

RESEÑA DE LA JORNADA: LA NUEVA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

19 de Noviembre de 2007

La nueva Ley reguladora de la defensa de la competencia (LDC), en vigor desde el pasado día 1 de septiembre, constituye sin duda uno de los marcos normativos más relevantes del final de la legislatura en curso.

La regulación del mercado como instrumento para preservar y promover la libertad de competencia por un lado y las decisiones estratégicas de las empresas para posicionarse adecuadamente en un mercado cada vez más competitivo por otro, han hecho que esta disciplina cobre gran notoriedad en el Derecho Mercantil. Las posibilidades y límites que ofrece la norma así como sus novedades más significativas fueron objeto de análisis y discusión en la *Jornada* organizada por la Facultad de Derecho de ESADE (URL) el pasado 19 de noviembre, en la que participaron 58 asistentes y que contó con la presencia de renombrados especialistas en el sector así como con miembros destacados de la Administración y la Judicatura. La Jornada contó con la colaboración de La Gaceta de los Negocios

La apertura y presentación de la Jornada corrió a cargo del Dr. Pedro Miroso, Decano de la Facultad de Derecho de ESADE (URL) quien elogió la Ley 15/2007 de 3 de Julio, que adapta el derecho español a la evolución realizada por el Derecho Comunitario a partir del 2004 y que en términos generales merece un juicio positivo. La Jornada se desarrolló a partir de dos Mesas de trabajo, a las que siguieron sendos coloquios.

La primera Mesa de Trabajo estuvo moderada por el Dr. Miguel Trías, Abogado y Catedrático de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de ESADE (URL) y contó con la intervención de dos prestigiosos ponentes: Dr. Luís Franco, Ex Conseller de Treball de la Generalitat de Catalunya y actual Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia de Cataluña y D. Amadeu Abril, Profesor asociado de la Facultad de Derecho de ESADE (URL).

D. Luís Franco en su ponencia titulada **“La nueva Ley de Defensa de la Competencia”** ofreció una visión general de las novedades introducidas, realizando una valoración globalmente positiva de los principios y los objetivos que inspiran dicha Ley, aunque cabe que surjan dudas o reservas sobre ciertos puntos, como luego se puso de manifiesto en el diálogo. En el desarrollo de su exposición pasó a centrarse en las novedades respecto a la anterior regulación en cuestiones como las conductas restrictivas, el control de concentraciones y el control del sector público y ayudas públicas. A destacar la ampliación de la cuota de mercado en cuanto a la obligación de notificación de la operación de concentración (que pasa del 25% al 30%) y el refuerzo del papel de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), a la que se legitima para que pueda impugnar directamente ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley, de los que deriven obstáculos al

mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados (art. 12,3), así como la limitación del control de concentraciones por parte del Gobierno.

Especial interés tuvo el análisis del régimen sancionador, valorándose el que haya ganado en claridad, si bien el ponente se hizo la pregunta de hasta qué punto el hecho de que una norma, por la misma infracción, habilite a imponer sanciones de muy distinta cuantía, no puede ser ella misma generadora de inseguridad jurídica. En este sentido, a recordar que el artículo 63 prevé multas de hasta el 1%, 5%, 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, según las infracciones sean leves, graves o muy graves, respectivamente. Asimismo, se hizo alusión a la incorporación de la política de clemencia, una de las grandes novedades de la Ley, que sigue así las tradiciones europea y anglosajona al respecto, de exonerar del pago de la multa a las empresas que, habiendo formado parte de un cártel, denuncien su existencia, aporten pruebas para la investigación y cesen en su conducta infractora (artículos 65 y 66).

También se abordó el ámbito institucional, haciéndose hincapié en la creación de la CNC como institución única e independiente del Gobierno y el establecimiento de un nuevo sistema de nombramiento y régimen del presidente y consejeros, la ampliación de sus funciones y la garantía de la publicidad de sus actuaciones, medidas todas ellas tendentes a garantizar su mayor eficacia. A destacar, las medidas encaminadas a procurar la independencia de los candidatos, no sólo desde el punto de vista de la ideología, sino también por lo que respecta a asuntos privados. Es asimismo encomiable el hecho de primar la transparencia en las actuaciones de la CNC. Finalmente, y también en el ámbito institucional, D. Luís Franco abordó las competencias de los órganos autonómicos, de acuerdo con la Ley 1/2002 de Coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. Dicha Ley, consecuencia de la sentencia del TC 208/1999 que declaraba la inconstitucionalidad de una cláusula de la Ley 16/1989, de 17 de julio, que disponía un sistema centralizado en materia de defensa de la competencia (no contemplando la posibilidad de que las CCAA pudieran establecer sus propios órganos autonómicos en este ámbito), reconoció la competencia ejecutiva en materia de defensa de la competencia a las CCAA, y fijó la distribución de competencias entre éstas y el Estado. Y tras un somero análisis de la actividad llevada a cabo en este ámbito por los organismos en defensa de la competencia de Galicia, País Vasco, Aragón y Cataluña, señaló, no sin antes dejar constancia que la normativa actual establece nuevas competencias y facultades para las autonomías, que la nueva LDC ha optado por no integrar en su articulado la Ley 1/2002, lo cual habría dado mayor seguridad jurídica y claridad al sistema.

D. Amadeu Abril, Profesor asociado de la Facultad de Derecho de ESADE (URL), experto en derecho de las tecnologías de la información, uno de los padres del dominio .cat y buen conocedor de la materia, **intervino con la ponencia titulada “El nuevo régimen de las operaciones de concentración”**. Comenzó su exposición definiendo qué son las concentraciones y señaló que pueden ser simplemente consecuencia de mayor

eficiencia, de expansión de los mercados y del deseo de proporcionar mejores productos a precios más competitivos, o bien pueden ser maneras de reducir la competencia, reforzando a menudo posiciones de dominio o facilitando la colusión y, como consecuencia de ello, proporcionando menos opciones y peores precios. De ahí que deban someterse a control, pues a partir de cierto punto las concentraciones benefician siempre a las empresas más poderosas, lo que supone un efecto estructural. A continuación recordó que el sistema de control de las concentraciones empresariales presente en la Ley es un control peculiar, caracterizado por ser un control de estructuras, no de conductas, un control *ex ante*, no *ex post*, con notificación obligatoria, que contempla una clara separación competencial/ jurisdicción entre órganos UE/Estados miembros. En cuanto a la legislación aplicable, todo el Derecho europeo de la competencia se ha puesto al día pero a nivel español, todavía no contamos con un Decreto de aplicación de la nueva Ley en materia de concentraciones –en trámite de aprobación- con lo cual sigue vigente en tanto no se oponga a la nueva Ley, el Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la ley 16/1989, de 17 de julio.

Tras señalar el tipo de concentraciones que son objeto de control, el ponente pasó a analizar la autoridad competente para realizarlo, cuestión ésta en la que se produce un claro reparto competencial: unas concentraciones, las de dimensión comunitaria, son controladas sólo por la Comisión europea mientras que los Estados, en nuestro caso a través de la CNC, controlan las no comunitarias, fijando su propio umbral. Se abordaron después los criterios de la LDC para evaluar las concentraciones así como el procedimiento de control y los criterios de valoración sustantiva establecidos en la Ley, que siguen las líneas del Reglamento de la Comisión Europea (CE), así como la normativa USA. A destacar que en los temas de procedimiento es donde podemos apreciar un cambio sustancial en relación a la normativa anterior: la nueva Ley encomienda a la CNC la instrucción y la decisión, con la posible intervención del Ministerio de Economía y Hacienda; una vez notificado el Ministro éste tiene 15 días para elevar la decisión sobre la concentración al Consejo de Ministros, que intervendrá por razones de “interés general”, entre ellas “la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial”, “concepto jurídico indeterminado” que va a tener que concretar el Ministro del ramo correspondiente.

Como valoración final el ponente señaló que aunque vamos confiando cada vez más en el mercado, todavía reservamos intervenciones importantes al Estado en materia de competencia, lo que parece indicar un cierto “temor” a dejar que el mercado se desarrolle por sí mismo. Esta Ley hace aflorar el viejo conflicto entre control de las concentraciones y política industrial. La gran pregunta es si queremos un mercado competitivo o *National/European Champions*. En otras palabras, si preferimos seguir el modelo británico o por el contrario deseamos apostar por una política industrial a la francesa.

La segunda Mesa de Trabajo estuvo moderada por el Dr. Julio Añoveros, Profesor titular de Derecho Internacional y director de la cátedra Jean Monet de la Facultad de Derecho de ESADE (URL), exdiputado al Parlamento Europeo y contó con la intervención de otros dos ponentes de excepción: D. José María

Fernández Seijo, Juez de lo Mercantil (nº 3 de Barcelona) y D. Javier Fontcuberta, Profesor asociado de la Facultad de Derecho de ESADE (URL), Socio de Landwell-PwC y Director de la Jornada.

En su ponencia “La competencia de los Tribunales de lo Mercantil y el régimen sancionador”, D. José María Fernández Seijo señaló que en consonancia con las modificaciones operadas en la UE (Reglamentos 1/2003 y 139/2004 ambos del Consejo), la LDC permite dirimir en el ámbito de la jurisdicción civil los conflictos que surjan en aplicación de las normas de competencia. Ello supone una de las principales novedades de la Ley y un cambio cualitativo en el sistema de tutela en la medida en que se traslada al ámbito civil el conocimiento de asuntos que hasta hoy estaban sometidos a la fiscalización de los órganos administrativos y a los recursos contencioso-administrativos. Hizo hincapié en la trascendencia no sólo práctica sino también simbólica de tal regulación: los jueces mercantiles se convierten así en un eje fundamental en la supervisión del funcionamiento de los mercados desde la perspectiva de la defensa de la competencia. Ello les plantea un reto: van a dejar de ser jueces de conflicto y se transformaran en jueces de mercado.

El ponente destacó también la habilitación de un cauce procesal más ágil y efectivo y alertó sobre las serias incógnitas procesales a que da lugar el nuevo texto, al no haber en el un cuerpo normativo articulado que permita estructurar las competencias de los juzgados mercantiles en estas materias, lo que exigirá el complemento de las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento civil. Se centró luego en la determinación de la competencia objetiva de los juzgados mercantiles en estas materias, y entre otras cuestiones pasó a tratar las conductas que, según la LDC, deben entenderse colusorias, así como las situaciones que suponen abuso de posición dominante (arts. 1 y 2). Destacó al respecto que la Ley plantea cierta complejidad al jurista, pues introduce conceptos de carácter económico que no tienen apoyatura en ninguna figura clásica derivada del derecho romano, lo que puede provocar problemas probatorios y consideró lógica la aplicación, por parte de los tribunales mercantiles, del principio de *minimis* (art. 5), es decir, la determinación de los umbrales a partir de los cuales cobra relevancia una determinada conducta. Pasó a contemplar también cuestiones atinentes a la determinación de la competencia territorial y al procedimiento aplicable, así como al interés legítimo de la CNC en intervenir en estos procedimientos. Desde la perspectiva procesal civil, según la nueva Ley, la presencia de la CNC no dependerá de la decisión judicial, sino de la propia iniciativa de dicho ente que puede irrumpir en los autos en cualquier momento, rompiendo así las reglas clásicas sobre presencia de las partes en el proceso civil. Lo mismo puede decirse en relación a los órganos equivalentes de las CCAA. Asimismo, hizo notar que la nueva normativa ha normalizado la presencia de la CNC como *amicus curiae* y abordó las características del régimen sancionador.

Entre otras valoraciones de la Ley, D. José María Fernández Seijo puso de manifiesto el peligro de interpretar en clave jurídica recomendaciones de carácter económico hechas a los tribunales. Y puntualizó que la apuesta por un sistema más ágil y más eficaz puede generar riesgos si no se ponderan los intereses en juego ya que un abuso de los mecanismos judiciales de control del

mercado puede suponer una interferencia en el normal funcionamiento del mismo, suponiendo un efecto perverso respecto de la finalidad de la Ley. Señaló que hay algunas lagunas en el ámbito procesal judicial que pueden comprometer una correcta aplicación de la Ley y que en su redactado quedan abiertas salidas en falso que pueden dar al Ejecutivo una gran capacidad de intervención. Y concluyó manifestando que es todavía prematuro considerar que los jueces mercantiles terminarán por convertirse en jueces del mercado aunque el camino abierto por la reforma parece ya imparable.

La última intervención estuvo a cargo de **D. Javier Fontcuberta, quien en la ponencia titulada “Los cartels, las posiciones de dominio y los actos desleales en la Ley”** abordó el tema de las restricciones de conductas desde la perspectiva del Derecho Mercantil. Empezó recordando que la Constitución reconoce en su art. 38 la libertad de empresa en una economía de mercado, pero a pesar de la existencia de este principio constitucional, a menudo sucede que las empresas pactan acuerdos contrarios a la libre competencia; es entonces cuando el legislador norma porque el Estado tiene el interés público de mantener el sistema de libre competencia y debe también velar por el interés general de los consumidores así como por el interés privado de otros competidores. Pasó luego a tratar del esquema de la prohibición de conductas contenido en la Ley (prácticas colusorias, abuso de posición de dominio y falseamiento de la competencia por actos desleales).

Una de las novedades introducidas por la Ley es el concepto de autoevaluación: son las propias empresas las que han de valorar si sus prácticas pueden interferir en el mercado. Pero es difícil hacerlo a priori, aunque hay un acervo jurisprudencial sobre aspectos, condiciones en las que pueden realizarse prácticas colusorias, etc., pero hay que tener en cuenta que las condiciones económicas son cambiantes y los contextos diferentes. Asimismo, el ponente pasó revista a las excepciones en relación a las prácticas colusorias e hizo notar la inclusión de “exenciones legales” que no son otra cosa que cuestiones de oportunidad política. Y en relación a las excepciones de las prácticas colusorias y en concreto de “las declaraciones de inaplicabilidad por afectación al interés público”, se preguntó si ello se valorará atendiendo a una oportunidad política o económica. Y por lo que respecta al abuso de posición de dominio la pregunta fue qué se entiende por situación de abuso y por posición de dominio. En realidad se trata de dos “conceptos jurídicos indeterminados”. Habrá que ver si estos criterios se aplicarán con oportunismo o no, puesto que se puede hacer un uso abusivo de los mismos. Y finalizó su exposición analizando el régimen sancionador y apuntando que el concepto de empresa que utiliza la Ley excede al de persona jurídica, puesto que habla de “decisión empresarial”. Y coincidió con los otros ponentes que los criterios económicos introducidos por la Ley van a obligar a las partes a tener que probar mediante procedimientos muy costosos y complicados.