

icade

NÚMERO

95

MAYO | AGOSTO [2015]

Monográfico

*Actualidad de Derecho
de Defensa de la Competencia*

PRESENTACIÓN DEL MONOGRÁFICO

El Derecho de Defensa de la Competencia es una de las disciplinas centrales del Derecho Mercantil. Su contenido material se manifiesta, como es sabido, en la regulación del poder de mercado de una empresa o grupo de empresas cuando éste sea susceptible de perjudicar el bienestar del consumidor, por ejemplo mediante la reducción de la oferta o la calidad de los bienes y servicios, el incremento de los precios, la eliminación de la innovación o la limitación de la elección del consumidor. La consideración de conceptos económicos tanto en la redacción como en la aplicación de las normas de competencia plantea importantes dificultades, pero constituye sin duda uno de los principales alicientes de esta disciplina. Este mestizaje jurídico-económico resulta especialmente notorio en la definición de algunas conductas, como por ejemplo las prácticas colusorias, los precios predatorios, el abuso de posición de dominio y las concentraciones empresariales. De ahí que el estudio del Derecho de Defensa de la Competencia exija un conocimiento profundo de la Teoría Económica. El presente número monográfico comprende tres trabajos que abordan cuestiones de actualidad en defensa de la competencia, en cuyo análisis convive la reflexión jurídica con la revisión crítica de las normas desde una perspectiva económica.

El primer trabajo lleva por título “La terminación convencional en el Derecho de la Competencia, ¿una solución adecuada a un procedimiento sancionador?”

y está a cargo del Prof. Dr. Fernando Díez Estella, profesor de Derecho Mercantil del Centro Universitario Villanueva, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid. Fernando Díez Estella es licenciado en Derecho (1995) y en Ciencias Económicas y Empresariales (1996) por la Universidad Pontificia Comillas ICAI-ICADE (E-3). Ha sido *visiting researcher* en Harvard Law School (2000) y es doctor en Derecho Mercantil por la Universidad Autónoma de Madrid (2001). Ha publicado ampliamente sobre el Derecho de Defensa de la Competencia y es autor de algunos de los trabajos más interesantes del panorama nacional en esta disciplina. Entre sus artículos recientes destacan, muy especialmente, los relacionados con la responsabilidad patrimonial derivada de las infracciones anticompetitivas (véanse “Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de jurisprudencia reciente” publicado en 2014 con Clara Estrada Meray en la *Revista de derecho de la competencia y la distribución*; y “La Directiva de acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos, con especial referencia a los programas de clemencia: ¿la última gran revolución en el Derecho de Defensa de la Competencia?” publicado en 2014 con Patricia Pérez Fernández en *Unión Europea Aranzadi*). Especial atención merecen su investigación sobre la responsabilidad de la sociedad matriz por las conductas anticompetitivas de sus filiales (véanse “Problemas derivados de la atribución europea de responsabilidad a las sociedades matrices por los ilícitos anticompetitivos de sus filiales: de ‘Stora’ a ‘Portielje’, pasando por ‘Akzo Nobel’ y ‘Elf-Aquitaine’” publicado en 2013 con Patricia Pérez Fernández en *Anuario de la competencia*; y “Responsabilidad antitrust de la matriz por los actos de la filial: ¿enajenación mental transitoria o aberración jurídica permanente en la Comisión Europea y la jurisprudencia comunitaria?” publicado en 2013 con Patricia Pérez Fernández en *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*) así como acerca de la célebre fusión entre Antena 3 y la Sexta (véanse “La no deseable injerencia del Gobierno en la Economía y la Competencia: reflexiones al hilo de la operación de concentración La Sexta y Antena 3” publicado en 2013 con Diego Crespo Lasso de la Vega en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*; y “La fusión entre Antena 3 y La Sexta: comentario de urgencia y análisis... ¿antitrust?” publicado en 2013 en *Revista de derecho de la competencia y la distribución*).

En el trabajo que aquí publicamos el autor examina el auge de los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos (ADR) en el ámbito *antitrust*. Uno de los objetivos declarados de las reformas acometidas por la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, fue precisamente la flexibilización del régimen de los acuerdos de terminación convencional (ATC) como mecanismo de finalización de los expedientes sancionadores de conductas restrictivas de la competencia. Además de un repaso de las cuestiones procedimentales más relevantes, una comparativa entre los modelos en EE. UU., la Unión Europea y España, y el análisis del tipo de compromisos que suelen ofrecerse, el autor se propone en este trabajo

señalar los problemas más habituales que se suscitan en la práctica, indagando en los motivos por los que los ATC no han tenido el éxito que se esperaba de ellos. El autor sostiene que la terminación convencional supone, cuando menos, una forma atípica de finalización de un expediente sancionador, de ahí que tampoco puedan extrañar las dudas que la figura ha suscitado y la cautela con la que debe afrontarse su empleo, tanto por parte de la Administración como las empresas. Tras unos comienzos que se han calificado como desalentadores, las reformas en los ATC introducidas por la Ley 15/2007, tendentes todas ellas a una mayor flexibilización del procedimiento, han cosechado un éxito indudable en cuanto al número de procedimientos cerrados por esta vía. El autor señala que el modelo español no está alineado con el europeo y que hay todavía aspectos tan importantes como la posible transacción de la multa, o la hipotética terminación convencional añadida a la sanción, que siguen sin resolverse. Es también llamativa la litigiosidad que han provocado las resoluciones de vigilancia de los compromisos así como la multitud de recursos por las partes afectadas por decisiones de darlos por extinguidos. Finalmente, el autor apunta que es de esperar que con el tiempo y la praxis de las autoridades de competencia así como la delimitación jurisprudencial de los ATC y los compromisos se llegue a un mejor y más profundo entendimiento y uso de los mismos.

El segundo trabajo lleva por título “Los intercambios de información entre competidores desde el punto de vista del Derecho de la Competencia y su calificación como infracciones ‘por objeto’” y está a cargo de Andrew Ward y Pablo Lavandeira Suárez. Andrew Ward es licenciado en Derecho por Cambridge University (1996) y *barrister* de Inglaterra y Gales (1997). Entre 2006 y 2010 ha sido *visiting scholar* en derecho comparado de la competencia en McGeorge School of Law, University of the Pacific y en la actualidad es profesor en cursos de máster organizados por ESADE, Universidad San Pablo CEU y Universidad Carlos III de Madrid. Es autor de numerosas publicaciones nacionales e internacionales, incluyendo los capítulos relativos a la normativa española de defensa de la competencia en las publicaciones de *Cambridge University Press Merger Control Worldwide* y *Cartels Worldwide*. Andrew Ward es uno de los abogados más destacados en España en la práctica de Derecho de la Competencia. En 2012 fue reconocido por la publicación *Global Competition Review* con el premio ‘40 under 40’. Actualmente es socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. Pablo Lavandeira Suárez es licenciado en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela (2002) y LL. M. por la Université Robert Schuman (Strasbourg III). Actualmente es asociado principal de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira.

En el trabajo que aquí publicamos los autores examinan los supuestos en los que los intercambios de información entre competidores pueden constituir una infracción de la normativa de defensa de la competencia y cuándo son susceptibles de generar eficiencias de mercado pro-competitivas. Para poder evaluar los

intercambios de información se debe atender, principalmente, a la estructura del mercado afectado, a las características de la información intercambiada y al modo en que se producen los intercambios de información. Los intercambios de información son una de las infracciones más investigadas y sancionadas en los últimos años por parte de las autoridades españolas de defensa de la competencia. En sus resoluciones, las autoridades españolas suelen considerar que un intercambio de información entre competidores constituye una infracción de la normativa de defensa de la competencia ‘por objeto’, aun cuando sea dudoso que los datos puedan ser estratégicos, por lo que no es necesario probar sus efectos restrictivos en el mercado. La ausencia de regulación legal específica sobre los intercambios de información entre competidores ha puesto en valor la práctica decisoria de las autoridades de competencia, de los tribunales y sobre todo de las directrices horizontales que facilitan una importante guía para la autoevaluación de los acuerdos. Con la reciente publicación de la Resolución de 18 de junio de 2015 en el asunto “Fabricantes de papel y cartón ondulado”, la CNMC sí ha considerado de manera acertada y en línea con las directrices horizontales y la jurisprudencia que el intercambio de información entre competidores sobre el precio de fabricación de papel para el cartón ondulado no podía considerarse como una infracción ‘por objeto’ al no tratarse de precios futuros sino pasados. Los autores sostienen que éste debería ser el enfoque predominante de la CNMC a partir de ahora en casos similares.

El tercer trabajo lleva por título “Desarrollos recientes en control de concentraciones. Regulación de las participaciones minoritarias” y está a cargo de Jaime Folguera Crespo, Alfonso Gutiérrez Hernández y Tomás Arranz Fernández-Bravo. Jaime Folguera es licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (1977), diplomado en Derecho de las Comunidades Europeas por la Escuela Diplomática de Madrid (1982), Máster en Asesoría Jurídica por el Instituto de Empresa (1983) y diplomado en Derecho de las Comunidades Europeas por el Centro de Estudios Constitucionales (1984) y la Universidad de Ámsterdam (1986). Ha asesorado en numerosos procedimientos de control de concentraciones e interviene regularmente en procedimientos de infracción de los artículos 101 y 102 del Tratado de la Unión Europea y de la Ley de Defensa de la Competencia ante las autoridades europeas y nacionales de defensa de la competencia. Jaime Folguera es uno de los abogados más destacados en España en los ámbitos de competencia / antitrust y farmacéutico y así lo han reconocido directorios jurídicos internacionales como *Chambers Global*, *PLC Which Lawyer?* *Yearbook* o *European Legal Experts*. Entre sus publicaciones más destacadas merece especial atención su colaboración en el *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 4ª ed. (2015) codirigido con Alfonso Gutiérrez Hernández (director), José Masgauer Fuentes (director) y José Manuel Sala Arquer (director). Actualmente es socio de Uría Menéndez. Alfonso Gutiérrez es licenciado en Derecho por la Uni-

versidad de Salamanca (1991), LL. M. en Derecho Comunitario por la Universidad Católica de Lovaina (1992) y LL. M. en Derecho Comunitario por el Colegio de Europa de Brujas (1993). Su práctica profesional se centra en el Derecho español y europeo de la competencia. Ha asesorado en numerosos procedimientos de control de concentraciones e interviene regularmente en procedimientos de infracción de los artículos 101 y 102 del Tratado de la Unión Europea y de la Ley de Defensa de la Competencia ante las autoridades europeas y nacionales de defensa de la competencia. Es uno de los abogados más destacados en España en los ámbitos de competencia / antitrust y farmacéutico y así lo han reconocido directorios jurídicos internacionales como *Chambers Global*, *PLC Which Lawyer?* *Yearbook* o *European Legal Experts*. Entre sus publicaciones más destacadas merece especial atención su colaboración en el *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 4ª ed. (2015) codirigido con Jaime Folguera Crespo (director), José Massaguer Fuentes (director) y José Manuel Sala Arquer (director). Actualmente es socio de Uría Menéndez. Tomás Arranz es graduado en Derecho por y Administración y Dirección de Empresas por la Universidad Autónoma de Madrid (2011) y diplomado en *EU Competition Law* por King's College London, University of London. Es profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Entre sus publicaciones recientes destacan sus trabajos sobre ayudas de estado (véase “State Aid Rules and National Security: The Court Delineates the Application of Articles 346 and 348 TFEU. Annotation on the Judgement of Court of Justice (Second Chamber) of 28 February 2013 in case C-246/12, Ellinika Nafpigeia AE v Commission publicado en 2014 en *European State Aid Law Quarterly*; y “A New Step in Material Selectivity in Tax Measures. Annotation on the Judgment of Court of Justice (Second Chamber) of 21 June 2012 in case C-452/10 P, BNP Paribas and BNL v Commission” publicado en 2013 en *European State Aid Law Quarterly*).

En el trabajo que aquí publicamos los autores examinan el debate sobre la necesidad de regular el tratamiento de las adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan control, retomado con ocasión de la consulta pública promovida con motivo del décimo aniversario de la entrada en vigor del Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas. La Comisión Europea se encuentra ante el reto de definir una reforma que dé respuesta a la insuficiencia del sistema actual para analizar determinadas operaciones que pueden afectar de manera significativa a la competencia efectiva y que, al mismo tiempo, no imponga cargas desproporcionadas a los administrados. El sistema de control de concentraciones introducido por el Reglamento 4064/89 y perfeccionado por el Reglamento 139/2004 ha sido valorado muy positivamente durante los últimos años. Sin embargo, al centrarse en el concepto de cambio de control, el actual sistema de control de concentraciones únicamente resulta de aplicación a aquellas operaciones que confieren la capacidad de ejercer influencia

significativa sobre las actividades de una empresa. Incluir las adquisiciones de participaciones minoritarias que no confieren control en el ámbito de aplicación del control de concentraciones europeo supondría, por tanto, una reforma de gran calado y una modificación relevante en lo que se refiere al núcleo mismo del régimen actual. En este escenario, debería plantearse si merece la pena incluir una nueva tipología de operaciones en el ámbito del Reglamento 139/2004 que solamente en casos marginales puede ser apta para plantear problemas de competencia y que ya están cubiertas parcialmente por otros instrumentos. Finalmente, de acuerdo con el desarrollo de los regímenes de control de concentraciones en la Unión Europea observado a lo largo de los años, es previsible que una reforma de estas características sea replicada por los Estados miembros que aún no cuentan con un sistema de control de participaciones minoritarias en su normativa nacional. Por tanto, cabe esperar que los términos de la reforma que se discute actualmente también tengan una influencia determinante en las regulaciones futuras de los Estados miembros.

Bruno Martín Baumeister
Madrid, 20 de julio de 2015