

EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL NUEVO REGLAMENTO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

ANTONIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ
Abogado (*)

1 · INTRODUCCIÓN

La labor de reforma del sistema español de defensa de la competencia que implicó la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (la «LDC») se ha visto completada posteriormente por, en primer lugar, el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (el «Reglamento») y, en segundo lugar, por el Real Decreto 331/2008, de 29 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia.

Particular importancia merece el Reglamento, que ha sido adoptado en ejecución de lo previsto en la disposición final segunda de la LDC. Esta disposición habilitaba al Gobierno para, en un plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de esta Ley (1 de septiembre de 2007), dictar las disposiciones reglamentarias de desarrollo en relación con tres cuestiones concretas: los procedimientos de aplicación de la LDC, el tratamiento de las conductas de menor importancia y el sistema de clemencia.

El Reglamento, en vigor desde el pasado 28 de febrero, viene a desarrollar estas cuestiones, así como a clarificar otros términos relativos a la aplicación de la LDC.

Tras exponer, con carácter general, el contenido de los aspectos más relevantes que presenta el Reglamento (apartado segundo), en el presente artículo se examinarán las novedades más significativas que esta norma representa en lo que se refiere a uno de los elementos esenciales del nuevo sistema de defensa de la competencia, como es el procedimiento sancionador aplicable a las infracciones a la LDC (apartados tercero a séptimo).

2 · PRINCIPALES NOVEDADES DEL REGLAMENTO

Las principales novedades del Reglamento pueden ser agrupadas en tres distintos epígrafes:

- (i) regulación de los nuevos procedimientos de aplicación de la LDC;
- (ii) definición del concepto de conductas de menor importancia; y
- (iii) desarrollo de las competencias que la LDC reconoce a la Comisión Nacional de la Competencia (la «CNC») en materia de ayudas públicas y promoción de la competencia.

2.1 · Los nuevos procedimientos de aplicación de la LDC

Sin duda, el principal objeto del Reglamento es desarrollar los nuevos procedimientos de aplicación de la LDC, como lo acredita el hecho de que sólo 10 de los 79 artículos de los que se compone abordan cuestiones no relacionadas con esta materia.

(*) Del Grupo de Práctica de Competencia de Uría Menéndez (Barcelona).

Con carácter general, todos estos procedimientos se encuentran basados en el principio de reparto de tareas, según el cual la Dirección de Investigación de la CNC (la «Dirección de Investigación») instruye el expediente y formula la correspondiente propuesta al Consejo de la CNC (el «Consejo»), que será el órgano que resuelva el procedimiento correspondiente.

La técnica seguida para ello ha sido la de regular, en primer lugar¹, una serie de disposiciones comunes aplicables a todos estos procedimientos. Ello incluye, entre otras, cuestiones como los términos de realización de las notificaciones a los interesados, el modo de cómputo de los plazos máximos de los procedimientos en caso de suspensión, las reglas a seguir en caso de cooperación con otros órganos (autonómicos y comunitarios) de competencia, así como el tratamiento de la información confidencial obrante en los expedientes.

Tras esta regulación, de carácter general, el Reglamento contiene las normas de desarrollo específicas de los seis procedimientos que, bajo el nuevo sistema, podrán desarrollarse en aplicación de la LDC, a saber:

(i) El procedimiento sancionador.

Las principales novedades de este procedimiento se encuentran expuestas en los apartados tercero a séptimo, *infra*.

(ii) El procedimiento de control de concentraciones.

El Reglamento desarrolla los distintos trámites a seguir por las empresas que pretendan obtener la autorización de una operación de concentración. Ello incluye, entre otros muchos extremos, la aprobación de los nuevos formularios de notificación (ordinario y abreviado), así como los criterios que habrán de considerar las empresas para optar por uno u otro.

Debe destacarse que el Reglamento regula igualmente dos cuestiones en materia de control de concentraciones que no presentan un carácter procedimental, si bien resultan de la máxima utilidad para saber si procede o no la iniciación del procedimiento de autorización de una operación de concentración. Nos referimos a los artículos 4 y 5, que contienen orientaciones para poder determinar si una operación de concentración cumple alguno de los

dos umbrales que determinan la obligación de su notificación —con vistas a su autorización— a la Dirección de Investigación².

(iii) El procedimiento de declaración de inaplicabilidad.

Mediante este procedimiento, el Consejo podrá declarar, en ejecución de lo previsto en el artículo 6 LDC, la inaplicación a una conducta determinada de la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia contenida en el artículo 1 de la LDC. Se trata, en definitiva, de prever³ la posibilidad excepcional de, una vez suprimido el sistema de autorización singular, permitir a la autoridad manifestar expresamente la conformidad de un acuerdo determinado con la normativa de competencia.

(iv) El procedimiento de retirada de la exención por categorías.

Mediante este procedimiento, el Consejo⁴ podrá retirar los beneficios de una exención por categorías a un acuerdo determinado si comprobara, de acuerdo con lo previsto en el correspondiente Reglamento comunitario de exención, que produce efectos incompatibles con la competencia.

(v) El procedimiento arbitral.

De conformidad con lo previsto en el artículo 24.f) de la LDC, podrán desarrollarse ante la CNC los procedimientos de arbitraje institucional que las leyes encomienden a este organismo, así como aquellos procedimientos arbitrales que le sometan los operadores económicos de conformidad con lo previsto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

(vi) El procedimiento de aprobación de Comunicaciones.

Por último, cabe hacer referencia a la posibilidad prevista en el artículo 79 del Reglamento

¹ Artículos 11 a 24.

² A saber, los denominados umbrales de cuota de mercado y facturación, previstos, respectivamente, en el artículo 8.1, letras a) y b) de la LDC.

³ En línea con la competencia a tal efecto prevista a nivel comunitario en favor de la Comisión Europea en el artículo 10 del Reglamento 1/2003.

⁴ Al igual que la Comisión Europea respecto de los acuerdos sometidos al artículo 81 del Tratado CE (artículo 29 del Reglamento 1/2003).

de que la CNC adopte, por orden de su presidente, comunicaciones interpretativas referentes a la aplicación de la LDC. De este modo se dota a este organismo de la capacidad de dictar parámetros prácticos de interpretación y aplicación de las normas españolas de competencia en términos similares a como lo hace la Comisión Europea mediante la publicación periódica de este tipo de comunicaciones.

2.2 · Conductas de menor importancia

Los artículos 1 y 2 del Reglamento establecen los requisitos que deben reunir las conductas empresariales para poder ser calificadas como de menor importancia por no ser capaces de afectar de manera significativa a la competencia en el sentido de lo previsto en el artículo 5 de la LDC.

La calificación de una conducta como de menor importancia atenderá, con carácter general, al hecho de que las empresas que lleven a cabo dicha conducta no alcancen determinados umbrales de cuota de mercado establecidos en el Reglamento. Estos umbrales son distintos en función de si las conductas son llevadas a cabo entre competidores reales o potenciales (restricciones horizontales) o entre no competidores, ni reales ni potenciales (restricciones verticales).

En concreto, el Reglamento califica como conductas de menor importancia aquellas llevadas a cabo por competidores reales o potenciales cuya cuota de mercado conjunta no exceda del 10% en ninguno de los mercados relevantes afectados. Respecto de las conductas entre empresas que no sean competidores reales ni potenciales, se requerirá que la cuota de mercado individual de cada una de ellas no exceda del 15%. Para aquellos casos en que no sea posible determinar si las empresas son o no competidoras, el Reglamento fija el umbral máximo en el 10% conjunto previsto para los supuestos de conductas horizontales.

El Reglamento prevé también normas especiales a tomar en cuenta en los supuestos en los que la competencia se vea restringida por los efectos acumulativos de acuerdos paralelos⁵ (en estos supuestos, los porcentajes de cuota de mercado antes citados quedarán reducidos al 5%). También establece,

⁵ Según dispone el artículo 1 d) del Reglamento, el citado efecto acumulativo no se producirá si menos del 30% está cubierto por redes paralelas de acuerdos.

yendo en ocasiones más allá de lo dispuesto a nivel comunitario⁶, los supuestos de conductas especialmente graves que en ningún caso podrán ser calificadas como conductas de menor importancia, tales como, entre otros, los supuestos de acuerdos de fijación de precios o reparto de mercados, así como la prohibición de ventas pasivas en el marco de relaciones verticales de distribución.

En su artículo 3 el Reglamento faculta expresamente al Consejo para adoptar comunicaciones que desarrollen los criterios más específicos a retener para determinar cuándo una conducta es de menor importancia.

2.3 · Desarrollo de las competencias de la CNC en materia de ayudas públicas y promoción de la competencia

El Reglamento también prevé determinadas normas de desarrollo en relación con las competencias de las que es titular la CNC en materia de ayudas públicas y de promoción de la competencia.

Por lo que se refiere a la primera de estas competencias, los artículos 7 y 8 del Reglamento reiteran la obligación de las Administraciones públicas de facilitar a la CNC toda la información que este organismo considere necesaria para la realización de los informes y propuestas previstos en el artículo 11 de la LDC en materia de ayudas públicas. Además, se prevé, sin ánimo exhaustivo, los aspectos concretos que serán objeto del análisis por parte de la CNC, tales como, entre otros, el plan estratégico en los que se integrará el proyecto de régimen de ayudas, las bases reguladoras o el fundamento jurídico de éstas o la adecuación del instrumento utilizado.

Entre otras previsiones, destaca igualmente la obligación prevista en el apartado tercero del artículo 8 del Reglamento, según la cual la CNC habrá de crear un centro informativo telemático de todas las ayudas públicas nacionales que hayan sido publicadas en diarios oficiales.

⁶ Así, por ejemplo, a diferencia de lo previsto en la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de diciembre de 2001, relativa a los acuerdos de menor importancia que no restrinjan la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE (de minimis), el Reglamento excluye en todo caso del concepto de conductas de menor importancia las cláusulas de no competencia (compra exclusiva) de duración superior a cinco años o con carácter indefinido.

Por lo que se refiere a las funciones de la CNC en materia de promoción de la competencia, cabe destacar que el artículo 9 del Reglamento faculta expresamente a este órgano para elaborar informes y propuestas respecto de cualesquiera proyectos y proposiciones de normas. Dichos informes, además, serán preceptivos en todos los proyectos y proposiciones de normas que remita el Ministerio de Economía.

3 · INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

3.1 · Contenido de las denuncias

El primer aspecto a destacar de la regulación prevista en el Reglamento en relación con la instrucción del procedimiento sancionador es el relativo al contenido de las denuncias que pueden presentar las personas físicas y jurídicas ante la Dirección de Investigación⁷. El Reglamento prevé tanto un formulario modelo de denuncia, cuyo seguimiento es potestativo, como una indicación de los elementos obligatorios que, en todo caso, deberán incluirse⁸. En ausencia de alguno de esos elementos, la Dirección de Investigación concederá al denunciante un plazo de diez días para que los subsane. De no hacerlo, se le tendrá por desistido de la denuncia.

3.2 · Prácticas de información reservada

El artículo 26 del Reglamento desarrolla la posibilidad expresamente prevista en el artículo 49.2 de la LDC de que la Dirección de Investigación realice actos de información reservada con vistas a confirmar si los indicios de infracción de los que conozca justifican o no la incoación de expediente sancionador.

El aspecto más relevante de este precepto es el reconocimiento expreso de que, cuando dicha información reservada consiste en un requerimiento de información al denunciado, se deba notificar a este último todos los elementos objetivos conte-

nidos en la denuncia y relacionados con ésta. Todo apunta a que, con la inclusión específica de esta norma, se ha pretendido recoger la doctrina sentada en la materia por el Tribunal de Defensa de la Competencia (el «TDC»), según la cual, aunque en el período de información reservada no existan partes interesadas en sentido estricto, la autoridad de competencia debe poner en conocimiento del denunciado al que solicita información «*todos los elementos objetivos contenidos en ella [en la denuncia] en relación con los hechos denunciados*» al objeto de no producirle una situación de indefensión contraria al artículo 24.2 de la Constitución⁹.

Sin lugar a dudas, la forma más respetuosa de dar cumplimiento a esta obligación será la de dar traslado íntegro de una versión no confidencial de la denuncia, trámite que, en todo caso, resultará obligatorio cuando sea formalmente solicitado por la empresa denunciada¹⁰.

La nueva norma no introduce, sin embargo, ningún plazo máximo para la realización de actos de información reservada por parte de la Dirección de Investigación. De nuevo, el Reglamento parece apoyarse en este punto en la doctrina sentada por el TDC bajo la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (la «LDC de 1989»), en donde confirmó la validez de largos períodos de información reservada practicados por el SDC sobre la simple base de que se trata de un trámite previsto legalmente «*sin sujeción a un lapso de tiempo determinado*»¹¹.

Una vez examinada la denuncia (y, en su caso, tras haber practicado actos de información reservada), la Dirección de Investigación podrá optar entre:

- (i) proponer al Consejo la adopción de un acuerdo de archivo, con remisión a éste de la denuncia y de las actuaciones previas practicadas¹²; o
- (ii) incoar procedimiento sancionador.

⁷ De conformidad con el artículo 49 LDC, el procedimiento se inicia siempre de oficio por la Dirección de Investigación, ya sea a iniciativa propia, del Consejo o por denuncia.

⁸ Básicamente, estos elementos coinciden con los que se encontraban ya previstos en el artículo 36.2 de la LDC de 1989, si bien incluyen la necesidad, no prevista en este precepto, de que la empresa denunciante realice necesariamente en su denuncia una definición del mercado relevante y de su estructura (véase artículo 25.2 c) del Reglamento).

⁹ Resolución del TDC, de 15 de marzo de 2007, Expte. r 700/06v, Banco de Santander/Cheques comida.

¹⁰ Véanse, entre otras, Resoluciones del TDC, de 7 de marzo de 2002, Expte. 513/01 Tubogas/Repsol, F.D. 3.º y de 28 de enero de 1999, Expte. r305/98 Distribuidora Prensa Asturiana, F.D. 3.º.

¹¹ Resolución del TDC, de 18 de junio de 2003, Expte. R555/03 Harinas Cárnicas, F.D. 3.º. En el mismo sentido, véase, entre otras, la citada Resolución del TDC, de 7 de marzo de 2002, Expte. 513/01 Tubogas/Repsol, F.D. 4.º.

¹² Artículos 25.5 y 27 del Reglamento.

3.3 · Archivo de denuncias

La Dirección de Investigación carece de la competencia de la que sí disfrutaba el Servicio de Defensa de la Competencia (el «SDC») para dictar acuerdos de archivo de denuncias en el sistema vigente en aplicación de la LDC de 1989.

En efecto, será el Consejo el que decida si se archiva la denuncia o si, en contra de la propuesta de la Dirección de Investigación, insta a este órgano para que incoe procedimiento sancionador. El denunciante será ajeno a estos trámites internos entre la Dirección de Investigación y el Consejo, y únicamente conocerá la eventual Resolución de archivo que dicte este último, en la que se indicarán los motivos por los que no procede la incoación del procedimiento sancionador. No hay un plazo previsto, ni para que la Dirección de Investigación remita la propuesta de archivo al Consejo, ni tampoco para que éste se pronuncie al respecto.

3.4 · Publicidad del procedimiento y plazos máximos

En el supuesto de que la Dirección de Investigación considere que existen indicios de infracción, este órgano adoptará el correspondiente procedimiento sancionador en los términos que se especifican en el artículo 28 del Reglamento. Este precepto incluye dos importantes novedades.

Por un lado, prevé en su apartado segundo que la incoación del procedimiento sancionador sea haga pública en la página *web* de la CNC, circunstancia que introducirá transparencia en el sistema y que, sin duda, facilitará la posibilidad de que se personen en el expediente terceros interesados.

Por otro lado, este artículo también señala (apartado cuarto) los términos en los que la Dirección de Investigación y el Consejo se repartirán el plazo máximo de dieciocho meses previsto en el artículo 36.1 de la LDC para la instrucción y resolución del procedimiento sancionador. En concreto, de este plazo máximo, doce meses corresponderán a la Dirección de Investigación y seis al Consejo. Los términos de este reparto parecen coherentes con la mayor carga de trabajo que habrá de asumir el primero de estos órganos en la instrucción del expediente.

A diferencia de lo que ocurría bajo el sistema de la LDC de 1989, no está previsto que caduque el procedimiento en caso de que la Dirección de Investigación se exceda en su instrucción del plazo máximo de doce meses. En efecto, la caducidad del procedimiento sancionador sólo está prevista en la

LDC (artículo 38.1, cuyo contenido es reproducido en el apartado cuarto del artículo 28 del Reglamento) en los supuestos en los que se sobrepase el plazo máximo global de dieciocho meses previsto para la instrucción y resolución del procedimiento. En ello la nueva norma contrasta con lo previsto en la LDC de 1989, cuyo artículo 56 preveía la caducidad cuando, bien el SDC, bien el TDC sobrepasaban el plazo máximo de doce meses del que disponían cada uno para la instrucción (por el primero) o la resolución (por el segundo) del expediente. Resulta, en consecuencia, poco previsible que bajo el nuevo procedimiento sancionador el Consejo dicte Resoluciones como las en su día adoptadas por el TDC, por las que declaró la caducidad de procedimientos sancionadores instruidos por el SDC¹³.

3.5 · Práctica de pruebas

La Dirección de Investigación disfruta de plenas facultades para practicar los actos de instrucción que estime necesarios; igualmente, los interesados podrán proponer en cualquier momento de la instrucción la práctica de pruebas. El artículo 32.2 del Reglamento establece expresamente que contra la denegación de una prueba no cabrá recurso alguno, ratificando de este modo la doctrina sentada en la materia por el TDC¹⁴.

3.6 · Pliego de concreción de hechos. Cooperación con las Comunidades Autónomas y preclusión de plazos

De conformidad con lo previsto en el apartado tercero del artículo 33 del Reglamento, si la Dirección de Investigación considera que, tras el examen efectuado, no se ha acreditado la existencia de prácticas prohibidas, así lo notificará a los interesados, que dispondrán de quince días para alegaciones y proposición de prueba. Con este precepto se viene a colmar la laguna existente en la LDC, en donde —a diferencia de lo que ocurría en la LDC de 1989¹⁵— este trámite no se encuentra previsto.

Sin embargo, si los resultados de la instrucción llevan a la Dirección de Investigación a concluir la

¹³ Entre otras, Resoluciones del TDC, de 20 de diciembre de 2002, Expte. R503/01 Estaciones de Servicio y de 25 de abril de 2005, Expte. 583/04 Aceites.

¹⁴ Entre otras, Resoluciones del TDC, de 16 de septiembre de 1997, Expte. R247/97 C.O.A.M. y de 13 de octubre de 1997, Expte. R251/97 Azúcar.

¹⁵ Artículo 37.4.

existencia de infracción, este organismo deberá dirigir una imputación formal a la presunta infractora en forma de pliego de concreción de hechos. El apartado segundo del artículo 33 del Reglamento prevé la novedad de que el pliego sea notificado no sólo a los interesados (para alegaciones y proposición de prueba), sino también al órgano autonómico correspondiente en aquellos supuestos en los que la conducta imputada, aun afectando a un ámbito supraautonómico, incida de forma significativa en el territorio de su Comunidad Autónoma¹⁶. En cualquier caso, el informe del órgano autonómico tendrá carácter preceptivo y no vinculante para la Dirección de Investigación.

Lo lógico es pensar que esta fórmula viene a concretar, por vía reglamentaria, los términos de aplicación del mecanismo de coordinación previsto en el apartado cuarto del artículo 5 de 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 competencia (la «Ley 1/2002»). Este precepto exige que el órgano estatal (ahora, la Dirección de Investigación) recabe en este tipo de supuestos informe al órgano autonómico. No obstante, resulta llamativo que el plazo previsto en la norma reglamentaria para que este último emita su informe (veinte días) no coincida con el previsto en la norma de rango legal (diez días). Parece razonable pensar que, en caso de que la Dirección de Investigación decida no remitir copia del pliego de concreción de hechos al órgano autonómico (por considerar que no concurren los requisitos materiales exigibles antes indicados), este último siempre tendrá la posibilidad de solicitar la convocatoria de la Junta General Consultiva en materia de conflictos, de conformidad con lo previsto en el apartado cuarto del artículo 2 de la Ley 1/2002.

Un último aspecto digno de mención de los términos en los que está regulada la fase de instrucción

del procedimiento sancionador en el Reglamento lo constituye su artículo 35 (*preclusión*). Este precepto establece expresamente que la Dirección de Investigación no tendrá en cuenta, para la elaboración de su informe-propuesta al Consejo, las alegaciones de los interesados a un pliego de concreción de hechos presentadas fuera de los plazos a tal efecto previstos (si bien incorporará los escritos correspondientes al expediente). Con esta regulación se introduce un cambio sustancial respecto al régimen aplicable bajo la LDC de 1989, cuyo artículo 38.2 exigía al SDC tener en cuenta, en la redacción de su informe-propuesta, las alegaciones de los interesados efectuadas «*en cualquier momento del procedimiento*».

4 · RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE

La regulación de esta fase del expediente por el Consejo parece claramente orientada a la consecución del objetivo de dotar a este órgano de un carácter estrictamente resolutorio. Con esta finalidad, se le libera de toda obligación relativa a la práctica de las pruebas o actuaciones complementarias que eventualmente acuerde, tareas que en todo caso deberá llevar a cabo, bajo la dirección del Consejo, la Dirección de Investigación.

Son cuatro las principales novedades a tal efecto previstas en el Reglamento.

4.1 · Limitación de las posibilidades de practicar nuevas pruebas a instancia de los interesados

Aunque los interesados (al igual que preveía la LDC de 1989 al regular el procedimiento ante el TDC), podrán proponer al Consejo la práctica de nuevas pruebas, lo cierto es que el nuevo Reglamento incrementa de forma considerable las posibilidades de que esas nuevas pruebas sean rechazadas por el Consejo.

Ello es así porque, mientras el artículo 40.2 de la LDC de 1989 facultaba al TDC para rechazar aquellas nuevas pruebas que fueran reproducción de las practicadas ante el SDC, el artículo 36.1 del Reglamento va más allá y permite al Consejo rechazar todas aquellas pruebas que, habiendo podido ser practicadas ante la Dirección de Investigación, no lo hubiesen sido. Resulta, en consecuencia, recomendable que los interesados concentren todo su esfuerzo probatorio en la fase de instrucción. De no hacerlo, correrán el riesgo cierto de que no sean admitidas sus pruebas por el Consejo.

¹⁶ Un posible ejemplo de este tipo de situaciones lo encontramos en la reciente Resolución del Consejo, de 31 de marzo de 2008, Expte. 627/07 Estación Sur de Autobuses, donde se acreditó una conducta abusiva llevada a cabo en la adjudicación de taquillas por la empresa que explota la Estación Sur de Autobuses de Madrid. Esta conducta afectaba a un ámbito supraautonómico, en la medida en que perjudicaba a empresas de transporte que operaban líneas de autobuses que conectaban la Comunidad Autónoma de Madrid con otras Comunidades Autónomas, si bien cabe pensar que incidía de una forma significativa en la primera Comunidad Autónoma en la medida en que el mercado geográfico relevante (la propia estación de autobuses) no excedía de su territorio.

4.2 · Ampliación de las posibilidades de que el Consejo acuerde de oficio nuevas pruebas y actuaciones complementarias

A diferencia de los interesados, el Consejo sí dispondrá de amplias facultades para acordar de oficio, bien que se practiquen nuevas pruebas (artículo 36.1 del Reglamento), bien que se lleven a cabo «*actuaciones complementarias*» tendentes a esclarecer los extremos del expediente que resulten necesarios (artículo 36, apartados tercero y cuarto del Reglamento).

Nada obsta para que el Consejo inste la práctica de este último tipo de actuaciones en cualquier momento del procedimiento, situación sin duda más favorable para este organismo que el régimen de «*diligencias para mejor proveer*» al que podía acogerse el TDC bajo el artículo 42 de la LDC de 1989, que sólo podían ser acordadas una vez celebrada la vista o, en su caso, presentado el escrito de conclusiones escritas de los interesados.

4.3 · Ampliación de las posibilidades de que se celebren vistas ante el Consejo

La celebración de vista ante el Consejo seguirá siendo potestativa. El Consejo —al igual que hacía el TDC bajo la LDC de 1989— podrá acordar su celebración, tanto de oficio, como a solicitud de los interesados (artículo 37.2 del Reglamento). Los términos en los que se desarrollará la vista se encuentran expresamente detallados en el artículo 19 del Reglamento.

No obstante, el régimen resultante del Reglamento difiere en este aspecto del de la LDC de 1989 (artículo 41), en la medida en que, si finalmente no se celebra vista, no se prevé que los interesados presenten, alternativamente, un escrito de conclusiones. Ello es lo que nos hace pensar que, aunque formalmente no esté obligado, el Consejo debería acordar siempre la celebración de vista con carácter previo a la resolución del expediente. Una solución contraria supondría un criticable paso atrás en la —legítima— expectativa de la que disfrutaban los interesados bajo el régimen de la LDC de 1989 de dar a conocer sus conclusiones finales (bien oralmente, bien por escrito) antes de que el TDC resolviera el expediente.

4.4 · Terminación convencional

El artículo 39 del Reglamento desarrolla la posibilidad prevista en el artículo 52 de la LDC de que el expediente sancionador sea resuelto mediante la aceptación por el Consejo de compromisos presen-

tados por la empresa infractora que resuelvan los problemas de competencia detectados a lo largo de la instrucción (terminación convencional).

El desarrollo de este procedimiento en vía reglamentaria recoge expresamente dos de las principales novedades que presenta en esta materia la LDC respecto de la LDC de 1989, a saber:

- (i) el hecho de que la competencia para poner fin por vía convencional a un procedimiento corresponda en exclusiva al Consejo (anteriormente disfrutaba de esta competencia el SDC);
- (ii) la posibilidad de que la empresa infractora proponga compromisos con posterioridad al pliego de concreción de hechos, siempre y cuando lo haga antes de que la Dirección de Investigación remita el expediente al Consejo (bajo el régimen de la LDC de 1989 no se podían proponer compromisos tras la remisión del pliego de concreción de hechos).

Sin entrar a examinar en detalle los distintos trámites de los que se compone este procedimiento, cabe señalar que el Reglamento instaura un sistema de doble control por parte de la Dirección de Investigación y el Consejo. En efecto, si bien es este último órgano el que debe adoptar la resolución de aceptar o desestimar los compromisos propuestos, el artículo 39 del Reglamento prevé igualmente la posibilidad de que la Dirección de Investigación decida no remitir al Consejo la propuesta de compromisos realizada por no considerarla suficiente para resolver los problemas de competencia.

Los demás interesados en el expediente podrán formular alegaciones a la propuesta de compromisos presentada a la Dirección de Investigación. No obstante, sorprendentemente el Reglamento no prevé esta misma posibilidad en el supuesto de que la empresa infractora haya propuesto nuevos compromisos al Consejo a instancias de éste sobre la base de lo dispuesto en el apartado quinto, letra b) del citado artículo 39 del Reglamento.

El Reglamento tampoco prevé la posibilidad de recabar públicamente información a otros operadores que, sin encontrarse personados en el expediente, puedan tener un interés en él, tal y como, por ejemplo, sí ocurre en los procedimientos de «*market test*» que lleva a cabo la Comisión Europea con anterioridad a decidir si acepta compromisos en procedimientos sancionadores sobre la base del artículo 9 del Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, sobre la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE.

5 · MEDIDAS CAUTELARES

Los artículos 40 y 41 del Reglamento desarrollan el nuevo régimen de medidas cautelares a adoptar en el marco de procedimientos sancionadores seguidos ante la CNC previsto en el artículo 54 de la LDC.

Desde un punto de vista material, la principal novedad consiste en que las medidas cautelares que se adopten no estarán limitadas por ningún plazo máximo, a diferencia de lo que resultaba de la aplicación del artículo 45.6 de la LDC de 1989, que imponía una duración máxima de estas medidas de seis meses¹⁷.

Por lo que se refiere al procedimiento a seguir para su adopción, se aprecia no sólo una modificación de los plazos en los que habrán de resolverse estos procedimientos, sino también una diferencia relevante en relación con la intervención de la Dirección de Investigación.

La intervención de este órgano seguirá siendo preceptiva, si bien presenta una diferencia significativa en función de si la solicitud de medidas cautelares se presenta durante la fase de instrucción o durante la fase de resolución. En el primero de los supuestos resultará siempre necesario que la Dirección de Investigación proponga la adopción de las medidas al Consejo, en línea con el sistema que resultaba de aplicación bajo la LDC de 1989. Sin embargo, cuando el expediente se encuentre ya en fase de resolución, los interesados podrán dirigir su solicitud directamente al Consejo¹⁸, y la intervención de la Dirección de Investigación se limitará a remitir un informe no vinculante sobre la procedencia de estas medidas.

6 · VIGILANCIA DE LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE LA CNC

El artículo 42 del Reglamento regula los términos en que podrán iniciarse procedimientos con vistas a hacer cumplir las Resoluciones del Consejo. De

este precepto resulta especialmente relevante lo dispuesto en su apartado segundo, que establece que las actuaciones tendentes a asegurar el cumplimiento de una Resolución —y, en concreto, la posible imposición de multas coercitivas¹⁹— sólo se podrán llevar a cabo una vez que ésta sea ejecutiva.

De este modo, el citado precepto viene a colmar la laguna que presenta la LDC al no fijar el momento en que nace la obligación de pago de las multas coercitivas previstas en su artículo 67. Ello es especialmente relevante en aquellos supuestos en los que se encuentra pendiente de resolver en vía jurisdiccional la solicitud de suspensión cautelar de la ejecución de la Resolución por cuyo incumplimiento se pretende imponer la multa coercitiva. Respecto de este tipo de supuestos, la Audiencia Nacional (la «AN») sentó una doctrina bajo el régimen de la LDC de 1989 que parece haber inspirado muy directamente la solución prevista en el segundo apartado del artículo 42 del Reglamento.

A juicio de la AN²⁰, para que surja la obligación de pago de multas coercitivas, resulta *«necesario que el acto cuyo cumplimiento se compele mediante la imposición de multas coercitivas sea ejecutivo al tiempo de imponerse la multa»*²¹, situación que no se da mientras se encuentra pendiente de resolver por la Audiencia Nacional la solicitud de suspensión cautelar de dicho acto. Y ello *«en aplicación del artículo 24 de la Constitución, pues de otra manera la tutela judicial cautelar no sería plena, ya que durante el tiempo necesario para la formación de la voluntad del órgano judicial, la ejecución del acto administrativo alteraría el status jurídico, limitando la eficacia de la ulterior decisión judicial»*²².

De hecho, esta jurisprudencia fue asumida por el TDC, que declaró expresamente que:

*«por razones de prudencia y para evitar la indefensión, la Administración debe esperar a un primer pronunciamiento judicial antes de ejecutar el acto cuando tenga noticia de la interposición de un recurso contencioso-administrativo en el que se ha solicitado la suspensión de la ejecución»*²³.

¹⁷ Esta circunstancia motivaba que el TDC se viera obligado a adoptar sucesivas medidas cautelares en relación con un mismo procedimiento sancionador. Así, por ejemplo, en el conocido Asunto Glaxo Wellcome, el TDC dictó sucesivamente dos distintas medidas cautelares por un plazo de duración de seis meses cada una (véanse las Resoluciones del TDC de 16 de octubre de 1998, Expte. MC 29/98 Glaxo y de 19 de julio de 1999, Expte. MC 30/99 Glaxo 2).

¹⁸ Igualmente, este órgano podrá considerar de oficio que la medida cautelar es necesaria.

¹⁹ Artículo 67 de la LDC.

²⁰ SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Telefónica Móviles, recurso 1059/1997 y SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Tabacalera/Mc Lane, recursos anulados 654/97, 696/98, 698/98 y 716/98.

²¹ Vid. SAN Telefónica Móviles supra, F.D. 3.º.

²² Vid. SAN Telefónica Móviles supra, F.D. 3.º.

²³ Resolución del TDC, de 28 de diciembre de 2006, Expte. r698/06 v. Faconauto 2, F.D. 4.º.

Debe, en consecuencia, ser bienvenido el hecho de que, en el desarrollo reglamentario de la LDC, se recoja expresamente esta solución jurisprudencial.

7 · TRATAMIENTO DE LAS SOLICITUDES DE CLEMENCIA

Sin duda nos encontramos ante uno de los aspectos del Reglamento que presentan una mayor novedad.

Los artículos 65 y 66 de la LDC permiten a la CNC (o al órgano autonómico competente) otorgar, respectivamente, una exención o una reducción de la multa a imponer a empresas que habiendo participado en un cártel, cumplan ciertas condiciones y colaboren con la autoridad en su detección y represión. Con buen criterio, el legislador dispuso que sólo se pudieran cursar y tramitar este tipo de procedimientos una vez en vigor las normas reglamentarias de desarrollo en la materia ²⁴.

A continuación se señalan resumidamente los principales aspectos a tener en cuenta cuando una empresa pretenda acogerse a una exención o reducción de multas.

7.1 · Medios de presentación de la solicitud de clemencia

Nada impide a las empresas presentar su solicitud de clemencia a través de cualquiera de los medios de presentación de escritos administrativos previstos en el artículo 38, apartado cuarto, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. No obstante, debe tenerse en cuenta que el Reglamento establece expresamente ²⁵ que la fecha y hora de entrada relevantes a la hora de determinar el orden de presentación de esta solicitud serán aquellas en las que se haya producido su entrada efectiva en el registro de la Dirección de Investigación o del órgano autonómico de competencia al que se dirijan.

Estas solicitudes podrán presentarse tanto por escrito como verbalmente, a través de una declaración que será grabada y que —al igual que en las solicitudes por escrito— habrá de ir acompañada de la información y elementos de prueba relevantes.

7.2 · Límites temporales para la presentación de solicitudes de clemencia

Las solicitudes de exención de multas sólo podrán presentarse con anterioridad a la notificación del pliego de concreción de hechos, de conformidad con lo previsto en el artículo 47.2 del Reglamento. Sin embargo, cuando se trata de solicitudes de reducción de multas, el plazo se amplía hasta el momento en el que la Dirección de Investigación eleva su informe-propuesta al Consejo (artículo 50.3 del Reglamento). Se plantea la cuestión de qué ocurrirá en aquellos supuestos en los que la reducción de la multa sea solicitada una vez el procedimiento se encuentre en fase de resolución ante el Consejo. Esta posibilidad no se encuentra prevista formalmente, si bien una vía a explorar sería que, en este tipo de casos, el Consejo inste a la Dirección de Investigación a efectuar actuaciones complementarias sobre la base de lo previsto en el artículo 36.4 del Reglamento ²⁶. A la luz de las nuevas informaciones aportadas por el solicitante de clemencia, la Dirección de Investigación podría dirigir al Consejo una nueva propuesta de resolución que incluyera un procedimiento sobre la reducción de multas solicitada.

7.3 · Tramitación

La solicitud de exención o reducción de multas será tramitada por la Dirección de Investigación. En los supuestos en los que se solicite la exención, este órgano comprobará si se cumplen *prima facie* las condiciones previstas a tal efecto en el artículo 65.1 de la LDC.

En este supuesto, concederá una exención condicional que, en su caso, podrá ser confirmada posteriormente por el Consejo al resolver el procedimiento. Si, por el contrario, la Dirección de Investigación considerara que el solicitante no cumple las obligaciones para ser acreedor de la exención, rechazará la solicitud e informará a éste de su derecho, bien a retirar las informaciones y documentos presentados, bien a instar a la Dirección de Investigación a que dicha solicitud sea tramitada como una solicitud de reducción de multas. Sin duda, esta última alternativa es la que resulta más aconsejable, toda vez que el Reglamento dispone en su artículo 47.2 que la eventual retirada de la información aportada en estos casos por el solicitante de clemencia no impe-

²⁴ Disposición Final Tercera, apartado segundo de la LDC.

²⁵ Artículo 46, apartado cuarto y 50, apartado segundo.

²⁶ Véase, *supra*, apartado 4.2.

dirá a la Dirección de Investigación hacer uso de las facultades de investigación de las que dispone con el fin de obtener estas mismas informaciones.

La información aportada por los solicitantes de clemencia será tratada con absoluta confidencialidad, si bien los demás interesados en el expediente podrán acceder a ella para contestar al pliego de concreción de hechos. Aunque no está previsto formalmente en el Reglamento, cabe igualmente asumir que los interesados en el expediente deberían disfrutar del mismo acceso a estos documentos en aquellos supuestos en los que, tratándose de solicitudes de reducción de multa, se presente la solicitud después de la notificación de pliego de concreción de hechos.

El Reglamento también contiene la definición de algunos conceptos jurídicos indeterminados que se encuentran previstos en los artículos 65 y 66 de la LDC. Así, regula cuándo se entiende que las informaciones y documentos aportados por el solicitante de una reducción de multa presentan un «valor añadido significativo» respecto de aquellos elementos de los que ya dispusiera la CNC. Igualmente, el artículo 52 del Reglamento desarrolla los términos en los que se considerará que una empresa coopera «plena, continua y diligentemente» con la CNC a los efectos de poder ser beneficiaria tanto de una exención, como de una reducción de multas.

Por último, cabe hacer referencia a los apartados del Reglamento en los que se regulan situaciones en las que la solicitud de clemencia haya sido presentada ante la Comisión Europea o ante órganos autonómicos de defensa de la competencia. Para el primer supuesto, el artículo 48 prevé la posibilidad de que el solicitante presente igualmente una solicitud abreviada de exención ante la Dirección de Investigación para el caso de que finalmente sea la CNC la autoridad de competencia que conozca del cártel. Respecto a las solicitudes de clemencia pre-

sentadas ante los órganos autonómicos de competencia, el artículo 53 del Reglamento prevé determinados mecanismos de coordinación con la CNC que incluyen, entre otros aspectos, la necesidad de que el órgano autonómico notifique a la CNC la solicitud recibida con carácter previo a, en su caso, conceder al solicitante una exención condicional.

8 · CONCLUSIONES

El Reglamento debe ser bienvenido en la medida en que viene a dotar a la CNC de instrumentos ágiles y flexibles tendentes a reforzar la eficacia de sus actuaciones. En lo que se refiere a los nuevos procedimientos que resultarán de aplicación —y, muy en particular, en los procedimientos sancionadores— el Reglamento profundiza en la distinción clara de competencias entre la Dirección de Investigación (como órgano instructor) y el Consejo (como órgano resolutorio).

El Reglamento viene igualmente a recoger la doctrina sentada en su día por el TDC en materias que afectan directamente a los derechos de defensa, como es el acceso por los denunciados a los elementos objetivos de la denuncia con carácter previo a su respuesta a un requerimiento de información reservada. Esta norma, sin embargo, sigue permitiendo a las autoridades de competencia un margen excesivamente amplio en lo que se refiere a los trámites que se pueden llevar a cabo en concepto de información reservada y, sobre todo, en lo que respecta a la duración de ésta (que no se encuentra limitada). Este hecho, unido a que en el nuevo sistema la eventual decisión de archivo de una denuncia deba ser adoptada, en su caso, por el Consejo a propuesta de la Dirección de Investigación, puede dar lugar a retrasos injustificados en la tramitación de las denuncias que se presenten por infracciones de la LDC.