

Aún hay jueces en Bruselas

Cuentan que las tierras de un modesto campesino entorpecían los faraónicos planes de Federico el Grande para ampliar los jardines de Sans Souci. (Aunque dedicó su vida a guerrear contra los franceses, el Rey no tenía inconveniente en dar nombre francés a sus palacios). El agricultor se negaba obstinadamente a vender, y Federico desesperado le amenazó con usar la fuerza. Una frase del campesino paró en seco las amenazas reales: *“Majestad, aún hay jueces en Prusia!”*

Aunque Mario Monti es italiano, ha corrido suerte pareja a la del ilustrado Rey prusiano. Ha encontrado en Henri Lachmann, presidente de Schneider, su campesino combativo, y en el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea al proverbial “juez prusiano” dispuesto a proteger al débil frente al desafuero del poderoso.

Hace ahora un año, la Comisión Europea prohibió la fusión entre los grupos Schneider y Legrand, aduciendo que la concentración socavaba la competencia en el mercado europeo. Ahora el Tribunal ha anulado su decisión, acusando a la comisión de haber cometido “errores, omisiones y contradicciones obvios en [su] argumentación económica” (!). Pero no sólo esto: la decisión también se anula por violación del derecho a un proceso justo, pues la Comisión decidió, a mitad de procedimiento, modificar la argumentación en la que basaba su decisión.

Llueve sobre mojado: hace cuatro meses la Comisión Europea sufrió su primera derrota en materia de concentraciones empresariales, al anular el mismo Tribunal su decisión – también negativa en la fusión *Air Tours/First Choice*.

Pero no sólo a nivel europeo pintan bastos: cuando una concentración sólo afecta al mercado español, su autorización no corresponde a la Comisión Europea, sino al Consejo de Ministros. Y nuestro Tribunal Supremo acaba de anular dos recientes decisiones del Consejo de Ministros en esta materia, en un caso por motivos de procedimiento (Salcay/Utansa) y en el otro por desviarse el Gobierno injustificadamente de la propuesta hecha por el Tribunal de Defensa de la Competencia (Prosegur/Blindados del Norte).

Injerencia judicial

Lo que es más sorprendente es que, hasta hace poco, los Tribunales en general habían venido confirmando la validez de las decisiones de la Administración. ¿Por qué esta súbita injerencia de los jueces en las facultades de la Administración para bloquear operaciones de concentración?

Creo que hay tres razones, dos jurídicas y una política.

La primera es que no existen criterios claros para separar las concentraciones que se deben prohibir por crear un monopolio de las que se pueden autorizar por aumentar la eficiencia de la economía. La Ley - tanto la europea como la española - usa términos puramente económicos y totalmente indeterminados (“obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva”, “serias dudas sobre su compatibilidad con el mercado común”, “monopolio de hecho”), y permite compensar los efectos negativos para la competencia con los efectos positivos para la economía

en general (“mejora en los sistemas productivos”, “fomento del progreso técnico”).

La Ley no establece pues criterios que definan con claridad las pautas de comportamiento de la administración. Las empresas que desean fusionarse no pueden saber de antemano si su operación resultara aprobada, prohibida o en qué términos condicionada. Ni aun acudiendo a los mejores abogados (y los grandes especialistas en Derecho comunitario se dedican a esta cuestión) se puede tener certeza. No es de extrañar que los empresarios se quejen del nivel de inseguridad de la norma.

Pero esta arbitrariedad quizá sería soportable, si el órgano que debe decidir fuera un juez (como en EE.UU.) o al menos un organismo independiente (como en Alemania o Gran Bretaña). El gran problema es que tanto a nivel europeo como español, la persona encargada de administrar unos poderes tan amplios y tan discrecionales es un órgano exclusivamente político. E inevitablemente han ido surgiendo sospechas – sobre todo en los últimos años – que algunas decisiones sobre prohibición o autorización de concentraciones obedecen más a razones de oportunidad política que a razones de defensa de la competencia (recuérdese la prohibición de la fusión Unión FENOSA/Hidrocantábrico y la autorización de la después fallida unión entre Iberdrola y Endesa; o la prohibición por la Comisión europea de la operación General Electric/Bull que sí había sido autorizada por las americanas).

Conceptos jurídicos indeterminados, ausencia de órganos independientes, tufo de motivación política – en este caldo de cultivo no puede sorprender que los tribunales hayan amparado los sentimientos de

desamparo voceados por empresarios y abogados, y hayan metido el bisturí para extirpar las decisiones administrativas más desafortunadas.

Restablecer la justicia

Pero el sistema judicial, con sus decisiones *a posteriori* es incapaz de restablecer la justicia. La operación Schneider/Legrand se prohibió hace más de un año. El Tribunal ha corrido todo lo posible para dictar sentencia en un plazo razonablemente corto. Pero el daño está hecho. La operación que hace un año era factible, hoy probablemente no lo sea. Schneider calcula unos perjuicios de varios cientos de millones de Euros, y hace además de demandar a la Comisión europea.

Por eso son cada vez más las voces que piden un cambio radical en la estructura organizativa de las autoridades de la competencia europea (y por reflejo de las españolas). No puede ser que la Comisión Europea sea al mismo tiempo fiscal y juez, que la decisión sea adoptada por un órgano estrictamente político como el Colegio de Comisarios y que la revisión judicial se produzca *a posteriori*. La solución: o bien se encomienda la decisión a una Agencia independiente (como ha hecho no hace mucho tiempo el gobierno británico), o bien se anticipa la intervención judicial de forma que la revisión jurisdiccional se realice antes de la publicación. La Comisión Europea ha prometido revisar los procedimientos que aplica, y publicar sus propuestas antes de que finalice el año. No esperen Uds. que las propuestas sean radicales – si lo fueran, esto no sería Europa. Y no esperen Uds. que, en un plazo breve, el Gobierno español ceda los poderes de que dispone a favor de un Tribunal de Defensa de la Competencia auténticamente independiente.

P.D. Una curiosidad: ¿cuál creen Uds. que ha sido la reacción de Mario Monti ante el último varapalo judicial? No, no ha descalificado a los jueces, ni ha dicho que son unos ignorantes, ni ha aventurado que la sentencia puede obedecer a oscuros intereses empresariales. Reacciones de este tipo solo las vemos en España. El portavoz del Comisario se ha limitado a decir “que hay debilidades en el proceso de toma de decisión y que el Sr. Monti toma estas debilidades muy en serio”. Como tiene que ser.

Juan Fernández-Armesto