

CAPITULO DÉCIMO

LA TRANSICIÓN DEL MONOPOLIO A LA COMPETENCIA

- I. INTRODUCCIÓN: IMPORTANCIA DE LA TRANSICIÓN.
- II. TRANSICIÓN Y MODELOS DE INTRODUCCIÓN DE COMPETENCIA: VENTAJAS DE LAS REFORMAS GLOBALES.
- III. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA TRANSICIÓN.
- IV. LAS “GOLDEN SHARES”.
 1. El Reino Unido.
 2. Francia.
 3. España.
 4. Planteamiento de la cuestión en el Derecho Comunitario Europeo.
- V. LOS “COSTES DE TRANSICIÓN A LA COMPETENCIA”.
 1. Planteamiento de la cuestión
 2. Posición de la Comisión Europea
- VI. EL PROBLEMA DE LOS “CAMPOS DE JUEGO ASIMÉTRICOS. ANÁLISIS DE LA ADQUISICIÓN DE EMPRESAS PRIVADAS POR EMPRESAS PUBLICAS.

I. INTRODUCCIÓN: IMPORTANCIA DE LA TRANSICIÓN.

Los procesos de liberalización económica suponen una transformación sustancial de la regulación jurídica, y exigen cambios profundos de mentalidad y de comportamiento a todos los actores administrativos y económicos del sector en el que se realizan. Principios jurídicos elementales -como la seguridad jurídica o la irretroactividad de las normas- exigen que toda reforma jurídica importante otorgue un plazo suficiente de adaptación y de transición a las nuevas reglas de comportamiento. La existencia de un período de adaptación también es una exigencia ineludible en la política normativa, pues evitará la oposición frontal a los cambios y facilitará el consenso entre los diferentes intereses afectados si acierta a encontrar mecanismos de compensación que mitiguen o atenúen el siempre doloroso proceso de cambio para aquellos a los que inicialmente perjudica.

FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ señala que “cuando se acomete la liberalización de cualquier sector normalmente los efectos positivos se difunden en el conjunto de la economía (mayor eficiencia, mayor crecimiento, mayor empleo, etc.), mientras que los efectos negativos se concentran justamente en el sector que se liberaliza (reducción de empleo, fundamentalmente). De ahí que sea difícil convencer a la gente de las bondades de la liberalización cuando lo que está viendo es que la competencia está, por ejemplo, reduciendo puestos de trabajo en un sector determinado. El economista demuestra que los beneficios son superiores a los costes y que, en el largo plazo, todo el mundo sale ganando. Y ésta -la importancia otorgada al corto y al largo plazo- suele ser la auténtica diferencia entre el economista y el político: la importancia del tiempo. La virtud más importante de los políticos es la de acertar con el tiempo de hacer las cosas, con el ritmo de las reformas. Esta es una verdad general, pero en el caso de la introducción de competencia cuidar la transición no es solamente un elemento que la facilita sino que es probablemente donde se debe centrar especialmente la atención de los reformadores. Lo primero que hay que hacer es admitir que la competencia no sólo crea nuevas posibilidades sino que tiene también un efecto destructivo....”

“... Lo más interesante de la política de competencia y que la diferencia de otras políticas como, por ejemplo, las fiscales, es que, felizmente, la introducción de competencia no es un juego de suma cero, esto es, no se trata de una política en la que unos ganan lo que otros pierden. Como demuestran los economistas, todos pueden salir ganando si se introduce la competencia en un mercado. Pero si se introducen las políticas de liberalización y de introducción de competencia sin dar tiempo a que se vayan redistribuyendo esas ganancias, a que los agentes se vayan adecuando a la nueva situación, normalmente se genera una reacción en contra de estas políticas. Por el contrario, una aplicación gradual de los mecanismos de competencia permite un ajuste más suave y

aceptable. Pero es que, además, para conseguir la suavidad del proceso en cuanto a sus efectos individuales, no hace falta introducirla a un ritmo lento sino que se pueden buscar sistemas que empiecen a generar de inmediato efectos positivos en la eficiencia y a la vez se otorguen compensaciones a los que se ven dañados en el corto plazo puesto que, incluso pagando esas compensaciones, los consumidores pueden quedar mejor que sino hubiera competencia” (2000:49).

II. TRANSICIÓN Y MODELOS DE INTRODUCCIÓN DE COMPETENCIA: VENTAJAS DE LAS REFORMAS GLOBALES.

La transición de un modelo jurídico y económico a otro distinto puede confundirse con una cuestión diferente: la elección del modelo que se juzga más conveniente y que, por ello, debe elegirse; eso sí, estableciendo unos plazos y unos mecanismos adecuados de adaptación. En la elección de los posibles modelos de introducción de competencia, se estima con frecuencia que la adopción de reformas parciales permitirá mejor la adaptación. Sin embargo, la experiencia parece demostrar que entre el monopolio y la competencia no existen modelos reales intermedios.

El Informe de la OCDE (1997) sobre la reforma de la regulación adopta una posición clara a este respecto. Una reforma global debe apoyarse en un programa de actuación completo y transparente, concebido para alcanzar objetivos precisos con un calendario bien establecido. La aplicación de una reforma global no exige realizar de golpe todos los cambios: pueden establecerse estrategias sucesivas y medidas transitorias, con la condición de que la duración de su aplicación sea limitada y que las diferentes etapas y su sucesión queden claras. Una reforma global tiene las siguientes ventajas: sus efectos positivos se manifiestan más rápidamente, las partes afectadas quedan mejor advertidas sobre la necesidad de adaptarse y los intereses creados pierden argumentos para oponerse a los cambios, a la vez que en el plano político la reforma atrae más fácilmente la atención pública y suscita en su favor un mayor compromiso. La elaboración de un conjunto integrado de medidas de reforma ayuda de este modo a conciliar los objetivos perseguidos y los intereses sectoriales. Ahora bien, la realización de una reforma global también exige que se habiliten mecanismos eficaces para aplicarla y para evaluar su desarrollo, puesto que pueden presentarse efectos imprevistos a los que habrá que adaptarse y afrontar con flexibilidad.

Según el Informe de la OCDE, las reformas parciales están por lo general poco estructuradas y suelen tener efectos imprevistos. De ordinario, comienzan por las reformas más fáciles, aunque son las reformas difíciles las que producen efectos mayores. El resultado es el siguiente: los efectos beneficiosos tardan en producirse cuando no se

pierden por completo, los esfuerzos políticos necesarios para llevar a cabo el proceso se agotan rápidamente y la reforma resiste mal los embates de los intereses establecidos para dificultar o retrasar su realización. Además, resulta prácticamente imposible emprender ciertas reformas sin una preparación minuciosa y transparente. Por ejemplo, es muy difícil llegar a una situación de competencia plena a través de reformas parciales por etapas: la transición quedará marcada por una mezcla de elementos concurrenciales y de elementos de monopolio. El diseño del marco regulador de semejante proceso, la información y explicación del mismo, así como la vigilancia de su aplicación requeriría un gasto público muy elevado. Además, los inversores tienen serias dudas para entrar en un mercado cuando los efectos de una reforma son imprevisibles y existen riesgos de retroceso y de dilaciones¹.

En similares términos se ha manifestado PIQUE (1997): el proceso de liberalización económica difícilmente admite graduación; o todo o nada, autarquía o libre cambio. Se pueden diseñar períodos de transición, de adaptación a ese nuevo marco de apertura y globalización de la economía, pero en todo caso se trata de soluciones temporales que no pueden mantenerse indefinidamente. La estrategia más inteligente -la única posible- es adaptarse a esos cambios.

III. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA TRANSICIÓN.

En una industria fuertemente regulada, y con un peso cada vez más importante en el desarrollo económico de un país, el cambio plantea los problemas derivados de conciliar el viejo orden con el nuevo, con períodos de transición difíciles.

El objetivo final del proceso de transformación de los servicios públicos económicos debe ser el desarrollo de la competencia de una estructura empresarial eficiente y de un marco regulatorio que minimice los costes a largo plazo a los consumidores, cubriendo sus necesidades de servicios a un coste adecuado, razonable y no indebida o injustamente discriminatorio; manteniendo al mismo tiempo la seguridad y fiabilidad de los servicios y con un impacto mínimo sobre el medio ambiente.

Tomando en consideración estos objetivos pueden enunciarse algunos **principios que deben observarse a lo largo de la transición entre un sistema y otro**, de la siguiente manera:

¹ Aquí radica una de las principales críticas a los sistemas de liberalización de los servicios públicos en las Directivas comunitarias: los difíciles equilibrios políticos necesarios para su aprobación han condicionado modelos de liberalización parcial (sobre todo en gas, electricidad y transportes; por no hablar de radio y televisión, que ni siquiera se ha abordado, condicionando el proceso de convergencia audiovisual-informática-telecomunicaciones, que sí se han liberalizado con bastante mayor claridad y decisión).

- a) **Equilibrio entre intereses y protección del interés general:** Para ello deben realizarse consultas con todas las partes afectadas e introducirse mecanismos de transparencia en todas las actuaciones y decisiones. Debe darse la posibilidad de que todas las partes interesadas expresen sus puntos de vista²
- b) **Existencia de un período de transición adecuado:** que asegure que ésta se produce sin provocar inconvenientes en el sistema. Deben adoptarse decisiones reguladoras para el período de transición que permitan tratar situaciones concretas de forma que no se dé ventaja ni se perjudique a ningún grupo de competidores, ni se modifique la evolución natural de los más eficientes.

La transición debe producirse en etapas sucesivas bien definidas temporalmente, que permitan evaluar las consecuencias de cada paso adelante antes de pasar a la siguiente etapa. En algunos servicios, se debe comenzar por una apertura de la competencia al por mayor, antes de dar paso a la apertura del mercado para los consumidores finales.

- c) **Mantenimiento de los niveles de seguridad y fiabilidad** y de servicio al consumidor. La introducción de elementos de competencia en el sistema debe hacerse sin arriesgar la integridad, la seguridad, la fiabilidad, y la calidad a largo plazo del sistema, ni del servicio que se presta al consumidor.
- d) **Mantenimiento del servicio universal**, con la obligación de prestar el servicio dentro de las áreas de suministro asignadas a un coste razonable.
- e) **Reconocimiento de los costes hundidos o de transición a la competencia.** A lo largo del período de tiempo en el que se ha desarrollado la regulación del sector, numerosos factores han contribuido a incrementar los costes hundidos, como son los derivados de las obligaciones de compra de energía a precios que exceden los del mercado, los programas medioambientales o de gestión de la demanda, la recuperación de costes diferidos no absorbidos por las tarifas, etc. Tales factores son consecuencia de las políticas adoptadas por los gobiernos en cada momento histórico.

Por un lado, los costes hundidos deben ser tenidos en cuenta para que todos los operadores puedan competir en situaciones de igualdad; por otro, no todas las inversiones pueden ser consideradas inversiones varadas, dado que muchas ya han sido amortizadas o pueden serlo en el nuevo marco.

² El Informe del Banco Mundial (1997: 125ss) otorga una importancia trascendental a la participación de los grupos de intereses en los procesos de reforma.

- f) **Protección del medio ambiente.** El establecimiento de mercados competitivos no debe significar la desaparición de políticas estatales de protección del medio ambiente y de eficiencia en la utilización de los recursos escasos.
- g) **Establecimiento de entidades u organismos independientes** responsables de la regulación y control de las actividades e instalaciones de las empresas de servicios.
- h) **Proporcionar a los consumidores la oferta más amplia posible de opciones de servicio y de precios.** El servicio al cliente y las opciones de precios deben reflejar las exigencias del consumidor, así como las diferencias entre proveedores. Todas las clases de clientes deben tener acceso a un nivel básico de servicio de confianza y de precio razonable.
- i) **No perjudicar al consumidor cautivo** El resultado de la reestructuración y la apertura a la competencia no debe perjudicar a los clientes que se mantengan dentro del servicio en régimen de monopolio. La posibilidad de elegir por determinados clientes que disponen de opciones competitivas no puede tener como consecuencia el traslado de los costes fijos hacia los clientes que no tienen acceso a tales opciones.
- j) **Introducción de la regulación como sustituto de la competencia:** cuando sea necesario, fundamentalmente en defensa de los consumidores.
- k) **No discriminación entre los operadores.** Se deberá proporcionar a todas las empresas participantes en el mercado las mismas oportunidades, de forma que se establezcan accesos no discriminatorios a las redes.

IV. LAS “GOLDEN SHARES”.

El Estado suele tener un especial interés en mantener una cierta influencia sobre la empresa que se privatiza, y en mayor medida se refuerza esta tendencia cuando la empresa se considera de especial importancia económica o estratégica para el país. El mantenimiento del control por parte del Estado aparece como una de las preocupaciones básicas que presiden muchos procesos privatizadores.

La influencia del Estado en empresas que han sufrido una privatización puede materializarse a través de diversos mecanismos, que tratan de hacer compatible una adecuada satisfacción de los intereses públicos con el traspaso a manos privadas de determinadas actividades.

Lógicamente, mediante la privatización parcial los poderes públicos conservan la titularidad de una parte del capital de la empresa y aseguran la presencia de representantes públicos en los órganos decisorios de la sociedad. Del porcentaje accionarial que se conserve y de la diversificación de la propiedad del resto del capital dependerá el mayor o menor control público.

El método más original y controvertido de asegurar un cierto control público sobre la empresa privatizada es la técnica conocida como la **golden share** o “acción de oro”. Es una técnica de privatización, que se utiliza en aquellos supuestos en los que se estima necesario compatibilizar una operación de transferencias de una empresa pública a la esfera privada, con la debida protección de los intereses nacionales.

Consiste en transformar, mediante una norma incluida en los Estatutos, una acción ordinaria de la entidad que se privatiza, en acción especial o “golden share”. Esta acción, que tras la privatización queda en manos del gobierno, lleva aparejados unos derechos especiales que hacen imprescindible el consentimiento de su titular para que la entidad pueda adoptar validamente determinadas decisiones que se consideran relevantes para los intereses nacionales.

Los derechos específicos que son inherentes a la acción especial están encaminados a evitar que, sin el consentimiento previo del Gobierno, se produzcan modificaciones relevantes en los campos siguientes:

- La estructura accionarial de la sociedad.
- El objeto social y las actividades desarrolladas por la sociedad.
- El destino de sus activos

La acción especial garantiza a los poderes públicos una capacidad de intervención en la vida de la entidad, en aquellos supuestos en los que las decisiones de ésta a través de sus accionistas puedan tener alguna contraindicación.

A. El Reino Unido.

Es en el Reino Unido donde surgen por primera vez las golden shares. El Gobierno las creó a modo de disposiciones estatutarias especiales para conservar la facultad de intervención, mediante el ejercicio del veto sobre ciertas decisiones importantes de la empresa privatizada: en particular con relación a las OPAs -takeovers-. El efecto que se consigue es que el juego del mercado en la lucha por el control de esa empresa se vea reemplazado por la negociación con el Gobierno.

Al principio no se sabía si el Gobierno utilizaría las golden shares en la práctica, pero en 1988 British Petroleum lanzó una OPA sobre Britoil -privatizada en 1981 y que estaba protegida por una golden share, y el Gobierno intentó, en un primer momento, bloquear la OPA con su veto. Sin embargo, esta facultad había sido redactada de un modo inadecuado y no pudo ser utilizada directamente contra la OPA en cuestión, salvo para oponer un veto -ya a posteriori- sobre las decisiones del Consejo de Administración que se nombró después del takeover.

De hecho, el Gobierno utilizó en este caso las golden shares también para otros fines, como obligar a BP a hacer concesiones sobre las condiciones del rescate de los títulos.

De este modo, se ha comprobado que las golden shares pueden ser un instrumento de intervención gubernamental importante. Sin embargo, su ejercicio en la práctica presenta incertidumbre: en primer lugar, porque la previsión estatutaria que confiere la "acción dorada" puede plantear problemas de interpretación o de aplicación a un determinado supuesto concreto (caso Britoil³) y, en segundo lugar, porque el Gobierno es libre para ejercer o no su facultad de veto: así las compañías francesas de agua han comprado sin oposición muchas Water Authorities dependientes de las Entidades locales inglesas que se han privatizado. En el mismo sentido, el Gobierno británico tampoco utilizó las golden shares para defender a Jaguar de la OPA de Ford.

Por otro lado, la potestad de utilizar estas "acciones doradas" no está sometida al control jurídico-público de los Tribunales, porque no deriva de una ley como tal, ya que solamente está inscrita en los Estatutos de las sociedades en cuestión.

La Court of Appeal dictó en su momento una Sentencia por la que se establece que una cláusula recogida en los estatutos de una empresa de televisión privada, por la cual se facultaba a la Administración a rechazar derechos de voto, no podía ser sometida a un control de tipo jurídico-público por los Tribunales, ya que no procedía de una disposición legal, sino que venía únicamente recogida en los estatutos societarios.⁴

En definitiva, las golden shares permiten al Gobierno controlar las ofertas de adquisición de acciones y cambios en el control de las empresas privatizadas. En unos casos porque tiene la potestad de impedir que ningún accionista supere el 15% del capital social, como en British Telecom, British Gas y British Airports Authority, y en otros,

³ T. PROSSER(1989).

⁴ R. v. Independent Broadcasting Authority, ex parte the Rank Organisation, Court of Appeal, March 26 1986, Lexis.

porque tiene derecho de veto sobre cualquiera de las operaciones indicadas, como en Britoil y Cable and Wireless.

Es evidente que la disciplina del mercado tendrá un efecto menor en los grandes "monopolios naturales" privatizados, cuando la amenaza efectiva de una OPA hostil tenga menos fuerza debido a la presencia de las golden shares, que se podrán utilizar en nombre de un todavía mal definido interés nacional.⁵

Por lo tanto, la posesión de golden shares por los Gobiernos trata de evitar que la empresa privatizada en cuestión caiga en manos de capital extranjero, y también, de modo indirecto, el que se vea sometida a presiones.

Respecto a los takeovers -OPAs-, hay que subrayar que la posibilidad de su ejercicio constituye un poderoso incentivo para la buena gestión de la empresa, porque un takeover conlleva, habitualmente, serios cambios en la cúpula gestora de la misma. El temor a la OPA hostil espolea la gestión eficaz.

En cualquier caso, debemos indicar que la mayoría de las golden shares reconocidas en las empresas privatizadas británicas han caducado, puesto que se instauraron con plazos definidos de vigencia desde el momento de la privatización. Así, por ejemplo, una vez caducadas las golden shares en las empresas distribuidoras de electricidad a mediados de los años noventa, casi todas fueron adquiridas por empresas extranjeras, en su mayoría norteamericanas, así como por Electricité de France..⁶

2. Francia.

Este sistema de control se conoce como "acción específica", siendo un mecanismo similar al de las golden shares británicas. Su regulación ha variado a lo largo del tiempo.

La Ley de 6 de agosto de 1986 contempla la "acción específica" en su artículo 10. Su uso es facultativo, ya que las leyes sólo permiten su creación "cuando lo exija el interés nacional" y tiene una naturaleza temporal, ya que se establece un plazo de caducidad de 5 años. La principal diferencia con el mecanismo británico es su limitado campo de aplicación, ya que su objetivo debe ser en todo caso el limitar la adquisición de capital y permitir al Estado que se oponga a cualquier toma de participación superior al 10%.

Posteriormente, la nueva Ley de Privatizaciones de 1993 suprimió el carácter temporal de la acción específica y el porcentaje mínimo de capital social que hacía entrar

⁵ C.D. FOSTER (1992)

⁶ Vid. el cuadro de transmisiones, precios y adquirentes en CRUZ FERRER (1999:195).

en funcionamiento este mecanismo de control (10%). Además se han añadido nuevas prerrogativas a la acción específica: nombramiento de uno o dos representantes públicos en el Consejo de Administración y veto a cualquier disposición de activos que comprometa los intereses nacionales. El legislador francés se ha inspirado en el modelo británico, pero ha preferido considerarlas como una limitación legal en vez de configurarlas como facultades estatutarias otorgadas al Gobierno.

En Francia, el fenómeno privatizador está condicionado por los preceptos relativos a la venta de empresas públicas y las restricciones en materia de servicios públicos y monopolios contenidos en la Constitución de 1946 y mantenidos en la de 1958. En la práctica, debido a la amplitud del sector público francés, la privatización se ha limitado a empresas de mercado –el Banco Paribas, la Agencia Havas, la cadena de televisión TF1, sin alcanzar a ningún monopolio público; además, por mandato del Consejo Constitucional, la venta de cada uno de los bienes queda sujeta a la previa evaluación por el “Comité de privatización”.

3. España.

A través de la Ley 5/1995 de régimen jurídico de participaciones públicas en determinadas empresas, el gobierno se asegura el control de empresas privatizadas integradas en sectores estratégicos. El control se mantiene incluso en el caso de que el Estado haya perdido la mayoría del capital. El mecanismo jurídico se podrá aplicar a las empresas en las que el Estado participa de forma directa o indirecta en más del 25% de su capital o el Estado tenga una posición dominante según la legislación mercantil, cuando presten servicios esenciales o servicios públicos formalmente declarados como tales, pertenezcan a sectores estratégicos o su actividad pueda estar exenta total o parcialmente de la libre competencia según el artículo 86 TCE.

La regulación española responde a las iniciativas que ya se han puesto en práctica en otros países de la Unión Europea. El instrumento utilizado para la privatización es similar al de las “acciones específicas” francesas.

Caso a caso, cuando se proceda a la privatización de una empresa, se aprobará un Real Decreto en el que se determinará qué actos de la empresa precisarán de autorización administrativa previa. El régimen de autorización previa procederá cuando la participación pública se sitúe por debajo del 15% o bien cuando se produzca una desinversión superior al 10% del capital y la participación del Estado quede por debajo del 50%. Igualmente se someterán a autorización administrativa aquellos actos sociales en los que se plantee la disolución, fusión o escisión de la entidad y la venta de cualquier activo o participaciones.

Podrán someterse también a autorización previa las ventas de participaciones, cuando den lugar a un control igual o mayor del 10% del capital social.

En ejecución del Plan de Modernización del Sector Público Empresarial de junio de 1996 se ha culminado la privatización de la mayoría de las grandes Empresas Públicas. El régimen de autorización administrativa previa para la adopción de acuerdos relevantes se ha aplicado, por ejemplo, a Repsol (R.D. 3/1996), Endesa (R.D. 929/1998), Argentaria (R.D. 40/1998), Tabacalera (R.D.552/1998)...

4. Planteamiento de la cuestión en el Derecho Comunitario Europeo

La Comisión abrió una serie de procedimientos a varios Estados miembros, ya que el análisis de algunas de sus legislaciones hacía sospechar que mantenían regulaciones que podían ir en contra de algunas de las libertades básicas comunitarias: especialmente en contra del derecho a la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento, en la medida en que se pudiesen ver entorpecidas o dificultadas, y en lo que se refiere a una empresa comunitaria que quisiese poder competir en alguno de los sectores que estaban gravados por la presencia de una golden share. Es evidente que es diferente según la naturaleza jurídica de la misma; cuando el Estado recurre a elementos normativos, como pueden ser la emanación de una legislación privatizadora y mercantil, que afecte al menos teóricamente de una manera general a determinados sectores de actividad. Diferente es cuando se elige el camino de introducir por vía estatutaria determinadas restricciones a operaciones, acumulaciones de capital o de capacidad de voto en un socio, o cuando se prohíbe la venta a personas físicas o jurídicas de otro Estado miembro, acudiendo a razonamientos de protección del servicio público y del interés general.

El Tribunal de Justicia admitió a trámite varios procedimientos interpuestos por la Comisión contra diversos Estados miembros: Francia, Portugal y Bélgica, posteriormente también contra España y el Reino Unido. A falta de una sentencia definitiva, las conclusiones⁷ del Abogado General son especialmente indicativas, ya que hace un resumen muy notable de las diferentes posibilidades que se ofrecen para la articulación de la golden share: en primer lugar, hay que diferenciar entre las categorías legislativas que se aplican únicamente a ciudadanos de otros Estados miembros, en contraposición con aquellas regulaciones que se aplican también a los propios nacionales y, dentro de esta

⁷ Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer, delivered on 3 July 2001: Cases C-367/98, C-483-99, C-503/99 Commission v Portuguese Republic, French Republic, Kingdom of Belgium.

última categoría, hay nuevamente que distinguir entre las restricciones de acceso frente a las restricciones de gestión—access restrictions/management restrictions-.

El Abogado General manifiesta su opinión de que estas acciones hay que encuadrarlas dentro del marco de la libertad de establecimiento y libre circulación de capitales, y no restringirlo exclusivamente a la libre circulación de servicios. Sin embargo, también aclara que la Comisión ha adoptado una línea de interpretación errónea al considerar que el artículo 295 TCE –ex 222-, el sistema de titularidad de la propiedad puede ser ejercido sólo a través de la titularidad privada o pública. Para el Abogado General esto es un puro reduccionismo. El art. 295 trae –según Ruiz Jarabo- su fuerza de que procede directamente de la Declaración Schuman del 9 de mayo de 1950. Una interpretación consecuente, de acuerdo al fin teleológico e histórico de la redacción de la norma en cuestión, lleva a la conclusión de que se puede admitir que un Estado miembro pueda utilizar técnicas legislativas o por vía estatutaria para conseguir que una determinada empresa privatizada, siempre que no constituya una cláusula discriminatoria entre los nacionales de diferentes Estados miembros, se mantenga bajo control debido a imponderables de servicio público o interés general, y siempre que las mencionadas disposiciones legislativas puedan ser sometidas a una valoración de compatibilidad y proporcionalidad con el Derecho Comunitario⁸, como ha exigido el Tribunal de Justicia en reiteradas ocasiones.⁹

De aquí que el Abogado General concluya que hay una compatibilidad de las acciones de oro –golden shares-, en la medida en que respondan a necesidades reales y efectivas derivadas de imperativos insoslayables de interés general, y que no sean en sí discriminatorias por razón de la nacionalidad. Resulta interesante la aclaración respecto a la dicción del artículo 295: no se prejuzga el régimen de propiedad, es decir, en principio se mantienen todas las potestades de determinación de la misma a nivel interno, siempre que no sean desproporcionadas o incompatibles por discriminatorias, lo cual remite inevitablemente a un juicio a posteriori, pero partiendo de su compatibilidad, salvo prueba en contrario.

⁸ Conclusión 38: “ If the applicant’s argument is accepted, and even if it is conceded that the national rules pursue objectives of a higher order, it is not easy to escape an unavoidable legal inference: the imprecision of the circumstances in which they apply and the absence of effective criteria governing their application render it impossible to make the assessment of compatibility and proportionality required by the case-law of the Court of Justice.”

⁹ Vid. C-58/99 Commission v Italy (2000) ECR I-3811; C-182/83 (1984) ECR 3677 C-302/97 Konle (1999) ECR I-3099; C-235/89 Commission v Italy (1992) ECR I-777 y C-30/90 Commission v United Kingdom (1992) ECR I-829; C-92/92 y C-326/ 92 Phil Collins (1993) ECR I 5145; C -350/92 Spain v Council (1995) ECR I-1985

V. LOS “COSTES DE TRANSICIÓN A LA COMPETENCIA”.

1. Planteamiento de la cuestión.

A comienzos de los años noventa apareció la posibilidad de introducir competencia en la generación y en la comercialización de energía eléctrica; pero se planteó el problema de que las nuevas fuentes primarias (gas) y las nuevas tecnologías de transformación tendrían costes menores que las centrales tradicionales. Estos activos perderían una parte importante de su valor (costes hundidos), ocasionando graves pérdidas a las compañías eléctricas, al ser desplazados antes de amortizar las inversiones efectuadas. Ante este problema se han presentado dos grandes soluciones: introducir competencia sólo de modo parcial, facilitando la transición financiera de los activos menos competitivos; o introducir competencia de modo global, remunerando los costes hundidos mediante una asignación financiera denominada Costes de Transición a la Competencia (CTCs)¹⁰. Esta última solución fue la adoptada por la Ley Eléctrica de California de 1996, así como por la legislación de otros Estados norteamericanos; y por la Ley del Sector Eléctrico de España de 1997, así como por otros Estados Miembros de la Comunidad, bajo unas u otras fórmulas.

Los CTCs constituyen la remuneración de costes de generación reconocidos por la regulación que ha estado vigente hasta producirse la liberalización. Nada los distingue de los costes reconocidos a las actividades de transporte y distribución; o de los costes reconocidos a la actividad de generación, mientras continúe desarrollándose sin competencia y retribuyéndose económicamente por sus costes reconocidos a través de tarifas (situación de los países que sólo han introducido competencia de forma parcial).

En el caso de España, la existencia de derechos adquiridos y de confianza legítima por parte de las empresas eléctricas, durante la vigencia del denominado Marco Legal Estable (1988-1997), constituye un hecho probado por: las manifestaciones de voluntad efectuadas por los poderes públicos en normas jurídicas de rango legal y reglamentario; la cuantía de las tarifas vigentes durante estos diez años, que permitió la recuperación de los costes reconocidos y la remuneración de los capitales invertidos; la confianza demostrada tanto por los inversores como por los analistas financieros nacionales e internacionales en el modelo de retribución de las compañías eléctricas y acreditada por su cotización bursátil y por los beneficios pagados a sus accionistas.

¹⁰ Vid. En la literatura norteamericana: BAUMOL y SIDAK (1995), BAUMOL, JOSKOW y KANH (1995), SIDAK y SPULBER (1997), JOSKOW (1997) VANDOREN (1998) y en la española: ARIÑO y VELASCO (1998), ARIÑO (1999), y CRUZ FERRER (1999).

2. Posición de la Comisión Europea

La aplicación de las normas del Derecho de la Competencia debe realizarse teniendo en cuenta las características técnicas, económicas y sociales de cada sector económico. El sector eléctrico ha constituido un mercado prácticamente cerrado, amparado en las previsiones del artículo 86.2 del Tratado de la Comunidad. La Directiva 96/92 exige a los países miembros introducir competencia de manera progresiva y flexible, de forma que en el año 2003 en torno a un 30% del sector quede liberalizado. Frente a este marco del Derecho Europeo, el Reino de España, por ejemplo y de acuerdo con la Ley de 1997, ha optado por liberalizar completamente su mercado de generación en 1998, el 50% del consumo en el año 2000, y el 100% del consumo en el año 2003...

En cuanto a la investigación abierta por la Comisión, debe tenerse en cuenta que la posibilidad de que la cuantía de los CTCs sea excesiva, y proporcione una ventaja competitiva a las empresas que los perciben, afecta por igual a todas las empresas de generación de electricidad, que operan dentro del 70% del sector no liberalizado, y que son retribuidas por los costes que les reconocen las autoridades públicas con cargo a las tarifas eléctricas. La Comisión Europea no ha analizado de forma comparable los costes y las cuantías de la retribución de ambos tipos de financiación y, por tanto, la investigación realizada única y exclusivamente sobre la cuantía de los CTCs constituye una discriminación injustificada en contra de las empresas a las que afecta, e impide afirmar que los CTC constituyen una ventaja anticompetitiva.

En un primer momento, la Dirección General de Competencia de la Comisión, frente al argumento opuesto sostenido por la Dirección General de Energía y Transportes, pretendió calificar a los CTCs como una indemnización otorgada a las empresas eléctricas españolas. Con independencia de que esta calificación fuese o no la correcta, nos parece que hay otra perspectiva que se ajusta más a la realidad y que, además, es la que definitivamente se ha reconocido por la Comisión en el dictamen emitido en el procedimiento abierto contra España por supuesta ayuda de Estado.¹¹ La supuesta indemnización habría constituido una asignación patrimonial que tiene la finalidad de remediar un daño ya producido. Sin embargo, los CTCs tienen precisamente por objetivo evitar que se produzca ese daño patrimonial y, por lo tanto, tienen un carácter preventivo del daño. El reconocimiento de unos costes de transición a una situación de plena competencia constituye –como su propio nombre indica– un reconocimiento de costes y, por lo tanto, del derecho a su recuperación, dentro del modelo tradicional de retribución de

¹¹ Procedimiento por supuesta Ayuda de Estado NN49/99 abierto contra España. Régimen transitorio del mercado de la electricidad. Dictamen emitido por la Dirección General de la Competencia en Bruselas con fecha de 25.07.2001

las empresas eléctricas en función de sus costes reconocidos más una tasa razonable de beneficio (“*cost of service and rate of return regulation*”). Este es el modelo que se ha seguido en los países que han mantenido una industria eléctrica gestionada por empresas privadas sometidas a la regulación de los poderes públicos.

Durante el proceso de transición entre el sistema de monopolio y un sistema de competencia, y mientras que todos los consumidores no dispongan de capacidad de elegir empresa suministradora, los reguladores pueden mantener un sistema de retribución mediante tarifas que se sigan abonando a las empresas suministradoras en función de sus costes del servicio. De esta forma, durante el período de transición a la competencia las empresas eléctricas tienen un sistema retributivo mixto: en parte se financian mediante precios competitivos, y en parte mediante la tarifa fijada por los reguladores. En los modelos globales de introducción de competencia, cada vez será menor la financiación vía tarifaria y mayor la financiación por vía de precios. Los CTCs constituyen el pago por un coste reconocido a la parte de una inversión que se estima no recuperable en un entorno competitivo. De esta forma, resulta lógico considerar que los costes de transición a la competencia son costes del sistema que deben sufragarse por todos los consumidores durante un plazo limitado mediante un porcentaje del precio o de la tarifa que pagan por la electricidad que consumen¹².

Los CTCs constituyen una técnica de regulación que complementa un proceso de desregulación: son costes del sistema de generación reconocidos y regulados por el gobierno, al igual que los costes de las actividades de transporte y distribución de electricidad. Además, indirectamente sirven para el logro de otro objetivo: en la medida en que la liberalización del sector no haya alcanzado los mismos niveles en todos los Estados miembros, los CTCs son un arma defensiva para las empresas sometidas a la competencia frente a empresas que mantengan una situación monopolística en otros países. La Comisión reconoció que “*facilitan la adaptación de las empresas a un mercado eléctrico competitivo, incitan a mantener las inversiones a largo plazo y evitan el riesgo de que los clientes sufran los costes*”¹³.

A nuestro juicio, nada puede distinguirlos de los costes de generación de electricidad reconocidos y regulados por otros Estados miembros de la Unión Europea mientras no retribuyan a la generación mediante precios en competencia y continúen retribuyendo la generación mediante costes reconocidos. Al igual que otros países pueden reconocer como costes aquellas actividades o inversiones que estimen necesarias para garantizar la

¹² Vid. Paul JOSKOW (1997).

¹³ Dentro del Dictamen sobre Ayuda de Estado citado, vid. Metodología de análisis sobre ayudas de Estado ligadas a los CTCs.

seguridad del suministro, también España puede reconocer que los costes de transición a la competencia han sido costes reconocidos para seguridad del suministro y que resulta necesario reconocerlos y retribuirlos. Sin embargo, hay un margen de apreciación que podría hacerles susceptibles de ser subsumibles en la regulación europea de ayudas de Estado, aunque esta posibilidad afecta por igual a todos los sistemas de retribución de las empresas eléctricas mediante tarifas en función de los costes reconocidos y regulados.

Debe tenerse muy en cuenta que la Comunicación de la Comisión sobre los Servicios de Interés General en Europa (1996) expuso que la Directiva 96/92 **‘tiene como objeto abrir progresivamente los mercados de la electricidad a nuevos participantes, con el fin de proteger las inversiones a largo plazo que caracterizan al sector, y de tener en cuenta la heterogeneidad de las estructuras nacionales’** (p. 47).

En la propuesta de resolución que en su momento emitió la Comisión Europea (1.9.2000) se reconoció *“la necesidad de facilitar en el sector eléctrico la transición de un mercado prácticamente cerrado a un mercado parcialmente liberalizado”*. Con la expresión *“mercado prácticamente cerrado”*, la Comisión está reconociendo que la industria eléctrica se ha organizado conforme al esquema de derechos de exclusiva y de monopolio.

Es interesante poner de manifiesto que la Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 30/5/2001, contiene una interesante línea de argumentación, al coincidir esencialmente con la Comisión en su decisión posterior respecto a la calificación de ayuda de Estado compatible con el Derecho Comunitario. Aunque era un tema centrado en la compatibilidad del Derecho Comunitario con la norma nacional que otorgaba las prestaciones patrimoniales a las empresas eléctricas que habían incurrido en costes hundidos y que podrían recuperarse vía tarifa, el Tribunal Supremo español explica que no se puede invocar la aplicabilidad directa del art. 88.3 TCE ante la jurisdicción interna, cuando se está estudiando a nivel comunitario el problema, y todavía no hay una decisión firme sobre el asunto, de manera que las autoridades comunitarias pudieran fallar de forma que hiciese irrelevante una decisión del Tribunal nacional correspondiente. Entendemos que la exposición del Tribunal Supremo es de gran interés, y quizá tenga unas consecuencias de las que todavía no se han extraído las conclusiones pertinentes y oportunas, por lo que supone de aclaración entre las tensas relaciones Derecho interno Derecho Comunitario.¹⁴

¹⁴ Considerando Decimotercero: “La valoración de estos dos hechos a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia relativa al papel de los órganos jurisdiccionales en la ampliación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE anteriormente expuesta determina, por un lado, que no hagamos uso de las posibilidades de plantear una cuestión prejudicial a aquel Tribunal sobre la interpretación de dichos preceptos pues, al margen de que no se nos haya solicitado, cualquiera que fuera su respuesta, no tendría utilidad real para el

Es necesario recoger el texto de las conclusiones del Dictamen de la Comisión, de 25.7.2001, porque ayuda mejor a entender los términos en los que se ha abordado la resolución de la cuestión planteada:

“Sobre la base de las informaciones de que dispone, la Comisión concluye que no puede excluir que el régimen de los CTC incluya elementos de ayuda de Estado en el sentido del apartado primero del artículo 87 del Tratado CE.

No obstante, sobre la base de la apreciación que precede, la Comisión considera que, en el caso de que el régimen contuviera elementos de ayuda de Estado, estos elementos de ayuda serían compatibles con el Tratado CE.”

Es evidente que, como ocurre en tantas otras ocasiones, el límite entre la constatación de la ayuda y la de su compatibilidad con el mercado interior, requiere de un exigente y difícil examen, en el que hay que entrar a un juicio de proporcionalidad y de evaluación de los intereses presentes, que –siendo una actividad esencialmente discrecional- hoy en día está muy vinculada a criterios desarrollados tanto por la Comisión como por el Tribunal de Justicia. La aceptación de los CTCs como compatibles con el mercado interior, y en particular con las disposiciones relativas a las Ayudas de Estado a nivel comunitario, abre la puerta a una interpretación lógico-racional y teleológica de las disposiciones nacionales, y deja de lado una mera interpretación jurídico-formal, centrada exclusivamente en la catalogación de las disposiciones legislativas que aparentemente pueden chocar con los postulados derivados del Derecho de la Competencia a nivel comunitario

A nuestro juicio, el procedimiento para determinar si los CTCs constituyen ayudas de Estado no debería haberse abierto sin incluir dentro de la investigación a los sistemas de financiación de las empresas de generación con cargo a las tarifas mediante la técnica de los “costes reconocidos”. Reducir la investigación a los CTCs ha constituido una discriminación de las Compañías frente a las que se ha abierto el procedimiento, precisamente frente a otras Compañías que sigan operando sin someterse a la competencia.

VI. EL PROBLEMA DE LOS “CAMPOS DE JUEGO ASIMÉTRICOS”. ANÁLISIS DE LA ADQUISICIÓN DE EMPRESAS PRIVADAS POR EMPRESAS PUBLICAS.

El proceso de regulación de los servicios públicos de cara a su integración en el mercado interior europeo está provocando un problema grave, consistente en la “asimetría” o desigualdad de los terrenos de juego dentro de los cuales operan las

fallo del litigio y, por otro lado, que no podamos acceder a la pretensión anulatoria de la demanda basada en la supuesta infracción de aquellos artículos del Tratado CE.”

empresas, en función de la mayor o menor exigencia o liberalización con la que cada Estado Miembro ha desarrollado las Directivas. En virtud de esta “asimetría reguladora”, existen terrenos de juego más exigentes o competitivos para las empresas, lo cual les supone una mayor disciplina y restricciones; y terrenos de juego menos exigentes o competitivos, lo cual permite a las empresas establecidas en esos terrenos una menor disciplina, menos restricciones y, por tanto, ventajas frente a las empresas que operan en terrenos de juego más disciplinados y competitivos.

El problema de las “asimetrías reguladoras” presenta diferentes fundamentos: la falta de experiencia sobre cómo deben definirse los nuevos modelos de regulación para introducir competencia en los servicios públicos; las diferencias de planteamiento entre los Estados Miembros en cuanto al ritmo y alcance de las políticas de liberalización (manifiesta en los Consejos Europeos de Lisboa y Estocolmo); o las diferencias de planteamiento en cuanto a la política industrial y al sostenimiento y apoyo a las propias empresas nacionales...

Las “asimetrías reguladoras” se han presentado en todos los sectores de servicio público, desde un punto de vista sectorial o territorial. En el caso de los transportes, las ayudas al transporte por ferrocarril son vistas con recelo por los sectores del transporte aéreo y por carretera. En energía, la asimetría entre la regulación del gas y la electricidad también es vista con recelo por este sector. Desde una perspectiva territorial, en el sector de telefonía móvil UMTS, los diferentes sistemas de adjudicación de licencias aplicados por cada país –desde el coste cero de Suecia hasta las subastas millonarias de Alemania y Reino Unido- han causado perplejidad, además de unos costes elevadísimos de entrada (en torno a unos 130.000 millones de euros) que casi han herido de muerte financieramente a los operadores de telecomunicaciones en uno de los sectores más estratégicos para la competitividad del mercado europeo... Como ya apuntamos, quizás nos encontremos ante un error regulatorio de consecuencias trascendentales.

Dentro del problema de las “asimetrías reguladoras” hay un proceso que llama poderosamente la atención: hasta la fecha, dentro del mercado interior conviven y compiten empresas públicas con empresas privadas, situación que ha sido respetada en virtud del principio de neutralidad del Tratado CE, contenido **en su artículo 295**¹⁵. Ahora bien, en el marco de esta “cohabitación” se ha producido un importante proceso de adquisición de empresas privadas por empresas públicas, lo cual quizás ha producido

¹⁵ Vid. A este respecto las interesantes argumentaciones sobre el fundamento e interpretación del precepto, contenidas en las conclusiones del Abogado General RUIZ-JARABO (3.7.2001) sobre los casos de las “golden shares”.

una situación de asombro, que debe superarse mediante la reflexión acerca de lo sucedido.

Visto inicialmente el proceso desde el Reino de España, nos encontramos con que una fusión propuesta por dos empresas eléctricas (Unión FENOSA e Hidroeléctrica del Cantábrico) no fue autorizada por las autoridades de la competencia y por el gobierno en el año 2000. Otra fusión (Endesa-Iberdrola) ha sido sometida ya en el año 2001 a tales condiciones por el Gobierno (la empresa resultante debería ser menor que cada una de las fusionadas por separado...) que las empresas renunciaron a la operación en el año 2001. Este mismo año, sin embargo, la empresa Hidrocantábrico ha sido adquirida (vía OPAs) por Electricidade de Portugal (empresa pública, cuyo capital pertenece en un 30% al gobierno portugués) y por EnBW (empresa también pública, que pertenece a autoridades alemanas y en un 34% a Electricité de France)...

Si analizamos ahora el mercado interior europeo, llama la atención el proceso de adquisiciones realizado por EdF, que ni siquiera es una empresa pública en sentido estricto (sociedad mercantil, con participación mayoritaria o de control propiedad del gobierno), sino un Establecimiento Público Industrial o Comercial (EPIC), con personalidad jurídico-pública; y que, por tanto, se encuadra dentro del Poder Ejecutivo de la República Francesa, con un Estatuto jurídico propio y específico.

En los últimos años, EdF ha adquirido: London Electricity (100%) y Eastern en el Reino Unido, SPE (49%) en Bélgica; EnBW (34%) en Alemania; ESTAC (20%) en Austria; Granning (36%) en Suecia; Montedison (20%) e ISE (30%) en Italia; TEJO (10%) en Portugal; e Hidrocantábrico (35%) a través de EnBW en España¹⁶.

Desde una elemental valoración de sentido común o de derecho natural, este proceso de adquisición resulta sorprendente, en virtud del principio de reciprocidad y del principio jurídico “no hagas a otro lo que no quieres que te hagan a tí”, resultando evidente que nadie puede adquirir EdF, puesto que, en cuanto EPIC, pertenece a la nación francesa (DELVOLVE 1998:676).

Seguidamente apuntamos algunas reflexiones sobre este proceso de adquisición de empresas privadas por empresas o establecimientos públicos. La cuestión parece tener su sede jurídica en el Derecho Europeo de la Competencia, en virtud del cual podría haberse producido un abuso de posición dominante.

¹⁶ Datos obtenidos del Diario EXPANSION, 5.10.2001.

En primer lugar, resulta determinante delimitar el mercado geográfico y de producto que se debe analizar. En principio, podría sostenerse que estamos ante el mercado de la electricidad (producto), claramente restringido geográficamente en muchos casos al territorio de cada Estado Miembro, por la escasa capacidad de las interconexiones que limitan el volumen de la producción que puede ser sometida a intercambio (3-5% en el caso de España-Francia).

Sin embargo, este enfoque no nos parece correcto. Lo que está en juego no es la **compra-venta de electricidad**, sino la **compra-venta de empresas eléctricas**. Estas empresas operan sobre redes de transporte y distribución, que constituyen “monopolios naturales”; y cuyos mercados se encuentran protegidos por importantes “barreras de entrada” (instalaciones intensivas en capital fijo, que requieren enormes inversiones necesarias para iniciar la actividad; capacidad de obtener emplazamientos frente a dificultades medioambientales y de ordenación del territorio; exigencia de amplias redes de distribución comercial, etc.).

Por ello, resulta capital la distinción entre “**competencia por el terreno**” y “**competencia dentro del terreno**”, presentada por Harold DEMSETZ (1968).

La importancia del proceso de “competencia por el terreno” que es previo y determinante del proceso de “competencia dentro del terreno”, ya se tiene en cuenta por la Directiva 96/92 sobre normas comunes del mercado interior de la electricidad. Pero la Directiva intenta abrir los mercados eléctricos nacionales, hasta ahora aislados por el intervencionismo administrativo, mediante la técnica de facilitar el acceso de nuevos operadores (“entrantes”) a través de técnicas objetivas de establecimiento y libre prestación de servicios: los sistemas de autorizaciones y de licitación de nueva capacidad. Estas técnicas responden al enfoque de los “mercados atacables” (“contestable markets”: BAUMOL 1982; BAUMOL, PANZAR, WILLIG 1982); pero la experiencia demuestra que (aunque pueden ser eficaces para la introducción y desarrollo de la competencia) el “ataque y conquista” de cuotas de mercado significativas por los nuevos “entrantes” puede llevar años y, en todo caso, la necesidad de superar (barreras de entrada) dificultades nada desdeñables¹⁷.

La noción de DEMSETZ de “competencia por el terreno” es distinta a la noción de “mercado atacable”. DEMSETZ no plantea que nuevos entrantes puedan desafiar y llegar a rivalizar con el/los operadores incumbentes. DEMSETZ plantea que se ponga en juego la propia posición del operador incumbente¹⁸; y esta es la cuestión que nos

¹⁷ Cfr. FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ (2000:110).

¹⁸ La distinción entre competencia en el mercado, posibilidad de atacar el mercado o comprar al incumbente recuerda la famosa apreciación de SCHUMPETER: “...lo que importa no es ese tipo de

ocupa: en qué condiciones resulta eficiente la compra-venta de operadores ya establecidos (incumbentes) “dentro de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior, caracterizado por la supresión, entre los Estados Miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales” (artículo 3.1. g y c TCE).

Así pues, el mercado que nos interesa considerar no es el de compra-venta de electricidad (“competencia dentro del terreno”), ni el proceso de establecimiento de nuevas instalaciones eléctricas, a través de los mecanismos de autorización o licitación previstos en la Directiva 96/92 (“Mercado atacable”), sino el “mercado de empresas” (“competencia por el terreno”). Lucía LOPEZ DE CASTRO y Gaspar ARIÑO (2001:330) lo acaban de exponer con toda claridad en su análisis sobre las golden shares: “el **mercado de empresas**, junto con el mercado de capitales, de mercancías y de servicios, es una parte esencial del mercado único europeo. No sólo los productos y servicios, sino la misma entidad que los produce está en el mercado, sometidas a las ofertas de compra y venta que puedan formularse sobre ellas. Las empresas mismas constituyen así el objeto de dos libertades fundamentales declaradas en el Tratado: la libre circulación de capitales y el derecho de libre establecimiento de los países de la Unión (Arts. 56 y 43). Ambas libertades se ejercen y manifiestan, de ordinario, creando empresas **ex novo** o comprando alguna de las existentes”.¹⁹

La definición del mercado relevante como “mercado de empresas” se encuentra tácitamente en el Reglamento (CEE) 4064/89 (modificado por el Reglamento 13/10/97) sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. De acuerdo con el Reglamento, el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior, caracterizado por la supresión entre los Estados Miembros de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, conduce y conducirá a importantes reestructuraciones de las empresas de la Comunidad, en particular, en forma de operaciones de concentración. Esta evolución se valora de forma positiva porque responde a las exigencias de una competencia dinámica y puede aumentar la competitividad de la industria europea, mejorar las posibilidades de

competencia (en nuestro caso las dos primeras), sino la competencia por un nuevo producto, una nueva tecnología, una nueva fuente de oferta, un nuevo tipo de organización... la competencia que domina un coste decisivo o una ventaja cualitativa y que afecta, no al margen de los beneficios y a las producciones de las empresas existentes, sino **a su fundamento y a su propia supervivencia**. Este tipo de competencia es más efectiva que la otra, lo mismo que un **bombardeo** comparado con **forzar una puerta**, y es tan importante que hace que resulte indiferente el que la competencia, en el sentido ordinario, funcione con mayor o menor precisión” (Capitalism, Socialism and Democracy. Harper and Row, Nueva York 1962:84).

¹⁹ Volviendo al texto de SCHUMPETER, crear empresas **ex novo** sería forzar la puerta y comprar una empresa existente bombardear.

crecimiento y elevar el nivel de vida en la Comunidad. No obstante, es necesario garantizar que el proceso de reestructuración no cause un perjuicio permanente a la competencia (Exposición de motivos).

Ante esta perspectiva, queda de manifiesto que la “importante reestructuración de las empresas de la Comunidad” es prácticamente imposible si las empresas son públicas, e imposible si son establecimientos públicos. Por ello, las empresas públicas chocan frontalmente contra la libre circulación de capitales y contra la libertad de establecimiento; vulneración que se salva, hoy por hoy, mediante la cobertura del artículo 295 TCE, tal y como viene interpretándose hasta la fecha²⁰.

Así pues, las empresas públicas salvan su conformidad con el Tratado, aunque no sabemos por cuanto tiempo será sostenible una antinomia entre las libertades comunitarias, que constituyen la esencia de la integración europea, y un principio de neutralidad, que hunde sus raíces en los aspectos quizás más vinculados a la coyuntura económica del momento en que se realiza la Declaración Schuman de 9 de mayo de 1950.

Ahora bien, en nuestra opinión, la adquisición de una empresa privada por una empresa pública (y todavía con más razón si es un establecimiento público) puede considerarse, en principio, como un abuso de posición dominante (art. 82 TCE): “En el marco de la política de competencia comunitaria, posición dominante es la que permite a una empresa o grupo de empresas comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores”²¹. Resulta evidente que, dentro del “mercado de empresas”, una empresa pública o un establecimiento público puede comportarse con **absoluta** independencia respecto de sus competidores puesto que tiene garantizado que no será adquirida por un competidor, gracias al “blindaje” que le dispensa bien la participación de su Gobierno en su capital, bien su propio estatuto jurídico como establecimiento público, que hace imposible tal adquisición.

Asentada la posición de dominio de la empresa o establecimiento público, la adquisición de una empresa privada puede, en principio, constituir un “abuso” respecto de las empresas privadas que, dentro del “mercado de empresas”, podrían estar interesadas en la adquisición de esa empresa. La empresa pública puede, en efecto,

²⁰ Vuelve a resultar interesante confrontar a este respecto las Conclusiones del Abogado General RUIZ JARABO (3.7.2001).

²¹ Definición del TJCE en la Sentencia de 13 de febrero de 1979 en el asunto 85/76 Hoffmann-La Roche, confirmada en Sentencias posteriores. Hemos citado el texto recogido en la Comunicación 97/C 372/03 de la Comisión, 9.12.1997, relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia.

“imponer directa o indirectamente el precio de compra u otras condiciones de transacción no equitativas” (artículo 82.a TCE), respecto de las empresas privadas:

- Las empresas privadas están sometidas a la función de disciplina de las OPAs y amenazas de OPA, confirmada en numerosos estudios²².
- Una empresa privada en posición de “adquisición hostil” puede sufrir una contra OPA de la empresa agredida o de un tercero (“caballeros blancos”).
- Una empresa privada verá cómo el precio de adquisición ofertado será automáticamente auditado por los analistas financieros en términos de eficiencia, y si los juicios no son favorables verá cómo se reduce el valor de sus acciones, lo cual puede aumentar su vulnerabilidad a corto o medio plazo a ser adquirida.
- Con independencia del juicio de valor de los analistas financieros e, incluso de los mercados de capitales a corto plazo, un error en el precio de adquisición (exceso) dañará la eficiencia de la empresa adquirente, perjudicando los márgenes de disponibilidad de beneficios/rentas de accionistas, directivos y empleados.

Las anteriores circunstancias condicionantes del precio de adquisición (y otras similares²³) que disciplinan a la empresa privada no existen o se presentan de manera mucho más mitigada para la empresa/establecimiento público, que dispondrá de independencia para imponer el precio de compra u otras condiciones de transacción, en función de consideraciones externas a la estricta eficiencia económica de la adquisición: estrategias a medio/largo plazo, tanto comerciales, como industriales o tecnológicas; estrategias políticas; desaparición de un eventual competidor agresivo, etc. etc.

²² Vid. Los estudios de JENSEN y MECKLING; SCHARFSTEIN; TIROLE y HOLMSTROM; STEIN: citados por HERNÁNDEZ CASTILLA y LOPEZ DE CASTRO (2000).

²³ Por ejemplo, obligación de notificar a las Comisiones de los Mercados de Valores “hechos relevantes”...