

COMENTARIOS DE DLA PIPER AL PROYECTO DE REGLAMENTO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Madrid, Noviembre de 2007

1. Introducción

Por medio del presente documento, DLA Piper España (“DLA Piper”) quiere hacer llegar al Ministerio de Economía y Hacienda (“MEH”) los comentarios de los miembros de su departamento de Regulación, Competencia y Contencioso¹ con relación al texto del Proyecto de Reglamento de Defensa de la Competencia (el “Proyecto”), sometido a consulta pública el pasado 25 de octubre de 2007.

Antes de abordar, de forma individualizada, los diversos títulos, capítulos y artículos del Proyecto, cuyo contenido creemos merece algún tipo de comentario, queremos poner de manifiesto una serie de reflexiones de índole general:

1. El objetivo principal de nuestros comentarios es que los mismos resulten de utilidad, desde un punto de vista práctico, al MEH, con vistas a elaborar una normativa de desarrollo de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (“LDC”) que resulte lo más eficaz posible. A la hora de valorar la anhelada eficacia normativa, hemos tenido en cuenta tanto: i) el interés de la Administración por contar con instrumentos normativos claros, de aplicación lo más sencilla posible, como ii) el interés de los administrados, por contar con normas también claras y, sobre todo, tratándose de un ámbito del derecho con un importante componente sancionador, respetuosas con sus derechos fundamentales de defensa.

¹ Los presentes comentarios han sido principalmente elaborados por Juan Jiménez Laiglesia, José María Jiménez Laiglesia, Antonio Creus, Josep Maria Julià, Olivia Amador, Raúl Da Veiga, Teresa Núñez, Ana Martínez Obradors, Blanca Escribano y Sofia Fontanals, miembros del mencionado departamento, bajo la coordinación de Gerard Pérez Olmo. Las consideraciones incluidas en el mismo expresan las opiniones personales de los citados profesionales, sin vincular en modo alguno a la organización DLA Piper.

2. Estos comentarios no pretenden ser exhaustivos sino centrarse en los aspectos fundamentales del Proyecto, sin entrar en valoraciones sobre elementos de menor importancia que resultarían poco prácticas.
3. Por último, creemos importante agradecer al MEH tanto el esfuerzo acometido para elaborar, con la máxima celeridad tras la entrada en vigor de la LDC, el presente Proyecto, como el ejemplar modelo seguido a la hora de hacer partícipes a los administrados del contenido del Proyecto y recabar sus opiniones, en consulta pública, respecto al contenido del mismo.

2. Comentario general sobre el alcance del Proyecto

Un primer comentario referido al contenido del Proyecto en su conjunto tiene que ver con su alcance general y su importante extensión.

El Proyecto contiene un elevado número de artículos que vienen a complementar lo previsto en otros tantos artículos de la LDC, algunos de los cuales no prevén desarrollo reglamentario alguno. Resultado de lo anterior es que de la lectura del Reglamento se desprende la existencia de una suerte de “legislación paralela” o complementaria a aquella prevista en la propia LDC que dificulta, en algunos casos, la completa comprensión de la misma.

Es por ello que una primera sugerencia por nuestra parte pasaría por tratar de reducir el alcance y extensión del Proyecto, lo que podría conseguirse distinguiendo entre aquellos ámbitos en que la propia LDC prevé la existencia de desarrollo reglamentario (por ejemplo, los procedimientos de clemencia o de control de concentraciones) y aquellos en que no es así.

En estos últimos casos sería posible, en algunos casos, plantearse la sustitución del texto reglamentario por otros textos, como directrices orientativas referidas a temas concretos.

3. Comentarios individualizados al articulado del Proyecto

Título Primero: De la Defensa de la Competencia

Capítulo I – De las conductas de menor importancia

Artículos 1 y 2 – Conductas de menor importancia y conductas excluidas del concepto de menor importancia

El establecimiento de tan diversos supuestos en los que está excluida la consideración de conducta de menor importancia introduce un notable grado de confusión respecto al concepto de conductas de menor importancia y a su aplicabilidad en la práctica.

Siendo esto así, creemos que sería más adecuado replicar totalmente el modelo establecido por la Comisión Europea (“CE”) en su Comunicación sobre conductas “*de minimis*”, de 22 de diciembre de 2001, o incluso remitirse al contenido de la misma, de modo similar a lo que lleva a cabo el artículo 1.4 de la LDC respecto a los diversos Reglamentos de Exención por Categorías dictados por la CE.

Por otra parte, tal vez sería conveniente introducir algo de flexibilidad a este respecto, regulando esta materia mediante comunicación de la CNC, fácilmente adaptable en el futuro en caso de que se opte por modificar el actual enfoque sobre el alcance de este tipo de conductas.

Capítulo II – De las concentraciones económicas

Artículo 3 – Cálculo de la cuota de mercado

Este artículo no aclara las dudas que pueden existir sobre cómo se calcula realmente la cuota de mercado en España cuando el ámbito geográfico del mercado relevante en una determinada concentración es superior al territorio español.

También creemos que está insuficientemente detallado el concepto de “cambio en las características del control” del apartado b) del artículo 3, a la hora de establecer una excepción al control previo, lo que introduce gran incertidumbre.

Artículo 4 – Cálculo del volumen de negocios

Las reglas de cálculo volumen de negocios parecen un poco confusas. El aspecto relativo a los ingresos generados en España debería ser objeto de clarificación (¿qué criterios deben seguirse? P.ej. ¿lugar donde se genera el ingreso, lugar donde se efectúa la prestación o servicio, lugar donde se encuentran los activos?)

Por otra parte, en el 2º párrafo del apartado 4.1 cabe constatar cierta indefinición de lo que el Proyecto denomina *parte de empresa*, para computar en el volumen de negocios ¿debe entenderse un % de activos?, ¿sólo cuándo se produzca reestructuración societaria?

También resulta poco afortunado el siguiente párrafo: *El volumen de negocios realizado en España incluirá los productos vendidos y los servicios prestados a empresas o consumidores en España*. El legislador no se da o no quiere darse cuenta de dificultad existente a la hora de localizar transacciones. A modo de ejemplo, la Ley de IVA (Ley 37/1992, de 28 de diciembre) utiliza 7 artículos para intentar dar pistas a los contribuyentes sobre cuando deben entenderse producidas en territorio español las transacciones.

En el apartado 4.2, el término “control” para cómputo de volumen de negocio puede ser más amplio y por ende más confuso que el contenido el Reglamento 139/2004, quizás más acertado materialmente que el introducido por el Proyecto.

Apartado 4.4. A los efectos de evitar la doble contabilización, cuando la adquirida ya estuviera controlada por una o varias de las adquirentes se imputará únicamente a la adquirida la integridad de su volumen de negocios. ¿Y a las directamente controladas por ésta?

Apartado 4.5. Debería establecerse norma de cautela para la siguiente disposición sobre parámetros de ponderación del ACTIVO objeto de la parte adquirida, Cuando la operación de concentración consista en la adquisición de una rama de actividad, unidad de negocio, establecimiento o, en general, de una parte de una o más empresas y con independencia de que dicha parte tenga personalidad jurídica propia, sólo se tendrá en cuenta, en lo que corresponde a la adquirida, el volumen de negocios relativo a la parte objeto de la adquisición.

Capítulo III – De las ayudas públicas

Artículo 6 – Informes y propuestas

Creemos que en el apartado 6.1 deberían incluirse facultades para la CNC para exigir de otras administraciones el cumplimiento del plazo de 10 días previsto en este artículo.

Capítulo IV – De la promoción de la competencia

Artículo 8 – Ejercicio de la función de promoción de la competencia

Creemos que este artículo se queda corto si realmente se quiere que la CNC tenga misión de promoción de la competencia. Debería completarse con mayores facultades expresas de la CNC a este respecto. Se podrían, por ejemplo, incluir obligaciones más precisas, a modo de objetivos para la CNC, referidos a las facultades señaladas en los artículos 25 y 26 de la LDC, y en particular la realización de informes sectoriales con carácter periódico, que obliguen a la CNC a analizar a fondo las estructuras y dinámica de competencia existente en diversos mercados.

En cuanto a las propuestas, entendemos que se pretende atribuir a la CNC funciones de consultor legislativo, algo que debería llevar a cabo siempre de la mano del regulador sectorial – en caso de existir – promoviendo la existencia de competencia como resultados de aquellas normas que tenga ocasión de revisar.

Título Segundo: De los procedimientos en materia de defensa de la competencia

Capítulo I – Disposiciones comunes

Artículo 10 – Práctica de las notificaciones

La necesidad, prevista en el apartado 10.1, de designar un lugar para la práctica de notificaciones en la sede de la autoridad de competencia parece obsoleta e injustificada en la sociedad moderna de la información. Creemos que la omisión de dicho requisito en nada altera la eficacia de este artículo.

Por otro lado, el apartado 10.2 nos recuerda que “2. *De acuerdo con el artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, se entenderá cumplida la obligación de notificar con el intento de notificación debidamente acreditado dentro del plazo máximo establecido*”. Creemos que este apartado podría completarse añadiendo que “*será suficiente la notificación que contenga cuando menos el texto íntegro de la resolución*”.

Artículo 11 – Cómputo de plazos máximos de los procedimientos en casos de suspensión

El artículo 37.1 de la LDC no establece plazos máximos de suspensión para los supuestos que en él se contemplan. El apartado 11.1 del Proyecto debería resolver esta laguna, incluyendo plazos máximos de suspensión para cada uno de los supuestos que contempla. A tales efectos, se propone que en los apartados a), b), c) y e) se incluya una mención a un plazo máximo – por ejemplo, de tres meses - aplicable a cada supuesto.

Asimismo creemos sería conveniente incluir en el apartado 11.2 la obligación para el órgano competente de la CNC de incluir la nueva fecha en la que vencería el plazo máximo para resolver el procedimiento. Esto introduciría transparencia en el procedimiento y permitiría a los interesados presentar alegaciones, en caso de discrepar con el cómputo de los plazos.

Artículo 12 – Facultades de inspección

Este artículo merece diversos comentarios, de notable importancia dada la relevancia del objeto del mismo:

En primer lugar, creemos que el apartado 12.3 debería completarse de modo que prevea que en el documento de autorización de toda inspección también debe especificarse el lugar concreto en que se desarrollará dicha actividad de inspección (en muchos casos las empresas cuentan con diversos locales, para diversas empresas filiales, no todas dedicadas al mismo tipo de negocio). Por otra parte, y considerando que la autorización suele hacer mención al deber de colaborar por los administrados, creemos que sería conveniente establecer como obligatoria la inclusión en dicha autorización de una mención expresa a los principales derechos de los destinatarios de la inspección, entre los cuales:

- El derecho a ser asistido por un abogado externo
- El derecho a no autoinculparse en ningún momento

- Los derechos relativos a los documentos protegidos por secreto profesional (como ciertas comunicaciones abogado-cliente)

A este respecto, creemos que los apartados 12.5 y 12.6 deberían completarse con alguna indicación del procedimiento a seguir durante las inspecciones en aquellos casos en que se pretenda tener acceso a documentos confidenciales protegidos por el secreto profesional. A este respecto, y siguiendo la línea de lo previsto por la reciente sentencia del TPI en el asunto Akzo Nobel² respecto a las inspecciones llevadas a cabo en aplicación del Reglamento 1/2003, estimamos sería fundamental, en aras de una mayor seguridad jurídica, establecer de forma expresa las pautas concretas de actuación por parte de los inspectores en este tipo de situaciones.

Un mecanismo recomendable, a este respecto, sería alguno similar al “*blue bag procedure*” aplicable a nivel comunitario, conforme al cual todo documento en torno al cual existan dudas razonables sobre su carácter confidencial y sujeto al privilegio profesional, y pretenda ser recabado por los inspectores debería: i) introducirse en un sobre especial, debidamente sellado por la administración; y ii) ser analizado por una tercera instancia, con facultades para decidir sobre su posible naturaleza confidencial y, por tanto, inaccesible para la administración. Dicha tercera instancia podría ser, desde nuestro punto de vista, alguna institución con carácter neutro, como el Colegio de Abogados o Cámara de Comercio de la localidad en que se desarrolle la inspección.

Artículo 18. Vista ante el Consejo de la CNC

El apartado 18.3 otorga al Presidente de la CNC una amplia discreción para conceder o no un nuevo turno a los interesados y al representante de la Dirección de Investigación para que, brevemente, puedan aclarar, rectificar hechos o conceptos y concretar su posición.

A este respecto, teniendo en cuenta la importancia de este trámite en el procedimiento, creemos que la posibilidad de réplica debería contemplarse como un derecho de las partes interesadas y de la Dirección de Investigación y no dejarse a la absoluta discreción del Presidente de la Comisión Nacional.

² Sentencia de 17.9.2007, del Tribunal de Primera Instancia de Luxemburgo, en los asuntos T-125 y 253/03, Akzo Nobel.

Artículo 19 – Tratamiento de información confidencial

Se echa en falta en este artículo la inclusión de algún mecanismo conforme al cual se puedan resolver los incidentes de confidencialidad que en la práctica suelen surgir en la tramitación de expedientes (tanto en materia de conductas restrictivas como en control de concentraciones). A este respecto, el proyecto de Reglamento se limita a recordar la obligación de motivar la solicitud de confidencialidad (algo reiterativo respecto a lo previsto en la propia LDC³) y la obligación de presentar una versión no confidencial de los documentos.

Así, creemos sería aconsejable que, al margen de la posibilidad de interponer un recurso de los previstos en el art. 47.1 LDC, se estableciera un procedimiento previo según el cual los administrados tuvieran la oportunidad de comentar con la autoridad las cuestiones de confidencialidad y tratar de llegar a un acuerdo o solución negociada antes de la adopción por la Dirección de Investigación de una decisión definitiva. En caso de que ello no fuera posible, y si se trata de documentos sobre los que se ha pronunciado la Dirección de Investigación, debería someterse la cuestión, en caso de conflicto, al Consejo de la CNC para que decidiera. En caso de que las partes no estuvieran de acuerdo con lo decidido por el Consejo de la CNC, entonces se activaría el recurso previsto en la LDC.

Por último, creemos conveniente añadir alguna referencia al tratamiento especial que merecen los documentos sujetos a secreto profesional (determinadas comunicaciones abogado-cliente), en línea con lo comentado respecto al artículo 12 del proyecto.

Capítulo II – Del procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas

Artículo 25 – Información reservada

Creemos que esta es una buena oportunidad para introducir un elemento esencial para los derechos de defensa de los administrados en lo referido al inicio de todo procedimiento en materia de conductas restrictivas: un límite temporal, a modo de plazo de caducidad, para el trámite de información reservada.

³ Artículo 42 LDC

A este respecto, debe destacarse la existencia de precedentes referidos a otros procedimientos administrativos de índole sancionadora (por ejemplo, en materia de normativa de consumo) en los que se prevé un deber de cierta celeridad, por parte de la administración, a la hora de iniciar procedimientos administrativos una vez se tengan evidencias – o, cuanto menos, indicios - de la concurrencia de ilícitos por parte del administrado.

Debe tenerse en cuenta que el inicio formal de un expediente administrativo conlleva una serie de derechos de defensa para todo administrado (acceso al expediente y al contenido de la denuncia, derecho a presentar alegaciones y pruebas en su defensa, vista oral, etc.).

No resulta de recibo, en este sentido, que se perpetúen en el tiempo, tras un plazo inicial razonable, situaciones de investigación por parte de la Dirección de Investigación en que el administrado se vea obligado, por ley, a responder a los requerimientos que formule la administración sin poder gozar de los mínimos derechos de defensa.

Creemos, a este respecto, que un plazo de entre tres y seis meses debería ser más que suficiente para que la Dirección de Investigación recabara la información suficiente para decidir, en su caso, incoar un expediente administrativo o, por lo contrario, archivar las actuaciones por no haber detectado indicios de infracción de la LDC. Es por ello que estimamos conveniente introducir dicho plazo de caducidad en el texto de este artículo.

Por otro lado, y en aplicación de lo dispuesto por el propio TDC en diversas resoluciones⁴, sería conveniente incluir en este artículo una mención expresa al derecho de cualquier denunciado a tener acceso, ya en el marco del trámite de Información Reservada, al contenido de la denuncia – cuanto menos, a una descripción de los hechos y argumentos principales de la misma y las infracciones que se imputan al denunciado.

Artículo 26.- Acuerdo de no incoación y archivo de denuncia.

Creemos sería conveniente prever la facultad para el Director de Investigación (y no el Consejo de la CNC) para adoptar este tipo de acuerdos, sin perjuicio de que los mismos pudieran ser recurrido al Consejo.

⁴ Resolución del TDC de 15.3.2007, asunto R700/06v, Banco Santander/Cheques comida

Artículo 30 – Acceso al expediente

Creemos que este artículo regula un derecho fundamental de cualquier denunciado e interesados mas directos en todo expediente sancionador, incluyendo los recursos contra actos de la Dirección de Investigación.

Es por ello que resulta fundamental regular el mismo de forma exhaustiva, confirmando el derecho de acceso al expediente completo, sin perjuicio de las limitaciones derivadas del tratamiento de la información confidencial conforme a la LDC y al mismo Proyecto. Dicho derecho de acceso al expediente completo debería complementarse con el derecho, por parte del interesado, a seleccionar y obtener copias de todos aquellos documentos que estime relevantes para la defensa de sus intereses, sin que la CNC pueda discutir dicha relevancia.

Asimismo, creemos que la norma debería establecer un deber de motivación expresa, en documento suscrito por el Secretario de la Dirección de Investigación, de cualquier negativa de acceso por parte de los interesados a partes o a todo el expediente administrativo.

Artículo 32 – Pliego de concreción de hechos, propuesta de resolución e informe

En el apartado 4º de este artículo se echa en falta una mención al deber de la Dirección de Investigación de incluir, en su propuesta de resolución, la valoración expresa, por la propia Dirección de Investigación, de las alegaciones presentadas y de las pruebas practicadas a solicitud de las partes interesadas en el expediente, tras la notificación del Pliego de Concreción de Hechos.

Artículo 33. Preclusión.

Este artículo debería establecer una facultad, y no una obligación, de la Dirección de Investigación, para no tener en cuenta las alegaciones presentadas fuera de los plazos previstos en el artículo 32.

Artículo 40 – Adopción y régimen jurídico de las medidas cautelares

La adopción de medidas cautelares por parte de la CNC puede revestir, según las circunstancias de cada caso, una importancia fundamental para los intereses de todo denunciante. La probabilidad de obtención de las mismas y la celeridad en su adopción representan, de hecho, criterios de valoración esencial que a menudo tienen en cuenta las

partes a la hora de iniciar procedimientos en sede judicial (jurisdicción mercantil) en paralelo o incluso antes de la presentación de denuncias ante la autoridad administrativa.

La existencia, conforme al Proyecto, de un mecanismo de doble fase (solicitud a la Dirección de Investigación y posterior resolución por el Consejo de la CNC), con el trámite imperativo de audiencia de los interesados antes de la resolución sobre la eventual adopción de medidas cautelares tendrá como previsible consecuencia – la práctica registrada hasta la fecha así lo indica – un escaso efecto útil de este mecanismo. Debe tenerse en cuenta que, en la mayor parte de las ocasiones en que se plantea la conveniencia – o necesidad - de solicitar medidas cautelares (por ejemplo, a la hora de evitar la comisión de un inminente abuso de posición dominante), dichas medidas sólo son eficaces si se adoptan de forma inmediata, antes de que se cause un daño irreparable al denunciante.

En consideración a lo anterior, y a imagen y semejanza de lo previsto, en sede jurisdiccional, respecto a las medidas cautelares “inaudita parte”⁵, creemos sería conveniente introducir, en el Proyecto, la posibilidad de que el Consejo de la CNC adoptara medidas cautelares mediante un procedimiento de especial urgencia, a petición de la Dirección de Investigación, sin oír a las partes interesadas distintas a la denunciante, siempre y cuando se acredite por esta última la existencia de razones de especial urgencia, riesgo de daño irreparable si no se adoptan dichas medidas de forma inmediata y la apariencia de buen derecho de su solicitud.

Artículo 41 – Vigilancia del cumplimiento de las obligaciones y resoluciones del Consejo de la CNC

Creemos que el apartado 41.2 debería prever que las facultades de vigilancia atribuidas a la Dirección de Investigación también comprenden la vigilancia respecto a la concurrencia de las condiciones necesarias – de hecho y derecho – para el mantenimiento en vigor de determinadas obligaciones impuestas por medio de resolución de la CNC.

Artículo 45 – Presentación de solicitudes de exención del pago de la multa

Creemos que este artículo – así como el artículo 48, referido a las solicitudes de reducción – debería prever la posibilidad de presentar solicitudes orales de exención o reducción del importe de la multa.

⁵ Artículo 733 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil

Así, los solicitantes deberían poder solicitar audiencia a la CNC al objeto específico de presentar este tipo de solicitudes orales. Durante la reunión, la CNC podría plasmar en un acta el contenido de la solicitud, que debería cumplir todos los requisitos establecidos para las solicitudes escritas. Dicho acta tendría los mismos efectos y recibiría el mismo tratamiento que una solicitud de exención o reducción del importe de la multa presentada por escrito. A los efectos de conceder la exención condicional, la fecha de presentación de las solicitudes orales será la fecha en la que se hubiere celebrado la reunión con la CNC.

Artículo 46. Tramitación de las solicitudes de exención del pago de la multa

Este artículo debería prever la obligación para la Dirección de Investigación de confirmar a las empresas solicitantes de exención si la empresa en cuestión es o no la primera en solicitar la exención. Se trata, a todas luces, de una circunstancia fundamental en el marco de las actuaciones derivadas de la introducción de una política de clemencia.

Asimismo, creemos que este artículo debería prever la posibilidad de retirada de la exención, de manera total o parcial, en aquellos casos en que se constate que la información facilitada por la solicitante es incorrecta o falsa, y la concesión de la misma a la segunda empresa que la hubiese solicitado, siempre que se reúnan los requisitos objetivos y formales para ello.

Artículo 49. Presentación y tramitación de las solicitudes de reducción del importe de la multa

Este artículo no recoge la posibilidad de una reducción o exención parcial en los casos en los que el solicitante haya sido el primero en aportar pruebas que permitan a la CNC ampliar sus imputaciones o incrementar los factores de gravedad de los hechos. En este caso, como sucede con el sistema de clemencia comunitario, debería preverse que la CNC no tome en cuenta estos hechos adicionales cuando fije el importe de la multa a la empresa que haya facilitado las pruebas sobre la existencia de los mismos.

Artículo 51 – Deber de cooperación de los solicitantes de exención o reducción del importe de la multa

Este artículo merece varios comentarios por nuestra parte:

- Por un lado, el artículo adolece de cierta vaguedad en la descripción de varias de las obligaciones de los solicitantes. Referencias a expresiones como “sin dilación”, “sin demora” generan cierta inseguridad jurídica en los administrados.

- El apartado c) de este artículo establece una obligación - facilitar entrevistas con directivos anteriores de la empresa – de muy difícil cumplimiento en la mayor parte de los casos. Debería añadirse, por tanto, la mención, “en la medida de lo posible” a dicho respecto.
- El apartado e) de este artículo también establece una obligación - abstenerse de divulgar la presentación de la solicitud de exención o reducción – que debería matizarse en aquellos casos en que la solicitud de clemencia haya devenido un hecho notorio, comentado en asociaciones, etc.

Artículo 52. Mecanismos de coordinación con los órganos competentes de las CCAA en los procedimientos de exención del importe de la multa

Creemos que este artículo debería prever que en aquellos casos en que, conforme a la legislación aplicable, la CNC fuese considerada como la autoridad mejor situada para investigar infracciones del Artículo 1 LDC frente a otras autoridades autonómicas (o infracciones del Artículo 81 CE frente a la Comisión Europea u otras autoridades de competencia de otros Estados miembros), esta deberá valorar las solicitudes de clemencia que se hubieran podido presentar en atención a la fecha de su presentación ante la autoridad de que se trate.

Capítulo III – Del procedimiento de control de concentraciones económicas

Artículo 54 – Notificación a través de representante

Creemos que el mantenimiento de la exigencia de poder notarial de representación dificulta y resta agilidad a la labor de preparación y presentación de la notificación, especialmente en aquellos casos de empresas extranjeras en que el poder debe presentarse ante un fedatario público extranjero, completarse con la Apostilla de la Haya, y ser posteriormente traducido (traducción jurada) al español para su presentación a la CNC. A este respecto, creemos que el modelo de carta de representación debidamente suscrito por la entidad notificante utilizado a nivel comunitario puede y debe ser perfectamente válido en nuestro país.

La administración puede esgrimir razones de seguridad jurídica en lo que a la representación de personas jurídicas se refiere. Sin embargo, teniendo en cuenta la necesidad de abonar, por

cualquier notificante, una tasa de considerable importe (mínimo 3.005 Euros) como requisito previo a la notificación de cualquier operación de concentración, parece muy poco probable que se den casos de representación fraudulenta en este ámbito. Tratándose además, de un ámbito en que el hecho de la notificación se hace público de forma inmediata, resulta fácilmente detectable cualquier intento de representación fraudulenta.

Artículo 55 – Forma y contenido de las notificaciones

Con relación a este artículo y a los anexos II y III, que complementan su contenido, debemos señalar que nos parece una auténtica lástima no aprovechar esta oportunidad para mejorar sustancialmente el formato del formulario de notificación a presentar en casos de concentraciones de empresas.

Hacemos tal afirmación porque creemos, fruto de nuestra experiencia en asuntos notificados a nivel multi-jurisdiccional, que resultan muy razonables – por más ágiles, menos costosos para administración y administrados - los modelos de notificación basados en un formato consistente en un escrito, con formato de carta, en el que se aporta a la autoridad de competencia información básica sobre las partes, la operación de concentración, el mercado geográfico y de producto afectado, y un breve análisis sobre el probable impacto de la operación en el mismo. Posteriormente, en caso de detectarse problemas de competencia, se aporta a la autoridad con cuanta información sea preciso con vistas a completar el expediente de análisis de la concentración. Este sistema, en grandes líneas, se sigue en jurisdicciones tan relevantes como EEUU, Reino Unido o Alemania, entre otras.

En España se ha optado, como demuestra el Proyecto, por un modelo de formulario ordinario que, lejos de simplificar el modelo hasta ahora existente, viene a ampliar su contenido, equiparando buena parte del mismo al del formulario comunitario de notificaciones, el cual se usa para notificar operaciones de dimensión comunitaria, con lo que ello conlleva en cuanto al volumen de la operación y de las empresas implicadas en la misma (empresas de importante dimensión cuya actuación probablemente pueda generar, en muchos casos, un impacto cierto en los mercados en que se encuentran presentes).

El mantenimiento, por la LDC, de unos umbrales de notificación que obligan a notificar operaciones en que pueden concurrir empresas de dimensión muy reducida (notificación por cuota de mercado, incluso si este es de dimensión geográfica local, por ejemplo) o casos en que el solapamiento que se registre sea mínimo casa francamente mal con la imposición del uso, como regla general, de un formulario cuya cumplimentación incluso ha venido a hacerse más dificultosa que lo que era hasta la fecha. Cabe añadir que, de hecho, el formulario

propuesto en el proyecto incluso contiene apartados no previstos en el formulario comunitario, como la sección 3 referida a las restricciones accesorias.

A este respecto quepa añadir las siguientes reflexiones:

- La posibilidad de presentar el formulario abreviado, prevista en la LDC (art. 56) puede devenir, en la práctica, poco frecuente, teniendo en cuenta la rigidez de los requisitos establecidos en la propia LDC y en el apartado 55.9 del Proyecto, que viene a definir, de forma muy restrictiva, los supuestos a considerar como participaciones de menor importancia. Con independencia de lo anterior, cabe señalar que el modelo de Formulario Abreviado incluido como anexo III al Proyecto no resulta especialmente reducido respecto al modelo actualmente en vigor.
- La posibilidad de presentar ante la CNC un borrador confidencial de formulario, conforme a lo previsto en el apartado 55.2 del Proyecto, y de solicitar una exención en cuanto al deber de cumplimentar determinados apartados en la notificación definitiva (apartado 55.3 del proyecto) no parece una solución tan convincente como el establecimiento de un modelo de notificación general más simplificado.

Sin perjuicio de lo anterior, y centrándonos en el modelo de formulario ordinario propuesto por el Proyecto (anexo II), debemos, cuanto menos, señalar lo siguiente:

- Sección 1.3: notificación por representante. El requisito referido al deber de aportar copia notarial del poder de representación, legalizada con Apostilla del Convenio de La Haya si es un documento público extranjero, y con traducción jurada al español en caso de estar redactado en lengua no española (1.3.1), supone, como se ha señalado anteriormente, una carga un tanto excesiva para las partes notificantes cuando se trata de empresas de origen extranjero. Proponemos, como se ha indicado anteriormente, se acepte el uso de un modelo de carta de representación, en inglés o español, a modo similar a lo que rige a nivel comunitario. Por otra parte, la mención a que la dirección del representante debería estar “en Madrid, a ser posible” (1.3.4), resulta innecesaria.
- Sección 2.2.3: información sobre el apoyo financiero recibido, en su caso, por las partes para llevar a cabo la operación. Con independencia de que este apartado también exista en el formulario comunitario, nos preguntamos sobre la auténtica utilidad del mismo desde la óptica de la competencia. Cualquier derecho de terceras partes (ej. acreedores) que pudiera alterar una nueva estructura de control que presenta la notificación a la CNC debería deducirse del contenido de la propia

notificación, que solicita información sobre las partes que controlan, de modo directo o indirecto, a la/s notificante/s.

- Sección 5.1: referencias al Código Nace. Estamos de acuerdo con la utilidad que tiene este tipo de referencias a los efectos de una mejor clasificación de las resoluciones de la autoridad, tal como sucede a nivel comunitario. Confiamos en que la introducción de este requisito en las notificaciones venga acompañado de diversas medidas igualmente deseables como: i) la publicación por la CNC de un listado de códigos NACE, en español, en su página web; ii) la inclusión, por la CNC, de dicho elemento de referencia en todas sus resoluciones e informes, y iii) el posible uso de este elemento como criterio de búsqueda de resoluciones en la web y archivos de la CNC.
- Sección 5.4.1: mercados relevantes. Esta sección omite toda mención a la posibilidad de que el alcance del mercado geográfico afectado por la operación notificada sea supra-nacional, lo que sucede en numerosos casos.

Artículo 56. Levantamiento de la suspensión de la ejecución

Creemos muy conveniente incluir en este artículo un plazo, de entre 10 y 15 días, para que el Consejo de la CNC se pronuncie sobre el levantamiento de la suspensión de la ejecución. Asimismo se debería prever que, en caso de silencio administrativo una vez transcurrido dicho plazo, se considerará como concedido el levantamiento de la suspensión.

Artículo 57 – Consulta previa a la notificación

La consulta previa a la CNC prevista en el artículo 55.2 de la LDC es un mecanismo que puede resultar de notable utilidad en aquellos casos en que existan dudas razonables sobre la existencia de una auténtica concentración o sobre el cumplimiento de los umbrales de notificación, tanto en materia de volumen de facturación de las partes en España como, muy especialmente, en materia de mercados relevantes afacetados por la operación.

Sin embargo, la inexistencia de un plazo concreto en el que quepa razonablemente prever la obtención de una respuesta a la consulta por parte de la CNC hace desistir, en muchas ocasiones, a las partes del recurso a dicho mecanismo.

Es por ello que sugerimos la introducción de un plazo razonable de respuesta por la CNC a este tipo de consultas, que podría situarse en torno a los 15 días. No nos parecería mal introducir cierta flexibilidad en dicho plazo, a modo de extensión del plazo inicial, en la medida en que la autoridad solicite mayor información a las partes o a terceros para resolver

la consulta. En todo caso, sí se debería establecer un plazo máximo de respuesta – nunca superior a un mes -, así como las consecuencias del silencio por parte de la CNC.

Artículo 60. Instrucción del procedimiento en la primera fase

A efectos aclarativos, y en línea con el procedimiento vigente, creemos conveniente sustituir la mención al hecho de que la Dirección de Investigación elevará al Consejo de la CNC su “informe confidencial” sobre la concentración al final de la primera fase del procedimiento por el hecho de que su informe será hecho público tras su elevación al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, y una vez se haya resuelto sobre los aspectos confidenciales de su contenido.

También creemos sería interesante considerar la posibilidad de introducir, como etapa previa al cierre de la primera fase, y de modo similar a lo que sucede a nivel comunitario⁶, una oportunidad para las partes notificantes de conocer, con anterioridad a la adopción de la decisión de apertura de una segunda fase, las cuestiones que la CNC considera problemáticas, con el fin de poder manifestar su opinión, presentar alegaciones o en su caso, ofrecer compromisos tendentes a eliminar los posibles obstáculos apreciados por la Dirección de Investigación. Ello podría articularse bien mediante el envío de un borrador del informe, o a través de una reunión o conversación telefónica, con la antelación suficiente como para que los notificantes puedan manifestar su opinión o en su caso, presentar compromisos.

Creemos que este tipo de encuentros también se podrían mantener entre las partes interesadas y la CNC en caso de que se eleve el informe final al Consejo de Ministros, en aplicación del artículo 68 de este Proyecto.

Artículo 62 – Aplicación del Reglamento 139/2004

Con relación a lo dispuesto por este artículo sobre los supuestos de remisión de asuntos a la CNC por parte de la CE, en aplicación de lo previsto por los artículos 4 y 9 del Reglamento (CE) n° 139/2004, de control de concentraciones, debemos señalar que no parece razonable obligar a los notificantes a presentar un nuevo formulario de notificación ante la CNC.

Teniendo en cuenta la similitud de contenidos entre el formulario previsto en anexo II del Proyecto – otra cosa sería si dicho modelo se modificase, en línea con lo que señalamos respecto al artículo 55 del Proyecto, *supra* - y el formulario comunitario, creemos sería razonable que la CNC recabara de forma completa este último formulario, con sus anexos,

⁶ Véanse las *Best Practices Guidelines* de la Comisión y su referencia a las conocidas como “*state of play meetings*” que se suelen mantenerse con las partes a lo largo del procedimiento.

pudiendo, en su caso, solicitar a las partes la información complementaria necesaria para el análisis de los efectos de la operación en España.

Artículo 64 – Personación de interesados

El apartado 64.5, según el cual *“El ejercicio de los derechos que corresponde a las partes declaradas interesadas en ningún caso podrá alterar el normal desarrollo del procedimiento, ni suponer dilación en los plazos, ni retroacción de los trámites ya vencidos”* genera cierta confusión en cuanto a la posible limitación del alcance real de los derechos de los interesados. Sería conveniente aclarar, de algún modo, dicho condicionamiento.

Artículo 69 - Vigilancia de las obligaciones, resoluciones y acuerdos

Creemos que entre las facultades de vigilancia de las obligaciones, resoluciones y acuerdos dictados en aplicación de la LDC por la Dirección de Investigación deberían incluirse expresamente los mecanismos aptos para proceder a una posible modificación de las condiciones impuestas en toda resolución de la CNC en caso de cambio de las circunstancias que motivaron su adopción. Este sería el caso de condiciones impuestas a la aprobación de operaciones que perdieran utilidad dado el cambio de las circunstancias que motivaron en su día, su imposición.

Capítulo IV – Del procedimiento arbitral

Antes de entrar a analizar el contenido de los diversos artículos de este capítulo debemos trasladar al MEH una reflexión general sobre el posible ejercicio, por la CNC, de la facultad prevista en el artículo 24.f) de la LDC, referido a las funciones de arbitraje.

Dicha reflexión viene motivada por la existencia de precedentes en los que otras autoridades de naturaleza regulatoria, como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), han asumido funciones arbitrales, con arreglo a lo previsto en las normas que regulan sus competencias.

La intervención de este tipo de organismos, o de varios de sus miembros, como árbitros en procedimientos de naturaleza privada ha generado, en el pasado, importantes conflictos relacionados con diversos aspectos del procedimiento: normas realmente aplicables, validez del convenio arbitral existente en cada caso, posibilidad de recurso de los diversos actos dictados por el árbitro en el curso del arbitraje, incluido el laudo final, etc. Fruto de dichos

conflictos ha sido la “eternización”, en sede judicial, de algunos de los asuntos en que se ha planteado la intervención de estos organismos regulatorios como árbitros.

A raíz de lo anterior debemos señalar un cierto temor por la posibilidad de que este tipo de situaciones se repitan con la CNC como protagonista en procedimientos arbitrales. De ahí que resulte especialmente importante una reflexión sobre: i) si realmente es adecuado, en general y caso por caso, el ejercicio de las facultades de arbitraje por la CNC, y ii) la necesidad de una regulación muy bien elaborada a este respecto, sin dejar cabos sueltos que permitan situaciones que solo pueden dañar la imagen de la autoridad y la eficacia de sus decisiones.

Dicho lo anterior, y en relación con el contenido actual del Proyecto en este capítulo, señalamos lo siguiente:

Artículo 70 – Función arbitral, principios y normas generales

En el apartado 70.1 creemos conveniente añadir, como ejemplo, aquellos casos en que la sumisión tenga por objeto disputas sobre compromisos ofrecidos por operadores o condiciones impuestas por la CNC o la CE en aplicación de la normativa nacional o europea de competencia.

En el apartado 70.2 creemos basta la referencia a la aplicación supletoria de la ley de arbitraje (habría que tratar de evitar reiteraciones que puedan crear contradicciones o conflictos con la ley y que permitan mantener la flexibilidad propia del arbitraje).

Apartado 70.3: proponemos eliminar este apartado, pues existe un conflicto claro que afectaría a la validez del arbitraje. Sería mejor que el arbitraje sea resuelto por tres consejeros nombrados por el presidente del consejo, que decidiría asimismo la presidencia del tribunal arbitral. El director de investigación podría actuar como secretario del tribunal arbitral (y por tanto encargado de tramitar y recibir todas las notificaciones). Esta estructura daría más juego para evitar conflictos, pudiéndose contemplar el nombramiento del tribunal arbitral entre otros funcionarios de la CNC si todos los consejeros fueran incompatibles.

Apartado 70.4: sugerimos eliminar la mención “...sin perjuicio de que la Dirección de Investigación estime conveniente practicar en otro lugar determinadas diligencias de prueba u otras actuaciones del procedimiento” ya que este tema ya está previsto en la propia ley de arbitraje.

Artículo 71 – Sumisión al arbitraje

Sugerimos eliminar este artículo. No parece necesario ni conveniente modificar las reglas generales de la ley de arbitraje en cuanto a la forma y validez del convenio arbitral.

En caso de mantenerlo creemos sería bueno aclarar que los compromisos o condiciones de sometimiento a arbitraje de la CNC, cuando afecten a un grupo de sociedades, deberán contar con el consentimiento de cada una de las sociedades miembro de dicho grupo.

Artículo 72 – Iniciación del procedimiento arbitral

Creemos oportuno eliminar el requerimiento de someter la controversia a arbitraje y sustituirlo por copia del convenio arbitral por el que se ha sometido al arbitraje.

Sustituir la posibilidad de aportación de documentos por la obligación de aportación de todos los documentos (preclusión) y de propuesta de todas las pruebas que se estimen pertinentes.

Artículo 73 – Contestación y oposición al arbitraje

Apartado 73.1: el término de 10 días es claramente insuficiente; creemos más razonable prever un plazo de 20 días en defecto de otro plazo fijado por las partes.

Asimismo creemos oportuno sustituir la posibilidad de aportación de documentos por la obligación de aportación de todos los documentos (preclusión) y de propuesta de todas las pruebas que se estimen pertinentes.

Apartado 70.2: creemos que no conviene limitar las causas de oposición ni hacerlas distintas de las previstas en la ley de arbitraje. Sería mejor establecer un plazo de 10 días para alegar (antes de la contestación) cualquier oposición al arbitraje por no ser materia competencia de la CNC (según el propio Reglamento o el convenio arbitral) o por la inexistencia, nulidad o ineficacia del convenio arbitral.

Apartado 70.3: creemos que la oposición previa debería ser objeto de un pronunciamiento previo en un plazo de 20 días. La decisión debe corresponder al tribunal arbitral y no al director de investigación (sin perjuicio de que este como secretario pueda asesorar al tribunal).

Artículo 74 – Plazo máximo del procedimiento

El plazo de 3 meses parece poco realista, teniendo en cuenta la complejidad de los asuntos que se pueden someter a arbitraje por la CNC. Creemos podría ser más razonable extenderlo a 6 meses con una posible extensión (i) en caso de suspensión por el tiempo de suspensión, (ii) discrecionalmente por un plazo adicional único de 2 meses por unanimidad del tribunal arbitral o (iii) por acuerdo de las partes.

Artículo 75 – Práctica de la prueba

La decisión sobre admisión o práctica de la prueba debe corresponder al tribunal arbitral. Este artículo podría eliminarse y mantener la flexibilidad propia de la ley de arbitraje.

Artículo 76 – Conclusiones y propuesta de laudo arbitral

No parece necesario limitar la flexibilidad propia de la ley de arbitraje. A este respecto creemos sería mejor prever que el tribunal arbitral celebrara una conferencia o vista preliminar en el plazo de 10 días después de la contestación de la demanda simplemente para discutir con las partes los aspectos de procedimiento y decidir los plazos para prueba y conclusiones.

Por otro lado, no parece necesario involucrar al Consejo de la CNC en su conjunto. Si el tribunal arbitral está formado por tres consejeros, sería suficiente.

El Director de Investigación puede efectuar y recibir notificaciones como secretario del tribunal pero no parece adecuado que sea él el que realice el informe ya que no sería entonces un verdadero arbitraje. La función del director debe ser de apoyo logístico y asistencia legal al tribunal arbitral pero no para dirigir o predeterminar la decisión del arbitraje.

Artículo 77 – Medidas cautelares

La ley de arbitraje ya contempla la adopción de medidas cautelares por el tribunal arbitral. Este artículo no parece necesario.

Artículo 78 – Laudo arbitral

Como indicado, parece más conveniente un tribunal arbitral formado por tres consejeros y evitar la involucración de todo el Consejo de la CNC. En cualquier caso, existiendo la ley de

arbitraje, no parece necesario establecer el contenido del laudo ni la aplicación de los recursos de aclaración ya establecidos en dicha ley.

Artículo 79 – Laudo por terminación convencional

Este artículo tampoco parece necesario. En cualquier caso, si hay acuerdo de las partes, tampoco parece necesaria la propuesta o informe de la dirección de investigación (siendo un arbitraje su papel debe limitarse a la secretaría y asistencia).

Artículo 80 - Recursos

No parece legal ni conveniente que el Proyecto fije recursos distintos a los establecidos en la ley de arbitraje. La LDC sólo reconoce la función arbitral no la de establecer recursos distintos de los previstos en la ley. En cualquier caso, la decisión de rechazar la competencia de arbitraje debería ser una decisión del tribunal arbitral y no de la dirección de investigación.

Artículo 81 – Ejecución forzosa del laudo

Este artículo no es necesario ya que la ley de arbitraje es de aplicación y no hace falta repetirlo en todos los artículos.

Artículo 82 - Gastos

No existe razón para la gratuidad del proceso. Sería conveniente poner una tabla de honorarios y costes de administración (tablas similares de CIMA u otros podrían ser utilizados como referencia).

Respecto a la imposición de las costas, la regla de imponer costes de práctica de prueba a la parte que lo propone no parece lógica. Las costas deberían ser objeto de pronunciamiento en el laudo y siendo este un tema ya previsto en la ley de arbitraje, no parece conveniente establecer una norma distinta.

* * * * *