

## CINCO AÑOS DE APLICACIÓN DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

### Cinco años de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia

El 1 de septiembre de 2012 se cumplieron cinco años de la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (la «Ley 15/2007»). La nueva norma se configuró como una extensión en el ámbito de la legislación española del proceso de modernización del derecho de defensa de la competencia emprendido por la Comisión Europea entre 2002 y 2003. En este sentido, la reforma de 2007 iba más allá de meras adaptaciones formales o procesales, para perseguir el principal objetivo de la reforma europea: garantizar una mayor efectividad en la aplicación de las normas de defensa de la competencia, especialmente en la lucha contra las infracciones más graves (cárteles).

En los apartados siguientes se analizan brevemente los elementos más destacados de estos cinco años de aplicación de la Ley 15/2007.

### Five years on the application of the spanish competition act

The 1 of September of 2012 marked the fifth anniversary of the entry into force of Law 15/2007, of 3 of July, on the Defense of Competition. This Law was designed as a reflection in national Spanish law of the modernization process of antitrust law fostered by the EU Commission between 2002 and 2003. However, the Spanish 2007 reform went beyond a mere formal or procedural change to pursue the main goal of the EU reform: ensuring the effectiveness of the competition law especially in relation with the most serious infringements. Five years later, the outcome of the reform is mainly positive. The creation of the Competition Commission, the improvement of the investigation powers of the authorities, the effectiveness of the merger control procedures or the entry into force of a leniency program are among the most clear successes of these years.

## ASPECTOS INSTITUCIONALES

Quizá el cambio más significativo introducido por la Ley 15/2007 fue la reforma del marco institucional de aplicación de la Ley con la creación de la CNC. La CNC vino a reemplazar a los antiguos Tribunal de Defensa de la Competencia y Servicio de Defensa de la Competencia (Dirección General de Defensa de la Competencia).

En su momento, la creación de la CNC fue cuestionada por la fusión en un único órgano de la separación absoluta entre las actividades de instrucción y resolución de expedientes sancionadores que caracterizaba el régimen anterior. Pese a estas dudas, la CNC ha disipado con su actuación los temores iniciales, añadiendo además varias ventajas para la aplicación de las normas de defensa de la competencia en España.

En primer lugar, en cuanto a su actividad de investigación y resolución, la atribución de las funciones de instrucción a la CNC ha incrementado la independencia del órgano, permitiéndole identificar de forma autónoma las prioridades en la aplicación de las normas y políticas de defensa de la competencia. Esta independencia también ha afectado al control de concentraciones, ámbito en el que la CNC ha pasado a ser el órgano de decisión por excelencia (sin perjuicio de la competencia residual atribuida al Consejo de Ministros sobre la que se habla en la sección 3 posterior) a diferencia de lo que sucedía bajo la normativa anterior en la que la decisión sobre operaciones de concentración competía al Ministro de Economía (en primera fase) o al Consejo de Ministros (en segunda fase).

En segundo lugar, la independencia de la CNC también le ha garantizado una posición más objetiva a la hora de emitir dictámenes sobre normas en proceso de adopción (artículo 25 de la Ley 15/2007) o incluso a la hora de decidir ejercer su legitimación activa para recurrir disposiciones normativas de rango inferior a Ley contrarias a los principios de la Ley 15/2007 (artículo 12.3 de la Ley 15/2007). Así, a 15 de septiembre de 2012, la CNC ha publicado noventa y dos informes sobre diferentes propuestas normativas y, al menos en dos casos, ha informado de la impugnación de una norma sobre regulación autonómica de concesiones de transporte por carretera.

En el frente institucional también ha sido muy destacable la intensa labor de promoción de una cultura de defensa de la competencia que ha asumido la CNC durante estos cinco años. Así, además del gran número de informes que analizan la competencia en variados sectores económicos (a 15 de septiembre de 2012, ha publicado dieciocho de estos informes), la CNC se ha posicionado en un gran número de foros públicos y ha publicado varias guías de actuación relativas a cuestiones puntuales. En este sentido, la CNC ha publicado ya cuatro guías de actuación, una guía específica sobre la problemática de las asociaciones empresariales y otras tres sobre la interacción de las normas de defensa de la competencia y la actividad legislativa y administrativa (una guía sobre contratación pública y competencia; una guía sobre elaboración de memorias de competencia y recomendaciones a las Administraciones públicas para una regulación

de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia).

Por último, y de cara al futuro, debe señalarse que a la fecha de este artículo el Gobierno ha hecho pública su intención de llevar a cabo una reforma estructural profunda de los órganos reguladores en España. Esta reforma supone la fusión de la CNC y ocho reguladores sectoriales en una única autoridad independiente: la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia («CNMC»). Se espera que la CNMC pueda comenzar a ejercer sus funciones en marzo de 2013. Aunque, en teoría, la creación de la CNMC no afecta a los poderes de investigación y sanción, el hecho de que el órgano de decisión (Consejo) deba pronunciarse igualmente sobre todas las materias actualmente sometidas a los diferentes reguladores plantea dudas sobre la posibilidad de que pueda dedicar a la defensa de la competencia la misma atención que la CNC. Estas dudas constituyen, en este momento, el mayor reto institucional para la aplicación de la Ley 15/2007 en los próximos años.

### LA INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

Desde el punto de vista material, el principal éxito de la aplicación de la Ley 15/2007 se ha producido en el ámbito de la investigación de conductas prohibidas por las normas de defensa de la competencia. En la práctica, este éxito se ha cimentado sobre dos elementos esenciales introducidos por esta norma: (i) el programa de exención o reducción de multas (programa de clemencia) y (ii) el incremento de los poderes de investigación e inspección de la CNC.

El programa de clemencia, inspirado en el de la Unión Europea, ha supuesto la posibilidad legal de que la CNC conceda una exención (o reducción) del importe de la multa asociada a determinadas infracciones de las normas de defensa de la competencia (cárteles) a aquella empresa que, habiendo participado en dichas infracciones, lo hubiera puesto en conocimiento de la CNC, siendo la primera en aportar elementos de prueba al respecto. Al incentivar las denuncias por parte de los propios partícipes en la infracción, el programa de clemencia ha permitido a la CNC superar de forma eficaz las dificultades prácticas que suponen la detección y prueba de estas conductas, que se caracterizan por un marcado carácter secreto. El número (más de diez) y la importancia de los expedientes y reso-

luciones basados en la participación de los implicados en este mecanismo de clemencia atestiguan el éxito de la figura.

En cuanto al incremento de poderes de investigación e inspección, la Ley 15/2007 ha reforzado significativamente las potestades instructoras de la CNC alineándolas con las potestades de que goza la Comisión Europea. En concreto, el artículo 40 de la Ley 15/2007 otorga a la CNC detallados y amplios poderes para poder garantizar que esta autoridad tiene acceso a locales empresariales y domicilios privados y obtiene toda la información que necesita en sus investigaciones. Este refuerzo de las potestades de instrucción ha llevado aparejado desde el 1 de septiembre de 2012 un incremento sensible de las inspecciones domiciliarias llevadas a cabo por la CNC.

Por sus características, estas actuaciones se han convertido en importantes focos de litigiosidad en relación con la actividad de la CNC. La naturaleza invasiva de estos procedimientos y su vinculación directa con posibles vulneraciones de derechos fundamentales de las empresas y sus empleados por los funcionarios inspectores convierten a estas actuaciones en uno de los principales objetos de recurso. En concreto, cuestiones como la incautación de documentos no relacionados estrictamente con la práctica investigada, la copia masiva de servidores de correo electrónico o el acceso a documentación protegida por el secreto profesional han sido constantes reproches dirigidos a la CNC desde las empresas sometidas a inspecciones. Hasta la fecha la Audiencia Nacional y, más recientemente, el Tribunal Supremo (véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2012, *STANPA*), han avalado en lo esencial el uso que la CNC está haciendo de sus potestades de inspección, aunque estableciendo algunos límites (como, por ejemplo, la obligación de facilitar a la empresa inspeccionada una relación de los términos de búsqueda empleados en la revisión de información electrónica).

El celo con que la CNC defiende sus potestades de inspección se ha traducido en un significativo incremento de expedientes sancionadores por obstrucción. Así, hasta la fecha se han hecho públicas hasta seis resoluciones de obstrucción, que incluyen comportamientos que van desde la destrucción de información (Resolución del Consejo de la CNC de 6 de mayo de 2010, *Extraco*, Expte. SNC/0007/10) hasta la facilitación de respuestas incorrectas a las preguntas formuladas por los ins-

pectores (Resolución del Consejo de la CNC de 20 de julio de 2012, *Florencio Barrera e Hijos*, Expte. SNC/0020/12).

Por otro lado, la CNC también está haciendo respetar sus poderes de investigación sancionando a empresas por la facilitación de información incorrecta o engañosa (Resolución del Consejo de la CNC de 31 de julio de 2012, *Mediapro*, Expte. SNC/0026/12).

En los últimos meses, además, la CNC ha reforzado su autoridad mediante la institución de una Subdirección dirigida exclusivamente a la vigilancia de resoluciones del Consejo. En relación con esta cuestión, la práctica de la CNC ha puesto de manifiesto cierta descoordinación normativa. Así, a la hora de vigilar el cumplimiento de sus resoluciones, la CNC debe tramitar primero un expediente de vigilancia *stricto sensu* para constatar el incumplimiento y, en el caso de que se produjese tal constatación, incoar un procedimiento sancionador. Esta duplicidad de procedimientos supone el problema de que el segundo expediente impone una sanción partiendo de una declaración de infracción que se ha producido en el expediente anterior.

Finalmente, la Ley 15/2007 flexibilizó los requisitos para la terminación convencional de expedientes sancionadores. Esta forma de terminación de los expedientes sancionadores, posible pero relativamente escasa bajo la aplicación de la anterior Ley de Defensa de la Competencia, permite a la CNC cerrar una investigación si las empresas involucradas proponen compromisos que permitan la resolución del problema de competencia investigado de forma satisfactoria para el interés público. La mayor ventaja de esta forma de terminación radica en la eficiencia, ya que permite solucionar problemas de competencia de forma que tanto la CNC como las empresas puedan beneficiarse de un ahorro de recursos.

Aunque el número de expedientes cerrados mediante este procedimiento se ha incrementado de forma sensible, la CNC ha limitado mediante una comunicación interna la posibilidad de aplicación de la terminación convencional en varios supuestos.

Finalmente, y en cuanto al procedimiento, no puede valorarse de forma positiva la reducción dramática en el número de vistas ante el Consejo de la CNC y la opacidad en la tramitación de la fase de decisión. El procedimiento de infracción de normas de defensa de la competencia tiene una gran

relevancia en la esfera jurídica de las empresas involucradas. La elevada cuantía de las sanciones y la posibilidad de que las empresas imputadas afronten otras consecuencias (como, por ejemplo, las reclamaciones de daños y perjuicios que pudieran derivarse) suponen que las empresas tengan interés legítimo en dirigirse directa y oralmente al Consejo para presentar sus posiciones. Adicionalmente, la posibilidad de que los miembros del Consejo puedan resolver con las empresas y la Dirección de Investigación las dudas de hecho o de derecho que pueda plantear la propuesta de resolución también son un elemento añadido que contribuiría, a nuestro entender, a incrementar el acierto en las decisiones.

## EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS

En el marco del control de concentraciones, hasta la fecha del presente artículo la CNC ha registrado más de 460 solicitudes de autorización de concentraciones económicas, de las cuales, apenas ocho han supuesto la apertura de la segunda fase del procedimiento (en concreto, se trata de los Expedientes *C/0098/08, Gas Natural/ Fenosa; C/0119/08, Distrirrutas/Gelesa/Siglo XXI/Logintegral; C/0150/09 Orona/Omega; C/0110/08 Abertis/Axion; C/0230/10, Telecinco/Cuatro, C/0271/10, Redsys/Redy, C/0366/11, Cepsa/CHESA y C/0432/12, Antena 3/La Sexta*).

Durante este tiempo, la CNC se ha mostrado flexible a la hora de determinar las condiciones impuestas a las empresas en los casos en que se han detectado problemas de competencia. Estas condiciones van más allá de la mera condición estructural (como la desinversión de activos en *C/0098/08, Gas Natural/ Fenosa*) para incorporar a sus resoluciones condiciones de comportamiento (como, por ejemplo, condiciones de venta separada de espacios publicitarios en *C/0230/10, Telecinco/Cuatro o C/0432/12, Antena 3/La Sexta* o el control del acceso a consejos de administración en *C/0271/10, Redsys/Redy*). Al igual que en relación con los expedientes sancionadores, esta flexibilidad también ha venido acompañada de un incremento en el celo de la vigilancia del cumplimiento de las condiciones sobre las que se autoriza la operación. Así, se han incoado varios expedientes sancionadores en los que la CNC ha investigado el grado de cumplimiento por las partes de los términos de la resolución de la CNC como sanción muy grave.

La posibilidad de autorizar operaciones con condiciones en primera fase ha supuesto, igualmente, una mayor eficiencia en la tramitación de ciertas operaciones en la que la identificación de compromisos apropiados en un momento temprano permite excluir los potenciales problemas de competencia sin necesidad de abrir la segunda fase del procedimiento (hasta en siete ocasiones entre los expedientes C/0001/07, *Dia/Plus* y C/0410/11 *Verifone/Hypercom*). Esta posibilidad, obviamente, supone un importante ahorro de recursos para la CNC y una mayor agilidad en la obtención de la autorización por parte de las empresas.

Uno de los puntos más polémicos en materia de control de concentraciones tras la aprobación de la Ley 15/2007 fue la posibilidad residual de intervención del Consejo de Ministros en los expedientes de concentración de empresas prevista en el artículo 10.4). Esta posibilidad legal se percibía entonces como una merma en la independencia de que se pretendía dotar al nuevo órgano. Cinco años después, estos temores han demostrado ser completamente infundados. El Consejo de Ministros tan solo ha intervenido en una ocasión para modificar las condiciones impuestas por la CNC (*Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de agosto de 2012 por el que se autoriza la operación de concentración económica Antena 3/La Sexta y se imponen condiciones a la misma*).

Desde el punto de vista procesal, otra de las grandes novedades de la Ley 15/2007 en materia de control de concentraciones fue la introducción de un formulario simplificado de notificación que permite, en casos en los que no es previsible que la operación pueda suponer un impacto negativo en las condiciones de competencia en los mercados, la presentación de un formulario abreviado de notificación. Este formulario ha representado dos ventajas importantes para las empresas. En primer lugar, ha supuesto una reducción de la información requerida para la autorización. En segundo lugar, ha supuesto una menor carga económica al limitar la tasa por análisis de operaciones de concentración a una cantidad de 1.500 euros, en lugar de calcular la tasa en proporción a la facturación de las partes. El éxito que ha tenido el formulario simplificado puede comprobarse mediante el gran número de resoluciones en este sentido publicadas por la CNC (suponen varias decenas).

A finales de 2011, no obstante, la CNC limitó la posibilidad de emplear el formulario simplificado en los casos inicialmente previstos por la Ley

15/2007 y estableció excepciones que requieren la presentación de un formulario ordinario (y el pago de la correspondiente tasa). Así, incluso aunque se esté en alguno de los supuestos en los que la Ley 15/2007 anticipa la posibilidad de utilizar el formulario abreviado, la CNC exige el ordinario cuando (i) sea necesario el informe del regulador sectorial (sin que se defina el concepto de regulador sectorial o se identifiquen los reguladores sectoriales a los que procedería solicitar dicho informe) y (ii) se solicite el levantamiento de la obligación de suspensión. Esta limitación, a nuestro juicio, no está suficientemente justificada.

Desde nuestro punto de vista, esta limitación es innecesaria. En relación con el informe de los reguladores sectoriales, precisamente la condición de regulador permite a esos órganos tener en su poder información muy detallada de las empresas que se concentran (a veces incluso más detallada que la disponible para las propias empresas). En relación con el levantamiento de la suspensión, en realidad lo único que la CNC necesitaría para pronunciarse es el cumplimiento de los requisitos legales (es decir, que la ejecución anticipada no perjudique a la competencia en los mercados, circunstancia que puede acreditarse mediante información menos detallada que la exigida en el formulario ordinario).

Por último, debe destacarse también la modificación de los umbrales de notificación de concentraciones económicas a la CNC con la introducción del llamado umbral *de minimis*. La norma española es una de las pocas en la Unión Europea que incluye como umbral de notificación de una concentración económica el criterio de la cuota de mercado. Este hecho supone que, en el caso de mercados muy estrechamente definidos o muy pequeños, es posible que exista una obligación de notificar operaciones cuyo impacto económico es mínimo simplemente porque la cuota de mercado de la adquirida es elevada. Para aligerar este problema, la disposición final tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, incorporó a la norma española un llamado umbral *de minimis*, que permite excluir ciertas operaciones cuando la empresa sobre la que se adquiere control tiene una facturación en España de menos de diez millones de euros.

## APLICACIÓN PRIVADA

Al igual que sucede en el ámbito europeo, el proceso de modernización de las normas de defensa de la

competencia pretendía dinamizar la aplicación de estas normas mediante el impulso de su aplicación por los jueces y tribunales civiles (la llamada «aplicación privada» de las normas de defensa de la competencia).

La herramienta para ello, además de la necesaria modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, fue la desaparición del monopolio que tenían las autoridades administrativas para la declaración de infracciones de la legislación española de defensa de la competencia (artículo 12.3 de la antigua Ley de Defensa de la Competencia). Efectivamente, hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2007, para que un particular o empresa pudiese acudir a los tribunales civiles para obtener una compensación por los daños derivados de una práctica anticompetitiva o alegar la nulidad de un pacto restrictivo era necesario que una autoridad administrativa declarase la infracción. En la práctica, esto podía suponer varios años de procedimiento administrativo (sumando además el tiempo invertido en las consiguientes etapas de recurso) antes de que la pretensión civil pudiera plantearse ante los tribunales.

Cinco años después, a pesar de que se ha detectado un incremento de acciones civiles en este campo (por ejemplo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 mayo de 2006 y del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid de 11 noviembre de 2005 en el caso *Conduit/Telefónica*), este incremento dista mucho todavía de ser representativo de una tendencia.

La lentitud en este desarrollo parece estar vinculada con la ineficacia de los instrumentos del proceso civil para la determinación de infracciones de defensa de la competencia. Elementos como lo ajustado de los plazos de prescripción de las acciones o la falta de elementos que permitan al demandante tener acceso a la información necesaria para la formulación de su pretensión, así como la inexistencia de una metodología clara para el cómputo de los daños en este tipo de infracciones, han sido factores normalmente alegados como explicación para esta circunstancia.

Es previsible, no obstante, que en los próximos meses la Comisión Europea plantee nuevas iniciativas legislativas en este sentido, de modo que el papel de los tribunales nacionales pudiera verse reforzado.

## CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Como conclusión, puede decirse que cinco años después los principales objetivos de la reforma parecen haberse alcanzado. La CNC se ha confirmado como una de las autoridades de competencia de referencia en la Unión Europea. El volumen de las inspecciones e investigaciones de conductas prohibidas se ha incrementado, así como la publicidad de las actuaciones del órgano. La labor de promoción que ha desarrollado la CNC, a través de informes sectoriales y guías prácticas, también ha contribuido a cimentar el conocimiento de las normas de defensa de la competencia y de las actividades de la CNC entre el público en general. En concentraciones, la Ley 15/2007 ha permitido una mayor eficiencia en la resolución de los expedientes, flexibilizando varios aspectos clave del procedimiento (formulario abreviado y posibilidad de compromisos en primera fase).

La aplicación práctica de la Ley 15/2007, no obstante, presenta también algunas áreas susceptibles de mejora, especialmente en relación con los derechos de las empresas en la conducción de las inspecciones domiciliarias.

Por último, de cara al futuro, y sin perjuicio del mayor desarrollo de las acciones civiles propiciado por la actuación de la Comisión Europea, sin duda el principal reto al que se enfrenta la aplicación de la Ley 15/2007 en los próximos años es la modificación estructural que resultará en la creación de la CNMC. Aunque los detalles de la reforma están en el aire, el incremento de responsabilidades de este órgano puede afectar a la prioridad que la CNC ha dado en la promoción y desarrollo de una cultura de la competencia, afectando también a la efectividad en la resolución de los expedientes sancionadores.

**BORJA MARTÍNEZ CORRAL\***

\* Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).