



**IPN/DP/0010/14 INFORME SOBRE EL
ANTEPROYECTO DE LEY DEL
CÓDIGO MERCANTIL**

17 de julio de 2014

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES.....	3
II. CONTENIDO.....	4
III. OBSERVACIONES.....	6
III.1. Observaciones generales	6
III.2. Observaciones particulares	9
III.2.1 Autonomía del Derecho de la Competencia	9
III.2.2 Facultades de intervención del Gobierno en operaciones de fusión	13
III.2.3 Ejercicio de acciones derivadas de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia	15
III.2.4 Cláusulas potencialmente anticompetitivas	19
III.2.5. Contratos en particular	22
III.2.6 Otras cuestiones	25

El Consejo, en Sala de Competencia, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), en su reunión de 17 de julio de 2014, ha aprobado el presente informe, relativo al Anteproyecto de Ley del Código Mercantil (en adelante el APL) en el que se analizan las implicaciones del mismo desde el punto de vista de la competencia efectiva en los mercados y la regulación económica eficiente.

La solicitud de informe tuvo entrada en esta Comisión el 3 de junio de 2014. La documentación recibida consiste en una versión del mencionado APL, junto con la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN).

Este informe se aprueba, a solicitud del Ministerio de Justicia, en ejercicio de las competencias consultivas de la CNMC en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, en aplicación del artículo 5.2 a) de la *Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*.

I. ANTECEDENTES

Por orden de 7 de noviembre de 2006 el Ministro de Justicia encargó a la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil.

Casi ciento treinta años después de la promulgación del vigente Código de Comercio se presenta este texto que pretende sustituir al de 1885, cuya inadecuación a la realidad política y económica se ha ido intentado superar mediante leyes que o han modificado su contenido o lo han derogado parcialmente, a la vez que han ido proliferando leyes especiales, todo lo cual ha ido vaciando su articulado.

Preside la promulgación de este nuevo texto la idea de un mismo Código para un mercado único, con vigencia en todo el territorio nacional. Según la exposición de motivos, se trataría de un texto unificador que acota con criterio unitario la materia mercantil e integra la legislación especial que la regula.

Los objetivos de esta iniciativa legal podrán resumirse en los siguientes: garantizar la unidad de mercado, modernizar la regulación, evitar la dispersión normativa y aumentar la seguridad jurídica y agilidad del tráfico económico.

El título competencial en el que de manera principal se fundamenta el APL es el art. 149.1.6º de la Constitución de 1978 que atribuye en exclusiva al Estado la legislación mercantil, sin olvidar algunos otros títulos que también son alegados por el proponente de la norma, como el art. 149.1.8º (ordenación de registros públicos) y el art. 149.1.9º (propiedad industrial).

Según la MAIN, *“el Código resulta el instrumento de política legislativa más adecuado. Cuando parecía superado el movimiento codificador, renace actualmente como recurso unificador (un mismo Código para un mercado único, con vigencia en todo el territorio nacional), que acota con criterio unitario la materia mercantil e integra la legislación especial que la regula”*.

En esta línea, se cita como antecedente inmediato el Código francés de comercio, *“el modelo implantado por el Code de Commerce francés de 2000, de recodificación sistemática de la legislación especial, en virtud de su inserción en el cuerpo legal, es el que sigue el Código español para integrar la vigente normativa dispersa, sin perjuicio de su revisión para actualizarla y completarla”*.

II. CONTENIDO

El Código está dividido en siete Libros que se organizan cada uno de ellos por Títulos y Capítulos, de tal manera que cada Capítulo tiene una numeración independiente.

Los siete Libros van precedidos por un **Título preliminar**, donde se incluyen los artículos que delimitan el objeto de la regulación del Código, haciendo referencia a los ámbitos subjetivo y objetivo que permiten delimitar la materia mercantil que es objeto de regulación en el mismo.

El **Libro primero** incluye la regulación de las empresas, la representación de los empresarios, los negocios sobre las empresas, la contabilidad y el Registro Mercantil. Se ha incluido una norma sobre la responsabilidad patrimonial de la nueva figura del emprendedor de responsabilidad limitada, que presenta como novedad el excluir la vivienda habitual de la responsabilidad por la realización de actividades económicas. Por lo que se refiere a las empresas, se las describe como organización de elementos diversos, de la que resulta un nuevo valor, el fondo de comercio. Se elevan a rango legal, por otra parte, las normas que contienen los principios registrales.

El **Libro segundo** está dedicado a las sociedades mercantiles. Se ha delimitado un espacio común, integrado por disposiciones generales aplicables a todas las sociedades mercantiles, para diferenciar luego las dos grandes categorías de sociedades, de personas y de capital. No obstante, en cada una de ellas se distinguen a su vez disposiciones comunes y específicas de un tipo societario concreto. En lo referente a la atribución de nacionalidad, se ha optado por el criterio de la constitución sin combinarlo con el del domicilio y se ha regulado como novedad la página web corporativa. Se incorporan en capítulo diferenciado las normas relativas a la sociedad anónima europea domiciliada en España.

Se regulan igualmente las modificaciones estructurales societarias, con especial incidencia en la fusión de sociedades y en las facultades reconocidas al gobierno respecto a operaciones transfronterizas. Por último, se regulan las denominadas uniones de empresas, entre las que se incluyen los grupos de empresas, las agrupaciones de interés económico y las uniones temporales de empresas.

El **Libro tercero** consta de seis Títulos y se refiere al Derecho de la competencia y la propiedad industrial. La regulación de la competencia en el mercado dentro del proyecto de Código es una de las novedades más

importantes. Desde el punto de vista procesal, según la MAIN, De este modo, se colma la laguna de la que, hasta ahora y a pesar de las exigencias comunitarias, adolecía la aplicación privada del Derecho de Defensa de la Competencia en España. No obstante, y tanto en lo que se refiere a las conductas desleales como a las prácticas restrictivas, el régimen jurídico-privado de represión de tales ilícitos convive con la consideración de ciertos actos de competencia desleal como ilícitos en materia de defensa de los consumidores y usuarios y de las prácticas restrictivas de la competencia como ilícitos administrativos según su la legislación especial.

- El Título I está dedicado a los principios generales en materia de competencia.
- El Título II establece las reglas sustantivas ordenadoras de la competencia desleal, procediendo a derogar la Ley 3/1991 de competencia desleal.
- El Título III, la legislación de defensa de la competencia, mediante remisiones a la normativa específica.
- El Título IV trata de las acciones derivadas de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia, y extiende los remedios y normas procesales de la Ley de Competencia Desleal a las prácticas restrictivas de la competencia.
- El Título V se dedica a los códigos de conducta.
- El Título VI se dedica a la Propiedad Industrial.

La regulación se completa con una disposición adicional sobre modificación de ciertas normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y una disposición derogatoria que determina las normas específicamente derogadas por la nueva regulación.

El **Libro cuarto** tiene por objeto las normas sobre obligaciones y contratos mercantiles en general, responde a la necesidad de modernizar este sector de la actividad mercantil, que, salvo por la regulación concreta de algunos contratos aislados, ha permanecido hasta ahora al margen del proceso de actualización que ha experimentado el Derecho Mercantil en otros sectores. Este proceso de modernización comienza por las normas generales que han de aplicarse a las obligaciones y contratos mercantiles.

La regulación contenida en materia contractual en el Código tiene como regla general la eficacia dispositiva, de manera que son normas imperativas solamente aquellas en que expresamente se imponga la imperatividad. Se reconoce la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de establecer ciertos pactos, cada vez más frecuentes en el tráfico, a través de las cláusulas de confidencialidad y de exclusiva. De mención especial es la regulación de las formas especiales de celebración de contratos mercantiles que las nuevas tecnologías y la práctica han consagrado (factura electrónica, la contratación electrónica automatizada...).

El **Libro quinto** incluye la regulación de los contratos mercantiles en particular, con un amplio número de contratos que se consideran mercantiles y que se celebran habitualmente en el tráfico económico. Dentro de los mismo se incluyen, entre otros, el contrato de intercambio de bienes (compraventa, permuta), el de obra por empresa (construcción, reparación...), el de prestación

de servicios mercantiles (comunicaciones electrónicas, publicitarios, de licencias de bienes inmateriales, de agencia y mediación...), el de depósito mercantil, el contrato de transporte, el financiero y el de seguros.

El **Libro sexto** tiene por objeto la regulación de los valores y de los instrumentos de crédito y de pago. Aunque a lo largo de la historia, la letra de cambio ha suministrado los principales elementos para la elaboración del concepto de título-valor, ahora, al convertir esta categoría conceptual en categoría legal, el codificador ha pretendido evitar que ese modelo históricamente prevalente condicione el concepto normativo de título-valor y el régimen jurídico general aplicable a las distintas figuras que pueden enmarcarse dentro de ese concepto (paso del soporte papel al soporte informático...). En el Código se ha considerado conveniente incluir un régimen jurídico mínimo de las tarjetas, operen como medio de pago o como medio de crédito a corto plazo.

El **Libro séptimo** incluye las normas sobre prescripción y caducidad. Por lo que se refiere a la prescripción, se ha establecido un régimen general, aplicable a menos que exista disposición expresa en contrario, que prevé un plazo único de prescripción, reducido a cuatro años y que tienen en cuenta al regular el cómputo de los plazos los supuestos especiales de las prestaciones periódicas y las accesorias. Se regula por primera vez con carácter general la caducidad en sus aspectos fundamentales: efectos, validez o nulidad de los pactos sobre ella y determinación de cuándo procede su aplicación de oficio.

Por último, se incluyen igualmente seis disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria (se derogan, además del Código vigente de 1885, entre otras la Ley 3/1991 de 10 de enero, de competencia desleal, el Real decreto legislativo 1/2010 de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley de sociedades de capital o la Ley 12/1992 de 27 de mayo, del contrato de agencia) y diez disposiciones finales (entre las que se contempla la entrada en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE).

III. OBSERVACIONES

III.1. OBSERVACIONES GENERALES

El texto remitido para informe incluye materias y actuaciones que han cobrado relevante importancia en las últimas décadas¹ y que no estaban recogidos en el Código actual². No obstante, en líneas generales, utilizar una solución como la de la codificación, más propia de la tradición jurídica que de la legislación

¹ La regulación respecto a la contratación electrónica o las tarjetas de crédito serían buenos ejemplos.

² Inicialmente aprobado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.

motorizada³ del siglo XXI, es ciertamente discutible por su debilitada vocación de permanencia. Adicionalmente, existiría falta de justificación de la racionalidad jurídico-económica en la inclusión o exclusión de materias, o incluso de organización⁴, sin que pueda predicarse unicidad de criterio al respecto. Del mismo modo, se echa en falta que en la MAIN el órgano proponente no realice una evaluación del impacto de la normativa desde la óptica de competencia.

En concreto, desde el punto de vista de competencia y regulación económica eficiente, la propuesta normativa presentaría **implicaciones negativas para la comprensión y aplicación coherente de la normativa de defensa de la competencia en España las cuales deben ser corregidas y, en su caso, evitadas.**

Además, existiría un **riesgo evidente de falta de coordinación** entre la normativa aplicable a la defensa de la competencia desde la perspectiva sancionadora pública y la normativa contenida en esta propuesta de Código. Específicamente, la normativa recogida en el Libro III de la propuesta de Código, “Del derecho de la competencia y de la propiedad industrial” y en diferentes preceptos del extenso articulado del Anteproyecto de Ley debería estar totalmente alineada con la normativa contenida en la legislación específica⁵ de defensa de la competencia, tal como es aplicada por las autoridades nacionales⁶ y comunitarias de competencia⁷.

En esta línea, cabe señalar:

- (i) El Libro III del APL, a pesar de estar supuestamente orientado a regular la aplicación privada del Derecho de la competencia, contiene aspectos que parecen escapar de dicho ámbito. Por ejemplo, en su Título I se regulan principios generales en materia de competencia y, por otro lado, se deroga la Ley 3/1991 de 10 de enero, de Competencia Desleal, sustituyéndola por una nueva normativa integrada en dicho Libro. Esto podría implicar, o en su caso, parecer, un reajuste del alcance de los ilícitos administrativos a incoar por las

³ Según denominación de Carl Schmitt, recogida por García de Enterría como “tifón legislativo”. Según éste último, ante la “legislación motorizada” sólo puede oponerse un robusto sistema de principios generales del derecho informadores del ordenamiento: “Sólo un esqueleto firme de principios puede permitir orientarse en el magma innumerable de las normas sometidas a un cambio incesante y continuo”.

⁴ Incluir la propiedad industrial dentro del Libro III citado no es fácilmente comprensible, al igual que tampoco lo parece que si se incluye a la propiedad industrial se deje fuera en cambio a la propiedad intelectual

⁵ En especial pero no sólo los preceptos 101 a 109 del TFUE, la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia y Ley 3/2013 de 4 de junio, de creación de la CNMC.

⁶ La CNMC y las autoridades autonómicas de referencia.

⁷ La Comisión Europea, DG COMP.

autoridades de competencia en expedientes sancionadores de competencia desleal que, por falsear la libre competencia, afecten al interés público⁸.

(ii) A lo largo de su articulado el APL informado contiene numerosas referencias al concepto de empresa, de fusión empresarial o de grupo de empresas, entre otros. Sin perjuicio de que pueda defenderse que dichos significados no serían aplicables a la perspectiva pública del Derecho de la competencia, recogida en la normativa comunitaria y nacional citada, presentan un triple riesgo en caso de que no coincidiesen literalmente con los manejados desde la óptica pública:

- a. un riesgo innecesario de afectación al Derecho comunitario⁹, en la medida en que existan modificaciones en el Código respecto a los conceptos consolidados por la normativa y jurisprudencia comunitaria en materia de defensa de la competencia. Sin perjuicio de la primacía y efecto directo del *acquis communautaire*.
- b. un riesgo innecesario de afectación al Derecho nacional, en relación con algunas precisiones terminológicas contenidas en la legislación de defensa de la competencia en vigor.
- c. un riesgo innecesario de erosión de la seguridad jurídica para el conjunto de los operadores afectados que deberán enfrentarse a diferentes definiciones de elementos clave (por ejemplo, de operador en el mercado) según si la perspectiva de análisis es sancionadora, de autorización u otra. Este riesgo de minorar la seguridad jurídica en el área de la defensa de la competencia se encontraría desalineado con otras iniciativas legislativas de este Gobierno, como la propia creación de la CNMC.

(iii) Adicionalmente, aunque los objetivos de interés público perseguidos desde la perspectiva pública y la privada pudieran ser parcialmente diferentes, la CNMC no encuentra justificación a una pluralidad de definiciones de dichos elementos básicos. Por ejemplo, respecto al concepto de operador en el mercado o respecto a lo que se puedan considerar actos de competencia en el mismo.

En consecuencia, además de la necesidad de garantizar la aplicación de la normativa de defensa de la competencia citada por las autoridades de competencia, que en esta materia prevalecería sobre la contenida en el APL, la CNMC considera deseable y razonable una homogeneización de los conceptos utilizados en uno y otro ámbito normativo, partiendo de la óptica pública y de la normativa de competencia en vigor.

⁸ Art. 3 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁹ Arts. 101 a 109 del TFUE y la Reglamentación y soft-law derivado de dichos preceptos.

III.2. OBSERVACIONES PARTICULARES

III.2.1 Autonomía del Derecho de la Competencia

La necesaria autonomía del Derecho de la Competencia, derivada fundamentalmente de la primacía y efecto directo del Derecho comunitario al respecto, justifica la aplicación de una serie de conceptos unívocos por lo que cualquier inclusión en este APL de conceptos y ámbitos susceptibles de introducir modificaciones en los mismos (entre otros, respecto al ámbito objetivo, subjetivo, fusión de empresas, grupo de sociedades) debería ser objeto de eliminación o, al menos, de alineamiento con respecto a aquellos.

III.2.1.1. *Ámbito subjetivo (artículos 001-2, 310-3)*

En el Título preliminar del proyecto de Código (artículo 001-2) se indica que a efectos de este Código, *“son operadores del mercado y quedan sujetos a sus normas: a) los empresarios¹⁰ [...]; b) las personas físicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual [...]; c) las personas jurídicas que ejerzan algunas de las actividades expresadas en este artículo así como los entes no dotados de personalidad jurídica cuando por medio de ellos se ejerza alguna de estas actividades”*

En el Título III relativo al Derecho de la competencia¹¹, el artículo 310-3.2 indica que *“las normas de competencia serán de aplicación a los operadores del mercado y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado”*, por lo que parece recogerse un concepto más amplio, que no queda claramente definido.

Desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, dicho concepto de operador (*“undertaking”* en la terminología comunitaria¹²) es funcional, al

10 Que incluye: Las personas físicas y jurídicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada, así como las “sociedades mercantiles, cualquiera que sea su objeto”.

11 También se mencionan conceptos que no se definen, como la “relación competitiva”, o a la “participación en el mercado”.

12 Desde la óptica de ayudas de Estado, la *Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general* (2012/C 8/02), perfila el concepto de la siguiente forma (párrafos 9 y 10): *“Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una empresa es una entidad que ejerce una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación). Así pues, la clasificación de una entidad concreta como empresa depende totalmente de la naturaleza de sus actividades. Este principio general tiene tres implicaciones importantes:*

[...] En primer lugar, el estatuto jurídico de la entidad en virtud de la legislación nacional no es decisivo. En segundo lugar, la aplicación de las normas sobre ayudas estatales como tal no depende de si la entidad ha sido creada para generar beneficios. En tercer lugar, la clasificación de una entidad como empresa se relaciona siempre con una actividad específica. Una entidad que realiza actividades económicas y no económicas se considerará una empresa únicamente en lo referente a aquellas.”

margen de toda consideración sobre la naturaleza del mismo (pública o privada), su estatuto jurídico (persona física o jurídica, y su forma), su forma de financiación o la persecución o no de fines lucrativos. La clave es el mero ejercicio de una actividad económica, como se expresa con claridad también en nuestro Derecho interno (Disposición Adicional 4ª de la LDC)¹³.

Sin embargo, se puede observar que el ámbito definido por el APL no resulta exactamente coincidente con los criterios expresados tanto por exceso como por defecto. Por exceso, por cuanto toda sociedad mercantil se considera operador del mercado conforme a este Código mientras que existen casos en el Derecho de la competencia¹⁴ en los que no siempre ejercen una actividad de tal naturaleza. Por defecto, por el hecho de que la actividad económica deba ejercerse “profesionalmente” conforme al APL mientras que dicha cualificación es indiferente desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

De cara a una interpretación conforme, se recomienda hacer una remisión en lo referente al ámbito subjetivo del Derecho de la competencia a las normas correspondientes contenidas en la normativa comunitaria y nacional de referencia¹⁵, siendo orientativo a este respecto el concepto de operador contenido en la D. A. 4ª de la LDC ya citada.

III.2.1.2. Ámbito objetivo (artículos 001-3, 310-2)

Nuevamente en el Título preliminar del proyecto de Código (artículo 001-3, Título Preliminar) se define el ámbito objetivo de aplicación, en el que se atribuye la mercantilidad y por tanto la sujeción a dicho texto legal a tres tipos de actos: *a) los actos y contratos en que intervenga un operador del mercado sujeto a este Código [...]; b) los actos y contratos que, por razón de su objeto o del mercado en que se celebren, el Código califica de mercantiles; c) los actos de competencia en el mercado*”. No obstante, no se define qué debe entenderse por actos de competencia, ni se efectúa una remisión a la normativa de referencia, lo que deriva en una elaboración que por abstracta pierde su significado.

Por su parte, el Libro III sobre Derecho de la competencia (artículo 310-2) establece que *“Las normas sobre competencia serán de aplicación a las conductas que con fines concurrenciales se realicen en el mercado, antes,*

¹³ “A efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por **empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación.**”

¹⁴La Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general (2012/C 8/02), indica que “Por otra parte, una entidad que por sí misma no ofrece bienes o servicios en un mercado no es una empresa por la mera tenencia de participaciones, aunque sean de control, cuando dicha circunstancia sólo implique el ejercicio de los derechos vinculados a la condición de accionista o socio, así como, en su caso, la percepción de dividendos, que no son más que los frutos que produce la propiedad de un bien.”

¹⁵ A este respecto puede también mencionarse el Anexo h de la Ley 20/2013 de Garantía de unidad de mercado

durante o después de una operación comercial". Por lo que el ámbito objetivo en este campo se vincula a la existencia de una operación comercial, cuando los actos se hagan con una determinada finalidad ("*finalidad concurrencial*").

Al igual de lo que sucede con el ámbito subjetivo, al menos en cuanto a la aplicación del Derecho de la Competencia, en el ámbito objetivo de aplicación, la definición del mismo debería ser identificable con el que se emplea en el Derecho comunitario y nacional aplicable, donde resulta clave simplemente el ejercicio de una actividad económica¹⁶, siendo irrelevante dichos requisitos adicionales.

Por todo ello, de cara a una interpretación conforme, **se recomienda hacer una remisión en lo referente al ámbito objetivo del Derecho de la competencia a las normas correspondientes contenidas en la normativa comunitaria y nacional de referencia, siendo orientativo a este respecto el mero ejercicio de una actividad económica.**

III.2.1.3. Modificaciones estructurales (Fusión de sociedades)

El art. 263-1 del proyecto de Código señala que "*en virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad de nueva creación o ya existente, mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la nueva sociedad o de la absorbente*".

Cabe recordar las implicaciones que dicho concepto ostenta para el Derecho de la competencia, tanto comunitario como nacional, en la medida en que dicha fusión pudiera dar lugar a una concentración económica¹⁷ y por tanto pudiera ser objeto de un procedimiento de control por parte de las autoridades comunitarias o nacionales de referencia.

Por todo ello, de cara a una interpretación conforme, **se recomienda hacer una remisión en lo referente a las fusiones de empresas a lo que al respecto pueda estipular el Derecho de la competencia aplicable (nacional o comunitario), en la medida en que se pudiera estar ante una concentración económica regulada por el mismo.**

¹⁶ Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general (2012/C 8/02), párrafo 11, "Para aclarar la distinción entre actividades económicas y no económicas, el Tribunal de Justicia ha dictaminado reiteradamente que cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado constituye una actividad económica.

¹⁷ Artículos 7 a 10 de la Ley 15/2007 y en la misma línea el Reglamento (CE) nº 139/2004 de concentraciones "la adquisición, (...) la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas."

III.2.1.4 Uniones de empresas: concepto de grupo de sociedades y presunción legal de control de una sociedad por otra (artículos 291-1 a 291-5)

Actualmente, el art. 42 del Código de Comercio dispone que existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras, lo que se presume cuando: *dispone de la mayoría de los derechos de voto; dispone de la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración, dispone, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*

En cambio, el proyecto de Código dispone que existe grupo (291-1): “a) *Cuando una sociedad controle a otra o cuando varias sociedades **estén controladas** por una misma persona natural o jurídica, cualquiera que sea el fundamento de ese control. b) Cuando dos o más sociedades independientes **actúen coordinadamente** entre sí bajo una dirección única por virtud de pactos o contratos entre ellas.”*

Se observa que la segunda letra es novedosa y puede tener problemas de interpretación desde la óptica del Derecho de la competencia (operaciones de concentración), que fundamentalmente utiliza un criterio exclusivamente de control, **por lo que igualmente en este punto cabría remitirse a lo señalado por la normativa de competencia al efecto.**

Por otro lado, la presunción de control se amplía en dos casos nuevos en el proyecto de Código, (artículo 291-3, Presunción legal de control de una sociedad por otra):

*e) Cuando una sociedad haya incluido en la denominación **elementos significativos de la denominación o del anagrama** de otra sociedad o de signo distintivo notorio o registrado a nombre de ésta o de cualquier otra sociedad perteneciente al grupo. f) Cuando una sociedad haya hecho constar en la documentación o en **cualquier clase de publicidad** la perteneciente de la misma al grupo.*

Esta ampliación del concepto de lo que ha de considerarse pertenencia a un grupo, así como las presunciones legales que se establecen, por más que puedan ampliar el campo de supuestos en que se considera que existe un grupo de sociedades, no ha de considerarse que agota los casos, como tampoco que limita el ámbito de aplicación de las normas sobre defensa de la competencia¹⁸.

¹⁸ En particular, el Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 24 de 29.1.2004, p. 1), las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004/C 31/03), la Ley 15/2007, de 3 julio, de Defensa de la Competencia, y el Reglamento de Defensa de la Competencia (aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero)

En resumen, tanto en lo referente al concepto de grupo como del criterio de control **recalcamos la autonomía del Derecho de la Competencia a la hora de perfilar dichos conceptos**. De lo contrario, se producirían dificultades de aplicación, por ejemplo, a efectos de cuantificación de las posibles multas por actuaciones anticompetitivas, cuyo criterio de determinación se fundamenta en el volumen de negocios *total* de la empresa infractora.

III.2.2 Facultades de intervención del Gobierno en operaciones de fusión

Estas facultades de intervención¹⁹ en las decisiones empresariales han de estar sólidamente justificadas por cuanto **deben respetarse dos limitaciones fundamentales**: por un lado, la libertad empresarial reconocida constitucionalmente, a efectos de que los operadores del mercado gocen de la libertad necesaria para tomar y poder ejecutar sus decisiones empresariales sin interferencias injustificadas del poder público; por otro, el que a la operación en cuestión le sea de aplicación la normativa comunitaria y/o nacional en materia de concentraciones empresariales, en cuyo caso ésta prevalecería²⁰.

En el proyecto de Código se regulan tres casos concretos con intervención del ejecutivo:

En primer lugar, el artículo 234-13 del proyecto de Código regula la capacidad del Gobierno de oponerse a la participación de una sociedad española en la constitución de una sociedad anónima europea mediante fusión²¹.

¹⁹ El artículo 263-7.2 indica que: “La fusión de sociedades mercantiles de distinta nacionalidad se registrará por lo establecido en las respectivas leyes personales, sin perjuicio de lo establecido en la Sección 2ª sobre fusiones transfronterizas intracomunitarias y, en su caso, del régimen aplicable a las sociedades anónimas europeas.”

²⁰ A este respecto, la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, perfila esta posibilidad, si bien se excluye en caso de que sea de aplicación el Reglamento comunitario de concentraciones. La Directiva 2005/56/CE dispone en su artículo 4.1 lo siguiente: “una sociedad que participe en una fusión transfronteriza deberá cumplir con las disposiciones y trámites de la legislación nacional a la que esté sujeta. Las disposiciones legislativas de un Estado miembro que permitan a sus autoridades nacionales oponerse a una fusión interna determinada por motivos de interés público también serán aplicables a una fusión transfronteriza cuando al menos una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación de dicho Estado miembro. En la medida en que resulte aplicable el artículo 21 del Reglamento (CE) nº 139/2004, no se aplicará la presente disposición.”

²¹ “El Gobierno, a propuesta del Ministro de Justicia o del órgano competente de la Comunidad Autónoma donde la sociedad anónima tenga su domicilio social, **podrá oponerse por razones de interés público a que una sociedad española participe en la constitución mediante fusión de una sociedad anónima europea en otro Estado miembro**. Cuando la sociedad española que participe en la constitución de una sociedad anónima europea mediante fusión esté sometida a la supervisión de una autoridad de vigilancia, la oposición a su participación podrá formularse también por dicha autoridad. 2. Una vez que tenga por efectuado el depósito del proyecto de fusión, el registrador mercantil, en el plazo de cinco días, comunicará al Ministerio de Justicia, al órgano competente de la Comunidad Autónoma donde la sociedad anónima tenga su domicilio social y, en su caso, a la autoridad de vigilancia correspondiente, dicho depósito, para que éstos puedan formular su oposición a la fusión. 3. La oposición habrá de formularse antes de la expedición de la certificación previa al traslado y podrá recurrirse ante la autoridad judicial competente”.

En segundo lugar, el artículo 266-1 del proyecto de Código dispone que, en los mismos supuestos en que la legislación se lo permita, el Gobierno podrá oponerse o poner condiciones a: las fusiones transfronterizas, cuando una de las participantes esté sujeta a la ley española y el domicilio esté fuera de la UE; y al traslado del domicilio social de una sociedad española fuera de la UE²².

En tercer lugar, sobre la base del art. 234-7 del proyecto de Código, también cabe la oposición del Gobierno a un cambio de domicilio de una sociedad anónima europea registrada en territorio español que suponga un cambio de la legislación aplicable.

Por lo que se refiere a su justificación, a este respecto, la exposición de motivos del APL indica que *“se ha introducido como cuestión final un mecanismo limitado de oposición del Gobierno en ciertos casos de fusión y de traslado del domicilio, asimilable al que ya está contemplado en otros supuestos de efecto equivalente”*.

Sin embargo, más allá de la aparente justificación por analogía que fundamentaría su inclusión y teniendo en cuenta su carácter de limitación de los derechos de los operadores y el carácter eminentemente abstracto de las causas alegables (razones de interés público), se recomienda someter dicho condicionamiento a los siguientes elementos:

- En primer lugar, la regulación de estas facultades de intervención del Gobierno parecen resultar más amplias que las contempladas en el art. 60 de la LDC (Intervención del Consejo de Ministros), que solo habilita al gobierno para confirmar la resolución dictada por el Consejo de la CNMC cuando ésta haya resuelto prohibir la concentración en segunda fase. Convendría en su caso replantearse si desde la óptica del Derecho privado debieran imponerse, en dichos términos, este tipo de limitaciones.
- En segundo lugar, en dichos preceptos del APL no se desarrollan siquiera mínimamente las causas que podrían alegarse por aquel, más allá de las razones de interés público. Se recomendaría subordinar estas facultades a requisitos objetivos, expresos y suficientemente justificados (como se observan en el art. 10.4 LDC), a fin de evitar la existencia de un margen tan amplio de discrecionalidad.
- En tercer lugar, en cualquier caso, la motivación de la decisión gubernamental debería responder igualmente a un test de evaluación de su adecuación a los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima restricción (en línea con lo señalado en el art. 60.3.b) de la LDC).

²² “1. Las normas legales que permitan al Gobierno español o a otras autoridades administrativas competentes oponerse o imponer condiciones **por razones de interés público a una fusión interna, serán también de aplicación a las fusiones transfronterizas** en las que, al menos, una de las sociedades que se fusionan esté sujeta a la ley española y la nueva sociedad vaya a tener o la sociedad absorbente tenga su domicilio en otro Estado que no sea miembro de la Unión Europea. 2. El Gobierno podrá oponerse o condicionar el traslado del domicilio de una sociedad española fuera del territorio de la Unión Europea cuando concurren los mismos supuestos en los que las normas legales permitan oponerse o imponer condiciones a las fusiones transfronterizas”.

Por otra parte, en los casos definidos por el art. 234-7 y 234-12²³ se observa que la facultad del Gobierno se añade a las facultades similares de control que pudieran ostentar otras entidades u órganos (autoridad de vigilancia) conforme a la legislación vigente. Al no concretarse qué se considera autoridad de vigilancia, no se puede determinar si, por ejemplo, la CNMC, en sede del procedimiento de control de concentraciones encajaría en dicho perfil. Más allá de la carencia de precisión de la terminología utilizada, se trae a colación la posibilidad de que se convierta en un doble control en materia de concentraciones económicas, que presentaría problemas de adecuación a la normativa actualmente vigente por lo que debería replantearse.

III.2.3 Ejercicio de acciones derivadas de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia

Dentro del Libro III del Derecho de la competencia, el artículo 341-1 recoge las acciones civiles que caben ante actos de competencia desleal y, como novedad, también contra *prácticas restrictivas de la competencia*. De igual modo, se introduce una redacción que plantea dudas acerca de la posible legitimación activa de la CNMC para el ejercicio de acciones de este tipo.

III.2.3.1 Legitimación activa: Actuaciones de Administraciones públicas/Ministerio Fiscal en tutela privada

El art. 341-2.2 del APL prevé que todas las acciones, salvo la de resarcimiento de daños y perjuicios y la de enriquecimiento injusto, pueden ser ejercitadas, además de por la persona directamente perjudicada, por un conjunto de sujetos representativos o defensores de intereses ajenos [legitimación activa colectiva]. También este precepto es un traslado del artículo correspondiente de la LCD (art. 33, números 2 a 4 de la LCD), con alguna modificación relevante. Fundamentalmente, que se extiende esa legitimación *colectiva* también respecto de prácticas restrictivas de la competencia, en coherencia con la propia extensión de las acciones derivadas de la competencia desleal a las prácticas restrictivas de la competencia.

El reconocimiento expreso en el APL de la legitimación activa para accionar ante prácticas restrictivas de la competencia a asociaciones de carácter privado (de profesionales, de consumidores y usuarios) puede valorarse positivamente, en el sentido de reflejar en la norma sustantiva la previsión procesal del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que ya reconocía esta legitimación en el caso de los consumidores y usuarios.

²³ “Cuando la sociedad española que participe en la constitución de una sociedad anónima europea mediante fusión esté sometida a la supervisión de una autoridad de vigilancia, la oposición a su participación podrá formularse también por dicha autoridad.”

No obstante, en el caso de entidades de carácter administrativo, de ámbito estatal, autonómico, local o de otros Estados Miembros, de defensa de los consumidores y del Ministerio Fiscal (**letras c, d y e del artículo 341.2.2 del Anteproyecto**), la solución, que procede, repetimos, del ámbito del derecho de la competencia desleal, genera efectos cuestionables al trasladarse al ámbito del Derecho de la competencia.

Si se interpretase que de la redacción de la letra c) del art. 341.2.2 del APL la CNMC estaría legitimada para entablar la serie de acciones judiciales ante el orden civil²⁴ que se describen en el apartado 1 del art. 341 letras a) a d) del precepto anterior²⁵ se plantean las siguientes consideraciones:

En primer lugar, se considera que la CNMC ostenta su posición institucional y ejerce sus potestades públicas sirviendo con objetividad los intereses generales, siendo la prosecución del interés público el fundamento de su existencia. Por ello, **la defensa de los intereses privados, por más que sean colectivos, de las personas o entidades que eventualmente resulten perjudicados por conductas contrarias a la legislación sobre defensa de la competencia en el mercado ha de corresponderle a dichos sujetos, más que a la propia CNMC.**

En cualquier caso, de producirse esta legitimación para la aplicación privada del Derecho de la competencia no debería suponer en cualquier caso ni merma en las facultades de intervención ex artículo 16 LDC, ni reducción de atribuciones en la aplicación pública del Derecho de la competencia, cuyo eje normativo son la Ley 15/2007 y la Ley 3/2013. Convendría en cualquier caso **aportar una redacción más aclaratoria al respecto, que en cualquier caso tuviera en cuenta las consideraciones realizadas al respecto.**

En segundo lugar, si bien es verdad que la vigente Ley de Competencia Desleal (art. 33) reconoce legitimación activa a los órganos territoriales (estatal, autonómicos y locales) competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios, ello resulta coherente con un régimen donde no existe tutela administrativa específica frente a las prácticas de competencia desleal en el mercado. Sin embargo, respecto de las prácticas restrictivas de la competencia, la existencia de un consolidado modelo preponderantemente público de defensa de la competencia, con una autoridad administrativa específicamente responsable del mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados para tutelar el interés general presenta un riesgo de inadecuación con respecto a la nueva previsión de una adicional acción pública

²⁴ “a) Acción declarativa de la ilicitud del acto o práctica, si la perturbación creada por su realización subsiste. b) Acción de cesación del acto o práctica, o de su prohibición, si todavía no se ha realizado. c) Acción de remoción de los efectos producidos por el acto o práctica. d) Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.”

²⁵ Esta capacidad procesal es distinta de la capacidad que, actualmente, le otorga el artículo 16 de la LDC (*amicus curiae*), a través del artículo 15 bis LEC, de intervenir sin la condición de parte.

(Administraciones territoriales y Ministerio Fiscal) en el ámbito de la jurisdicción civil.

Esta supuesta convivencia de dos acciones de carácter público, una en el ámbito de un procedimiento administrativo sancionador y otra encauzada en el contexto de un procedimiento civil, puede generar riesgos de redundancia y descoordinación que resultan indeseables, por lo que se recomienda su supresión o reconsideración.

En tercer lugar, en cualquier caso, parece apropiado **incluir una cláusula en la que se establezca que en esos supuestos la legitimación colectiva se reconoce sin perjuicio del deber de colaboración de estas entidades públicas con la Autoridad de Defensa de la Competencia Nacional o autonómica correspondiente**, para garantizar de ese modo que además de la acción civil se produce la oportuna traslación a la CNMC de los hechos que puedan ser contrarios a las previsiones de la LDC y respecto de los que estas entidades tengan conocimiento por razón de sus funciones. De ese modo se protegería mejor el necesario equilibrio²⁶ entre las acciones privadas frente a prácticas restrictivas de la competencia y la tutela pública encomendada a la CNMC.

La debida actuación de las AAPP conforme a criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos (art. 3.2 LRJ-PAC, *in fine*) exige también que cuando sean éstas las que ejerciten una acción privada derivada de las prácticas restrictivas de la competencia, en lugar de esperar a que se active el mecanismo de los artículos de la LEC relativos a la remisión por el órgano judicial del auto de admisión a trámite de la demanda, para posibilitar la intervención de la CNMC en el procedimiento de aplicación privada, se produzca antes y directamente el conocimiento de la Autoridad de la Competencia sobre la presunta práctica restrictiva de la competencia por comunicación del órgano o entidad legitimado *indirecto*.

Por último, se sugiere valorar la posibilidad de remitir la regulación de toda esta materia, de carácter eminentemente procesal, a la Ley de Enjuiciamiento Civil. La regulación conjunta de esta materia, acciones derivadas de prácticas restrictivas de la competencia y acciones derivadas de la competencia desleal, debido a las diferencias sustanciales entre una materia y otra genera, como se acaba de señalar, distorsiones relevantes.

²⁶ La razón de ser de este deber de puesta en conocimiento de la CNMC se vincularía en último extremo al principio general de cooperación y colaboración que rige en las relaciones entre las Administraciones públicas (art. 3.2 LRJ-PAC). La peculiar naturaleza del Ministerio Fiscal dificulta aplicar en este caso este principio de cooperación, pero su función de defensa de la legalidad justifica igualmente ese deber de traslado al órgano competente para garantizar la observancia de la normativa de competencia.

III.2.3.2 Régimen de prescripción en las acciones privadas derivadas de defensa de la competencia e incompatibilidad con normativa comunitaria.

El artículo 341-4 regula la prescripción de las acciones contra la competencia desleal y las prácticas restrictivas de la competencia. Así, en la versión actual del texto prevé: *“Las acciones contra la competencia desleal y las prácticas restrictivas de la competencia prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta. Para las conductas ilícitas continuadas o sucesivamente reiteradas, los plazos señalados se computarán a partir del momento en que no exista riesgo de repetición”.*

La actual redacción resulta confusa debido al intento de conjugar en un solo precepto ambos regímenes. Así, se vincula el conocimiento como día de inicio del cómputo del año únicamente al aspecto relativo al acto de competencia desleal.

Por otro lado, la inclusión de las prácticas restrictivas de la competencia como causa para el ejercicio de estas acciones no puede dejar de contemplar la existencia de la *Directiva relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*, adoptada por el Parlamento Europeo el 17/04/2014, y pendiente de aprobación final del Consejo de Ministros de la UE.

En el caso de las acciones derivadas de las prácticas restrictivas de la competencia, este régimen de prescripción no se coherente con el artículo 10 de la precitada Directiva de Daños que establece un **plazo de al menos cinco años** y una suspensión de al menos un año desde la decisión final de la Autoridad de competencia. Se recomienda su alineamiento al respecto.

III.2.3.3 Publicación de la sentencia estimatoria de acciones de competencia desleal a cargo del demandado

El art. 32.2 de la LCD vigente prevé que *“2. En las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1.ª a 4.ª [declarativa, de cesación, de remoción de efectos y de rectificación de información], el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.”* Esta previsión no se incluye en el APL, y dado que la LCD se deroga por la disposición derogatoria única 2. 4ª del mismo, quedaría sin previsión expresa esta regulación de la publicación de la sentencia estimatoria de la acción a

cargo del demandado. Tal previsión puede ser útil, además, desde la perspectiva de las acciones por infracciones del Derecho de la competencia por lo que se recomendaría su recuperación.

III.2.4 Cláusulas potencialmente anticompetitivas

Partiendo del carácter dispositivo del APL en este ámbito, en diversos artículos se contiene obligaciones, prohibiciones, pactos o cláusulas de no competencia o de exclusiva. En ellos, se suele hacer referencia al respeto de las normas sobre competencia.

Todas estas cláusulas son objetivamente susceptibles de afectar a la competencia efectiva en el mercado, como se puede observar en la normativa de Defensa de la Competencia (por ejemplo, en el Reglamento de Defensa de la Competencia, que las excluye de poder ser consideradas conductas de menor importancia²⁷ en determinados casos).

No obstante, correctamente diseñadas y aplicadas, es posible que, en ciertos supuestos justificados, los efectos positivos que generan superen el impacto anticompetitivo de los mismos, tanto desde una perspectiva vertical como horizontal. Para que ello sea así, la regulación ha de tener en cuenta específicamente algunos principios que ya han sido formulados desde el Derecho comunitario²⁸.

III.2.4.1 Pactos de no competencia en cesión de empresas (artículos 132-11 y 132-16)

En las modalidades de cesión de la empresa²⁹, destacan las relativas a la compraventa de empresa y el arrendamiento y usufructo de empresa, en las que se establecen normas sobre pactos de no competencia, asociados a dichas cesiones³⁰. Más allá de que la normativa comunitaria sobre concentraciones se aplicaría en los casos regulados expresamente por su normativa de referencia (por ejemplo, cuando las operaciones superan ciertos

²⁷ En el artículo 2 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, se recogen las conductas anticompetitivas excluidas del concepto de menor importancia. Por ejemplo, en el apartado 2.e) se establece que no se considera una conducta de menor importancia *el establecimiento de cualquier cláusula de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años*.

²⁸ A estos efectos, se recomienda revisar los principios procompetitivos establecidos en los siguientes textos: Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin, Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, y Directrices relativas a las restricciones verticales.

²⁹ Capítulo II (De la transmisión de la empresa) del Título III (De la empresa) del Libro Primero. (Del empresario y de la empresa)

³⁰ artículo 132-11, Obligación de no competencia en la compraventa, y artículo 132-16. Prohibición de competencia, en el arrendamiento y el usufructo

umbrales y cuotas de mercado)³¹ se pone de manifiesto que la remisión genérica a las normas de competencia que realizan los preceptos señalados (por ejemplo, el art. 132-11 del APL) debe considerarse que integraría no sólo a las referencias temporales³² sino también a las de contenido y de carácter territorial³³, en línea con lo que será precisado en el apartado siguiente.

III.2.4.2 Situaciones de conflicto de interés (artículos 215-11, 221-25, 271-13, 271-14)

El texto establece una serie de casos en que, desde una perspectiva de Derecho privado, se prohíbe a administradores y socios competir con la empresa³⁴, obligación cuyo incumplimiento es causa de exclusión de la sociedad.

La existencia de estas facultades presenta riesgos para la competencia, en particular en los casos en que pueda existir socios de una determinada sociedad que, a su vez, desarrollen una misma actividad industrial o comercial (que puede llevar a una reducción en la competencia intramarca, por ejemplo³⁵).

Como se puede observar en los supuestos definidos por las normas de defensa de la competencia vigentes en materia de concentraciones, existen ámbitos posibles de competencia entre una sociedad y sus socios que han de ser admitidos.

En efecto, para que puedan establecerse restricciones válidamente, han de circunscribirse a determinados socios³⁶ (sin que se pueda predicar de cualquier socio sea cual sea su participación y su capacidad de control), y a los ámbitos objetivo y territorial que corresponda, así como a determinado plazo.

A este respecto, adicionalmente a lo indicado respecto de la capacidad de control de la sociedad por parte del socio, la restricciones que se les pueda imponer a los socios de una sociedad para operar en el mercado no deberían

³¹ También sucede con el control de concentraciones según se define en la LDC (artículo 8).

³² La Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03) permite un límite a estos pactos de 2 años, que puede llegar a tres si existe transferencia de know-how.

³³ Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin, (2005/C 56/03), DOUE del 5.3.2005.

³⁴ Artículos: 221-25 (prohibición de competencia de los socios colectivos), 271-13 (causas de exclusión de los socios de sociedades de personas), 271-14 (Causas de exclusión de los socios de sociedades de capital).

³⁵ Véase a este respecto el apartado IV sobre empresas en participación de la Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin.

³⁶ En concreto, los que ostenten control y no participaciones minoritarias.

ser más gravosas que las que se aplican a las concentraciones³⁷ desde la óptica de competencia:

- El ámbito geográfico de una cláusula inhibitoria de la competencia debe limitarse a la zona en la que las matrices ofrecían los productos o servicios de referencia con anterioridad a la creación de la empresa en participación.
- Del mismo modo, las cláusulas inhibitorias de la competencia han de limitarse a los productos y servicios que constituyen la actividad económica de la empresa en participación.
- Si la empresa en participación se crea para penetrar en un nuevo mercado, se hará mención de los productos, servicios y territorios en los que está previsto que ejerza sus actividades con arreglo al acuerdo de empresa en participación o a sus estatutos.
- Las cláusulas inhibitorias de la competencia entre una empresa en participación y las empresas matrices que no ejercen el control de la misma no están directamente vinculadas a la realización de la concentración y no son necesarias a tal fin.

III.2.4.3 Precio de los contratos (art. 415-3)

En relación con los contratos mercantiles, el Libro IV señala que “Cuando la determinación del precio quede a cargo de un tercero y éste no pueda o quiera fijarlo se entenderá por precio uno que sea razonable.”

Los riesgos para la competencia de este tipo de referencias a precios “razonables” se centran (i) en determinar bien el límite con respecto a las conductas sancionables desde aquella óptica y (ii) en calibrar cómo se colma esta indeterminación.

Por un lado, la interpretación de este precepto podría fomentar actitudes como las recomendaciones de precios, de manera que se acudiese a ciertos operadores del mercado o agrupaciones o asociaciones de los mismos para determinar dicho precio “razonable”. Aquí nos encontraríamos con la problemática de las recomendaciones de precios (con numerosos expedientes sancionadores incoados desde la óptica de competencia), que sustituyen al siempre preferible juego de la fijación de los mismos por el concurso de la oferta y la demanda en el mercado.

Por otra parte, está el modo de concretar la razonabilidad del precio, cuestión que, al igual que sucede con el concepto de precios “excesivos”, son conceptos difusos que distan de ser cuestiones pacíficas doctrinal, administrativa y jurisprudencialmente. Para evitar este tipo de problemas, se recomendaría que las referencias se realicen al “precio de mercado”, que determinará de forma menos abstracta lo que deba considerarse por precio “razonable”, y estará teóricamente menos sujeta a excesiva discrecionalidad.

³⁷ Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03), apartado IV.

III.2.4.4 Cláusulas de confidencialidad y exclusiva (artículos 440-1, 440-2)

Las cláusulas de confidencialidad y exclusiva reguladas en los artículos 440-1 y 440-2, referidas a las obligaciones y los contratos mercantiles en general, establecen los principios aplicables a estas cláusulas.

El artículo 440-2 dispone que: *“Sin perjuicio de la aplicación de las normas del derecho de la competencia, se podrá pactar la exclusividad respecto de grupos de personas, zonas geográficas o económicas, derechos, mercancías, bienes o servicios. Una obligación derivada de un pacto de exclusiva podrá consistir en hacer o no hacer alguna cosa. Entre otras, podrá consistir, aislada o combinadamente, en alguna de las siguientes obligaciones:*

a) Un compromiso de aprovisionamiento. b) Un compromiso de venta. c) Un compromiso de actuación o de inacción respecto de una zona geográfica determinada o en relación con una serie de derechos de la propiedad intelectual o industrial o categoría o grupo de personas, mercancías, bienes o servicios.”

Sería conveniente precisar de una manera más explícita las implicaciones en materia de defensa de la competencia (en particular en lo referente a las cláusulas de exclusividad), en la medida en que pueden tener efectos importantes tanto en materia de concentraciones como de conductas³⁸. Se considera que este tipo de cláusulas se han de sujetar a las limitaciones ya señaladas anteriormente desde el punto de vista objetivo, territorial y temporal.

III.2.5. Contratos en particular

El Código de Comercio regula en la actualidad los contratos mercantiles típicos. El proyecto también establece la regulación de un conjunto de contratos mercantiles, más amplio que el catálogo vigente. Estos contratos contienen, en algunos casos, cláusulas que pueden tener un efecto potencialmente anticompetitivo.

III.2.5.1 Contrato de difusión publicitaria (artículo 533-1)

El artículo 533-1 dispone lo siguiente: *“Por el contrato de difusión publicitaria, un medio a cambio de una contraprestación fijada en tarifas preestablecidas, se obliga a favor de un anunciante o agencia a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponibles y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario.”*

³⁸ A estos efectos, se recomienda revisar los principios procompetitivos establecidos en los siguientes textos: Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin, (2005/C 56/03), DOUE del 5.3.2005; Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, (2004/C 31/03), DOUE del 5.2.2004; y Directrices relativas a las restricciones verticales, (2010/C 130/01), DOUE del 19.5.2010.

La referencia explícita a una “contraprestación fijada en tarifas preestablecidas” implica el riesgo para la competencia consistente en que puedan ser determinadas unilateralmente por el medio (radio, televisión,...), lo que pondría en sus manos un mayor poder de negociación. Por esto, se solicita la inclusión expresa de una referencia a que la fijación de las tarifas sea el resultado de una negociación previa entre los dos operadores, para evitar el riesgo de interpretar el precepto como una facultad de fijar dichas tarifas unilateralmente.

III.2.5.2 Contrato de agencia (artículos 542-12, 542-20, 542-21, 542-28)

Los contratos de agencia están regulados en los artículos 542-1 a 542-31 del APL. La regulación del contrato que se prevé en el texto es imperativa, frente al principio dispositivo que rige en el Código con carácter general.

A este respecto, cabe recordar que existe normativa que ha regulado los acuerdos de agencia desde la óptica de competencia. Las Directrices comunitarias relativas a las restricciones verticales delimitan expresamente los acuerdos de agencia. Por ello, se solicita la inclusión de una referencia expresa a que la definición y regulación del contrato de agencia que se realiza por el APL se formule sin perjuicio de la normativa sobre defensa de la competencia.

Adicionalmente, cabe señalar que de la regulación introducida en el APL, por pacto expreso por escrito se puede asumir por el agente el riesgo y ventura de las operaciones (artículo 542-1 y artículo 542-19). Teniendo en cuenta las Directrices comunitarias relativas a las restricciones verticales resulta clave la existencia de dos elementos para su consideración como verdadero agente: la independencia y la no asunción de riesgos. Esto supone la posibilidad de que existan contratos considerados típicamente como de agencia por el Código Mercantil pero que no lo sean a efectos de la normativa sobre competencia.

Por ello, se considera que debería incluirse una previsión que salvaguardara la aplicación de la normativa de la competencia en la determinación de la posible condición de operador económico independiente del calificado por el contrato como agente, en los supuestos en que éste asuma riesgos financieros o comerciales significativos, conforme a la jurisprudencia comunitaria³⁹.

Como muestra de la problemática que conllevaría esta divergencia de concepción, en los casos en que un acuerdo de agencia conforme al APL no se considerase como tal desde la perspectiva de competencia, se podrían dar los siguientes problemas:

- En los casos en que los dos operadores intervinientes en el contrato de agencia superen las cuotas de mercado del 30%, se produciría un riesgo de conflicto con el artículo 542-12.2 del APL, en la medida que este

³⁹ SSTJCE, entre otras muchas, asunto C-279/06 (11/09/2008) y asunto C-217/06 (14/12/2006).

último habilita a establecer exclusivas por zonas geográficas o tipologías de clientes.

- En los casos en que se superen las cuotas de mercado del 10-15% (por ser un acuerdo horizontal entre competidores potenciales), se detecta conflicto con el artículo 542-20, en la medida que establece un pacto de no competencia a la finalización del acuerdo de agencia.
- Con independencia de las cuotas de mercado, existen riesgos de inadecuación al Derecho de la competencia en relación con los siguientes artículos del APL:
 - 542-7 y 542-21, cuando la duración del contrato de agencia sea indefinida o superior a 5 años (pacto de no competencia implícito o explícito mientras dure el contrato de agencia, pues el principal tiene que habilitar expresamente al agente para que éste pueda actuar por cuenta propia o por cuenta ajena).
 - 542-10.1.a), en la medida que se pueda interpretar que la puesta a disposición de las tarifas equivale a la fijación de las tarifas que puede aplicar el agente. Las tarifas sólo pueden establecer el precio máximo de venta o el precio de venta recomendado, y nunca equivaler a un precio fijo o mínimo.

III.2.5.3 Regulación pro-competitiva del seguro de decesos

El artículo 583-30 APL regula el **seguro de decesos**. Si bien se prevé indirectamente la posibilidad de *“haberse realizado el servicio a través de otros medios distintos a los ofrecidos por la aseguradora”* (artículo 583-30.2), convendría, para garantizar que la prestación de este tipo de servicios se realice en un entorno más competitivo, afirmar expresamente que ***“los consumidores y usuarios tendrán derecho a escoger libremente el prestador de servicios funerarios”*** (al modo en el que se realiza en el artículo 583-51 del APL respecto de que, en el seguro de defensa jurídica *“el asegurado tendrá derecho a elegir libremente el Procurador y Abogado que hayan de representarle y defenderle en cualquier clase de procedimiento”*).

Asimismo, dadas las peculiaridades de la demanda de los servicios funerarios, se debe prever la obligación de que, cuando se haya contratado un seguro de decesos, la entidad aseguradora ponga a disposición del tomador, de forma fácilmente accesible, una relación de prestadores de servicios funerarios que garantice esta efectiva libertad de elección⁴⁰.

⁴⁰ Esta cuestión ha sido ya objeto de pronunciamientos de la CNC, entre otros, en el expediente. S/0204/09 Seguros Decesos, o el IPN/54/11 Supervisión Seguros Privados.

Por otro lado, sería conveniente hacer análogo tipo de precisión respecto de los servicios de asistencia que se prestan en los seguros de dependencia (artículo 583-31 del APLCM, párrafo 2 letra c).

III.2.6 Otras cuestiones

III.2.6.1 Incremento significativo del capital social mínimo de la sociedad anónima (artículo 233-1)

Según dispone el artículo 233-1: *“El capital social de la sociedad anónima deberá ser, al menos, de ciento veinte mil euros y se expresará precisamente en esta moneda”*. En la actualidad, la exigencia de capital es exactamente de la mitad⁴¹. El establecimiento de un capital social mínimo supone una barrera económica al acceso a una determinada forma jurídica para operar en el mercado.

La exposición de motivos no ofrece una justificación suficientemente razonable⁴², como tampoco lo hace la MAIN⁴³ por lo que se recomendaría que de introducirse dicha limitación se adecúe al test de evaluación de los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima restricción.

III.2.6.2 Códigos de conducta (artículo 350-1)

El establecimiento de códigos de conducta, por más que el proyecto de Código imponga acertadamente la sujeción expresa de los mismos a la normativa de defensa de la competencia (artículo 350-1.1), supone una forma de autorregulación entre operadores con implicaciones para la competencia. En este caso, también pueden darse entre éstos y los consumidores y usuarios.

En la práctica, existe un riesgo relevante de que las reglas desarrolladas por la industria o las asociaciones profesionales tengan efectos negativos sobre la competencia. Así, en particular, el hecho de que sean los propios operadores de un mercado los que regulen su funcionamiento puede dar lugar a restricciones que limiten la entrada de nuevos operadores en el mercado o que reduzcan la capacidad de los operadores para competir.

Por otra parte, parece que este tipo de códigos tiene más sentido en el ámbito del Derecho de protección de consumidores y usuarios, dentro de la regulación de la competencia desleal, y no en el de defensa de la competencia, en cuya

⁴¹ Artículo 4.3 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital

⁴² Indica que “esta medida es actualmente más acorde con la función asignada a cada tipo y que, por tanto, contribuirá a una mejor correspondencia entre la cantidad aportada y la estructura societaria elegida”.

⁴³ Indica lo siguiente al respecto: “...mientras que en la sociedad limitada la cifra de capital mínimo se mantiene en los tres mil euros que venían establecidos desde 1995, en la sociedad anónima se ha elevado al doble, ciento veinte mil euros, entendiéndose que esta medida es actualmente más acorde con la función asignada a cada tipo y que, por tanto, contribuirá a una mejor correspondencia entre la cantidad aportada y la estructura societaria elegida.”

lógica no se inserta con facilidad y respecto al cual no parece evidente su deslinde dentro del Libro III, por lo que se recomendaría su replanteamiento.

III.2.6.3 Aspectos relativos a los actos de competencia desleal

Tradicionalmente, la normativa de competencia desleal prevé como comportamiento desleal el consistente en la infracción de normas reguladoras de la actividad concurrencial (art. 15 LCD). El artículo 322-13 del APL [*Violación de normas*] señala en su segundo párrafo que “2. *Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. Se entiende por tales las normas que prohíben o limitan el desarrollo de actividades o estrategias competitivas concretas relativas a la captación, configuración y mantenimiento de la relación con los proveedores o con los clientes o consumidores, incluidas las normas de sobre publicidad ilícita.*”

Esta definición cerrada supone una novedad introducida por el APL.

Se considera más apropiado **eliminar la interpretación legal añadida en la nueva regulación** (art. 322-13 APL) puesto que debido al ámbito objetivo de aplicación del actual artículo 15.2 de la LCD, que se extiende en definitiva al conjunto de actividades reguladas normativamente que puedan tener trascendencia en el mercado, incidiendo en la estructura y condiciones competitivas del mercado o en las actividades y conductas concurrenciales de los operadores que actúan del mismo, las conductas relevantes son numerosas y de variada naturaleza.

En este sentido, una interpretación demasiado restrictiva o una limitación de casos a una lista tasada sería en todo caso equívoca y no exhaustiva, pudiendo llegar a reducir sobremanera la conducta relevante tipificada por dicho precepto.

Así por ejemplo, en la práctica reciente de esta autoridad de competencia, las normas de regulación de mercados liberalizados, tanto en su dimensión estructural como funcional, han sido consideradas, de forma indubitada, normas que regulan la actividad concurrencial, sin que, sin embargo, pudiera decirse de las mismas, por razones evidentes, que son normas que prohíben o limitan el desarrollo de actividades o estrategias competitivas.

En particular, se ha entendido que las condiciones establecidas por el Real Decreto 1435/2002 y la Orden ITC/1659/2009, en relación con el procedimiento a llevar a cabo para realizar cambios de suministrador de electricidad, previendo la necesidad de recabar la conformidad expresa del cliente, y de acreditar su voluntad inequívoca por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo, estaban dirigidas a ordenar uno de los aspectos sobre cómo ha de producirse el proceso de traspaso de clientes al mercado libre, con la finalidad manifiesta de fomentar la competencia: requiriendo el consentimiento expreso e inequívoco del consumidor.

Es decir, dicha obligación, impuesta al suministrador, perseguía asegurar el acceso en igualdad de condiciones de todos los suministradores al consumidor de forma que sólo si éste lo decide expresamente, mediante su consentimiento expreso, se podrá operar el cambio de su suministro a uno de ellos. Por todo ello, su incumplimiento se consideró, de forma incuestionable, como una infracción de normas jurídicas que regulan la actividad concurrencial, plenamente incardinable, por lo tanto, en el artículo 15.2 de la LCD.

III.2.6.4 Régimen de asunción de deudas en caso de transmisión de empresa

El artículo 132- 6 se refiere a la asunción de deudas en casos de adquisición de empresas. La regla es que se adquieren las deudas que resulten de la documentación contable y la empresarial, así como las pactadas expresamente. Se establece la responsabilidad solidaria del adquirente por las deudas contraídas por la empresa con anterioridad, pero con una serie de límites (no responde de aquéllas de las que no hubiera sido informado ni tuviera conocimiento previo).

Esta regulación puede generar dificultades en supuestos de multas por infracción de competencia cuando ha habido sucesión de empresas y cambio de identidad de la empresa que participa en la práctica en relación a la que es sancionada. Cabría introducir una mención del tipo “*sin perjuicio al régimen de Derecho de la competencia*”, como se hace en el 132-1 para los casos de normativa laboral y concursal en supuestos de sucesiones de empresas.

III.2.6.5 De la contabilidad de los empresarios

En relación a la regulación del acceso a la documentación del empresario, el art. 151-8 Derecho de acceso a la contabilidad, establece la regla general de que la *contabilidad* de los empresarios es secreta “sin perjuicio de lo que se derive de lo dispuesto en las leyes”. No obstante, en el punto 2 se amplía la regulación a los *libros, correspondencia y demás documentos* de los empresarios, y se establecen una serie de casos *tasados* en los que puede decretarse su comunicación o reconocimiento general.

Convendría revisar la redacción para mantener la coherencia con las facultades de inspección de la autoridad de competencia respecto de los libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material.

III.2.6.6 Modificación de la Ley de Defensa de los Consumidores para prever límites a la penalización por violación de los compromisos de permanencia

La Disposición final quinta modifica la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En el punto Cuarto se añade un nuevo apartado 5 al art. 62 LGDCyU, relativo al contenido mínimo del contrato con consumidores.

El nuevo apartado propuesto indica: *“5. En caso de que el usuario incumpla el compromiso de permanencia adquirido con la empresa, la penalización por baja o cese prematuro de la relación contractual, será proporcional al número de días no efectivos del compromiso de permanencia acordado”*.

Si bien esta previsión debe ser valorada con carácter general en positivo, sería conveniente incluir alguna previsión de salvaguarda de la aplicación de las normas de competencia en la valoración de la adecuación de las condiciones asociadas a la permanencia, para que no se ofrezca la falsa impresión de que con establecer una penalización proporcional por baja se garantiza la corrección del contrato desde dicha perspectiva.

