



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

LAS CONCENTRACIONES EN EL DERECHO DE COMPETENCIA EN LA UE Y EE. UU

Análisis Comparado

Autor: Benjamín Miguel Iglesias Wendel

5º E-3 B

Área: Derecho de la Competencia

Tutor: Prof. Bruno Walter Martín Baumeister

Madrid

Abril de 2021

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| 1.-LISTADO DE ABREVIATURAS | 4 |
| 2.- INTRODUCCIÓN | 5 |
| 2.1. Estado de la cuestión | 5 |
| 2.2. Objetivos | 7 |
| 3.- LEYES REGULADORAS DE LA COMPETENCIA. | 8 |
| 3.1. Normas de competencia en la UE | 8 |
| 3.1.1. TUE y TFUE | 8 |
| 3.1.2. Reglamento 1/2003 del Consejo..... | 9 |
| 3.1.3. <i>European Union Merger Law</i> (“EUMR”)..... | 10 |
| 3.2. Normas de competencia en los Estados Unidos. | 10 |
| 3.2.1 <i>Antitrust Law y Sherman Act</i> | 10 |
| 3.2.2 <i>Clayton Act</i> | 11 |
| 3.3. Observaciones entre ambos sistemas | 12 |
| 4.- ORGANISMOS SUPERVISORES DE LA COMPETENCIA. | 14 |
| 4.1. Organismos controladores en la UE..... | 14 |
| 4.2 Organismos controladores en los EE. UU..... | 16 |
| 5.- LA DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE | 20 |
| 6.- PROCEDIMIENTO DE CONTROL | 24 |
| 6.1 Umbrales | 25 |
| 6.2. Régimen previo a la notificación | 27 |
| 6.3. Fase I..... | 28 |
| 6.4. Fase II..... | 30 |
| 7.- REMEDIOS ESTRUCTURALES Y DE CONDUCTA | 32 |
| 8.- COOPERACIÓN INTERNACIONAL | 37 |
| 9.- CONCLUSIÓN | 38 |
| 10.- BIBLIOGRAFÍA | 40 |
| 10.1. Legislación | 40 |
| 10.2. Jurisprudencia | 41 |
| 10.3. Obras doctrinales..... | 41 |

Índice de ilustraciones

| | |
|---|---|
| Ilustración 1. Gráfica 1. Corporaciones y personas físicas acusadas. | 5 |
| Ilustración 2. Cantidad en concepto de multas y sanciones penales en USA..... | 6 |

| | |
|---|----|
| Ilustración 3. Multas impuestas, ajustadas tras correcciones de los tribunales, por incumplimiento del artículo 101 TFUE..... | 6 |
| Ilustración 4. Frecuencia relativa de objetivos por institución de la UE..... | 15 |
| Ilustración 5. Estructura temporal del procedimiento de control. | 24 |
| Ilustración 6. Estructura temporal del procedimiento de control en los EE. UU. | 25 |
| Ilustración 7 Soluciones empleadas en decisiones de fusiones y competencia..... | 33 |

Resumen:

Las concentraciones de empresas son un fenómeno muy habitual en el tráfico jurídico y las implicaciones que estas operaciones tienen en el funcionamiento del mercado y de la competencia provocan una intensa vigilancia por parte de los reguladores del mercado. En este trabajo se van a estudiar comparativamente los procesos de control de fusiones en EE. UU y en la Unión Europea a fin de entender bien que características tienen en común y cuáles diferencian esta rama del derecho en estas economías cada vez más conectadas.

Palabras clave: derecho de la competencia, fusiones, FTC, DOJ, mercado relevante, Comisión, UE, EE. UU.

Abstract:

Company mergers are a very common phenomenon in our law system and because of the consequences that this operations have in the market and in competition, they attract a great deal of surveillance from the regulator. In this paper we are going to compare the merger control process in the USA and in the EU in order to understand their common principles and characteristics and the ones that differentiate competition law in those two highly interconnected economies.

Key words: antitrust law, competition law, mergers, FTC, DOJ, Commission, EU, US, conduct remedies, structural remedies.

1.-LISTADO DE ABREVIATURAS

DOJ: *Department of Justice of the United States*

EE. UU.: Estados Unidos de América

EUMR: *European Union Merger Regulation*

FTC: *Federal Trade Commission*

FTC ACT: *Federal Trade Commission Act*

HSR: *Hans-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*

ICN: *International Competition Network*

SSNIP: *Small but Significant Non-transitory Increase in Price*

UE: Unión Europea

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TUE: Tratado de la Unión Europea

2.- INTRODUCCIÓN

2.1. Estado de la cuestión

La salvaguardia de la competencia en el contexto de una economía de libre mercado es una cuestión de relevancia indiscutible toda vez que la mayoría ordenamientos jurídicos y las autoridades realizan una intensa vigilancia en este campo a fin de evitar conductas que puedan comprometer el normal funcionamiento del tráfico económico resultando en un perjuicio grave para los consumidores.

A modo ilustrativo de la relevancia que ocupa esta actividad de vigilancia por parte de los organismos encargados de la supervisión de la competencia, cabe mencionar los datos relacionados con investigaciones y penalizaciones por formación de cárteles. En el caso de los Estados Unidos es relevante, como observamos en la *Ilustración 1*, el número de corporaciones e individuos incurso en causas de esta naturaleza. Queda claro que en el caso americano es una actividad relevante por parte de la administración que en 2015 llegó a suponer una cantidad de 3.600 millones de dólares en concepto de multas y penalizaciones después de una subida continuada en los años anteriores¹.



*Ilustración 1. Gráfica 1. Corporaciones y personas físicas acusadas.*²

¹ The United States Department of Justice, “CRIMINAL ENFORCEMENT Trends Charts Through Fiscal Year 2020”, Antitrust Division, 2020 (disponible en <https://www.justice.gov/atr/criminal-enforcement-fine-and-jail-charts>; última consulta 4/03/2021).

² The United States Department of Justice, “CRIMINAL ENFORCEMENT Trends Charts Through Fiscal Year 2020”, *Antitrust Division*, 2020 (disponible en <https://www.justice.gov/atr/criminal-enforcement-fine-and-jail-charts>; última consulta 4/03/2021).

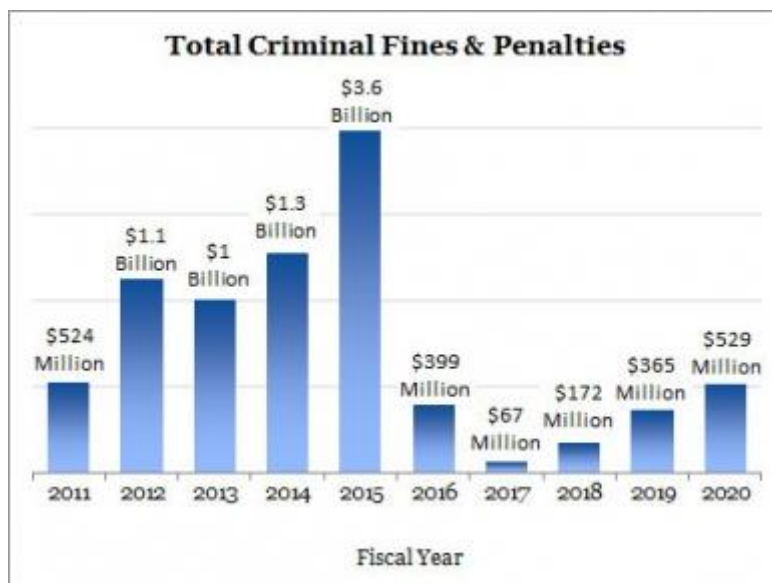


Ilustración 2. Cantidad en concepto de multas y sanciones penales en USA.³

Por otra parte, en lo referente a la Unión Europea, la labor de control en el campo del derecho de la competencia también es relevante y, a pesar de las oscilaciones que se registran a lo largo de los años, llega a superar en ocasiones las cifras americanas antes referidas por lo que supone también un importante campo de supervisión por parte del regulador público como se puede comprobar en la *Ilustración 3*.

1.3. Fines imposed (adjusted for Court judgments) - period 2016 – 2020

Last change: ++17 December 2020++

| Year | Amount in €* [†] |
|--------------|---------------------------|
| 2016 | 3 691 046 375 |
| 2017 | 1 941 773 648 |
| 2018 | 800 748 000 |
| 2019 | 1 484 877 000 |
| ++2020++ | 288 080 000 |
| total | 8 206 525 023 |

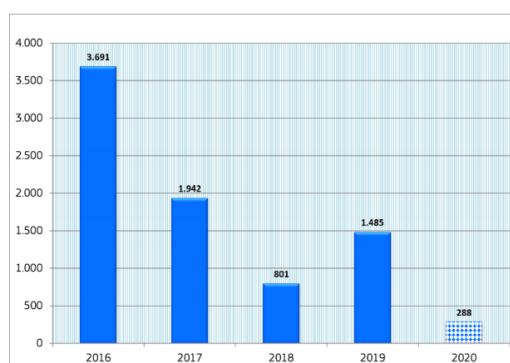


Ilustración 3. Multas impuestas, ajustadas tras correcciones de los tribunales, por incumplimiento del artículo 101 TFUE⁴.

³ The United States Department of Justice, “CRIMINAL ENFORCEMENT Trends Charts Through Fiscal Year 2020”, *Antitrust Division*, 2020 (disponible en <https://www.justice.gov/atr/criminal-enforcement-fine-and-jail-charts>; última consulta 4/03/2021).

⁴ Comisión Europea, “Cartel Statistics”, *Competition*, 2020 (disponible en <https://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>, última consulta 28/03/2021).

2.2. Objetivos

Nos encontramos, como se puede observar, ante un sector con incidencia importante a uno y otro lado del Atlántico cuya dimensión jurídica será objeto de detenido estudio en este trabajo a fin de valorar sobre todo los aspectos más destacables de la regulación en los Estados Unidos y la Unión Europea realizando una comparación de como en ambos ordenamientos se trata el fenómeno de la concentración de empresas.

En primer lugar, realizaremos un acercamiento general al planteamiento de ambos ordenamientos en esta materia, comentando sus legislaciones y la estructura que adoptan sus organismos reguladores. A continuación, pretendemos definir el concepto de mercado relevante en los dos sistemas que estudiamos. Una vez sentemos estas bases abordaremos en este trabajo los parecidos y diferencias en ambos sistemas legales en el tratamiento del proceso de concentración de empresas en la UE y en los EE. UU. En último lugar, comentaremos una cuestión de gran relevancia entre ambos sistemas y que versa sobre todo acerca de los compromisos adoptados por las partes para hacer viables las fusiones. Con ello pretendemos analizar de forma comparada el régimen jurídico del control de concentraciones y destacar cuáles son sus similitudes y divergencias.

Intentaremos plantear, sobre todo, cuál es el papel que juegan en cada sistema de control de competencia los organismos reguladores públicos y cuáles son las diferencias en los planteamientos de sus respectivas legislaciones. También nos adentraremos en si el concepto de mercado relevante presenta matices entre los EE. UU y la UE. Analizaremos detenidamente el procedimiento de control para comprender su estructura, sus partes y el contenido de estas y terminaremos estudiando cuál es el papel que juegan los compromisos y soluciones en cada jurisdicción.

3.- LEYES REGULADORAS DE LA COMPETENCIA.

Nos corresponde ahora analizar la forma en que se estructura el derecho de la competencia, de acuerdo con las particularidades de los sistemas jurídicos que estamos analizando a fin de adquirir una vista general del tratamiento recibido por el legislador en este ámbito y familiarizarnos con los textos legales que regulan la competencia tanto en la Unión Europea como en los Estados Unidos.

3.1. Normas de competencia en la UE

3.1.1. TUE y TFUE

En lo que respecta a la Unión Europea nuestra atención se debe dirigir, en primer lugar, al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). En virtud de su naturaleza supranacional, las competencias y funciones de la UE son aquellas que le son asignadas por el tratado fundacional⁵ y en el cual encontramos las facultades que le corresponderán a la Unión en materia de competencia. Además, es importante tener en cuenta respecto de este derecho un presupuesto fundamental como es el mercado único, cuyas normas de funcionamiento y competencia corresponden a la Unión Europea⁶.

Los artículos en cuestión que sientan las bases del derecho de la competencia europeo son el artículo 101, 102 y 106 a 109. Estos artículos no solo destierran del ordenamiento jurídico toda clase de acuerdos entre empresas que puedan llevar a una distorsión de la competencia declarando su nulidad de pleno derecho⁷, sino que además se prohíben las ayudas por parte de los Estados Miembros a empresas que “falseen o amenacen con falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones⁸”. Todos estos preceptos entran en conexión con el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE) donde se establece el objetivo de alcanzar en la Unión “una economía social de mercado altamente competitiva⁹” por lo que se busca evitar todas aquellas prácticas tanto privadas como estatales que puedan obstaculizar esa meta.

⁵ Art. 2 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Diario Oficial de la Unión Europea 26 de octubre de 2012).

⁶ Art. 3 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Diario Oficial de la Unión Europea 26 de octubre de 2012).

⁷ Art. 101 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Diario Oficial de la Unión Europea 26 de octubre de 2012).

⁸ Art. 107 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Diario Oficial de la Unión Europea 26 de octubre de 2012).

⁹ Art. 3 Tratado de la Unión Europea (Diario Oficial de la Unión Europea 30 de marzo de 2010).

Respecto a esta cuestión, merece la pena además mencionar, como es conocido, que el derecho de la Unión Europea no es un sistema jurídico estanco, sino que se encuentra en conexión estrecha con los ordenamientos jurídicos de los estados miembros que la conforman, todavía más en esta materia en la que los estados conservan potestad en asuntos de competencia en determinados supuestos que más tarde comentaremos. En esta materia rige también el “principio de primacía” del derecho de la UE sobre los derechos nacionales: “los conflictos entre la norma comunitaria y las normas nacionales en materia de prácticas colusorias deben resolverse aplicando el principio de la primacía de la norma comunitaria¹⁰.”

3.1.2. Reglamento 1/2003 del Consejo

En relación con esta cuestión de prelación de ordenamientos jurídicos aplicables son imprescindibles los preceptos contenidos en el Reglamento 1/2003 del Consejo que regula los supuestos en los que corresponde a las autoridades de competencia nacionales un determinado asunto de posible falseamiento de la competencia. En estos casos se plantea por parte del legislador europeo que “donde las Autoridades Nacionales de Competencia o tribunales nacionales apliquen derecho de competencia nacional a acuerdos, decisiones [...] que puedan afectar al comercio entre Estados Miembros, también se aplicará el artículo 101 ,[...] 102¹¹”. Por tanto, en el contexto del mercado único europeo se dará la situación en la que, a pesar de que en un determinado expediente impulsado por las autoridades de un Estado Miembro y al que se apliquen disposiciones de derecho nacional de ese estado deban tenerse en cuenta el contenido de los artículos 101 y 102 TFUE.

Es esencial reparar en la delimitación entre los derechos nacionales y el europeo en el momento de su aplicación. El derecho de los estados miembros será aplicable en aquello que no contravenga las disposiciones comunitarias o lo que estas últimas no abarquen¹². Por tanto, parece que de modo predominante los derechos nacionales de competencia se aplicarán sobre todo en asuntos que se susciten dentro de sus fronteras mientras no haya

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea caso 14/68, de 13 de febrero de 1968 [versión electrónica – base de datos Eur – Lex. Ref. ECLI:EU:C:1969:4.] Fecha de última consulta: 27 de febrero de 2021.

¹¹ Art. 3.1 Reglamento (CE) No 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (Diario Oficial de las Comunidades Europeas 4 de enero de 2003).

¹² Müller, U., Meyer, L., “Wettbewerb und Regulierung in der globalen Internetökonomie: Eine rechtsvergleichende Studie zwischen europäischem und US-amerikanischem Recht”, *Internetökonomie und Hybridität*, vol. 45, 2007.

implicación de otros estados. En caso contrario, y en virtud de lo ya señalado en la regulación 1/2003, cuando afecte a más de un estado miembro entrará dentro del ámbito de la norma europea pues: “El derecho alemán de competencia es sólo relevante cuando no contraviene el europeo o cuando el europeo no resulta de aplicación.”¹³

3.1.3. *European Union Merger Regulation* (“EUMR”)

Cabe de todas maneras tener en cuenta otra regulación fundamental en la materia que es el *European Union Merger Regulation* (“EUMR”) contiene una disposición de gran relevancia en lo referente al reparto de competencias entre los organismos nacionales y europeos. En él, se abre la posibilidad de la intervención de los estados miembro en el proceso de concentración de empresas cuya competencia correspondiese a los organismos europeos para “proteger intereses legítimos distintos de los considerados en el presente Reglamento que sean compatibles con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario¹⁴.”

Este artículo abre la posibilidad para que los estados miembros impidan que se produzca una determinada concentración cuando esta “pueda conducir a desempleo o trastornos sociales” o porque “se trate de un sector sensible en el que el Estado Miembro desee mantener una influencia fuerte que puede verse socavada por una mayor participación.”¹⁵.

3.2. Normas de competencia en los Estados Unidos.

3.2.1 *Antitrust Law* y *Sherman Act*

En lo que respecta al derecho americano, las normas básicas en esta materia están establecidas en actos legislativos, algunos de los cuales datan ya del siglo XIX. Las principales leyes, a pesar de haber sido sometidas a reformas diversas a lo largo del siglo XIX y XX que conforman lo que se denomina el “*antitrust law*” son el *Sherman Antitrust Act* (1890) el *Federal Trade Commission Act* (1914), el *Clayton Act* (1914) y el *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* (HSR) (1976)¹⁶. La primera de estas en ser promulgada y a la que debemos remitirnos en primer lugar es el *Sherman Act* (1890). En su primera sección, se prohíben todos los acuerdos que puedan limitar de alguna manera el comercio entre los estados de la Unión o con el extranjero prescribiendo la ilegalidad

¹³ Müller, U., op. cit., p.5.

¹⁴ Art. 21.4 Reglamento (CE) No 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas. (Diario Oficial de la Unión Europea 29 de enero de 2004).

¹⁵ Whish, R., Bailey, D., *Competition Law*, Oxford University Press, Glasgow, 2008, p.872.

¹⁶ Lin, P., Raj, B., “The US Antitrust System and recent trends in Antitrust Enforcement”, *Journal of economic surveys*, vol.14. no. 3, 2000, pp.255-306.

de dichos acuerdos¹⁷. Además, en la sección segunda se prohíbe el intento o la conspiración para monopolizar algún sector comercio ya sea con algún estado o con el extranjero¹⁸.

Respecto de la regulación de las situaciones de monopolio destaca la particularidad del planteamiento del que parte la legislación americana respecto de la europea. Por un lado, en el derecho americano la situación que se censura no es el hecho de ejercer una posición de monopolio, que no contraviene el ordenamiento jurídico, sino “los intentos de monopolizar una industria”¹⁹. La sección segunda del *Sherman Act* por otra parte tampoco se refiere estrictamente a la posición del monopolista sino al proceso de adquisición de esta posición. Es importante recordar que la “superación de la competencia, por meros medios de mercado, es un suceso deseable” toda vez que implica “una consecuencia de la anhelada eficiencia”²⁰.

3.2.2 *Clayton Act*

Junto al *Sherman Act*, debemos centrar nuestra atención en otras dos normas que sientan las bases de la regulación y supervisión de la competencia en los Estados Unidos. Por una parte, el *Clayton Act* amplía los supuestos de prácticas prohibidas en la norma *Sherman* y destierra de la legalidad la discriminación de precio con el objetivo de cercenar la competencia o de crear un monopolio. Además, ahonda más en los supuestos de fusiones de empresas que pueden comprometer el funcionamiento del mercado. Basta indicar que esta ley fue sometida a diferentes reformas en las décadas posteriores, debido a las necesidades que habían surgido de ampliar el espectro de la norma²¹. Las empresas en sus operaciones estaban aprovechando la circunstancia de que en la sección número 7 de la mencionada ley se prohibían transacciones de acciones entre competidores, pero no de activos. Para evitar el fraude de ley en esta dirección el legislador americano impulsó la reforma que se sustanció en el *Celler-Kefauver Antimerger Act* de 1950²².

¹⁷Sec 1 Sherman Antitrust Act. (U.S. Government Publishing Office 2 de Julio de 1890).

¹⁸ Sec. 2 Sherman Antitrust Act. (U.S. Government Publishing Office 2 de Julio de 1890).

¹⁹ Lin, P., op. cit., p. 256.

²⁰ Müller, U., op. cit., p.18.

²¹ Röss, G., Will, M., Markert, K., “US- Antitrustrecht”, *Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa Institut*, vol. 81, 1987, p. 12.

²² Lin, P., op. cit., p. 256.

Al *Federal Trade Commission Act*, la tercera ley que sienta las bases del derecho de competencia americano haremos referencia en el siguiente apartado al comentar las instituciones que en cada sistema ejercen la función regulatoria.

3.3. Observaciones entre ambos sistemas

Llegados a este punto, en lo referente a las normas que regulan la competencia en ambos ordenamientos jurídicos podemos apreciar una serie de diferencias. Por una parte, mientras que en los Estados Unidos el *Sherman Act* constituye, tal y como se puede deducir de las consecuencias jurídicas en la misma letra de la norma, derecho en parte penal, las normas de la Unión Europea despliegan sus efectos fuera de los límites del derecho criminal.

Respecto de la técnica jurídica empleada, el *Sherman Act* en su articulado describe de forma mucho menos precisa tanto el fenómeno de la monopolización como aquellas prácticas y acuerdos entre los actores del mercado que pueden llevar a falsear la competencia. Es notoria también la mayor dispersión normativa que caracteriza el derecho americano en esta materia consecuencia sobre todo de la evolución histórica que se produjo en un amplio período de tiempo a diferencia del europeo que se manifiesta en menos textos legales, pero en un momento muy posterior en el tiempo, ya en el siglo XXI.

Parece, sin embargo, que podemos apreciar similitudes entre ambas legislaciones en la medida en que las leyes de uno y otro sistema se centran sobre todo en actividades, acuerdos o decisiones entre personas físicas o jurídicas, que puedan distorsionar de alguna manera la competencia dentro de un mercado. A pesar de la diferencia de la técnica jurídica empleada en el artículo 101 y 102 TFUE y el *Sherman y Clayton Act*, de acuerdo con lo analizado en este apartado resulta evidente que lo que se persigue en ambos sistemas es el uso de medios fraudulentos para obtener un beneficio en el mercado a costa del resto de competidores.

También es esencial recordar que ambos sistemas legales coinciden de manera esencial en su objetivo y fundamento. Se pretende, ante todo defender “la funcionalidad del mercado”, la meta es “la mejora del bienestar de los consumidores a través del aseguramiento y mejora de la eficiencia económica²³”. En todo sistema de derecho de la competencia predominan dos objetivos: proteger “el bienestar total [...] y el de los

²³ Müller, U., op. cit., p.16.

consumidores” que son “indistinguibles” la mayor parte del tiempo entre ellos²⁴. Por tanto, queda claro que el objetivo es garantizar una auténtica competencia que revertirá en mayores beneficios para el público. Este punto de partida común a ambos derechos nos permite poner en conexión dos ordenamientos jurídicos que, como veremos a continuación, mediante instituciones y estructuras que difieren en grado elevado persiguen un mismo objetivo.

²⁴ Blair, R., Sokol, D., “Welfare Standards in U.S and E.U. antitrust enforcement”, *Fordham Law Review* vol. 102, 2013, p.2498.

4.- ORGANISMOS SUPERVISORES DE LA COMPETENCIA.

Una vez presentadas las normas que regulan sustancialmente el derecho de la competencia en ambos ordenamientos jurídicos nos corresponde ahora tratar cuáles son los organismos encargados de la vigilancia del mercado y fiscalización de las operaciones que se producen a fin de salvaguardar un mercado competente y los intereses de los consumidores.

4.1. Organismos controladores en la UE

En lo que respecta a la Unión Europea, la institución central en esta materia y que desempeña un papel clave en materia de competencia es la Comisión Europea. Esta relevancia podemos apreciarla en las funciones que le están asignadas en este ámbito que abarcan un amplio espectro de potestades en la materia²⁵. Por tanto, en instancias europeas será la Comisión la que ostente la mayor parte de las competencias y desempeñe las funciones más importantes para aplicar el derecho de la competencia a los distintos actores de mercado, dirigirá como observamos en la definición los procesos y le corresponderá la iniciativa a nivel europeo en esta materia puesto que es a la Comisión a quien corresponde velar “por que se apliquen los tratados” y supervisar “la aplicación del derecho de la Unión²⁶”.

Es muy significativo, en el contexto de la UE, el papel que juegan sus órganos jurisdiccionales. La actividad que lleva a cabo la comisión de control de la competencia es objeto de revisión por los tribunales propios de la Unión Europea: el Tribunal General y el Tribunal de Justicia. Es preciso puntualizar, a modo de aclaración, que son distintas las funciones jurisdiccionales que desempeña cada uno. Al Tribunal General le corresponderá ocuparse de recursos de “hecho y de derecho” en decisiones de la Comisión referidas a aspectos relacionados con la competencia. Por otra parte, el Tribunal de Justicia atiende únicamente a “apelaciones de derecho”²⁷. Les corresponde a los tribunales en la UE controlar que la Comisión en el ejercicio de su autoridad no exceda los límites que le son asignados por el derecho de la Unión adquiriendo últimamente una

²⁵ Whish, R., op. cit., pp.54-55.

²⁶ Art. 17.1 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Diario Oficial de la Unión Europea 26 de octubre de 2012).

²⁷ Whish, R., op. cit., p.56.

mayor relevancia la protección de los derechos individuales lo que ha llevado a una reducción de las amplias facultades de la Comisión²⁸.

No debemos olvidar por otra parte, que el sistema europeo interactúa con instancias judiciales y administraciones nacionales las cuales están obligadas a aplicar el derecho de la Unión no sólo como derecho propio sino, además, y de manera prioritaria, por encima de su propio derecho como ya hemos visto. Debemos destacar, por supuesto, que las Autoridades Nacionales de Competencia a las que resulta de aplicación la regulación 1/2003, ya comentada en el apartado anterior, en los supuestos en que las decisiones puedan afectar a varios Estados, están obligadas a aplicar el derecho europeo²⁹. Es, por tanto, evidente la importancia que juegan estos organismos como aplicadores del derecho de la Unión en esta materia y la importancia del Reglamento 1/2003 a la hora de señalar de forma precisa la aplicabilidad de cada derecho³⁰.

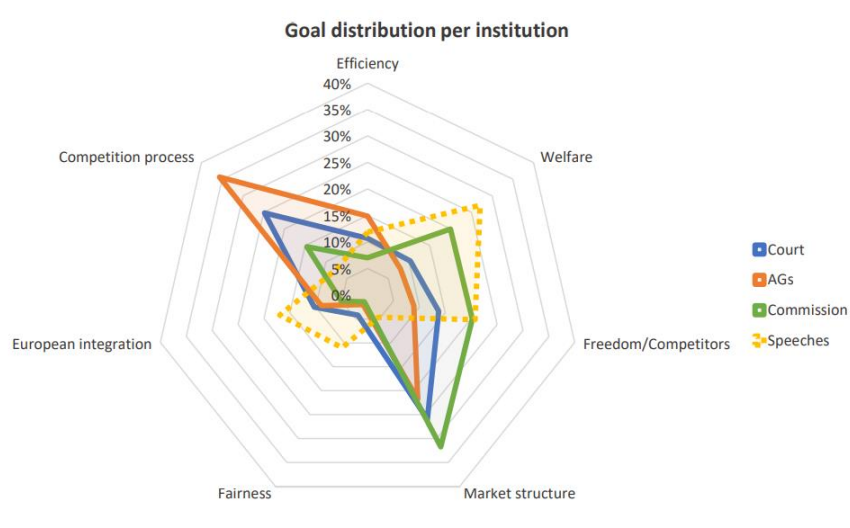


Ilustración 4. Frecuencia relativa de objetivos por institución de la UE³¹.

Para entender un poco más la interacción de las diferentes instituciones implicadas en la aplicación y control de ésta en el seno de la UE es interesante tener en cuenta el contenido de la *Ilustración 4*. Podemos observar como principales diferencias entre la relevancia otorgada por la Comisión y el TJUE a los diferentes objetivos está el proceso de competencia, mucho más ponderado por los tribunales y el Abogado General mientras

²⁸ Schweitzer, H., “Judicial Review in EU competition law” en Geradin, D., Lianos, I. (eds.) Research Handbook on EU Antitrust Law, Edward Elgar Publishing, Forthcoming, 2012, pp. 4-5.

²⁹ Müller, U., op. cit., p.5.

³⁰ Vid. Apartado 3.1.2. Reglamento 1/2003 del Consejo.

³¹ Stylianou, K., Iacovides, M. “The goals of EU competition law a comprehensive empirical investigation”, SSRN, 2020, p. 31 (disponible en <https://ssrn.com/abstract=3735795>; última consulta 15/03/2021)

que la Comisión atiende más a cuestiones de bienestar. Por otro lado, todas las instituciones parecen otorgar también relativa importancia a la estructura de mercado³².

4.2 Organismos controladores en los EE. UU

En el derecho americano debemos hacer ineludible referencia al *Federal Trade Commission Act*. Esta ley establece un organismo encargado de “actuar contra métodos desleales de competencia o por comportamientos desleales en el tráfico económico” que incluyen no solo “acciones de competencia desleal y publicidad engañosa sino también infracciones en contra de las leyes *Antitrust*”³³. Además, en relación más estrecha con el tema central que ocupa este trabajo, el *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* introdujo importantes modificaciones en el campo de las fusiones de manera que las que se produzcan “entre empresas de suficiente tamaño será objeto de revisión formal por parte del Departamento de Justicia (de ahora en adelante DOJ) y la Comisión Federal de Comercio (de ahora en adelante FTC)”³⁴. En la sección 45 del *FTC Act* se determina la competencia de este organismo para evitar que “personas, *partnerships* o corporaciones empleen métodos desleales de competencia en o afectando el comercio y actos o prácticas desleales o engañosas en o afectando el comercio.”³⁵

Es curioso, sin embargo, el hecho de que la convivencia de dos autoridades competentes en la materia, el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio, ha llevado a la división de las fusiones “por razón de materias” entre ambas instituciones. Por un lado, al Departamento de Justicia se ha especializado en concentraciones que han tenido lugar en sectores de “telecomunicaciones, ordenadores e industria química”, por otra parte, la FTC desarrolla su actividad en el ámbito de “servicios profesionales, alimentación y energía”. Como resulta obvio esta división se refiere a aquellos procesos en los cuales no se dan implicaciones penales, que corresponden en exclusiva al departamento de justicia. Parece que la razón de esta división entre una comisión de carácter autónomo y el ministerio público responde a la intención de relativizar la capacidad de influencia por parte del ejecutivo en decisiones de competencia³⁶.

Las competencias de la FTC han sido objeto de ampliación a lo largo de las décadas, marcando la jurisprudencia del Tribunal Supremo un punto importante en la historia de

³² Stylianou, K., op. cit. p.31.

³³ Ress, G., op. cit., p. 13.

³⁴ Lin, P., op. cit., p.257.

³⁵ Sec. 45 Federal Trade Commission Act (U.S. Government Publishing Office 1914).

³⁶ Lin, P., op. cit., pp.258-259.

la institución a la que se le reconoce la potestad para actuar en supuestos en los que, sin producirse una infracción de las leyes de antitrust ni una consecuencia negativa para la competencia, sí se da un comportamiento desleal, “la Federal Trade Commission no se arroga excesivo poder a si mismo si analizando prácticas contra el [...] estándar de justicia puede [...] considerar valores públicos más allá de aquellos consagrados en la carta o abarcados en el espíritu de las leyes de competencia.”³⁷. Sin embargo, esta apertura fue discutida en su momento y los intentos para ampliar el ámbito de actuación se vieron truncados y reducidos al artículo 5 del FTC ACT como norma determinante de la competencia de esta institución³⁸.

Otro aspecto en el que debemos detenernos respecto del sistema americano es el aspecto territorial y la forma en que se articula el reparto de competencias entre las agencias federales y los estados. La sentencia del TS “California v. American Stores Co., 495 U.S. 271 (1990)” en la que se permite a los estados evitar la vigilancia de las agencias federales competente en la materia siempre y cuando se cumplan dos condiciones en la legislación estatal. Por un lado, debe “articular claramente un objetivo de desplazar la aplicación de las leyes de antitrust” y, además, se requiere que “cree un mecanismo para que el estado supervise activamente la implementación del esquema de eliminación de competencia³⁹”.

En el plano institucional podemos distinguir las siguientes diferencias entre EE. UU. y la UE. En primer lugar, en el sistema americano es fundamental la multiplicidad de autoridades que son competentes para la aplicación del *Clayton Act*. Por otra parte, es relevante que esa posición de control también la detentan en determinados casos los estados de la Unión que complementan la actividad de las agencias federales hasta el punto de poder “conceder mayor *relief* o bloquear la totalidad del acuerdo.” Hay que matizar además que la especialización por sectores que señalamos *supra* en la actividad de las agencias federales, que es destacable en el sistema americano, en contraposición al europeo, la existencia de reguladores sectoriales como la FCC (“Federal Communications Comision”)⁴⁰.

³⁷ US Supreme Court Case Federal Trade Commission v. Sperry & Hutschinson CO núm. 70-70, de 1 de marzo de 1972 [base de datos – Justia U.S Supreme Court. Ref. 405 U.S. 233]. Fecha de la última consulta: 29 de marzo de 2021.

³⁸ Ress, G., op.cit., p. 13.

³⁹ Kovacic, W., Mavroidis, P., Neven, D., “Merger Control Procedures and Institutions: A Comparison of the EU and US Practice”, *Columbia Law and Economics Working Paper*, vol. 476, 2014, p.10.

⁴⁰ Kovacic W., op. cit., p.10.

La tercer gran divergencia entre ambos sistemas es el papel que juegan los tribunales de justicia. Es muy interesante la circunstancia relativa a la capacidad del DOJ y la FTC de paralizar una fusión, “por mucho que alguna de las agencias considere que el acuerdo es anticompetitivo, esta debe convencer a un juez de distrito federal para que detenga la fusión⁴¹.” Contrasta mucho este papel con el que juegan los tribunales europeos toda vez que estos solamente intervienen a través de recursos a las decisiones tomadas por la Comisión⁴². Por otra parte, los tribunales americanos no ostentan papel alguno en los casos en los que se proceda a autorizar una fusión. Tampoco será objeto de control judicial los casos en que “el DOJ o la FTC acepte acuerdos que requieran desinversiones o relaciones de conducta.” Por tanto, podemos marcar como una de las grandes diferencias entre el sistema americano y el europeo que las agencias americanas “no pueden bloquear unilateralmente una fusión” y “la agencia controladora deberá solicitar un *preliminary injunction* en un tribunal de distrito federal para detener a las partes antes de cerrar una transacción⁴³.”

También cabe mencionar la tendencia respecto a la deriva que los organismos tanto en la UE como en EE. UU. han seguido hasta el día de hoy y que parecen haber sustraído buena parte de sus actuaciones del marco legal establecido. Se denuncia, por parte de cierto sector doctrinal, la falta de posibilidades de predicción de las decisiones que puedan tomar estos organismos. Por una parte, sucede en el caso de americano que las agencias responsables de competencia son reactivos a los límites establecidos por otras ramas del estado” llegando a emitir guías “que no son legalmente vinculantes pero que en substancia han eclipsado otras fuentes de derecho y se han convertido en regulación principal en la materia”. Juicios similares se pueden encontrar respecto del papel que juega la Comisión respecto a cuestiones de competencia en la UE⁴⁴.

También hay otro aspecto fundamental en lo que se refiere principalmente a la implementación del derecho de competencia por agentes privados y que registra una fuerte divergencia entre ambas jurisdicciones. Por un lado, mientras que en los EE. UU el papel privado está mucho más extendido de manera que “una vasta mayoría de la implementación del derecho de competencia en los EE. UU emana de litigación privada”

⁴¹ Kovacic W., op. cit., p.10.

⁴² Whish, R., op. cit., p.56.

⁴³Delbaum J., Skinner, J., “Merger remedies in the US: An overview of the leading cases”, *Concurrences*, no. 92239, 2020, p.2.

⁴⁴ Khan, R., Davies, G., “Merger control and the rule of law”, *Erasmus Law Review*, vol. 2, no. 1, 2009 pp.31-34.

mientras que en la UE durante largo tiempo “la Comisión no tiene poder de garantizar daños a los que sufrieron pérdidas como consecuencia de infracciones” y posteriormente se dieron pasos para facilitar la “reclamación de daños”⁴⁵. Esto no obsta a que, de todos modos, “que las quejas privadas juegan un papel importante en la implementación pública de los artículos 101 y 102 TFUE” pues “si la Comisión decide no actuar con respecto a la queja, debe tomar una decisión razonada [...] que puede estar sujeta a revisión judicial por parte del Tribunal de Justicia.”⁴⁶

⁴⁵ Jones, A., “Private Enforcement of EU Competition Law: A Comparison with and Lessons from the US.”, TLI Think! Paper, vol. 10, 2016.

⁴⁶ Wils, W., “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?”, *World Competition*, vol. 26, no. 3, 2003, pp.473-488.

5.- LA DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE

Una vez presentados con amplios trazos los correspondientes sistemas de derecho de la competencia de ambos ordenamientos jurídicos, procedemos ahora a adentrarnos en el tema central que nos ocupa, la concentración de empresas. Para ello, en lo que se refiere al caso americano son textos indispensables para la comprensión de la cuestión la “Guía de fusiones horizontales” y los comentarios publicados en relación con esta y la recientemente aprobada “Guía de fusiones verticales” del DOJ y FTC. Además, otra norma relacionada con esta cuestión es el *HSR Act* y “que transformó el sistema de control de fusiones de los EE. UU un sistema de litigación ex post en un mecanismo regulador ex ante”⁴⁷. En la UE, la cuestión está principalmente regulada por la regulación 139/2004, conocida como “*EU Merger Regulation*” (“EUMR”).

Sin embargo, antes de analizar pormenorizadamente la legislación citada y cómo se desenvuelve la actividad de las instituciones nombradas en los apartados anteriores nos vemos obligados a comentar una cuestión fundamental para el posterior desarrollo de este trabajo y que no es otra que el concepto de mercado relevante. Analizar este concepto nos permitirá empezar a trazar las principales diferencias que se dan en el derecho sustantivo en este campo.

En primer lugar, conviene tener en cuenta, como vista general un documento de interés de la Red Internacional de Competencia (ICN de ahora en adelante), el “*ICN Recommended practices for merger analysis*” como aproximación a la cuestión de la definición de mercado tratada en el apartado II del mencionado texto. Encontramos en este documento la definición planteada de mercado por esta organización: “Un mercado relevante consiste en un producto o grupo de productos y un área geográfica en la que es producido o vendido que podría ser objeto del ejercicio de poder de mercado⁴⁸”. Por tanto, es esta una definición de mercado que contrasta con la que puede ser empleada en otros ámbitos y que dirige una orientación a las agencias nacionales responsables en materia de competente para analizar, en el contexto de una fusión, ese “mercado económicamente relevante” como aquel que podría estar sujeto potencialmente a “un poder de mercado que podría resultar en un daño a la competencia”⁴⁹. Tras estas iniciales indicaciones acerca del concepto de mercado, el ICN aporta indicaciones acerca de su

⁴⁷ Kovacic W., op. cit, p.24.

⁴⁸ Recommended practices for merger analysis (International Competition Network, 2018).

⁴⁹ Comentario 2 Recommended practices for merger analysis (International Competition Network, 2018).

definición por medio del método conocido como “SSNIP” y que analizaremos más adelante dado que es un método empleado en la UE y EE. UU en el contexto de una fusión⁵⁰.

Tras esta breve definición inicial dada por el ICN podemos adentrarnos en la empleada en el contexto europeo. A parte del citado EURM, debemos tener en cuenta otro documento muy útil en la materia, la “Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03)”, a la que nos referiremos de ahora en adelante exclusivamente como *Comunicación*.

En la UE, a diferencia del caso americano, se ofrecen dos definiciones de mercado, uno de producto, y otro geográfico. El de producto es aquel conjunto de “productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables” mientras que el mercado geográfico es 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.”⁵¹ Por tanto, en la UE podemos observar una doble dimensión del concepto de mercado y que, dependiendo del caso, su definición supondrá una mayor o menor importancia. Como quedó claro en “Europemballage Corp and Continental Can Co Inc v Commission” la “delimitación del mercado de producto relevante es de importancia crucial” mientras que el mercado geográfico será decisivo sólo en algunos casos y dependerá de la estructura del mercado de que se trate⁵².

Señala la comunicación además tres principios para la determinación del mercado: “presiones desde el punto de vista de la competencia”, “sustituibilidad de la demanda” y “sustituibilidad de la oferta.”⁵³ Entrar a analizar en profundidad cada uno de estos principios excede los límites del presente estudio, donde sí nos detendremos posteriormente es en la prueba SSNIP, introducido antes en las recomendaciones de la

⁵⁰ Coppi, L., Walker, M., “Substantial convergence or parallel paths? Similarities and differences in the economic analysis of horizontal mergers in U.S. and EU competition law”, *The Antitrust Bulletin*, vol.49, 2004, pp.103-104

⁵¹ Whish, R., Bailey, D., op. cit. pp. 26-29.

⁵² Whish, R., op. cit. pp. 26-29.

⁵³ Arts. 13 a 23, Comunicación de la comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03) (Diario Oficial de las Comunidades Europeas 9 de diciembre de 1997)

ICN, y que conviene introducir dado que es el método empleado en el sistema antitrust de fusiones en los Estados Unidos.

En EE. UU, el concepto y definición de mercado podemos encontrarlos en los “Comentarios de la Guía de fusiones horizontales”, a los que nos referiremos de ahora en adelante como *Comentarios*. En estos, la definición de mercado se presenta como una parte integrada en el proceso de control de competencia y no como un elemento autónomo y está estrechamente vinculada con la prueba SSNIP: “un producto o grupo de productos y un área geográfica en la cual es producida o vendida de tal manera que una hipotética firma que maximice del beneficio, no sujeta a regulación de precio, que fuese el único productor o vendedor presente o futuro de dichos productos en esa área impondría al menos un pequeño pero significativo y no transitorio aumento de precio⁵⁴”. Este aumento de precio se plantea en un escenario *ceteris paribus*, en el cual el resto de los precios se mantienen constantes. A pesar de aparecer ambas dimensiones, de producto y geográfica, incluidas en la misma definición, en los *Comentarios* aparecen métodos distintos para la determinación de uno y otro tipo de mercados.

El concepto del SSNIP (*Small but Significant Non-transitory Increase in Price*), ya adelantado en la definición de mercado que plantean el DOJ y la FTC y que aparece explicado en el punto 17 de la *Comunicación* plantea entre ambos ordenamientos la principal diferencia de, a pesar de que emplean el mismo método de definición del mercado, vendrá dado sobre todo por las particularidades del mercado común en la UE donde se tienen en cuenta “preferencias nacionales o locales, patrones de compra de los consumidores y diferenciación de producto⁵⁵.”

Debemos sin embargo también advertir que, respecto a ambos ordenamientos, en su aplicación del SSNIP, puede producirse un fenómeno denominado la “falacia del celofán” que “sucede cuando se analiza el poder de mercado de un monopolista aplicando el test SSNIP al precio del monopolio⁵⁶.” También se debe señalar como importante diferencia entre la aplicación de este sistema por parte de los EE. UU y de la UE es que “la importancia asociada al test es de alguna manera distinta” pues “los mercados se definen

⁵⁴ Commentaries on the Horizontal Merger Guidelines (Federal Trade Commission – US. Department of Justice, 2006).

⁵⁵ Comunicación de la comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03) (Diario Oficial de las Comunidades Europeas 9 de diciembre de 1997)

⁵⁶ Aron, D., Burnstein, D., Regulatory Policy and the Reverse Cellophane Fallacy, *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 6, no. 4, 2010, pp. 973-994, 2010.

sobre la base del test de monopolista hipotético en los EE. UU, mientras que en la UE otros factores son también importantes.” Por ello, podemos ver cómo pesar de la aplicación de un solo método su aplicación de despliega de modo distinto en ambas jurisdicciones⁵⁷.

⁵⁷ Coppi, L., op. cit., p.104.

6.- PROCEDIMIENTO DE CONTROL

Antes de adentrarnos de manera pormenorizada en el proceso de control al que proceden los controladores procederemos a dar una imagen generalizada de las fases en general y los plazos por los que se rigen para después pasar a estudiar cada parte con más detalle.

En la UE, al igual que en los EE. UU., existe antes del momento de notificación un margen previo y de contenido flexible. En lo que respecta a la notificación, ciertos umbrales económicos y de mercado, en los que entraremos posteriormente, desencadenarán la obligación de realizar respecto de una determinada concentración. A continuación, tal y como podemos observar en la *Ilustración 5*, se inicia la Fase I del procedimiento que dura 25 días, prorrogable a 35 si “las firmas implicadas ofrecen compromisos que harán el acuerdo razonable para la Comisión.” Si la Comisión observa que “una concentración genera dudas serias acerca de la compatibilidad con el mercado interno” se da comienzo a la Fase II⁵⁸. Veremos que este plazo puede quedar sujeto a ulteriores ampliaciones si se esta produciendo la negociación de compromisos para hacer viable la fusión.

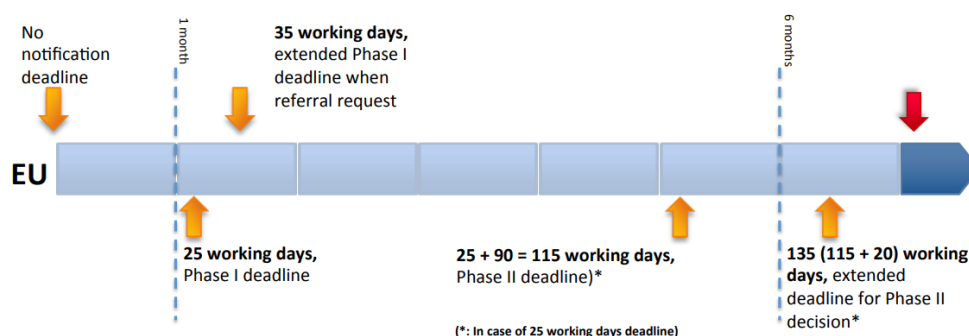


Ilustración 5. Estructura temporal del procedimiento de control⁵⁹.

Por otra parte, en el caso de los EE. UU, que aparece reflejado en la gráfica inferior, la Fase I, se extiende durante 30 días desde la notificación obligatoria de fusión a las autoridades. La Fase II se abre, al igual que en la UE, únicamente si la concentración suscita por parte de la agencia controladora preocupaciones respecto de la competencia que deben ser aclaradas. Ello implicará la necesidad de que se remita mayor

⁵⁸ Ombregt, P., Cool, K., Harle, N., “Merger Control and Practice in the BRIC Countries vs. The EU and the US: The Timing”, *INSEAD Working Paper*, no. 2012/101/ST, p. 5.

⁵⁹ Ombregt, op. Cit., p.5.

documentación a las agencias, lo que puede demorarse durante meses, la agencia correspondiente manifestará su resolución en un plazo de 30 días⁶⁰.

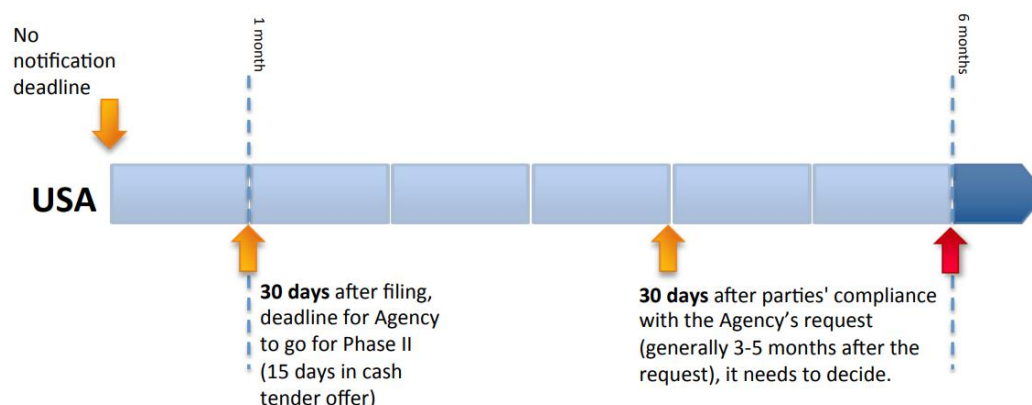


Ilustración 6. Estructura temporal del procedimiento de control en los EE. UU⁶¹.

Podemos comprobar, tras estas breves observaciones respecto a la estructura general del proceso en ambos derechos de competencia que ambos presentan una estructura dividida principalmente en dos fases con una segunda fase que se inicia solamente cuando se aprecian problemas de competencia como consecuencia de la concentración. Por otra parte, se aprecia que en los EE. UU., “el proceso de revisión se extiende durante 4 a 6 meses, más rápido que en la UE”. A pesar de la mayor duración del régimen de la UE es fundamental tener en cuenta que este último contiene previsiones acerca de la posibilidad de proceder con un proceso acelerado⁶².

6.1 Umbrales

Empezamos el análisis del proceso de control de fusiones con la comparación de los umbrales requeridos en cada jurisdicción para activar el control por parte de los reguladores de mercado. En lo que respecta a la Unión Europea, la notificación por parte de las entidades que pretenden realizar una fusión será obligatoria en aquellos casos en los que “el grupo comprador y el objetivo ostentasen en conjunto una facturación mundial que exceda los 5 mil millones de euros en el año precedente a la transacción, y cada uno obtuviese más de 250 millones de euros de ingresos en la UE⁶³”.

⁶⁰ Ombregy, P., op. cit., p.6.

⁶¹ Ombregt, P., op cit., p.6

⁶² Ombregt, P. op. cit., p.7

⁶³ Harle, N., et al., “Merger Control and Practice in the BRIC Countries vs. The EU and the US: Review Thresholds”, *INSEAD Working Paper* no. 2012/100/ST, p.3.

Por otra parte, también deberán entrar bajo la supervisión de la comisión aquellas fusiones que no superen esos límites pero que puedan tener un “impacto concentrado en un número pequeño de estados miembros” siempre y cuando superen también unos límites mínimos: “una facturación mundial combinada mundial del grupo comprador y objetivo de 2’25 mil millones de euros o más, y una facturación del grupo comprador y objetivo superior a 100 millones en al menos tres estados miembros, y la facturación de una de las partes es superior a 25 millones en cada uno de esos tres estados⁶⁴.”

Para activar la obligación de notificación los criterios se despliegan principalmente en tres dimensiones: “comercio en los EE. UU, tamaño de la transacción y tamaño de la persona.” En virtud del primero de ellos, se excluye del control de las agencias federales aquellas fusiones que ninguna repercusión tienen en el mercado americano como consecuencia de llevarse a cabo en el extranjero⁶⁵.

Los criterios relacionados con el “tamaño de la transacción” que hacen obligatoria una notificación a las autoridades competentes contienen también unos mínimos: “si el grupo comprador obtiene títulos de votación o activos del objetivo con un valor de más de 272’8 millones de dólares.” En el caso de que este valor sea inferior a 272’8 millones pero superior a 68.2 millones entonces la notificación deberá ser realizada cuando “el test del tamaño de la transacción y del tamaño de la persona se cumplan.” El tamaño de la persona se cumple cuando “tiene unas ventas netas totales o activos totales de 136.4 millones de dólares o más y la otra parte tiene unas ventas netas anuales o activos totales de 13.6 millones de dólares” incluyendo aquellas ventas y activos que se encuentren en los EEUU o fuera del país⁶⁶.

Al comparar los mínimos que recogen las legislaciones de ambos sistemas de derecho de la competencia, y tal y como se observa de la lectura de las normas reflejadas en las líneas anteriores, las cantidades de la UE son significativamente más elevadas que las americanas llegando incluso a duplicarlas. Este hecho, añadido a que las cantidades de este país no sólo hacen referencia a las cantidades facturadas sino también a los activos en propiedad de las entidades parte en la operación llevan a que “la FTC y el DOJ ostenten un derecho de revisión en un mayor número de fusiones que las autoridades de la EU”.⁶⁷

⁶⁴ Harlé, N., op. cit., p.3.

⁶⁵ Harlé, N., op.cit., p.4.

⁶⁶ Harlé, N., op.cit., p.4

⁶⁷ Harlé, op.cit., p.4

6.2. Régimen previo a la notificación

Antes de disponernos a analizar las fases del proceso de control de las concentraciones resulta interesante contrastar las diferencias en lo referente a la fase previa a la notificación. En primer lugar, debemos tener en cuenta, en lo referente a la UE, que las operaciones de fusiones y adquisiciones que se producen en el marco de la Unión y que tienen una implicación comunitaria se basan en un régimen de un “*one-stop shop*” pues la Comisión reconoce que la “fragmentación [...] resulta indeseable⁶⁸.”

El régimen de la prenotificación se rige por el artículo 4 del EUMR: “También será posible proceder a una notificación cuando las empresas afectadas demuestren a la Comisión su intención de buena fe de concluir un acuerdo, o, en el caso de una oferta pública de adquisición, cuando hayan anunciado públicamente su intención de presentar tal oferta, siempre que el acuerdo o la oferta previstos den lugar a una concentración de dimensión comunitaria⁶⁹”.

El período previo a la notificación diverge en aspectos si lo comparamos entre ambos sistemas. En primer lugar, en el caso americano se produce una discusión mucho menos intensa entre las empresas implicadas y los reguladores sobre todo por el conflicto entre agencias (DOJ y FTC) al que hemos hecho referencia en apartados anteriores. Esta fase que en la UE puede “llegar a durar meses” dependiendo de la complejidad que presente la operación, permite a los agentes implicados remitir a la Comisión información referente a la fusión mientras que esta tiene ocasión de “completar una parte significativa de su investigación”. Contrasta mucho con el comportamiento de las partes implicadas durante esta fase en los EE. UU. donde, por lo general, a parte de la poca predisposición por parte de las empresas de iniciar conversaciones con dos agencias federales al mismo tiempo, buscan por lo general “emprender acciones para prevenir potenciales problemas de competencia.” Esto por lo general puede llevarse a cabo bien “desinvirtiendo en activos de forma previa a la notificación” o “identificando una serie de remedios que estarían dispuestos a aceptar para resolver problemas de competencia [...] anunciando su intención de intención de desinvertir en activos específicos o contraer otros compromisos cuando se lleve a cabo la fusión.” En la UE como las partes aparecen definidas mucho más claramente no parece que surjan estas cuestiones de competencia lo que permite que

⁶⁸ Whish, R., op. cit. p.849.

⁶⁹ Reglamento (CE) No 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas. (Diario Oficial de la Unión Europea 29 de enero de 2004).

se produzca un intercambio de información mucho más dinámico facilitado entre otros motivos por el hecho de que la Comisión “no está sometida a las exigencias procedimentales y de buenas prácticas de la fase formal de investigación” y no tiene la obligación, por ejemplo, “de extender acta de las reuniones que tengan lugar con las partes afectadas.”⁷⁰

6.3. Fase I

En este apartado, procederemos a abordar en qué consiste la Fase I del examen de la fusión en cada una de las jurisdicciones cuyo contenido y duración ya habíamos adelantado en apartados anteriores. En el caso de la UE esta fase se encuentra regulada en el artículo 6 EUMR. En virtud de este artículo la Comisión dispone de un plazo de 25 días⁷¹ para examinar la notificación. Una vez iniciado este plazo puede suceder que si “la concentración notificada [...] no plantea serias dudas [...] la declarará compatible con el mercado común.”⁷²

Sin embargo, en el caso de que para la Comisión la notificación planteada genere dudas de algún tipo en relación con el mercado común se abre la posibilidad de evitar la apertura de la Fase II introduciendo modificaciones en la concentración notificada y como consecuencia de la modificación la concentración “ya no plantea serias dudas”.⁷³ En el caso de que se presenten estos cambios el plazo de 25 días se ampliará a 35⁷⁴. En el caso de que no se ofrezcan compromisos a la Comisión que hagan compatible la concentración con el mercado común la comisión decidirá incoar procedimiento⁷⁵. Debemos indicar que en el período de tiempo comprendido entre 1990 y 2021, de las 8025 notificaciones realizadas a la comisión 7114⁷⁶ fueron declaradas compatibles con el mercado único de acuerdo con el artículo 6.1.b) lo cual equivale en torno a un 90% de los procedimientos que llegan a incoarse.

⁷⁰ Kovacic, W., op. cit., p.28.

⁷¹ Art. 10.1 Reglamento (CE) No 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas. (Diario Oficial de la Unión Europea 29 de enero de 2004).

⁷² Art. 6.1.b. Reglamento (CE) No 139/2004 DEL CONSEJO de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas. (Diario Oficial de la Unión Europea 29 de enero de 2004).

⁷³ Art. 6.2 Reglamento (CE) No 139/2004 DEL CONSEJO de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas. (Diario Oficial de la Unión Europea 29 de enero de 2004).

⁷⁴ Art. 10.1 párr. 2º. Reglamento (CE) No 139/2004 DEL CONSEJO de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas. (Diario Oficial de la Unión Europea 29 de enero de 2004).

⁷⁵ Art. 6.1.c). Reglamento (CE) No 139/2004 DEL CONSEJO de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas. (Diario Oficial de la Unión Europea 29 de enero de 2004).

⁷⁶ Comisión Europea, “Datos estadísticos de la Comisión Europea 21 de septiembre de 1990 a 31 de marzo de 2021”, *Competition*, 2021 (disponible en <https://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>, última consulta 24/03/2021)

En lo que respecta a los EE. UU, y tal y como hemos visto en apartados anteriores, el plazo inicial para que pueda realizarse la fusión es de 30 días o 15 en el caso de una oferta en efectivo⁷⁷. Por otra parte, el plazo de tiempo de esta fase inicial, a diferencia de lo que sucede en la UE, no es susceptible de ampliación por parte de la administración si bien se permite “retirar la concentración y volver a realizar la notificación, iniciando un nuevo plazo de 30 días⁷⁸”.

Parece que en esta fase podemos apreciar contrastes relevantes entre ambas jurisdicciones. En primer lugar, es posible que en el caso americano las agencias el DOJ y la FTC agoten el plazo en una pugna por la competencia del caso lo que llevará con toda probabilidad a “una petición para volver a presentar la notificación o enfrentarse a la certeza de una segunda solicitud caldeada y elaborada precipitadamente⁷⁹.” Por otra parte, mientras que en la EU la Comisión sí puede reclamar documentación⁸⁰, en los EE. UU la entrega de información por parte de los implicados es voluntaria. Además, la discusión en torno a la aplicación de remedios para hacer viable la concentración rara vez se da en el caso americano en esta fase inicial⁸¹. También es posible, aunque raro que se produzca en los EE. UU. una fusión y más tarde los reguladores emprendan acciones por cuestiones de competencia. Es significativo el caso *Evanston Northwestern Healthcare Corporation y Highland Park Hospital*, a consecuencia de la cual, se produjo un aumento relevante de precios. Cuatro años después de esta fusión y alegando que el incremento de precio se debía al poder de mercado adquirido tras la fusión, la FTC inició un proceso administrativo que concluyó con la decisión del *Chief Administrative Law Judge* de ordenar a la NHC desinvertir en *Hughland Park*.⁸²

⁷⁷ §18a.(b) Hart-Scott Rodino Antitrust Improvements Act. (U.S. Government Publishing Office 30 de septiembre de 1976).

⁷⁸ Bergman, M., Coate, M., Jakobsson, M., Ulrick, S. “Merger Control in the European Union and the United States: Just the Facts.” SSRN, 2010, p. 19 (disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1565026, última consulta 5/04/2021).

⁷⁹ Kovacic, W., op. cit., p.27.

⁸⁰ Art. 11.3 y 4. Reglamento (CE) No 139/2004 DEL CONSEJO de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas. (Diario Oficial de la Unión Europea 29 de enero de 2004).

⁸¹ Bergman, M., op. cit., p. 19.

⁸² Federal Trade Commission, “In the Matter of Evanston Northwestern Healthcare Corporation”, Opinion of the Commission, Federal Trade Commission, 2008, (disponible en <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2007/08/070806opinion.pdf>, última consulta 23/03/2021).

6.4. Fase II

Esta segunda fase se abre cuando la concentración notificada continúa generando, a pesar de la información aportada en la Fase I, en los reguladores dudas suficientes respecto a sus implicaciones en la competencia que requieren de mayor examen.

En lo referente a la Fase II de los EE. UU. esta se abre con el “requerimiento de envío de información o material documental adicional relevante para la adquisición propuesta⁸³”. El período de tiempo que se abre en este caso es de 30 días (10 en el caso de ofertas en efectivo)⁸⁴. Es posible someter este plazo a ulteriores ampliaciones, pero en este caso, únicamente por un tribunal de distrito de los EE. UU⁸⁵. En la UE, por el contrario, esta fase se puede extender durante noventa días que “se podrán extender a 105 días laborables cuando las empresas afectadas propongan compromisos.” Es posible que este período de tiempo sea objeto de extensión si “en un plazo máximo de 15 días laborables desde la incoación del procedimiento” si las partes implicadas lo solicitan. Esta extensión “no excederá de 20 días laborables.”⁸⁶

La principal diferencia que se puede manifestar en esta fase tiene que ver sobre todo con que “la segunda fase del sistema americano de revisión de fusiones tiende a ser mucho más extenso que las pesquisas de la segunda fase en la UE” y ello porque “las agencia de los EE. UU confían mucho más en pruebas documentales.” Además, en este último sistema la segunda fase está además fuertemente marcado por una flexibilidad de la segunda fase que permite a las Agencias presionar a las partes con un *preliminary injunction* para suspender la fusión⁸⁷.

Una vez hemos comparado la estructura del procedimiento de control en ambos ordenamientos podemos realizar una serie de observaciones. Por un lado, parece que el esquema básico es similar puesto que se despliegan una serie de fases a partir de la notificación de la fusión de los reguladores con sus correspondientes plazos. A parte del aspecto formal de los plazos, más largos en conjunto para el procedimiento europeo que para el americano, también se pueden destacar principalmente dos diferencias, como

⁸³ § 18a.(e).1. (A) Hart-Scott Rodino Antitrust Improvements Act (U.S. Government Publishing Office 30 de septiembre de 1976)

⁸⁴ § 18a.(e).2. Hart-Scott Rodino Antitrust Improvements Act (U.S. Government Publishing Office 30 de septiembre de 1976)

⁸⁵ § 18a.(e).2. Hart-Scott Rodino Antitrust Improvements Act (U.S. Government Publishing Office 30 de septiembre de 1976)

⁸⁶ Art. 10.3 Reglamento (CE) No 139/2004 DEL CONSEJO de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas. (Diario Oficial de la Unión Europea 29 de enero de 2004).

⁸⁷ Kovacic, W., op. cit., pp. 27-28

vimos, de carácter sustancial. Por un lado, la fase I en la UE es una fase en la que se produce ya una sustancial negociación de soluciones que hagan viables la fusión, negociación que se desarrolla más intensamente en la segunda fase en sistema de HTC Act. Y, por otra parte, la Fase II americana es mucho más intensa en lo referido a volumen documental requerido por parte de los reguladores.

7.- REMEDIOS ESTRUCTURALES Y DE CONDUCTA

A continuación, vamos a ocuparnos de todos aquellos remedios que permiten que una determinada concentración pueda seguir adelante a pesar de las dudas que pueda generar en el regulador en la primera o segunda fase del control y así se “modifica la transacción a través de diferentes soluciones para eliminar los riesgos competitivos esperados sin perder sus beneficios y eficiencias.” Estos remedios no son homogéneos y pueden clasificarse principalmente en dos categorías: “remedios estructurales y remedios de comportamiento⁸⁸”. Los remedios estructurales incluyen “la venta de activos tangibles (como unidades de negocio o instalaciones productivas) o la venta o concesión de activos intangibles (por ejemplo, propiedad intelectual)” y los remedios de comportamiento por lo general “restringen la conducta de la firma fusionada de algún modo.” Los remedios de conducta para evitar su incumplimiento, y es uno de sus mayores inconvenientes de cara a su aplicación, “tienden a estar muy detalladas y complejas.⁸⁹” Por tanto, nos encontramos ante dos tipos de compromisos por parte de los agentes afectados por la concentración de diversa naturaleza e implementación distinta.

En el caso europeo los remedios aparecen regulados en la “Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) no 802/2004 de la Comisión”. En ella podemos encontrar los diferentes tipos de soluciones aceptables para hacer viable una concentración y en esta legislación encontramos una clara preferencia por las soluciones estructurales al referirse a la “cesión de participaciones” como la solución “preferible.⁹⁰” Y ello, porque como indica la propia Notificación respecto de las soluciones de comportamiento “puede ser difícil lograr el grado requerido de eficacia de dicha solución debido a la ausencia de supervisión efectiva de su aplicación.⁹¹”

Por tanto, podemos partir de una predisposición por parte del derecho europeo más favorable hacia las soluciones estructurales. Esta predisposición se manifiesta en cierta

⁸⁸ Gürkaynak, G., *The Second Academic Gift Book of ELIG Gürkaynak Attorneys-at-Law on Selected Contemporary Competition Law Matters*, Legal Yayıncılık A.Ş, Estambul, 2019, pp. 35- 86.

⁸⁹ Maier – Rigaud, F., “Behavioural versus Structural Remedies in EU Competition Law. Competition Policy International”, *European Competition Law Annual*, 2013, pp. 207-224.

⁹⁰ Párr. 59 Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) no 802/2004 de la Comisión (Diario Oficial de la Unión Europea 22 de octubre de 2008).

⁹¹ Párr. 69 Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) no 802/2004 de la Comisión (Diario Oficial de la Unión Europea 22 de octubre de 2008).

medida, como veremos a continuación, también en la práctica de la Comisión al abordar la cuestión de las concentraciones. En la *Ilustración 7* podemos observar cuáles son los desenlaces que se suelen adoptar en cuestiones de fusiones y competencia. De su observación podemos concluir fundamentalmente que las soluciones estructurales se aplican de un modo preponderante para los casos de concentraciones. Por otra parte, las soluciones de comportamiento son empleadas principalmente en casos de *antitrust*. El motivo subyacente a esta distinta praxis por parte de la Comisión puede encontrarse en que “mientras que en los casos de concentraciones las preocupaciones son normalmente horizontales, los casos relacionados con el artículo 102 suelen contener cuestiones de naturaleza vertical⁹².” Lo más probable es que la comisión únicamente acepte soluciones de conducta “excepcionalmente [...] si su viabilidad es totalmente asegurada por implementación efectiva y monitorización, y si con ello no se arriesga a conducir a efectos disruptivos de la competencia⁹³.”

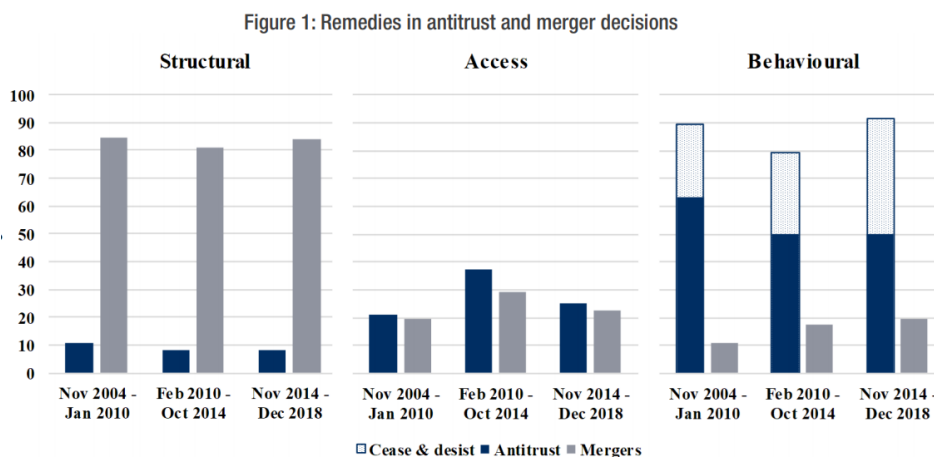


Ilustración 7 Soluciones empleadas en decisiones de fusiones y competencia⁹⁴.

En el caso de americano la situación también es digna de análisis. Es necesario indicar que “históricamente las Agencias han desincentivado el uso de remedios de comportamiento” y ello por motivos similares a los sentados por el derecho europeo, porque su “mayor dificultad de implementación, coste de monitorización y mayor facilidad para evitarlas⁹⁵.” Sin embargo, parece que en la práctica de los reguladores americanos se ha producido un cierto cambio en lo que respecta al empleo de soluciones

⁹² Maier-Rigaud, F., Loertscher, B., Structural vs Behavioral remedies. Competition Policy International, Abril, 2020, p. 7- 9.

⁹³ Merger remedies and competition law: An overview of EU and national case law. p.12

⁹⁴ Maier-Rigaud, F., op. cit., p. 7.

⁹⁵ Delbaum, J., op. cit., p. 4.

de comportamiento. En 2011 el DOJ publicó sus Guías para Soluciones en casos de fusiones y en ella se adopta una posición “mucho más favorablemente dispuesta de cara a soluciones de comportamiento y [...] más ampliamente para fusiones verticales.⁹⁶” Es también relevante señalar que tras esta modificación en la política del DOJ este tipo de soluciones se aplicó en seguida en tres casos de concentraciones: “ Ticketmaster–Live Nation, Google-ITA, and Comcast-NBCU.⁹⁷” Sin embargo, con carácter posterior esta reforma fue derogada con una nueva Guía del DOJ y se regresó a una situación de fuerte preferencia de soluciones estructurales: “Las soluciones estructurales se prefieren en casos de fusiones horizontales y verticales porque son simples y ciertas, efectivas y evitan injerencias del gobierno en el mercado. [...] Hay limitadas circunstancias [...] en que las soluciones de conducta sean apropiadas.⁹⁸” Es evidente pues que tras la última reforma se ha eliminado la apertura de la política previa de apertura a las soluciones de conducta impulsado además por el hecho de que en la nueva regulación “los principios aplican tanto a fusiones horizontales como verticales⁹⁹” unificándose el modo de proceder en ambos tipos de concentraciones.

Por otra parte, debemos también atender al “*Statement of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission*” que publicó la FTC en enero de 2012. En este documento se recogen las instrucciones a seguir en materia de soluciones para fusiones de esta agencia. Encontramos, por un lado, que “la Comisión prefiere soluciones estructurales en la forma de una desinversión para remediar los efectos anticompetitivos de una fusión antijurídica” si bien “soluciones de conducta pueden ser también necesarias para apoyar una determinada desinversión.¹⁰⁰” Además la misma FTC indica que las soluciones de conducta también pueden ser requeridos para remediar los efectos anticompetitivos de una concentración vertical¹⁰¹.”

En las indicaciones dadas por la FTC también se da una cierta relegación de las soluciones conductuales para remediar problemas de competencia toda vez que simplemente sirven

⁹⁶ Kwoka, J., Moss, D., “Behavioral merger remedies: Evaluation and implications for antitrust enforcement”, *The Antitrust Bulletin*, vol. 57, no. 4, 2012, p. 980.

⁹⁷ Kwoka, J., op. cit., p.980.

⁹⁸ III.B Merger Remedies Manual (United States Department Of Justice, 2020).

⁹⁹ Lent, K., Schwartz, K., “Perspectives on the DOJ’s Merger Remedies Guidance”, *New York Law Journal*, vol. 264, no. 73. pp.1-2.

¹⁰⁰ Statement of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission (Federal Trade Commission, 2012), p.5.

¹⁰¹ Statement of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission (Federal Trade Commission, 2012), p.5.

como apoyo a las estructurales. Además, las declaraciones por parte de miembros de ambas instituciones y la última reforma del DOJ llevan a suponer que “la aproximación de las autoridades en los EE. UU. va a tender a favorecer remedios estructurales por encima de soluciones de conducta¹⁰².” Pues, a pesar de que la FTC aún no haya adoptado oficialmente la postura del DOJ al respecto hay que prever que este organismo “será escéptico respecto de soluciones de conducta¹⁰³” En el caso de los “*behavior remedies*” aprobados por la FTC es importante tener en cuenta que se plantea también su flexibilidad de contenido toda vez que “las órdenes de la Comisión comúnmente incluyen prohibiciones que van más allá del comportamiento concreto denunciado y buscan [...] cerrar efectivamente todos los caminos al objetivo prohibido.¹⁰⁴”

Cuando analizamos el tratamiento que reciben estas soluciones para las concentraciones de empresas a uno y otro lado del Atlántico podemos comprobar cómo hay una predisposición común más favorable a las soluciones estructurales debido sobre todo a las menores complicaciones que genera a efectos de supervisión. Sin embargo, es necesario indicar que, en el caso europeo, la Comisión está más abierta a aceptar propuestas de las partes implicadas que se enmarquen en soluciones de conducta, de hecho, “los datos nos indican que es más probable que la FTC insista en soluciones estructurales agresivas para asuntos horizontales [...], las autoridades de la UE se sienten más cómodas comprometiéndose y obteniendo mitigación parcial¹⁰⁵” para la competencia en el mercado. También es importante que en la UE “se enfatiza en la cuota de mercado y el poder de mercado [...]” y “las fusiones entre no rivales no son vistas favorablemente” pero en EE. UU “se busca un aumento significativo en los precios después de la fusión” y “las fusiones verticales y conglomeradas se ven desde una perspectiva más competitiva.” Sin embargo, parece que sí que pueden encontrarse similitudes entre jurisdicciones en lo que, a la desinversión, la solución estructural más relevante, se refiere. En ambos sistemas, el objetivo que se persigue es que “las entidades puedan ser activas

¹⁰² Gönenç Gürkaynak, op. cit., p. 36.

¹⁰³ Mitnick, J., Hul, N., “Justice Department Revises Merger Remedies Guidelines”, *The National Law Review*, vol. 11, no. 110, 2021 (disponible en <https://www.natlawreview.com/article/justice-department-revises-merger-remedies-guidelines>, última consulta 23/03/2021)

¹⁰⁴ Conner, I., “Fixer Upper: Using the FTC’s Remedial Toolbox to Restore Competition”, GCR Live 9th Annual Antitrust Law Leaders Forum, 2020, p. 10.

¹⁰⁵ Bergman, op. cit., pp. 40-41

en el mercado y compite efectivamente con las partes fusionadas, de modo que la competencia se preserve en el mercado al nivel previo a la fusión”¹⁰⁶.

También es interesante analizar qué forma adoptan estos acuerdos y cómo se sustancian en los procesos de control. Mientras que en la UE son las partes la que deben remitir a la Comisión la propuesta dentro de 20 días en la Fase I y de 50 en la Fase II¹⁰⁷ en el caso de las agencias americanas las decisiones se toman entre las partes y la agencia¹⁰⁸ controladora correspondiente y en el caso de la FTC adopta la forma de un “*Final Order*” y en el caso del DOJ de un “*Final Judgment*”¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Lévêque, F., “Merger Control: More Stringent in Europe than in the United-States?”, *Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, no. 2, 2005, pp. 20-23.

¹⁰⁷ Whish, op. cit., p. 911.

¹⁰⁸ Shi, M., “*The divestiture remedies under merger control in the US, the EU and China.*”, Datawyse, Maastricht, 2017, p. 154.

¹⁰⁹ Brink, P., Ducore, D., Luebking, J., et al., A Visitor’s Guide to Navigating US/EU Merger Remedies, *Competition Law International*, vol. 12 no. 1, 2016, p. 87.

8.- COOPERACIÓN INTERNACIONAL

En lo que respecta a la dimensión internacional de los derechos de la competencia podemos partir de que “la aproximación a la cooperación internacional de control de fusiones en la UE es muy similar a la visión expresada en los EE. UU¹¹⁰” estructurando esta cooperación por medio de acuerdos bilaterales en vez de una visión más multilateral.

En lo que respecta a la aplicación extraterritorial y la colaboración entre los organismos supervisores de EE. UU y la UE se basa fundamentalmente en un acuerdo bilateral, el “Acuerdo entre el Gobierno de los EE. UU. y la Comisión de las Comunidades Europeas en atención a la aplicación de sus leyes de competencia” de 1991. Este acuerdo contempla entre otras cuestiones la “notificación a la otra parte cuando sus autoridades de competencia conozcan que el ejercicio de su actividad afectará intereses importantes de la otra parte¹¹¹” además de “intercambio de información” y reuniones de “las autoridades de competencia [...] al menos dos veces al año¹¹².” Este acuerdo ha generado un balance positivo en las relaciones y funcionamiento conjunto entre las autoridades de competencia de ambos ordenamientos toda vez que ha permitido “la convergencia entre [...] importantes autoridades de competencia” y “también [...] su éxito disminuyendo el riesgo de conflicto entre las dos partes¹¹³.”

¹¹⁰Svetlicinii, A., “EU-US merger control cooperation: a model for the international antitrust?”, *Legal Life: Journal for Legal Theory and Practice of the Jurists Association of Serbia*, Vol. 11, No. 3, 2006, pp. 113-126.

¹¹¹ Artículo II.1 Artículo III Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities regarding the application of their competition laws (Diario oficial de las comunidades europeas 27 de abril de 1995)

¹¹² Artículo III Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities regarding the application of their competition laws (Diario oficial de las comunidades europeas 27 de abril de 1995)

¹¹³Svetlicinii, op. cit., p.5

9.- CONCLUSIÓN

Una vez hemos expuesto las dimensiones más destacables respecto del proceso e instituciones relacionadas con el control de concentración de empresas procedemos a sintetizar las cuestiones más relevantes que hemos puesto de manifiesto en este trabajo. En primer lugar, respecto de la legislación relativa a esta materia, parece que lo más importante que podemos destacar aquí son los objetivos comunes que comparten el derecho de competencia a uno y otro lado del Atlántico buscando eminentemente el bienestar de los consumidores y el correcto funcionamiento del mercado, por ello es esa es la meta perseguida si bien mediante técnicas y estructuras distintas.

En estas estructuras, la principal divergencia es que mientras en los EE. UU hay dos Agencias federales encargadas del control de las concentraciones de empresas, en Europa solamente será la Comisión el órgano competente para entrar a conocer de estos asuntos y enjuiciar la compatibilidad de una determinada fusión con el mercado único. Clave es también la diferencia en ambos sistemas del papel que juegan los órganos jurisdiccionales cuya intervención en el país americano es necesaria para poder paralizar una fusión mientras que en la UE la Comisión puede tomar por sí sola esa decisión que después puede ser objeto de revisión por los tribunales europeos. También conviene remitirnos ahora al diferente papel de la aplicación privada del derecho de competencia, mucho más generalizada en los EE. UU.

En lo que se refiere a la determinación del mercado relevante parece que en ambos sistemas la praxis converge mediante el uso del test SSNIP, si bien en la UE adoptará la particularidad de considerar también las características propias de los mercados de cada estado miembro.

En cuanto al procedimiento propiamente dicho de control de fusiones podemos mencionar diferentes aspectos. En primer lugar, es fundamental que el proceso se divide en ambos países en dos fases, manteniendo una estructura similar, independientemente que los umbrales requeridos para iniciar estos procedimientos sean distintos. Por otro lado, es conveniente tener en cuenta que la Fase I en EE. UU puede versar casi exclusivamente acerca de la determinación de competencia entre el DOJ y la FTC siendo posible reiniciar el proceso a propuesta de las partes para asegurar más tiempo de negociación mientras que en la UE este plazo ya se emplea muchas veces para negociar remedios para la llevar adelante la fusión. Es importante tener también en cuenta que el

intercambio de información entre las partes y la Comisión puede tener lugar antes de la notificación, cosa que rara vez sucede con las agencias federales americanas.

En último lugar, respecto de las soluciones destinadas a hacer viables la concentración presentada al regulador, lo más importante es partir de una predisposición más favorable en ambos ordenamientos hacia los remedios estructurales. A pesar de un temporal cambio de tratamiento en los EE. UU parece que en este país hay una tendencia muy fuerte, sobre todo por parte de la FTC, de mantener una actitud más contraria a las soluciones de conducta, que en la UE gozan de un tratamiento algo más aceptado, sobre todo en casos de *antitrust* más que de fusiones.

10.- BIBLIOGRAFÍA

10.1. Legislación

Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities regarding the application of their competition laws (Diario oficial de las comunidades europeas 27 de abril de 1995)

Commentaries on the Horizontal Merger Guidelines (Federal Trade Commission – US. Department of Justice, 2006).

Comunicación de la comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03) (Diario Oficial de las Comunidades Europeas 9 de diciembre de 1997)

Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) no 802/2004 de la Comisión (Diario Oficial de la Unión Europea 22 de octubre de 2008).

Federal Trade Commission Act (U.S. Government Publishing Office 1914)

Hart-Scott Rodino Antitrust Improvements Act. (U.S. Government Publishing Office 30 de septiembre de 1976).

Merger Remedies Manual (United States Department Of Justice, 2020).

Recommended practices for merger analysis (International Competition Network, 2018).

Reglamento (CE) No 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (Diario Oficial de las Comunidades Europeas 4 de enero de 2003).

Reglamento (CE) No 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas. (Diario Oficial de la Unión Europea 29 de enero de 2004).

Sherman Antitrust Act. (U.S. Government Publishing Office 2 de Julio de 1890).

Statement of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission (Federal Trade Commission, 2012).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Diario Oficial de la Unión Europea 26 de octubre de 2012).

Tratado de la Unión Europea (Diario Oficial de la Unión Europea 30 de marzo de 2010)

10.2. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea caso 14/68 de 13 de febrero de 1968, FJ I6. [versión electrónica – base de datos Eur – Lex. Ref. ECLI:EU:C:1969:4.]
Fecha de última consulta: 27 de febrero de 2021.

US Supreme Court Case Federal Trade Commission v. Sperry & Hutschinson CO núm. 70-70, de 1 de marzo de 1972 [base de datos – Justia U.S Supreme Court. Ref. 405 U.S. 233] Fecha de la última consulta: 29 de marzo de 2021.

10.3. Obras doctrinales

Aron, D., Burnstein, D., Regulatory Policy and the Reverse Cellophane Fallacy, *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 6, no. 4, 2010, pp. 973-994, 2010.

Bergman, M., Coate, M., Jakobsson, M., Ulrick, S. “Merger Control in the European Union and the United States: Just the Facts.”, *SSRN*, 2010, p. 19 (disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1565026, última consulta 5/04/2021).

Blair, R., Sokol, D., “Welfare Standards in U.S and E.U. antitrust enforcement”, *Fordham Law Review*, vol. 102, 2013.

Brink, P., Ducore, D., Luebking, J., et al., A Visitor’s Guide to Navigating US/EU Merger Remedies, *Competition Law International*, vol. 12 no. 1, 2016, p. 87.

Comisión Europea, “Cartel Statistics”, *Competition*, 2020 (disponible en <https://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>, última consulta 28/03/2021)

Conner, I., “Fixer Upper: Using the FTC’s Remedial Toolbox to Restore Competition”, *GCR Live 9th Annual Antitrust Law Leaders Forum*, 2020, p. 10.

Delbaum J., Skinner, J., “Merger remedies in the US: An overview of the leading cases”, *Concurrences*, no. 92239, 2020, p. 2.

- Gürkaynak, G., *The Second Academic Gift Book of ELIG Gürkaynak Attorneys-at-Law on Selected Contemporary Competition Law Matters*, Legal Yayıncılık A.Ş., Estambul, 2019, pp. 35- 86.
- Harle, N., et al., “Merger Control and Practice in the BRIC Countries vs. The EU and the US: Review Thresholds”, *INSEAD Working Paper*, vol. 100, 2012, p.3.
- Jones, A., “Private Enforcement of EU Competition Law: A Comparison with and Lessons from the US.”, *TLI Think! Paper*, vol. 10, 2016.
- Khan, R., Davies, G., “Merger control and the rule of law”, *Erasmus Law Review*, vol. 2, no. 1, 2009, pp. 31-34.
- Kovacic, W., Mavroidis, P., Neven, D., “Merger Control Procedures and Institutions: A Comparison of the EU and US Practice”, *Columbia Law and Economics Working Paper*, vol. 476, 2014
- Kwoka, J., Moss, D., “Behavioral merger remedies: Evaluation and implications for antitrust enforcement”, *The Antitrust Bulletin*, vol. 57, no. 4, 2012, p. 980.
- Lent, K., Schwartz, K., “Perspectives on the DOJ’s Merger Remedies Guidance”, *New York Law Journal*, vol. 264, no. 73. pp. 1-2.
- Lévêque, F., “Merger Control: More Stringent in Europe than in the United-States?”, *Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, no. 2, 2005, pp. 20-23.
- Lin, P., Raj, B., et al., “The US Antitrust System and recent trends in Antitrust Enforcement”, *Journal of economic surveys*, vol.14. no. 3, 2000.
- Maier – Rigaud, F., “Behavioural versus Structural Remedies in EU Competition Law. Competition Policy International”, *European Competition Law Annual*, 2013, pp. 207-224.
- Maier-Rigaud, F., Loertscher, B., “Structural vs Behavioral remedies”, *Competition Policy International*, Abril, 2020, p. 7- 9.
- Müller, U., Meyer, L., “Wettbewerb und Regulierung in der globalen Internetökonomie: Eine rechtsvergleichende Studie zwischen europäischem und US-amerikanischem Recht”, *Internetökonomie und Hybridität*, vol. 45., 2007.

Ress, G., Will, M., Markert, K., “US- Antitrustrecht”, *Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa Institut*, vol. 81, p. 12.

Schweitzer, H., “Judicial Review in EU competition law” en Geradin, D., Lianos, I. (eds.) *Research Handbook on EU Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing, Forthcoming, 2012.

Ombregt, P., Cool, K., Harle, N., “Merger Control and Practice in the BRIC Countries vs. The EU and the US: The Timing”, *INSEAD Working Paper*, vol. 101, 2012, p. 5.

Shi, M., “*The divestiture remedies under merger control in the US, the EU and China.*”
Datawyse, Maastricht, 2017, p. 154.

Stylianou, K., Iacovides, M. “The goals of EU competition law a comprehensive empirical investigation”, *SSRN*, 2020, p. 31 (disponible en <https://ssrn.com/abstract=3735795>; última consulta 15/03/2021)

Svetlicinii, A., “EU-US merger control cooperation: a model for the international antitrust?” *Legal Life: Journal for Legal Theory and Practice of the Jurists Association of Serbia*, Vol. 11, No. 3, 2006, pp. 113-126.

The United States Department of Justice, “CRIMINAL ENFORCEMENT Trends Charts Through Fiscal Year 2020”, *Antitrust Division*, 2020 (disponible en <https://www.justice.gov/atr/criminal-enforcement-fine-and-jail-charts>; última consulta 4/03/2021).

Whish, R., Bailey, D., *Competition Law*, Oxford Univeristy Press, Glasgow, 2008.

Wils, W., “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?”, *World Competition*, vol. 26, no. 3, 2003.