

COMENTARIOS AL PROYECTO DE REGLAMENTO DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA (“PRDC”)¹

A.- PRÁCTICAS RESTRICTIVAS

1.- Ámbito de aplicación de la LDC. Concreción de la regla *de minimis*.

Es una buena política legislativa la de reproducir el Derecho comunitario de la competencia. Se reducen, para las empresas, los costes de su conocimiento y cumplimiento. Ahora bien, no se entiende por qué **cuando el derecho nacional puede ser más liberal** que el Derecho comunitario, **no se hace uso de tal posibilidad**.

No se entiende, en efecto, que no queden amparados por la doctrina *de minimis* cualesquiera acuerdos o conductas y en este sentido, el artículo 2 PRDC debería suprimirse. Es evidente, por ejemplo, que si tres panaderías de un barrio de Madrid se ponen de acuerdo para subir el precio de la pistola (cártel de precios), su persecución por las autoridades de competencia sería un derroche de recursos públicos y la imposición de una sanción a las empresas participantes en el mismo, inconstitucional. Porque esas tres panaderías podrían fusionarse – y, entonces, fijar los precios para las tres no solo para la pistola sino para cualquier otro producto – sin, ni siquiera, tener que notificar la fusión a las autoridades de competencia. No puede constituir una infracción administrativa lo menos y ser perfectamente lícito (protegido por la libertad de empresa y la libertad de contratación) lo más. Y es que el acuerdo correspondiente **no sería colusorio**.

Pero si no hay razones para incriminar los cárteles *de minimis*, **mucho menos para incriminar las restricciones verticales** (fijación del precio de reventa) cuando son practicadas por empresas que tienen cuotas minúsculas de mercado (caso *Tempur*²). Porque si en los cárteles como el ejemplo anterior podemos preguntarnos por qué habrían de pactar la subida de precios las tres panaderías (no se nos ocurre otra razón que no sea la de que creen que pueden incrementar sus ingresos sin perder clientela a favor de otras panaderías que no formen parte del acuerdo) en el caso de la fijación del precio de reventa – o las cláusulas que otorgan protección territorial absoluta – sí que se nos ocurren buenas razones “eficientistas” para que el fabricante quiera establecerlas.

Y lo que es más grave, **en el Derecho español no existe la justificación**, alegada en el Derecho comunitario para justificar la prohibición de estas conductas, **basada en la segmentación o división del mercado comunitario en mercados nacionales**. Recuérdese que la razón fundamental alegada (aunque de forma poco convincente y sin ningún análisis empírico) por los tribunales comunitarios y por la Comisión Europea para prohibir de forma absoluta las cláusulas de fijación del precio de reventa es que provocan

¹ *Estos comentarios han sido elaborados por el Departamento de Competencia del Despacho CMS Albiñana & Suárez de Lezo a los efectos previstos en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Se autoriza expresamente su posterior publicación.*

² Resolución del TDC de 31-V-2005.

un efecto fragmentador del mercado comunitario. Pues bien, no es objetivo del Derecho español de la competencia – como lo es del comunitario – la consecución de un mercado único español y, por tanto, las prohibiciones no están justificadas. No se olvide que se trata de **prohibiciones de conductas amparadas por la libertad de empresa y la libertad contractual** y, por tanto, de **limitaciones administrativas o públicas a un derecho fundamental**, lo que requiere, para su validez, de un estricto examen de proporcionalidad.

Se **propone** por tanto, la supresión del art. 2 y su sustitución por el siguiente texto: “*Con independencia de la cuota de mercado de las empresas partícipes, podrán no entenderse de menor importancia las conductas a las que se refiere el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia que, por las excepcionales circunstancias en las que se producen, tengan efectos significativos sobre la competencia*”.

2.- Procedimiento sancionador

(i) *Trámite de información reservada (Artículo 25 PRDC)*

Se establece que la Dirección de Investigación, cuando solicite información al denunciado en esta fase de información reservada, “*le comunicará todos los elementos objetivos contenidos en la denuncia y relacionados con los hechos denunciados*”. Se consagra así la doctrina del TDC en sus últimas Resoluciones, esencial para garantizar el respeto a los derechos constitucionales de los denunciados a ser informados de las acusaciones que se les formulen, a no declarar contra sí mismos y a que sus derechos de defensa no sufran restricciones innecesarias, conforme al artículo 24.2 de la Constitución³.

(ii) *Terminación convencional (Artículo 38 PRDC)*

Se valora positivamente la flexibilización de la denominada terminación convencional al haber eliminado la necesidad de consenso entre todos los infractores para acordar la terminación y de que la solicitud se presentara antes del Pliego de Concreción de Hechos.

Se echa en falta, sin embargo, que el PRDC **prevea la posibilidad de terminación convencional en caso de cárteles**, en línea con la propuesta de la Comisión Europea en este sentido⁴.

La Propuesta de Reglamento de la Comisión Europea sobre transacción en, precisamente, casos de cárteles, prevé un mecanismo distinto al de la terminación basada en compromisos del artículo 9 del Reglamento 1/2003, al que ni siquiera se refiere. El sistema propuesto, en efecto, no consiste en la presentación de compromisos por las

³ V. por todas, Resolución del TDC de 22-II-2007, Banco Santander/Cheques Comida (Expte. R 700/06v).

⁴ Propuesta de Reglamento de la Comisión por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel, así como del Proyecto Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo en casos de cártel. DOUE C 255, de 27 de octubre de 2007. Documentos disponibles en [[Propuestas transacción cárteles](#)].

partes (para lo que ya está el artículo 9 del Reglamento 1/2003) sino en el reconocimiento de la participación en el cártel y de la responsabilidad al respecto por parte de la empresa que quiere transigir. A cambio, la Comisión puede recompensar la cooperación descrita en el cálculo de las cuantías de las multas que correspondan (reduciéndolas, evidentemente). Se trata, como recoge la propia Propuesta, de un mecanismo muy eficaz para agilizar los procedimientos y reducir la litigiosidad⁵. Para ello, la Propuesta contempla que las propias partes fijen la multa máxima que estarían dispuestas a satisfacer a cambio de reconocer su responsabilidad en el cartel.

Puesto que la LDC no parece recoger otro tipo de transacción que no sea la basada en la presentación de compromisos por los infractores, el PRDC podría introducir un apartado que recogiera expresamente la posibilidad de que los “compromisos” ofrecidos por las empresas consistieran en el reconocimiento en términos inequívocos de su responsabilidad en la infracción y en el pago de una multa en una cantidad que el propio infractor indicaría en su propuesta de compromisos.

3.- Procedimientos “especiales” (declaración de inaplicación, retirada de exención por categorías, clemencia)

3.1.- Retirada de exención por categorías

(i) Iniciación de oficio (Artículo 44.1 PRDC)

Con arreglo al artículo 44.1 PRDC, la Dirección de Investigación será la encargada de iniciar el procedimiento cuando “*estime que existen indicios suficientes*” para retirar la exención por categorías de la que se beneficia un acuerdo. Si bien la redacción de dicho artículo no limita la participación de terceros, sería recomendable que en el mismo se estableciera específicamente la posibilidad de que el procedimiento de retirada de la exención se inicie de oficio o bien **a instancia de parte**.

En este sentido, entendemos que es positivo que los operadores -que desarrollan sus actividades en el mercado y, por tanto, en muchas ocasiones, están bien situados para la vigilancia del cumplimiento real de las condiciones del art. 1.3. LDC- tengan la posibilidad de poner en conocimiento de la CNC la existencia de determinados hechos o circunstancias que puedan fundamentar la retirada de una exención.

(ii) Presentación de alegaciones por los interesados (Artículos 44.3 y 44.4)

En relación con el procedimiento ante el Consejo de la CNC, el artículo 44.4 parece limitar la posibilidad de que los interesados presenten alegaciones ante dicho órgano a los casos en que éste inste la práctica de pruebas y la realización de actuaciones complementarias.

Pues bien, entendemos que sería recomendable que el PRDC estableciera la posibilidad de que, cuando las partes lo estimen necesario, puedan presentar alegaciones ante el Consejo de la CNC -aún cuando no se haya instado el desarrollo de diligencias adicionales-. Entendemos que esta cuestión es relevante a los efectos de que las partes puedan formular sus alegaciones y clarificar su postura en relación con el expediente tras la emisión del informe propuesta, especialmente, si tenemos en cuenta que el artículo

⁵ Ibid.

44.3 PRDC establece que “*contra la denegación de práctica de prueba no cabrá recurso alguno*”.

3.2.- De los procedimientos de exención y de reducción del importe de la multa

El *programa de clemencia* (exención y reducción del importe de la multa) se ha revelado como una de las herramientas más efectivas para la detección y sanción de los cárteles, por lo que valoramos muy positivamente su introducción en el sistema de defensa de la competencia español. No obstante, consideramos apropiado realizar los siguientes comentarios en relación con la regulación del *programa de clemencia* establecida en el PRDC.

(i) *Presentación del pruebas del cártel (Artículo 45.4 PRDC)*

En relación con la presentación de las solicitudes *de exención del pago de la multa*, si bien el artículo 45.4 PRDC establece la posibilidad de que la Dirección de Investigación conceda -previa petición motivada del solicitante- un plazo para la presentación de pruebas del cártel, consideramos conveniente que se introduzca en el PRDC –tal y como se prevé en el **programa de clemencia** comunitario y en el de otros países europeos como Italia- la posibilidad de que las empresas soliciten un **indicador para reservar su puesto**.

Esta posibilidad puede ser un incentivo para aquellas empresas que desean denunciar un cártel y solicitar la exención del pago de la multa pero todavía no cuentan con todo el material probatorio necesario. De esta forma, se garantiza que, durante un periodo determinado, la empresa solicitante podrá “reservar su puesto” mientras recopila todas las pruebas que resulten procedentes en relación con el cártel -y todo ello sin tener que esperar que la Dirección de Investigación valore la petición motivada del solicitante-.

(ii) *Tratamiento de las solicitudes de exención/reducción multa (Artículo 50 PRDC)*

El artículo 50 PRDC regula el tratamiento que debe darse a las solicitudes de exención o de reducción del importe de la multa. Así, establece que la presentación de este tipo de solicitudes será tratada como confidencial y formará pieza separada especial -junto con todos los datos o documentos de la solicitud que se consideren de carácter confidencial-. No obstante, en su apartado 2 prevé que los interesados tendrán acceso a los datos y documentos que sean necesarios para contestar al pliego de concreción de hechos.

En lo que respecta al **acceso al expediente** (artículo 50.2 PRDC), consideramos que sería recomendable que el concepto de “interesados” se limitara -como sucede en el caso comunitario- a los destinatarios del pliego de concreción de hechos, evitando que terceros (como podría ser el caso de otras empresas que operen en el mismo mercado, pero que sean ajenas al cártel) que fueran parte del expediente tuvieran acceso a la información aportada por los solicitantes de *clemencia*. Asimismo, podría establecerse la posibilidad de que la CNC sancionara a las empresas o personas que utilizaran dicha información con fines distintos a los establecidos en la LDC y el PRDC.

Por otra parte, estimamos que a fin de dar mayor seguridad jurídica a las empresas que soliciten la exención o reducción del importe de la multa y, por tanto, mayor efectividad a nuestro **programa de clemencia**, sería conveniente que el PRDC aclare el alcance de

la protección que se otorga a la información y documentación facilitada por los solicitantes dentro del **programa de clemencia**.

Y es que el hecho de que los posibles solicitantes de clemencia no se sientan “seguros” del tratamiento que va a recibir la información y documentación aportada a la CNC podría provocar que éstas se vieran desalentadas y decidieran no denunciar el cártel.

Esta cuestión resulta especialmente relevante en lo que respecta a la posibilidad de que la documentación entregada por los solicitantes pueda ser exhibida –previo requerimiento judicial⁶– en los procedimientos de daños y perjuicios. Por tanto, es asimismo necesario que el PRDC establezca algún tipo de *privilegio procesal* en virtud del cual los datos y documentación aportados dentro del programa de clemencia sean calificados como **reservados o secretos** y, en consecuencia, no puedan ser exhibidos en los procedimientos judiciales ni utilizados como pruebas en contra de las empresas que se han acogido a este programa.

B. CONTROL DE CONCENTRACIONES

1.- Disposiciones materiales

Los artículos 3 y 4 PRDC se refieren a estos dos conceptos, esenciales para la determinación de los umbrales que obligan a notificar una concentración a la CNC. Curiosamente, el PRDC no se refiere a otro concepto no definido en la LDC y que es igualmente esencial para la determinación de los umbrales del artículo 7 LDC como es el de **partícipe** en la operación de concentración.

1.1.- Cuota de mercado y volumen de negocios

El **artículo 3 PRDC**, relativo al **concepto de cuota de mercado**, pretende precisar cuándo se entiende que existe “adquisición” a los efectos del artículo 7 LDC.

Este artículo **no aclara nada** que no se dedujera ya de la literalidad del artículo 7 de LDC (idéntico, en este aspecto, al artículo 14 de la antigua LDC, que se venía interpretando sin gran problema en el sentido que ahora se precisa reglamentariamente). Se trata, en nuestra opinión, de un artículo superfluo que podría, de hecho, plantear nuevas dudas en lugar de resolver las ya existentes acerca del cálculo de la cuota de mercado.

Por su lado, el **artículo 4 PRDC** pretende aclarar el **concepto de volumen de negocios** a los efectos, igualmente, de lo previsto en el artículo 7 LDC.

La definición del concepto de volumen de negocio (apartado 1, párrafo primero) y las reglas específicas para determinados tipos de empresas (apartado 7) son necesarias y no

⁶ Cabe recordar que de conformidad con el artículo 332 de la Ley de 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, “*las dependencias del Estado, Comunidades Autónomas, provincias, Entidades locales y demás entidades de Derecho público no podrán negarse a expedir las certificaciones y testimonios que san solicitados por los tribunales ni oponerse a exhibir los documentos que obren en sus dependencias y archivos, excepto cuando se trate de documentación legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto [...]*” (énfasis añadido).

merecen mayor comentario (son plenamente coherentes con lo señalado en la normativa comunitaria, lo que es una decisión claramente acertada).

El problema es que el artículo plantea otra serie de cuestiones relacionadas con el volumen de negocios que son tratadas *in extenso* en la **Comunicación consolidada de la Comisión sobre Jurisdicción en materia de control de concentraciones** y que aquí sólo se esbozan⁷. Por ejemplo,

- Se indica que las **operaciones posteriores a la fecha de cierre de las cuentas auditadas** de las empresas partícipes, quedarán reflejadas en el volumen de negocios utilizado a efectos de la notificación de la operación de concentración.

Esta cuestión, que recoge lo señalado en la Comunicación sobre Jurisdicción, deja sin tratar otras cuestiones que la Comunicación sí precisa como es el tratamiento que deben merecer las concentraciones celebradas pero no ejecutadas (v. párrafo 172 de la Comunicación).

- Igual ocurre con la cuestión relativa a **cuándo deben entenderse realizadas las ventas en España**. Dice en este sentido el PRDC que “*El volumen de negocios realizado en España incluirá los productos vendidos y los servicios prestados a empresas o consumidores en España*”, no añadiendo nada a la definición contenida en el apartado 1 de este mismo artículo, que dice exactamente lo mismo. Si lo que se quería era resolver la cuestión (a veces complicada) de la atribución geográfica del volumen de negocios, tendría que haber entrado a definir qué debe considerarse ventas realizadas o servicios prestados en España, como hace la Comunicación sobre Jurisdicción⁸. Creemos que es una cuestión que no puede (ni merece) ser tratada reglamentariamente.
- Igualmente ocurre con la precisión sobre **qué volúmenes de facturación deben tenerse en cuenta**. La cuestión, aunque relevante, queda incompleta. Particularmente, **se trata de igual manera el control exclusivo y conjunto**, a diferencia del Derecho comunitario que, más razonablemente, establece que en el caso de control conjunto, el volumen de negocios de la empresa en participación se imputa por partes iguales a las matrices.
- La misma consideración merece el **tratamiento de las operaciones interrelacionadas** al que se refiere el apartado 6, que establece una presunción *iuris et de iure* de que las operaciones realizadas entre las mismas partes en un periodo de dos años son la misma concentración, obligando a notificar, en su caso. La cuestión, no obstante, suscita una serie de dudas que el PRDC deja abierto y que están tratadas en la Comunicación sobre Jurisdicción.

En definitiva, el artículo 4 **sólo resuelve parcialmente las múltiples dudas** que la cuestión del cálculo de la cuota de mercado puede plantear. Puesto que la respuesta que

⁷ Comunicación de la Comisión sobre jurisdicción en materia de concentraciones, disponible, en su versión inglesa en [[Consolidated Jurisdictional Notice](#)]

⁸ Ibid, párr. 195 y ss.

merecen estos problemas es idéntica a la dada en la Comunicación sobre Jurisdicción, entendemos que el PRDC hubiera podido directamente referirse a dicha Comunicación.

En todo caso, creemos que las dudas interpretativas sobre el concepto de cuota de mercado y de volumen de negocios encontrarían mejor acomodo en las Comunicaciones que la CNC puede emitir de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Tercera de la Ley.

Se propone sustituir el artículo 3 por el siguiente texto: *A los efectos previstos en el artículo 8.1.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la cuota de mercado en España se calculará en función de las ventas realizadas en el último ejercicio contable. La cuota de mercado deberá ir referida a la magnitud (valor o unidades) que mejor exprese la posición de la empresa en el mercado relevante.*

Se propone mantener sólo los apartados 1 y 2 del artículo 4, suprimiendo el resto del artículo.

1.2.- Eficiencias

La obligación establecida en el artículo 5 sobre la prueba de las eficiencias por parte del notificante es innecesaria.

2.- Procedimiento

(i) Notificación de la concentración económica (Artículo 53)

La referencia a la **normativa societaria** a los efectos de determinar cuándo existe proyecto o acuerdo de concentración (apartado 1) podría plantear problemas en el caso de operaciones sujetas a normativa extranjera. Se recomienda utilizar una fórmula más flexible similar a la establecida en relación con la adquisición de control.

No se entiende, en el apartado 2, lo señalado respecto a que la existencia de cláusulas que de cualquier modo condicionen la futura ejecución de acuerdos no exime del deber de notificación. Y ello porque las partes no tienen obligación de notificar si no se ha ejecutado el acuerdo. Se recomienda por ello la supresión o aclaración de esta disposición.

(ii) Levantamiento de la suspensión de la ejecución (Artículo 56.3)

Se recomienda el establecimiento de un **plazo** para la decisión del Consejo respecto del **levantamiento de la suspensión** de la ejecución, dada la relevancia de esta cuestión para determinadas operaciones.

(iii) Consulta previa a la notificación (Artículo 57)

Se recomienda el establecimiento, en el apartado 2, de un **plazo para la resolución de las consultas previas**, ya que de no hacerlo se desnaturalizaría la finalidad para la que se ha establecido (agilizar el procedimiento de control de concentraciones).

La información solicitada (apartado 3) puede ser excesiva si la consulta se refiere únicamente a lo señalado en el artículo 55.2.a) Ley 15/2007 (si una determinada operación es una concentración).

(iv) Personación de interesados (Artículo 64)

Convendría permitir la intervención de terceros interesados en la primera fase cuando el o los notificantes presentes compromisos (apartado 2).

Sería recomendable la fijación de un plazo para resolver sobre la condición de interesado una vez iniciada la 2ª fase del procedimiento (apartado 3).

(v) Sección 3ª (Formulario ordinario):

Se advierte una **errata** en el apartado 3.3. cuya redacción dice lo siguiente: “*Para cada uno de los puntos del apartado 5.2 en los que la respuesta sea afirmativa, indique...*”, cuando debería decir “*Para cada uno de los puntos del apartado 3.2 en los que la respuesta sea afirmativa, indique...*”

La información requerida para **el formulario abreviado resulta excesiva**, ya que únicamente se suprimen determinados apartados de las secciones 4ª, 5ª y 6ª con respecto al formulario ordinario, teniendo en cuenta que, en estos casos, la operación no suele plantear problemas de competencia.

Madrid, a 16 de noviembre de 2007
