

# LA REFORMA DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN ESPAÑA: UN BALANCE PROVISIONAL

GERMÀ BEL Y MILAGROS ÁLVAREZ<sup>1</sup>

## Resumen

En este trabajo nos proponemos evaluar en qué medida los cambios propuestos en materia de control de concentraciones en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia logran efectivamente reforzar la independencia y mejorar el procedimiento de control de las concentraciones. No damos por sentado que el control de concentraciones ex –ante sea preferible al control ex –post, centrado en el abuso efectivo de posición dominante, puesto que este es un debate vivo en el ámbito de la economía. Por esto revisamos el análisis económico sobre concentraciones y la evidencia empírica sobre sus resultados. Esta revisión sugiere que algún tipo de control ex –ante es preferible a la ausencia de control.

Situados en este marco, nos centramos en la caracterización de los principales cambios propuestos en el Anteproyecto. En este sentido, llegamos a la conclusión de que se registran avances en materia de refuerzo de la independencia y de atribución de competencias a la Comisión Nacional de la Competencia: pero estos avances son ciertamente limitados. Incluso es posible que algunos aspectos del Anteproyecto provoquen un cierto retroceso respecto a la ‘experiencia acumulada’ mediante la aplicación de la legislación vigente. La tramitación parlamentaria del futuro proyecto de Ley de Defensa de la Competencia ofrecerá, sin duda, una ocasión magnífica para dar una solución satisfactoria a estas aparentes paradojas entre lo que se dice perseguir con la reforma y lo que efectivamente se desprende del texto elaborado.

## 1. Introducción

El Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia aprobado por el Consejo de Ministros el 10 de marzo de 2006 (Anteproyecto en adelante) propone una reforma del sistema español de defensa de la competencia. El proceso, aún en curso, para llevar a cabo esta reforma legislativa, comenzó con la presentación de un Libro Blanco<sup>2</sup> a principios del año 2005, después de una serie de consultas con expertos en diferentes vertientes de la materia. Este proceso de elaboración de la reforma ha sido considerado, de forma acertada, como “un modelo de cómo elaborar legislación con vocación de permanencia en el tiempo,”<sup>3</sup> habida cuenta del énfasis puesto en la participación y deliberación de diferentes sectores de expertos, tanto académicos como profesionales.

Los objetivos básicos del Anteproyecto son, de acuerdo con sus responsables institucionales, adecuar el modelo español a los cambios operados en el modelo comunitario, e incorporar la experiencia acumulada a través de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC en adelante) vigente, así como de la experiencia de nuestro entorno. Para ello, el Anteproyecto “modifica el marco

---

<sup>1</sup> Germà Bel es catedrático de Economía y Milagros Álvarez es profesora lectora de Derecho Internacional, ambos en la Universitat de Barcelona. Agradecemos los valiosos comentarios y sugerencias de Lluís Cases y de Julio Costas.

<sup>2</sup> Ministerio de Economía y Hacienda, *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia*. Madrid, 20 de enero de 2005.

<sup>3</sup> Martínez Lage, S., “Un buen modo de legislar”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 241, Enero/Abril 2006, p. 4.

institucional nacional con el fin de reforzar la independencia y la eficacia administrativa, introduce instrumentos reforzados para la lucha contra las conductas restrictivas y mejora el procedimiento de control de las concentraciones.”<sup>4</sup>

Por tanto, el reforzamiento de la independencia y la mejora del control de concentraciones se constituyen en dos de los propósitos que se enuncian como básicos de la reforma. En este trabajo nos proponemos evaluar en qué medida los cambios realizados en materia de control de concentraciones logran efectivamente reforzar la independencia y mejorar el procedimiento de control de las concentraciones. El término ‘mejorar el procedimiento’ es muy genérico y puede comprender muchos aspectos. En nuestro análisis nos centramos en las atribuciones en esta materia al órgano de defensa de la competencia (Comisión Nacional de la Competencia en adelante, de acuerdo con la terminología introducida en el Anteproyecto), y en la forma de articular la intervención del gobierno en el procedimiento. En este sentido, llegamos a la conclusión de que, si bien se producen algunos avances en materia de atribución de competencias a la Comisión Nacional de la Competencia, los avances son mucho más limitados de lo que sugería el contenido del Libro Blanco. En particular, es posible que en algunos aspectos el contenido del Anteproyecto, aunque mejore formalmente respecto de la letra de la LDC vigente, venga a provocar un cierto retroceso respecto a la ‘experiencia acumulada’ mediante su aplicación.

En lo que sigue el trabajo se estructura de la siguiente forma. En primer lugar se revisa el análisis económico de la concentración de empresas y la evidencia empírica sobre los resultados de la misma, y se extraen conclusiones útiles como criterios para el control de concentraciones. A continuación, se caracterizan los sistemas de control de concentraciones que pueden servir de marco de referencia (el de la Unión Europea) y de modelo de comparación (el de Alemania). Hecho esto, se revisan algunas de las principales novedades de la reforma en lo que es de nuestro interés, y se evalúan sus efectos en materia de independencia y atribuciones de la Comisión Nacional de la Competencia. Al final resumimos brevemente nuestras conclusiones principales.

## **2. Concentración de empresas: Análisis económico y evidencia empírica**

### *Concentraciones y análisis económico*

La búsqueda de ganancias de eficiencia es el primer argumento esgrimido al abordar la pregunta ¿para qué las concentraciones empresariales? A priori, los directivos de empresas tienen como objetivo básico la maximización de beneficios y el aumento de la riqueza de los accionistas. Mediante la concentración las empresas pueden perseguir la realización de diferentes tipos de mejoras de coste, que se pueden resumir como sigue:<sup>5</sup>

- Economías de escala: El logro de economías de escala implica la reducción de los costes de producción mediante el aumento de la cantidad producida, con productos homogéneos.

---

<sup>4</sup> Calviño, N., “El proceso de modernización de la política de competencia en España”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 241, Enero/Abril 2006, p. 5.

<sup>5</sup> Una discusión concisa y útil sobre las ganancias de eficiencia puede encontrarse en Calviño, N., “Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias en el análisis de las concentraciones empresariales”, en Cases, LL., ed. *Anuario de la Competencia 2002*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 68-75, y en Borrell, JR y Costas, A. “La política europea de control de concentraciones en entredicho: El caso Airtours/First Choice”, en Cases, LL., ed. *Anuario de la Competencia 2002*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 206-209.

- Economías de alcance: En este caso la reducción de los costes de producción se puede lograr mediante un aumento de la gama de productos producidos.
- Economías de transacción: Las empresas que sostienen relaciones comerciales caracterizadas por elevados costes de transacción pueden reducir costes mediante la concentración.

Esta sería la aproximación de tipo más técnico a la concentración empresarial, que se traduciría en un aumento de la eficiencia *productiva* de la empresa, que exige minimizar costes para un nivel dado de producción. Esto puede realizarse mediante una reorganización de la escala del proceso productivo, o mediante la sustitución del equipo directivo si se considera que este no ha sido suficientemente competente. Sin embargo, además de la eficiencia productiva o técnica importa la eficiencia *asignativa*, que es una característica de los mercados, e implica que el mercado sea capaz de satisfacer las necesidades de los consumidores a precios que reflejen los costes de producción de los bienes o servicios.<sup>6</sup> La pregunta relevante en este sentido es ¿se trasladarían los efectos de la eventual mejora de eficiencia técnica a los consumidores, provocando un aumento de eficiencia asignativa?

Pero la reducción de costes puede no ser la única vía por la que los directivos empresariales persigan la maximización de beneficios y el aumento del valor del accionista. De hecho, esto se puede conseguir también a través del aumento del poder de mercado de las compañías que se integran. En este caso, la concentración haría posible el abuso del poder de mercado logrado, con el subsiguiente deterioro de la competencia. Esta es la segunda de las familias de motivos para la concentración sugerida por Gugler, Mueller, Yurtoglu y Zulehner,<sup>7</sup> que compartiría objetivos con la primera, referida a la reducción de costes mediante la fusión.

La tercera familia de motivaciones se encontraría en la persecución por los directivos de objetivos diferentes a la maximización de beneficios, como por ejemplo el crecimiento de la empresa y la ganancia de poder personal. En este aspecto, pueden darse motivaciones ajenas a la reducción de costes como por ejemplo la construcción de ‘imperios empresariales’,<sup>8</sup> prevenir la fusión/absorción de la otra empresa por una tercera,<sup>9</sup> o la absorción de la propia empresa por una tercera, mediante el aumento de tamaño que se consigue con la concentración.

### *Concentraciones y evidencia empírica*

La evidencia empírica sobre los resultados económicos de las concentraciones se convierte en un verdadero rompecabezas. La evidencia anecdótica es paradójica; por ejemplo, la principal fusión industrial hasta ahora, DaimlerChrysler, ha registrado siempre resultados negativos desde 1998. Los primeros estudios robustos aparecen a partir de la década de los 1980s, y acostumbraban a encontrar que los precios de mercado de las acciones después de la concentración tendían a mostrar un

---

<sup>6</sup> Bel, G., “Política industrial”, en Callejon, M., Bel, G., Costa, M.T. y Segarra, A. *Economía industrial*, Civitas, Madrid, 2001.

<sup>7</sup> Gugler, K., Mueller, D.C., Yurtoglu, B.B. y Zulehner, C., “The effects of mergers: an international comparison”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 21, 2003, núm. 5, p. 626.

<sup>8</sup> Ravenscraft, D.J., y Scherer, F.M., “The profitability of mergers”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 7, 1989, núm. 1, p. 101.

<sup>9</sup> Fridolfsson, S-O, y Stennek, J. “Why mergers reduce profits and raise share prices – A theory of preemptive mergers”, *Journal of the European Economic Association*, vol. 3, 2005, núm 5, p. 1083.

comportamiento neutral o ligeramente negativo,<sup>10</sup> y que quienes venden la empresa consiguen hacerse con una gran parte del aumento de las ganancias que puedan derivarse de la concentración.<sup>11</sup> Por otra parte, en su estudio de resultados de las principales fusiones en Estados Unidos en las décadas de los 1950s hasta los 1980s, Porter encuentra que más de la mitad de las principales empresas fusionadas se desprendieron de activos con posterioridad a la fusión.<sup>12</sup> Aún en este ámbito de los estudios iniciales, Ravenscraft y Scherer encuentran que los ingresos operativos como porcentaje de los activos son inferiores en empresas fusionadas, y que nada indica que, en promedio, las concentraciones tengan como resultado un aumento de la eficiencia.<sup>13</sup>

Los resultados aparentemente paradójicos de muchas concentraciones han provocado la emergencia de cada vez más y mejores análisis empíricos sobre sus resultados. Especialmente interesante parece el de Gugler, Mueller, Yurtoglu y Zulehner. Estos autores, como se ha mencionado más arriba, distinguen entre tres familias de hipótesis sobre motivaciones de la concentración empresarial: (1) aumento de la eficiencia para maximizar beneficios y valor para los accionistas, (2) aumento del poder de mercado para maximizar beneficios y valor para los accionistas, y (3) objetivos propios de los directivos, como el aumento *per se* del tamaño de la empresa o el ‘orgullo arrogante’.<sup>14</sup>

En su análisis empírico, estos autores proponen contrastar como la concurrencia de situaciones de aumento (disminución) de beneficios y de aumento (disminución) de ventas en la post-concentración ofrecerían información retrospectiva sobre los objetivos reales de la operación. Sus resultados indican que casi la mitad de las fusiones, el 43% (base mundial), registraron menor rentabilidad que empresas comparables sin fusión. La situación de aumento de beneficios con disminución de ventas (indicativa del aumento de poder de mercado) se daba en el 28% de las fusiones, porcentaje similar al 29% de fusiones que registraban un aumento simultáneo de ventas y de beneficios (indicativo de mejora de la eficiencia). Es interesante destacar, por último, que el 28% de las fusiones registraban en la post-concentración tanto una disminución de las ventas como una disminución de los beneficios (situación indicativa de la reducción de eficiencia).<sup>15</sup>

#### *Control de concentraciones: ¿Eficiencia versus competencia?*

La evidencia empírica sobre el resultado de las fusiones muestra que no existe un efecto regular de las mismas. La existencia de resultados que sugieren el logro de aumentos de eficiencia y su traslado a la sociedad es compatible con la gran relevancia de los resultados que indican el logro de posiciones de poder de mercado y la restricción de la competencia. Por tanto, queda sin una contestación clara la principal cuestión relevante de cara a evaluar la conveniencia del control de concentraciones *ex-ante*: ¿Son los fundamentos de la concentración técnicos o estratégicos? En unas ocasiones, técnicos; en otras estratégicos; en unas terceras se combinan ambos tipos de fundamentos; y en otras últimas no existe un fundamento claro diferente a objetivos específicos de los directivos.

Esto no permite resolver de una forma drástica la contraposición convencional entre (a) las tendencias intervencionistas en control de concentraciones procedentes de la época del consenso regulador,

---

<sup>10</sup> Porter, M. E. “From competitive advantage to corporate strategy”, *Harvard Business Review*, May 1987, p. 45.

<sup>11</sup> Jensen, M.C. y Ruback, R. S. “The market for corporate control: The scientific evidence”, *Journal of Financial Economics*, vol. 11, 1983, núm. 1-4, p. 5.

<sup>12</sup> Porter, *op. cit.*, p. 48.

<sup>13</sup> Ravenscraft y Scherer, *op. cit.*, p. 104 y p. 116.

<sup>14</sup> Gugler, Mueller, Yurtoglu y Zulehner, *op. cit.*, p. 626.

<sup>15</sup> Gugler, Mueller, Yurtoglu y Zulehner, *op. cit.*, p. 650.

derivados del enfoque de la Escuela de Harvard con su esquema de estructura-conducta-resultados, y (b) las propuestas de minimizar el control ex –ante y enfatizar el control ex –post realizadas a partir del enfoque de la Escuela de Chicago, con su esquema resultados-conducta-fundamentos, que postula esperar a los resultados para analizar los fundamentos de la concentración.<sup>16</sup>

Por una parte, es cierto que el esquema convencional estructura-conducta-resultados había llevado a un grado extremadamente intenso de intervención. Pero, por otra parte, la evidencia empírica disponible, especialmente la más reciente y robusta, analiza los resultados, a partir de los cuales deduce conductas e infiere motivaciones. Y el resultado que obtiene es que un porcentaje muy elevado de las concentraciones persiguen básicamente el aumento del poder de mercado. Por esto, la propuesta de la Escuela de Chicago, esperar-ver-(y eventualmente) actuar, incorpora unos grados de riesgo muy elevado. Porque es muy probable que los principales resultados derivados del abuso de poder de mercado sean complejos de resolver sólo con controles ex –post. Además, una vez se ha consolidado la nueva estructura empresarial, es muy fácil que entren en pleno funcionamiento factores como la existencia de asimetrías de información entre regulador y regulado o la captura técnica del regulador. Precisamente, la Escuela de Chicago ha mostrado con maestría como estos factores pueden menoscabar la acción de los reguladores y deteriorar los efectos de la regulación.<sup>17</sup>

En suma, el análisis económico y la evidencia empírica en materia de concentraciones invitan a eludir (1) tanto el intervencionismo extremo, por los perjuicios en materia de mejoras de eficiencia que puede provocar, como (2) la desregulación total de las concentraciones, por los perjuicios en materia de bienestar social y excedente del consumidor que puede originar, además de los grandes riesgos que implica depositar toda la confianza en el control ex –post.

Por tanto, parece pertinente mantener esquemas de control ex –ante de las concentraciones. Estos controles deben estar articulados a partir de la agilidad administrativa, y del énfasis en los efectos sobre la competencia para fundamentar la decisión en la materia. Se corresponde con esto la atribución de las decisiones en materia de concentraciones a organismos específicos, cuyo objetivo prioritario sea la defensa de la competencia y cuya actuación esté sujeta a reglas claras. En consecuencia, es adecuado que estos organismos sean independientes de los gobiernos, pues estos son, por su propia naturaleza, agencias multi-objetivo y caracterizadas por la discrecionalidad.

### **3. Control de concentraciones en nuestro entorno: La Unión Europea como marco y Alemania como referente.**

El régimen español de control de las concentraciones de empresas debe conformarse a las exigencias que, en su caso, se deriven de la normativa comunitaria en la materia. Paralelamente, la estructura territorial de nuestro Estado y el reparto constitucional de competencias entre administraciones central y autonómicas, aconsejan un análisis comparativo del modelo que se inserta en el Anteproyecto de Ley

---

<sup>16</sup> Una interesante contraposición entre los enfoques de Harvard y de Chicago puede encontrarse en Borrell y Costas, *op. cit.*, pp. 206-208. Esta contraposición es parte del conflicto más general y global sobre la intervención pública en los mercados que enfrenta a las teorías del interés público y a las teorías del interés privado, cuyas características más generales pueden encontrarse en Bel, G. “Privatización y desregulación: Cuando la liberalización no basta para aumentar la competencia”, en Bel, G., ed., *Privatización, desregulación y ¿competencia?* Civitas, Madrid, 1996, pp. 18-20.

<sup>17</sup> Ver, por ejemplo, el trabajo seminal de Stigler, G., “The theory of economic regulation”, *Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, 1971, núm. 1.

de Defensa de la Competencia con los sistemas utilizados en Estados federales de nuestro entorno; entre ellos el modelo alemán se revela especialmente idóneo por razón de las semejanzas territoriales entre ambos Estados y, muy especialmente, por la solidez y continuidad de su aplicación. En ambos casos, además, se opta por modelos de control ex -ante coherentes con las conclusiones que se desprenden del análisis económico y la evidencia empírica mostradas en el apartado anterior.

*La normativa comunitaria en materia de concentraciones: límites a los sistemas nacionales.*

Nuestro interés en la normativa comunitaria en materia de concentraciones se circunscribe a los posibles límites que de ella se deriven para el ejercicio de las competencias de control por parte de las autoridades nacionales y en sus obligaciones de relación con las autoridades comunitarias.<sup>18</sup> Remitiéndonos por tanto a los numerosos trabajos sobre esta normativa para un estudio detallado del régimen comunitario en materia de concentraciones,<sup>19</sup> debemos iniciar nuestro análisis con tres observaciones generales de importancia:

- Primero, la normativa comunitaria no impone a los Estados cuáles deben ser sus criterios, procedimientos o instituciones para el control de las concentraciones de empresas.
- Segundo, la política comunitaria en la materia se rige por el principio de atribución de competencias: las autoridades comunitarias sólo serán competentes para el control de las concentraciones que, por razón de su dimensión comunitaria, así se les atribuya expresamente.
- Tercero, el deber de cooperación leal con las Comunidades Europeas que pesa sobre los Estados miembros (artículo 10 del TCE) impone a las autoridades nacionales de competencia una obligación general de colaboración con las instancias comunitarias cuyo objetivo es facilitar la efectiva aplicación en territorio comunitario de, en este caso, el derecho comunitario en materia de concentraciones.

Sobre estas premisas, el régimen comunitario tiene como principal efecto sustraer de la competencia estatal las operaciones de concentración de dimensión comunitaria. Dimensión que se determina, primariamente, en virtud del volumen de negocios de las empresas participantes y, por tanto, atendiendo a un criterio cuantitativo que facilita la determinación del reparto de competencias estatal/comunitaria en materia de control de concentraciones.<sup>20</sup> En otros dos supuestos puede la

---

<sup>18</sup> El régimen comunitario, que se remonta a finales de los 1980s, ha sido objeto de reforma recientemente. El régimen vigente se contiene en el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L n° 24, 29.01.2004, p. 1-22), y se completa con diversas comunicaciones de la Comisión Europea mediante las que esta publicita su interpretación y criterios de aplicación de aspectos centrales del Reglamento.

<sup>19</sup> Específicamente en esta revista, vid. Martínez Lage, S., “El nuevo Reglamento comunitario sobre el control de concentraciones”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n° 229, Enero/Febrero 2004, p. 3-13; Pascual Vicente, J., “Nueva política europea de control de concentraciones: el Reglamento (CE) 139/2004”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n° 231, Mayo/Junio 2004, p. 57-70, y Blanquez Palasí, L., “La noción de efectos unilaterales en el Reglamento comunitario 139/2004 de control de concentraciones y en las Directrices sobre evaluación de las concentraciones horizontales: Especial atención a los asuntos GE/Instrumentarium y Oracle/Peoplesoft”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n° 238, Julio/Agosto 2005, p. 40-55.

<sup>20</sup> El artículo 1 del Reglamento (CE) 139/2004 precisa los umbrales en consideración estableciendo distintas combinaciones del volumen de negocios total de las empresas participantes a escala mundial, a escala comunitaria y en al menos tres Estados miembros.

Comisión convertirse en la institución competente para controlar una concentración, aunque ésta carezca de dimensión comunitaria.

Primero, los participantes en una concentración susceptible de ser analizada en virtud de la normativa nacional de al menos tres Estados miembros pueden solicitar a la Comisión que sea ésta quien decida y adopte la decisión correspondiente (evaluando la concentración en virtud de los criterios sustantivos de derecho comunitario en la materia). Ahora bien, el desacuerdo de uno sólo de los Estados competentes para examinar la concentración impedirá la remisión del asunto a las instancias comunitarias.<sup>21</sup>

Segundo, uno o varios Estados miembros podrán solicitar a la Comisión que examine una concentración que, sin dimensión comunitaria, consideren que afecta al comercio entre Estados miembros y amenaza con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio de los solicitantes. Si la Comisión coincide en la valoración de los solicitantes, adoptará la decisión de examinar la concentración y, consecuentemente, los Estados que hubieran presentado la solicitud dejarán de aplicar a la concentración su normativa nacional en materia de competencia.<sup>22</sup> Pero ello no excluirá otras competencias estatales: los Estados miembros que no hayan participado en la solicitud inicial podrán aplicar su normativa nacional a la concentración si ésta entra en el ámbito de aplicación de la misma. El supuesto abre múltiples interrogantes jurídicos y económicos que no procede abordar en este momento. Quepa señalar, no obstante, que el artículo 19 del Reglamento (CE) regula con carácter general un mecanismo de colaboración de la Comisión con las autoridades nacionales, el cual se revela especialmente útil en estos supuestos pues diseña procedimientos específicos que deben permitir el oportuno cumplimiento del deber de colaboración leal con las instituciones comunitarias que pesa sobre los Estados, anteriormente señalado.

*El 'modelo alemán' para el control de concentraciones.*

La ley alemana de defensa de la competencia refleja fielmente la naturaleza federal de Alemania, tal y como se manifiesta en la definición de los órganos encargados de su aplicación, en el reparto de competencias entre esos órganos y en los mecanismos articulados para su funcionamiento.<sup>23</sup>

La nota característica de la estructura de aplicación de la ley alemana es su descentralización, tanto desde la perspectiva territorial como también por cuanto respecta al nivel federal: los órganos de aplicación de la ley son dos órganos federales (el *Bundeskartellamt* y el Ministro Federal de Economía) y las autoridades de los *länder* (*Landeskartellbehörden*). El sistema pivota, por tanto, en torno a un principio de organización federal que se completa con la creación de un órgano administrativo federal independiente, el *Bundeskartellamt*. Su papel central en el sistema alemán de competencia y, específicamente, en el ámbito material que nos ocupa, justifica una somera descripción de su diseño orgánico, el cual opera como auténtico mecanismo de garantía de su independencia.

El *Bundeskartellamt* se estructura en un Presidente, un Vicepresidente y las secciones decisorias,<sup>24</sup> encabezadas cada una de ellas por un Director. Su nombramiento corresponde al Presidente Federal, a

---

<sup>21</sup> Vid. Artículo 4.5 del Reglamento (CE) 139/2004.

<sup>22</sup> Vid. Artículo 22 del Reglamento (CE) 139/2004.

<sup>23</sup> La legislación alemana de protección de la libre competencia, que incluye el régimen de control de las concentraciones, se contiene en la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), adoptada en 1957 y modificada en diversas ocasiones posteriores, la última a través de la 7 *Kartellnovelle* que entró en vigor el 15 de julio de 2005. Para un análisis detallado del 'modelo alemán' vid. Cases Pallarés, L., *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

partir de la propuesta presentada por el Gobierno federal a iniciativa del Ministro de Economía. La posible influencia política en todos estos nombramientos se limita por una doble vía: los requisitos que debe reunir cualquier candidato y el carácter vitalicio del nombramiento.<sup>25</sup> El carácter vitalicio de los presidentes y vocales de las secciones decisorias se revela muy importante para la independencia de su acción, pues corresponde a cada una de las secciones decisorias adoptar las resoluciones de los expedientes de competencia, sin interferencia del Presidente ni del resto de secciones. Además, estas resoluciones se adoptan de forma colegiada siguiendo un procedimiento similar al de un tribunal.

En definitiva, la estructura del Bundeskartellamt evita la jerarquización y, por tanto, la concentración de poder, además de actuar como garantía de su independencia funcional. Esta independencia no significa la inexistencia de mecanismos que posibilitan la responsabilidad política de su acción administrativa. Junto a la participación del Ministro de Economía en el nombramiento de sus miembros y su competencia para establecer las secciones decisorias del Bundeskartellamt, ya señaladas, corresponde al Ministro dictar instrucciones generales para la aplicación de la ley, que vincularán al Bundeskartellamt, resolver los posibles conflictos entre este órgano y otras autoridades gubernamentales centrales y, también, puede hacer observaciones al informe general de actividad del Bundeskartellamt, aunque su destinatario en este caso es el Bundestag.<sup>26</sup>

Sobre este diseño institucional, la ley atribuye determinadas funciones y competencias a cada uno de esos órganos. Desde una perspectiva territorial, la naturaleza federal del Estado emerge en el criterio utilizado para esa atribución: las Landeskartellbehörden son competentes en todo aquello que expresamente no se haya atribuido al Bundeskartellamt o al Ministro Federal de Economía. Desde la perspectiva federal, la prevalencia competencial corresponde al órgano administrativo independiente, la Bundeskartellamt, pues la intervención del Ministro de Economía se limita a una lista cerrada de supuestos.

En materia de concentraciones, la ley alemana atribuye la competencia de control a la Bundeskartellamt y establece la obligación de notificar a este órgano las operaciones<sup>27</sup> cuyos participantes, conjuntamente, superen un determinado volumen de negocios o cuando uno de ellos tenga un volumen de negocios en el mercado alemán superior a un determinado umbral (artículo 35.1 GWB). Esta regla general cuanta con dos excepciones. Primero, cuando uno de los participantes en la concentración sea una empresa no dependiente<sup>28</sup> con un volumen mundial de negocios durante el último año comercial inferior a 10 millones de euros. Segundo, cuando se trata de un mercado en el que se han ofrecido bienes o servicios durante los últimos cinco años y el volumen de ventas durante el último año es inferior a 15 millones de

---

<sup>24</sup> Las secciones decisorias se organizan por sectores de la economía. Corresponde al Ministro de Economía Federal establecer las secciones decisorias en que se compone el Bundeskartellamt.

<sup>25</sup> En efecto, los miembros del Bundeskartellamt no pueden ser titulares, jefes o miembros de la Presidencia o del Consejo de Vigilancia de una empresa, cártel o asociación económica o profesional, los Directores de las secciones han de estar habilitados para el cargo de juez y el resto de los vocales de las secciones han de ser jueces o pertenecer a grados superiores de la jerarquía administrativa.

<sup>26</sup> El diseño institucional previsto por la ley alemana se completa con la *Monopolkommission*, órgano consultivo plenamente independiente de la administración federal y del Bundeskartellamt: físicamente ubicado fuera del Ministerio Federal de Economía, su presupuesto se adscribe al Ministerio del Interior, y está compuesto de cinco miembros nombrados por el Presidente de la República, a propuesta del Gobierno, entre expertos de reconocido y contrastado prestigio, sometidos además a un estricto régimen de incompatibilidades.

<sup>27</sup> La ley alemana define la concentración de empresas en términos muy amplios (artículo 37 GWB)

<sup>28</sup> La ley alemana define que se entiende por empresa no dependiente (artículo 36.2)

euros.<sup>29</sup> Además de éstas, la ley alemana excluye expresamente de su ámbito de aplicación las operaciones de concentración que sean competencia exclusiva de la Comisión Europea de conformidad con el derecho comunitario vigente (artículo 35.3 GWB).

Los expedientes en materia de concentraciones se tramitan, íntegramente, en el seno del Bundeskartellamt, desde la fase de instrucción hasta la decisión final. Ello no es óbice para la participación de las autoridades de los länder (art. 40.2.4 GWB). Antes de emitir su decisión, el Bundeskartellamt está obligado a posibilitar que las Landeskartellbehörden de los länder donde tengan su sede las empresas participantes manifiesten sus consideraciones con relación a la concentración. Se trata de un mecanismo de audiencia que no convierte a los länder en partes en el procedimiento, si bien les permite trasladar al órgano federal su posición respecto a la concentración proyectada.

Tras la tramitación del expediente oportuno, el Bundeskartellamt prohibirá la operación de fusión si de ella surge o se incrementa una posición mercado-dominante.<sup>30</sup> Por el contrario, no prohibirá la operación si las empresas participantes prueban que la unión reportará también mejoras en las condiciones de la competencia, y que esas mejoras superan a las desventajas del predominio en el mercado (artículo 36.1 GWB).

La competencia exclusiva del Bundeskartellamt en materia de concentraciones no es absoluta pues está prevista la intervención del Ministro Federal de Economía: en determinados casos, el Ministro puede autorizar una concentración previamente denegada por el Bundeskartellamt. El mecanismo se articula como una solicitud que deben presentar las empresas participantes en el plazo de un mes a partir de la notificación de la decisión del Bundeskartellamt.<sup>31</sup> La decisión ministerial está sometida a requisitos procedimentales y sustantivos. El Ministro adoptará su decisión en un plazo no superior a cuatro meses desde la fecha de solicitud pero, previamente, está obligado a permitir que los Landeskartellbehörden en donde tengan su sede las empresas afectadas expresen su posición u observaciones (artículo 42.4 GWB).<sup>32</sup>

En términos sustantivos, el Ministro podrá autorizar la concentración cuando, en el caso específico, la limitación de la competencia esté compensada por las ventajas que para la economía general se derivan de la concentración, o bien ésta esté justificada por algún destacado interés público; a tal efecto habrá de tener en cuenta también la competitividad de las empresas participantes en los mercados de fuera del ámbito de vigencia de la ley alemana (artículo 42.1 GWB). Por consiguiente, la decisión del Ministro en ningún caso cuestiona la fundamentación del órgano administrativo, ya que realizará un análisis más amplio que el realizado por el Bundeskartellamt.<sup>33</sup> Sin duda, los conceptos de “ventajas para la economía general” y “destacado interés general” son conceptos jurídicos indeterminados que en cierta medida pueden funcionar como cláusulas generales habilitantes de la facultad del Ministro. Pero incluso así no se trataría de una habilitación ilimitada: la ley establece un límite a la capacidad de decisión del Ministro, pues éste no podrá autorizar concentraciones en las que la magnitud de la limitación de la

---

<sup>29</sup> Cuando se trata de concentraciones que restringen la competencia en el mercado de la publicidad, producción o distribución de periódicos o revistas presentan ciertas especificidades.

<sup>30</sup> La Ley enuncia los criterios para el cálculo del volumen de negocios y las cuotas de mercado de los participantes en una concentración. (artículo 38).

<sup>31</sup> Si la decisión del Bundeskartellamt había sido impugnada judicialmente, el plazo de un mes empieza a contarse desde la fecha en que la decisión del Bundeskartellamt es ya firme (artículo 42.3 GWB).

<sup>32</sup> Cases Pallarés, L. *op. cit.*; estas precisiones u observaciones “son uno de los parámetros en que el BMW fundamenta su posición” (p. 692). También deberá solicitar informe a la Monopolkommission, cuyo informe aunque sea preceptivo carece de efectos vinculantes.

<sup>33</sup> Cases Pallarés, L., *op. cit.*, p. 666.

competencia ponga en peligro el sistema de economía de mercado (artículo 42.1 GWB). Cabe señalar, por último, que el Ministro puede incluir condiciones y obligaciones en su autorización, así como revocarla y modificarla si se producen determinadas circunstancias (art. 40.2 GWB).

#### **4. Principales novedades de la reforma con implicaciones sobre el control de concentraciones y evaluación de sus implicaciones.**

*(Algunas de las) <sup>34</sup> Principales novedades*

a) En la actualidad, la instrucción está situada en el Servicio de Defensa de la Competencia, unidad integrada orgánicamente en el Ministerio de Economía y Hacienda, mientras que la resolución se sitúa en el Tribunal de Defensa de la Competencia. Este esquema es sustituido por el de un órgano que integra en su seno las funciones de instrucción y resolución, aunque manteniendo separados ambos desempeños. Así, la instrucción es realizada por la Dirección de Investigación, mientras que la resolución es adoptada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

En la Ley de Defensa de la Competencia vigente el Servicio de Defensa de la Competencia analiza la concentración notificada y eleva propuesta de actuación al Ministro de Economía y Hacienda, quien decide si remite o no la concentración al Tribunal de Defensa de la Competencia. En cambio el artículo 9 del Anteproyecto establece que las concentraciones sujetas a procedimiento de control deberán notificarse a la Comisión Nacional de Competencia previamente a su ejecución. Recibida en forma la notificación, la Dirección de investigación formará expediente y elaborará informe confidencial (Anteproyecto, artículo 59.1).

b) Con la legislación vigente, el Tribunal de Defensa de la Competencia emite un dictamen no vinculante. La decisión corresponde al Consejo de Ministros, que debe motivar debidamente las decisiones que se aparten del dictamen del TDC. El Anteproyecto establece la competencia de la Comisión Nacional de la Competencia, y su resolución de autorización es ejecutiva (Artículo 60).

c) El Anteproyecto establece que en el caso de que la Comisión Nacional de la Competencia haya decidido prohibir la concentración o someterla a condiciones, el Ministro de Economía y Hacienda podrá resolver elevar la concentración al Consejo de Ministros por razones de interés general. En estos casos, el Consejo de Ministros, según dispone el artículo 62.3.b, podrá acordar autorizar la concentración, con o sin condiciones. Dicho acuerdo deberá estar debidamente motivado en razones de interés general distintas de la defensa de la competencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10. Es interesante, por tanto, observar la detallada relación de criterios de interés general que podrán guiar la valoración del Consejo de Ministros que se establecen el artículo 10.3:

- a) Defensa nacional
- b) protección de la seguridad o salud públicas
- c) protección de los derechos o libertades constitucionales
- d) libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio nacional.
- e) unidad del mercado nacional y equilibrio territorial

---

<sup>34</sup> En este trabajo centramos nuestra atención en las cuestiones referidas al refuerzo de la independencia y a la atribución de competencias a la Comisión Nacional de la Competencia. Por ello, no nos detenemos en otros aspectos de la reforma que afectan concentraciones, pero que escapan a nuestro interés. Algunos merecen valoración muy positiva, como la simplificación de la tramitación en los supuestos de procedimiento abreviado.

- f) protección del medio ambiente.
- g) políticas sociales
- h) protección del pluralismo informativo.
- i) promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos.
- j) garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de regulación sectorial.

### *Evaluación*

a) Con carácter general, se logra un incremento de la independencia de la Comisión Nacional de la Competencia como consecuencia de la integración de la instrucción en su seno. Este refuerzo de la independencia merece una consideración positiva, pues supone un avance que pone el sistema español más cerca del alemán.

No obstante, una circunstancia empaña claramente la evaluación positiva: según dispone el artículo 31.4 del Anteproyecto, el Director de Investigación es nombrado por el Gobierno. El hecho de que el gobierno mantenga en su mano la potestad del nombramiento del Director de Investigación es un factor que distorsiona el refuerzo de la independencia que dice perseguir el Anteproyecto. Además, este extremo no estaba previsto en el Libro Blanco,<sup>35</sup> por lo que supone un empeoramiento relativo respecto a las previsiones de éste. Sin duda, esto podría facilitar a un futuro gobierno poco respetuoso con la independencia de la Comisión controlar a la misma “desde dentro”, dadas las amplias competencias del Director de Investigación. Sería bueno eliminar este riesgo futuro, dejando en manos de la propia Comisión Nacional el nombramiento del Director de Investigación.

b) Con carácter general se incrementan las atribuciones del organismo de defensa de la competencia por las facultades de autorización. Esta evaluación positiva es incondicional, pues la decisión de autorización realizada por la Comisión es resolutoria, y esto supone un cambio importante y positivo respecto de la situación actual. En este sentido la reforma propuesta se alinea con el referente alemán.

c) No parece tan claro que aumenten realmente las atribuciones de la Comisión en el caso de prohibiciones o autorizaciones condicionadas, decisiones estas que son habituales en mercados con barreras de entrada de carácter regulatorio o legales. El prolijo listado de criterios de interés general que permiten justificar una decisión contraria a la de la Comisión Nacional es excesivo, tanto a la vista de las condiciones mucho más limitativas establecidas en Alemania, como incluso con respecto a la ya demasiado extensa lista que se había sugerido en el Libro Blanco.<sup>36</sup>

Es difícil reconocer tantos objetivos y prioridades en la política económica como los desplegados en el artículo 10.3. De hecho existen redundancias apreciables. Así, por ejemplo, en la letra d) se menciona la libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio nacional, mientras que en la letra e) se menciona la unidad del mercado nacional, concepto que no añade nada sustancial a lo dispuesto en la letra d). El resto de la letra e), el equilibrio territorial, como justificación para autorizar concentraciones que reduzcan la competencia evocan esas políticas añejas de subsidios cruzados instrumentalizados mediante monopolios legales, aún no totalmente superadas, que constituyen todo un paradigma de la ineficiencia económica, frente a otras fórmulas alternativas de financiar políticas de equilibrio territorial.

<sup>35</sup> El punto 83 en la página 35 del Libro Blanco trata de la Dirección de Investigación, y nada permite deducir de su contenido que el nombramiento del Director de Investigación vaya a ser competencia del gobierno.

<sup>36</sup> Vid. nota a pie número 141 en la página 74 del Libro Blanco: “Por ejemplo, garantía de los objetivos de la regulación sectorial, pluralismo informativo, protección del medio ambiente, libre circulación dentro del territorio nacional, productividad de la industria nacional, o progreso técnico”.

Valoraciones similares podrían realizarse de muchas otras de las letras del artículo 10.3, pero la limitación de espacio disponible lo desaconseja. En su conjunto, este artículo parece consecuencia de un proceso acumulativo de reservas a favor de la intervención del gobierno propuestas desde diferentes áreas gubernamentales en el proceso que va desde el Libro Blanco al Anteproyecto.

Las previsiones del Anteproyecto sobre criterios que el gobierno puede aducir para justificar la reversión de decisiones de la Comisión Nacional de la Competencia permiten en la práctica el libre albedrío del gobierno, pues en el artículo 10.3 cabe todo. En la práctica, esto podría llegar a suponer un paso atrás respecto a la situación actual, en la que la normativa de procedimiento administrativo exige la motivación de cualquier divergencia con respecto al informe-dictamen del TDC, exigencia reforzada por el Tribunal Supremo en su sentencia Prosegur-Blindados del Norte.<sup>37</sup>

Antes de dar por concluida esta sección es procedente hacer referencia a la ocasión perdida que supone el Anteproyecto para incorporar al sistema español la participación de los organismos autonómicos de defensa de la competencia en el proceso de control de concentraciones. En este sentido podría haberse seguido perfectamente la práctica alemana –moderada y razonable- que establece la audiencia a las autoridades regionales durante el procedimiento en el Bundeskartellamt y, de nuevo, antes que el Ministro de Economía federal autorice una operación de concentración prohibida por el Bundeskartellamt.<sup>38</sup>

## 5. Conclusiones

Las previsiones en materia de control de concentraciones que contiene el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia aprobado por el gobierno el 10 de marzo pasado constituyen un avance en materia de independencia y de atribución de competencia, dada la relevancia que se le da al nuevo órgano, la Comisión Nacional de la Competencia. Sin embargo, el avance es más limitado de lo que habría sido deseable, y de lo que permitía prever el contenido del Libro Blanco.

Dos factores, entre otros, tienen un carácter manifiestamente mejorable. Por una parte, la previsión de nombramiento del Director de Investigación por el gobierno condiciona el grado de refuerzo de la independencia de la Comisión de Defensa de la Competencia. En este sentido, sería deseable que se situara en la propia Comisión esa potestad.

Por otra parte, se ha apreciado que es muy excesivo el listado de criterios que puede aducir el gobierno para revertir decisiones de prohibición adoptadas por la Comisión. Este exhaustivo listado concede un grado de discrecionalidad tan elevado a la intervención del gobierno que, en la práctica, puede limitar la capacidad real de decisión de la Comisión a la autorización de la concentración. En este sentido, una reducción de los criterios que asegure el carácter excepcional y limitado de la intervención gubernamental sería muy beneficiosa para la mejora del funcionamiento de la competencia en España.

Por todo ello, la tramitación en las Cortes de la propuesta de reforma puede ser una ocasión magnífica para modificar estos aspectos y asegurar que el resultado final de la reforma es consistente con el refuerzo de la independencia de la Comisión y la mejora del procedimiento del control de concentraciones.

---

<sup>37</sup> Vid. Punto 180 en la página 70 del Libro Blanco.

<sup>38</sup> Esta potestad, aunque no sugerida explícitamente para la reforma del modelo español, es reconocida en la página 22, nota a pie número 37, del Libro Blanco.