

COMENTARIOS DE URÍA MENÉNDEZ AL PROYECTO DE REGLAMENTO DE DESARROLLO DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

1. Introducción

URÍA MENÉNDEZ desea felicitar a la Comisión Nacional de Competencia (CNC) por el extraordinario y fructífero esfuerzo realizado para completar y desarrollar las previsiones contenidas en la Ley de Defensa de la Competencia mediante la elaboración de este Reglamento y, al mismo tiempo, agradecer a la Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia e, igualmente, a la CNC la oportunidad que se nos brinda de aportar observaciones al borrador de Reglamento publicado.

En líneas generales, consideramos que el texto del borrador contribuye a aclarar y desarrollar numerosos aspectos de la Ley que, en muchas ocasiones, por su condición de novedosos para el sistema español, era absolutamente necesario para lograr una aplicación exitosa y eficaz del nuevo modelo de defensa de la competencia y, al mismo tiempo, garantizar la seguridad jurídica y la protección de los derechos de las partes afectadas en los distintos procedimientos previstos por la normativa.

En aras a lograr que los comentarios que se detallan a continuación sean prácticos y útiles para la CNC, con vistas al proceso de revisión del texto publicado que se pueda iniciar a partir de ahora, se ha considerado apropiado seguir una estructura basada en el análisis artículo por artículo de posibles sugerencias de mejora. En algunos casos, se trata de sugerencias estrictamente de carácter formal o de técnica de redacción mientras que, en otros, se refieren a cuestiones sustanciales o de fondo.

Más allá de estas sugerencias puntuales, nuestra valoración global es que la versión actual del Reglamento contribuye enormemente a la creación de un modelo español de defensa de la competencia eficaz, seguro y homologable a los de las jurisdicciones de la Unión Europea más desarrolladas en esta materia.

2. Análisis del articulado del Reglamento

Artículo 1. Conductas de menor importancia

Apartado d)

Proponemos incorporar al final de este apartado la indicación siguiente: ***“No se apreciará la existencia de un efecto acumulativo de exclusión si menos del 30% del mercado de referencia está cubierto por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sean similares”***.

El incremento de la seguridad jurídica para los operadores y el propio concepto de “conductas de menor importancia” configurado por el artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) aconsejan que el concepto de restricción de la competencia por efectos acumulativos de redes de acuerdos se vincule también, de algún modo, a un mínimo de cuota afectada en el conjunto del mercado (en línea con lo establecido en el apartado II.8 de la Comunicación de la Comisión Europea, de 22 de diciembre de 2001, relativa a los acuerdos de menor importancia). De este modo, se incrementaría sustancialmente la previsibilidad y la certeza en la aplicación de las normas relativas a las conductas de menor importancia.

Por otro lado, consideramos que el Reglamento debería desarrollar la previsión contenida en la Ley relativa a la aplicación de la *regla de minimis* a los abusos de posición de dominio. Si bien es una cuestión novedosa para la legislación española, y sin reflejo a nivel comunitario, no es totalmente ajena en el caso de alguna otra jurisdicción de la Unión Europea (como el Reino Unido).

Este desarrollo podría centrarse en establecer ciertas directrices o guías orientadoras que permitan a los agentes económicos conocer con mayor precisión las reglas que van a guiar la aplicación futura de dicha *regla de minimis* por parte de la CNC a los casos de abuso de posición de dominio. Dichas directrices podrían extraerse, por ejemplo, del análisis de las actuaciones del Servicio de Defensa de la Competencia (en los casos de denuncias de abuso de posición de dominio inadmitidas como consecuencia de la escasa afectación a la competencia de la conducta denunciada) o del Tribunal de Defensa de la Competencia (en la

URÍA MENÉNDEZ

resolución de los recursos presentados contra las decisiones del Servicio de inadmisión de ese tipo de denuncias). Otro criterio que también podría valorar la CNC es el manejado en el Reino Unido: basado en el volumen de facturación.

En fin, son diversas las posibilidades de desarrollo que existen a este respecto. Por ello, consideramos que sería oportuno que, dado que este supuesto está previsto expresamente en la nueva Ley y, por tanto, genera expectativas razonables de aplicación entre la comunidad empresarial, en aras a dotar de mayor seguridad jurídica a la actuación de los agentes económicos se hiciera un esfuerzo por fijar guías orientadoras a este respecto.

Si el Reglamento no se considera el lugar más adecuado para este desarrollo dada, por ejemplo, la amplitud casuística de este tipo de supuestos, podría valorarse igualmente la elaboración con posterioridad de una Comunicación que analizase esta cuestión por parte de la CNC.

Artículo 2. Conductas excluidas del concepto de menor importancia

Apartado segundo, letra a)

Proponemos eliminar la referencia a un “***nivel de precio fijo o mínimo***” contenida en este apartado dado que con anterioridad ya se hace referencia a la prohibición del establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo al que deba sujetarse el comprador por lo que una segunda referencia parece innecesaria. Por otra parte, la expresión “*nivel de precios*” no se encuentra reflejada en el apartado a) del artículo 4 del Reglamento 2790/1999, por lo que su omisión sería igualmente deseable para evitar que exista una divergencia, carente de justificación (puesto que el espíritu de ambos artículos es el mismo), entre la configuración de esta restricción vertical especialmente grave en el Reglamento 2790/1999 y en el marco del análisis de los acuerdos de menor importancia.

Apartado segundo, letra f)

Proponemos omitir la expresión “***con el fin de su incorporación a los bienes que produce el proveedor***” contenida en el numeral 4º de este apartado. Esta referencia puede resultar confusa a la hora de su interpretación. Por otra parte, esta expresión no encuentra reflejo en el apartado b) cuarto guión, del artículo 4 del Reglamento 2790/1999, por lo que su omisión

sería igualmente deseable para evitar que exista una divergencia carente de justificación entre la configuración de esta restricción vertical especialmente grave en el Reglamento 2790/1999 y en el marco del análisis de los acuerdos de menor importancia.

Artículo 3. Cálculo de la cuota de mercado

Se propone añadir un número 2 a este artículo:

“2. La apreciación de la cuota de mercado se llevará a cabo en relación con el período anterior a la notificación de la concentración teniendo en cuenta las características particulares de cada mercado, sin que prevalezca, a priori, un criterio concreto frente a otros.”

La redacción actual del artículo no aclara el momento respecto al que debería considerarse la cuota de mercado de las empresas que se concentran a los efectos de calcular el umbral de notificaciones del artículo 7 LDC, ni los criterios para valorar dicha cuota (unidades, facturación, etc.), por lo que no se elimina la incertidumbre en relación con elementos importantes para aplicar los umbrales que dan inicio al sistema de control de las operaciones de concentración.

Asimismo, dadas las peculiaridades de cada mercado concreto, sería conveniente hacer constar que la valoración de estas circunstancias depende de las mismas y deben evaluarse en cada caso de forma separada. De este modo, podría evitarse la consagración de criterios universales que, de hecho, pueden perjudicar el análisis por parte de la Comisión al dar importancia en un mercado concreto a un criterio de valoración de cuota de mercado que puede sobreestimar o subestimar la importancia competitiva real de las empresas.

Artículo 9. Deber de colaboración e información en relación con la promoción de la competencia

Se propone la siguiente redacción para el número 2 de este artículo:

“2. A efectos de lo establecido en el artículo 39 de la Ley 15/2007, de 7 de julio, de Defensa de la Competencia, toda persona física o jurídica y los órganos y organismos de cualquier Administración Pública quedan sujetos al deber de colaboración con la Comisión Nacional de la Competencia y están obligados a

URÍA MENÉNDEZ

proporcionar, a requerimiento de ésta y en plazo, toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para el ejercicio, por parte de la Comisión Nacional de la Competencia, de su función de promover la competencia efectiva en los mercados a que se refiere el apartado 1 del artículo 26 de la Ley 15/2007, de 7 de julio, de Defensa de la Competencia.

Lo establecido en este artículo en todo caso respetará el derecho de las personas físicas y jurídicas a la confidencialidad de sus documentos e informaciones, conforme se establece en el Artículo 42 de la Ley 15/2007, de 7 de julio, de Defensa de la Competencia.”

La redacción actual no hace referencias a la confidencialidad de las informaciones suministradas por las empresas en cumplimiento de las obligaciones de colaboración establecidas en este artículo. La mención propuesta permite a las empresas colaborar mediante la presentación de versiones no confidenciales de sus documentos, e identificar los datos e informaciones que consideran sensibles con vistas a su incorporación a un documento público de la Comisión.

Asimismo, proponemos añadir un apartado cuarto a la actual redacción de este artículo, al objeto de garantizar la confidencialidad de los secretos de negocio de las empresas que colaboren con la CNC en cumplimiento de los deberes previstos en este artículo. El apartado cuarto podría tener la redacción siguiente:

“4. Cualquier persona física o jurídica que proporcione datos o informaciones a la Comisión Nacional de la Competencia en los términos previstos en este artículo tendrá derecho a que se declare la confidencialidad de aquéllos que constituyan secretos de negocio, en los términos previstos en el artículo 42 de la Ley 15/2007 y 18 de este Real Decreto”.

Artículo 12. Facultades de inspección

Las inspecciones domiciliarias en domicilios particulares de personas físicas deben constituir un instrumento excepcional de investigación por la CNC, en la medida que afectan a derechos fundamentales de los inspeccionados (la inviolabilidad de domicilio consagrada en el artículo

18.2 del texto constitucional), y realizarse con plenas garantías de respeto escrupuloso de tales derechos.

En consecuencia, proponemos ampliar el apartado segundo de este artículo, de modo que se indiquen de forma expresa las garantías y límites inherentes a la realización de este tipo de inspecciones, establecidos de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de la entrada y registro domiciliarios en el ámbito penal¹.

En este sentido, debe recogerse de modo expreso el contenido mínimo que ha de incluir la autorización judicial del Juzgado de lo contencioso-administrativo mencionada en el artículo 40 y la Disposición Adicional Séptima (apartado Uno) de la LDC, en la que habrán de constar al menos, como requisitos esenciales:

- (i) Identificación del funcionario autorizado para la entrada en el domicilio particular, descripción clara y precisa del domicilio (i.e. ubicación), fecha en que vaya a practicarse la inspección, así como identificación de la persona cuyo domicilio será objeto de investigación.
- (ii) Descripción precisa del objeto y finalidad de la inspección.
- (iii) Motivación suficiente de la existencia de indicios fundados objetivos de que en dicho domicilio pueden encontrarse documentos relacionados con la empresa y el objeto de la inspección que pueden servir para probar una infracción de especial gravedad (esto es, exposición de las razones por las que se acuerda la medida y juicio sobre la gravedad de los hechos investigados y la idoneidad y necesidad de la medida para probar tales hechos).
- (iv) Motivación de la imposibilidad o dificultad de obtener las pruebas acudiendo a medios alternativos menos onerosos.
- (v) Existencia de un riesgo cierto y real de que se dañen o destruyan pruebas de no procederse a dicha inspección domiciliaria.

¹ Entre otras, STC núm. 56/2003 (Sala Segunda), de 24 marzo; y STC núm. 14/2001 (Sala Segunda), de 29 enero.

URÍA MENÉNDEZ

Junto a ello, debe garantizarse que el registro se hará en presencia del interesado o de la persona que legítimamente le represente y que se adoptarán las garantías y precauciones necesarias para no comprometer su reputación, así como que se mantendrá confidencial la información recabada que no resulte relevante para el objeto y finalidad de la inspección. Por último, proponemos precisar al final del apartado quinto de este artículo que, en los supuestos de inspección domiciliaria, ésta se llevará a cabo con la presencia del secretario, oficial o agente judicial que le sustituya, siendo éste quien levantará acta de dicha inspección.

Artículo 16. Deber de colaboración

Introducción de un apartado cuarto

Proponemos añadir un apartado cuarto con el siguiente tenor:

“Lo previsto en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de las normas específicas previstas para los requerimientos de información efectuados durante el trámite de información reservada.”

Por las especiales características del trámite de información reservada, entendemos que el deber de colaboración previsto en este artículo para los destinatarios de un requerimiento de información no puede extenderse, sin las oportunas matizaciones, a los requerimientos formulados durante la práctica de una información reservada. Ello debe ser así porque la obligación de colaboración del destinatario de un requerimiento de información dependerá, entre otros factores, de que se le haya dado traslado de la denuncia (o de los elementos sustanciales de ésta). Por ello, son necesarias reglas específicas en este ámbito.

Artículo 18. Vista ante el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia

Proponemos añadir una frase al párrafo final del apartado uno con el siguiente tenor:

“El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá también requerir la presencia en la vista de aquellas personas que considere oportunas, previa notificación de este hecho a los interesados con indicación de su identidad, cargo y ocupación profesional, debiendo quedar garantizada en todo caso la confidencialidad de las actuaciones.”

URÍA MENÉNDEZ

Si bien la presencia de determinadas personas como peritos o expertos en la materia puede resultar útil para el desarrollo de la vista, parece relevante también que los interesados participantes en la misma estén informados con suficiente antelación de dicha participación.

Artículo 25. Información reservada

Se considera conveniente que, para facilitar el ejercicio de los derechos de defensa del denunciado, se enumeren a título de ejemplo algunos datos que se consideran como “elementos objetivos contenidos en la denuncia” tales como los hechos denunciados o la calificación jurídica contemplada en la denuncia. De esta forma, se sugiere sustituir la redacción actual del artículo en su parte final “...le comunicará todos los elementos objetivos contenidos en la denuncia y relacionados con los hechos denunciados” por una redacción más precisa del tenor siguiente “...le comunicará todos los elementos objetivos contenidos en la denuncia **que incluirán, al menos, los hechos denunciados y la calificación jurídica**”.

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

La referencia a la decisión del Consejo de archivo de actuaciones en el supuesto del artículo 49.3 LDC debería extenderse también al caso de archivo de actuaciones previsto en el **artículo 44.a) LDC** cuando se considere que en aplicación de los principios del Reglamento 1/2003 una autoridad de otro Estado miembro “esté mejor situada”. El proceso de toma de decisiones en relación con esta previsión del Reglamento 1/2003 parece no estar suficientemente aclarado en la versión actual del Reglamento.

Artículo 28. Acumulación, desglose y ampliación de expedientes

En aras a dotar de la máxima transparencia al sistema se considera oportuno que en los casos de acumulación, desglose y ampliación de expedientes se diera traslado a los interesados del borrador de decisión y un plazo de diez días para presentar alegaciones al respecto. Este tratamiento sería, además, congruente con el previsto en el artículo siguiente.

Artículo 29. Incorporación de información a un expediente

Con la intención de eliminar posibles malentendidos relacionados con la interpretación de este artículo y teniendo en cuenta que está encuadrado en el capítulo II del título I, dedicado al procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas, se propone modificar la

redacción de la primera frase de la siguiente forma: “*La Dirección de Investigación podrá acordar la incorporación a un expediente **sancionador** de información obrante en otro expediente **sancionador** cuando la misma...*”.

Artículo 37. Contenido de la resolución

Para garantizar la correcta y completa fundamentación de las Resoluciones de la Comisión se considera conveniente incluir entre los elementos que han de contener dichas Resoluciones, previstos por su apartado primero, lo siguiente: “***los criterios utilizados para la cuantificación de la multa en los términos previstos en el artículo 64 de la Ley 15/2007***”.

Artículo 38. Terminación convencional de los procedimientos sancionadores

De la lectura de este artículo subsisten ciertas dudas respecto al órgano de la CNC responsable a la hora de considerar adecuados o no los compromisos presentados por las partes en el marco de un procedimiento de terminación convencional: mientras en el apartado tercero parece señalarse que es la Dirección de Investigación la que determina la adecuación o no de estos compromisos, el apartado 5.b) establece que dicha responsabilidad recae sobre el Consejo. Parece razonable que esta última opción sea la correcta por lo que sería oportuno revisar la redacción del apartado tercero para evitar posibles interpretaciones inadecuadas.

Por otro lado, consideramos que, por razones de eficacia y objetividad, sería necesario que la apertura de un procedimiento de terminación convencional se configure como una potestad reglada, debiendo iniciarse cuando así lo soliciten las partes interesadas. Se propone añadir, en el apartado 1, un párrafo adicional con la siguiente redacción:

*"La Dirección de Investigación **sólo podrá denegar** el inicio de negociaciones tendentes a la terminación convencional cuando las conductas por las que se siga el procedimiento sancionador fueren de las contempladas en alguno de los apartados 1, 2 y 3 del artículo 2 del presente Reglamento".*

Artículo 39. Clases de medidas cautelares

Consideramos que la referencia de la letra b) del apartado primero de este artículo a la figura de la fianza en el marco de las medidas cautelares podría ubicarse en otro lugar en la medida que no se trata de una clase de medida cautelar. Parece más coherente con el papel que juega

la fianza en el marco de las medidas cautelares en este tipo de procedimientos, su consideración como contrapeso al daño al interés público que pudiera ocasionar una Resolución definitiva contraria a las medidas cautelares adoptadas previamente. En este caso podría ser oportuno eliminar la letra b) del apartado primero e incluir un apartado tercero que señalara que: “***El Consejo podrá imponer fianza bastante...***” en línea con lo previsto en la anterior LDC.

Artículo 40. Adopción y régimen jurídico de las medidas cautelares

La frase contenida en el apartado primero de este artículo: “*sin perjuicio de lo cual la petición sólo podría entenderse desestimada por silencio negativo transcurrido el plazo máximo de tres meses*” puede conllevar ciertas dosis de inseguridad jurídica. En este sentido, parece más razonable que, tanto en los casos de adopción de medidas cautelares como de su rechazo, exista una decisión del Consejo. Lo mismo debería ocurrir en aquellos casos en los que se presente una solicitud a la Dirección y ésta considere inadecuada la adopción de las medidas: el Consejo debería adoptar esta decisión para evitar recursos administrativos innecesarios.

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

El apartado primero prevé que la Dirección de Investigación remita a la empresa solicitante de exención un acuse de recibo confirmando fecha y hora de la recepción de la solicitud. En aras a facilitar la correcta planificación de los derechos de defensa de las partes afectadas, consideramos que sería oportuno que el acuse de recibo señalara también si dicha empresa es o no la primera en solicitar la exención. Asimismo, la inclusión de esta previsión haría más homogéneo el sistema dado que sí se contempla en el artículo 47.4 del Reglamento para el caso de las solicitudes abreviadas.

Por su parte, el apartado segundo señala que la Dirección de Investigación, una vez analizado si se dan los requisitos correspondientes, concederá una exención condicional. En aras a lograr la máxima seguridad jurídica, necesaria para el éxito de este tipo de programas, es oportuno aclarar que el carácter condicional de la exención se refiere a la necesidad de cumplir con los requisitos correspondientes durante el resto del procedimiento. Si, por el contrario, dicho carácter condicional se refiere a que la decisión de la Dirección no tiene efecto vinculante alguno respecto a la decisión final que ha de adoptar el Consejo, se estaría

poniendo en grave riesgo la seguridad jurídica de los solicitantes y, por consiguiente, la eficacia del programa. Para evitar este problema, podría preverse algún tipo de intervención del Consejo en la concesión de dicha exención condicional o, incluso, que fuera el propio Consejo el que la concediera.

Una reflexión similar merece la referencia del apartado quinto a que el Consejo decidirá “*de acuerdo con la propuesta de la Dirección...*”. Sería oportuno aclarar el significado preciso de esta frase en la misma línea que se señalaba anteriormente.

Por otro lado, este artículo no hace referencia a las consecuencias de que, a lo largo del procedimiento, quede en evidencia que la información incluida en una solicitud es falsa. En este sentido, sería adecuado prever la retirada de la exención, de manera total o parcial, 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 47. Solicitudes abreviadas de exención

Sería conveniente extender la posibilidad de presentar una solicitud abreviada de exención no sólo a los casos en los que se haya presentado o vaya a presentar una solicitud ante la Comisión Europea, y ésta sea la “autoridad mejor situada” a la luz del Reglamento 1/2003, sino también a ese mismo supuesto pero en relación con otra autoridad nacional de un Estado miembro. No se vislumbran razones aparentes para establecer un tratamiento distinto para estos casos.

Por otro lado, para un correcto respeto de la confidencialidad de los documentos aportados se considera oportuno que se prevea que para los casos en los que la CNC no sea la “autoridad mejor situada” o competente, se devolviera automáticamente al solicitante la información aportada. Aunque, en principio, probablemente no se tratará de pruebas, sin embargo, puede contener información sensible y/o incriminatoria.

Artículo 48. Solicitudes de reducción del importe de la multa

En aras a mejorar la seguridad jurídica de las partes consideramos oportuno que este artículo aclare con mayor precisión el contenido formal de la solicitud de reducción. Lo más razonable parece ser que dicho contenido sea similar, si no igual, al relativo a las solicitudes de

exención. En este sentido, una referencia contenida en este artículo en relación con el artículo 45 del Reglamento podría ser suficiente. En particular, sería oportuno aclarar si en estos casos es necesario, al igual que en los casos de solicitudes de exención, proporcionar información relativa a solicitudes hechas en otras jurisdicciones.

Por otro lado, respecto al significado del concepto “valor significativo añadido” se considera un acierto trasladar al modelo español la misma definición contenida en la Comunicación de la Comisión Europea de 8 de diciembre de 2006 en aras a lograr la máxima homogeneidad posible en el mecanismo de funcionamiento de estos programas en la Unión Europea. En cualquier caso, sería conveniente que dicha definición se completara con alguna referencia, a modo de guía orientadora, respecto al tipo de documentos que con mayor probabilidad podría entenderse que aportan “valor significativo añadido”; en línea, por ejemplo, con la Comunicación de la Comisión Europea.

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

El apartado cuarto prevé que la Dirección de Investigación remita a la empresa solicitante de exención un acuse de recibo confirmando fecha y hora de la recepción de la solicitud. En aras a facilitar la correcta planificación de los derechos de defensa de las partes afectadas, consideramos que sería oportuno que el acuse de recibo señalara también el puesto que ocupa dicha empresa respecto a las solicitudes de reducción. Asimismo, la inclusión de esta previsión haría más homogéneo el sistema dado que sí se contempla en el artículo 47.4 del borrador del Reglamento para el caso de las solicitudes abreviadas.

Por otro lado, consideramos que para lograr la máxima homogeneidad en el modo de funcionamiento del programa, el apartado quinto de este artículo debería contemplar las mismas previsiones en cuanto a la devolución de los documentos aportados que en los casos de solicitudes de exención.

Adicionalmente, en aras a dotar al sistema de la máxima seguridad jurídica y objetividad, consideramos que sería oportuno, al igual que hace la Comunicación de la Comisión Europea en su párrafo 26, incluir algún criterio objetivo para fijar la cifra definitiva de reducción

dentro de la horquilla prevista en la LDC (como, por ejemplo, fecha de aportación de los elementos de prueba, valor de la información aportada para la investigación en curso,...).

Por último, con el ánimo de dotar al sistema de la máxima eficacia y no desincentivar la aportación de pruebas por parte de las empresas, sería conveniente incluir en este artículo alguna previsión del tipo de la contemplada en la última frase del párrafo 26 de la Comunicación de la Comisión Europea: *“Si el solicitante de una reducción de la multa es el primero en facilitar pruebas concluyentes en el sentido del punto (25) que la Comisión utilice para establecer hechos adicionales que redunden en un incremento de la gravedad o de la duración de la infracción, la Comisión no tomará en cuenta estos hechos adicionales cuando fije el importe de la multa a la empresa que haya facilitado dichas pruebas.”*

Artículo 50. Tratamiento de las solicitudes de exención o de reducción del importe de la multa

En aras a respetar los principios del debido proceso se considera oportuno que se oiga al solicitante con carácter previo a que la CNC resuelva sobre los aspectos confidenciales de la solicitud. Bastaría con añadir al final del apartado primero una frase del tenor siguiente:

“Con carácter previo a la decisión sobre confidencialidad, se dará trámite de alegaciones al solicitante por un plazo de cinco días”.

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

Respecto al significado del concepto “cooperación plena, continua y diligente” se considera un acierto trasladar al modelo español la misma definición contenida en la Comunicación de la Comisión Europea de 8 de diciembre de 2006 en aras a lograr la máxima homogeneidad posible en el mecanismo de funcionamiento de estos programas en la Unión Europea. En este sentido, se recomienda revisar la redacción de la letra c) de este artículo de la siguiente forma: ***“...y, en la medida de lo posible, con los directivos anteriores.”***

Por otro lado, se considera oportuno que, para evitar posibles malinterpretaciones, este deber de cooperación no se limite a la Dirección de Investigación sino que se extienda también al Consejo. Entendemos que, aunque el artículo 65.2.a) LDC se refiere sólo a la cooperación

durante el “procedimiento administrativo de investigación”, se trata de un error de técnica normativa dado que el procedimiento es único e incluye tanto la fase de instrucción como de resolución. Quizá lo más sencillo fuera sustituir las referencias de este artículo a la Dirección por referencias genéricas a la CNC sin distinción del órgano interno correspondiente.

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

El apartado tercero se refiere al cambio de asignación de autoridad competente, en cuyo caso “*se reconocerá la exención condicional previamente acordada*”. Este mecanismo debería extenderse igualmente al supuesto de que varias autoridades autonómicas reciban solicitudes de exención/reducción de multas.

Para evitar los potenciales problemas derivados de la concurrencia de varias autoridades que hubieran recibido diferentes solicitudes sobre una misma infracción, debería establecerse la prohibición de conceder una exención condicional hasta haberse confirmado la autoridad competente. En cualquier caso, es imprescindible garantizar que el cambio de autoridad no afectará a la prioridad de las solicitudes presentadas, que deberán ser examinadas, por orden de presentación, por la autoridad que finalmente vaya a conocer del asunto.

Otras observaciones en relación con los programas de *leniency*

1. Muy probablemente el engarce de este tipo de programas en el modelo descentralizado de aplicación de las normas de competencia, vigente en nuestro país desde la entrada en vigor de la Ley 1/2002, es complejo por la diversidad de organismos que pueden intervenir. Como medida de precaución y garantía de una cierta seguridad jurídica parece conveniente buscar un mecanismo por el que se asegure que la competencia esté claramente asignada, en aplicación de los principios fijados por la Ley 1/2002, antes de la concesión de la exención condicional correspondiente. De no ser así, las dudas respecto a la autoridad que finalmente analice el caso pueden resultar desincentivadoras para los potenciales solicitantes y poner en peligro el funcionamiento eficaz del programa.

2. En aras a lograr la máxima homogeneidad con el modelo comunitario sería oportuno dar solución al supuesto en el que el solicitante de exención sea un directivo en su propio nombre. La LDC sólo se refiere a que los beneficios obtenidos por la empresa solicitante se extienden a los directivos y los representantes legales. Consideramos conveniente que esta extensión también estuviera prevista para el caso contrario. Es decir, cuando sean los directivos los que soliciten la exención en nombre propio debería, como prevé la Comunicación de la Comisión Europea, extenderse la dispensa también a la empresa.
3. Los artículos 65 y 66 LDC, a la hora de introducir el programa de *leniency*, se refieren sólo a infracciones del artículo 1 LDC. Parece razonable que estos artículos se apliquen también a las infracciones del artículo 81 Tratado CE por lo que sería conveniente estudiar la posibilidad de completar la laguna del texto de la LDC mediante alguna previsión al respecto contenida en el Reglamento o, si no, proceder a la reforma correspondiente.
4. En relación con la información aportada en una solicitud a transmitir a otras autoridades de los Estados miembros de la Unión Europea parece oportuno que el Reglamento recogiera los principios contenidos en el Reglamento 1/2003 respecto al uso de la información, la garantía de confidencialidad, etcétera.
5. Por último, el texto del Proyecto no especifica si las solicitudes han de presentarse por escrito. Esta cuestión plantea la posibilidad de admisión de solicitudes orales de exención o de reducción del importe de la multa. La presentación de solicitudes orales permitiría al solicitante eludir la tarea de presentar una solicitud escrita que pudiera ser utilizada en su contra en otras jurisdicciones. Por este motivo, se propone admitir expresamente la posibilidad de presentación de solicitudes orales de exención y de reducción del pago de la multa, que deberán ser correspondientemente documentadas por los funcionarios de la Comisión.

Artículo 53. Notificación de concentración económica

En relación con la letra a) del apartado 1 y con el apartado 2 de este artículo, se propone incluir las siguientes modificaciones en la redacción:

*“a) En los supuestos de adquisición del control, existe proyecto o acuerdo de concentración desde el momento en que los partícipes consientan en realizar la operación que origine la toma de control, y determinen las **condiciones** en que vaya a ejecutarse.*

[...]

*2. La existencia de cláusulas que de cualquier modo condicionen la futura formalización o ejecución de dichos acuerdos **no impiden la presentación por las partes de la notificación correspondiente.**”*

El primer apartado describe las condiciones que debe reunir el proyecto de notificación para ser aceptado por la CNC. Esta enumeración puede resultar inadecuada para reflejar todos los supuestos de proyecto de concentración. Debe advertirse que un elevado número de operaciones se encuentran sometidas a una gran variedad de condiciones suspensivas; además, en su caso, de la preceptiva autorización por parte de las autoridades de competencia. En muchos casos, esta situación dificulta, por ejemplo, la determinación de un plazo concreto para la ejecución de la operación. Por ello, la exigencia de los requisitos de forma y plazo podría obstaculizar la presentación de notificaciones en operaciones perfectamente delimitadas por las partes. En este sentido, el único requisito que debería exigirse es el carácter vinculante del acuerdo para las partes. Además, todas las cuestiones necesarias para definir las características de una operación pueden integrarse en el concepto más amplio de “condiciones”.

Por lo que se refiere a la redacción del apartado segundo, parece imponerse una obligación de notificar vinculada a la existencia de un evento determinado. En este sentido, debe recordarse que la obligación que impone la LDC se refiere a la notificación y autorización anterior a la ejecución, sin vincular esta obligación a la realización de un acto concreto. Por este motivo, a los efectos de evitar posibles equívocos, se recomienda formular este apartado de una forma más en la línea con las previsiones de la LDC en esta materia.

Por último, en relación con la posibilidad legal de notificar proyectos de operaciones, es preciso advertir en contra de las cautelas que pudiera desarrollar la CNC a la hora de admitir y tramitar la notificación de proyectos. Si se admite la notificación de un preacuerdo, no parece

adecuado desarrollar una práctica administrativa que consista en dilatar el procedimiento hasta la presentación a la Dirección de Investigación de un acuerdo definitivo firmado por las partes. En este sentido, sería conveniente que la CNC tuviera en cuenta, y advertirlo a las partes, que si éstas firman un acuerdo que altere las condiciones bajo las que una operación ha sido autorizada, habrían incurrido en un supuesto de ejecutar una concentración no autorizada y, de esta forma, actuar como un elemento disuasorio suficiente. En cualquier caso, el artículo 55 del Reglamento ya impone a la notificante la obligación de informar a la CNC de cualquier cambio en la operación que sea relevante.

Artículo 54. Notificación a través de representante

Se propone la eliminación del apartado segundo de este artículo. Debe tenerse en cuenta que la exigencia de poder notarial, particularmente en casos de notificantes extranjeros, complica la presentación de la notificación debido a los trámites que puede ser necesario llevar a cabo en el país de origen para obtener un documento notarial. En el ámbito comunitario la Comisión Europea no exige la presentación de este tipo de documentos a la hora de reconocer la representación en expedientes de concentración tramitados al amparo del Reglamento 139/2004, como tampoco sería, en principio, exigible un poder notarial de conformidad con la dicción literal del artículo 32 de la Ley 30/1992.

Artículo 56. Levantamiento de la suspensión de la ejecución

Se propone la siguiente redacción para el apartado tercero y la inclusión de un apartado cuarto:

“3. El levantamiento de la suspensión de la ejecución será acordado por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia a propuesta de la Dirección de Investigación, en el plazo de dos semanas desde la presentación de la solicitud de levantamiento presentada por el notificante.

4. En el caso de que, habiéndose acordado el levantamiento de la suspensión de la ejecución de conformidad con los párrafos anteriores, la Comisión Nacional de la Competencia prohibiese la operación, en dicha resolución se detallarán las medidas concretas que las empresas afectadas deben adoptar para restituir la situación de competencia en el mercado anterior a la operación.”

URÍA MENÉNDEZ

El levantamiento de la suspensión es una figura especialmente útil en supuestos en los que la suspensión de la operación puede suponer un perjuicio grave e injustificado, desde la perspectiva de la competencia en los mercados, para las empresas. En la redacción actual no se contienen referencias al plazo de resolución de este tipo de peticiones por parte de la CNC cuando parece razonable que así sea. Dado que la decisión acerca de la suspensión exige valorar la existencia de un riesgo claramente definido, un plazo de dos semanas parece razonable para que la CNC pueda pronunciarse al respecto.

En segundo lugar, también consideramos apropiado introducir un nuevo apartado en el que se expongan las consecuencias de la ejecución de una operación que, habiéndose eximido de la obligación de suspensión, resultase finalmente prohibida. En este sentido, parece razonable que las medidas se ajusten a cada caso concreto, y que no se limiten necesariamente a dejar sin efecto los contratos que se hayan ejecutado, sino que, en función de las circunstancias de cada caso y a la vista de los derechos de terceros, puedan adoptarse otro tipo de medidas más adecuadas, a discreción de la CNC que sería conveniente se contuvieran en la resolución correspondiente.

Artículo 57. Consulta previa a la notificación.

Se propone modificar la redacción del apartado segundo en la siguiente línea:

*“2. Corresponderá a la Dirección de Investigación la instrucción de las consultas previas y al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia la resolución de las mismas, a propuesta de la Dirección de Investigación y **en un plazo máximo de dos semanas desde la presentación de la consulta.**”*

La figura de la consulta previa es particularmente importante cuando las partes, frecuentemente presionadas por los plazos para la ejecución de la operación en cuestión, deben clarificar si es necesario proceder con la notificación. Por ello, consideramos que el éxito de este tipo de procedimientos depende de que los plazos de resolución sean lo más breve posibles.

Artículo 58. Tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración

URÍA MENÉNDEZ

Se recomienda modificar la redacción del apartado segundo de este artículo en la línea siguiente:

“2. (...). Alternativamente, el pago de la tasa podrá realizarse por vía telemática o, en el caso de notificaciones presentadas por empresas cuyo domicilio social se encuentre fuera del territorio nacional, el pago de la tasa podrá realizarse a través de transferencia bancaria internacional.”

Dado que en muchas ocasiones la notificante es una empresa extranjera, sería apropiado incluir en el Reglamento una previsión de pago a través de transferencia bancaria internacional.

Artículo 60. Instrucción del procedimiento en la primera fase

Se recomienda eliminar el apartado segundo de este artículo. Consideramos que en el supuesto de que una operación no reúna los requisitos de los artículos 7 y 8 LDC, el Consejo debería ordenar el archivo de las actuaciones sin más pronunciamientos. La mera declaración de que la operación sea tratada como un acuerdo entre empresas puede entenderse como una extralimitación en las atribuciones de la CNC. La utilización de la notificación de una operación de concentración para el inicio de oficio de un expediente sancionador por supuesta infracción del artículo 1 LDC parece poco compatible con la esencia y razón de ser de ambos tipos de procedimientos.

Artículo 61. Informe de los reguladores sectoriales

Se sugiere la siguiente redacción para el apartado segundo de este artículo:

“En dicha solicitud se fijará un plazo, que no podrá ser superior a dos semanas, para la emisión del informe por el regulador sectorial. Transcurrido dicho plazo, la Dirección de Investigación podrá acordar levantar la suspensión del plazo previsto en la letra d) del apartado 2 del artículo 37 de la Ley... de Defensa de la Competencia.”

Se aconseja fijar un plazo orientativo para la evacuación de estos informes dado que, en virtud del artículo 37 LDC, este acto implica la suspensión del procedimiento. Dado que dicha suspensión puede conllevar efectos importantes, en términos de inseguridad, respecto a la

fecha final de la decisión de la CNC y que este tipo de operaciones suelen llevar inherente un elemento de urgencia importante, sería conveniente no extender este acto del procedimiento más allá de dos semanas. En este sentido, también debe tenerse presente que la suspensión del procedimiento en estos casos crea, de hecho, una situación de desigualdad entre notificantes de sectores regulados y de sectores liberalizados.

Por último, con el fin de alcanzar la máxima precisión posible, se aconseja determinar con cierta claridad el significado de “*regulador sectorial*”. Respecto a instituciones como la Comisión Nacional de Energía (CNE) o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) no caben dudas pero existen otros tipos de instituciones respecto a las que no es tan obvio concluir si estarían dentro o no de esa categoría (por ejemplo, la Dirección General de Seguros, el Banco de España o la Agencia de Protección de Datos).

Artículo 63. Instrucción del procedimiento en la segunda fase

Se propone la siguiente redacción para el apartado segundo:

*“2. La nota sucinta será publicada en la página Web de la Comisión Nacional de Competencia, al objeto de que cualquier afectado pueda aportar información en un plazo de diez días. La referida nota **deberá** publicarse también en el Boletín Oficial del Estado.”*

Sería adecuado que la nota sucinta se publique en el Boletín Oficial del Estado en todos los casos. De no ser así, sería conveniente establecer en qué casos se procederá a publicar la nota en el B.O.E. y en cuáles, no.

Artículo 64. Personación de interesados

Se aconseja introducir los siguientes cambios en la redacción del apartado tercero de este artículo:

*“3. Sin perjuicio de cualquier decisión adoptada al respecto en una fase anterior del procedimiento, el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, valorando el derecho subjetivo o interés legítimo acreditado, decidirá, **en un plazo no superior a diez días**, sobre las solicitudes de personación, aceptándolas o denegándolas motivadamente. A tal efecto, no se considerarán interesados a las*

personas físicas o jurídicas afectadas por el mero hecho de que se les haya remitido la nota sucinta.”

La redacción actual del texto del Reglamento sólo reconoce la presencia de interesados en segunda fase pero, dado que menos del 10% de las operaciones notificadas alcanza esta fase, resultaría apropiado aceptar la posibilidad de que los interesados pudieran intervenir también durante la primera fase. Esta previsión sería congruente con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 30/1992.

Asimismo, y a los efectos de minimizar el impacto de las solicitudes de personación en la tramitación del procedimiento, se recomienda fijar un plazo máximo para que la CNC se pronuncie al respecto.

Artículo 67. Presentación de compromisos en primera y en segunda fase

Se propone la siguiente redacción del apartado tercero y la inclusión de un apartado séptimo:

“3. La Dirección de Investigación examinará los compromisos presentados por la notificante y podrá solicitar la modificación de los mismos cuando considere que son insuficientes para eliminar los posibles obstáculos a la competencia que puedan derivarse de la operación. La Dirección de Investigación hará partícipe a la notificante de los argumentos que le han llevado a considerar dichos compromisos como insuficientes.

[...]

7. En el caso de que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia decidiera rechazar los compromisos incluidos en la propuesta de la Dirección de Investigación, deberá informar a la notificante de las razones que apoyan esta decisión y concederle un plazo para presentar alegaciones y, en su caso, proponer nuevos compromisos que puedan solucionar los problemas puestos de manifiesto por el Consejo.”

Con la redacción sugerida para el apartado tercero de este artículo se propone aclarar la naturaleza negociada de los compromisos, permitiendo a las partes conocer la motivación y apreciación de la Dirección General sobre los compromisos con vistas a su modificación. Esta

URÍA MENÉNDEZ

redacción dotaría al procedimiento de adopción de compromisos de una flexibilidad y eficacia mayores.

Por otro lado, con la redacción actual el Consejo no se encuentra vinculado por la aceptación de compromisos hecha por la Dirección de Investigación, lo que podría dejar sin efecto las negociaciones que la notificante hubiera mantenido en la fase de instrucción. Por este motivo, debería preverse que, ante la posibilidad de un rechazo de estos compromisos, las partes pudiesen someter al Consejo nuevos compromisos dirigidos a solucionar los problemas de competencia que se hubiesen puesto de manifiesto por el Consejo.

Madrid, 16 de noviembre de 2007

*

*

*