

AÑO XXVI. Número 6374. Miércoles, 7 de diciembre de 2005

DOCTRINA**PRINCIPALES NOVEDADES QUE SE AVECINAN EN LA REFORMA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**Por ROSALÍA ESTUPIÑÁN
CÁCERES

y

M.^a DEL PINO DOMÍNGUEZ
CÁBRERAProfesora de Derecho Mercantil.
Universidad de Las Palmas de Gran CanariaProfesora Asociada de Derecho
Mercantil. Universidad de Las Palmas de
Gran Canaria

Conocida la importancia que tiene todo sistema de defensa de la competencia como instrumento para maximizar el bienestar general en el contexto de toda economía de mercado, el presente artículo expone y valora las principales novedades que se proponen desde el Ministerio de Economía y Hacienda para mejorar el Sistema español.

o I. INTRODUCCIÓN

La Dirección General de Defensa de la Competencia del Ministerio de Economía y Hacienda ha elaborado un Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia (en adelante, LB), que fue presentado públicamente por el Ministro el pasado 20 de enero. En este LB (1) se valoran las fortalezas y debilidades del Sistema y se efectúan propuestas de reformas. De manera que, dentro del Plan de dinamización de la economía e impulso de la productividad, el LB supone el punto de partida para acometer la reforma y modernización del actual sistema de defensa de la Competencia, constituyendo dicha reforma uno de los pilares estratégicos de la política económica del Gobierno presidido por D. José Luis Rodríguez Zapatero. Con lo que todo este proceso que se ha abierto con el mencionado LB previsiblemente concluirá con una nueva Ley de Defensa de la Competencia. Es sabido que la vigente Ley de Defensa de la Competencia es de 17 de julio de 1989 y que, aunque ha sufrido a lo largo de estos años variados y significativos retoques, lo cierto es que hasta ahora no se había propuesto desde la Administración una reforma en profundidad capaz de alinear nuestro sistema con los más avanzados de nuestro entorno y con la más reciente normativa comunitaria de defensa de la competencia.

Diversos son los principios que según el LB deben guiar esta reforma, cuales son: seguridad jurídica, independencia, transparencia y responsabilidad frente a la sociedad, eficacia y coherencia. Estos principios tienen como objetivo en última instancia reforzar la eficacia social de la intervención administrativa, es decir: garantizar que se dispone de los instrumentos y de la estructura institucional óptima para intentar proteger la competencia efectiva en los mercados y, con ello, la eficacia de la asignación de los recursos, la productividad, y el bienestar general.

El LB se estructura en torno a cinco capítulos principales y propone una reforma centrada en los siguientes aspectos: esquema institucional, lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia, control de concentraciones, control de ayudas públicas y, finalmente, la proyección de la defensa de la competencia en la sociedad. Nuestro propósito consiste sencillamente en exponer siguiendo esta estructura las principales novedades que se avanzan como propuestas de reforma en cada uno de los anteriores aspectos, para al final realizar una sucinta valoración global.

o II. NOVEDADES EN EL ESQUEMA INSTITUCIONAL

Para ganar mayor independencia, eficiencia y rapidez se propone crear a nivel nacional como autoridad única independiente la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), con categoría de organismo público singular, que integraría como órganos autónomos el actual Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) (2) y el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) (3), garantizando, en cualquier caso y como hasta ahora, la separación entre la instrucción y la resolución de los procedimientos sancionadores por conductas restrictivas de la competencia. La CNDC, dirigida por su Presidente, se compondría de tres pilares fundamentales: el Consejo o TDC --órgano colegiado de resolución--; la Dirección de Investigación o SDC --órgano de instrucción y vigilancia--

, y la Secretaría general --órgano de gerencia y funciones horizontales--. Asimismo con respecto al nombramiento del Presidente de la CNDC y de los miembros del Consejo o TDC (que deberá tener un número más reducido que el actual), a fin de garantizar su solvencia técnica e independencia, se propone que deba necesariamente pasar por un previo examen de méritos en la Comisión de Economía del Congreso.

Para integrar adecuadamente los planos administrativo y judicial, al margen de revisar el art. 13.2 LDC (4), se propone --como ya acontece expresamente en el ámbito comunitario-- (5) reconocer competencias directas a los Jueces de lo Mercantil para aplicar la normativa de defensa de la competencia nacional en materia de ilícitos *antitrust* o conductas restrictivas de la competencia.

Por otro lado, a fin de reducir la longitud de los plazos hasta la firmeza de las resoluciones administrativas, se plantea la búsqueda de medios para agilizar los procesos de revisión jurisdiccional contenciosa-administrativa.

o III. NOVEDADES EN LAS CONDUCTAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

En esta sede se proponen actuaciones sustantivas y procedimentales en diferentes ámbitos. Así, se estima necesario centrar el objeto de la futura LDC en la defensa de la competencia, por lo que se apunta la conveniencia, bien de eliminar determinados tipos de infracción de la LDC, bien de aclarar su redacción. En concreto, tales tipos --que no tienen parangón en la normativa comunitaria-- son el abuso de situación de dependencia económica [art. 6.1 b)] (6) y el falseamiento grave de la competencia por actos desleales (art. 7). Asimismo, a fin de permitir que la CNDC pueda centrar su actuación en aquellas conductas que generen mayores problemas desde la perspectiva de la competencia, se propone mantener el art. 1.3 LDC sobre las conductas colusorias de menor importancia o *de minimis*, pero concretando su actual indefinición mediante la introducción de elementos cuantitativos de cuota de mercado, tomando como base para ello la Comunicación de la Comisión Europea sobre este particular (7).

Por otro lado, a fin de adaptar la normativa española al modelo comunitario instaurado por el Reglamento 1/2003 donde ya no hay «autorización singular» de conductas colusorias prohibidas que cumplan los requisitos del art. 81.3 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea sino que se deja a la autoevaluación de los propios operadores, se postula el replanteamiento del sistema español de autorización singular contenido básicamente en los arts. 3 y 4 LDC. Este replanteamiento podría realizarse, bien adoptando la visión comunitaria sin más, bien adoptando dicha visión, pero al mismo tiempo permitiendo que con carácter voluntario, y por razones de seguridad jurídica, los operadores puedan acudir a la CNDC para que ésta declare que el acuerdo en cuestión aunque está incurso en la prohibición del art. 1 LDC (conductas colusorias) cumple los requisitos del art. 3 LDC y, por consiguiente, no está prohibido.

Con la finalidad de disponer de un instrumento importante para detectar y luchar contra las conductas restrictivas más graves, como son los cárteles, y en línea con el modelo comunitario, se propone la introducción de un sistema de clemencia consistente en la exoneración o reducción de las multas administrativas (8) a la empresa o empresas que denuncien la existencia del cártel y aporten información sustantiva sobre su existencia y actividades.

Con el propósito de establecer un procedimiento ágil y eficaz para el cese de la infracción se estima necesario: eliminar la posible duplicación de actuaciones y recursos internos; reforzar la flexibilidad de los plazos máximos que actualmente existen para la instrucción y resolución del procedimiento por conductas prohibidas por la LDC; revisar el procedimiento para adoptar medidas cautelares, de tal forma que sea rápido y efectivo; clarificar y aumentar los poderes de investigación e inspección de los inspectores de la CNDC, contemplándose incluso la posibilidad de que sean considerados autoridad pública; y potenciar el uso de la terminación convencional (9) suprimiendo la rigidez del procedimiento actual (10).

Ante la carencia de la vigente LDC de una adecuada tipificación de las distintas infracciones a efectos de graduación de las multas, se propone graduar las infracciones en muy graves, graves y leves que permita una correlación entre éstas y las sanciones impuestas, así como aclarar los criterios de determinación de las multas. En este último sentido se prevé la posibilidad de aplicar la metodología que existe a nivel comunitario, consistente en establecer un importe base de la multa para cada tipo de infracción, aplicándose incrementos por circunstancias agravantes y reducciones por circunstancias atenuantes.

o IV. NOVEDADES EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS

Las novedades principales que se proponen frente al vigente sistema o procedimiento de control de

concentraciones económicas establecido en los arts. 14 y ss. de la LDC pivotan sobre diferentes ejes, de los que destacaremos tres. El primer eje consiste en mejorar la definición del ámbito de control de forma tal que, por un lado, se aclare el concepto de concentración incluyendo --como acontece en la normativa comunitaria-- (11) todo tipo de empresas en participación con plenas funciones, tengan o no carácter «concentrativo» y, por otro lado, pueda plantearse la posible modificación del umbral de control basado en la cuota de mercado que actualmente prevé el art. 14.1 a) LDC, proponiéndose bien su supresión, bien su mantenimiento complementado con algún criterio adicional (regla *de minimis*) al que se aplique un procedimiento simplificado.

El segundo eje pretende reforzar la independencia en la toma de decisiones, por lo que se propone que la decisión final sobre si se autoriza o no el proyecto de concentración sea adoptada, no como en el sistema vigente por el Consejo de Ministros sino por la propia CNDC sobre la base de criterios basados exclusivamente en la competencia. Sin embargo, el LB considera conveniente el mantenimiento de algún tipo de veto por parte del Consejo de Ministros que, excepcionalmente y sobre la base de criterios claramente tasados basados en el interés general, podría motivadamente vetar o modificar la decisión de la CNDC.

El tercer eje plantea perfeccionar los instrumentos de análisis y decisión, tanto desarrollando el test sustantivo de análisis de la operación de concentración (12) como planteando la conveniencia de aplicar un régimen mixto que permita la aceptación de compromisos y/o la imposición de condiciones en cualquier fase del procedimiento, así como el posible contraste de los compromisos propuestos con terceros interesados.

o V. NOVEDADES EN EL RÉGIMEN DE AYUDAS PÚBLICAS

Con el objetivo en última instancia de procurar aumentar la eficiencia en este ámbito, se plantea una reforma de los instrumentos de seguimiento y control actualmente existentes a nivel nacional. En este sentido se estiman convenientes los siguientes cambios:

-- La revisión del concepto de ayuda pública, contenida en el art. 19 LDC, eliminando en particular las medidas de efecto equivalente, al objeto de alinearlos con la jurisprudencia y doctrina existentes a nivel comunitario.

-- El establecimiento de mecanismos adecuados para que la CNDC pueda contar con la información relativa a las ayudas que se concedan por cualquier Administración y, sobre la base de esta información, pueda aquélla realizar informes o recomendaciones concretas sobre los proyectos o medidas; estimándose la conveniencia de que se emita al menos un informe anual sobre ayudas públicas y competencia.

-- El explorar la posible participación de los órganos autonómicos de defensa de la competencia en el análisis y propuesta sobre las ayudas públicas concedidas por las Administraciones autonómicas o locales de su respectivo ámbito.

o VI. NOVEDADES EN LA PROYECCIÓN SOCIAL DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Partiendo de que las autoridades de competencia, junto a la actividad pura de aplicación de la Ley, desempeñan otra tarea fundamental cual es la promoción e impulso de la competencia, se postula un posible refuerzo de las funciones de la CNDC en el ámbito del control normativo, de forma que disponga de información y de instrumentos para tratar de minimizar las distorsiones introducidas por el propio sector público, previéndose, entre los posibles instrumentos a adoptar la legitimación necesaria de la CNDC para impugnar ante la jurisdicción contenciosa-administrativa aquellos actos o normas que ocasionen restricciones sustanciales de la competencia.

Asimismo, en aras a la mayor transparencia y mayor facilidad para que las empresas adopten decisiones compatibles con las normas de defensa de la competencia, se estima muy adecuado, como ocurre en el ámbito comunitario, la elaboración de directrices (*guidelines*) en los ámbitos de actuación de la CNDC donde sea necesario. De otra parte, también se estima procedente tanto la elaboración de informes anuales (sobre competencia en los mercados y sobre ayudas públicas), como la comparecencia al menos anual del Presidente de la CNDC ante la Comisión de Economía del Congreso.

o VII. VALORACIÓN GLOBAL

Debemos comenzar esta sucinta valoración considerando un gran acierto y muestra del talante del que hace gala el actual Gobierno Socialista la pretensión de abordar una reforma en profundidad de nuestro Sistema de Defensa de la Competencia presentando al público de un LB al respecto afín, por lo demás y dicho sea de paso, con la forma de proceder en la esfera comunitaria. En efecto, la elaboración de este LB en el que, además de exponer lo que acontece a nivel de Derecho comparado, se evalúan con valentía las fortalezas y debilidades de

nuestro Sistema, con llamamiento al público a la presentación de comentarios (13), no puede sino merecer una valoración muy positiva. Con el estudio y contraste sosegado del contenido del LB y de los comentarios que se han hecho al mismo está El Ministerio de Economía y Hacienda en condiciones de abordar la redacción de un Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia que culmine, tras la tramitación parlamentaria, en una nueva LDC capaz de hacer frente a las debilidades que actualmente presenta la vigente.

Desde una perspectiva sustancial, las principales reformas que se proponen en el LB y que hemos expuesto nos parecen en líneas generales muy adecuadas y pertinentes, muchas de ellas reclamadas constantemente por la doctrina más especializada. Reformas estas que, en efecto, permiten reforzar principios fundamentales en nuestro Sistema como son: la transparencia, la independencia, la seguridad jurídica, la eficacia, la coherencia y la responsabilidad frente a la sociedad. En el único aspecto en el que la propuesta del LB nos resulta poco valiente es el referido al control de ayudas públicas, pues, a nuestro juicio, podría estudiarse la conveniencia de establecer un control *a priori* por parte de la CNDC en el referido aspecto.

(1) Puede actualmente consultarse íntegramente en <http://www.meh.es/dgdc/sdc>.

(2) El SDC en nuestro Derecho vigente, como es sabido, es un órgano administrativo --por tanto, carente de independencia--, integrado en el Ministerio de Economía y Hacienda al que, entre otras funciones, le corresponde incoar e instruir los procedimientos sancionadores por conductas restrictivas de la competencia

(3) El TDC tiene, a partir de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que reformó el art. 20 de la LDC, naturaleza de organismo autónomo, adscrito orgánicamente al Ministerio de Economía y Hacienda, con personalidad jurídica pública diferenciada y autonomía de gestión que ejerce sus funciones con plena independencia y autonomía de gestión. Al TDC le corresponde entre otros cometidos resolver los procedimientos sancionadores por conductas restrictivas de la competencia.

(4) Precepto muy polémico, que ha merecido justificadas críticas doctrinales, pues exige la previa declaración o resolución firme de ilicitud de conducta restrictiva de la competencia, en la vía administrativa o en su caso jurisdiccional contencioso-administrativa, para que los perjudicados puedan acceder a los jueces ordinarios a solicitar la eventual indemnización de daños y perjuicios. *Vid.* ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., «El resarcimiento de daños y perjuicios derivados de ilícitos *antitrust*: problemática que plantea y posibles soluciones», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 230, marzo/abril 2004, págs. 65 y ss.

(5) En efecto, conforme establecen los arts. 4 y 5 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (DOUE 2003 L 1, de 4 de enero), tanto las autoridades administrativas como los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros son competentes para la aplicación de los arts. 81 (que, en esencia, prohíbe las conductas colusorias restrictivas de la competencia que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, así como las circunstancias que permiten la inaplicación de tal prohibición) y el art. 82 (que, en esencia, prohíbe a las empresas los abusos de posición de dominio que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros). En España, en concreto, los órganos jurisdiccionales competentes para tal menester son los Jueces de lo Mercantil de acuerdo con lo establecido por el art. 86 ter 2.f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducido por la LO 8/2003, de 9 de julio.

(6) Esta modalidad autónoma de ilícito fue introducida en la LDC vigente, art. 6.1 b), por virtud de la reforma operada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, mas advirtamos que ya estaba y continúa estando tipificada como específico acto de competencia desleal en el art. 16.2 de la Ley de Competencia Desleal de 10 de enero de 1991.

(7) Cfr. 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 art. 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (DOCE 2001 C 368/13, de 22 de diciembre).

(8) Es preciso mencionar que, en cualquier caso, el LB aclara que tal exoneración o reducción sería exclusivamente de multas administrativas y, por consiguiente, que la clemencia administrativa no garantizaría la clemencia penal ni civil.

(9) Pues, según destaca el LB, la experiencia en España ha sido desalentadora ya que sólo un expediente ha terminado por esta vía.

(10) En este sentido, entre otras modificaciones, se contempla que las empresas imputadas puedan presentar ofertas de compromisos para una terminación convencional del expediente en cualquier momento del procedimiento.

(11) Cfr. art. 3.4 del Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de concentraciones entre empresas (*DOUE* L 24 de 29 de enero de 2004).

(12) Test que, como es sabido, está basado en la obstaculización de una competencia efectiva en el mercado.

(13) El plazo para la presentación de dichos comentarios ha concluido el 20 de marzo de 2005. Han sido diversas las personas, despachos de abogados, empresas, entidades y organismos que han respondido a este llamamiento, cuyos comentarios pueden verse en un enlace a los mismos contenido en la página <http://www.meh.es/dgdc/sdc>.