

LA NUEVA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: PRINCIPALES NOVEDADES

ANTONIO GUERRA FERNÁNDEZ y ANA RODRÍGUEZ ENCINAS
Abogados (*)

1 · INTRODUCCIÓN¹

El 1 de septiembre entró en vigor la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (la «LDC»)², que ha sustituido a la principal norma del derecho español en esta materia en las últimas dos décadas (la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia³ - la «antigua LDC»).

El nuevo texto legal ha venido precedido de un extenso periodo de consulta pública y tramitación ante las Cortes, que se inició con la publicación por el Ministerio de Economía, el 20 de enero de 2005, del Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia (el «Libro Blanco»). Con esta iniciativa, las autoridades pusieron en marcha un debate público sin precedentes, destinado a dotar de la mayor transparencia y eficacia al proceso de revisión de la norma, recabando la parti-

cipación de la comunidad jurídica y empresarial cotidianamente involucrada en su aplicación. A partir de las conclusiones de la consulta pública se elaboró un primer borrador de Anteproyecto, sobre el que se recabaron nuevas observaciones e Informes. El Proyecto de Ley se aprobó por el Consejo de Ministros el 25 de agosto de 2006, embarcándose a continuación en un largo proceso de tramitación parlamentaria. El texto definitivo vio la luz el 3 de julio de 2007.

El paquete de reformas se completará con la publicación de un Reglamento, en forma de Real Decreto, que interpretará y desarrollará las disposiciones legales en ciertas materias⁴.

El proceso de revisión de las normas españolas de competencia ha tratado de dar respuesta a una doble necesidad:

(i) Evitar divergencias en la aplicación del derecho comunitario y español, particularmente en cuestiones que daban lugar a dificultades prácticas (como el sistema de exención de acuerdos restrictivos). Para ello se ha armonizado el sistema español con los cambios introducidos en el ámbito comunitario durante el proceso de modernización (en particular, con los nuevos Reglamentos en materia de prácticas restrictivas y control de concentraciones)⁵. Igualmente era

(*) Del Área de Público y Procesal de Uría Menéndez (Madrid).

¹ El artículo se ha cerrado a fecha 1 de octubre de 2007, por lo que no refleja los cambios normativos que puedan haberse producido con posterioridad a dicha fecha. En materia de Arbitraje, véase el comentario que se incluye en la sección de «Crónica en la LDC de Legislación y Jurisprudencia» (Arbitraje) en este mismo número de la *Revista*.

² BOE n.º 159, de 4 de julio.

³ BOE n.º 170, de 18 de julio.

⁴ La Disposición Final Segunda de la LDC prevé que el Gobierno adopte disposiciones de desarrollo respecto de determinados aspectos de la LDC en el plazo de 6 meses.

⁵ Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DO L 1/1, de 4 de enero y Reglamento (CE) n.º 139/2004 del (el «Reglamento 1/2003») Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO L 24/1, de 29 de enero.

preciso ajustar la LDC a las reformas legales internas de los últimos años (en particular, la atribución de competencias ejecutivas a las Comunidades Autónomas para la aplicación de las normas de competencia respecto de las prácticas restrictivas con efectos en su territorio, que carecía de reconocimiento expreso en la antigua LDC).

(ii) Potenciar la eficacia en la aplicación de las normas de competencia. Para ello, se hacía necesario agilizar la tramitación de los procedimientos y maximizar la eficiencia en la gestión de los recursos humanos, técnicos y materiales disponibles para las autoridades de competencia.

Todo ello guiado por el objetivo último de «*contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado*» (Preámbulo de la LDC).

Amparado en estos objetivos, el proceso de revisión ha girado en torno a: la necesidad de dotar a la nueva autoridad de competencia de una estructura institucional que le permita maximizar sus recursos; potenciar la aplicación de las normas de competencia mediante la atribución de competencias a la jurisdicción civil en materia de conductas restrictivas (que ya disponía de ellas en relación con los artículos 81 y 82 del Tratado CE); la sustitución del sistema de autorización singular de prácticas restrictivas por un sistema más flexible de *autoevaluación* y exención legal (igualmente en línea con las normas comunitarias); la agilización y el incremento de la transparencia y objetividad de los procedimientos en materia de prácticas restrictivas y concentraciones económicas; y la sistematización del esquema sancionador, acotando las multas de mayor importe para aquellas infracciones que se consideran más dañinas para la competencia (cárteles y abusos).

La LDC se estructura en cinco títulos, diez disposiciones adicionales («DA»), dos disposiciones transitorias («DT»), una disposición derogatoria y tres disposiciones finales («DF»). Los títulos hacen referencia respectivamente a: cuestiones sustantivas (Título I, artículos 1 a 11); aspectos institucionales (Título II, artículos 12 a 18); la Comisión Nacional de Competencia (Título III, artículos 19 a 35); procedimientos (Título IV, artículos 36 a 60); y el régimen sancionador (Título V, artículos 61 a 70).

A continuación, se analizan las novedades más relevantes de la nueva LDC desde una perspectiva prác-

tica, así como sus posibles consecuencias para la evaluación de potenciales conductas restrictivas y concentraciones económicas por las empresas y sus asesores.

2 · PRINCIPALES NOVEDADES

2.1 · Aspectos institucionales. Autoridades responsables de la aplicación de la normativa de defensa de la competencia

Para agilizar la tramitación de los procedimientos (evitando la duplicidad de trámites y los recursos internos) y maximizar los medios asignados, la LDC ha llevado a cabo una reestructuración de la autoridad administrativa responsable de la aplicación de las normas de competencia. Se ha creado la Comisión Nacional de Competencia («CNC») ⁶ como principal responsable de la aplicación de la normativa española y comunitaria. El cambio no es meramente nominativo: se han ampliado sus poderes y funciones respecto de las autoridades anteriores y se le ha dotado de mayor independencia. Junto a ella, una novedad largo tiempo esperada y de especial relevancia para el futuro de la competencia en nuestro país es la aplicación judicial de los artículos 1 y 2 de la LDC (prácticas restrictivas y abusos de posición de dominio). Por último, se han potenciado también las funciones de los órganos autonómicos competentes en esta materia.

(i) La Comisión Nacional de Competencia

La CNC se configura como un organismo público adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda —que ejerce un control general sobre la eficacia de su actividad—, pero dotado de autonomía orgánica y funcional y plena independencia en la realización de sus funciones (artículos 12 y 19). Dentro de ella se ha optado por una estructura piramidal compuesta de dos órganos —la Dirección de Investigación (instructor de los expedientes) y el Consejo de la CNC (el «Consejo», órgano colegiado de resolución compuesto por un presidente y seis consejeros no renovables) ⁷—, y un presidente que se

⁶ La página web de la nueva autoridad nacional de competencia es la siguiente: <http://www.cncompetencia.es/>.

⁷ La no renovación, unida a la imposibilidad de cese durante su mandato, preservará la independencia de los nuevos consejeros. Para facilitar la transición al nuevo órgano, los ocho vocales del antiguo TDC se mantendrán en el Consejo hasta la expiración de su actual mandato (DT Segunda).

sitúa en la cúspide de la CNC como figura de dirección y representación, al tiempo que preside su Consejo con voto de calidad (artículos 32 y 33).

La integración de los antiguos órganos de instrucción (el Servicio de Defensa de la Competencia, «SDC») y resolución (el Tribunal de Defensa de la Competencia, «TDC») en uno sólo y la sujeción de la CNC y el Consejo a una presidencia común suscitó ciertas dudas respecto al modo en que quedaría garantizada la independencia entre las fases de instrucción y resolución de expedientes⁸. El texto final ha articulado ciertos mecanismos tendentes a dotar de mayor independencia a la Dirección de Investigación en el ejercicio de sus funciones. Así, está facultada para la apertura de los procedimientos sancionadores y de control de concentraciones sin sujeción a aprobación o supervisión del Consejo.

No obstante, subsiste algún aspecto cuestionable: las decisiones de no incoar un procedimiento sancionador o archivar éste y las de aprobación de concentraciones en primera fase (esto es, tras el análisis efectuado por la Dirección de Investigación y previamente a la remisión al Consejo, en su caso) corresponden al Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación, pese a que no habrá tenido conocimiento del expediente hasta el mismo momento de adopción de la decisión (artículos 49.3 y 57.2). Igualmente, el acuerdo de terminación convencional de expedientes sancionadores ha pasado de ser competencia exclusiva del órgano instructor (SDC) a tramitarse por la Dirección de Investigación pero resolverse por el Consejo a propuesta de ésta (artículo 52). La vertiente positiva de esta atribución de competencias al Consejo es la eliminación de los recursos internos que anteriormente existían contra las decisiones del SDC de no admisión a trámite, archivo o sobreseimiento. Ello implica una reducción sustancial de la carga de trabajo del órgano reso-

lutorio, ya que los denunciantes recurrían con frecuencia a éstos.

Un aspecto novedoso, que sin duda redundará en beneficio de la transparencia en la actuación de la CNC es su sometimiento a control parlamentario, articulado mediante la remisión de la memoria anual de actuaciones a la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados y la comparecencia anual ante ella de su Presidente, para exponer sus principales líneas de actuación y programa futuro (artículo 28).

En cuanto a las funciones de la nueva autoridad, en primer lugar, la CNC es la principal responsable de la aplicación en todo el territorio nacional y a todos los sectores de las normas españolas de competencia, así como de los artículos 81 y 82 del Tratado CE y su derecho derivado.

En segundo lugar, tiene atribuidas las tareas de coordinación con la Comisión Europea (la «Comisión») y las autoridades nacionales de competencia de los restantes Estados Miembros, para la asignación de expedientes con arreglo al concepto de «autoridad mejor situada» del Reglamento 1/2003 y la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia⁹.

En tercer lugar, como función novedosa y de posible gran relevancia práctica, la LDC faculta a la CNC para impugnar ante los tribunales de justicia actos administrativos (emanados de Ayuntamientos, organismos públicos o el propio Gobierno) y normas de rango inferior a ley que, a su juicio, obstaculicen la competencia en el mercado afectado (artículo 12.3).

Por último, la CNC está facultada para comparecer como «*amicus curiae*» en procesos judiciales en los que se sustancien cuestiones que lleven consigo la aplicación de normas comunitarias o españolas sobre prácticas restrictivas y abusos de posición de dominio.

Las resoluciones adoptadas por la CNC están sujetas (al igual que las del antiguo TDC), a

⁸ Por este motivo, en las observaciones al Libro Blanco se propuso, entre otras, la opción por un modelo institucional que manteniendo una autoridad única permitiese una moderada tensión dentro de la CNC, mediante la ampliación de las facultades de la Dirección de Investigación. La propuesta pasaba por atribuir al Director de Investigación capacidad para decidir acerca de la apertura de expedientes sancionadores o el archivo de las denuncias, así como sobre la autorización de concentraciones en primera fase, y su no subordinación jerárquica a la Presidencia de la CNC.

⁹ Comunicación de la Comisión de 27 de abril de 2004, sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia, DO 2004 C 101/3, de 27 de abril. En relación con el modo de articularse la cooperación en el seno de la red, vid. J. Folguera Crespo: «El concepto de autoridad bien situada y la cooperación en el seno de la red de autoridades de competencia», en *La Modernización del Derecho de la Competencia en España y la Unión Europea* (Fundación Rafael del Pino), Madrid, 2005, págs. 209-226.

recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en virtud de la modificación introducida en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (la «LRJCA») por la DA Séptima de la LDC¹⁰.

(ii) Las autoridades regionales de competencia

La Ley 1/2002, de 21 de Febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia¹¹ reconoció a éstas competencia en materia de *ejecución* de la normativa nacional sobre *prácticas restrictivas*, reservando al SDC y al TDC la competencia exclusiva para el control de las concentraciones económicas¹² y al Estado la competencia legislativa. La LDC mantiene este régimen, pero lo amplía con nuevas funciones, que son resultado de los debates y enmiendas presentadas durante la tramitación parlamentaria.

Los órganos autonómicos mantienen su competencia para aplicar los artículos 1 a 3 LDC (artículo 13). Por el contrario, no están habilitados para aplicar la normativa comunitaria (artículos 81 y 82 del Tratado CE, a diferencia de lo que ha ocurrido en otros países donde esta materia ha sido objeto de descentralización)¹³ o participar en la Red de autoridades de competencia. Los órganos de competencia de algunas autonomías formularon observaciones al Libro Blanco sobre este extremo que, finalmente, no han sido recogidos en el texto de la LDC¹⁴.

Además, se reconoce expresamente a los órganos autonómicos la posibilidad de actuar como *amicus curiae* en procesos judiciales en aplicación de los artículos 1 y 2 de la LDC. La redacción de la LDC en este punto es, no obstante, confusa: el artículo 16.2 atribuye a los órganos autonómicos competencia para actuar como *amicus curiae* en procesos de aplicación de los artículos 1 y 2 LDC. Sin embargo, la DA Segunda, que introduce en la Ley, 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (la «LEC»)¹⁵ un artículo 15 bis sobre este aspecto, prevé que la Comisión, la CNC y los órganos autonómicos formulen observaciones «sobre cuestiones relativas a la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE o los artículos 1 y 2 de la LDC». La aparente divergencia entre el tenor de ambos preceptos, podría generar controversias en su aplicación práctica.

Como novedad, la LDC faculta también a los órganos autonómicos para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa actos de la Administración local o autonómica, con efectos en su territorio, de los que deriven obstáculos para la competencia (artículo 13.2). Ello reforzará la eficacia en el control de los actos de la Administración, al permitir una actuación coordinada de la autoridad nacional y las autonómicas¹⁶.

Por último, si bien carecen de competencia para aplicar la normativa sobre control de concentraciones, la LDC contempla una obligación de la CNC de recabar del órgano autonómico correspondiente un informe (preceptivo, pero no vinculante) cuando una concentración incida de forma significativa en su territorio (artículo 58.1).

Las decisiones de los órganos autonómicos están sujetas a apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del territorio en el que ejerzan su actividad (DA Séptima, que introduce un apartado j) en la LRJCA).

(iii) Los Juzgados de lo Mercantil

Una de las novedades más positivas del nuevo sistema es la atribución al poder judicial de competencia para aplicar los artículos 1 y 2 de la LDC

¹⁰ BOE n.º 167, de 14 de julio.

¹¹ BOE n.º 46, de 22 de febrero.

¹² La Ley 1/2002 tuvo su origen en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 208/1999, de 11 de noviembre de 1999, que resolvió los recursos interpuestos contra el texto de la antigua LDC por los Gobiernos autonómicos catalán y vasco declarando inconstitucional la cláusula «en todo o en parte del mercado nacional» contenida en varias disposiciones por invadir las competencias de las Comunidades Autónomas. No especificó los límites a dichas competencias, que fueron precisados posteriormente por la Ley 1/2002. Como resultado, diversas Comunidades Autónomas (Andalucía, Aragón, Baleares, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, Galicia, Madrid, Murcia, País Vasco y Valencia) han dictado normas de creación de sus respectivos órganos de defensa de la competencia. El texto de las normas se encuentra disponible en el siguiente enlace: <http://www.cncompetencia.es/index.asp?m=51&p=3>

¹³ Por ejemplo, los *Länder* alemanes están facultados para la aplicación de la normativa nacional y comunitaria de defensa de la competencia a los acuerdos restrictivos en virtud de los §§ 40 a 50 de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*.

¹⁴ Véase al respecto, LL. Franco I Sala: «La Nueva Ley de Defensa de la Competencia y los Órganos Autonómicos», *Gaceta Jurídica*, 2007, n.º 248, págs. 93-101 (en pág. 96).

¹⁵ BOE n.º 7, de 8 de enero.

¹⁶ Véase LL. Franco I Sala: «La Nueva Ley de Defensa de la Competencia y los Órganos Autonómicos», *Gaceta Jurídica*, 2007, n.º 248, págs. 93-101 (en pág. 99).

en su integridad (DA Primera), de la que carecían bajo el régimen anterior. Ello respondía a una concepción limitada de las normas de competencia como normas de orden público, ignorando los efectos de su aplicación *inter privados*, y fue objeto de numerosas críticas por cuanto privaba a los jueces de la posibilidad de entrar a dirimir cuestiones *antitrust* en el marco de conflictos civiles en los que se sustanciaban reclamaciones entre particulares (tales como el cumplimiento o resolución de un contrato). Además, para reclamar los daños y perjuicios derivados de una infracción, los afectados habían de esperar a la firmeza de la resolución administrativa que la declaraba e iniciar a continuación un nuevo proceso, esta vez ante la jurisdicción ordinaria¹⁷.

La situación se tornó aún más crítica desde la atribución a los Jueces de lo Mercantil de competencia para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE en su integridad (cuyo tenor literal es prácticamente idéntico al de los artículos 1 y 2 de la LDC)¹⁸. Como resultado, se daba la paradoja de que los particulares disponían en España de una doble vía (administrativa o judicial) para sustanciar controversias que implicasen cuestiones de competencia con afectación al comercio intracomunitario, pero carecían de opción cuando un asunto idéntico afectaba exclusivamente al comercio nacional.

Esta atribución viene por tanto a superar un situación legal reprochable, y devuelve al juez el papel que le corresponde como garante de los derechos e intereses legítimos de los particulares, al tiempo que acaba con la disfunción entre la aplicación de la normativa *antitrust* española y comunitaria. Sin perjuicio de una valoración netamente positiva de la atribución, la reforma tendría que haberse completado con una disposición que clarificase los papeles del juez civil y del juez de lo mercantil en la aplicación de las normas de competencia ya que, si bien la competencia se atribuye a los Juzgados de lo Mercantil, no se establece la vía a seguir cuando se susciten cuestiones de competencia en el marco de un proceso ante los Tribunales civiles ordinarios (por ejemplo, por vía de excepción reconvenicional al cumplimiento de una obligación contractual invocando su nulidad con arreglo al artículo 408.2 de la LEC)¹⁹. El silencio de la LDC en este punto resulta criticable, pues genera el riesgo de que esta reforma pueda quedar privada de efectos, al condenar a los perjudicados por la infracción de las normas de competencia a pleitos de larga duración en Juzgados diferentes.

Junto a ello, la redacción empleada por la DA Primera resulta discutible. En efecto, se limita a atribuir la competencia por remisión a lo dispuesto en el artículo 86 ter 2 letra f de la LOPJ²⁰, que *únicamente* faculta a los Jueces de lo Mercantil para aplicar *los artículos 81 y 82 del Tratado CE* y su derecho derivado²¹. Como han seña-

¹⁷ La jurisdicción civil era competente para conocer de: (i) la aplicación de normas nacionales y comunitarias de competencia en vía de recurso; y (ii) la posible indemnización de daños y perjuicios derivados de infracciones de la normativa de competencia que, de conformidad con el artículo 13.2 de la antigua LDC, sólo podía sustanciarse una vez que la resolución administrativa adoptada por la autoridad de competencia hubiese devenido firme.

No existía por tanto un reconocimiento de competencia a la jurisdicción ordinaria para declarar la nulidad de acuerdos concluidos en infracción de la LDC, aunque tampoco un precepto que condicionase la declaración de nulidad por los tribunales ordinarios a la adopción previa de un pronunciamiento administrativo por el TDC (como en el supuesto de daños). Como resultado, se suscitaban enconados debates en torno a la facultad de los jueces para enjuiciar los efectos civiles de las prácticas restrictivas. A este respecto, vid. A. Gutiérrez y A. Martínez Sánchez: «Nuevas Perspectivas En La Aplicación De Las Normas De Defensa De La Competencia Por La Jurisdicción Civil», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2003, n.º 1, págs.39 ss.

¹⁸ En virtud de la reforma introducida en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (la «LOPJ») (artículo 86 ter) por el artículo 2.1. de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para dar cumplimiento al artículo 6 del Reglamento 1/2003 (BOE n.º 164, de 10 de julio).

¹⁹ La respuesta a esta pregunta plantea la cuestión de si el juez civil podría conocer de la aplicación de la normativa de competencia, al objeto de enjuiciar la citada alegación de nulidad de la cláusula o contrato por incompatibilidad con las normas de competencia que se formula, en un proceso del que está conociendo. En principio, el juez carecería de competencia objetiva por razón de la materia para pronunciarse sobre tal alegación por lo que, de conformidad con el artículo 406 de la LEC, no podría admitir la reconvenición. En consecuencia, la vía adecuada pasaría por que la parte que alega esta excepción presentase ante el Juez de lo Mercantil una demanda de nulidad, solicitando la suspensión del primer proceso por prejudicialidad civil hasta que se haya dictado sentencia en el segundo. Ahora bien, esta opción entrañará una dilación sustancial en la resolución del primer litigio.

²⁰ BOE n.º 157, de 2 de julio.

²¹ A diferencia de lo previsto en el artículo 14 del Anteproyecto que sí atribuía directamente competencia para conocer de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 a los Juzgados de lo Mercantil. La modificación se introdujo como resultado del informe al Anteproyecto emitido por el Consejo General del Poder Judicial, que subrayó que la competencia para determinar el funcionamiento de los juzgados y tribunales

lado ya algunos jueces, será necesario reformar la LOPJ para atribuir a éstos de forma expresa competencia para la aplicación de los artículos 1 y 2 de la LDC, ya que en otro caso podría llegar a interpretarse (pese a la voluntad de la LDC) que carecen de ella²².

Por último, la DA Segunda también modifica la LEC para *facultar* (no obligar) a los jueces que conozcan de un procedimiento de competencia para dictar auto —motivado y precedido de audiencia a las partes— suspendiendo el plazo para dictar sentencia, cuando consideren que resulta necesario conocer previamente el pronunciamiento de la autoridad de competencia (comunitaria, nacional o regional) que esté tramitando un procedimiento paralelo sobre la aplicación de los artículos 81 / 82 del Tratado CE o 1 / 2 de la LDC. Contra dicho auto las partes podrán interponer recurso de reposición, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 451 de la LEC para las providencias y autos no definitivos.

2.2 · Aspectos sustantivos

La LDC incluye importantes aspectos innovadores en el plano sustantivo relativos a los extremos que se analizan a continuación.

(i) Novedades en materia de prácticas restrictivas y abusos de posición de dominio

Uno de los cambios más significativos de la LDC es la equiparación del sistema español con el sistema comunitario de «exención legal» de conductas restrictivas. En efecto, en el proceso de modernización de la normativa comunitaria de defensa de la competencia que culminó con la entrada en vigor, el 1 de mayo de 2004, del conjunto de normas que integran el llamado «*paquete de modernización*», la Comisión eliminó el sistema de notificación y autorización previa de los

acuerdos restrictivos de la competencia que cumplieran las condiciones previstas en el artículo 81.3 del Tratado CE. Dichos acuerdos han pasado a quedar exentos *ope legis* sin necesidad de una decisión administrativa que lo declare.

Desde el 1 de septiembre de 2007 este sistema, más flexible pero con mayor grado de inseguridad jurídica para las empresas, es también el aplicable en España. Ello significa que, en adelante, las empresas han de verificar por sí mismas —con ayuda de sus asesores legales— que sus acuerdos son susceptibles de exención con arreglo a los criterios previstos en el artículo 1.3 (idénticos a los del 81.3 del Tratado CE). La autoevaluación no afecta a todos los acuerdos restrictivos: no es necesaria respecto de acuerdos susceptibles de incardinarse en un Reglamento de exención por categorías (verticales, de especialización, transferencia de tecnología, I+D, etc.) y tampoco para los acuerdos «de minimis» (vid. *infra*). En los demás casos, deberá realizarse un ejercicio *permanente* de examen del cumplimiento por los acuerdos restrictivos de las cuatro condiciones del artículo 1.3. (con arreglo a la guía que ofrece la práctica previa de las autoridades, a criterios económicos y a la valoración de sus efectos en el mercado). En efecto, un acuerdo de larga duración podría estar inicialmente exento, pero quedarse fuera de la exención en algún momento de su andadura, por lo que resulta necesario que el examen se realice de forma continuada.

La desaparición del sistema de autorización singular se ha tratado de atemperar en alguna medida mediante la posibilidad de obtener de la CNC una «declaración de inaplicabilidad», esto es, una decisión en la que se señale que el artículo 1 de la LDC no es aplicable a un acuerdo, aunque únicamente de oficio y en casos en que sea necesario por motivos de *interés público* (concepto abstracto, que será objeto de valoración por la CNC en cada caso). Como en el ámbito comunitario, las declaraciones de inaplicabilidad podrán referirse también a abusos de posición de dominio (artículo 6).

Una valoración especialmente positiva merece la introducción en el artículo 5 de un umbral *de minimis*, por debajo del cual se estima que ciertas conductas, si bien pueden resultar restrictivas, no son susceptibles de afectar de forma significativa a la competencia por su limitada importancia y efectos, y en consecuencia se

está reservada a ley orgánica, no pudiendo modificarse a través de ley ordinaria. No obstante, dado el consenso existente en torno a la ley, no parece que una reforma del artículo 86 ter por vía de ley orgánica en paralelo a la tramitación de la LDC hubiese revestido especial dificultad.

²² Se ha planteado incluso por algún sector de la judicatura que, de no efectuarse la oportuna modificación en la LOPJ antes del 1 de septiembre de 2007, fecha de entrada en vigor de la LDC, la competencia para «la aplicación de los artículos 1 y 2, en cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil», correspondería a los Juzgados de Primera Instancia (competencia residual fijada en el artículo 85.1 de la LOPJ).

excluyen de la aplicación de los artículos 1 a 3 de la LDC²³. La precisión de la mayor o menor relevancia de una conducta a efectos de la aplicación de esta exención ha quedado sujeta a desarrollo reglamentario, si bien la LDC anticipa en el artículo 5 *in fine* que uno de los criterios a tomar en consideración será la cuota de mercado²⁴.

El establecimiento de una regla *de minimis*, en relación con las conductas desleales (artículo 3) no era —a nuestro juicio— necesario, ya que el propio tipo configurador de la práctica de falseamiento de la libre competencia por actos desleales en la antigua LDC exigía, para que una práctica de este tipo pudiera ser conocida por las autoridades de competencia, que afectase *de forma sensible* al interés público. Este concepto fue objeto de interpretación estricta por el TDC en el pasado, por lo que parece poco probable que fuese a considerarse que existe una infracción de este precepto en supuestos en que la práctica por su escasa importancia no sea capaz de falsear (de forma significativa) el interés público. La LDC ha optado por trasladar la referencia a la afectación sensible desde el artículo 3 al artículo 5, con lo que el efecto es el mismo que bajo el anterior texto legal. No obstante, es cierto que la traducción de la regla *de minimis* a criterios cuantitativos (de cuota de mercado) proporcionará una guía y, en consecuencia, una mayor seguridad jurídica a los operadores para el análisis de conductas potencialmente desleales.

Por su parte, la aplicación de esta exención a supuestos de abuso constituye una novedad res-

pecto de la antigua LDC (que sólo preveía la posibilidad de que las autoridades de competencia, si lo estimaban oportuno, no incoasen o sobreseyesen procedimientos sancionadores respecto de acuerdos o prácticas potencialmente restrictivos en atención a su escasa importancia)²⁵, y una peculiaridad frente a la configuración de esta exención en el ámbito comunitario (donde sólo se aplica a acuerdos restrictivos)²⁶. No obstante, la práctica en este punto será necesariamente limitada, ya que la potencialidad de que su actuación afecte a la competencia de modo sensible es precisamente lo que determina la especial responsabilidad que se exige a las empresas dominantes y, por otra parte, uno de los parámetros de cuantificación previstos es la cuota de mercado (principal indicador de la existencia de posición de dominio).

Por último, aunque no se contempla de forma expresa en la LDC es de esperar que por vía reglamentaria (al igual que ocurre en el ámbito comunitario)²⁷ queden excluidos de la exención *de minimis* los acuerdos que contengan restricciones especialmente graves para evitar que escapen del control de las autoridades de competencia acuerdos que se estiman particularmente nocivos para ésta (e.g. cárteles de precios, reparto de mercados y restricciones territoriales en acuerdos horizontales o imposición de precios de reventa en acuerdos verticales).

La LDC mantiene la exención legal de prácticas restrictivas que resulten de la aplicación de una ley, extendiendo su ámbito de aplicación a los abusos de posición de dominio (artículo 4), aunque resulta difícil imaginar un escenario en el que pudiera materializarse la exención legal en este último supuesto.

Por último, la principal novedad sustantiva en materia de abusos es la eliminación del supuesto de abuso de situaciones de dependencia económica (posición de fortaleza relativa de una empresa concreta frente a otra, que no requiere una posición de dominio en el mercado de la primera). Tras la experiencia atesorada en la aplicación de la antigua LDC, en la que esta figura tuvo escasa relevancia, el legislador ha optado por retirarla del artículo 2 y trasladarla al

23 El artículo 5 debe su actual redacción a los cambios introducidos en el Proyecto de ley; el artículo 5 del Anteproyecto, siguiendo la estela de la antigua LDC establecía que: «La Comisión Nacional de Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán no iniciar los procedimientos previstos en esa Ley o archivar las actuaciones o expedientes incoados respecto de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia, de acuerdo con lo que se establezca reglamentariamente, sin perjuicio de que las partes puedan ejercitar las acciones correspondientes ante la jurisdicción competente».

24 En términos similares a lo que ocurre en el ámbito comunitario, donde el apartado 7 de la Comunicación de la Comisión de 22 de diciembre de 2001, relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE, DO C 368/13, de 22 de diciembre (la «Comunicación *de minimis*») establece umbrales de cuota de mercado del 10% (conjunta) en el caso de acuerdos entre empresas competidoras y del 15% (individual) en el caso de no competidores, como condición para la aplicación de la exención.

25 Artículo 1.3. de la antigua LDC.

26 Apartados 1 a 3 de la Comunicación *de minimis*.

27 Apartado 11 de la Comunicación *de minimis*.

ámbito privado (para su examen conforme a la normativa de competencia desleal).

(ii) Novedades en materia de control de concentraciones

El aspecto que sin duda ha suscitado más atención y polémica en los debates previos a la aprobación de la LDC es la modificación del procedimiento de control de las concentraciones económicas, en particular respecto de aquellas transacciones que pueden generar obstáculos para la competencia en los mercado(s) relevante(s) de la operación. Sin perjuicio de abordar posteriormente con detalle el nuevo procedimiento de adopción de decisiones y las nuevas (y limitadas) atribuciones del Consejo de Ministros en este ámbito, se exponen a continuación los aspectos sustantivos más novedosos del control de concentraciones previsto en la LDC.

La LDC mantiene los dos umbrales alternativos existentes en la anterior para determinar si una concentración está sujeta a la obligación de notificar: el volumen de negocios; y la cuota de mercado, que se incrementa del 25 al 30%. El mantenimiento de este segundo umbral no ha estado exento de polémica, por las dificultades que entraña la determinación de la cuota en ciertos mercados y las graves consecuencias asociadas al incumplimiento de la obligación de notificación y suspensión de la operación²⁸. No obstante, en casos dudosos cabe recurrir al sistema de consulta previa a la CNC previsto en la LDC (artículo 55.2). Por otra parte, la DF Segunda, habilita al Gobierno para modificar ambos umbrales de notificación, previo informe de la CNC. Ésta, a su vez, deberá revisar cada tres años la aplicación de los umbrales y, en su caso, proponer al Gobierno su modificación.

Apreciación positiva merece la alineación con el derecho comunitario del tratamiento y regulación de las empresas en participación, eliminando la mención contemplada en la antigua LDC a

que la *joint venture* no tuviera por objeto o efecto fundamental coordinar el comportamiento competitivo de las empresas matrices. En la práctica, esta divergencia dio lugar a problemas interpretativos. En efecto, este requisito se configuraba como una condición adicional para el examen de una «empresa en participación con plenas funciones» bajo la normativa de concentraciones. El resultado era que, de no cumplirse esta condición, las autoridades podían considerar que los acuerdos relativos a la *joint venture* habían de ser examinados a la luz del artículo 1, cuyo análisis en ciertos aspectos resulta más estricto que el que se realiza en el ámbito de control de concentraciones²⁹. En el futuro, los potenciales efectos coordinados que puedan derivarse de la creación de una empresa en participación con plenas funciones serán igualmente examinados a la luz del artículo 1, pero no privarán a la constitución o adquisición de control sobre ella del carácter de concentración.

La LDC armoniza igualmente con el derecho comunitario el tratamiento de la obligación de suspensión de la ejecución de operaciones notificadas hasta su autorización por la CNC, en un doble sentido:

- En el caso de ofertas públicas de adquisición de acciones («OPA»), se permite la no aplicación de la obligación de suspensión, de modo que el oferente pueda realizar los anuncios de la oferta y se inicie el plazo de aceptación, e incluso adquirir las acciones, sujeto a dos requisitos: (a) que la concentración se notifique a la CNC en el plazo de cinco días desde que se presenta la solicitud de autorización de la OPA a la Comisión Nacional del Mercado de Valores; y (b) que no se ejerzan los derechos de voto inherentes a los valores adquiridos o ello se haga con la exclusiva finalidad de salvaguardar su valor y previa dispensa por la CNC (artículo 9.3);
- En el resto de los supuestos, cabrá la posibilidad de obtener una dispensa

²⁸ Conforme a los artículos 62 y 63, el incumplimiento de la obligación de notificar una concentración a la CNC constituye una infracción leve sancionable con multa de hasta el 1% del volumen de negocios total de la empresa infractora (i.e. la obligada a notificar que, en términos generales, es la empresa adquirente) en el año anterior. La ejecución de una concentración sujeta a notificación sin la preceptiva autorización se califica de infracción grave sancionable con multa de hasta el 5% del volumen de negocios.

²⁹ Téngase presente además que la autorización de acuerdos restrictivos con la antigua LDC se sujetaba a un período temporal limitado, transcurrido el cual era necesario, en su caso, solicitar la renovación de la autorización (vid., a este respecto, la decisión del TDC de 9 de enero de 2002, en el Expte. A 305/01, *Tarjetas Pago Iberia/Bancos*).

que permita la ejecución (total o parcial) de la operación, pudiendo solicitarse ésta y, en su caso, concederse en cualquier momento del procedimiento (incluso antes de la notificación) y no sólo en el acuerdo por el que se remita la concentración a segunda fase, como preveía la antigua LDC (artículo 59). Para ello será necesaria la presentación por el notificante de una solicitud motivada. El Consejo decidirá sobre ella a propuesta de la Dirección de Investigación, previa ponderación entre los intereses de las empresas afectadas y el perjuicio que podría causar a la competencia la ejecución anticipada de la operación. La dispensa podrá someterse a condiciones u obligaciones que garanticen la eficacia de la decisión final (artículo 9.6).

Finalmente, la LDC modifica también el régimen de compromisos y condiciones para operaciones susceptibles de obstaculizar la competencia efectiva. La antigua LDC sólo contemplaba la posibilidad de que las partes presentasen al Ministerio de Economía, *compromisos* capaces de subsanar los posibles obstáculos que ésta entrañase para la competencia en el mercado durante la primera fase del análisis de una concentración. Sin embargo, fue una posibilidad más teórica que real, ya que en la práctica el SDC remitía sistemáticamente a segunda fase las concentraciones potencialmente susceptibles de obstaculizar la competencia. En segunda fase sólo se preveía la imposición de oficio por el Consejo de Ministros (generalmente sobre la base del Informe del TDC), de *condiciones* destinadas a generar efectos positivos para el progreso económico y social susceptibles de compensar los efectos restrictivos de la transacción, a cuya observancia se subordinaba la autorización. Aunque el TDC era sensible a las propuestas de las partes en esta materia, legalmente no existía un cauce procedimental que permitiese la presentación por las partes y la aprobación por la autoridad de competencia de compromisos.

Actualmente, la presentación de compromisos es admisible en cualquier fase del procedimiento y lleva consigo una extensión del plazo de resolución (de diez días en primera fase y quince días en segunda). Aunque el texto de la LDC no establece restricciones temporales es aconsejable presentarlos lo antes posible, particularmente durante la primera fase, dada la brevedad del

plazo de resolución (un mes, que se verá ampliado en 10 días)³⁰. Por otra parte, en segunda fase se ha optado por mantener también la figura de las condiciones, facultando al Consejo y, en su caso, al Consejo de Ministros, para subordinar la autorización de la concentración al cumplimiento de condiciones (que en el caso del Consejo de Ministros habrían —a nuestro juicio— de ser menos onerosas que las impuestas por la CNC).

2.3 · Aspectos Procedimentales

(i) Prácticas restrictivas y abusos de posición de dominio

De la nueva configuración institucional se derivan igualmente importantes novedades relativas a los procedimientos sobre conductas prohibidas que afectan, fundamentalmente, a los plazos de tramitación y al sistema de recursos administrativos.

Novedades relativas a los plazos de tramitación de expedientes sancionadores ante la CNC

Los artículos 36 y 37 de la LDC regulan los plazos aplicables a los procedimientos sancionadores y los supuestos de ampliación y de suspensión de su cómputo. A este respecto las principales novedades residen en la reducción del plazo total de tramitación y en una mayor flexibilidad en cuanto a los supuestos de ampliación y suspensión.

Frente a la antigua LDC que preveía un plazo máximo de dos años para instruir, resolver y notificar las resoluciones que pusieran fin al procedimiento sancionador, el artículo 36.1 de la LDC reduce dicho plazo hasta los dieciocho meses desde la incoación del expediente. El mantenimiento de un plazo máximo para la adopción de decisiones y su reducción merece alabanza tanto desde el punto de vista de la seguridad jurídica como de la agilidad y eficacia de la actuación administrativa. El artículo 38.1 establece que el transcurso de este plazo máximo implicará la caducidad del procedimiento.

³⁰ De hecho, las Indicaciones Provisionales para la Tramitación de las Notificaciones de Operaciones de Concentración Económica de acuerdo con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, publicadas por la Subdirección general de concentraciones recomiendan la presentación de compromisos junto con la notificación. El texto de las indicaciones se encuentra accesible en la siguiente dirección: <http://www.cncompetencia.es/PDFs/memorias/72.pdf>

La otra novedad relevante es la inclusión de una prolija, sistemática y detallada lista de supuestos de ampliación de plazos y suspensión de su cómputo en el artículo 37³¹. El apartado primero de este artículo otorga a la CNC la posibilidad de suspender el cómputo de los plazos mediante resolución motivada³² en los siguientes supuestos:

- Requerimiento a cualquier interesado para subsanación de deficiencias o aportación de nuevos documentos u otros elementos de juicio;
- Solicitud a terceros de aportación de documentos u otros elementos de juicio;
- Cooperación y coordinación con otras autoridades de competencia de la Unión Europea;
- Interposición del recurso administrativo contra las decisiones de la Dirección de Investigación o el recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones de la CNC ante la Audiencia Nacional;
- Práctica de pruebas o actuaciones complementarias ante el Consejo o cambio de calificación jurídica por éste de las conductas imputadas por la Dirección de Investigación, e
- Inicio de las negociaciones tendentes a alcanzar un acuerdo de terminación convencional.

Por su parte, el apartado segundo se refiere a los casos en los que el plazo se suspenderá automáticamente:

- Incoación de un procedimiento por la Comisión Europea en relación con los mismos hechos;
- Remisión a la Comisión Europea de un borrador de resolución en aplicación de lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003; y
- Solicitud de informe de los reguladores sectoriales cuando ello sea preceptivo.

Más criticable es el artículo 37.3 cuando prevé, indeterminadamente, la posibilidad de que la CNC siga llevando a cabo actuaciones procesales mientras los plazos máximos para resolver están suspendidos. Algo parecido cabe decir respecto a la ausencia de previsiones sobre el plazo máximo de duración del trámite de información reservada. Se trata de un trámite procesal que genera una gran de incertidumbre e indefensión en las empresas afectadas y que debería acotarse temporalmente tomando en consideración esos aspectos.

Recursos administrativos

La integración del SDC y el TDC en la CNC, y el reparto detallado de funciones entre los departamentos internos de esta nueva institución ha simplificado enormemente el sistema de recursos administrativos.

Este sistema queda recogido, sustancialmente, en el artículo 47.1 que señala que serán recurribles ante el Consejo en un plazo de diez días todas aquellas decisiones y actos de la Dirección de Investigación que puedan producir indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Esta previsión da pie a algunas incertidumbres que sería oportuno corregir por la vía del desarrollo reglamentario como, por ejemplo, si cabe recurrir ante el Consejo las decisiones de la Dirección de Investigación relativas a la autoridad competente en aplicación de la Ley 1/2002 o a la autoridad mejor situada en el marco del Reglamento 1/2003.

(ii) Control de concentraciones

El procedimiento de control de concentraciones también registra importantes novedades entre las que destaca el establecimiento de un modelo con un menor grado de intervención gubernamental y más flexible, tanto en lo relativo al diálogo entre Administración y administrados orientado a la adopción de compromisos para la autorización de la operación (vid. supra) como a los plazos de la tramitación del expediente.

Asimismo, otra novedad relevante y esperada por las empresas es la posibilidad de presentar formularios de notificación simplificados para la concentraciones que en principio no resultan problemáticas (artículo 56). Con ello se reduce la carga derivada del volumen de información que deben aportar las empresas,

³¹ No se trata de una lista cerrada, dado que el artículo 37.4 abre la puerta, aunque con carácter excepcional, a que la CNC amplíe los plazos máximos mediante resolución motivada de las circunstancias concurrentes.

³² Contra esta resolución sólo cabe recurso contencioso-administrativo por lo que ésta debe ser adoptada por el Consejo.

y se facilita que la CNC centre su atención en las operaciones verdaderamente problemáticas para el mantenimiento de las condiciones de competencia. En todo caso, la CNC se reserva la posibilidad de exigir la presentación del formulario ordinario cuando considere que es necesario para llevar a cabo una investigación adecuada de los posibles problemas de competencia.

Mayor flexibilidad de los plazos de tramitación

En cuanto a la duración del procedimiento, se mantiene inalterada la correspondiente a la primera fase. La segunda fase, sin embargo, pasa de tres a dos meses de duración si la operación se autoriza sin condiciones por la CNC, pudiendo requerir un mes y medio adicional en los supuestos en que intervenga el Consejo de Ministros (dado que el Ministro de Economía y Hacienda tiene un plazo de quince días para decidir si el Consejo de Ministros interviene y éste, un plazo de un mes para adoptar y notificar el acuerdo correspondiente).

A diferencia de lo que ocurría en los procedimientos sancionadores, en el que se trataba de una *facultad* del órgano administrativo, el artículo 37 prevé que se suspenderá automáticamente el cómputo del plazo máximo para resolver cuando la CNC requiera a los notificantes para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios. Por su parte, el artículo 59 prevé la ampliación del plazo máximo para resolver cuando se propongan compromisos (vid. *supra*). Por último, el artículo 38 contempla que el transcurso de los plazos máximos para resolver, tanto en primera como en segunda fase, implicará la autorización de la concentración por silencio administrativo.

Procedimiento de adopción de decisiones. Derecho de veto del Consejo de Ministros

El nuevo modelo introduce mayores dosis de independencia en el sistema a través de varias vías. En primer lugar, la notificación de la operación se efectúa ante un órgano independiente como es la CNC, frente al modelo anterior en que se notificaba a un departamento del Ministerio de Economía y Hacienda. En segundo lugar, la decisión de autorizar una operación en primera fase es adoptada por la CNC, mientras que la antigua LDC preveía que esta decisión fuera adoptada por

el Ministro de Economía y Hacienda³³. Y, en tercer lugar, la nueva LDC prevé que la resolución definitiva de las operaciones más complejas, que pasan a segunda fase sea adoptada por la CNC, a diferencia del modelo anterior en el que la labor del TDC tenía un carácter meramente consultivo (materializado en la emisión de un Informe)³⁴.

No obstante, la tercera vía de introducción de mayores niveles de independencia en el sistema se ve, en cierta medida, atemperada por la previsión del artículo 60 según la cual el Consejo de Ministros podrá autorizar una operación de concentración prohibida por la CNC o modificar las condiciones impuestas por ésta para la autorización. Este artículo señala que el Consejo de Ministros podrá utilizar esta vía de actuación «por razones de interés general». El artículo 10 ejemplifica (con carácter no exhaustivo) ciertos criterios que podrían asociarse con el *interés general*: defensa y seguridad nacional; protección de la seguridad o salud públicas; libre circulación de bienes y servicios por el territorio nacional; protección del medio ambiente; promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos; o garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial.

Los criterios anteriores son suficientemente genéricos como para (al menos, potencialmente) dar cabida a una amplia variedad de supuestos que, si se aplicasen con frecuencia por el Consejo de Ministros, podrían dejar sin sentido el objetivo perseguido por la reforma de dotar de mayor perfil técnico al análisis de las operaciones de concentración. En este sentido, hubiera sido positivo que el artículo 60 incluyera alguna referencia a que esta vía de intervención se ejercerá sólo de forma excepcional. En todo caso, debe valorarse el esfuerzo hecho en la elaboración del texto legal finalmente aprobado a la hora de reducir el número de ejemplos de criterios que se asociaban al interés general; más elevado en las versiones de los primeros anteproyectos.

³³ No debe olvidarse que, aproximadamente, el 90% de las operaciones notificadas no conllevan problemas de competencia y, por tanto, son aprobadas durante la primera fase. Es decir, en el modelo anterior, sólo un 10% de las operaciones notificadas eran analizadas por la autoridad independiente de competencia, el TDC.

³⁴ Más allá de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo hubiera tradicionalmente elevado las exigencias de motivación del Acuerdo del Consejo de Ministros en aquellos casos en los que se desviaba del dictamen elaborado por el TDC.

2.4 · Poderes de Investigación, Sanciones y Multas

Uno de los principales objetivos de la nueva legislación es lograr una mayor eficacia en la lucha contra los cárteles que materializan su daño al funcionamiento de la competencia, y al bienestar general de la sociedad, mediante la fijación de precios o reparto de mercados entre competidores. Son muchas las experiencias de nuestro entorno, que recoge la LDC, encaminadas a lograr esa mayor eficacia. Entre ellas destacan la dotación de mayores poderes de investigación a la CNC, el endurecimiento de las sanciones derivadas de las infracciones más graves y la adopción de un programa de exención o reducción de multas para empresas que aporten determinada información a la CNC (programa de clemencia).

(i) Ampliación de los poderes de investigación

La LDC amplía los poderes de investigación de la CNC a pesar de que, con la antigua LDC, el SDC ya disponía de amplias potestades de investigación, pudiendo presentarse por sorpresa en cualquiera de los locales de una empresa, registrar armarios, rastrear archivos informáticos y servidores, precintar estancias o armarios, revisar agendas personales y coches de empresa o solicitar explicaciones verbales a cualquier representante o miembro del personal de la empresa. Y todo ello, incluso sin la presencia de un abogado.

El artículo 40 de la LDC extiende estos poderes otorgando a la CNC la facultad de acceder al domicilio particular de cualquier empleado de la empresa, aun cuando no se trate de directivos o administradores. Esta facultad, que también está prevista en el orden comunitario desde mayo de 2004, es utilizada por las autoridades comunitarias excepcionalmente y, en todo caso, con extraordinaria prudencia.

La LDC prevé que si existe oposición a una inspección, o riesgo de ella, será necesaria la correspondiente autorización judicial sobre la que el Juzgado Contencioso-Administrativo habrá de resolver en un plazo máximo de 48 horas³⁵. Por

otro lado, el artículo 62.2 prevé que la negativa a someterse a una inspección debidamente autorizada o la obstrucción de la labor de inspección constituyen infracciones leves a las que puede corresponder una multa de hasta el 1% del volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior.

Es comprensible que cualquier autoridad de competencia intente buscar mecanismos para mejorar su eficacia en la detección de cárteles pero ello nunca debe hacerse a costa del respeto a los derechos de defensa. Por ello, estos mayores poderes de inspección deben ser ejercidos con responsabilidad y garantizando, en todo caso, los derechos de las empresas afectadas por dichas inspecciones. Así, sería conveniente que al inicio de cualquier inspección se pusiera claramente de manifiesto el objeto específico de la misma y se solicitara información, documentación o se interrogara a los empleados de la empresa inspeccionada, sobre cuestiones relacionadas exclusivamente con el objeto de la inspección. Si el objeto de la inspección es demasiado ambiguo o abierto, una petición indiscriminada de información o documentos puede poner en riesgo el mantenimiento de la confidencialidad de éstos y suponer una carga innecesaria para las empresas. Entendemos que estas cuestiones deberían ser objeto de desarrollo y clarificación por vía reglamentaria.

(ii) Sanciones

En cuanto a las sanciones, la LDC supone claramente el establecimiento de un sistema con más garantías y mayor nivel de seguridad jurídica para las empresas. Frente a la indeterminación del modelo anterior, que llegó a ser calificado por algunos analistas de inconstitucional, el nuevo sistema se esfuerza por fijar criterios y reglas claras que permitan a los administrados anticipar con una cierta precisión las consecuencias de la comisión de infracciones en relación con la cuantía de las multas aplicables a cada caso.

Así, la LDC gradúa las infracciones en función de su gravedad en:

- Infracciones leves (entre otras, infracciones del deber de colaboración con la autoridad de competencia o de notificación de operaciones de concentración), sancionables con multa de hasta el 1% del volumen de negocios del infractor en el ejercicio económico anterior;

³⁵ En este sentido, la DA Séptima de la Ley introduce una modificación en el artículo 8.6 de la LRJCA, atribuyendo competencia a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para conocer sobre autorizaciones para la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte acordadas por la CNC.

- Infracciones graves (entre otras, acuerdos y demás conductas prohibidas por el artículo 1 entre empresas no competidoras o ejecución de una concentración sujeta al control de la CNC antes de que haya recaído resolución), sancionables con multa de hasta el 5% del volumen de negocios del infractor en el ejercicio económico anterior;
- Infracciones muy graves (entre otras, acuerdos y demás conductas prohibidas por el artículo 1 entre empresas competidoras y abusos de posición de dominio en mercados recientemente liberalizados o por empresas con una cuota de mercado próxima al monopolio o que disfrute de derechos especiales o exclusivos), sancionables con multa de hasta el 10% del volumen de negocios del infractor en el ejercicio económico anterior.

El importe concreto de las multas a aplicar dentro de cada baremo de porcentajes, de acuerdo con el artículo 64.1, se fijará teniendo en cuenta: la dimensión y características del mercado afectado por la infracción; la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; el alcance de la infracción; la duración de la infracción; el efecto de la infracción sobre los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción, y las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada empresa responsable.

Frente a la laguna existente en la anterior normativa, los números 2 y 3 del artículo 64 recogen las circunstancias que se consideran atenuantes y agravantes. Entre las primeras, se encuentran: la realización de actuaciones que pongan fin a la infracción; la no aplicación de las conductas prohibidas; la realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado; o la colaboración activa y efectiva con la CNC al margen de los programas de clemencia. Por su parte, entre las circunstancias agravantes se citan: la reiteración en la comisión de infracciones; la posición de responsable o instigador de la infracción; la adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas, o la falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora.

Pese a que el límite máximo de las multas se mantiene en el 10% del volumen de negocios

total de la empresa infractora, el nuevo sistema se ha interpretado como más duro pero, al mismo tiempo, también más predecible. Contribuye a este sentimiento el artículo 53.2.b) cuando otorga a la CNC una herramienta sancionadora novedosa, y preocupante si no se utiliza con extrema cautela, como es la posibilidad de que, cuando se considere indispensable para poner fin a la infracción, pueda sancionarse a los infractores con la imposición de condiciones estructurales (esto es, desinversión de activos o de ramas de negocio).

La LDC contempla también la posibilidad de imponer sanciones de hasta 60.000 euros a determinadas personas físicas (e.g. representantes legales o miembros de los órganos directivos de las empresas o asociaciones infractoras) que hayan intervenido en el acuerdo o decisión³⁶. La LDC prevé expresamente que quedan excluidas de esta sanción las personas que no asistiesen a las reuniones en las que se alcanzaron los acuerdos o hubiesen votado en contra o salvado su voto.

Por lo que se refiere a las asociaciones empresariales a las que se haya impuesto una multa por infracción de las normas de competencia pero no sean solventes, la nueva LDC prevé que la asociación estará obligada a recabar las contribuciones de sus miembros hasta cubrir el importe de la multa. Si los miembros se negaran a aportar dichas contribuciones en el plazo fijado, la autoridad podrá exigir el pago de la multa a cualquiera de los miembros cuyos representantes pertenezcan a los órganos de gobierno de la asociación. Sin embargo, no podrá exigirse este pago a aquellos miembros que demuestren que: no han aplicado la decisión o recomendación de la asociación constitutiva de infracción; ignoraban su existencia; o se distanciaron activamente de ella antes de que se iniciase la investigación del caso.

(iii) Adopción de un programa de clemencia

Los programas de exención o reducción de multas (programas de clemencia) consisten en que la

³⁶ Son escasos los precedentes españoles en que se han impuesto sanciones a los representantes legales de empresas o asociaciones (uno de ellos es la Resolución del TDC de 24 de octubre de 2001, *Feriantes de Huesca*). No ha habido ningún caso hasta el momento en el que se haya impuesto una multa a un miembro del Consejo de Administración de una sociedad.

autoridad de defensa de la competencia garantiza a la empresa miembro de un cártel la exención o reducción de la potencial multa a cambio de su colaboración aportando documentos e informaciones que permitan a la autoridad declarar la infracción o llevar a cabo una inspección. El resto de miembros del cártel también pueden tratar de acogerse, con posterioridad, al programa pero, en estos casos, la reducción de la multa no es total sino parcial y dependerá del valor añadido que suponga para la CNC la información aportada por estos segundos, terceros o cuartos solicitantes de clemencia.

Los programas de clemencia han demostrado ser una herramienta eficaz en las jurisdicciones donde se han puesto en funcionamiento, siempre y cuando se apliquen correctamente y respetando los derechos de defensa de las partes afectadas y los principios de seguridad jurídica y transparencia en los procedimientos. La LDC introduce estos programas en el sistema español de defensa de la competencia, aunque no estarán en funcionamiento hasta la aprobación de su reglamento de desarrollo (previsiblemente antes del 1 de marzo de 2008).

La LDC diseña el marco general del programa previendo dos supuestos distintos: exención y reducción de multas. Podrá beneficiarse de una exención la primera empresa participante de un cártel que: aporte elementos de prueba suficientes para ordenar una inspección o que permitan acreditar la existencia de una infracción. En ambos casos, la exención se concederá siempre y cuando la autoridad no disponga ya de elementos suficientes, en un caso, para ordenar la inspección y, en el otro, para declarar la infracción.

Adicionalmente, la LDC exige de la empresa que quiera beneficiarse de la exención, el cumplimiento de ciertos requisitos:

- Cooperar de forma plena, continua y diligente a lo largo de todo el procedimiento;
- Poner fin a la participación en el cártel salvo que la autoridad de competencia le indique lo contrario;
- No haber destruido elementos de prueba;
- No revelar la intención de presentar la solicitud de exención ni su contenido, y

- No haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en el cártel.

En caso de no ser la primera empresa en aportar elementos de prueba, o de que la CNC ya dispusiera de información suficiente para llevar a cabo una inspección o declarar la infracción, las empresas participantes en un cártel podrán solicitar la reducción de la multa aportando la información y documentación que tengan a su disposición y que suponga un valor añadido significativo respecto a los elementos de los que ya disponga la CNC. Las reducciones serán de entre el 30% y el 50% para la primera de estas empresas; de entre el 20% y el 30% para la segunda, y hasta del 20% para las empresas siguientes.

La LDC recoge las características generales y los requisitos exigibles a las empresas que deseen acogerse a estos programas pero, previsiblemente, el reglamento de desarrollo correspondiente dará un detalle más pormenorizado del funcionamiento concreto de estos programas. Este desarrollo reglamentario es fundamental porque no debe olvidarse que son programas que exigen actuaciones de las empresas de una extraordinaria sensibilidad, por lo que es necesario que cada paso del procedimiento se regule cuidadosamente para ofrecer la suficiente seguridad jurídica. Aspectos tales como las garantías de confidencialidad que debe ofrecer la CNC respecto a la información aportada por una empresa en el marco de estos programas; las garantías respecto a qué tipo de documentos deben aportar para beneficiarse de las exenciones o reducciones previstas, o la fijación correcta de los mecanismos de interlocución entre empresa y CNC, son determinantes para que estos programas sean eficaces y, al mismo tiempo, respetuosos con los derechos de los afectados.

Asimismo, es importante que el desarrollo reglamentario prevea medidas para evitar que las empresas, con el fin de ofrecer documentación e información atractiva a las autoridades de competencia y beneficiarse de las exenciones o las reducciones correspondientes, puedan llegar a tergiversar hechos o involucrar a competidores no implicados en los acuerdos. La última reforma del programa de clemencia de la Comisión nos muestra que este supuesto puede, en ocasiones, presentarse en la práctica.

4.4 · Conclusiones

Los cambios introducidos por el nuevo régimen de defensa de la competencia en España pueden resultar de mayor calado de lo que en un examen a primera vista pudiera parecer, y permiten al nuevo sistema contar con herramientas modernas y adecuadas para el mantenimiento de una sana y efectiva competencia en los mercados. En particular, la habilitación al poder judicial para aplicar la normativa nacional sobre prácticas restrictivas, la eliminación del sistema de autorización singular y las modificaciones intro-

ducidas en el procedimiento de control de concentraciones incrementarán sensiblemente la eficacia y transparencia en la aplicación de las normas de competencia y en la actuación administrativa, particularmente en asuntos complejos.

No obstante, el éxito del nuevo sistema dependerá en buena medida de que la reforma normativa se acompañe del mayor rigor, mesura y respeto a los derechos de defensa y protección de los intereses legítimos de los afectados en el ejercicio de las facultades previstas en ella.