibles beneficios derivados de la mayor eficiencia de la empresa resultante.

Esta circunstancia se relaciona con algunos conceptos teóricos de reciente aparición, al menos, en cuanto a la trascendencia que están adquiriendo en su aplicación en el control de operaciones de concentración, especialmente, en aquellas de carácter no horizontal. Me refiero

a términos tales como *conglomerate effects*, *range effects* o *portfolio power*. La doctrina señala que las diferencias de acercamiento a estas teorías y en la manera de entender y ponderar sus efectos resultan claves para explicar las divergencias que se han producido recientemente.

En síntesis, mientras las autoridades estadounidenses destacan que la eficiencia derivada de ofrecer un paquete integrado y más amplio de productos o servicios puede traducirse en beneficios para los consumidores (fundamentalmente, en forma de precios más bajos), la Comisión Europea advierte de los riesgos de exclusión de competidores que se podrían producir debido, precisamente, a la mayor eficiencia de la empresa resultante de la operación y, por lo tanto, sobre los efectos que pudiera tener en la estructura competitiva del mercado correspondiente en medio y largo plazo.

Estas teorías¹⁴ también hacen hincapié en la posibilidad de que la empresa resultante de la operación pueda utilizar su posición de dominio o de poder en un determinado mercado para fortalecer su presencia o excluir competidores de otros mercados conexos o relacionados con el primero.

No pretendo hacer un desarrollo teórico de estos conceptos sino, más bien, analizar en qué medida han estado presentes en los casos analizados y si, efectivamente, han dado pie a diferencias de planteamiento entre ambas jurisdicciones.

3. CASO BOEING/MCDONNELL DOUGLAS

En 1997, *The Boeing Company*, fabricante estadounidense de aviones comerciales y militares de gran capacidad con presencia en otras industrias como la aeroespacial, notificó a las autoridades de defensa de la competencia de Estados Unidos y la Unión Europea su intención de adquirir su competidora¹⁵, también estadounidense, *McDonnell Douglas Corporation*.

La respuesta de ambas autoridades fue distinta. Mientras la *Federal Trade Commission* aprobó la operación sin grandes objeciones, la Comisión Europea sólo la declaró compatible con el mercado común cuando,

¹⁴ Los principios que inspiran estas teorías fueron originalmente acogidos por las autoridades norteamericanas en casos tan relevantes como *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 us 586 (1967); *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 us 270 (1966); *United States v. Arnold Schwinn & Co.*, 388 us 365 (1967); *Albrecht v. Herald Co.*, 390 us 145 (1968), o *United States v. Topco Assocs.*, 405 us 596 (1972), para ser, posteriormente, abandonados coincidiendo con la revisión de las *Merger Guidelines* en 1982 y, en particular, por la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Continental tv Inc. V. GTE Silvana, Inc.*, 433 us 36 (1977), en el que se reconocía expresamente que el principal objetivo de la política *antitrust* debía ser, por encima de cualquier otra preocupación, el bienestar económico de los consumidores. En ambos casos la influencia del pensamiento de la Escuela de Chicago fue notable, en particular, a través del movimiento conocido como *Law and Economics*.

¹⁵ Mediante acuerdo de ambas empresas de 14 de diciembre de 1996.

en el último momento¹⁶, las empresas presentaron un plan de compromisos que ofrecía soluciones a las cuestiones problemáticas planteadas durante el procedimiento.

Estas diferencias suscitaron una agria polémica en la que se llegó a poner en duda que ambas autoridades hubieran basado sus decisiones en criterios objetivos; considerando, más bien, que respondían a motivaciones de defensa de una determinada política industrial¹⁷. No es mi intención entrar a valorar en detalle estas polémicas puesto que, de esa forma, me desviaría del objetivo principal de estas líneas que no es otro que el de realizar un análisis neutral de las circunstancias técnicas que llevaron a ambas autoridades a tomar decisiones distintas.

La estructura de mercado era sencilla de definir. El mercado relevante era el de aviones comerciales de gran capacidad a nivel mundial¹⁸ en el que antes de la operación sólo competían tres empresas: *Boeing*, *Airbus* y *McDonnell Douglas* con cuotas de mercado del 60 por ciento, 30 por ciento y 10 por ciento, respectivamente; de lo que se deducía que la operación generaría un duopolio en el que la empresa resultante tendría una cuota de mercado del 70 por ciento frente a un único competidor con una cuota del 30 por ciento en un sector con muy elevadas barreras de entrada.

Ambas autoridades estuvieron también de acuerdo en un aspecto clave: *McDonnell Douglas* no se encontraba en condiciones de competir con las otras dos empresas y ganar cuota de mercado; más bien, las perspectivas de medio y largo plazo anticipaban una paralización, o paulatina pérdida, de su propia cuota¹⁹.

¹⁶ La operación fue notificada a la Comisión Europea el 18 de febrero de 1997 y ésta la declaró compatible con el mercado común el 30 de julio de ese mismo año.

¹⁷ En el caso de la Comisión Europea estas acusaciones carecen de consistencia si tomamos en consideración dos decisiones: la 91/619/EEC, mediante la cual la Comisión se opuso a la operación de concentración *Aerospatiale-Alenia/deHavilland* que hubiera generado un competidor europeo dominante a nivel mundial en el mercado de aviones comerciales de pequeña capacidad, y el caso núm. IV/M.1879, *Boeing/Hughes*, en el que se declaró compatible con el mercado común esta operación de concentración de dos empresas estadounidenses del sector aeronáutico. Si la Comisión Europea basara sus decisiones en criterios de política industrial europea, la solución dada a estos dos casos hubiera sido completamente opuesta.

En el caso de Estados Unidos, la declaración de la *Federal Trade Commission* fue tajante al señalar: «*The national champion argument does not explain today's decision. Our task as enforcers, conferred in clear terms by Congress in enacting the antitrust statutes, is to ensure the vitality of the free market by preventing private actions that may substantially lessen competition or tend to create a monopoly. In the Boeing-McDonnell Douglas matter, the Commission's task was to review a merger between two direct competitors. (...) We do not have the discretion to authorize anticompetitive but "good" mergers because they may be thought to advance the United States' trade interest*» (File núm. 971-0051).

¹⁸ La definición del mercado relevante dejó fuera el sector de aviación militar al considerar ambas jurisdicciones que no se fortalecía ni creaba posición de dominio alguna.

¹⁹ La *Federal Trade Commission* lo reconocía de la siguiente forma: «*the company (McDonnell Douglas) is no longer in a position to influence significantly the competitive dynamics of the commercial aircraft market*». Curiosamente, la Comisionada *Mary L. Azcuenaga* no estuvo de acuerdo con esta aseveración en su declaración particular ni, por lo tanto, con la decisión mayoritaria de sus colegas:

Esta circunstancia, determinante para la decisión de la *Federal Trade Commission*, no fue óbice para que la Comisión Europea considerase que la operación fortalecía la posición de dominio de *Boeing* en el mercado relevante desde una doble vía:

— trasladando los derechos de propiedad intelectual²⁰, los recursos financieros y los fondos públicos destinados a I+D²¹ que poseía *McDonnell Douglas* en el sector militar y aeroespacial al área de aviación comercial de *Boeing*, y

— mediante la extensión del número de clientes de *Boeing* fruto del traspaso de los acuerdos de *Douglas Aircraft* en materia de suministro y mantenimiento. Esta circunstancia se agravaba con la existencia de acuerdos exclusivos de suministro por veinte años de *Boeing* con tres de las principales aerolíneas²² a nivel mundial.

Estos dos puntos marcaron las principales diferencias de evaluación entre ambas autoridades. La Comisión Europea los tomó en consideración de forma determinante²³; la *Federal Trade Commission*, no.

Por lo que se refiere al primer punto, la Comisión Europea consideró que la operación contribuiría a fortalecer la posición de dominio de *Boeing* en términos financieros, permitiéndole llevar a cabo estrategias de subsidios cruzados entre unas actividades y otras, dependiendo de los niveles de competencia en cada una de ellas²⁴.

Al mismo tiempo, el incremento en los fondos públicos destinados a I+D facilitaría generar un proceso de transferencia de tecnología y *know-how* del sector militar al comercial, lo que generaría ventajas competitivas en este área inalcanzables para el único competidor restante²⁵.

Respecto al segundo punto es importante resaltar una diferencia entre la jurisprudencia estadounidense y la europea. Como ha señalado Robert PITOFSKY²⁶, en Estados Unidos es habitual autorizar acuerdos exclusivos

«The evidence shows that Douglas has added an element of competition at the stage at which commercial aircraft producers bid for the business of airlines, and it has continued to win some business». Por su parte, la Comisión Europea reconocía que «today McDonnell Douglas is no longer a real force in the market for the sale of new aircraft on a stand-alone basis».

²⁰ Se estimaba que entre ambas compañías concentraban, aproximadamente, 650 patentes, de las cuales la Comisión Europea consideró que 112 podrían utilizarse para restringir el acceso a tecnología futura clave.

²¹ Procecentes del *us Department of Defence*, la *National Aeronautics and Space Administration (NASA)* y otras instituciones públicas.

²² *American Airlines*, *Delta Airlines* y *Continental Airlines*.

²³ La Comisión Europea señalaba sus objeciones de la siguiente forma: «Boeing's broader product range after the merger, its financial resources and its higher capacity which enables it to respond to airlines' needs for deliveries on a short lead time would, in combination, significantly increase Boeing's ability to induce airlines to enter into exclusive deals».

²⁴ El informe de la Comisión Europea señalaba que: «Boeing would have opportunities, where it thought appropriate, to set prices at zero-profit or below-cost levels within the mid-size segment, financed by the higher margins achieved in the smallest and largest segments».

²⁵ El informe de la Comisión Europea señalaba que: «Through the proposed merger Boeing will greatly increase the benefits obtained from the transfer of military technology to commercial aircraft».

²⁶ «Vertical Restraints and Vertical Aspects of Mergers», en B. HAWK (ed.), *Fordham Corp. L. Inst.*, 111, 117, 119, 1998.

de largo plazo que afectan a cuotas hasta del 30 por ciento del mercado correspondiente, mientras que la Comisión Europea ha perseguido acuerdos de este tipo que afectaban a cuotas inferiores al 15 por ciento.

Este diferente criterio de permisividad respecto de estos acuerdos es determinante para que ambas jurisdicciones, de manera congruente con su tradición, valoren de distinta forma el impacto que la suma de los acuerdos de exclusividad de *Boeing* y los contratos vigentes de suministro y mantenimiento de *McDonnell Douglas* habría de tener en la posición de mercado de la primera tras la operación. La Comisión Europea consideró que estas dos circunstancias suponían, en realidad, el cierre de más del 40 por ciento del mercado durante los próximos diez o quince años, lo que fortalecería la posición de dominio de *Boeing*.

Por último, la Comisión Europea concluyó que de las anteriores circunstancias no sólo se derivaba un fortalecimiento de la posición de dominio de *Boeing* frente a sus clientes sino también frente a sus proveedores, lo que le permitiría actuar desde esta doble perspectiva para intentar debilitar la posición de *Airbus*²⁷.

De todo lo anterior se extrae que la diferencia en la decisión de cada una de las autoridades no se basó en la preeminencia de unas teorías frente a otras sino, simplemente, en una apreciación distinta de los mismos hechos: lo que para la Comisión Europea suponía un fortalecimiento de la posición de dominio de *Boeing* desde diversos puntos de vista, para la *Federal Trade Commission* no pasaban de meras hipótesis difíciles de predecir con exactitud.

Esto hace que no sea un caso del que podamos extraer conclusiones de aplicabilidad genérica sino que, simplemente, se trata de diferentes criterios de apreciación. Diferencias de apreciación que, por cierto, también se produjeron en el seno de la *Federal Trade Commission* como pone de manifiesto la declaración particular realizada por una de sus Comisionadas, *Mary L. Azcuenaga*.

La decisión final de la Comisión Europea declaró la operación compatible con el mercado común, una vez las empresas presentaron un amplio abanico de compromisos tanto de carácter estructural como de comportamiento que eliminaban los riesgos sobre la competencia planteados durante el procedimiento.

4. CASO AMERICA ONLINE (AOL)/TIME WARNER

En el primer trimestre del año 2000, la empresa proveedora de servicios de Internet, *America Online Inc. (AOL)*, y el grupo de medios de comunicación y entretenimiento, *Time Warner Inc.*, ambos de Estados

²⁷ El informe de la Comisión Europea señalaba que: «*Boeing's increase in buying power could significantly weaken the competitive position of Airbus*».

Unidos, notificaron a las autoridades estadounidense y europea su intención de fusionarse creando la compañía *AOL Time Warner Inc* ²⁸.

En este caso se trataba de una operación de carácter no horizontal en la que las empresas no competían entre sí en casi ninguno de los mercados relevantes ²⁹. Aunque la decisión final tanto por parte de la *Federal Trade Commission* como de la Comisión Europea fue aprobar la operación, ambas autoridades mostraron importantes objeciones, si bien de características muy distintas.

Las principales preocupaciones de la *Federal Trade Commission* se enmarcaban en el desarrollo de infraestructuras tecnológicas de acceso a Internet. *AOL* era el proveedor líder de estos servicios con soporte digital (DSL) ³⁰, mientras que *Time Warner* competía, a través de su filial, *Road Runner*, como proveedor de acceso a Internet vía cable ³¹. En el momento de notificarse la operación, un mayor número de usuarios de Internet por banda ancha utilizaban la tecnología del cable frente a las redes DSL ³², aunque esta última registraba tasas de crecimiento más elevadas.

La autoridad estadounidense consideró que tras la fusión el interés de *AOL* por desarrollar infraestructuras con tecnología DSL sería muy reducido en aquellas áreas cubiertas por la red de cable de *Time Warner* ³³. Esta situación se hacía más patente teniendo en cuenta la apuesta de *Time Warner* por el diseño de contenidos susceptibles de ser transmitidos por este tipo de tecnología, en especial, los relacionados con la incipiente televisión interactiva (ITV) ³⁴.

Con esta información, la *Federal Trade Commission* consideró diversos mercados relevantes (servicios de acceso a Internet por banda ancha, servicios de transporte de la señal de Internet por banda ancha y servicios de televisión interactiva) caracterizados por un muy elevado grado de concentración y unas altas barreras de entrada tanto de carácter tecnológico como financiero. En los tres casos, la autoridad estadounidense estimó que la operación eliminaba la competencia existente y potencial

²⁸ Mediante acuerdo de 10 de enero de 2000.

²⁹ De hecho, sólo coincidían, como se señala más adelante, en el mercado estadounidense de servicios de acceso a Internet de banda ancha, si bien, ambas compañías utilizaban tecnologías distintas: *Time Warner*, el cable, y *AOL*, la red DSL.

³⁰ Con casi 30 millones de clientes.

³¹ Los servicios de *Road Runner* no abarcaban todo el país sino aquellas localidades accesibles a los sistemas de televisión por cable de *Time Warner*, que contaba con 12,6 millones de suscriptores, de los cuales 1,1 millones también estaban suscritos a los servicios de *Road Runner*.

³² En el caso del acceso por banda estrecha el líder indiscutible era *AOL*, con más del 50 por ciento de los usuarios.

³³ «*AOL will have less incentive to promote DSL as a transport medium in Time Warner cable areas after the merger*», FTC Complaint In the Matter of America Online Inc. and Time Warner Inc.-Docket No. C-3989.

³⁴ La televisión interactiva combina la programación tradicional de televisión con las funciones propias de Internet y requiere un *hardware* y un *software* específicos para hacer compatibles estos contenidos con las pantallas de televisión. Si bien la televisión interactiva también podría transmitirse utilizando la tecnología DSL, la experiencia viene demostrando que la red de cable ofrece una calidad muy superior.

entre las dos empresas, lo que provocaría un fortalecimiento del cable como tecnología clave para el suministro de esos servicios con un dominio de mercado determinante por parte de la nueva *AOL Time Warner Inc.*

La solución propuesta por la *Federal Trade Commission* para aprobar la operación se basó en el compromiso de la nueva compañía de abrir el acceso a su red de cable a otros proveedores de servicios de Internet³⁵, no discriminar a los usuarios finales en función de que fueran suscriptores o no de su programación de televisión y seguir promocionando los servicios DSL de *AOL* en aquellas áreas cubiertas por la red de cable de *Time Warner*³⁶.

En Europa, la preocupación no se centraba en el control de las redes de cable, puesto que no sólo *Time Warner* no poseía infraestructuras de este tipo en nuestro continente, sino que la presencia de esta tecnología tanto desde el punto de vista de servicios de Internet como de contenidos de televisión se limitaba a algunos países nórdicos. Esta circunstancia propició que la Comisión Europea centrara sus análisis en el acceso a los contenidos en lugar de las infraestructuras.

AOL Europe, S. A., participaba en diversas *joint-venture* europeas³⁷ asociada con el grupo mediático alemán *Bertelsmann AG*, con el que, unos meses antes de la notificación de la operación, había firmado un acuerdo de cooperación por un período de cuatro años, según el cual *AOL* tendría acceso preferencial a los contenidos de *Bertelsmann*, entre los que destacaban los de *CLT-UFA*, en televisión y cine; *Pearson*, en televisión y prensa escrita, y *BMG*, en música.

Teniendo en cuenta estos acuerdos, la operación notificada proporcionaría a *AOL Europe* un acceso preferencial y previsiblemente exclusivo a dos de las productoras de contenidos de entretenimiento más importantes del mundo: *Bertelsmann AG* y *Time Warner*³⁸. Por ello, la perspectiva del análisis de la operación se orientó a la integración vertical que se produciría al controlar la empresa resultante la producción y distribución de determinados contenidos.

En particular, la Comisión consideró los siguientes mercados relevantes como afectados por la operación de concentración:

³⁵ Antes incluso que a *AOL*, y, en particular, al segundo proveedor más importante del país, *Earthlink*.

³⁶ En particular, *New York City, Tampa Bay, Central Florida, Houston, Raleigh/Fayetteville, Western Ohio, Northern Ohio, Charlotte, Los Angeles, Milwaukee, Greensboro, Hawaii, Cincinnati, San Antonio, Syracuse, Kansas City, South Carolina, Columbia, Rochester* y *Albany*.

³⁷ En Francia, por ejemplo, *AOL Europe* operaba mediante una *joint venture* con *Bertelsmann* y el grupo francés *Vivendi*, a través de sus filiales de telecomunicaciones y televisión de pago, *Cegetel* y *Canal Plus*.

³⁸ Entre los contenidos más conocidos de *Time Warner* destacan: en televisión, los canales *TNT*, *Cartoon Network* y *CNN*; en prensa, las revistas *Time*, *People* y *Sports Illustrated*; en música, los sellos *Warner Bros.*, *Atlantic*, *Elektra* y *Rhino*, y en producción cinematográfica, los estudios *Warner Bros.* y *New Line Cinema*.

— El mercado emergente de la transmisión de música por Internet que incluye dos actividades: *downloading* y *streaming*. *Downloading* es una forma de transmisión basada en una tecnología que permite al usuario transferir y depositar ficheros de música en su ordenador. *Streaming* es también una forma de transmisión de música por Internet pero en la cual el fichero se transfiere al ordenador del usuario de una manera temporal. En todo caso, la Comisión Europea consideró que no suponen mercados relevantes distintos³⁹.

— El mercado de la transmisión de otros contenidos de pago por Internet tales como películas de cine, acontecimientos deportivos o conciertos de música.

— El mercado del *software* para escuchar música por Internet en el que participa *AOL* a través de su sistema *Winamp*⁴⁰.

— El mercado de servicios de acceso a Internet por banda estrecha en aquellos países en los que *AOL* ofrece sus servicios⁴¹.

— El mercado de servicios de acceso a Internet por banda ancha sin distinción entre tecnología digital o de cable.

Una vez definidos los mercados relevantes, la Comisión procedió a analizar el impacto de la operación en la estructura de cada uno de ellos, llegando a la conclusión de que en el mercado de música por Internet, la empresa resultante controlaría los derechos de reproducción correspondientes a los sellos de *Time Warner* y tendría acceso preferencial a los de *Bertelsmann*, lo que suponía un 30 o 40 por ciento del mercado a nivel mundial; cifra equivalente a la suma de los derechos en poder de las otras tres grandes empresas competidoras en este mercado, *EMI*, *Sony* y *Universal*.

Esta situación otorgaría independencia de comportamiento a la empresa resultante en el mercado de la música por Internet, que podría utilizarse para fortalecer la posición de *AOL* como proveedor de servicios de acceso a Internet mediante la firma de acuerdos de exclusividad para acceder a estos contenidos. Esta circunstancia facilitaría, incluso, que la nueva empresa determinase los estándares técnicos para la transmisión de música por Internet favoreciendo el *software* ya existente de *AOL*, *Winamp*⁴², frente al de otros competidores.

Todo ello podría generar efectos de exclusión de competidores en los tres mercados: transmisión de música por Internet, servicios de acceso

³⁹ Por el contrario, la Comisión sí estableció diferencias entre el mercado de música por Internet y el de música en soporte físico basándose en las características específicas (inmediatez, personalización, formas de distribución y de *marketing*...) del primero que no lo hacen sustituible por el segundo desde la perspectiva del consumidor.

⁴⁰ Desarrollado por la compañía *Nullsoft* que *AOL* adquirió en 1999. Otros competidores en este sector son *Realplayer* de *Real Networks*, *Microsoft Media Player*, *QuickTime* de *Apple* o *MusicMatch Jukebox*.

⁴¹ Bélgica, Alemania, España, Francia, Italia, Holanda, Austria, Suecia y Reino Unido.

⁴² De hecho, dentro del acuerdo firmado por *AOL Europe* y *Bertelsmann AG* se contemplaba el compromiso de ésta de adaptar su música a los estándares técnicos de *Winamp*. Concretamente, el tenor literal del acuerdo señalaba: «*Finally, AOL and Bertelsmann agree to work to ensure that Bertelsmann's music is formatted to be playable by AOL's Winamp player software*».

a Internet y *software* para escuchar música por Internet y, por consiguiente, la creación o fortalecimiento de la posición de dominio de la empresa resultante de la operación.

Dadas estas circunstancias, las empresas hubieron de adoptar una serie de compromisos para obtener una decisión favorable de la Comisión Europea. Estos compromisos se centraron, fundamentalmente, en la ruptura de los acuerdos entre *AOL Europe* y *Bertelsmann AG*, así como de la *joint-venture* que ambas empresas habían formalizado en Francia, y garantizar la compatibilidad de la música de *Warner* a otros sistemas de *software* distintos del *Winamp*.

De nuevo, nos encontramos ante un caso del que podemos extraer pocas conclusiones de aplicabilidad genérica a los efectos de este artículo. Las diferentes soluciones ofrecidas por la *Federal Trade Commission* y la Comisión Europea a esta operación no responden a la aplicación de teorías distintas sino, simplemente, a situaciones de mercado diferentes a ambos lados del Atlántico.

La existencia de verdadera competencia entre la tecnología digital y de cable para la prestación de servicios de acceso a Internet de banda ancha en Estados Unidos propició que la autoridad de este país plantease sus objeciones a la operación buscando evitar el deterioro de dicha competencia.

Esta circunstancia no se producía en Europa al carecer las empresas notificantes de infraestructuras de cable en nuestro continente, pero, en nuestro caso, se añadía un hecho determinante para la decisión de la Comisión Europea como era el acuerdo entre *AOL Europe* y *Bertelsmann AG*, que, unido a la operación notificada, podía producir efectos como el cierre de mercado y exclusión de competidores en diversas áreas de actividad.

El resultado final era de prever: a situaciones de mercado distintas, soluciones también distintas.

5. CASO GENERAL ELECTRIC/HONEYWELL

En octubre de 2000, *General Electric*, empresa estadounidense presente en numerosos sectores industriales, entre los que destaca, a los efectos de esta operación, el de fabricación de motores para grandes aviones, anunció su intención de adquirir la compañía también estadounidense *Honeywell*, dedicada al diseño y fabricación de sistemas electrónicos y otros componentes para la industria aeronáutica. Esta misma operación se notificó a la Comisión Europea en febrero de 2001.

El principal mercado afectado por la transacción era el aeroespacial civil, en el que *General Electric*, tanto directamente como a través de *CFMI*⁴³, es uno de los principales proveedores de motores para aviones

⁴³ *Joint-venture* constituida al 50 por ciento por *General Electric* y *Snecma*, que, entre otros, fabrica los motores *CFM56* que utilizan los aviones tipo *Boeing 737*.

de gran capacidad⁴⁴ y *Honeywell* fabrica sistemas electrónicos de aviación⁴⁵ y otros componentes como motores para pequeños aviones.

Además de los anteriores, la División *Antitrust* del Departamento de Justicia de Estados Unidos incluyó entre los mercados afectados por la operación algunas áreas de aviación militar, así como los servicios de reparación y mantenimiento de motores para aviones, en los que se producía un solapamiento de actividades entre ambas compañías, al menos, en el mercado estadounidense.

En todo caso, esta autoridad decidió no llevar la operación a los Tribunales una vez acordó con las partes la desinversión del negocio de *Honeywell* de motores para helicópteros militares y el compromiso de autorización por parte de la empresa resultante de un tercer proveedor de servicios de mantenimiento y reparación para los motores fabricados por *Honeywell*.

Respecto al resto de mercados, el Departamento de Justicia consideró que *General Electric* no disfrutaba de posición de dominio en el de motores para aviones de gran capacidad puesto que, si bien su cuota de mercado era muy elevada, se debía, en gran medida, al contrato de suministro firmado con *Boeing* para el avión tipo 737⁴⁶. Asimismo, estimó que la actividad de la empresa resultante se desenvolvería en un entorno de fuerte competencia entre rivales de gran poder económico y financiero en el que la eficiencia derivada de la operación habría de generar beneficios para los consumidores, mayores que los riesgos de exclusión de competidores⁴⁷.

El proceso en Europa fue notablemente más complejo y sujeto a negociaciones hasta el último momento que, no obstante, no fueron suficientes para evitar que la Comisión declarara la operación incompatible con el mercado común aduciendo tres factores de riesgo sobre la competencia al amparo de la teoría conocida como *range* o *conglomerate effects*.

En primer lugar, la empresa resultante de la operación tendría la posibilidad de ofrecer paquetes agrupados de productos (por ejemplo, motores de *General Electric* y los sistemas electrónicos de *Honeywell*) a precios que, sin ser predatorios, no estarían al alcance de otros competidores.

⁴⁴ Los otros dos principales competidores son *Pratt & Whitney*, filial de *United Technologies*, y *Rolls-Royce*.

⁴⁵ En el que los tres principales competidores (*Honeywell*, *Rockwell Collins* y *Thales*) concentran una cuota de mercado del 90 por ciento a nivel mundial.

⁴⁶ El Departamento de Justicia señalaba en su informe que eliminando ese contrato la distribución de cuotas de mercado era la siguiente: *General Electric*, 44 por ciento; *Pratt & Whitney*, 23 por ciento, y *Rolls Royce*, 27 por ciento.

⁴⁷ La posición del Gobierno de Estados Unidos no deja lugar a dudas en la siguiente declaración del Secretario del Tesoro, Lawrence H. Summers: «*The goal is efficiency, not competition. The ultimate goal is that there be efficiency*», *Competition Policy in the New Economy*, 69 *Antitrust Law Journal*, 353, 358 (2001).

Este punto se convirtió en la principal controversia entre ambas jurisdicciones. Mientras el Departamento de Justicia de Estados Unidos consideró que esta estrategia, derivada de las eficiencias generadas por la operación, repercutiría en beneficios para los consumidores, la Comisión Europea estimó que la misma dotaría a la empresa resultante de una ventaja inalcanzable para el resto de competidores que derivaría en una pérdida de cuota de mercado por parte de éstos y en un fortalecimiento de la posición de dominio de aquélla.

En segundo lugar, la operación permitiría a *General Electric* extender su posición de dominio en el mercado de motores para aviones de gran capacidad⁴⁸ al de sistemas electrónicos y otros componentes aplicados a la industria aeronáutica con presencia de *Honeywell*.

De nuevo, se produjo una divergencia entre ambas jurisdicciones puesto que la Comisión Europea consideró que *General Electric* disfrutaba de independencia de comportamiento respecto de sus competidores, proveedores y consumidores y, por lo tanto, ostentaba una posición de dominio en el mercado de motores para aviones de gran capacidad.

En tercer lugar, la Comisión observó como otro factor de riesgo para la competencia el hecho de que la filial de *leasing* de *General Electric* (*GE Capital Aviation Services*, *GECAS*)⁴⁹ podría favorecer aquellas operaciones vinculadas a productos de *Honeywell*, lo cual fortalecería aún más la posición de la empresa resultante en los mercados con presencia de ambas compañías. De hecho, ésta era la práctica habitual de *GECAS* que, como reconoció ante la Comisión Europea, sólo compraba aviones con motores de *General Electric*⁵⁰.

Estas objeciones no pudieron solventarse, a juicio de la Comisión Europea, con los compromisos presentados por las empresas durante las negociaciones, lo que dio lugar a la declaración de incompatibilidad con el mercado común.

El argumento utilizado por buena parte de la doctrina estadounidense en contra de la decisión de la Comisión Europea se basa en la incertidumbre que rodea las conclusiones a las que ésta llega en cuanto a la capacidad de los competidores de responder de manera eficaz y activa a una política comercial más agresiva por parte de la empresa resultante⁵¹.

⁴⁸ «GE was found to hold by far both the largest installed base of engines on large commercial aircraft still in production as well as the largest order backlog», en *General Electric/Honeywell-An insight into the Commission's investigation and decision*, D. GIOTAKOS, L. PETIT, G. GARNIER y P. DE LUYCK, *Competition Policy Newsletter*, No. 3, October 2001.

⁴⁹ *GECAS* es una de las compañías de financiación de compras de aviones para aerolíneas más importante del mundo. *GECAS* actúa en el mercado tanto financiando operaciones como comprando directamente los aviones. En este sentido, cabe señalar que *GECAS* es el primer comprador de aviones del mundo, por delante, incluso, de las principales aerolíneas.

⁵⁰ Esta circunstancia ha llevado, por ejemplo, a *General Electric* a ser el proveedor exclusivo del nuevo avión tipo Boeing 777X.

⁵¹ «Our strong belief in markets and our humility in our own predictive abilities lead us to be

Sin entrar a detallar el grado de fiabilidad de los análisis económicos realizados por la Comisión Europea, es necesario reconocer que, dado que sus previsiones son de medio y largo plazo, necesariamente conllevan un grado de incertidumbre elevado; no obstante, no deberíamos olvidar que en este punto existe una gran diferencia entre Estados Unidos y la Unión Europea.

Mientras en Estados Unidos la legislación permite a las autoridades de defensa de la competencia deshacer operaciones de concentración u ordenar la desagregación de una empresa en posición de dominio, esta opción no es factible en el caso europeo⁵². Por ello, la Comisión Europea debe examinar con mayor sutileza cualquier cambio estructural que se pueda producir en los mercados mediante este tipo de operaciones porque no tiene capacidad de corrección *ex post*.

Si la operación hubiera sido aprobada por ambas autoridades y, al cabo de unos años, el escenario hipotético de expulsión de competidores señalado por la Comisión Europea se hubiera producido, las autoridades estadounidenses tendrían la posibilidad de tomar medidas estructurales, mientras que la Comisión Europea sólo podría actuar si la empresa resultante incurriese en una conducta abusiva de su posición de dominio e, incluso, en este caso, no podría tomar una decisión de carácter retroactivo de disolución de la operación.

Esta cuestión es fundamental para entender las diferencias entre las decisiones de las autoridades estadounidenses y la Comisión Europea. En este caso particular también encontramos otra explicación en el comportamiento de los conglomerados industriales a ambos lados del Atlántico.

Mientras en Estados Unidos es habitual que cada división actúe de manera independiente, en Europa la tradición muestra una mayor cohesión en busca de sinergias y, por lo tanto, mayor predisponibilidad a llevar a cabo prácticas de *bundling*. Por ello, la Comisión Europea es más sensible a los efectos estructurales que pueda provocar una estrategia de este tipo por parte de la empresa resultante, lo que, como señalaba anteriormente, era altamante predecible en esta operación.

En fin, en este caso las diferencias en las decisiones de la Comisión Europea y el Departamento de Justicia encuentran diversas explicaciones. En primer lugar, ambas jurisdicciones han basado sus decisiones en teorías distintas (la doctrina de las eficiencias frente a la de los efectos del conglomerado) que, en todo caso, encuentran su razón de ser en una visión más amplia de la normativa de defensa de la competencia en cada una de las áreas e, incluso, en una práctica empresarial también distinta a ambos lados del Atlántico.

sceptical of claims by rivals that a merger will lead to their ultimate demise and to demand strong empirical proof before we will accept such claims», en D. PLATT MAJORAS, ídem.

⁵² Un buen ejemplo de esta circunstancia es el diferente tratamiento a ambos lados del Atlántico del caso Microsoft.

No obstante, las diferencias no se reducen a cuestiones teóricas sino que, al igual que ocurría en el caso *Boeing/McDonnell Douglas*, también se explican por apreciaciones distintas de los mismos hechos en lo que se refiere, sobre todo, a la posición de dominio o no de *General Electric* en el mercado de motores para aviones de gran capacidad.

6. CONCLUSIONES

Los esfuerzos de las autoridades estadounidenses y europea por reducir al mínimo las diferencias en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia han sido notables. De hecho, éste es, junto a la promoción de la cooperación y coordinación entre autoridades, el principal objetivo que perseguía el *Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America Regarding the Application of Their Competition Laws* de 1991⁵³. Todo ello entendido como garantía básica de seguridad jurídica para la actividad empresarial transatlántica.

Esta circunstancia no ha sido óbice, sin embargo, para que en casos puntuales las decisiones tomadas por las autoridades de ambas jurisdicciones o los enfoques en los análisis hayan diferido. Estas diferencias, como hemos comprobado, no se deben a la aplicación de distintos principios generales o criterios de prohibición sino que es necesario acudir a la aplicación práctica para encontrar explicaciones más plausibles.

En este sentido, del estudio de los tres casos comentados en este artículo se extraen algunas conclusiones que se separan de lo que viene siendo objeto habitual de debate.

En el caso *Boeing/McDonnell Douglas* las diferencias en las objeciones planteadas por cada una de las autoridades se explican por una apreciación dispar de lo que supone o no un fortalecimiento de una posición de dominio que, si bien en ambas jurisdicciones se utilizan principios generales prácticamente idénticos, en su aplicación práctica se originan diferencias difícilmente evitables como pone de manifiesto el hecho de que se produjeran, incluso, en el seno de la *Federal Trade Commission*.

La disparidad en el segundo caso analizado, *AOL/Time Warner*, tiene su origen en las especificidades de la presencia de las empresas notificantes y sus estrategias comerciales en los mercados estadounidense y europeo. El deterioro de la competencia en las infraestructuras de acceso a Internet por banda ancha era el motivo de preocupación de la *Federal Trade Commission*, mientras que las objeciones principales de la Comisión Europea, ante la ausencia de ese tipo de competencia en nuestro mercado, se centraban en el acuerdo preferencial firmado por *AOL* y *Bertelsmann*

⁵³ Así se señala en el art. I.1 de este Acuerdo que: «*The purpose of this Agreement is to promote cooperation and coordination and lessen the possibility or impact of differences between the Parties in the application of their competition laws*».

AG. En este caso, la disparidad de soluciones encuentra una explicación obvia; de hecho, hubiera resultado extraño que ante situaciones de mercado distintas ambas autoridades hubieran coincidido en sus objeciones.

En el último caso analizado sí encontramos vestigios de aplicación de distintas teorías para analizar los mismos hechos. Sin embargo, como ya comentaba, esta circunstancia encuentra su explicación en una visión más profunda de la normativa de defensa de la competencia a ambos lados del Atlántico.

En fin, este análisis pone de manifiesto que las diferencias de planteamiento y, en ocasiones, de decisión entre las autoridades estadounidenses y europea no son caprichosas sino que se deben a circunstancias que van más allá de la mera utilización de unas u otras teorías.

El riesgo de decisiones distintas en la evaluación de una misma operación de concentración siempre estará presente y es inherente a la propia actuación de interpretación normativa. Más aún si tenemos en cuenta que los análisis que se realizan en estas operaciones se centran en proyecciones de futuro y, por lo tanto, necesariamente conllevan una elevada carga de incertidumbre.

De hecho, estas diferencias no se producen únicamente a nivel internacional sino que dentro de Estados Unidos la aplicación práctica que el Departamento de Justicia y la *Federal Trade Commission* hacen de la *Clayton Act* también conduce, en ocasiones, a interpretaciones discordantes. Estas diferencias no se ponen de manifiesto en casos específicos dado el acuerdo de división sectorial por el que se rigen, pero es revelador que no fuera hasta 1992 cuando ambas autoridades se pusieron de acuerdo para publicar de forma conjunta sus *Merger Guidelines*.

Otro reconocimiento más de esta situación es la Sentencia del Tribunal Supremo⁵⁴ de Estados Unidos en la que se facultaba a los Estados afectados por una operación de concentración a obligar a la empresa resultante a llevar a cabo desinversiones mayores que las propuestas por las autoridades federales.

Estas circunstancias ponen de manifiesto que la aplicación práctica de la normativa de concentraciones por parte de varias autoridades puede llevar a decisiones distintas dadas las diferencias estructurales de los mercados y de la propia presencia y estrategias de las empresas en cada uno de ellos. En todo caso, no debemos olvidar que estas diferencias han sido tradicionalmente excepciones a una regla general de homogeneidad.

Por todo ello, considero que los mayores esfuerzos deben encaminarse a fortalecer aún más los vínculos de coordinación y cooperación entre autoridades y reducir al mínimo razonable el riesgo de existencia de estas diferencias, siendo conscientes de la imposibilidad de eliminarlas completamente.

⁵⁴ *California v. American Stores*, 495 us 271.

