

LOS INFORMES SOBRE CONCENTRACIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Gonzalo Solana(*)

1. Introducción

El fuerte proceso de globalización de las relaciones económicas y las exigencias que de ello se derivan para la actuación empresarial han desencadenado un importante proceso de concentraciones en los últimos años. En este devenir han adquirido especial relevancia los informes que sobre esta materia tiene asignados el Tribunal de Defensa de la Competencia al amparo del capítulo II de la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia.

Deteniéndonos brevemente en la estadística, comprobamos la faceta cuantitativa de esta mayor relevancia. Mientras en los primeros diez años de vigencia de la Ley el Tribunal elaboró un promedio anual de dos o tres informes, en los dos últimos ejercicios se alcanzaron los trece y dieciséis informes, respectivamente.

Otro aspecto determinante en esta mayor actividad en materia de concentraciones ha sido la promulgación del Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia, que, en su artículo 10, declara la obligatoriedad de notificación para este tipo de operaciones cuando:

“a) Como consecuencia de la operación se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 25 por 100 del mercado nacional, o de

un mercado geográfico definido dentro del mismo, de un determinado producto o servicio, o,

b) El volumen de ventas global en España del conjunto de partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 40.000 millones de pesetas, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de ventas superior a 10.000 millones de pesetas.”

Esta reforma supone una adaptación a las nuevas necesidades y al peso específico que ha adquirido la libre competencia como garante del buen funcionamiento de la economía de mercado. De esta forma, al mismo tiempo que se reconoce la importancia de las concentraciones en la racionalización de las estructuras productivas y la dinamización de las economías en el actual marco de globalización, es indudable que estas operaciones pueden suponer una alteración de la estructura de los mercados contraria al mantenimiento de una competencia efectiva. Por ello, y especialmente en estos últimos años, el establecimiento de mecanismos eficaces de control de estos procesos se ha convertido en una de las preocupaciones centrales de la política económica.

En el caso español este tema adquiere especial trascendencia en relación con las medidas de liberalización y privatización llevadas a

cabo recientemente, que han convertido a la defensa de la libre competencia en un pilar básico sobre el que se asienta el conjunto de las políticas de oferta.

El objetivo de este breve artículo es coadyuvar a un mayor conocimiento de estas cuestiones tanto respecto al procedimiento seguido en nuestro país como a la metodología de los informes del Tribunal.

2. Control de concentraciones en España

Frente a una función punitiva que persigue la sanción de aquellas conductas prohibidas por la Ley, el procedimiento relativo a concentraciones se enmarca en los ámbitos consultivo y preventivo. Consultivo, porque el informe que realiza el Tribunal no es vinculante para el Gobierno, que es quien toma las resoluciones definitivas en esta materia; y preventivo, porque, a diferencia de los expedientes sancionadores relacionados con hechos del pasado, el proceso de control de concentraciones mira hacia el futuro, tratando de evitar cambios en la estructura de los mercados que puedan derivar en un empeoramiento de la competencia efectiva.

La Ley, siguiendo un modelo que surge del Tratado de Roma y asumido por casi todos los países europeos, regula el procedimiento a seguir delimitando nítidamente tres fases. Una primera en la que interviene el Servicio de Defensa de la Competencia, del Ministerio de Economía, para analizar si la operación notificada puede obstaculizar el mantenimiento de competencia efectiva en el mercado. En caso de que así lo considere, remite el expediente correspondiente al Tribunal y que en el plazo de dos meses debe enviar al ministro de Economía un informe con su dictamen no vinculante sobre la operación para que, como máximo, un mes más tarde sea el Consejo de Ministros quien determine la procedencia o improcedencia de la concentración.

El plazo de dos meses en el que tiene que elaborar su informe el Tribunal es uno de los más reducidos a escala europea y tiene por objeto limitar al máximo la incertidumbre generada por la operación tanto entre las propias empresas como en el mercado correspondiente, así como reducir los costes derivados de la misma. Más aún si tenemos en cuenta que la

propia notificación conlleva efectos suspensivos en la operación.

Tanto en la fase relativa al Servicio como en la del Tribunal, las empresas notificantes y todas aquéllas que puedan resultar afectadas por la fusión tienen la oportunidad de presentar sus opiniones al respecto, que pasan a formar parte del expediente y son tomadas en consideración en la elaboración del informe del Tribunal.

El establecimiento de estas tres fases y el carácter no vinculante de este informe debe interpretarse de la siguiente forma: si bien es muy relevante el análisis de los efectos restrictivos, previsibles o constatados que sobre la competencia puede tener una operación de concentración, puede existir otra serie de factores de política económica que determinen igualmente la decisión final del Gobierno.

Este modelo centra la labor del Tribunal en el estudio de los efectos restrictivos sobre la competencia que se puedan derivar de una posición de dominio individual o colectiva, partiendo de la idea de que en mercados altamente concentrados es muy probable que las pocas empresas supervivientes reconozcan su situación y opten por un comportamiento comercial no agresivo.

No es objeto de este artículo entrar con detalle en el funcionamiento de los mercados en situaciones de monopolio u oligopolio, sino, simplemente, dejar claro que el informe sobre concentraciones del Tribunal debe basarse, como reconoce el propio artículo 16 de nuestra Ley, en la apreciación de si la operación correspondiente puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado, siendo clave para ello la determinación de las posiciones de dominio individual o colectivo que se puedan generar.

3. Informe sobre concentraciones del Tribunal de Defensa de la Competencia

El propio significado del concepto de posición de dominio ha sido objeto de múltiples debates. No obstante, y sin profundizar en las diversas doctrinas en torno a esta cuestión, nuestro Tribunal, al igual que el resto de instituciones de defensa de la competencia euro-

peas, ha optado por una interpretación que sigue la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas nacida en 1973, con motivo del Asunto Continental Can, y corroborada por las sentencias United Brands, de 14 de febrero de 1978, y Hoffman-La Roche, de 13 de febrero de 1979, en las que se define la posición dominante como aquella en la que una empresa tiene la posibilidad de desarrollar un comportamiento relativamente independiente que le permita actuar en el mercado sin tener en cuenta a los proveedores, clientes o competidores.

Esta doctrina es incorporada por la Comisión Europea a su Comunicación de 9 de diciembre de 1997, cuyo décimo punto define la posición de dominio como aquella 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"*.

De esta definición se deriva que la existencia o no de una posición de dominio por parte de la empresa resultante de la operación de concentración no debe ser establecida en sentido abstracto, sino en relación con un producto y una zona geográfica concretos. Los formularios incorporados al Reglamento CE 4064/89 se encargan de definir el concepto de mercado relevante desde esta doble vertiente:

"El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos."

El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas."

Una vez definidos los mercados relevantes correspondientes, el análisis se centra en la determinación de su estructura con base en el

grado de concentración empresarial, la existencia o no de barreras de entrada, la diferenciación de productos, la competencia exterior o el nivel de integración vertical del sector.

Frente a este enfoque estructural, algunos investigadores reclaman un mayor peso para un análisis, que podríamos denominar "de comportamiento", que se centre en la identificación de los incentivos de estrategia corporativa que podrían llevar a la empresa resultante de la fusión a actuar de manera contraria a la competencia. No obstante, y pese a que en ocasiones tanto el Tribunal como el Gobierno, e igualmente, la Comisión Europea han sometido la procedencia de una operación al cumplimiento de condiciones "de comportamiento" destinadas a evitar situaciones de discriminación comercial frente a otros competidores o a proteger los intereses de suministradores o distribuidores de las empresas afectadas, el enfoque estructural goza de mayor aceptación en nuestro continente tanto en el análisis como, incluso, en la imposición de condiciones.

En el estudio de la estructura de mercado se utilizan distintos parámetros de concentración, entre los cuales el índice Hirschmann-Herfindhal (IHH) es el más conocido. Este índice determina el aumento o disminución del grado de concentración en el mercado correspondiente en función de las cuotas de las empresas competidoras antes y después de la concentración. No obstante, el valor de esta variable es relativo, puesto que lo determinante para estos análisis no es sólo que de la operación pueda derivar una mayor o menor concentración empresarial, sino que el propio funcionamiento del mercado pueda o no restablecer la situación de competencia efectiva.

Por ello, es de especial relevancia el estudio de la contestabilidad del mercado; es decir, si existen o no barreras de entrada. Las barreras de entrada son obstáculos que dificultan la llegada de nuevos competidores, abarcando desde la presencia de normas técnicas o legales específicas y cambiantes hasta la escasa capacidad de interconexión con otros países, en el caso del sector eléctrico, o el acceso a activos sólo mediante licencias, en el caso de la telefonía, radio o televisión. Igualmente, la necesidad de fuertes inversiones, la importancia de marcas de renombre o las ventajas tecnoló-

gicas pueden convertirse en barreras de entrada.

Para determinar la trascendencia de estas barreras de entrada, se analizan los diferentes pasos que debe dar una empresa para entrar en el negocio, como pueden ser la planificación y el diseño de la estrategia, la obtención de permisos de construcción de instalaciones, la distribución y el transporte de los productos o el acceso a activos estratégicos. El baremo para medir si las dificultades derivadas de este proceso son verdaderas barreras de entrada es la rapidez con que pueden penetrar las nuevas empresas y la probabilidad de que efectivamente lo hagan en un tiempo razonable para desanimar actuaciones en contra del consumidor por parte de las que cuenten con posición de dominio.

A modo de ejemplo, una barrera de entrada importante es la integración vertical que se da en el sector eléctrico. Las cuatro empresas de generación están presentes también en distribución y comercialización. La principal consecuencia de esta situación es que la participación en la oferta y en la demanda disminuye sustancialmente los riesgos asociados a la variabilidad del precio en el mercado mayorista, puesto que los menores beneficios que precios bajos en este mercado podrían acarrear a las empresas generadoras son paralelamente compensados por las mayores plusvalías que esa misma circunstancia proporciona a las distribuidoras y comercializadoras del mismo grupo.

Asimismo, la integración vertical actúa como barrera de entrada en el sentido de dificultar el acceso a la actividad de comercialización a aquellos que no dispongan de activos de generación, y a la inversa. De esta forma, los nuevos generadores se enfrentan al riesgo de unos precios en el mercado mayorista insuficientes para rentabilizar sus inversiones.

Otra consecuencia perniciosa de esta circunstancia es la información asimétrica a que se enfrentan los potenciales entrantes. Las distribuidoras existentes no sólo disponen de información sobre las cantidades consumidas por cada uno de los clientes, lo que equivale a saber quienes van entrando paulatinamente en la categoría de clientes cualificados, sino que disponen además de las curvas de demanda de cada uno de ellos. Nada impide a las distri-

buidoras trasladar esta información a las comercializadoras del grupo, otorgándoles así una clara ventaja competitiva a la hora de diseñar contratos a medida.

En fin, este ejemplo es sintomático del impacto negativo que pueden tener barreras de entrada como la integración vertical en la estructura competitiva de un sector.

Una vez definida la estructura del mercado relevante y examinada la existencia o no de barreras de entrada, 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.

El pleno del Tribunal emite su dictamen no vinculante sobre la operación, en el que expresa su valoración, basada en las tres opciones que la Ley concede al Gobierno: no oponerse a la operación, subordinar su aprobación al cumplimiento de una serie de condiciones o declararla improcedente. En los más de diez años de historia de la Ley, el Tribunal sólo se ha opuesto a siete operaciones de las más de sesenta examinadas.

4. Conclusiones

En definitiva, nuestro modelo de control de concentraciones responde a las necesidades nacidas tanto de un entorno económico globalizado como del creciente interés que muestra la sociedad española en la defensa de la competencia, consciente del papel fundamental que juega en el buen funcionamiento de la economía de mercado.

En esta línea, la elaboración de los informes por parte del Tribunal se basa en una metodología homologada y contrastada internacionalmente, centrada en el examen de todos aquellos aspectos que se consideran relevantes desde la óptica de la estructura competitiva del mercado.

Estos informes buscan anticiparse a las

consecuencias que determinadas operaciones empresariales puedan tener sobre las condiciones de competencia existentes en los mercados afectados. Se trata con ello de contribuir, en último término, a defender el principio de libertad de empresa recogido en nuestra Constitución.

No debemos olvidar que esta metodología se debe aplicar y adaptar a cada caso, reconociendo las especificidades del sector correspondiente y tratando de anticipar su propia evolución. Por ello, genera confusión el uso de términos como "seguridad jurídica" en un análisis económico de carácter estructural y, al mismo tiempo, dinámico.

La mayor garantía de "seguridad" y congruencia de estos informes es su exhaustiva

fundamentación. La participación en el proceso de todas aquellas partes que se consideren afectadas por la operación y la íntegra publicación del informe final dotan al sistema de transparencia y publicidad.

Al mismo tiempo, el control de este tipo de operaciones no debe entenderse como un principio genérico de oposición a las mismas, sino, simplemente, como una vigilancia necesaria de los aspectos estructurales que determinan la existencia de competencia en los mercados.

NOTAS

(*) Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia.