Derecho de competencia en Estados Unidos

*Jordi Fornells de Frutos**

El presente artículo pretende dar una visión general de la regulación jurídica y la práctica del derecho de competencia en Estados Unidos. Se hace especial énfasis en el estudio de los supuestos de colusión, monopolización y control de fusiones. También se resaltan las diferencias con el derecho de competencia europeo.

Palabras clave: derecho de la competencia, competencia monopolística, fusiones y adquisiciones, EEUU.

Clasificación JEL: G34, K21.

COLABORACIONES

1. Introducción

Uno de los campos jurídicos en los que la globalización se hace más patente, y donde las fronteras son cada vez más relativas, es el derecho de la competencia. En este sector legal bastantes casos suelen trascender los límites de un sólo país, dado que muchas veces los sujetos implicados son grandes compañías multinacionales, y las conductas investigadas tienen efectos en varios países. Esta realidad está obligando a las autoridades públicas de competencia de la mayoría de los países a establecer acuerdos de cooperación entre si, a fin de evitar duplicaciones innecesarias en las investigaciones y minimizar los roces e interferencias.

Dado que la Unión Europea y Estados Unidos son en la actualidad los dos mayores mercados a nivel mundial, esa cooperación es especialmente necesaria entre ambos bloques. La Comisión Europea (máxima autoridad en cuestiones de competencia dentro de la Unión Europea) y el Gobierno Federal de EEUU han concluido dos acuerdos de cooperación (1), en los que se establecen mecanismos de colaboración e intercambio de información en los casos de competencia que puedan afectar a ambos países.

Este artículo busca dar una visión general del derecho de competencia norteamericano, de cara a una mejor comprensión de su alcance y sus posibles efectos sobre las empresas europeas, incluidas las que no hacen negocios en EEUU. Para ello, se va a analizar qué se entiende por derecho de competencia estadounidense y cuáles son las autoridades administrativas y judiciales competentes para aplicarlo. Posteriormente, se entrará a estudiar con mayor detalle la configuración legal y la práctica administrativa y judicial de sus principales secto-

* Becario de la Oficina Económica y Comercial de España en Washington.

(1) Ambos se pueden consultar en: *http://www.usdoj.gov/atr/public/international/int_arrangements.htm*

res: colusión, monopolización y control de fusiones. Por último, se hará referencia a uno de los casos de derecho de competencia más famosos en EEUU, el caso *Microsoft*, que también ha tenido un proceso paralelo a nivel europeo.

2. Sistema de derecho de competencia en EEUU

El derecho de competencia moderno se originó en EEUU a partir de 1860, con las leyes *antitrust* de ciertos Estados de la federación. En 1890, la *Sherman Act* fue la primera norma federal que reguló este campo, concretamente las conductas colusorias entre empresas y la monopolización. Posteriormente, en 1915 se aprobaron la *Clayton Act* y la *Federal Trade Commission Act*. Estas leyes introdujeron respectivamente disposiciones sobre control de fusiones entre empresas y sobre protección de consumidores frente a conductas de competencia desleal, y además la segunda creó la *Federal Trade Commission* (FTC).

COLABORACIONES

Las anteriores normas federales sólo se aplicarán cuando se restrinja el comercio entre Estados dentro de EEUU o con países extranjeros, a fin de respetar el reparto de competencias legislativas recogido en la Constitución de EEUU. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que las anteriores normas se aplican cuando la conducta estudiada pueda afectar al comercio interestatal, incluso en los casos en los que el sujeto investigado actúa dentro de un sólo Estado. Esta interpretación da una competencia cuasi universal al gobierno federal dentro del derecho de competencia en EEUU. Sin embargo, todos los Estados, salvo Georgia y Pennsylvania, tienen normas de competencia, y en teoría en muchos casos su aplicación e interpretación no es dependiente ni está supeditada a la normativa y la práctica federal. Pero por regla general las autoridades estatales (normalmente la fiscalía del Estado en cuestión) suelen preferir utilizar los cauces federales en los casos de derecho de competencia, dada la falta de experiencia de los jueces estatales en temas de derecho de competencia.

A diferencia de lo que ocurre en Europa, en EEUU se considera que las disposiciones de protección de los consumidores frente a la competencia desleal forman parte del bloque de derecho de competencia. Esto hace que los casos de competencia desleal utilicen el mismo instrumento (FTC) que se usa contra las violaciones del derecho de competencia tradicional. Sin embargo, en este artículo no se va a analizar este campo en profundidad, dado que los acuerdos de cooperación entre Europa y EEUU lo excluyen, y la legislación europea lo aborda de manera independiente.

Las empresas extranjeras que hacen negocios en EEUU deberán cumplir con las normas norteamericanas de derecho de competencia. Sin embargo, conforme a la *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* de 1982 (15 USC Sec 6ª), incluso las que no tienen presencia en EEUU podrían quedar sujetas a la normativa estadounidense, en los supuestos de colusión o monopolización que tengan un efecto «directo, sustancial, y razonablemente previsible» sobre el comercio en EEUU. La aplicación práctica de esta última disposición es mínima, y depende en muchos casos del estado de las relaciones internacionales y de las posibles inmunidades que el derecho de competencia extranjero otorgue a la empresa extranjera.

3. Autoridades públicas y derecho de competencia en EEUU

Como en otros países, en EEUU existen autoridades administrativas especiali-

zadas que juegan un papel muy importante a la hora de investigar y castigar las posibles conductas contrarias al derecho de la competencia federal.

Con la *Sherman Act* se encomendó al Ministerio de Justicia —dirigido por el Fiscal General Federal— (y en concreto a su división antitrust) la labor de investigar y combatir las violaciones del derecho de la competencia. Sin embargo, en 1915 se decidió crear la *Federal Trade Commission* (FTC), con la finalidad de que complementase la labor del Ministerio de Justicia frente a conductas anticompetitivas. Aparte, también es competente para proteger a los consumidores frente a conductas de competencia desleal. La FTC es una agencia pública independiente, que es dirigida por cinco comisarios (no más de tres por partido), nominados por el Presidente y confirmados por el Senado por mandatos de siete años.

Entre ambas autoridades administrativas no existe una relación de jerarquía, y en muchos campos tienen competencias concurrentes. Dado que la división de tareas no es clara, en muchos casos se produce la duplicación de esfuerzos. Para minimizar esta posibilidad el Ministerio de Justicia y la FTC han firmado un acuerdo de relaciones. Según este acuerdo, por regla general de la persecución civil de la discriminación de precios (*Robinson Patman Act*; 15 USC Sec 13) (2) se ocupa en exclusiva la FTC, mientras que de las posibles violaciones criminales del derecho de la competencia (castigadas penalmente) se encarga el Ministerio de Justicia.

Ambas instituciones siguen duplicando investigaciones a la hora de controlar las fusiones (la notificación previa debe hacerse a ambos organismos) y en los procesos civiles de colusión y monopolización.

El Ministerio de Justicia tiene capacidad para investigar y perseguir ante los Tribunales Federales las violaciones del derecho de competencia (colusión, monopolización, control de fusiones). Puede solicitar a dichos tribunales interdictos de cesación de la conducta anticompetitiva, el embargo de los activos utilizados, y la indemnización por triplicado de los daños causados al Gobierno Federal.

Por su parte, la FTC tiene capacidad para realizar juicios administrativos que cuasi enjuician en primera instancia la posible violación del derecho de la competencia. Cuando la FTC considera que existen indicios razonables de la violación, emite un pliego de cargos. Si la parte acusada se opone a dichos cargos, se realiza una vista oral ante un juez administrativo de la FTC. La decisión inicial de este juez es apelable ante el pleno de cinco comisarios de la FTC, en una nueva vista oral. Si el pleno falla contra el acusado, emite una orden final de cesamiento de la conducta anticompetitiva, que debe ser cumplida en un plazo de 60 días. Esta orden es apelable ante los Tribunales Federales. Cuando se incumpla la orden final, la FTC podrá acudir a los Tribunales para solicitar la imposición de las multas previstas en la ley, y la compensación de los afectados por el incumplimiento.

Aunque en principio la FTC no tiene la capacidad de acudir ante los tribunales sin pasar por el juicio administrativo, en 1973 se introdujo una disposición en la FTC Act (15 USC Sec 53[b]) que permite a la FTC solicitar a un Tribunal Federal un interdicto permanente de cesación de conducta anticompetitiva. Desde media-

(2) La mayor parte de la legislación estadounidense se codifica de manera consolidada en el *United States Code* (USC) Se puede consultar en *http://www4.law.cornell.edu/uscode/* La anterior referencia indica el título 15, artículo 13.

dos de los años 80, la FTC ha utilizado esta disposición para soslayar en muchos casos la vía administrativa, y con ella no sólo solicita el cese de conductas, sino que aprovecha también para pedir compensaciones en favor de los perjudicados. La ventaja de esta vía es que es mucho más rápida y unifica la orden de cese y las indemnizaciones en un mismo procedimiento. La FTC tiene también capacidad para acudir ante los tribunales en los procesos civiles de derecho de competencia en los que el Ministerio de Justicia decline su presencia pasados 45 días desde que la FTC le notificara su deseo de presentarse.

Otro instrumento a disposición de la FTC es la elaboración de reglas reguladoras del comercio en una industria para poner fin a conductas anticompetitivas extendidas dentro de la misma. Estas normas se promulgan tras un trámite de audiencia pública. Una vez en vigor la violación de estas reglas se castiga con el pago de multas y la indemnización por daños causados, que se exigen a través de los Tribunales federales.

COLABORACIONES

Como se indicaba en la sección anterior, otras autoridades públicas con capacidad para acudir ante los tribunales federales ante posibles violaciones del derecho de la competencia son las fiscalías generales de los Estados. En este caso pueden solicitar interdictos de cesación de la conducta anticompetitiva, cuando esta afecte a la economía del Estado en cuestión o alguno de sus residentes (3). También pueden pedir la indemnización por triplicado de los daños que la violación del derecho de la competencia pudiera haber causado al Estado o alguno de sus residentes.

(3) Los que por otra parte podrían acudir directamente ante los tribunales, algo que contrasta con el sistema europeo.

4. Colusión entre empresas

Esta cuestión se regula principalmente en la *Sherman Act* (15 USC Sec 1) (4). Pero dado que establece que es ilegal cualquier contrato que restrinja el comercio, una interpretación literal de este artículo llevaría a la prohibición de casi cualquier acuerdo comercial, en tanto que casi todo contrato restringe de alguna manera el comercio. La intransigencia de este artículo ha obligado al Tribunal Supremo (5) a realizar una fuerte labor de interpretación jurisprudencial, que es la que realmente proporciona una visión global de como se regula la colusión de empresas en EEUU.

Uno de sus primeros pronunciamientos sobre la cuestión (6) excluyó la interpretación literal, e introdujo el requisito de que la restricción no fuese razonable para que un acuerdo pueda ser declarado ilegal *(rule of reason)*. Esto parece establecer que hay que realizar un análisis coste-beneficio para las empresas y la sociedad a fin de determinar si el acuerdo es razonable. Pero por razones de economía procesal, los tribunales han tipificado una serie de supuestos que se declaran ilegales *per se*, sin necesidad de aplicar la *rule of reason*. Esto se justifica en que son casos claramente anticompetitivos e inexcusables.

Sin embargo, el Tribunal Supremo distingue entre dos clases de acuerdos: *horizontales* —entre empresas del mismo nivel de la cadena productiva— y *verticales* —entre empresas en distintos niveles de la cadena productiva—. El tratamiento que da al primer tipo de acuer-

(4) Establece que «*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal*».

(5) Máxima instancia judicial en cuestiones de derecho de competencia en EEUU.

(6) *Standard Oil Co. v. United States* (1911).

dos es mucho más estricto que al segundo.

Un problema frecuente en los casos de colusión de empresas es el hecho de que muchas veces los acuerdos entre empresas son secretos, al ser éstas conscientes de su ilegalidad. Para probar su existencia no basta con demostrar que sus posibles efectos perjudiciales se han producido (por ejemplo, una evolución paralela de los precios al alza), puesto que el posible acuerdo puede que no sea la causa. Deben probarse indicios suficientes —directos o indirectos— ante el tribunal (mediante documentos, testimonios...) para que se considere que el acuerdo perjudicial para el comercio existe. A veces puede bastar con demostrar que la conducta de la empresa va contra sus propios intereses.

En comparación con el derecho de competencia europeo, los castigos por colusión en EEUU son, por una parte, más estrictos y, por otra, más laxos. Son estrictos en cuanto a que se pueden castigar penalmente con penas de prisión de hasta tres años. Son laxos en el sentido de que las multas tienen un límite máximo de 10 millones de dólares para las empresas, y de 350.000 dólares para las personas físicas (aunque pueden ser sustituidas por una multa con un valor igual a dos veces la ganancia bruta obtenida con la colusión) (7).

Acuerdos horizontales

Dentro de estos acuerdos, el Tribunal Supremo distingue una serie de categorías que considera ilegales *per se,* en los que basta con demostrar que el acuerdo existe para que se produzca la colusión (8). Estos casos son:

• *Fijación de precios:* Se produce cuando se fija o altera (al alza o a la baja), voluntariamente y de manera más o menos simultánea, el precio de un mismo producto. No es necesario que todas las empresas fijen el mismo precio, y el acuerdo también puede consistir en establecer precios mínimos, crear o eliminar descuentos, notificar previamente las alteraciones de precios, fijar las condiciones de crédito a los clientes...

• *Amaño de subastas:* Suele producirse en los concursos de adjudicación de contratos públicos, aunque también se puede dar en subastas privadas. Consiste en acordar conjuntamente las ofertas a presentar a la subasta a fin de eliminar competencia en la misma.

• *Limitación de la producción:* Se fijan cuotas de producción para mantener artificialmente alto el precio de un producto.

• *Reparto de mercados:* Las empresas suelen acordar no entrar en el territorio de la otra, o se reparten los clientes.

Los anteriores acuerdos son ilegales incluso si el precio resultante de los mismos es razonable o competitivo (9). Tampoco se admite alegar que las empresas implicadas son pequeñas, o que su cuota conjunta de mercado es de dimensiones reducidas. Los Tribunales federales sólo admiten algunas excepciones (10). Una sería cuando dos empresas establecen una *joint venture* socialmente ventajosa, es justificable en algunos casos que acuerden limitar la competencia entre las mismas para asegurar el éxito de la misma. Para que esta excepción sea vali-

(7) En Europa, la Comisión Europea puede imponer multas por valor del 10 por 100 de la cifra de negocios a los culpables de colusión.

(8) Northern Pacific Railway v. United States (1958).

(9) *United States v. Trenton Potteries Company* (1927).

(10) *Rothery Storage & Van Company v. Atlas Van Lines* (DC Circuit 1986).

da, es necesario que la limitación este estrechamente relacionada con la actividad de la *joint venture*, y que no sea más amplia de lo necesario. Otra ocurre cuando se pactan precios, siempre que con ese pacto se esté lanzando un nuevo producto compuesto por el conjunto de bienes cuyos precios se pactan (11).

Otros acuerdos horizontales que podrían resultar en colusión, pero a los que si hay que aplicar el análisis coste beneficio, pueden ser: boicots colectivos a ciertas personas o negocios, restricciones a hacer publicidad, códigos éticos (que prohíban o limiten ciertas actividades), restricciones de horarios...

Acuerdos verticales

COLABORACIONES

Inicialmente, apenas existía diferenciación entre acuerdos verticales y acuerdos horizontales, por lo que muchos acuerdos verticales se consideraban contrarios al derecho de la competencia. En el caso de los acuerdos de fijación del precio de reventa, y de ventas vinculadas (para comprar un producto se obliga a comprar también otro) se interpretaba que eran ilegales *per se.*

A partir de los años 80, se fue creando un corpus de análisis económicos y jurídicos de los acuerdos verticales, que apoyaban la tesis de que las limitaciones verticales no suelen ser perjudiciales para la competencia, e incluso en algunos casos pueden ser favorables a la misma (asegurando la calidad de los productos, facilitando el acceso a nuevos mercados...) En la jurisprudencia poco a poco se fue imponiendo esta doctrina, por lo que se ha dado prácticamente plena libertad a las empresas a la hora de escoger y relacionarse con sus clientes y proveedores. Sólo se considera que hay colusión cuando hay un claro daño a la competencia, resultante en un perjuicio de los consumidores. Para ello suele ser un requisito esencial que la empresa tenga poder de mercado. Esto crea un cierto paralelismo con la figura de monopolización (abuso de posición dominante) que analizaremos a continuación. Por ello, muchos de los posibles casos de colusión vertical se suelen enjuiciar como monopolización, no como colusión.

El único tipo de acuerdo vertical en el que la jurisprudencia es estricta es el de fijación entre proveedor y vendedor de un precio mínimo de reventa. En estos casos se considera que siempre hay una conducta anticompetitiva. Pero se permite que el proveedor imponga a todos sus clientes una política de precios de venta recomendados, y que rescinda la relación en caso de incumplimiento por parte del cliente.

5. Monopolización

La figura de monopolización (en Europa la figura más parecida es el abuso de posición dominante) también se regula primordialmente en la *Sherman Act* (15 USC Sec 2) (12). Como con la colusión, el tenor literal de esta disposición es bastante estricto, por lo que la jurisprudencia juega un papel muy importante a la hora de analizarla. Se castiga a cualquier persona que monopolice, intente monopolizar u conspire para hacerlo.

(11) Los tribunales admitieron esta posibilidad en el caso DMI. Eran un conjunto de sociedades de derechos de autor que pactaron una licencia uniforme que daba acceso a los derechos de todas las sociedades. Se admitió porque se consideró que con esta licencia uniforme se creaba un nuevo producto.

(12) Establece que: «*Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony*».

Un elemento esencial para que exista monopolización es que la empresa tenga un poder de mercado, es decir, se encuentre o tenga posibilidades de adquirir una posición dominante o de monopolio. En EEUU se considera que existe cuando concurren dos requisitos: la empresa tiene una alta cuota de mercado (13), y existen fuertes barreras de entrada al mercado.

Pero no basta con que haya posición dominante. Es necesario que la empresa abuse de ella para que se produzca monopolización. Este abuso tiene que estar dirigido a consolidar o aumentar la posición dominante en el mercado, haciendo más difícil el desarrollo de la competencia. Inicialmente el concepto de abuso aplicado por los tribunales era muy estricto, hasta el punto de que si una empresa con posición dominante introducía innovaciones o medidas para mejorar la eficiencia y así hacer frente a la competencia, se consideraba que estaba monopolizando (14).

Esta interpretación tenía un coste social bastante fuerte porque desincentivaba la innovación en los mercados, y las mejoras en la eficiencia productiva por parte de las empresas dominantes, lo que se repercutía en perjuicio de los consumidores.

Por ello en la actualidad los tribunales aplican una interpretación más flexible. La jurisprudencia vigente del Tribunal Supremo afirma que no hay monopolización cuando la posición dominante de una empresa se consolida o aumenta por causa de la superioridad de sus productos, su perspicacia empresarial, o de accidentes históricos (15). Sólo hay abuso cuando se busca premeditadamente consolidar o incrementar la posición dominante.

Sin embargo, el concepto de premeditación es muy vago y casuístico, por lo que es difícil anticipar cómo se aplicará esta norma. No obstante, por regla general, los acuerdos verticales de exclusividad o promoción que un productor con posición dominante entabla con sus distribuidores, y que tienden a dificultar o evitar la entrada en un mercado por parte de competidores, se pueden considerar como un supuesto de monopolización.

También puede haber monopolización cuando la empresa dominante utiliza precios predatorios. Se produce cuando ésta baja los precios de un producto por debajo de su coste, con la finalidad de expulsar del mercado a los competidores, y luego subir los precios al nivel de monopolio.

El gran problema que plantea este supuesto es que por norma general, las bajadas de precios son producto de la competencia entre empresas, y resultan en el beneficio de los consumidores. Si se aplica erróneamente el concepto de precios predatorios, se puede acabar desincentivando la competencia (16), precisamente lo contrario de lo que busca el derecho de competencia.

Para demostrar que existen precios predatorios es necesario calcular el coste marginal de un producto (17), y si el precio de venta es inferior, podría haber pre-

COLABORACIONES

(13) La práctica suele establecerlo a partir del 75 por 100, aunque a veces se han admitido niveles inferiores al 50 por 100. Para poder calcular la cuota de mercado, es necesario determinar cual es el mercado de referencia en el que se produce la supuesta conducta monopolizadora. Para ello se siguen una serie de principios y reglas que básicamente se desarrollaron en el marco de control de fusiones por parte del Ministerio de Justicia y la FTC. Por ello este aspecto se desarrollará en mayor profundidad en el siguiente punto del artículo.

(14) *United States v. Aluminium Company of America* (2d Circuit 1945).

(15) *United States v. Grinnell Corporation* (1966).

(16) *Matsushita Electric Industrial Company v. Zenith Radio Corporation* (1986).

(17) Coste de producir una unidad adicional.

cios predatorios. Dado que en la práctica no suele ser factible un calculo exacto del coste marginal, parte de la doctrina (18) y de la jurisprudencia propone usar como indicador el coste variable medio. Pero también es necesario demostrar que una vez expulsada la competencia, la empresa dominante va a ser capaz de imponer precios de monopolio para recuperar las pérdidas causadas por los precios predatorios. Por ello, ante la dificultad de calcular el coste marginal, y con la finalidad de evitar la utilización fraudulenta de la alegación de precios predatorios, la jurisprudencia empieza a requerir estudiar la estructura del mercado para demostrar si una vez expulsado el competidor, la empresa dominante podría imponer precios de monopolio.

Por último, es necesario señalar que en EEUU, a diferencia de lo que ocurre en Europa, no se considera monopolización el explotar una posición dominante, ya sea imponiendo precios más altos o condiciones onerosas a los compradores o proveedores. Sólo habría si esa explotación llevase a la consolidación o el aumento de la posición dominante. Respecto al castigo de las conductas monopolizadoras, es el mismo que se establece para la colusión.

6. Control de fusiones

La regulación federal inicial del derecho de la competencia dejó fuera el control de fusiones entre empresas. Sin embargo, tras la oleada de fusiones que hubo en EEUU a partir de 1890, y los problemas de competencia en los mercados que éstas generaron, se hizo necesario establecer un sistema de control de las mismas. Con ese fin se aprobó en 1915 la *Clayton Act,* en la que se establece la prohibición de adquisición y fusión de empresas cuando ésta lleve a la reducción significativa de la competencia o tienda a crear un monopolio en un mercado (15 USC Sec 18) (19).

Se suele considerar que se produce lo anterior cuando tras la fusión se dan dos condiciones: el mercado está significativamente concentrado y las barreras de entrada en el mismo son muy fuertes.

Aparte, la *Hart-Scott-Rodino Act* de 1976 (15 USC Sec 18a) obliga a notificar previamente las potenciales fusiones al Departamento de Justicia y a la FTC, siempre que los activos de la empresa fusionada superen los 200 millones de dólares (en algunos casos se rebaja el límite a 50 millones de dólares) (20). En los casos en los que no se está obligado a notificar una fusión, las autoridades públicas nunca suelen iniciar ningún procedimiento, aunque en teoría también podrían violar la *Clayton Act.*

El control de fusiones es una de las actividades que más tiempo y esfuerzos ocupan a los reguladores públicos. Muchas veces una fusión se puede aprobar con condiciones, con las que se obliga a vender activos de los mercados en los que la fusión crea problemas de competencia.

Al igual que en los supuestos de monopolización, a la hora de controlar las fusiones se distingue entre si son *horizontales* o *verticales.* Los controles son

(18) AREEDA, P.; TURNER, D.: «Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act». *Harvard Law Review* 88 (1975), 697-733.

(19) *«No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital [...], where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly».*

(20) En el año fiscal 2001 (octubre 2000 - septiembre 2001) se comunicaron 2.376 fusiones, frente al máximo histórico de 4.926 del año fiscal 2000.

mucho más estrictos en las primeras, porque por regla general se considera que suelen ser mucho más perjudiciales para la competencia. En adición, se distingue también las fusiones con potenciales competidores, que reciben un tratamiento similar al de las fusiones verticales, y las fusiones de conglomerados, en los que a pesar de tener productos muy diferentes, se pueden prohibir la fusión si se adquiere un poder de mercado frente a los distribuidores.

Fusiones horizontales

A fin de facilitar la preparación de las fusiones de cara al control por parte de los reguladores, y con la intención de minimizar los supuestos de prohibición completa de la fusión (que son muy costosos para las empresas), el Departamento de Justicia y la FTC publicaron en 1992 un informe con las directrices que ambas siguen a la hora de controlar una fusión (21). Aunque estas directrices no son vinculantes, permiten anticipar la actuación de ambos organismos.

Las directrices establecen cinco grandes puntos a examinar a la hora de dar el visto bueno a una fusión:

• *Definición y descripción del mercado:* Este punto es esencial a la hora de determinar el grado de concentración de un mercado tras la fusión. Según sea más amplia o más concreta la definición de un mercado, el mercado se considerará más o menos concentrado y una fusión se aprobará o no. Las fusiones pueden afectar varios mercados, por lo que tras fijar cuales son los mercados, se analiza la estructura de cada uno de ellos. Puede ocurrir que la concentración sólo se produzca en algún mercado, por lo que si las empresas fusionadas se desprenden de activos en dichos mercados, la fusión se podría llevar adelante. La definición de un mercado tiene dos vertientes: producto y geografía. Se considera que hay un solo mercado de producto cuando en él se contienen un producto y todos sus sustitutivos cercanos desde el punto de vista del consumidor. En el hipotético caso de que una sola empresa los produjese todos, podría subir los precios sin perder clientes ante la competencia. Un mercado geográfico abarcaría todas los territorios de un mercado de producto en los que la transparencia de precios y los costes de transporte en el mismo impiden grandes diferencias de precio entre las diferentes áreas geográficas.

• *Participantes del mercado, cuotas y grado de concentración:* Se considera que una empresa participa en un mercado cuando lo suministra efectivamente, o cuando ante un pequeño aumento de precios, podría suministrarlo sin incurrir en grandes costes de inversión. Las cuotas de cada empresa incluyen lo que suministran efectivamente al mercado, y lo que podrían suministrar ante un pequeño aumento de precios. Para estudiar el grado de concentración de un mercado se utiliza el índice *Herfindahl-Hirschman* (HHI) (22). Si el resultado después de la fusión es menor a 1000, se suele considerar que no suele afectar a la competencia. Si está entre 1000 y 1800 y ha aumentado menos de 100 con la fusión, se suele aprobar. Si ha aumentado más de 100 el caso se sigue estudiando. Si supera 1800 con la fusión, pero no ha aumentado más de 50, se suele dar el visto bueno. Si ha aumentado entre 50 y

(21) Se puede consultar en *http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html*

(22) Recoge la suma del cuadrado de cada una de las cuotas de mercado (en factor 100).

100, se sigue estudiando, y si aumenta más de 100 se prohíbe salvo que se pruebe que no afecta a la competencia.

• *Efectos sobre la competencia:* Si el caso se sigue estudiando, el siguiente punto a analizar es si afecta negativamente a la competencia. Esto podría ocurrir de dos formas: facilitando la colusión, o posibilitando las conductas monopolísticas unilaterales. Se considera que la fusión facilita la colusión cuando las circunstancias del mercado favorecen la coordinación (23), y permiten castigar a los incumplidores del acuerdo colusorio (24). Por otra parte, las conductas monopolísticas unilaterales se pueden incentivar si las firmas fusionadas eran las que más fuertemente competían entre si, o cuando el resto de competidores no tienen capacidad para aumentar su producción ante posibles subidas de precios.

COLABORACIONES

• *Barreras de entrada:* Se considera que no hay barreras de entrada significativas (y por lo tanto que la fusión puede seguir adelante), si en el mercado, tras la fusión, una hipotética pequeña subida de precios permanente (de un 5 por 100 aproximadamente) causaría una probable entrada de potenciales competidores, en periodo más o menos corto de tiempo (unos dos años), que sería suficiente para compensar la pérdida de competencia (25). Para investigar si se dan estas circunstancias se suele interrogar a los posibles competidores.

• *Eficiencias:* A diferencia de lo que sucede en Europa (26), y aunque el Tribunal Supremo no se ha pronunciado en este asunto, el Departamento de Justicia y la FTC consideran posible autorizar una fusión si se demuestra que la fusión va a resultar en eficiencias significativas. Para que se admita este argumento es necesario que las eficiencias sólo se puedan obtener con la fusión, que éstas sean cognoscibles y que tengan suficiente entidad como para compensar la pérdida de competencia. Estos requisitos hacen que este argumento triunfe muy pocas veces. Otro supuesto de eficiencia sería que sin la fusión la firma quebraría. En este caso es necesario que la empresa se encuentre en dificultades financieras, que no se pueda reorganizar adecuadamente en una posible suspensión de pagos, que no se hayan encontrado de buena fe otros posibles compradores que no dañasen la competencia, y que sin la fusión, los activos de la empresa saldrían del mercado.

Fusiones verticales

Al igual que en el caso de las fusiones horizontales, el Departamento de Justicia y la FTC han elaborado un informe con las directrices que siguen a la hora de investigar estos dos supuestos (27). En estos casos el control es menos exhaustivo, y por regla general se suele dar el visto bueno a estos tipos de fusiones si el índice HHI en el mercado primario no supera 1800.

Las fusiones verticales pueden engendrar problemas de competencia cuando la presencia en un mercado adyacente sirva a una empresa para aumentar o consolidar su posición dominante en el mercado primario. Esto puede suceder porque aumentan las barreras de entrada

(23) Sucede cuando hay homogeneidad del producto y las empresas participantes, transparencia de las compañías...

(24) Ocurre cuando hay transparencia en las condiciones de las transacciones y de su precio, cuando éstas son pequeñas y frecuentes...

(25) El nuevo producto es un sustitutivo cercano y el entrante tiene capacidad productiva suficiente.

(26) Aunque las nuevas directrices en trámite de elaboración plantean incluirlo.

(27) Se puede consultar en *http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/2614.htm*

en el mercado primario (28), o las condiciones en ambos mercados tras la fusión favorecen la colusión (29). Sólo en estos casos se suele prohibir la fusión.

La fusión con un potencial competidor puede ser perjudicial para la competencia si ésta elimina la posibilidad de nuevos entrantes en el mercado, al no haber otras empresas con posibilidades de entrar en el mercado primario. Si esto ocurre, sería posible que se produjese una subida de precios anticompetitiva en el mercado. Para que los reguladores consideren esta posibilidad, es necesario que la empresa con presencia en el mercado tenga una cuota superior al 20 por 100.

7. Caso Microsoft

A fin de dar un ejemplo práctico de como funciona el derecho de la competencia en EEUU, este artículo va a analizar el denominado caso *Microsoft* (30).

Microsoft es una compañía multinacional de programas informáticos con sede en EEUU. Desde hace muchos años goza de un cuasi monopolio en el mercado de sistemas operativos de ordenadores personales (31). En mayo de 1998 el Departamento de Justicia inició el proceso civil contra *Microsoft* ante el Tribunal de distrito del circuito federal de DC, al que posteriormente se unieron 18 Estados y el Distrito de Columbia. En este proceso se acusaba a *Microsoft* de haber cometido varios supuestos de monopolización y colusión a fin de hacer frente a la amenaza que suponían el navegador de Internet *Netscape* y el lenguaje de programación Java, que eran compatibles con diversos sistemas operativos, incluido el de *Microsoft*, lo que podría reducir las barreras de entrada existentes en ese mercado. Esto implicaba la violación de los artículos 1 y 2 de la *Sherman Act,* y de las disposiciones equivalentes de los derechos de competencia estatales de los litigantes.

Tras un proceso de casi dos años, el Tribunal dio la razón a las autoridades públicas en casi todas sus alegaciones. Estimó que se habían producido dos casos de monopolización y un caso de colusión, en violación de la *Sherman Act* y de las legislaciones estatales equivalentes alegadas por los litigantes (32).

El primer supuesto de monopolización se había cometido en el mercado mundial de sistemas operativos. En él *Microsoft* goza de una posición dominante gracias a su cuota de mercado del 90 por 100 y a las altísimas barreras de entrada que impiden la entrada de competidores potenciales a medio plazo. La conducta abusiva se había realizado para consolidar la conducta de monopolio, combatiendo las amenazas que suponían *Netscape* y *Java*. A la primera se hizo frente vía la vinculación irreversible del navegador de *Microsoft*, el *Explorer*, al sistema operativo. También se utilizaron precios predatorios y acuerdos para favorecer el uso exclusivo de *Explorer* por parte de los fabricantes de ordenadores personales, los proveedores de acceso a Internet y los sistemas operativos alternativos. Para hacer frente al *Java*, creo su propio sistema de implementación, que hacía incom-

(28) Sucede en los casos en los que para entrar en el mercado primario, es necesario o conveniente tener presencia en el mercado secundario, o la fusión impide o dificulta esto último.

(29) La mayor integración vertical puede favorecer la transparencia en el mercado primario o la eliminación de un cliente o proveedor fuertemente competitivo que evitaba la colusión en el mercado primario.

(30) Todos los materiales sobre el mismo se pueden consultar en: *http://www.usdoj.gov/atr/cases/ms_index.htm*

(31) Con una cuota del 90 por 100 en el mercado mundial de sistemas operativos.

(32) Ver fundamentos de derecho en *http://www.usdoj.gov/atr/cases/f4400/4469.htm*

patibles los programas en *Java* con otros sistemas operativos, e indujo a los programadores vía presiones y acuerdos a utilizarlo.

El segundo supuesto de monopolización se habría producido al intentar monopolizar el mercado mundial de navegadores de Internet. Usando su posición dominante en el mercado de sistemas operativos, y utilizando primordialmente precios predatorios y acuerdos, había intentado alcanzar una posición de monopolio en el mercado de navegadores, y tenía alta probabilidad de conseguirlo (33).

Por último, se habría producido un supuesto de colusión vertical, que dañaba gravemente la competencia en el mercado mundial de navegadores de internet, al vincular *Microsoft* su sistema operativo y el navegador *Explorer* en sus acuerdos de venta con los fabricantes de ordenadores, y al establecer acuerdos de uso exclusivo del *Explorer* con clientes.

El Tribunal de distrito decretó en su sentencia final de junio 2000 que *Microsoft* debía dividirse en dos, con una parte dedicada al sistema operativo y otra a las aplicaciones. Además introdujo una serie de disposiciones temporales, que estarían en vigor hasta tres años después de la partición. Estas disposiciones limitaban y regulaban las relaciones y acuerdos que *Microsoft* podía entablar con sus clientes.

Esta sentencia fue apelada por *Microsoft* ante el Tribunal de Apelaciones de circuito de DC. Este tribunal revocó la sentencia recurrida. *Microsoft*, el Ministerio de Justicia y 9 Estados llegaron a un acuerdo (34) en noviembre de 2002 para retirar los cargos, y acordaron una serie de limitaciones a las relaciones que *Microsoft* puede entablar con los fabricantes de ordenadores, los proveedores de acceso a Internet y otras compañías de programas informáticos. También acordaron que en ciertos casos *Microsoft* licenciase su propiedad intelectual para facilitar la creación de programas compatibles con múltiples sistemas operativos.

El resto de Estados han seguido adelante con el caso, por lo que el Tribunal sentenció (35) en noviembre de 2002 que *Microsoft* había cometido los supuestos de monopolización recogidos en la sentencia de primera instancia, e impuso una serie de condiciones más estrictas en sus relaciones con sus clientes, obligándole a dar acceso a partes del código fuente de sus programas a las empresas de programación que desean crear programas compatibles con múltiples sistemas operativos.

Los acuerdos y la sentencia están en la actualidad en fase de ejecución.

Es necesario resaltar que *Microsoft* tiene otros casos de competencia pendientes por situaciones similares, en concreto en referencia al *Windows* media (programa multimedia) o los sistemas operativos de los teléfonos móviles.

8. Conclusión

Como se ha ido reflejando a lo largo de todo el artículo, el sistema de derecho de competencia en EEUU es especialmente complejo. La concurrencia de reguladores federales y estatales suele crear muchas duplicidades en las investigaciones. Los tribunales desempeñan un papel muy importante a la hora de perse-

(33) En 1995 tenía una cuota de mercado marginal, en el momento de la sentencia superaba el 50 por 100 y en la actualidad goza de más del 80 por 100.

(34) Se puede consultar en: *http://www.usdoj.gov/atr/cases/ f200400/200457.htm*

(35) Se puede consultar en: *http://www.dcd.uscourts.gov/FinalDecree.pdf*

guir, castigar y remediar las violaciones del derecho de competencia, pero su participación suele lentificar los procesos.

Las características esenciales de este sistema son muy parecidas a las que se encuentran en Europa, aunque hay que resaltar algunas diferencias significativas:

• Capacidad de los particulares para iniciar procesos civiles por violación del derecho de competencia.

• Falta de separación entre el sistema de derecho de competencia y el de protección de consumidores frente a la competencia desleal.

• Penalización de algunas violaciones, y la poca cuantía de las multas.

• No castigo de la mera explotación de una posición dominante.

• Admisión de argumentos de eficiencia en el control de fusiones.

Como última conclusión se puede afirmar que el derecho de competencia desempeña un papel esencial a la hora de asegurar el libre juego de la competencia en los mercados de Estados Unidos, pero poco a poco las autoridades están intentando reducir los casos en los que intervienen, para minimizar las interferencias con el libre juego del mercado.

Bibliografía

1. PITMANN, R.: «Competition Law and Policy in the United States», *http://www.worldbank.org/wbi/corpgov/core_course/core_pdfs/BR_ROMACAD. pdf*
2. SJOSTROM, W.: «Competition Law in the European Union and the United States», *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law,* Macmillan, London, 1998.
3. Web Federal Trade Commission. *http://www.ftc.gov/ftc/ antitrust.htm*
4. Web Ministerio Justicia. División Antitrust. *http:// www.usdoj.gov/atr*

AVISO PUBLICO

SUB. GRAL. COMERCIO EXTERIOR DE PRODUCTOS AGROALIMENTARIOS

SOLICITUD DE DEVOLUCION DE FIANZAS

PLAZOS PARA PRESENTACION DE PRUEBAS

Aplicación a los Certificados concedidos desde el día 1 de octubre de 2000, salvo que exista reglamento específico que lo modifique

Plátanos	TREINTA DIAS siguientes a la expiración del período de validez del Certificado.	Rgto. CE n.° 896/01
Productos Agrícolas Transformados (PAT)	NUEVE MESES siguientes a la expiración del período de validez del Certificado.	Rgto. CE n.° 1520/00
Productos agrícolas: Materias grasas, plantas vivas, productos floricultura, leche y productos lácteos, carne vacuno, semillas, frutas y hortalizas, carne porcino, huevos, carne de ave, arroz, azúcar, sector vitivinícola, cereales, etc.	DOS MESES siguientes a la expiración del período de validez del Certificado.	Rgto. CE n.° 1291/00

— En todos los productos el *PLAZO MAXIMO* para solicitar la resolución de los expedientes es de *VEINTICUATRO MESES* desde el día siguiente a la expiración del Certificado. Transcurrido este plazo no se efectuará la devolución del importe de la Fianza, aun en el caso de que se presente la correspondiente prueba de realización de las operaciones.

MINISTERIO DE ECONOMIA

Secretaría General de Comercio Exterior

SUB. GRAL. COMEX. PRODUCTOS AGROALIMENTARIOS. SERVICIO DE FIANZAS

Solicitudes de devolución de fianzas constituidas (Importación y Exportación)

La Orden de 26 de febrero de 1986 («*BOE,* 7 de marzo»), modificada por la Orden de 27 de julio de 1995, establece que la devolución de las fianzas se realizará por la Secretaría General de Comercio Exterior a solicitud del interesado.

Las solicitudes de devolución de las fianzas constituidas ante los Servicios Centrales, deberán dirigirse a la Secretaría General de Comercio Exterior (Servicio de Fianzas, Paseo de la Castellana, 162, planta cuarta, 28071 Madrid).

Las solicitudes de devolución de las fianzas, constituidas ante las Direcciones Regionales y Territoriales de Comercio y CATICES, deberán presentarse en la misma Dirección o CATICE que concedió los correspondientes certificados.

El no solicitar, los interesados, la resolución de los expedientes de devolución de las fianzas con la aportación de las pruebas, en los plazos establecidos en la legislación nacional y comunitaria en vigor, para los diversos productos agrícolas, dará lugar al oportuno Acuerdo Declarativo de Incumplimiento.

Con el fin de agilizar la resolución de los expedientes de devolución de las fianzas constituidas a disposición de la Secretaría General de Comercio Exterior, es recomendable se adjunte a las solicitudes la fotocopia del correspondiente «Resguardo de depósito o Garantía en Efectivo», o «Resguardo de Garantía Otorgada mediante Aval o Seguro de Caución».

SERVICIO DE FIANZAS

Acuerdo declarativo de incumplimiento (Fianza constituida en las operaciones de Importación y Exportación)

Ingreso de las liquidaciones

Las cantidades a ingresar en el Tesoro Público-Recursos Eventuales, como consecuencia de los expedientes de Acuerdo Declarativo de Incumplimiento de *Resguardos de Garantías Otorgadas por Terceros,* pueden hacerse efectivas por la EMPRESA TITULAR DE LOS CERTIFICADOS.

— En MADRID:
MINISTERIO DE ECONOMIA
DIREC. GRAL. DEL TESORO Y POLITICA FINANCIERA
Paseo del Prado, 4
28071 MADRID

— En PROVINCIAS:
INTERVENCION DE HACIENDA de la localidad en que resida la Entidad Delegada que constituyó la *Garantía Otorgada por Terceros (Aval o Certificado de Seguro de Caución).*

Realizado el ingreso y expedida la CARTA DE PAGO, esta CARTA DE PAGO *original* deberá remitirse a:
MINISTERIO DE ECONOMIA
SERVICIO DE FIANZAS
P.° Castellana, 162, Pl. 4.ª
28071 MADRID

MINISTERIO DE ECONOMIA

Secretaría General de Comercio Exterior

SUB. GRAL. COMERCIO EXTERIOR DE PRODUCTOS AGROALIMENTARIOS

SERVICIO DE FIANZAS

Paseo de la Castellana, 162, cuarta planta, 28071 Madrid

Teléfonos: (91) 349 38 67 y 349 39 13