

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN UN MARCO DE CRISIS GLOBAL

Luis Berenguer Giménez

Abogado, LB&A Abogados; Profesor Derecho Mercantil UMH.

Sumario: **I.- Introducción: crisis económica global. II.- Implicaciones para el Derecho de la Competencia. 2.1.- acuerdos restrictivos. 2.2.- Concentraciones. 2.3.- Ayudas públicas. III.- La nueva perspectiva. IV.- Conclusiones**

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN UN MARCO DE CRISIS GLOBAL

Sumario: **I.- Introducción: crisis económica global. II.- Implicaciones para el Derecho de la Competencia. 2.1.- acuerdos restrictivos. 2.2.- Concentraciones. 2.3.- Ayudas públicas. III.- La nueva perspectiva. IV.- Conclusiones.**

I.- Introducción.

Dejando por ahora de lado las causas que la originan, el momento en que se inicio, los responsables e, incluso, sus consecuencias, lo cierto es que la situación económica internacional actual es de crisis. La irrupción de esta situación en la economía mundial ha implicado una serie de consecuencias en todos los niveles de la sociedad. El mundo jurídico, por supuesto, tampoco ha quedado indemne a la tormenta económica que nos azota. Y dentro de este ámbito, el Derecho de la Competencia es especialmente sensible, tal y como se verá a lo largo del presente trabajo, toda vez que si existe un Derecho con aspiraciones globales es el de la Competencia.¹

Sin ánimo de elaborar teoría alguna sobre la actual situación de crisis, si parece haber coincidencia en que dos rasgos ilustran la actual economía mundial. Por un lado, se trata de una crisis de profundo impacto, que afecta a todos los niveles del mercado, y que paralelamente, conlleva una gran dificultad en su catalogación y definición. Por otro lado, la crisis actual tiene un ámbito global indudable. Efectivamente, el alto grado de integración internacional de las economías mundiales y el amplio nivel de interrelación entre los sistemas económicos han

¹ En este sentido, resulta especialmente interesante ver la vinculación entre practicas anticompetitivas y mercado global que realiza Maskus, Keith E. “Intellectual Property Rights in the Global Economy”, Ed. Insititue for International Economicas, 2002

resultado en un rápido contagio de los síntomas de la crisis entre los actores internacionales y, por ende, en una crisis de ámbito territorial planetario.

Y, tal y como ya ha quedado apuntado, la crisis global tiene consecuencias en el ámbito jurídico. Efectivamente, si nos detenemos a analizar las causas que han generado una situación de crisis financiera y productiva con efectos tan devastadores como la actual, encontraremos que todas ellas tienen importantes vínculos legales. Así, como se viene señalando mayoritariamente, la actual situación de crisis global obedece a diversos motivos pero, principalmente, a la existencia en el sistema económico internacional de fallos de buen gobierno de los operadores del mercado, de la inoperancia de los mecanismo regulatorios (en todos los ámbitos territoriales), a un deficiente diseño de las políticas económicas (nuevamente, tanto nacional como internacional) y a llamativos errores en el diagnóstico de los indicios que llevaban a pensar en la irrupción de una crisis económica. Todas estas causas, como se ha apuntado, revisten implicaciones jurídicas, hasta el punto que no resulta descabellado afirmar que uno de las causas que han llevado a la actual situación de crisis es la de un insuficiente, cuando no deficiente, marco normativo en el ámbito mercantil, principalmente.

De hecho, y como muestra de la vinculación entre el Derecho de la Competencia y la crisis, es llamativa la proliferación de conferencias y jornadas organizadas a lo largo de 2009 en torno al tema que nos ocupa². Del mismo modo, la Comisión Nacional de la Competencia se ha significado en manifestar públicamente, especialmente en medios de comunicación generalistas, sus ideas en torno al lazo que une la crisis y la libre competencia. En definitiva, y como se verá en los apartados siguientes, el mensaje de la CNC ha resultado claro: en tiempos de crisis no debe cederse en la aplicación de los mecanismos legales que tienen por objeto la defensa y salvaguarda de la libre competencia.

II.- Implicaciones de la crisis en el Derecho de la competencia.

Ya ha sido señalado que, en opinión de quien suscribe, el marco regulatorio existente y, concretamente, sus carencias y deficiencias, es una de las causas de la crisis actual. Sin embargo, no debe confundirse una exigencia de un sistema normativo más completo y

² Sin ánimo de exhaustividad, quien suscribe recuerda la celebración durante 2009 de, al menos, tres jornadas que tuvieron por tema principal “el Derecho de la Competencia y la Crisis”, todas ellas con destacada participación de miembros relevantes de la Comisión Nacional de la Competencia.

sofisticado con mayor intervencionismo y, por supuesto, con el establecimiento de mecanismos proteccionistas.

Efectivamente, entre las propuestas para superar la crisis se han mencionado aquellas dirigidas a la creación de operadores económicos nacionales con peso internacional (los conocidos como ‘campeones nacionales’), a la relajación de las norma que regulan el intervencionismo del Estado mediante ayudas o, incluso, a aplicar de forma más laxa las normas que ordenan el mercado.

En definitiva, todas estas propuestas de soluciones que se plantean implican un nuevo enfoque de las normas de la competencia o, al menos, de la interpretación y aplicación de las mismas.

De hecho, como ha señalado el actual Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia, *“En épocas de crisis existe cierta tendencia a exigir un mayor proteccionismo y la restricción de la competencia n los mercados con el supuesto objeto de contribuir al sostenimiento de la economía hasta que lleguen tiempos mejores. ¿Es éste un argumento válido? La respuesta es un no rotundo (...). La recuperación económica requiere de emprendedores y de innovación y, por tanto, es fundamental que las puertas permanezcan abiertas.”*³

Mención especial en este momento debe hacerse a la situación en España. Y es que, con la entrada en vigor, en septiembre de 2007, de la nueva Ley de Defensa de la Competencia⁴, se ha producido un evidente reforzamiento de la política de la competencia en nuestro país.

Y en este sentido, con carácter general y sin ánimo de tratar con profundidad los actos y conductas que se recogen en la Ley de Defensa de la Competencia, si se considera necesario para la mejor comprensión de este trabajo hacer una breve referencia a dichos actos. Así, conviene recordar que nuestra legislación diferencia entre las llamadas conductas prohibidas y las conductas autorizables.

Por su parte, las conductas prohibidas de nuestra Ley de Defensa de la Competencia hacen referencia a tres tipos de conductas anticompetitivas.

³ Berenguer Fuster, Luis. “Competencia en tiempos de crisis”. EL PAIS, 12 de abril de 2009.

⁴ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

Por un lado, el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, prohíbe los acuerdos restrictivos de la competencia o pactos colusorios. En suma, el precepto reseñado considera contrarios a la libre competencia cualquier conducta de dos o más operadores económicos consistente en llegar a algún tipo de acuerdo —entendido este término en el sentido amplio y no formal—o poner en común conductas de mercado que puedan tener como resultado la obstaculización o el falseamiento de la competencia.

Por último, si bien han desaparecido de la normativa de Derecho de la competencia la referencia expresa al régimen de autorizaciones de acuerdos contrarios a la competencia, lo cierto es que esta posibilidad de autorizar pactos colusorios sigue siendo una posibilidad legal. Efectivamente, por mor del artículo 1. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, “la prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto” siempre que se den unas circunstancias legalmente tasadas en el meritado precepto.

Por otro lado, el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia en vigor califica como una conducta contraria a la libre competencia el abuso de una posición de dominio que pudiera ostentar un operador en un determinado mercado. Esto es, se prohíbe que uno o varios actores de mercado, que gocen de una posición preferente o de dominio en un mercado, utilicen tal circunstancia de forma abusiva y, en su consecuencia, en perjuicio de competidores, de los consumidores o, en general, del mercado.

Por último, el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia considera contrario a Derecho “los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público”, esto es, aquellos comportamientos que, siendo objetivamente encuadrables en los ilícitos establecidos en los artículos 5 a 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, revistan tal importancia que merezcan ser conocidas por la Comisión Nacional de la Competencia.

En cuanto a las conductas autorizables, como ha quedado reseñado, habrá que diferenciar entre el control de las concentraciones y el de las ayudas públicas. Ambas conductas no se encuentran prohibidas, sino que, para llevarlas a cabo, deben ser autorizadas por la correspondiente autoridad de la competencia.

Conviene, por tanto, analizar las implicaciones que, tanto desde una perspectiva práctica como desde un punto de vista teórico, conlleva la crisis global actual para las distintas conductas tipificadas en la Ley de Defensa de la Competencia.

2.1.- Conductas colusorias

Es sobradamente conocido el aforismo que establece que, en tiempos revueltos, se incrementa sensiblemente el número de litigios. El Derecho de la Competencia no es ajeno a esta máxima y, buena muestra de ello la encontramos en la conducta anticompetitiva por excelencia, los acuerdos restrictivos de la competencia.

Efectivamente, estas conductas que, como ha quedado reseñado, suponen una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, vienen siendo el clásico comportamiento contrario a la libre competencia: la colusión entre operadores para evitar una lucha competitiva que les pudiera perjudicar, desequilibrando así al mercado y a la posibilidad de elección de los consumidores⁵.

Es este, como se ha dicho, un comportamiento clásico. De hecho, ya en el siglo XVIII advertía Adam Smith sobre la existencia de tales conductas: *“La gente de un mismo gremio rara vez se reúne, aunque sólo sea para su entretenimiento y diversión, sin que la conversación termine en una conspiración contra el público o en algún tipo de arbitrio para elevar los precios”*⁶

Pues bien, los procedimientos instados ante la Comisión nacional de la Competencia (o iniciados de oficio) por vulneración del artículo 1 de la Ley continúan constituyendo el grueso de las actuaciones de la autoridad española de la competencia durante 2008 y 2009.

Lo que ciertamente resulta relevante en este punto es el incremento de las actuaciones que, de oficio, inició la Comisión en los primeros momentos de la crisis y frente a las asociaciones de productores agroalimentarios. Y es que, este hecho se encuentra directamente relacionado con conductas vinculadas a la crisis y sus consecuencias.

⁵ El acuerdo entre empresarios para afectar al mercado es una conducta, como se decía, clásica. De hecho, algunas fuentes apuntan a su prohibición en nuestro ordenamiento en fecha tan temprana como en el Ordenamiento de Alcalá de 1348.

⁶ Smith, Adam. “Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones” Vol I, pag. 144.

Efectivamente, a mediados de 2008, y como consecuencia de las convulsiones que venía experimentando el precio del petróleo, numerosas asociaciones del sector agroalimentario y otros sectores cercanos (bebidas) manifestaron, de forma pública, la inevitabilidad de un aumento de los precios finales de los productos elaborados y distribuidos por sus representados. Ante esta circunstancia, como ha quedado dicho, la Comisión Nacional de la Competencia inició sendos procedimientos que, en su totalidad, han desembocado en resoluciones declarando la existencia de acuerdos restrictivos de la competencia por tratarse de conductas que, directa o indirectamente, suponían acuerdos horizontales de fijación de precios. En su consecuencia, a las asociaciones que fueron consideradas autoras de tales conductas se les ha impuesto una serie de sanciones económicas de relevante cuantía⁷.

No es objeto de este trabajo entrar a analizar el fondo del asunto de los expedientes referidos, sin embargo, de los mismos, y de la actuación de la Comisión, si cabe sacar consecuencias relevantes a los efectos del tema que nos ocupa.

Efectivamente, la principal valoración que debe efectuarse en el marco de la actuación de la autoridad española de la competencia es la de demostrar una absoluta firmeza ante la existencia de acuerdos que considera restrictivos de la competencia. De hecho, este extremo, como ha quedado apuntado anteriormente, no debe constituir sorpresa alguna, toda vez que los representantes de la Comisión venían manifestado, de forma reiterada, su intención de aplicar la legislación de defensa de la competencia con independencia de la situación económica. Cuanto ha sido afirmado pudiera resultar obvio, dado que no debe constituir un hecho digno de ser significado que un órgano administrativo cumpla con sus obligaciones legalmente atribuidas. Sin embargo, lo cierto es que la mayor autonomía de la que la CNC goza desde la entrada en vigor de la Ley de 2007 ha acentuado su celo profesional.

En definitiva, no resulta viable jurídicamente aducir que una conducta anticompetitiva es consecuencia de la situación económica de crisis y que, por su causa, inevitable. Resulta plausible, por tanto, que la CNC

⁷ Las resoluciones de las CNC a las que se hace referencia son:

- expediente S 0044/08 PROPOLLO, de 29 de septiembre de 2009, por la que se condena a esta asociación a una multa de 200.000€
- expediente S 0055/08 INPROVO, de 28 de septiembre de 2009, por la que se impone a la referida entidad una sanción de 100.000€
- expediente S 0053/08 FIAB Y ASOCIADOS Y CEOPAN, de 14 de octubre de 2009, por la que se condena al conjunto de asociaciones condenadas una multa de 1.109.000€

2.2.- Control de las Concentraciones

Dejando de lado la mención a las conductas prohibidas, conviene hacer una referencia a las conductas autorizables y, en primer lugar, a los efectos que la crisis ha producido en el ámbito de las concentraciones.

Como ha quedado reseñado, las concentraciones económicas no suponen, *per se*, una conducta anticompetitiva sino que simplemente se encuentran sujetas a autorización de la autoridad de la competencia desde el momento en que su volumen sea relevante. A estos efectos, la legislación vigente especifica en qué casos habrá que solicitar la preceptiva autorización.⁸

Con independencia de su régimen legal, si debe ser resaltado que las operaciones de integración empresarial significan una de las operaciones que mayor éxito están experimentando en estos tiempos de crisis. De hecho, sobre la base de la experiencia en el asesoramiento jurídico empresarial, podemos afirmar que, junto a la figura del concurso, que amenaza con colapsar la jurisdicción mercantil, el número de fusiones se ha visto incrementado sensiblemente desde 2007 en adelante⁹. La razón parece obvia, los operadores económicos, ante las incertidumbres de los mercados y el descenso de la demanda, optan por integrarse buscando tanto las economías de escala como mantener su cuota de mercado. Se trata, efectivamente, de un movimiento clásico: en tiempo de crisis, la contracción de la demanda implica la de la oferta.

Lo cierto es que el número de operaciones de concentración empresarial que han quedado sujetas a las autorizaciones de la Comisión Nacional de la Competencia han aumentado desde que entró en vigor la ley de 2007.

⁸ El artículo 8.1 de la LDC establece:

“1. El procedimiento de control previsto en la presente Ley se aplicará a las concentraciones económicas cuando concurra al menos una de las dos circunstancias siguientes:

a) Que como consecuencia de la concentración se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por 100 del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

b) Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.”

⁹ Durante el año 2007 se resolvieron por la CNC 118 solicitudes de autorización de concentración empresarial. EL numero se vio ligeramente reducido en 2008 (90) y parece mantenerse en 2009 (60 a finales de octubre de 2009).

Y, a este respecto, debe ser señalado, en primer lugar, que, en concordancia con cuánto ya ha sido puesto de manifiesto respecto de la actuación de la autoridad española de la competencia, ésta no ha dudado en subrayar la importancia que tiene la aplicación estricta del Derecho de la Competencia a los casos que nos ocupan. Así, siguiendo al presidente de la Comisión Nacional de la Competencia: *“un cártel es tan perjudicial en épocas de bonanza como en épocas de crisis. Un cártel sube los precios y reduce la producción, contribuyendo a la contracción de la economía. Si una operación de concentración reduce sustancialmente la competencia, su aprobación contribuiría a ralentizar la actividad económica más que a lo contrario”*¹⁰.

2.3.- Ayudas públicas

Si existe un sector del Derecho de la Competencia, tanto en España como en Europa, que se ha visto afectado por las políticas económicas en tiempos de crisis es el que regula el régimen de las ayudas públicas.

Efectivamente, en momentos de convulsión económica, los operadores económicos, especialmente aquellos que actúan en sectores estratégicos y los que tienen un peso específico en una economía nacional, centran sus peticiones en conseguir de los poderes públicos determinadas ayudas que les permitan mantenerse en el mercado. Y, del mismo modo, es habitual que las administraciones acudan en apoyo, cuando no al rescate, de esos operadores haciendo uso de las capacidades financieras públicas o a través de otros medios que, en definitiva, supongan una ayuda. Si el primero de los casos se limita a transferir, mediante subvenciones más o menos encubiertas, ciertas cantidades de dinero de la administración a los operadores, en el segundo de los supuestos hay que mencionar conductas destinadas a beneficiar a los operadores nacionales frente a los extranjeros. Así, bajo la excusa de la necesidad de crear a un ‘campeón nacional’ se encubren comportamiento típicamente proteccionistas.

De hecho, es una consecuencia típica de los tiempos de crisis, caer en tentaciones proteccionistas y, por ende, desequilibrar el mercado con ayudas públicas con criterios de dudosa razonabilidad. Como se ha señalado *“El proteccionismo político se suscita en la doble acción de desequilibrar la igualdad de las empresas en los mercados a favor de las que, con categoría política, son su apoyo explícito, con la interdicción de intervención que altere la*

¹⁰ Berenguer Fuster, Luis. Op. Cit.

relación de poder de los grandes consorcios económicos e industriales en el mercado. Apela, revestido de inocencia liberal, a la asignación de los recursos públicos en su propio favor como contrapeso de las políticas económicas de la demanda, cuando éstas son necesarias, o impidiendo la introducción de la competencia efectiva en el mercado y la mejora de su eficiencia, cuando las políticas económicas de la oferta permiten también conservar la cuota de poder económico que como rayo bifronte fulmina cualquier pretensión de igualdad en el funcionamiento de los mercados.”¹¹

Ante esta situación, la Ley de Defensa de la Competencia, en su artículo 11, hace referencia al régimen legal que resultará de aplicación a las ayudas públicas en tanto en cuanto pudieran afectar “*al mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados*”.

En su consecuencia, cualquier ayuda pública que cumpla una serie de criterios establecidos legalmente deberá obtener la preceptiva autorización de la autoridad de la competencia de la Unión Europea, limitándose la actuación de las autoridades nacionales a informar sobre el caso concreto.

Sin embargo, la existencia de la normativa reseñada no ha significado que la administración española se eximiera de prestar las ayudas públicas que le eran exigidas desde distintos sectores. Así, en España, las diferentes administraciones han puesto en marcha planes de ayuda a diferentes sectores. Entre las ayudas que mayor difusión han encontrado deben señalarse las destinadas a los sectores del automóvil, a la construcción y a aerolíneas.

Pero si hay un sector en el que las ayudas públicas –tanto en nuestro país como en la Unión Europea— se han concentrado es el del sector financiero.

Nuevamente, el máximo dirigente de la autoridad española de la competencia hace referencia a la situación de las ayudas públicas en el sector financiero, al reseñar que “*si bien es cierto que, a nivel europeo, se ha producido una situación de excepcionalidad en el control de las ayudas públicas que pudiera distorsionar el juego competitivo, también es cierto que esta situación ha respondido al riesgo sistémico que un posible colapso de parte del sistema financiero pudiera suponer para las economías europeas. En todo caso, esta situación de*

¹¹ Moltó García, Juan Ignacio. “Las ayudas de los poderes público a las empresas españolas” en LA LIBERALIZACIÓN EN EUROPA. EL MITO DE ESPAÑA, pag. 166, Ed. Debates Europeos, Madrid, 2002

excepcionalidad debe ser transitoria y reversible de forma que no dañe irremediabilmente el funcionamiento de los mercados”¹²

Por tanto, incluso para los representantes de la Comisión Nacional de la Competencia parece estar justificadas las ayudas prestadas al sector financiero. No obstante lo anterior, lo cierto es que se viene a coincidir mayoritariamente en que nos encontramos en una situación de absoluta excepcionalidad. Y a pesar de ello, las ayudas destinadas al sector financiero deberán efectuarse de forma tal que se garantice la menor distorsión posible en el mercado. De igual modo, deberían reducirse, en la mayor medida posible, el riesgo de fragmentar el mercado interno europeo y evitar medidas de naturaleza proteccionista. Finalmente, no puede dejar de señalarse que estas ayudas deberán ir acompañadas de obligaciones y compromisos a ser asumidas por las entidades financieras receptoras de las ayudas de forma tal que, una vez la situación económica vuelva a estabilizarse y acabe la situación de excepcionalidad, se pueda restablecer el equilibrio en los mercados.

III.- Nuevas perspectivas.

Más allá del análisis que ha sido efectuado en los apartados precedentes, debe igualmente prestarse atención a la nueva perspectiva que el Derecho de la Competencia implica en los instrumentos normativos que se adoptan en aras a superar la crisis económica.

Así, en nuestro país, la Comisión Nacional de la Competencia ya ha manifestado su posición respecto de diversos cuerpos normativos, especialmente los contenidos en el desarrollo legislativo del conocido como ‘Plan E’. Efectivamente, el Derecho de la Competencia no puede abstraerse de actuaciones de los poderes públicos dirigidos a subvencionar determinadas actuaciones económicas ni, por consiguiente, de las normas que lo amparan. Igualmente, la Ley de Servicios Profesionales (dimanante de la Directiva de Servicios y contenida en el ‘Plan E’, si bien aun en fase de anteproyecto) merece el estudio por parte de las autoridades de la competencia.

En idéntico sentido, debe señalarse el detenido análisis que de la reforma de la normativa en materia de distribución comercial se efectúa desde el Derecho de la Competencia. En concreto, la Comisión Nacional de la Competencia aboga por la adopción, en este ámbito, de diversas medidas destinadas a agilizar el mercado de la distribución y la competencia en el

¹² Berenguer Fuster, Lui. Op. Cit.

mismo. Se viene considerando que el sector de la distribución reviste una importancia capital en nuestra economía y, en su consecuencia, la reforma legislativa en marcha debiera facilitar el acceso de los operadores a este mercado, suprimiendo determinadas autorizaciones existentes a día de hoy.

IV.- Conclusiones.

En definitiva, y como corolario de cuanto ha sido afirmado en el cuerpo del presente trabajo, cabe extraer una serie de conclusiones.

En primer lugar, cabe concluir que la crisis global si ha generado consecuencias para el Derecho de la Competencia.

En segundo lugar, debe entenderse claramente que, en tiempos de crisis, el Derecho de la Competencia no puede ser percibido como un obstáculo al desarrollo económico, como un instrumento que sea considerado una barrera a las políticas económicas dirigidas a restaurar el equilibrio económico. Pero es más, el Derecho de la Competencia no solo es un problema sino que es la solución porque permite mantener la libre competencia como escenario más aconsejable para el desarrollo económico. En su consecuencia, no puede relajarse, en modo alguno, la aplicación de las disposiciones legales que regulan la libre competencia.

Y, en último lugar, la situación de crisis y del consiguiente replanteamiento de las estructuras económicas debería ser aprovechada para promover reformas en la economía de forma tal que se mejoren las condiciones de la competencia.