

RAIMUNDO ORTEGA BUENO

Leer en época de crisis



Nunca ha sido fácil ser abogado de Derecho de la Competencia en un despacho. Suelen ser nuestros elegantes colegas de *corporate* los más admirados por ustedes, los clientes, no en vano son los que estructuran las operaciones, por complejas que sean, a su gusto, y nosotros los que les cambiamos el semblante con frases como "no sé si esta estructura convencerá a las autoridades de competencia".

Pero en estas semanas, la percepción que tienen de nuestro trabajo, como prácticamente todo en el mundo, ha cambiado y mucho. Ahora, somos nosotros los que les hacemos felices proponiendo diversos mecanismos para sor-

tear el nebuloso escenario económico. Algunos ejemplos.

En primer lugar, no sería la primera vez que varios competidores, ante una situación de crisis, optan por llegar a acuerdos, por ejemplo, para reducir la producción. Estos "cárteles de crisis", que tienen un claro efecto restrictivo en la competencia -incrementar artificialmente el precio-, contaban en la propia Ley de Defensa de la Competencia (LDC) con un sistema ad hoc de autorización.

Toda vez eliminado dicho sistema en la actual LDC, y sin que parezca fácil que las autoridades de competencia consideren que un cártel en crisis cumpla los requisitos generales para la autorización

de los acuerdos restrictivos, sigue sin embargo existiendo la alternativa de la excepción legal: que sea el Estado el que, consciente de las dificultades que atraviesa un sector, ampare mediante ley el acuerdo restrictivo. Eso sí, lo anterior sólo aplica a los acuerdos que desplieguen sus efectos en España, pues si restringiera la competencia a nivel comunitario, la Comisión Europea, a pesar de contar con el beneplácito de las autoridades nacionales, podría perseguirlo.

En segundo lugar, determinadas operaciones de concentración que en situación normal no se permitirían por crear una posición de fortaleza económica -a resultados de la misma un operador con-

tro el 60% de un mercado- pueden recibir un trato más benévolo a través de la teoría de la empresa en crisis o *failing firm defense*.

Siempre que exista un elevado grado de certeza que de no mediar la concentración el deterioro a la estructura del mercado sería cuanto menos igual al daño a la competencia que se produce si se autoriza la concentración y, además, se demuestre que efectivamente la empresa en crisis está llamada a desaparecer, no existiendo otra alternativa menos dañina para la competencia, las autoridades de competencia podrían autorizar una concentración que en otras circunstancias no permitirían.

En tercer lugar, y si la "iniciativa privada" -los acuerdos o las concentraciones- no son suficientes, el Estado siempre puede acudir al rescate de las empresas mediante el otorgamiento de ayudas. Algo que normalmente no se admitiría -que el Estado mejore la situación competitiva de sus empresas a cargo del erario público-, las autoridades de competencia podrían visarlo en situaciones de dificultad económica. Eso sí, debe demostrarse que la ayuda se circunscribe al mínimo necesario para sanear la entidad. Además, se requerirá que se ponga en funcionamiento un plan de saneamiento de la entidad de tal manera que no se la vuelva a exponer a una si-

tuación similar y, sobre todo, que se garantice que la viabilidad de la entidad rescatada no pasa porque sean sus competidores los que asuman el peso del ajuste.

Por todo lo anterior, para evitar que en el futuro el arrepentimiento se apodere de usted, como le ocurriera a Vittorio Gassman cuando recuerda a Fanny Ardant, la que pudo ser su gran amor en *La Familia de Ettore Escola*, le recomiendo que en época de crisis consulte con su abogado de competencia. No le defraudará

Abogado de Jones Day y profesor de Derecho de la Competencia en la Universidad Carlos III