

**Vigésimo segundo Grupo Intergubernamental de Expertos en
Derecho y Política de la Competencia
Sala XIX, Palacio de las Naciones, Ginebra
3-5 de julio de 2024**

**Mesa redonda sobre la evolución reciente del control de
las concentraciones normas**

Contribución

*Prof. Francisco Hernández Rodríguez
Universidad de Santiago de Compostela
España*

Este material se ha reproducido en el idioma y la forma en que se facilitó. Las opiniones expresadas son las del autor y no reflejan necesariamente los puntos de vista de Comercio y Desarrollo de la ONU.

Desde la perspectiva académica, ¿cuáles son los riesgos para la sociedad de la creciente concentración de poder económico que estamos observando en sectores tan importantes como el digital, farmacéutico, financiero, alimentario, etc., y qué acciones deberían adoptar las autoridades de competencia para hacer frente a este problema sin menoscabar el principio de libertad de empresa recogido en las constituciones democráticas?

Resulta complicado encontrar un equilibrio adecuado entre libre competencia y concentración económica. Por esta razón la historia económica oscila entre periodos en los que predomina la libre competencia y periodos en los que la tendencia al monopolio es más acusada. En el siglo XXI estamos entrando en una época monopolística (Christophers, Stiglitz, Wu).

Diferentes estudios ponen de manifiesto que en la actualidad se está produciendo un notable incremento en la concentración de los mercados (mercados digitales, farmacéuticos o telecomunicaciones, por ejemplo).

En contra de lo que dicen algunos autores, este incremento de la concentración que se está produciendo en la actualidad no es la consecuencia de un relajamiento de las políticas de competencia sino que es el resultado de las dinámicas naturales de algunos mercados. Efectos de red, winner takes it all, necesidades de grandes inversiones en I+D, o la simple necesidad de ganar dimensión para poder competir en unos mercados cada vez más globales son circunstancias que explican por sí mismas la tendencia a la concentración de muchos mercados.

Posiblemente el control de esta tendencia a la concentración de los mercados y de los monopolios que se irán conformando será posiblemente el principal reto al que se va a enfrentar el Derecho de la Competencia en los próximos años.

Me pregunta el moderador acerca de los riesgos para la sociedad de esta creciente concentración de poder económico. Esta pregunta se puede abordar desde dos perspectivas diferentes. La visión clásica en un foro como éste es

centrarse en el coste social del monopolio. La concentración de mercados tiende a crear monopolios, cuyo coste social en el terreno de los precios y niveles de producción constituye un campo de trabajo clásico de los economistas.

También se puede hablar de los riesgos de la concentración económica desde una perspectiva sociopolítica. Esta idea no es nueva sino que la percepción del poder económico como un riesgo para la democracia es algo recurrente, especialmente en épocas en las que, como ocurre en la actualidad, la creciente concentración económica genera una mayor preocupación social en relación a los monopolios. Así ocurrió en los años 20 en los Estados Unidos en la época del trustbusting con el presidente Theodore Roosevelt, también con el ordoliberalismo alemán en los años 50 y parece que este debate se está volviendo a generar en la actualidad. Y no me refiero sólo a la denominada corriente neobrandesiana que en los Estados Unidos lideran autores como Tim Wu para quienes los grandes monopolios son un riesgo para el funcionamiento de la democracia sino que cada vez son más los autores que desde distintos ámbitos comparten esta visión. Así, por ejemplo, para Martin Wolf, jefe de economía del Financial Times, el auge de los monopolios es una de las causas de la que él denomina “crisis del capitalismo democrático”.

Así pues la creciente concentración de poder económico conlleva importantes riesgos para la sociedad y así los percibe cada vez más gente.

Aunque decía al principio de mi intervención que no se debe buscar la causa de esta creciente concentración en una supuesta debilidad en la aplicación del Derecho de la Competencia, el Derecho antitrust es la primera línea de defensa frente al exceso de concentración en algunos mercados y los abusos de los monopolios y, en consecuencia, debe aceptar los retos que esta nueva situación le plantea.

Es difícil referirse en un tiempo tan breve a todas las acciones que el Derecho de la competencia podría adoptar para hacer frente a este problema respetando el límite que constituye el principio de libertad de empresa. De hecho es evidente que el Derecho de la competencia está reaccionando y las agencias encargadas de su aplicación manifiestan una voluntad claramente más intervencionista frente a las concentraciones. Nuevas teorías del daño (theories of harm) o nuevas

formas más flexibles de delimitar el mercado relevante son respuestas que hacen que los mecanismos de control de concentraciones resulten más eficaces.

Se avanza hacia posiciones más intervencionistas. Caso CK Telekoms del tribunal de justicia de la Unión Europea de julio de 2023. La Comisión sólo necesita demostrar que una operación, “más probablemente que no” (more likely than not) producirá una reducción significativa de la competencia. El standard anterior era la necesidad de una probabilidad fuerte (strong probability).

No me voy a referir en este foro a este tipo de medidas concretas que ya se están adoptando sino que desde mi perspectiva académica y, quizás, un tanto utópica, me referiré a cuatro líneas de actuación más generales y ambiciosas. Comenzaré por las más genéricas y a largo plazo para ir descendiendo hacia las más concretas y a corto plazo, hacia las más terrenales.

1.- Cambio en la orientación del Derecho antitrust hacia una perspectiva más estructuralista

No se trata de abandonar todo el acervo adquirido en los últimos años (realmente decenios) basado fundamentalmente en el bienestar del consumidor, traducido fundamentalmente en precios sino de que el pensamiento antitrust vaya evolucionando de forma natural como también van evolucionando los mercados. El objeto fundamental del Derecho antitrust debe ser mantener la competencia en los mercados y ello implica tener en cuenta factores estructurales.

En materia de concentraciones esto implica que el análisis no se debe centrar en el efecto de la operación sobre los precios y volúmenes de producción en mercados definidos de forma estrecha, sino que se debe tener en cuenta la estructura y la dinámica de los mercados con una perspectiva amplia.

2.- Necesidad de una mayor cooperación internacional

Las exigencias de la globalización constituyen una de las causas que está detrás de la creciente concentración de los mercados. La realidad es que se

están abordando operaciones de concentración internacionales entre empresas que operan en cada vez más países con una óptica eminentemente nacional.

La necesidad de incrementar la cooperación en el control de concentraciones se ha convertido en un tópico cada vez más recurrente de organismos internacionales como la OCDE, la ICN (International Competition Network), o la propia UNCTAD. Sin embargo, operaciones como Microsoft/ Activision Blizzard o Booking/eTraveli han puesto de manifiesto que estamos muy lejos de conseguir los niveles de cooperación necesarios.

Microsoft/ Activision Blizzard: La UE autorizó con condiciones (compromisos de licenciar a largo plazo), CMA la bloqueó sin que le convenciesen los remedios propuestos en la UE. Posteriormente la CMA autorizó la operación imponiendo un remedio diferente (desinversión). En EEUU la FTC está intentando bloquear la operación

Booking/eTraveli: En principio la CMA autorizó una operación que la UE bloqueó

3.- Necesidad de encontrar mecanismos para controlar las operaciones que quedan por debajo de los umbrales de notificación

Un sistema de control previo de las concentraciones económicas resultaría totalmente inoperativo sin el establecimiento de unos umbrales de notificación adecuados. Esto implica que siempre habrá operaciones que queden por debajo de estos umbrales.

Hay dos posibles vías de actuación que se deberían combinar

- Un control rápido a posteriori del comportamiento de la empresa que adquiere a un rival sobre la base de un posible abuso de posición dominante

Adoptar medidas específicas cuando el número de operaciones de concentración ejecutadas por una empresa supere un determinado número o un determinado volumen, aunque cada operación quede por debajo de los umbrales de control. ¿Exigiría esto cambios normativos? Probablemente sí pero no parecen difíciles de implementar.

4.- Diseño y aplicación de remedios proactivos más eficaces

A pesar de que constituyen una de las piezas más importantes del Derecho de la competencia ya que de ellos depende la eficacia del “enforcement”, los remedios han sido históricamente una parte tradicionalmente olvidada tanto por la doctrina legal y económica como por el legislador y las propias autoridades. (basta con ver las escasas páginas que cualquier manual clásico de competencia le dedica a los remedios o que el Reglamento de la UE 1/2003 los despacha con un único artículo).

Son necesarios remedios proactivos más eficaces e imaginativos, tanto remedios de comportamiento como remedios estructurales. Su objeto no debe ser tanto impedir una conducta puntual como crear las condiciones adecuadas para que en el mercado se recuperen las condiciones que permitan el desarrollo de la libre competencia.

Aunque sólo se prevé su aplicación en casos muy excepcionales, el art. 18 de la DMA contiene un remedio de comportamiento novedoso y eficaz que, además refleja la visión estructural que hemos defendido en esta exposición.

Art.18 Digital Markets Act: la medida correctora que se imponga tras constatar un incumplimiento reiterado por parte de un guardián de acceso podrá incluir la prohibición durante un tiempo limitado de participar en una concentración.

Remedios estructurales: aunque fuera del radar de las autoridades de competencia durante muchos años, los remedios estructurales vuelven a estar en el centro del debate.

La realidad es que los remedios estructurales en sentido estricto (la ruptura del monopolio) pueden ser la solución más eficaz y casi única en casos extremos pero resultan muy difíciles de aplicar a grandes empresas multinacionales que cotizan en mercados de valores y tienen cientos de miles de accionistas que pueden ser posibles damnificados en caso de que se aplique un remedio estructural.

Casos como los emprendidos contra Amazon y Google van a ser determinantes para dilucidar si los remedios estructurales vuelven ser una opción real o se desestiman por las dificultades inherentes a su aplicación

