

***LOS PROCESOS DE CONCENTRACION EMPRESARIAL EN UN MERCADO
GLOBALIZADO Y LA CONSIDERACIÓN DEL INDIVIDUO***

Fernando Casado

Catedrático de Economía de la empresa

Miembro de la Real Academia de Ciencia Económicas y Financieras

Director del Instituto de la Empresa Familiar

Presidente de la Escuela de Administración de Empresas (EAE)

Excelentísimo Señor Presidente,

Excelentísimos Señores Académicos

Excelentísimos e Ilustrísimos Señores

Señoras y Señores.

Muchas gracias por estar hoy aquí compartiendo conmigo este trascendental momento.

En primer lugar, quiero transmitir mi más profundo agradecimiento a esta ilustre Academia por acogerme en su distinguido seno. Muy especialmente tengo que agradecer a nuestro Presidente, el Excmo. Sr. D. Josep Casajuana, su estímulo y apoyo a mi candidatura, así como a los señores Académicos cuyo aval introductorio dio curso a mi presentación como aspirante a esta Corporación.

Los Excmos. Sres.D. Jaime Gil Aluja, Josep J. Pinto Ruiz y Agustín Luna Serrano, siempre han sido para mí un referente de calidad humana, profesionalidad y valía intelectual; un ejemplo a imitar como personas y profesionales. Hoy es día de rendirles homenaje y agradecimiento sincero por la confianza que depositaron en mí y solicitaron para mí al resto de los que hoy se convierten en mis queridos colegas de Academia.

Este honor que ahora recibo representa muchísimo para mí. Significa integrarme en una Institución histórica construida en el tiempo con la contribución de prestigiosos

intelectuales y profesionales que la han distinguido con su alta calidad científica y humana.

I. Globalización y significación del individuo

La globalización plantea la definición de visiones integradas en organizaciones culturalmente muy distintas y con valores que pueden llegar a ser opuestos. Las grandes organizaciones que deseen estar presentes en el mundo con sus productos o servicios deberán combinar la necesidad de una gestión global con los beneficios que la diversidad produce.

La globalización implica pensar globalmente y actuar localmente. De hecho, no existen límites geográficos, no hay barreras, se permite la libre circulación de mercancías y cada vez tiene más importancia la gente, los conocimientos, las ideas, y evidentemente los valores.

No va a existir una diferencia sustancial en los aspectos tecnoeconómicos, la localización de las empresas va a ser irrelevante y va a primar la velocidad de actuación.

Se va a estar inmersos en la competitividad global, con nuevos actores a nivel global y con una revolución tecnológica que supondrá nuevas dinámicas de comportamiento.

La actuación en mercados globalizados necesita de una dimensión empresarial adecuada a los cambios de naturaleza estratégica que operan en el nuevo posicionamiento competitivo.

No obstante, la dimensión de las empresas va a ser menos relevante, lo que posibilita que para ser una compañía global no implica necesariamente que se ha

de ser una compañía de gran dimensión y por tanto compleja de gestionar. Cada vez más, pequeñas compañías podrán acceder a ser multinacionales.

La última década ha supuesto un cambio de dimensiones todavía desconocidas. Una vez los procesos de apertura en su sentido más tradicional se han consolidado abren paso a un nuevo paradigma: la internacionalización. En este sentido, hay que señalar que la economía española es ya una economía muy abierta, incluso comparativamente con sus socios del entorno europeo.

La introducción del euro ha contribuido a modificar de manera positiva las condiciones del entorno macroeconómico sobre las que tradicionalmente debían establecerse los fundamentos de competitividad de las empresas europeas. La nueva situación favorece la aparición y el desarrollo de la actividad empresarial, al mismo tiempo, que penaliza el mantenimiento de ineficiencias en el proceso productivo al introducir mayores elementos de competencia alimentados de forma adicional por los efectos de la globalización de los mercados

En este contexto, las empresas españolas afrontan el futuro con el reto de redefinir su estrategia competitiva. Así, las empresas deberán redimensionar su negocio paralelamente a la potenciación de su actividad innovadora y de su presencia en los mercados internacionales de forma estable y continua en el tiempo.

Sin embargo, estudiando los últimos datos de crecimiento económico pareciera que los resultados de las tímidas reformas que se están iniciando en Europa apenas cuentan a la hora de evaluar el futuro crecimiento mundial y por contra, estamos constantemente escuchando hablar del enorme potencial de Estados Unidos o de otros países menos desarrollados, como Rusia, Brasil y China. En estos países coinciden todos los ingredientes que, aderezados con una buena dosis de reformas, pueden facilitar el crecimiento: mercados por desarrollar, costes laborales reducidos, recursos económicos inexplorados y

poblaciones superiores a los 100 millones de habitantes. Ante esta realidad, y teniendo en cuenta la brecha tecnológica que nos separa de Estados Unidos, no parece extraña la idea que tienen algunos dirigentes chinos sobre el futuro: Estados Unidos sería el centro de la creación del conocimiento científico y tecnológico, China se convertiría en el motor industrial del Mundo y Europa se limitaría a ser el centro de ocio y turismo por excelencia.

En definitiva, la globalización supone uno de los mayores retos a los que ha tenido que enfrentarse la economía mundial a lo largo de su historia, un cambio que va más allá de su propia concepción como ciencia. Sin embargo, desde una visión transformadora, supone una oportunidad que no se debe desaprovechar.

La globalización está cambiando la manera en que tienen lugar las interacciones económicas en todos y cada uno de los agentes económicos: empresas, individuos, estado y otras instituciones, se enfrentan a un nuevo paradigma. Como suele ser habitual, la tentación inicial es utilizar los viejos modelos y sus herramientas tradicionales para enfrentarse a la nueva situación. Esto no representa en sí ninguna novedad. Seguimos hablando de los tipos de interés, de la fiscalidad, discutimos sobre las actuaciones reparadoras del estado y contemplamos a los individuos como seres racionales desde una visión economicista.

Sin embargo, la realidad es más compleja o más simple, todo depende del punto de vista del observador. La nueva economía, si es que le queremos seguir denominando de esta manera, se enfrenta a retos muy distintos. No es posible repasar aquí todos los aspectos que la definen, pero si me gustaría referirme a los que considero más importantes.

En unos momentos en los que existe una incertidumbre absoluta en el desarrollo futuro de los acontecimientos políticos, económicos y sociales pues la realidad de lo acontecido en los últimos meses así nos lo demuestra, hay un

hecho incuestionable que adquiere cada vez una mayor relevancia y un consenso que podríamos considerar universal.

Me estoy refiriendo a la necesidad de la existencia de unos principios morales en la actuación generalizada en cualquiera de los ámbitos que se desarrollan en la vida humana.

La forma en que los medios de comunicación resaltan cualquier hecho que en principio pudiera atentar contra la moralidad presuntamente establecida es un elemento indicativo de la necesidad que tiene la Sociedad de avanzar en este sentido para poder establecer unos mejores niveles de convivencia.

El medio en el que se desarrolla la actividad económico-financiera es, sin duda, un medio cada vez más competitivo, más sujeto a cambios incontrolados e incontrolables, que convierten la toma de decisiones en un difícil proceso que supera el concepto elemental del conocimiento mismo. Hoy, más que nunca, se hace realidad la creencia de Goethe de que "pensar es fácil. Actuar es difícil. Actuar siguiendo el pensamiento propio es lo más difícil del mundo".

La responsabilidad individual de las decisiones económicas, en otro tiempo aliviada desde el carácter sistemático que toda ciencia empírica posee, da paso a una responsabilidad social, con atributos que adquieren connotaciones éticas y morales. El "deber ser" se muestra como una necesidad frente a la habitual del "tener que ser".

Y es aquí, precisamente, donde se encuentra la validez universal del ideal ético de las personas. En esa voluntad, a modo de propósito, de reorientar el comportamiento humano hacia unas normas que exigen un cambio.

Aunque esta visión no esconde los riesgos a los que podemos enfrentarnos, no deja de ser demasiado simplista y ajena a otros elementos que tienen que ver

con el desarrollo competitivo. Entre estos, ese “aderezo de reformas” es uno de los factores más difíciles de conseguir, incluso para Estados Unidos. El mejor ejemplo de ello lo tenemos en todo lo relacionado con la transparencia de los mercados y la aparición de casos como los más recientes de los fondos de inversión y del mercado de cambio de divisas. Estas crisis han generado en la opinión pública la sensación de que ha habido de un elevado grado de ineficiencia e incluso de connivencia entre los responsables de controlar que no se produzcan, el poder político y esos gestores fraudulentos.

Este problema está presente en las economías a las que hacíamos referencia. El escándalo que está teniendo lugar en Rusia por el encarcelamiento de uno de sus principales empresarios es el fruto de unas relaciones Gobierno-Empresas en las que política, control de medios de comunicación y poder económico se confunden constantemente. O la situación de China que, a pesar de su anuncio de privatización de 100.000 empresas públicas en los próximos 5 años, sigue siendo un país en el que no hay separación real entre Estado y Propiedad privada.

Si hay algo en lo que los europeos nos hemos empeñado, es en garantizar una mayor seguridad jurídica en forma de más independencia entre cada uno de los agentes que participan en nuestros mercados. Aquí también ha habido escándalos, pero no se han debido a un fallo de carácter estructural ni a una debilidad alarmante de nuestro sistema financiero. Por eso debemos continuar el camino emprendido. Está bien que se establezcan marcos de referencia que garanticen el buen Gobierno de las empresas, pero también debe mejorarse la normativa que regula las relaciones Administración-Mercado-Empresa. Todavía hay margen para mejorar. Por ejemplo, habría que estudiar la eliminación de algunas deficiencias que aún existen en la legislación de contratos con las administraciones públicas, la elaboración de una ley de financiación de partidos políticos que se adapte a la realidad, o fórmulas que aumenten el nivel de independencia –que no burocratización- de los órganos que velan por la Defensa de la Competencia y la seguridad del Sistema financiero.

Los ejemplos de **Emron**, derivado de una diversificación poco prudente de la compañía hacia actividades en las cuales carecía de experiencia y la connivencia de la dirección de la empresa con los auditores, falseando los estados financiero-contables de la compañía para mantener alta la acción y confundir a los accionistas, utilizando información privilegiada y vendiendo grandes cantidades de acciones de Emron antes de que el mercado tuviese conocimiento de la situación real de la compañía; o el de **Word.Com**, en el que con la cooperación de sus auditores convirtió, mediante ingeniería contable, los 3.800 millones de dólares que le costaba mantener su red, en costes de capital para evitar pérdidas y que no se desvalorizara la acción. O bien, las irregularidades contables registradas por los laboratorios **Merck** o por **Ford, General Motors** y **Parmalat** reflejan, en conjunto, la existencia de graves fallos de regulación en lo que se ha venido a denominar el mercado por el control corporativo, lo que ha producido un clima de necesidad de transparencia y de retornar a los principios fundamentales del buen comportamiento y del buen hacer.

El denominador común de todos estos casos es lo que se ha dado en llamar “**el problema de agencia**”, en el que los intereses del “agente” no coinciden con los de la “sociedad”. Por ejemplo, los intereses de los accionistas consisten principalmente en incrementar el valor de la acción y los intereses de los gestores pueden ser muy distintos como por ejemplo aumentar el tamaño de la empresa con independencia de su rentabilidad o diversificarse en actividades en las que la compañía no tiene experiencia.

La solución a este conflicto de intereses se suele hacer por los llamados “**mecanismos de control corporativo**” que persiguen que los agentes estén al servicio de la continuidad de la empresa y de la sociedad en general.

Hay dos tipos de mecanismos de control corporativo: los externos y los internos. Como mecanismo de control corporativo externo, se puede considerar la existencia de un mercado de capitales flexible o la regulación de los mercados a través de los mecanismos de regulación de la competencia. Como mecanismos internos podríamos considerar el que los auditores tengan una rotación cada cierto tiempo, que haya consejeros independientes, que las cuentas que se presenten sean transparentes, etc. Pero precisamente los mecanismos internos, a pesar de que en principio parece que sean los más cercanos a conseguir sus objetivos, la experiencia reciente muestra, como se puede ver en los ejemplos mencionados, que no acaban de funcionar suficientemente en ningún país (aspecto señalado incluso por el propio Ministro de Economía, Pedro Solbes, en recientes declaraciones).

Ello ha propiciado la creación de multitud de códigos y marcos de referencia en todo el mundo, para crear unos principios de actuación que palien los casos mencionados. En USA han surgido el Sarbanes/Oxley Act, las Normativas SEC, las Propuestas NYSE/Nasdaq o el Ratings ISS; en Europa el Informe Winter o las revisiones de Códigos Buen Gobierno en Francia o Italia y en España, además de la más reciente y conocida como la Comisión Aldama, han tratado el tema la Ley de medidas de reforma del sistema financiero, el Libro Blanco de Contabilidad, la Comisión General de Codificación y la Fundación de Estudios Financieros.

Es de prever que esta proliferación de marcos de conducta acabe por concienciar a los gestores y a todos los que intervienen en esos procesos de la conveniencia de una actuación que esté más acorde con los intereses globales y con el crecimiento de la sociedad en su conjunto.

II.- El proceso de concentración empresarial y las estructuras de control existentes en algunos países de la Unión Europea.

En este contexto adquiere especial relevancia como “**mecanismo de control corporativo**” el proceso de concentraciones empresariales y su especial incidencia en el funcionamiento de los mercados, ya que según procedan, van a condicionar la libertad de los individuos en cuanto consumidores y posibilidades de que accedan a esos mercados en las mejores condiciones de precio y calidad y no bajo situaciones de monopolios encubiertos.

Debe subrayarse, por consiguiente, la importancia de la aplicación de una dinámica política de competencia. Es evidente que los gobiernos tienen muy limitada su capacidad de actuación a través de políticas económicas de demanda. En efecto la política monetaria ha sido totalmente transferida al Banco Central Europeo y los acuerdos que llevaron a la creación del sistema monetario europeo hacen impensable la utilización de políticas sobre tipos de cambio. Asimismo la capacidad de actuación de los gobiernos en la política fiscal está condicionada por el pacto de estabilidad y el control que sobre ella ejerce el ECOFIN (Consejo de Ministros sobre asuntos económicos y financieros).

Sin embargo, las autoridades económicas tienen un margen mayor de actuación en las políticas económicas de oferta. Por otra parte, las políticas aplicadas con carácter sistemático en la Unión Europea de liberalización y privatización han acentuado la importancia de la política de competencia. Por estas razones, cobra especial relevancia la aplicación de una política de competencia eficaz.

El Derecho de la competencia, lejos de ser percibido como un derecho represor, se proyecta vigorosamente como un derecho garante de las libertades económicas, tanto de la libertad económica del consumidor para tomar su mejor opción entre la amplia gama de productos y servicios que ofrece el mercado,

como de la libertad del empresario más dinámico para actuar en toda la amplitud del mercado sin que éste quede compartimentado por acuerdos restrictivos de empresarios sin capacidad de innovación.

En el creciente proceso de globalización se refuerza la importancia de los criterios establecidos por las autoridades de competencia para que prevalezcan los principios de libre competencia en los procesos de concentraciones económicas.

La competencia y su defensa se han convertido en uno de los ejes fundamentales de la política económica española y europea. No puede ser de otra forma dado el proceso de globalización en que nos encontramos inmersos y con mayor importancia en un país como el nuestro en que la dimensión de las empresas no es la más adecuada para hacer frente a la competencia que implican unos mercados globalizados. Las empresas españolas, que parecen grandes a nivel nacional y no lo son tanto a nivel europeo y mundial, necesitan, más que en otros países, un marco teórico en el que se defina qué entendemos por mercado competitivo y propiciar un marco jurídico en que se orienten las condiciones favorables a los procesos de fusión y adquisición.

En un contexto económico como el que se vive actualmente, que implica la existencia de un mercado único entre todos los Estados miembros de la Unión Europea y un creciente fenómeno globalizador, las empresas necesitan un sistema de control de concentraciones que asegure una valoración uniforme de las operaciones notificadas y que permita así a las empresas predecir con relativa fiabilidad la valoración que merecerá su operación.

El número cada vez mayor de transacciones transfronterizas y el reenvío de las operaciones examinadas entre las autoridades nacionales y comunitarias que se da con cada vez más frecuencia, hace necesario que los sistemas de control de concentraciones sean lo más homogéneos posible.

Sin embargo, el marco regulador de los mercados no es el mismo en todos los países y se producen diferencias notables de enfoque y de contenido¹.

En **Alemania**, la autoridad encargada de ejecutar el procedimiento de control de concentraciones es el *Bundeskartellamt* (BKA). Se trata de una autoridad superior federal de la que es responsable el Ministerio Federal de Economía. A parte del BKA, cada *Land* tienen su propia autoridad de competencia que actúa contra las prácticas anticompetitivas que tienen lugar en su *Land*. El control de concentraciones sin embargo es ejercido en todo el territorio alemán exclusivamente por el BKA.

El BKA prohíbe las concentraciones que se estiman creen o refuercen una posición dominante, a no ser que, las empresas participantes prueben que la concentración permitirá mejorar las condiciones competitivas y esta mejora compense los efectos negativos de la creación o el reforzamiento de la posición de dominio. Los informes del BKA son vinculantes para el Gobierno a no ser que éste presente razones de tipo político que aconsejen no seguir el dictamen del organismo competente.

Existe posición de dominio si una empresa no tiene competidores o no está expuesta a ninguna competencia sustancial, o si tiene una posición preeminente en el mercado con relación a sus competidores. La determinación de una posición de dominio exige la previa definición del mercado relevante geográfico y de producto.

¹ Extraído del Dictamen en interés del Instituto de Empresa Familiar sobre posibles mejoras a introducir en el sistema de control de concentraciones en España

Asimismo, se observa una colaboración creciente entre el BKA y las autoridades regionales para abordar cuestiones de competencia que desde el punto de vista de la demanda (es decir, de los consumidores) tienen una dimensión local o regional, pero que desde el punto de vista de la oferta (es decir, de la organización de las empresas) tienen un alcance más amplio, nacional o incluso internacional. Típicamente, se trata de casos relacionados con la distribución de bienes o de servicios (energía, telecomunicaciones). Para tratar estos casos de forma adecuada se han constituido comisiones ad hoc de seguimiento, en las que el Bundeskartellamt tiene un papel predominante, no sólo en la coordinación, sino también en la resolución práctica de cuestiones sustantivas. No es infrecuente que casos de este tipo aunque en principio pudieran ser de carácter regional, acaben siendo tramitados por el Bundeskartellamt

En cualquier caso, más allá de las previsiones de la GWB (que, en general, como ya se ha apuntado, son bastante parcas), la armoniosa relación que existe entre el BKA y las autoridades regionales de competencia se basa en una coordinación flexible que se plantea según las necesidades de cada momento. La experiencia alemana sugiere, así, que el desarrollo de una buena relación entre los distintos niveles administrativos, no depende tanto de un marco formal que esté perfectamente definido, como de la voluntad de entendimiento y de la confianza que se cree entre las partes concernidas.

El hecho de que en Alemania las autoridades regionales de competencia sean meras unidades administrativas, dependientes, por tanto, del poder político local, incide por una doble vía en el funcionamiento del sistema. Por un lado, limita, seguramente, su capacidad de jugar un papel activo en labores de promoción de la competencia en ámbitos dependientes o relacionados con la administración local. Por otro lado, su reducido tamaño, hace que, en la práctica, las autoridades regionales dependan de forma creciente de las capacidades –

mucho mayores- del BKA para las cuestiones que requieren de conocimientos más técnicos.

En **Francia**, el *Conseil de Concurrence*, tiene funciones decisorias en lo relativo a los cárteles y los abusos de posición de dominio, o de dependencia económica, así como las prácticas de precios abusivamente bajos. Sin embargo, en materia de concentraciones el papel del Consejo de la Competencia es meramente consultivo.

Tradicionalmente, la normativa francesa ha establecido un control de concentraciones esencialmente administrativo, localizando todo el poder en manos del Ministro de Economía. El *Conseil de Concurrence* no interviene sino a petición del Ministro de Economía y únicamente para emitir un dictamen no vinculante

Según la normativa francesa deben prohibirse las concentraciones que obstaculicen la competencia, especialmente, por la creación o el reforzamiento de una posición de dominio o, por la creación o reforzamiento de un poder de compra que coloca a los proveedores en una situación de dependencia económica. Por otro lado, debe valorarse si la operación aporta al progreso económico una contribución suficiente para compensar los obstáculos a la competencia. También se prevé expresamente que debe tenerse en cuenta la competitividad de las empresas analizadas a la luz de la competencia internacional.

El criterio fundamental para valorar una concentración es si su realización supone un obstáculo para la competencia. Se trata de un criterio amplio, que permite a la autoridad de control relativa flexibilidad en su apreciación.

En **Italia**, el órgano responsable de las operaciones de concentración entre empresas es la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*(AGCM).

La AGCM es un órgano independiente y colegiado, que adopta sus decisiones por mayoría y no está sujeto a ningún tipo de influencia del Gobierno o del Parlamento.

De conformidad con la legislación italiana deben prohibirse las concentraciones que crean o refuerzan una posición de dominio en el mercado nacional que tengan por efecto la eliminación o la restricción de la competencia de manera apreciable y duradera.

La Ley prevé expresamente que para determinar si concurre tal situación hay que tener en cuenta la sustituibilidad de la oferta y de la demanda, la posición en el mercado de las empresas, las condiciones de acceso al mercado o a los proveedores, la estructura de los mercados relevantes, la situación competitiva de la industria nacional, las barreras de entrada para las empresas competidoras y la evaluación de la oferta y la demanda de los productos o servicios relevantes.

En la definición del mercado relevante la AGCM sigue los criterios tradicionales. Para determinar el concepto de posición de dominio, la AGCM ha adoptado expresamente la doctrina del derecho comunitario, expresada en el asunto *United Brands*².

² STJCE de 14 de febrero de 1978, *United Brands/Comisión*, as. 27/76. En esta sentencia el TJCE ha definido la posición dominante como una posición de fuerza económica detentada por una empresa que le otorga el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado en causa competidores y en último término, de los consumidores.

Excepcionalmente se prevé que, una concentración pueda ser autorizada por el Gobierno sobre la base de razones relativas a intereses generales de la economía nacional.

En el **Reino Unido**, el órgano que tiene prácticamente todos los poderes en el control de concentraciones es el *Secretary of State for Trade and Industry*. En la aplicación del procedimiento de control de concentraciones está asistido por otros dos órganos: El *Director General of Fair Trading* apoyado por la *Office of Fair Trading* (OFT) y la *Competition Commission*.

El *Secretary of State for Trade and Industry*, es un político que pertenece al gabinete del Primer Ministro. Es el único órgano con capacidad para decidir si autoriza una concentración o la somete a determinadas condiciones, también tiene competencia exclusiva sobre si debe remitirse el estudio de la operación a la *Competition Comisión* para que determine si la realización de la misma puede suponer un peligro para el interés público.

Los criterios sobre los que las Autoridades británicas de competencia deben basar la valoración de las operaciones de concentración no están específicamente previstos en la legislación (la *Fair Trading Act* de 1973 o *Ley de Comercio Justo*).

En sus análisis la Comisión de Competencia suele tener en cuenta criterios meramente competitivos (cuotas de mercado, capacidad competitiva de otros operadores del mercado, barreras de entrada, efectos positivos de la concentración para la competencia, etc.).

Cuando una operación es sometida a la Comisión de Competencia el *test* al que se subordina la aprobación es si la operación supone o, previsiblemente

supondrá, un obstáculo para el interés público. El concepto de “interés público” no ha sido definido de forma exhaustiva en la *Fair Trading Act*. La *Competition Commission* tendrá en cuenta el mantenimiento y la promoción de una competencia efectiva en el suministro de bienes y servicios en el Reino Unido, los intereses de los consumidores, el desarrollo de nuevas técnicas de producción o de nuevos productos o si se facilita la entrada de nuevos competidores en el mercado relevante. También se tienen en cuenta consideraciones de política industrial y de política de empleo y el mantenimiento y la promoción de la competencia en mercados fuera del Reino Unido.

En **España** son varias las autoridades encargadas de llevar a cabo el control de concentraciones:

El *Servicio de Defensa de la Competencia* que es el órgano de la Administración General del Estado encargado de la instrucción e investigación de las conductas contrarias a la competencia y la instrucción de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y su derecho derivado.

Igualmente es función del Servicio la ejecución del control de las concentraciones económicas, en los términos establecidos por el Capítulo II de la citada Ley de Defensa de la Competencia, entre otras atribuciones.

El Servicio de Defensa de la Competencia está adscrito al Ministerio de Economía, siendo su Director el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia y el encargado de proponer al Ministro de Economía qué operaciones deberían ser remitidas al Tribunal de Defensa de la Competencia.

El *Tribunal de Defensa de la Competencia* es el órgano ante el que se tramitan los procedimientos por infracción de las normas de competencia, pero, en materia de control de concentraciones desempeña una función meramente consultiva, ya que sus dictámenes no vinculan al Ministro de Economía, que es quién realmente elabora el contenido de la propuesta al Consejo de Ministros.

El sometimiento de una operación de concentración al estudio del Tribunal de Defensa de la Competencia queda a la discreción del Ministro de Economía, que, a propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia, remitirá al Tribunal de Defensa de la Competencia los expedientes de aquellos proyectos u operaciones de concentración notificados por los interesados que considere puedan obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado. El Tribunal de Defensa de la Competencia, previa audiencia de los interesados, en su caso, emitirá un dictamen al respecto.

A propuesta del Ministro de Economía, el Consejo de Ministros es el único órgano con capacidad para decidir sobre la aprobación, en su caso sometiéndola a condiciones, o prohibición de una concentración y con capacidad sancionadora en materia de concentraciones.

El artículo 16 de la Ley de Defensa de la Competencia prevé expresamente los criterios que debe tener en cuenta el Tribunal de Defensa de la Competencia para emitir dictamen sobre la operación³:

³ “La apreciación de si un proyecto u operación de concentración o toma de control puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado se basará en un análisis de sus efectos restrictivos, previsibles o constatados, atendiendo principalmente a las siguientes circunstancias:

- a) Delimitación del mercado relevante.
- b) Su estructura.
- c) Las posibilidades de elección de los proveedores, distribuidores y consumidores o usuarios.
- d) El poder económico y financiero de las empresas.

En él, se especifica claramente que el Tribunal de Defensa de la Competencia en la valoración de una operación de concentración, no sólo comprueba si una operación crea o refuerza una posición de dominio, también debe analizar otros criterios como la mejora de los sistemas de producción o comercialización, el fomento del progreso técnico o económico, la competitividad internacional de la industria nacional o los intereses de los consumidores o usuarios. El Tribunal de Defensa de la Competencia debe realizar un balance de intereses, y si estos elementos compensan los efectos restrictivos de la competencia, debe recomendar la aprobación de la operación.

III. - La determinación de la existencia de una posición de dominio

Se aprecia que en todas las legislaciones europeas significativas, la determinación de la posición de dominio y del mercado relevante correspondiente, adquieren una relevancia primordial.

Para determinar si como resultado de una concentración se crea o se refuerza una posición de dominio en un mercado relevante, la Comisión Europea utiliza las nociones de posición de dominio y mercado relevante tal y como han sido definidas por la práctica y la jurisprudencia comunitaria para la aplicación del artículo 82 CE de la Comunidad Europea.

-
- e) La evolución de la oferta y la demanda.
 - f) La competencia exterior.

El Tribunal podrá considerar asimismo la contribución que la concentración o toma de control pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del progreso técnico o económico, a la competitividad internacional de la industria nacional o a los intereses de los consumidores o usuarios y si esta aportación es suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia”.

Normalmente, se entiende, dentro de la mayor parte de los países de la Unión Europea, que existe posición de dominio cuando una empresa o un grupo de empresas puede comportarse de forma independiente de sus competidores y, en último término, de los consumidores.

Aunque el concepto de posición de dominio es igual al del artículo 82 CE, en el control de concentraciones, la Comisión Europea realiza una valoración dinámica de la estructura del mercado, atendiendo a los efectos que esa posición de dominio producirá en el mantenimiento de competencia en el futuro.

El análisis dinámico que la Comisión Europea realiza de la estructura del mercado cuando aplica el *test* de dominancia se puede ilustrar de manera evidente con el caso Mannesmann/Hoechst⁴. En este asunto, la Comisión Europea decidió no oponerse a la fusión de dos fabricantes de tubos de acero alemanes, a pesar de que la operación les proporcionaba una clara posición de dominio en el mercado alemán. La razón fue que la Comisión Europea consideró que el mercado relevante evolucionaría hacia una mayor apertura en consideración a la adopción de *standards* técnicos armonizados y de la entrada en vigor de directivas sobre contratación pública.

En este sentido, sería recomendable que la legislación española sobre control de operaciones de concentración, alinee sus criterios de valoración con los de la Comisión Europea y algunos de los Estados miembros.

Para decidir si una operación de concentración debe ser autorizada o prohibida, la Comisión Europea y algunos de los Estados miembros se basan en analizar si dicha operación creará o reforzará una posición de dominio. Es el llamado *test* de dominancia.

En contraste, la regulación de Estados Unidos, Australia, Canadá o la reforma que está previsto se lleve a cabo en las normas del Reino Unido, basa el *test* de valoración en si la operación que se pretende llevar a cabo, disminuye de forma sustancial la competencia. La legislación española, en la línea de estos sistemas, fundamenta la valoración de una operación de concentración en si la misma podrá obstaculizar el mantenimiento de la competencia en el mercado.

En el sistema estadounidense de valoración de concentraciones priman criterios como el perjuicio de los consumidores o la eficiencia económica sobre la creación o reforzamiento de una posición de dominio. Sin embargo, en Estados Unidos no intervienen autoridades políticas en las decisiones de control de concentraciones. Por tratarse de un sistema de aplicación judicial del derecho de la competencia, son los tribunales los que, a través del desarrollo jurisprudencial en aplicación del sistema anglosajón del *case law*, han elaborado una doctrina consolidada, coherente y rigurosa en la aplicación del *test* de la obstaculización significativa de la competencia. Por otro lado, se trata de un país con un mercado ya unificado y con una misma moneda desde hace muchos años.

Por consiguiente, el caso norteamericano es radicalmente diferente al español. En Estados Unidos no pueden darse los riesgos de influencia política y de escasa predictibilidad para las empresas que existen en un sistema como el español. En España, el órgano en el que se inician las investigaciones, el Servicio de Defensa de la Competencia, está integrado, como hemos reseñado, en el Ministerio de Economía, lo que le hace vulnerable, desde la primera etapa de la instrucción, a influencias políticas y la decisión final es tomada por el Consejo de Ministros que puede hacer del control de concentraciones un instrumento para conseguir otros objetivos distintos del mantenimiento de la competencia.

⁴ Decisión de la Comisión de 12 de noviembre de 1992, M. 222.

Por todo ello, en España debería de aplicarse el *test* de la dominancia, ya que plantea ventajas desde el punto de vista del mantenimiento de la competencia y permitiría la alineación con el sistema comunitario y con el de algunos otros Estados miembros, lo cual aporta seguridad jurídica e igualdad de trato para las empresas, máxime teniendo en cuenta que los casos en los que la Comisión Europea remite notificaciones a las autoridades nacionales de competencia en virtud del Reglamento de Concentraciones comunitario es cada vez mayor.

De esta forma, se conseguiría una mayor uniformidad en la toma de decisiones de las operaciones de concentración de las autoridades de competencias comunitarias y españolas, lo que sin duda redundaría en ventajas para las empresas españolas con actividad en varios países de la Unión Europea.

IV. – Planteamiento de medidas aconsejables para una mejora del funcionamiento del sistema de autorizaciones de fusiones y concentraciones empresariales en España.

Teniendo en cuenta todos los aspectos mencionados, sería deseable que se operase una reforma en el sistema español de control de concentraciones que redujese al mínimo la intervención política en la toma de decisiones sobre autorización, imposición de condiciones o prohibición de concentraciones y que consecuentemente, se otorgase **un mayor protagonismo al Tribunal de Defensa de la Competencia** en las decisiones finales.

Por otro lado, un papel preeminente del Tribunal de Defensa de la Competencia en la toma de decisiones en el proceso de control de concentraciones permitiría dotar al procedimiento de mayor transparencia, con

las ganancias en predictibilidad sobre el contenido de las decisiones que ello implica.

En primer lugar, debería eliminarse al máximo la intervención de órganos políticos en las decisiones de autorización, imposición de condiciones o prohibición de operaciones de concentración, ya que al reducirse la interferencia en los criterios de valoración, también se disminuyen los riesgos que ello implica para la predictibilidad del contenido de las decisiones y para el mantenimiento de una competencia efectiva.

Los riesgos de que sea una autoridad política la encargada de autorizar, condicionar o prohibir operaciones de concentración son considerables. En este sentido, sería aconsejable que el Tribunal de Defensa de la Competencia fuese el único órgano con atribuciones decisorias en materia de control de concentraciones, aunque se mantuviese la competencia del Consejo de Ministros en casos excepcionales como ocurre en el caso de la República Federal de Alemania, en el que la intervención del Ministro Federal de Economía se produce para tener en cuenta si de la operación concreta se derivan ventajas para la economía en su conjunto que contrarrestan los efectos anticompetitivos de la operación o, si la concentración está justificada por un interés público primordial, que el citado Ministro debe explicitar, pero en ningún caso para reconsiderar o modificar los criterios de política de competencia aplicados por el *Bundeskartellamt*.

Este mayor peso del Tribunal de Defensa de la Competencia debería producirse a través de tres canales fundamentales. Primero, la asignación de un mayor presupuesto que le permita realizar mayores y mejores proyectos ya que en la actualidad los medios no son los suficientes para afrontar la complejidad del tema en procesos que se prolongan mucho más tiempo del conveniente. Segundo, la ostentación de un mayor poder y autonomía en cuanto a la toma de sus

decisiones pudiendo en muchos casos emitir informes vinculantes que insuflen una mayor seguridad a las compañías y; tercero una mayor profesionalización del Tribunal con la que se incremente su independencia de los órganos políticos en los dictámenes de modo que se fomente una mayor transparencia en “las reglas del juego”, aunque manteniendo la competencia del Gobierno para determinar la conveniencia de si en los casos de concentración se derivan suficientes ventajas para la economía en su conjunto, como para contrarrestar los efectos negativos para la competencia que la operación específica pudiera tener.

Otra de las preocupaciones más importantes que se debería afrontar, dadas las repercusiones que ocasiona, es la posible **utilización de los órganos reguladores por parte de las compañías** que denuncian en “fraude de ley” con el único objetivo de erosionar la competencia. Es lo que se ha dado en llamar “la captura del regulador” que consiste en que los órganos de defensa de la competencia tienden a ser “capturados” por los intereses de aquellos a quién tienen que “controlar” para preservar el orden competitivo. El modo es la interposición de una demanda que conlleva unos costes económicos y temporales muy importantes para la compañía denunciada que se ve desgastada por el proceso y en ningún momento se la compensa en caso de que quede demostrada la total improcedencia de dicha demanda. Así pues, se puede dar la paradoja de que una empresa multinacional interponga una demanda denunciando la posición de dominio de una compañía nacional que cuenta con unos recursos infinitamente menores con el único objetivo de someterla a un proceso de “desgaste”, con lo que en lugar de velar por la competencia se consigue el efecto contrario. El que inicie una denuncia, debería de tener algún coste indemnizatorio en el caso de que la denuncia al Tribunal de Defensa de la Competencia, no prosperase.

Este riesgo es mucho mayor en un escenario en el cual la defensa de la competencia se fragmenta territorialmente lo que permite una actuación y una

presión mucho más fuerte de los distintos grupos de interés sobre los Tribunales de Defensa de la Competencia.

Un problema que se plantea en nuestro país, como resultado de la existencia de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre competencias autonómicas, es la inevitable creación de **diecisiete Servicios de la Competencia, uno por cada Comunidad Autónoma** que, aunque no tienen competencias en materia de fusiones y adquisiciones si que pueden emitir informes sobre las mismas. En efecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, que reconoce ciertas funciones a las Comunidades Autónomas (CCAA) en materia de defensa de competencia, ha abierto la puerta a la descentralización de esa política en España; la posterior aprobación de la *Ley 1/2002 de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia* ha permitido ya que algunas CCAA hayan constituido sus organismos de competencia, empezando a asumir funciones en este ámbito.

Este proceso de descentralización tiene lugar en un contexto de madurez de la política de defensa de la competencia en España. En los últimos años, la competencia -y su defensa- ha aumentado su importancia como objetivo político, así como su peso como instrumento de la política económica. Paralelamente ha habido un refuerzo del marco normativo y de los medios puestos al servicio de dicha política: entre 1995 y 2002 el personal adscrito al Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) y al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) ha pasado de 103 a 140 personas. Durante este tiempo, además, se ha creado la Comisión Nacional de la Energía (153 personas) y la Comisión para el Mercado de Telecomunicaciones (99 personas), que dedican parte de su actividad a promover la competencia en sus respectivos sectores. A modo de comparación, téngase en cuenta que en Alemania, para una economía que es más del doble que la española, el Bundeskartellamt (BKA, que realiza las funciones del SDC, del TDC y de parte de la CNE) cuenta con un total de 260 personas.

La descentralización que ahora se inicia afecta a un ámbito particular de la política de defensa de la competencia: el de las llamadas prácticas restrictivas, donde Estado y CCAA comparten competencias ejecutivas. En cambio, en materia de fusiones y de ayudas públicas, las competencias de ejecución corresponden exclusivamente al Estado.

El modelo de descentralización que se está siguiendo en España, es similar al alemán, pero difiere en que, en algunos casos, las Comunidades Autónomas están optando, ya desde el principio, por estructuras más ambiciosas, tanto en lo que se refiere a su organización como a los medios de que disponen. La constitución de Tribunales de Defensa de la Competencia independientes del poder local puede ser una ocasión para hacer una labor de promoción de la competencia y de propuesta de nuevas actuaciones en ámbitos donde hasta ahora las autoridades centrales no han podido o querido entrar y que, sin embargo, es conocido que presentan problemas crecientes de competencia: empresas públicas locales, regulación de horarios comerciales, regulación de grandes superficies, etc. De su capacidad de incidir en estos ámbitos dependerá en gran medida, finalmente, la credibilidad y la evaluación que quepa hacer de estos nuevos órganos.

En definitiva, el proceso de descentralización que ahora se inicia en España puede tomar prestadas lecciones interesantes de la experiencia comparada, pero también habrá que atender a factores idiosincráticos para ir definiendo el “modelo español”. Para ello hará falta tiempo, pero en todo caso, es imprescindible que, ya desde el principio, exista una voluntad de respeto y colaboración entre las autoridades centrales y las nuevas autoridades autonómicas, en la que se anteponga el interés general de la competencia. Sólo así será posible aprovechar las ventajas y la oportunidad que ofrece el proceso de descentralización en aras a construir un sistema de defensa de la competencia más eficiente y que responda mejor a las demandas y las necesidades de los distintos agentes económicos.

Sería básico intentar evitar las consecuencias negativas que puede tener el establecimiento de estos Servicios, en especial con el criterio de “obstaculización significativa de la competencia” que rige el ordenamiento español y que permite un alto grado de discrecionalidad en cuanto a la toma de decisiones. Esto es fundamental si se pretende preservar uno de los principales instrumentos que garantizan la correcta asignación de los recursos en cualquier economía: la unidad de mercado. Por lo tanto, se trataría de conseguir que esta nueva iniciativa de los Servicios Autonómicos de la Competencia y en su caso los “Tribunales de Competencia Autonómicos”, no frene, ni distorsione el resultado en cuanto a la competitividad de las empresas a través de informes que pudieran incidir en la toma de decisiones. En este sentido sería necesaria la coordinación entre los órganos centrales y autonómicos de defensa de la competencia, y para ello es recomendable que el Consejo de Defensa de la Competencia haga un seguimiento de la política de defensa de la competencia por parte de las distintas administraciones públicas y elabore una memoria anual que recoja todos los hechos relevantes y, reiterar, que los Tribunales Autonómicos de Defensa de la Competencia deberían gozar formal y materialmente de plena independencia respecto al poder político para evitar el uso político de los nuevos órganos autonómicos de defensa de la competencia.

Por último sería de vital importancia, dada la finalidad que todos estos órganos reguladores tienen, la recuperación del espíritu de la defensa de la competencia en nuestro ordenamiento que debería centrarse en la **defensa de los intereses de los consumidores** puesto que demasiadas veces la defensa de la competencia se convierte en un fin en si misma olvidando que es sólo un medio para ofrecer a los consumidores precios más bajos y productos de mejor calidad

V. – Conclusión

En este proceso de control de las libertades de los mercados y el establecimiento de los mecanismos de regulación de los mismos, los principales protagonistas en este momento histórico deben de ser los individuos, ya como usuarios y por tanto sujetos pasivos de las decisiones, ya como integrantes de los órganos regulatorios y por tanto sujetos activos del proceso de ordenación.

En los últimos años han tenido lugar diferentes iniciativas que se han hecho eco del interés de muchos ciudadanos occidentales por unas empresas más comprometidas con su Sociedad. Al igual que el Buen Gobierno, se trata de un activo que en algunas compañías lleva gestionándose desde hace décadas. Es más, hay compañías que ya nacieron con una clara orientación hacia el bienestar de sus localidades de origen. Y ello a pesar de que en esos momentos el concepto de Responsabilidad Social Corporativa (RSC) no estaba definido – desgraciadamente, ahora tampoco lo está-. De alguna manera, ha habido emprendedores que se han adelantado a aquellos que creen que este es un invento o una moda del siglo XXI.

Aunque se está centrando en las actuaciones de las instituciones y empresas, este es un tema mucho más amplio. Como en toda democracia y economía de mercado debería suceder, su evolución depende en último término de las personas. Si estas no entienden que los esfuerzos necesarios para desarrollarla empiezan en ellos mismos –por ejemplo, respetando la propiedad intelectual o pagando más por instalaciones que contaminan menos- de nada sirve que las compañías presenten impecables balances medioambientales, laborales o de ayuda al desarrollo. Tan importante como la RSC es algo que podríamos denominar “*Responsabilidad Social Individual*” y que depende directamente de la Educación de las personas. Por eso, la política que debe

desarrollar este ámbito no puede caer en el populismo ni en la postura fácil que siempre conlleva el pedir a los demás –en este caso a las empresas- que se esfuercen por el interés común sin pedir al mismo tiempo que cada ciudadano asuma el sacrificio que tiene el vivir en un mundo mejor.

Que instituciones, empresas y personas compartan esta responsabilidad depende de 3 pilares: gestión empresarial, medios de comunicación y política.

Es bueno que las empresas introduzcan en su estrategia, en la medida de sus posibilidades, la RSC, con independencia de su tamaño, naturaleza o sector. Cuestión diferente es su gestión. En la mayoría de los casos no se hace uso del término RSC. Del mismo modo, algunas entidades que si lo hacen, únicamente se limitan a considerarla un coste y no una parte más de su estrategia empresarial.

El trabajo de los medios de comunicación es más complicado. Como ocurre en muchos otros ámbitos, desgraciadamente lo positivo no es lo que más periódicos vende. Además, subirse al carro de la defensa ciega del medio ambiente o del trabajador explotado siempre tiene un rédito muy superior a las posturas críticas que defienden que la mayor responsabilidad de una empresa es, cumpliendo la Ley al pie de la letra, ser rentable.

En el plano político existe un amplio consenso entre las principales fuerzas políticas sobre la necesidad de fomentar la responsabilidad social corporativa bajo el principio de voluntariedad y evitando medidas que puedan alterar la libre competencia a través de subvenciones. Partiendo de estos dos principios, la labor a realizar tiene mucho más de creativa que de reguladora. Se trata de buscar instrumentos que permitan difundir al máximo la importancia de estas actividades, que pongan de manifiesto el beneficio que tienen para la empresa en particular y para la ciudadanía en general y de facilitar que los principales agentes sociales –ONG's, Medios de Comunicación, Sindicatos- puedan acceder, analizar y opinar sobre ellas.

Hasta ahora, dadas las características que han dominado el modo y la forma en que han tenido lugar las relaciones económicas, las personas eran contempladas bien desde la perspectiva de potenciales consumidores cuya demanda de productos había que satisfacer, o bien como integrantes de una mano de obra cuyas aportaciones desde un punto de vista de rendimiento y coste tenían que ser gestionadas.

En la actualidad, sin embargo, y diría afortunadamente, si algo va a distinguir el nuevo paradigma es la redefinición y el mayor protagonismo del individuo. Este deja de ser tan sólo un factor de producción o un potencial demandante para empezar a ser contemplado desde una perspectiva más completa.

En un mundo global donde los productos y los recursos financieros circulan libremente y donde cada vez son más homogéneos y accesibles a todos, las nuevas bases de la competitividad se centran en la persona. Cada uno puede copiar, comprar u obtener por el procedimiento que sea un producto, su forma de elaborarlo, una tecnología determinada e incluso un modelo para diseñar una organización más eficientemente, pero si me limito a esta visión fragmentaria y mecanicista del funcionamiento de la economía, me olvidaré del factor que hace o marca las diferencias, de lo único, que hasta la fecha, nadie ha sido capaz de clonar: las habilidades y las características de las personas que han hecho posible el éxito y tomado las decisiones adecuadas.

Las personas van a ser las protagonistas del gran cambio que la globalización solo ha hecho que anunciar. La globalización ha actuado de catalizador, quitando o eliminando el velo con el que contemplábamos el anterior escenario de las relaciones económicas.

La nueva competitividad emergente tiene que ver con las personas que forman parte de nuestra organización, de sus relaciones, de como somos capaces de cubrir sus necesidades más allá del tradicional sistema de recompensa monetaria, de como satisfacemos sus aspiraciones y sus deseos de realización personal.

En este contexto, se ha puesto de manifiesto que la actitud de los individuos ha revitalizado, en una prueba durísima como han sido los atentados del 11 de marzo, su proyección social. Así, mientras que los atentados han causado a muchos ciudadanos, a nivel individual, un trauma difícil de superar, para el conjunto de la sociedad han sido una nueva prueba de la fortaleza de sus instituciones y de las personas que las componen. Aunque, por su proximidad a las elecciones generales, no han quedado fuera de las tensiones políticas propias de este tipo de procesos, actos como éste, han servido para demostrarnos a nosotros mismos y al resto del mundo que las infraestructuras, los mercados financieros, los sistemas de telecomunicaciones y la convivencia son, en la España del siglo XXI, capaces de resistir cualquier reto. Desde luego, tanto desde una óptica nacional como internacional se pueden hacer diversas interpretaciones de lo que ha sucedido en España estos últimos meses, pero nadie puede dudar de que las personas que integran las distintas las instituciones han estado por encima de la política y que han funcionado como deben hacerlo en los países más modernos del mundo. Esta fortaleza es una garantía de desarrollo económico inmediato y a largo plazo.

Desde esta perspectiva, el concepto de capital ya no está reservado para su connotación financiera e incluso va más allá de la tradicional idea de capital humano. Hoy en día se habla de capital humano e intelectual, inteligencia emocional que, al margen de modas y simplificaciones, supone un reto de naturaleza desconocida hasta la fecha. Ya nadie, o casi nadie, piensa que las emociones puedan dejarse aparcadas cuando uno se enfrenta a un acuerdo de cooperación o una negociación con un cliente, por poner algunos ejemplos. Todo

este capital emocional debe ser gestionado e incluso, me atrevería a decir que contabilizado, aunque todavía no seamos capaces de aportar una solución a este nuevo problema.

De la misma manera que cambia el papel de las personas, cambia el de las organizaciones. El liderazgo ha dejado de ser un aspecto que sólo unos pocos podían desarrollar. Los líderes lo ejercen como una vocación a los demás y obtienen su autoridad de abajo a arriba. Todos podemos ser líderes en nuestras propias habilidades. Las organizaciones que mejor sepan desarrollar estos aspectos van a ser las que mejor posicionadas van a estar en el futuro.

Por ello será de vital importancia la implicación de la persona y los principios con los que actúe, en la forma que vayan a regularse los mercados y como vaya a preservarse la competencia en los mismos, determinando las diferentes posiciones de dominio que puedan compaginar las libertades y derechos de los consumidores con el desarrollo de las corporaciones empresariales y la evolución de la sociedad.

Me gustaría finalizar con una frase de Séneca que dice “No es que las cosas sean difíciles que no nos decidimos a intervenir. Las cosas son difíciles porque no acabamos de decidirnos a intervenir.”