

RESSENYA DE LA JORNADA: LA NOVA LLEI DE DEFENSA DE LA COMPETÈNCIA

19 de novembre de 2007

La nova Llei reguladora de la defensa de la competència (LDC), en vigor des del proppassat dia 1 de setembre, constitueix sens dubte un dels marcs normatius més rellevants del final de la legislatura en curs.

La regulació del mercat com a instrument per preservar i promoure la llibertat de competència, d'una banda, i les decisions estratègiques de les empreses per posicionar-se adequadament en un mercat cada vegada més competitiu, de l'altra, han fet que aquesta disciplina adquireixi una gran notorietat en el dret mercantil. Les possibilitats i els límits que la norma ofereix, com també les seves novetats més significatives, van ser objecte d'anàlisi i discussió a la jornada organitzada per la Facultat de Dret d'ESADE (URL) el passat 19 de novembre, en la qual van participar 58 assistents i que va comptar amb la presència d'especialistes de renom en el sector i de membres destacats de l'Administració i la judicatura. La jornada es va organitzar amb la col·laboració de *La Gaceta de los Negocios*.

L'obertura i la presentació de la Jornada va anar a càrrec del doctor Pere Miroso, degà de la Facultat de Dret d'ESADE (URL), el qual va elogiar la Llei 15/2007, de 3 de juliol, que adapta el dret espanyol a l'evolució que ha fet el dret comunitari a partir de 2004 i que en general mereix una valoració positiva. La jornada es va desenvolupar en dues taules de treball, a les quals els van seguir els col·loquis corresponents.

La primera taula de treball la va moderar el doctor Miguel Trías, advocat i catedràtic de dret mercantil de la Facultat de Dret d'ESADE (URL), i va comptar amb la intervenció de dos prestigiosos ponents: el doctor Luis Franco, exconseller de Treball de la Generalitat de Catalunya i actual president del Tribunal de Defensa de la Competència de Catalunya, i el senyor Amadeu Abril, professor associat de la Facultat de Dret d'ESADE (URL).

El senyor Luis Franco, a la ponència titulada "La nova Llei de defensa de la competència", va oferir una visió general de les novetats introduïdes i va fer una valoració globalment positiva dels principis i els objectius que inspiren aquesta Llei, tot i que és possible que sorgeixin dubtes o reserves sobre determinats punts, com va assenyalar en el diàleg posterior. Durant el desenvolupament de l'exposició, es va centrar en les novetats respecte de la regulació anterior en qüestions com ara les conductes restrictives, el control de concentracions i el control del sector públic i les ajudes públiques. Va destacar l'ampliació de la quota de mercat pel que fa a l'obligació de notificació de l'operació de concentració (que passa del 25 % al 30 %) i el reforçament del paper de la Comissió Nacional de la Competència (CNC), que es legitima perquè pugui impugnar directament davant la jurisdicció competent actes de les administracions públiques subjectes al dret administratiu i disposicions generals de rang inferior a la llei, dels quals es deriven obstacles per al manteniment

d'una competència efectiva als mercats (article 12.3), com també la limitació del control de concentracions per part del Govern.

Va tenir un interès especial l'anàlisi del règim sancionador, del qual es va valorar que ara sigui més clar, si bé el ponent es va preguntar fins a quin punt el fet que una norma habiliti per imposar sancions de quantia molt distinta per a una mateixa infracció no pot generar inseguretat jurídica. En aquest sentit, va recordar que l'article 63 preveu multes de fins a l'1 %, el 5 % i el 10 % del volum total de negocis de l'empresa infractora en l'exercici immediatament anterior al d'imposició de la multa, segons si les infraccions són lleus, greus o molt greus, respectivament. Així mateix, va fer al·lusió a la incorporació de la política de clemència, una de les grans novetats de la Llei, que d'aquesta manera segueix les tradicions europea i anglosaxona d'exonerar del pagament de la multa les empreses que, havent format part d'un càrtel, en denunciïn l'existència, aportin proves per a la investigació i cessin en la seva conducta infractora (articles 65 i 66).

També va abordar l'àmbit institucional, en què va insistir en la creació de la CNC com a institució única i independent del Govern i l'establiment d'un nou sistema de nomenament i règim del president i els consellers, l'ampliació de les seves funcions i la garantia de la publicitat de les seves actuacions, mesures aquestes que tendeixen a garantir-ne una eficàcia més gran. Va destacar les mesures encaminades a procurar la independència dels candidats, no tan sols des del punt de vista de la ideologia, sinó també pel que fa a afers privats. Així mateix, va destacar el fet de prioritzar la transparència en les actuacions de la CNC. Finalment, i també en l'àmbit institucional, el senyor Luis Franco va parlar de les competències dels òrgans autonòmics, d'acord amb la Llei 1/2002, de coordinació de les competències de l'Estat i les comunitats autònomes en matèria de defensa de la competència. Aquesta Llei, conseqüència de la sentència del Tribunal Constitucional 208/1999 que declarava la inconstitucionalitat d'una clàusula de la Llei 16/1989, de 17 de juliol, que disposava un sistema centralitzat en matèria de defensa de la competència (i no preveia la possibilitat que les comunitats autònomes poguessin establir els seus propis òrgans autonòmics en aquest àmbit), va reconèixer la competència executiva en matèria de defensa de la competència a les comunitats autònomes i va fixar la distribució de competències entre aquestes i l'Estat. I després de fer una anàlisi breu de l'activitat que els organismes de defensa de la competència de Galícia, el País Basc, Aragó i Catalunya han fet en aquest àmbit i de deixar constància que la normativa actual estableix noves competències i facultats per a les autonomies, va assenyalar que la nova LDC ha optat per no integrar al seu articulat la Llei 1/2002, cosa que hauria donat més seguretat jurídica i claredat al sistema.

El senyor Amadeu Abril, professor associat de la Facultat de Dret d'ESADE (URL), expert en dret de les tecnologies de la informació, un dels pares del domini .cat i bon coneixedor de la matèria, **va intervenir amb la ponència titulada "El nou règim de les operacions de concentració"**. Va començar l'exposició definint què són les concentracions i va assenyalar que poden ser simplement conseqüència d'una eficiència més gran, d'expansió dels mercats i del desig de proporcionar productes millors a preus més competitius, o bé

poden ser maneres de reduir la competència, reforçant sovint posicions de domini o facilitant la col·lusió i, en conseqüència, oferint menys opcions i preus pitjors. D'aquí que s'hagin de sotmetre a control, ja que a partir d'un cert punt les concentracions beneficien sempre les empreses més poderoses, cosa que implica un efecte estructural. A continuació, va recordar que el sistema de control de les concentracions empresarials present a la Llei és un control peculiar, que es caracteritza perquè és un control d'estructures, no de conductes, un control *ex ante*, no *ex post*, amb notificació obligatòria, que estableix una separació clara entre competències, jurisdicció entre òrgans de la Unió Europea i els estats membres. Quant a la legislació aplicable, tot el dret europeu de la competència s'ha posat al dia, però en l'àmbit espanyol encara no hi ha un decret d'aplicació de la nova Llei en matèria de concentracions (està en tràmit d'aprovació), de manera que continua vigent, mentre no s'oposi a la nova Llei, el Reial decret 1443/2001, de 21 de desembre, que desenvolupa la Llei 16/1989, de 17 de juliol.

Després d'assenyalar el tipus de concentracions que són objecte de control, el ponent va analitzar l'autoritat competent per fer-ho, qüestió en la qual es produeix un repartiment clar de competències: unes concentracions, les de dimensió comunitària, són controlades tan sols per la Comissió Europea, mentre que els estats, en el nostre cas per mitjà de la CNC, controlen les no comunitàries i en fixen el seu propi llindar. Després va esmentar els criteris de la LDC a l'hora d'avaluar les concentracions, com també el procediment de control i els criteris de valoració substantiva establerts a la Llei, que segueixen les línies del Reglament de la Comissió Europea (CE), com també la normativa dels Estats Units. Cal destacar que en els temes de procediment és on podem apreciar un canvi substancial respecte a la normativa anterior: la nova Llei encomana a la CNC la instrucció i la decisió, amb la intervenció possible del Ministeri d'Economia i Hisenda; després de la notificació, el ministre té 15 dies per elevar la decisió sobre la concentració al Consell de Ministres, el qual hi intervindrà per raons d'"interès general", com ara "la garantia d'un manteniment adequat dels objectius de la regulació sectorial", "concepte jurídic indeterminat" que el ministre del ram corresponent haurà de concretar.

Com a valoració final, el ponent va assenyalar que, si bé confiem cada vegada més en el mercat, encara reservem intervencions importants a l'Estat en matèria de competència, cosa que sembla indicar un cert "temor" a deixar que el mercat es desenvolupi per si sol. Aquesta Llei sembla que fa aflorar el vell conflicte entre control de les concentracions i política industrial. La gran pregunta és si volem un mercat competitiu o bé *national/European champions*. En altres paraules, si preferim seguir el model britànic o, per contra, volem apostar per una política industrial a la francesa.

La segona taula de treball la va moderar el doctor Julio Añoveros, professor titular de Dret Internacional i director de la Càtedra Jean Monet de la Facultat de Dret d'ESADE (URL) i exdiputat del Parlament Europeu, i va comptar amb la intervenció de dos destacats ponents més: el senyor José M. Fernández Seijo, jutge mercantil (núm. 3 de Barcelona) i el senyor Javier Fontcuberta, professor associat de la Facultat de Dret d'ESADE (URL), soci de Landwell-PwC i director de la jornada.

En la seva ponència, titulada “La competència dels tribunals mercantils i el règim sancionador”, el senyor José M. Fernández Seijo va assenyalar que, d’acord amb les modificacions produïdes a la Unió Europea (reglaments 1/2003 i 139/2004 del Consell), la LDC permet dirimir en l’àmbit de la jurisdicció civil els conflictes que sorgeixin en aplicació de les normes de la competència. Aquesta és una de les novetats principals de la Llei i representa un canvi qualitatiu en el sistema de tutela, en la mesura que es trasllada a l’àmbit civil el coneixement d’assumpes que fins ara estaven sotmesos a la fiscalització dels òrgans administratius i als recursos contenciosos administratius. Va insistir en la transcendència, no tan sols pràctica, sinó també simbòlica, d’aquesta regulació: els jutges mercantils es converteixen així en un eix fonamental en la supervisió del funcionament dels mercats des de la perspectiva de la defensa de la competència. Això els planteja un repte: deixaran de ser jutges del conflicte i es transformaran en jutges del mercat.

El ponent va destacar també l’habilitació d’un canal processal més àgil i efectiu, i va alertar de les grans incògnites processals que el nou text planteja, pel fet que no inclou un corpus normatiu articulat que permeti estructurar les competències dels jutjats mercantils en aquestes matèries, cosa que exigirà el complement de les normes generals de la Llei d’enjudiciament civil. Posteriorment, es va centrar a determinar la competència objectiva dels jutjats mercantils en aquestes matèries i, entre altres qüestions, va tractar de les conductes que, segons la LDC, s’han d’entendre col·lusòries, com també les situacions que constitueixen un abús de la posició dominant (articles 1 i 2). En aquest sentit, va destacar que la Llei planteja una certa complexitat al jurista, ja que hi introdueix conceptes de caràcter econòmic que no tenen fonament en cap figura clàssica derivada del dret romà, cosa que pot provocar problemes probatoris, i va considerar lògica l’aplicació, per part dels tribunals mercantils, del principi de *minimis* (art. 5), és a dir, la determinació dels límits a partir dels quals adquireix rellevància una conducta determinada. A continuació, va tractar qüestions relatives a la determinació de la competència territorial i al procediment aplicable, com també a l’interès legítim de la CNC a intervenir en aquests procediments. Des de la perspectiva processal civil, segons la nova Llei, la presència de la CNC no dependrà de la decisió judicial, sinó de la pròpia iniciativa d’aquest ens, que pot irrompre en les actuacions en qualsevol moment, cosa que vulnera les regles clàssiques sobre la presència de les parts en el procés civil. El mateix es pot dir amb relació als òrgans equivalents de les comunitats autònomes. També va assenyalar que la nova normativa ha normalitzat la presència de la CNC com a *amicus curiae*, i va tractar les característiques del règim sancionador.

Entre d’altres valoracions de la Llei, el senyor José M. Fernández Seijo va posar de manifest el perill d’interpretar en clau jurídica recomanacions de caràcter econòmic fetes als tribunals. I va puntualitzar que l’aposta per un sistema més àgil i més eficaç pot generar riscos si no es ponderen els interessos en joc, ja que un abús dels mecanismes judicials de control del mercat pot comportar una interferència en el seu funcionament normal i tenir un efecte pervers respecte de la finalitat de la Llei. Va assenyalar que hi ha buits en l’àmbit processal judicial que poden comprometre l’aplicació correcta de la

Llei i que en la redacció queden obertes sortides en fals que poden donar a l'Executiu una gran capacitat d'intervenció. I va concloure que encara és prematur dir que els jutges mercantils s'acabaran convertint en jutges del mercat, si bé el camí obert per a la reforma sembla ja imparabile.

L'última intervenció va anar a càrrec del **senyor Javier Fontcuberta, el qual a la ponència titulada “Els càrtels, les posicions de domini i els actes deslleials a la Llei”** va tractar el tema de les restriccions de conductes des de la perspectiva del dret mercantil. Va començar recordant que la Constitució reconeix a l'article 38 la llibertat d'empresa en una economia de mercat, però, malgrat l'existència d'aquest principi constitucional, sovint passa que les empreses pacten acords contraris a la lliure competència; és llavors quan el legislador norma perquè l'Estat té interès públic a mantenir el sistema de la lliure competència i també ha de vetllar per l'interès general dels consumidors i per l'interès privat d'altres competidors. Després va parlar de l'esquema de la prohibició de conductes que la Llei conté (pràctiques col·lusòries, abús de la posició de domini i falsejament de la competència per actes deslleials).

Una de les novetats introduïdes a la Llei és el concepte d'autoavaluació: són les pròpies empreses les que han de valorar si les seves pràctiques poden interferir en el mercat. Però és difícil fer-ho a priori, si bé hi ha tot un cabal jurisprudencial sobre aspectes i condicions en què es poden fer pràctiques col·lusòries, etc. Tanmateix, cal tenir en compte que les condicions econòmiques són canviants i els contextos diferents. Així mateix, el ponent va repassar les excepcions amb relació a les pràctiques col·lusòries i va assenyalar la inclusió d'“exempcions legals”, que no són res més que qüestions d'oportunitat política. I amb relació a les excepcions de les pràctiques col·lusòries i, en concret, de “les declaracions d'inaplicabilitat per afectació a l'interès públic”, es va preguntar si això es valorarà atenent una oportunitat política o econòmica. I pel que fa a l'abús de posició de domini, la pregunta va ser què s'entén per situació d'abús i per posició de domini. De fet, es tracta de dos “conceptes jurídics indeterminats”. Caldrà veure si aquests criteris s'aplicaran amb oportunisme o no, ja que se'n pot fer un ús abusiu. I va cloure l'exposició analitzant el règim sancionador i apuntant que el concepte d'empresa que maneja la Llei excedeix el de persona jurídica, ja que parla de “decisió empresarial”. I va coincidir amb els altres ponents que els criteris econòmics que la Llei introdueix obligaran les parts a haver de provar per mitjà procediments molt costosos i complicats.

Ressenya preparada per la Dra. María Dolores Oller i Sala