

La política europea de control de concentraciones en entredicho:

el caso Airtours/First Choice

por

Joan-Ramon Borrell y Antón Costas

Introducción

La política europea de concentraciones está en entredicho. A pesar de que fue Mario Monti, el Comisario de Competencia, quien impulsó en el año 2000 la reforma del Reglamento de Concentraciones, han sido las últimas decisiones del Tribunal de Primera Instancia (TPI) de Luxemburgo las que han precipitado la necesidad de la reforma.¹

El pasado 6 de junio de 2002, el Tribunal de Primera Instancia (TPI) anuló la decisión de la Comisión Europea de bloquear la fusión entre dos tour operadores británicos, Airtours (ahora MyTravel) y First Choice. Ésta fue la primera vez desde la entrada en vigor del Reglamento que el TPI revocaba una de las 18 decisiones de la Comisión Europea de bloquear proyectos de concentración. Posteriormente, los pasados 22 y 25 de octubre de 2002, el Tribunal ha anulado dos de los cinco casos bloqueados por la Comisión en el 2001, las fusiones de dos empresas francesas fabricantes de material eléctrico, Schneider y Legrand, y de dos empresas del sector del embalaje, la franco-suiza Tetra Laval y la francesa Sidel. Otras dos operaciones bloqueadas en 2001 están pendientes de las sentencias de los recursos al TPI (GE/Honeywell y Worldcom/Sprint).

Tras las sentencias del TPI, Mario Monti (2002) se ha comprometido a someter a la Comisión un borrador con una amplia reforma del Reglamento de Concentraciones y del proceso de toma de decisiones en el seno de la Dirección General de Competencia.

El objetivo de este trabajo es identificar algunas debilidades de la política europea de concentraciones a la luz de los desarrollos recientes de la teoría económica y de los argumentos manejados por el TPI en el caso Airtours/First Choice. En particular, sostenemos que la política europea de control de concentraciones está encorsetada por un uso inadecuado del concepto de “posición de dominio”, que da lugar a un “sesgo estructuralista” (“dominance bias”) y a un “sesgo pequeña empresa” (“small firm bias”), así como a un “riesgo proteccionista” en el manejo de esa política.

Nuestra exposición se divide en cuatro partes. En primer lugar revisamos el concepto de “posición de dominio” desde el punto de vista del análisis económico. A continuación,

¹ Las principales aportaciones al debate sobre la reforma aparecen en el Libro Verde de la Comisión Europea publicado en diciembre de 2001 (ver Comisión Europea, 2001), y en el Resumen de las Respuestas al Libro Verde publicadas por la Dirección General de Competencia (ver Comisión Europea, 2002).

mostramos la influencia que el criterio de dominación ha ejercido sobre la política europea del control de concentraciones. En tercer lugar, analizamos el razonamiento económico manejados por la Comisión y el Tribunal en el caso *Airtours/First Choice*. Concluimos señalando la conveniencia de que las reformas de la política europea de concentraciones corrija los sesgos estructuralista y pequeña empresa, y evite el riesgo proteccionista en el manejo de la política de concentraciones.

El concepto de Posición de Dominio desde el análisis económico: diferencias en los enfoques europeo y norteamericano

La figura de la “posición de dominio” aparece originalmente en el derecho alemán (ley contra las restricciones de la competencia) y en el derecho comunitario (Tratado de Roma) en 1957. El actual Tratado de la Unión Europea prohíbe, en su art. 81, los acuerdos entre empresas restrictivos de la competencia (aunque incluye un sistema para obtener exenciones en bloque y singulares), y, en su art. 82, el abuso de la posición de dominio. El Reglamento de Concentraciones de 1989 incorpora también, en su art. 2, la figura jurídica de la posición de dominio, al prohibir por incompatible con el mercado único la creación o refuerzo de una posición dominante que suponga un obstáculo significativo para una competencia efectiva.

El precedente europeo de la prohibición del abuso de la posición de dominio data de la época de la hiperinflación alemana de los años veinte del siglo XX, que obligó a controlar las prácticas de los cárteles, que habían sido legalizados *de facto* por la Corte Imperial en 1897. Tal y como señala Neuman (2001), la hiperinflación de 1923 llevó a la aprobación de la ley contra el “abuso del poder económico”, que prohibía las restricciones injustificadas del comercio y la fijación de “precios abusivos” por parte de los cárteles.

En el caso de los Estados Unidos, no existe esa figura jurídica del “abuso de la posición de dominio” sino el “monopolización o intento de monopolización”. La Ley Sherman de 1890 prohibió los acuerdos entre empresas restrictivos del comercio interestatal (art. 1) y la monopolización o los intentos de monopolizar dicho comercio (art. 2). Posteriormente, la Ley Clayton de 1914 prohibió las fusiones en las que pueda haber una reducción sustancial de la competencia, o tiendan a crear un monopolio (art. 7).

El concepto europeo de “abuso de posición de dominio” y el americano de “monopolización o intento de monopolización” son distintos a la luz de la teoría económica. También lo son la figura jurídica europea de “crear o reforzar una posición de dominio que suponga un obstáculo significativo para una competencia efectiva” y la americana de “reducir considerablemente la competencia”. Para los economistas, el concepto de posición de dominio sólo describe el hecho de que una empresa (posición de dominio individual) o un conjunto de empresas (posición de dominio colectiva) tienen de una cuota de mercado elevada en un momento determinado. Se trata de un concepto estático muy ligado al análisis de la estructura del mercado.

El derecho europeo prohíbe las conductas “abusivas” siempre que sean practicadas por empresas que gozan de una posición de dominio en el mercado. Por lo tanto, las autoridades de defensa de la competencia europeas tienen primero que demostrar que una empresa o un conjunto de empresas goza o gozará de una posición de dominio, y después

demostrar que han practicado o practicarán además conductas que merecen el calificativo de abusivas o restrictivas.

En cambio, en el derecho norteamericano, la “monopolización o intento de monopolización”, o “la reducción considerable de la competencia”, no requieren demostrar en primera instancia si la empresa que intenta monopolizar o reducir la competencia es una empresa dominante en el mercado. Cualquier empresa es susceptible de actuar con la intención de eliminar la competencia. El hecho a demostrar es que se ha producido o se producirá un daño sustancial y permanente a la competencia.

El formalismo y la rigidez en el manejo del concepto de posición de dominio en Europa tiene mucho que ver con el tipo de análisis económico que se utiliza. Las figuras jurídicas europeas se asientan en el análisis económico de la competencia desarrollado en la primera mitad del siglo XX, y no son lo suficientemente flexibles como para incorporar los avances de la economía teórica y aplicada de las últimas décadas.

El viejo enfoque de la competencia basado en el paradigma de la Escuela de Harvard: ¿Estamos seguros de que la estructura de un mercado determina la conducta de las empresas de ese mercado?

La teoría económica dominante hasta finales de los años sesenta del siglo pasado veía los conceptos europeos y los americanos como conceptos equivalentes en la práctica. Los trabajos de Mason (1939) y de Bain (1951, 1956 y 1966), de la llamada Escuela de Harvard, consolidaron el paradigma estructura-conducta-resultados. Según estos economistas, la estructura de un mercado, es decir, el grado de concentración de las ventas en manos de unas pocas empresas dominantes era el factor determinante de la conducta de las empresas. Las empresas dominantes podían ejercer su poder de mercado e imponer a los consumidores precios mayores a los costes unitarios de producción. Los mercados con oligopolistas dominantes eran vistos como perversos, ya que se alejaban del modelo ideal de competencia perfecta en el que los precios se igualan a los costes unitarios de producción.

Desde esta perspectiva, se suponía que las empresas dominantes podían abusar de su posición y restringir la competencia normalmente gracias a las “barreras de entrada” que impedían a otros competidores entrar en el mercado y disciplinar los precios fijados por la empresa dominante. La concentración del mercado conllevaba inevitablemente una conducta abusiva, y un resultado dañino para los consumidores y el bienestar social. Los consumidores se veían perjudicados en su bienestar por la concentración, dado que esta daba lugar a precios abusivos, menor innovación de productos y menor innovación de procesos de producción más eficientes.

Este análisis económico ofreció los fundamentos teóricos necesarios para las acciones preventivas de defensa de la competencia. Los gobiernos debían luchar contra la concentración y la dominación del mercado por unas pocas empresas. La presunción era que las empresas dominantes abusaban del mercado. Y eran las “empresas sospechosas” las que debían demostrar que su dominio del mercado no estaba conduciendo a abusos.

El ataque de la Escuela de Chicago al enfoque de la Escuela de Harvard

El análisis económico de la competencia basado en el enfoque de la Escuela de Harvard recibió a partir de la década de 1950 un ataque fulminante por parte de la llamada Escuela de Chicago. Los estudios de J. Stigler, recogidos en el volumen publicado en 1968 bajo el nombre de “La Organización de la Industria”, sobre el funcionamiento de las organizaciones industriales y de los mercados dieron vida a una nueva disciplina económica, la organización industrial, y a un nuevo enfoque de la economía de la competencia. El estudio analítico y empírico de la concentración y de los mercados llevado a cabo por Stigler (1964) puso de manifiesto que concentración no equivale a abuso. Otros economistas de esta escuela contribuyeron también a sentar nuevas premisas. Demsetz (1968) puso en cuestión los fundamentos de la teoría del monopolio natural y de la regulación de los servicios públicos de red. Modigliani (1958) refinó y precisó la teoría de la competencia potencial de Bain (1956). Y, Stigler redefinió el concepto de “barreras de entrada” de Bain (1956).

Los estudios de la Escuela de Chicago invierten el razonamiento del paradigma estructura-conducta-resultados. Sostienen que debemos estudiar los resultados en los mercados, para analizar las causas de las conductas de las empresas dominantes, y en último término los fundamentos técnicos o estratégicos de la concentración en los mercados.

En primer lugar, la Escuela de Chicago sostiene que es poco riguroso utilizar el criterio de la cuota de mercado o la posición de dominio como punto de partida en el análisis de un mercado. Es necesario estudiar por qué sólo sobreviven las empresas que tienen una dimensión mínima. En segundo lugar, los estudios de esta escuela muestran que pocos operadores en un mercado pueden competir efectivamente. Incluso aunque sólo exista una o dos empresas en un mercado pueden no fijar precios abusivos si hay competidores potenciales ávidos de entrar en el negocio al menor signo de márgenes precio-coste elevados. Además, con sólo dos empresas dominantes en un mercado pueden desencadenarse largas guerras de precios.

Por otro lado, sostienen que la coordinación entre pocas empresas no suele ser estable ya que las ganancias de desviarse de la conducta colusiva es muy elevada. Lo que hay que estudiar son las condiciones que hacen que una colusión pueda ser sostenida en el tiempo.

La necesidad de llevar a cabo inversiones antes de entrar en un mercado no es vista en sí misma como una barrera de entrada. Diferentes operadores potenciales pueden competir por desarrollar un producto, o un proceso productivo, o una imagen de marca y convertirse en operador efectivo del mercado. Ahora bien, una vez han entrado en el mercado, deben conseguir una cuota de mercado elevada y márgenes precio-coste suficientes como para recuperar la inversión realizada al entrar en el mercado.

De acuerdo con este enfoque, estos economistas señalan que la política de competencia ha de distinguir dos causas diferentes de la concentración: las causas técnicas, que no lesionan el comportamiento eficiente de los mercados, y las causas estratégicas, que sí pueden lesionar la competencia en los mercados y el bienestar de los consumidores

1. Las causas técnicas de la concentración. En algunas actividades económicas puede ser importante disponer de una escala mínima de producción para ser eficiente. La concentración puede aprovechar las llamadas economías de escala

(costes de producción menores conforme una misma empresa produce mayores cantidades de un producto homogéneo), las llamadas economías de gama (costes de producción menores si una misma empresa provee diferentes productos), o la concentración puede suponer menores costes de transacción o coordinación entre las diferentes plantas productivas de una misma empresa. En este caso, la clave está en conocer en qué medida existente competencia potencial o pequeñas empresas con capacidad para entrar o aumentar su producción a tiempo para evitar que los precios de las empresas establecidas sean cercanos a los precios de monopolio por largos períodos de tiempo.

2. Las causas estratégicas de la concentración. En algunos casos las empresas establecidas utilizan conductas estratégicas orientadas a impedir o reducir significativamente la competencia mediante la imposición o el acuerdo con terceros de políticas comerciales que cierran los mercados a competidores actuales o potenciales. Este es el terreno en el que la política de control de los abusos de la posición de dominio debe ser activa. Entre las conductas que sí han de ser perseguidas destacan los acuerdos verticales de exclusividad comercial, el establecimiento de precios de reventa, los contratos de vinculación de productos, la predación de precios, y las subvenciones cruzadas de las empresas multiproducto.

Tal y como señala Neuman (2001) el control del abuso del poder de mercado individual o colectivo ha sido un fracaso. El problema radica en el hecho de que los directivos de una empresa son contratados por los accionistas para que una vez hayan alcanzado el dominio del mercado exploten su poder de mercado. En muchas ocasiones los directivos deben cobrar precios superiores a los costes unitarios de sus productos para recuperar inversiones en innovaciones productivas ahorradoras de costes, en inversiones en la creación y desarrollo de nuevos productos, o en inversiones en publicidad que les ha permitido alcanzar el dominio en el mercado. Por tanto, las empresas innovadoras ofrecerán productos de unas características y a unos precios que diferirán de los que seguramente podrían ofrecer unas supuestas empresas en un mercado en el que el número de competidores fuera elevado y los precios igualasen los costes unitarios de producción. Ahora bien, tal mercado no existe. Y no sabemos si tal mercado es viable.

Una vez que una empresa ha alcanzado el dominio del mercado, una política de control del abuso del poder de mercado equivale a una política de control de precios. Si la monopolización tiene causas tecnológicas, el gobierno debe ser el encargado de regular los mercados en los que existen monopolios naturales y de controlar los precios. Pero los monopolios naturales son la excepción, y por ello el control directo de los precios en una economía de mercado debe ser también la excepción y no la regla. Las autoridades de defensa de la competencia deben por tanto preocuparse de que la competencia pueda florecer sin cortapisas para disciplinar a las grandes empresas, y no tanto de preocuparse directamente de si los precios que fijan estas empresas son abusivos o no.

La nueva economía de la competencia, o economía post-Chicago

Durante los 30 años que siguieron a las aportaciones de la Escuela de Chicago, la economía industrial se ha consolidado como disciplina científica. Jean Tirole publicó en 1988 el libro

de referencia sobre la teoría de la organización industrial. A partir de los modelos teóricos, los economistas aplicados tomaron el relevo tal y como explica Bresnahan (1987 y 1990). La economía aplicada ha desarrollado las técnicas que nos permiten contrastar con los datos de un gran número de mercados los supuestos, proposiciones y corolarios de los modelos teóricos.

Ha surgido así una nueva economía de la competencia, o “economía post-Chicago”, como la llaman Kwoka y White (1999), muy crítica con las recetas demasiado simples de los modelos teóricos, y muy pragmática acerca del modo cómo utilizar las técnicas empíricas para evaluar en qué medida las empresas líderes actúan de forma unilateral o no colusiva, buscando su propio beneficio y el bienestar de los consumidores, o de forma coordinada con su competidores para beneficio mutuo y en contra de los consumidores.

La Escuela de Harvard nos llevó a poner la venda antes de la herida. La Escuela de Chicago y los avances posteriores, tanto teóricos como empíricos, de la disciplina de la organización industrial demuestran que la libertad de empresa y el estudio de la dinámica de la competencia en los mercados se convierte en una información muy valiosa, tanto para los competidores que buscan sus oportunidades de negocio, como para los analistas que quieren saber si los fundamentos de la concentración que observan en los mercados son técnicos o estratégicos.

Desde esta nueva perspectiva, la carga de la prueba recae sobre las autoridades de defensa de la competencia, que deben demostrar qué tipo de conductas y concentraciones impiden la competencia efectiva, y por ello, son contrarias al interés público.

Las Debilidades de la Política Europea de Concentraciones

Durante los últimos 10 años, la política europea de control de concentraciones ha diferido de las políticas de EEUU, Canadá y Australia. En Europa, la política de control de concentraciones utiliza como punto de partida el concepto de posición de dominio. Una fusión es evaluada como no compatible con el mercado común si supone la creación o refuerzo de una posición de dominio que restringe la competencia. Por el contrario, las autoridades de defensa de la competencia de EEUU, Canadá y Australia autorizan las fusiones de empresas mientras no supongan una disminución considerable de la competencia (ver para 160 del Libro Verde en el que se discuten los criterios sustantivos del Reglamento de Concentraciones).

En los Estados Unidos, las *Merger Guidelines* del Departamento de Justicia y la Federal Trade Commission reconocen explícitamente la correlación entre concentración y restricción sustancial de la competencia. Ahora bien, no es la concentración en sí el indicador utilizado para decidir si investigar una fusión o no, sino el aumento de la concentración. Las fusiones que no suponen un aumento sustancial del índice de concentración son automáticamente autorizadas, siempre y cuando no se den indicios de que la fusión daña la competencia. El aumento en el grado de concentración no es el elemento central del análisis de las fusiones, es sólo un filtro para descargar de trabajo a las autoridades y aligerar los trámites en la mayor parte de las fusiones empresariales. El elemento central del análisis de las fusiones consiste

en determinar si, más allá de la duda razonable, de la fusión se puede esperar una restricción significativa de la competencia. Por ejemplo, en el análisis de los precios y el poder de mercado se entiende que una fusión restringe la competencia si supone un aumento sustancial y permanente de los precios, normalmente de más de un 5%.

Por el contrario, la Comisión Europea tiene que probar, como condición previa y necesaria, que la empresa fusionada crea o refuerza una posición de dominio en el mercado, para posteriormente demostrar que esa posición de dominio conduce a una restricción sustancial de la competencia. Este es un camino tortuoso y de resultados inciertos. Motta (1999) advierte que fusiones que dañan el bienestar social pueden ser autorizadas porque no implican la creación o refuerzo de una posición de dominio.

El Comisario Monti (2002) no cree necesario cambiar el criterio sustantivo en el análisis europeo de las fusiones porque, en su opinión, “la prueba de dominación está demostrando ser un instrumento capaz de ser adaptado a una gran variedad de situaciones. En particular, es necesario destacar que la prueba ha sido utilizada con éxito para evaluar los efectos dinámicos de las fusiones, y no ha restringido a la Comisión ha llevar a cabo análisis estáticos de los mercados.”

A nuestro entender, este es un juicio equivocado. El control de concentraciones es una política de autorización ex ante, preventiva. Para impedir una fusión por motivos de interés público, la autoridad de defensa de la competencia debe ser capaz de demostrar que existen indicios suficientes de que la fusión producirá una restricción considerable de la competencia, con independencia de si la fusión crea o refuerza una posición de dominio.

La responsabilidad por el uso del concepto de posición de dominio, en vez del concepto de disminución considerable de la competencia, es en parte del Consejo Europeo y en parte de la Comisión Europea. Tal como hemos comentado, el art. 2 del Reglamento de Concentraciones utiliza el concepto de “posición de dominio”, que hasta 1989 estaba reservado al análisis de la competencia en el marco del art. 82 del Tratado de la Unión Europea (anterior art. 86). El Reglamento señala que: (1) la creación o el refuerzo de una posición dominante, que (2) suponga un obstáculo significativo para la competencia efectiva es incompatible con el mercado único.

El que la fusión permita crear o reforzar una posición dominante en el mercado depende del análisis prospectivo de cómo será la estructura del mercado después de la operación de concentración, en relación a la estructura que existiría si la fusión no se llevara a cabo. Ahora bien, el análisis de las estructuras de mercado con y sin fusión no es capaz de evaluar el efecto de la fusión sobre la competencia. Sólo el análisis prospectivo de la conducta de las empresas tras la fusión, y de los efectos estáticos y dinámicos de las conductas de las empresas, permitirá concluir que la fusión restringe la competencia efectiva en el mercado.

De acuerdo con la posición de la propia Comisión en el Libro Verde, y con los comentarios públicos en torno al Libro, el uso del concepto de posición dominante en el ámbito de las concentraciones puede haber sesgado la política europea hacia la evaluación de las estructuras de mercado resultantes de una fusión. Puede haber conducido a la Comisión hacia el estudio de la concentración del mercado, es decir, si el mercado estará en manos de

unas pocas empresas líderes. Por el contrario, no se presta atención, o al menos no constituye en centro del análisis, a la evaluación prospectiva de si el comportamiento de las empresas tras la fusión fomentará o restringirá la competencia.

El sesgo estructuralista, o “dominance bias”

Este sesgo de la política de concentraciones europea hacia el análisis de las posiciones de dominio en los mercados es compartido por la Comisión. Tal como hemos visto, el propio Comisario Monti defiende la bondad de la utilización de este criterio. El problema de fondo es que se ha tendido a dar más peso a la evidencia y discusión sobre la creación o refuerzo de una posición de dominio que a la evaluación de los efectos de la fusión y, por tanto, de la posición de dominio sobre la mayor o menor competencia efectiva en el mercado. La Comisión Europea parece obsesionada por el grado de concentración en los mercados tras la fusión entre empresas. Este es el que denominamos “sesgo estructuralista” o “dominance bias.”

Este sesgo estructuralista es problemático en momentos como los actuales en los que otras políticas europeas -la introducción del euro, las reformas en mercados de industrias de red, y en los mercados financieros-, favorecen el aumento de la dimensión del mercado interior y la competencia.

Tal y como pone de manifiesto Symeonidis (2001), la competencia en mercados con costes fijos de entrada comporta normalmente un aumento de la concentración. La reducción de los márgenes precio-coste sólo es sostenible por empresas que gozan de suficientes economías de escala. No debemos, por tanto, temer a la concentración *per se* cuando responde a un ahorro de costes. La política de concentraciones debe orientarse más a asegurar que existe suficiente competencia actual y potencial en el mercado, y el control expost de la conducta de las empresas a la política de control de los posibles acuerdos horizontales (art. 81 del Tratado de la Unión Europea, antes art. 85), y a la política de control de los abusos de posición de dominio (art. 82 del Tratado de la Unión Europea, antes art. 86).

El sesgo pequeña empresa, o “small business bias”

Tras el caso Nestle/Perrier de 1992, el concepto de posición de dominio en el marco de la política europea de concentraciones se ha extendido desde el terreno en que se ha había movido hasta ese momento, el de las posiciones de dominio individuales (o lo que los norteamericanos llaman efectos unilaterales de las fusiones horizontales), hacia el terreno de las posiciones de dominio colectivas, o, en la terminología norteamericana, “efectos coordinados” de las fusiones horizontales. El análisis de las posiciones de dominio colectivas es el terreno que los economistas denominamos colusión. Se trata de evaluar en qué medida la fusión de dos o más empresas facilitará la coordinación de las decisiones de los competidores que queden en el mercado y les permitirá fijar de forma permanente condiciones de venta (de precios, calidad, etc.) sustancialmente menos ventajosas para los consumidores.

En este nuevo terreno del control de concentraciones, la política europea se asienta también en el análisis de la estructura del mercado como punto de partida para la evaluación

de los efectos de la fusión sobre la competencia. La Comisión tiene en primer lugar que demostrar que la fusión permite la creación o refuerzo de un “oligopolio dominante”, para intentar después probar que la fusión facilita la colusión entre los miembros de ese oligopolio, de manera que la competencia quedará restringida y el bienestar social dañado. Por el contrario, en los Estados Unidos las autoridades tan sólo deben demostrar que la fusión ocasionará efectos sustanciales sobre la competencia debido a la interacción coordinada de las decisiones de los competidores que queden en el mercado tras la fusión.

En la evaluación de las posiciones de dominio colectivas tras una fusión es donde la Comisión ha mostrado mayor preocupación por la viabilidad de los pequeños competidores. Este es el que llamamos “sesgo pequeña empresa” o “small business bias” en las decisiones de la Comisión. Por ejemplo, en el caso Airtours la Comisión temía que los pequeños operadores y los nuevos entrantes en el mercado se verían aun más marginalizados tras la fusión. La Comisión parece muy inclinada a minusvalorar la capacidad de reacción y crecimiento de los pequeños competidores. Pero, tal como pone de manifiesto el TPI, el caso de los tour operadores británicos indica que gran parte del dinamismo en el mercado es el resultado del crecimiento de algunos de los pequeños operadores.

Las autoridades de defensa de la competencia norteamericanas han señalado y criticado intensamente el sesgo hacia la pequeña empresa en algunas decisiones de la Comisión, sobre todo en el caso de la fusión entre GE y Honeywell. En palabras del Assistant Attorney General de los EE.UU., en la decisión de la Comisión Europea de bloquear la fusión parece haber pesado más la preocupación por los competidores existentes que por la competencia efectiva en los mercados (Charles 2001).

El riesgo proteccionista

Finalmente, queremos apuntar una deriva que podría haber tenido o llegar a tener en el futuro la política europea de concentraciones. La preocupación por las estructuras de mercado resultantes de una fusión, o por la marginalización de las pequeñas empresas puede ser utilizado fácilmente como para proteger a las empresas europeas que puedan verse perjudicadas de una operación de fusión de sus competidores en el mercado mundial. Este es un riesgo que no hay que minusvalorar, y que puede darse tanto en los casos de jurisdicción de las autoridades europeas como, en menor medida, en los casos que entran en la jurisdicción de las autoridades de nacionales de defensa de la competencia.

El caso Airtours/First Choice

El caso Airtours/First Choice es en muchos sentidos paradigmático del tipo de análisis y de los sesgos en que cae la Comisión al utilizar el concepto de posición dominante colectiva en la evaluación de los efectos de las concentraciones.

La operación de concentración Airtours/First Choice suponía la consolidación de un nuevo grupo turístico entre los tres grandes tour operadores británicos, con una cuota en el mercado de comercialización de paquetes turísticos de sol y playa del Mediterráneo y Atlántico europeo similar a la del líder, Thomson (aprox. 30%), y con una cuota mayor que

la de Thomas Cook (un operador que creció intensamente en los últimos años hasta alcanzar una cuota del 20% aprox.). En síntesis, la Comisión sostuvo que la fusión hubiese creado un “oligopolio dominante” que hubiese marginalizado al resto de competidores del mercado. Acogiéndose a esta argumentación, la operación de concentración.

La sentencia del TPI descalifica a la Comisión “por prohibir la operación sin haber probado (...) que la concentración hubiese dado lugar a una posición de dominio colectiva de los tres mayores tour operadores, de manera que hubiese impedido la competencia efectiva en el mercado relevante”. La sentencia es ejemplar, y marca el camino por el que debe discurrir la revisión del Reglamento de Control de Concentraciones.

La sentencia señala que para prohibir la concentración, la Comisión debe demostrar que tras la fusión la competencia efectiva en el mercado se verá obstaculizada de forma significativa. Al señalar este criterio como determinante de la decisión, el Tribunal acerca la evaluación europea a la practicada por los EEUU, Australia y Nueva Zelanda, que se centra en evaluar cada caso de fusión por la disminución de la competencia que implica.

Además, la sentencia clarifica enormemente el escurridizo concepto legal de “posición dominante colectiva”, aproximándolo al concepto económico de colusión. Para el TPI, la “posición de dominio colectiva que impide la competencia efectiva en el mercado común” surge de una fusión sólo cuando cada uno de los miembros del resultante “oligopolio dominante” considera posible, racional económicamente y, por tanto, preferible adoptar una “política común duradera” en el mercado con el objetivo de vender por encima de precios competitivos sin tener que llegar a ningún acuerdo horizontal o práctica concertada con el resto de miembros del “oligopolio dominante”.

La sentencia reconoce las tres condiciones que, como vimos anteriormente, la teoría económica considera que son necesarias para que exista colusión, y por tanto, para que legalmente se califique la fusión como causante de una “posición de dominio colectiva que impide la competencia”:

1. Transparencia en el mercado para identificar a los que incumplen el acuerdo colusivo. Cada miembro debe poder conocer cómo se están comportando el resto de miembros del oligopolio para poder controlar en qué medida los demás están siguiendo la política común. Solo así, es posible detectar con certeza a los miembros del oligopolio que se están desviando de la política común.
2. Castigo a los que incumplen el acuerdo colusivo. Debe haber mecanismos de castigo aplicables a los que se desvían del acuerdo tácito. Sólo de esta forma los miembros del oligopolio tendrán incentivos a mantener la situación de coordinación tácita a lo largo del tiempo, y a no desviarse unilateralmente del acuerdo colusorio tácito.
3. Inmunidad frente a terceros. Los beneficios de derivados de la política común del oligopolio dominante no deben estar amenazados por la posible reacción de los competidores actuales o potenciales que no forman parte del oligopolio dominante, ni por la posible reacción de los consumidores.

Según el argumento de la Comisión, el hecho de que tras la fusión los tres mayores operadores alcancen el 80% de la cuota de mercado llevará inevitablemente a que ya no tengan incentivos a competir entre ellos. Sus reticencias parten, como vemos, de un análisis estático de la estructura de mercado resultante de la fusión. Adicionalmente, la Comisión hace tres apreciaciones sobre los efectos dinámicos de la fusión en el mercado de tour operadores británico:

1. Afirma que el oligopolio es muy transparente. Supone que los miembros del cartel pueden controlar las decisiones de “capacidad” para la temporada veraniega de los miembros del oligopolio, y que pueden distinguir fácilmente las decisiones derivadas de cambios en la demanda de las decisiones que son derivadas de un intento de apartarse de la política común de restricción de oferta y aumento de precios.
2. Sostiene que el oligopolio cuenta con mecanismos eficaces de castigo para detener conductas pro-competitivas de alguno de los miembros del acuerdo colusivo.
3. Estima nula la capacidad de reacción por parte de los pequeños competidores que ya están en el mercado, o de los entrantes potenciales incentivados por la conducta anti-competitiva del oligopolio dominante.

El TPI encuentra graves errores de evaluación en todos y cada uno de los aspectos que según la Comisión caracterizan al mercado de tour operadores británico. El Tribunal inicia el análisis del oligopolio señalando que, contra lo que indica la Comisión, las cuotas de mercado entre los tour operadores han variado enormemente en los últimos años. Esta evidencia socava el punto de partida de la Comisión, es decir, su apreciación de la concentración del mercado en términos estáticos. El TPI parte de un análisis dinámico de la concentración en el mercado de tour operadores.

Además, la evidencia sobre la volatilidad de las cuotas de mercado pone en cuestión la supuesta tendencia a la colusión del mercado. Algunos de los miembros del oligopolio son de hecho nuevos en el liderazgo del mercado (como Thomas Cook). Además, el Tribunal no aprecia ninguna de las condiciones necesarias para que el acuerdo colusivo sea sostenible:

1. Afirma que el mercado no es transparente. Para el TPI la demanda es muy volátil de una temporada a otra. Los oligopolistas no pueden distinguir entre decisiones de capacidad para ajustarse a cambios en la demanda de las decisiones de capacidad relacionadas con la supuesta conducta colusiva.
2. Sostiene que los mecanismos de castigo a los miembros del oligopolio colusivo que se desvíen de la supuesta política común son ineficaces. El castigo se debería producir a través de una guerra de precios, es decir, a través de un aumento rápido de capacidad de oferta tras detectar que algún miembro del oligopolio se desvía de la conducta colusiva. Pero los cambios en la capacidad de oferta no son tan fáciles como la Comisión da a entender, y normalmente no llegan a superar el 10%, ya que si no se prevé con tiempo la oferta adicional es de menor calidad.
3. Estima que los “pequeños operadores” tienen capacidad de crecimiento ante una posible restricción de oferta por parte de los grandes. Según la Comisión, First

Choice es un oferente neto de plazas de avión para los tour operadores pequeños que no cuentan con flota de charters propia. La fusión, de acuerdo con su argumentación, hará que Airtours retire capacidad de transporte aéreo disponible para los pequeños competidores, y los marginalizará aún más. Según el Tribunal esta apreciación es equivocada. Los pequeños tour operadores pueden contratar transporte aéreo de la compañía de charter líder que no pertenece a ningún tour operador (Monarch), y de las compañías de vuelos regulares baratos, así como de las mismas compañías de vuelos regulares. Además, estima que la competencia potencial (tour operadores holandeses y alemanes) no desaprovecharía la oportunidad de entrar en el mercado británico.

El caso Airtours/First Choice muestra, a nuestro juicio, tanto el sesgo estructuralista que contiene la argumentación de la Comisión, temerosa de que tres operadores alcancen una cuota de mercado del 80% del mercado en el momento de la fusión, como el sesgo pequeña empresa, al poner de manifiesto su temor de que el oligopolio dominante marginalizará al resto de empresas del sector.

Conclusión

La política europea de concentraciones debe corregir el sesgo estructuralista y el sesgo pequeña empresa. Evitar la obsesión de la Comisión Europea por el grado de concentración en los mercados tras la fusión entre empresas pasa seguramente por renunciar al criterio de “posición dominante” como criterio sustantivo en la evaluación de las fusiones. Creemos que la reforma del Reglamento de Concentraciones es la oportunidad para consolidar el tránsito desde este criterio hacia el de “reducción significativa de la competencia”.

Es descorazonador ver como en el Libro Verde se defiende el criterio de posición dominante, a pesar de que se constata “que el criterio de disminución considerable de la competencia se aproxime más al espíritu del análisis económico aplicable para controlar las operaciones y sea menos rígido (desde el punto de vista jurídico) que el criterio de dominación” (ver parag. 165). Se defiende que “desde el punto de vista sustantivo debería considerarse que hay muchas semejanzas entre el criterio de dominación y el criterio de disminución considerable de la competencia” (para 162). Pero se deja abierto el debate sobre el tema por problemas procedimentales (parag. 161): inseguridad jurídica justo después del tránsito de un criterio a otro, y divergencias con las normativas de los Estados miembros (a pesar de que algunos como el Reino Unido e Irlanda están estudiando el paso hacia el criterio de disminución de la competencia).

El sesgo pequeña empresa seguramente puede reducirse si el compromiso de Mario Monti (2002) de reforzar los argumentos económicos de los casos y de publicar unas *Guidelines* para las fusiones horizontales se plasman en la reforma en curso. Monti propone crear la figura del Economista Jefe de la Dirección General de Competencia. Sin duda, la revisión de los fundamentos económicos de los casos utilizando los avances en la teoría económica que hemos señalado en este trabajo permitirán una valoración más precisa sobre si la existencia de grandes empresas en los mercados es perjudicial o no para los consumidores. En particular, el análisis económico permitirá evaluar las ganancias de eficiencia que las concentraciones pueden suponer, y en qué medida los consumidores se beneficiarán de los ahorros de costes debidos a la concentración. Tal y como señala Mario

Monti (2002), el reconocimiento de las eficiencias de costes es posible con la actual redacción del Reglamento y no requiere por tanto reformas legislativas, sino tan sólo mejoras en los procedimientos de evaluación económica de los efectos de las concentraciones.

La decisión del TPI sobre el caso *Airtours/First Choice* ha elevado el listón que debe superar la Comisión para probar mediante hechos e indicios suficientes que las operaciones de concentración restringen la competencia. Para ello el TPI ha tenido que romper con la interpretación económica restringida y estática del concepto de posición de dominio, que llevaba a identificar este concepto con la mera existencia de una o varias empresas líder en un momento del tiempo. Este es un esfuerzo que debe ser bienvenido por la política europea de concentraciones, ya que la acerca hacia el uso de ese concepto al criterio sustantivo de disminución sustantiva de la competencia que rige en otras jurisdicciones.

Ahora bien, no podemos desconocer que, tal como se pone de manifiesto en las respuestas al Libro Verde, la flexibilización de la figura jurídica de la posición de dominio puede hacer más difícil la política de control del abuso de posición de dominio en el marco del art. 82 del Tratado de la Unión Europea (antes 86). La práctica nos dice que debemos estar vigilantes para que la competencia discipline a las grandes empresas. Entre las conductas de las empresas líderes que deben perseguirse destacan los acuerdos verticales de exclusividad comercial, el establecimiento de precios de reventa, los contratos de vinculación de productos, la predación de precios, y las subvenciones cruzadas de las empresas multiproducto. Tal y como hemos señalado anteriormente, las autoridades de defensa de la competencia deben, por tanto, vigilar la conducta de las empresas líderes y deben asegurar de que la competencia pueda florecer sin cortapisas.

La preocupación que debe dirigir la política de control de abuso de posición de dominio no es tanto si los precios que fijan estas empresas son abusivos, como si están impidiendo la competencia efectiva de otras empresas. Por ello, el art. 82 no es el adecuado para el control de los precios que fijan las empresas con posición de dominio individual, ni de las empresas que gozan de una posición de dominio colectiva. Como señalamos anteriormente, los precios de las empresas con posición de dominio individual no deben ser objeto de investigación. Las conductas de las empresas que gozan de una posición de dominio colectiva deben ser controladas a través del estudio de posibles acuerdos, ya sean tácitos o explícitos (art. 81 del Tratado de la Unión Europea, antes 85), para determinar si están actuando legítimamente de forma unilateral, o bien, de forma coordinada, y por ello restringiendo la competencia y dañando a los consumidores y al bienestar social. En contra de esta opinión, el Comisario Monti (2002) apuesta porque se desarrollen de forma paralela dos figuras jurídicas de posición de dominio. Una para los casos de fusiones y adquisiciones, y otra en el marco de los casos de abuso de posición de dominio del art. 82 del Tratado.

Finalmente, el riesgo proteccionista continuará presente en las decisiones de la Comisión mientras no se corrijan los sesgos estructuralista y pequeña empresa. La reforma del Reglamento difícilmente reducirá la discrecionalidad de la Comisión a la hora de tomar en consideración el efecto de las decisiones para las empresas europeas, sobre todo cuando su posición competitiva en los mercados mundiales esté en juego. Pero es necesario señalar que las derivas proteccionistas en este terreno pueden ser peligrosas y contraproducentes, tanto por las reacciones de otras jurisdicciones, como por la debilidad que el proteccionismo

puede acabar imprimiendo a las empresas europeas, si estas anticipan el funcionamiento del ese paraguas protector de la Comisión.

Referencias

- Bain, J. S. (1951) 'Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936-1940', *Quarterly Journal of Economics*, 65, 293-324.
- Bresnahan, T. (1987) *Empirical Renaissance in Industrial Economics*, Basil Blackwell en cooperación con *The Journal of Industrial Economics*, Oxford.
- Bresnahan, T. (1990) "Empirical Studies of Industries with Market Power", capítulo 7 Schmalensee, R. y R. D. Willig (eds.) *Handbook of Industrial Organization*, North-Holland, Amsterdam.
- Bain, J. S. (1956) *Barriers to Competition*, Cambridge (Mass. USA), Harvard University Press.
- Bain, J. S. (1966) *International Differences in Industry Structure*, New Haven (Conn. USA): Yale University Press.
- Demsetz (1968)
- Comisión Europea (2001) *Libro Verde sobre la Revisión del Reglamento (CEE) no. 4064/89 del Consejo*, COM (2001) 745 Final, Bruselas.
- Comisión Europea (2002) *Resumen de las Respuestas Recibidas al Libro Verde sobre la Revisión del Reglamento (CEE) no. 4064/89 del Consejo* COM (2001) 745 Final, Bruselas.
- Charles, J. A. (2001) 'Address by the Assistant Attorney General of the Antitrust Division of the US Department of Justice at the Conference on the International Antitrust 21st Century: Cooperation and Convergence', OECD Global Forum on Competition, Paris (France), October 17, 2001.
- Kwoka, J. E. y L. J. White (Ed.) (1999) *The Antitrust Revolution. Economics, Competition, and Policy*, Oxford University Press, New York.
- Mason, E. S. (1939) 'Price and Production Policies of Large Scale Enterprise', *American Economic Review*, 29 Part 2, 61-74.
- Modigliani (1958)
- Monti, M. (2002) 'Europe's Merger Monitor', *The Economist*, Nov. 7 2002.

- Monti, M. (2002) 'Merger Control in the European Union: A Radical Reform', European Comission/IBA Conference on EU Merger Control, Bruselas, Nov. 7 2002.
- Motta, M. (1999) Economic Analysis and EC Merger Policy, 28 December 1999, mimeo.
- Neuven, M. (2001) *Competition Policy. History, Theory and Practice*, Edward Elwar, Cheltenham (UK).
- Stigler, G. (1968) *The Organization of Industry*, Richard D. Irwin, Inc., Homewood (Illinois, USA).
- Symeonidis, G. (2001)