

**COMENTARIOS AL BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DE
LA LEY 15/2007, DE 3 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

En el marco del procedimiento abierto por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital para recibir comentarios acerca del Borrador de Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en lo sucesivo, el BALDC), el Despacho MLAB Abogados presenta las siguientes observaciones:

1. Modificación del artículo 8 LDC. Umbrales de notificación de las concentraciones

El BALDC añade un último párrafo al artículo 8.1.b eximiendo de la obligación de notificar a aquellas concentraciones que cumplen el umbral de volumen de negocio cuando *“los partícipes en la concentración no alcancen una cuota conjunta superior al 15 por ciento en el mismo mercado de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo, salvo si la empresa o empresas obligadas a notificar reúnen una cuota igual o superior al 50 por ciento en algún mercado de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo en el que no haya solapamiento con las actividades de la adquirida.”*

La modificación propuesta debe ser bienvenida, en la medida en que pretende eximir de la obligación de notificar operaciones de concentración que cumplen el umbral de notificación de volumen de negocios pero que, por la cuota de mercado de las empresas partícipes, a priori no deberían plantear problemas de competencia.

Esta propuesta supone volver a utilizar el criterio de cuota de mercado como factor definitorio de la obligación o no de notificar —y de suspender— una operación de concentración. Este criterio ha sido con frecuencia denostado por hacer depender unas consecuencias jurídicas tan importantes de una premisa tan poco objetiva como es la definición del mercado relevante.

Lo cierto, sin embargo, es que la cuota de mercado es probablemente un mejor “proxy” del poder de mercado de las empresas —y por ende de los eventuales efectos de la concentración sobre la competencia— que su cifra de facturación. De hecho, aunque los umbrales de notificación de las operaciones de concentración en el ámbito del Reglamento UE 139/2004, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (en lo sucesivo, el Reglamento 139/2004) se establecen exclusivamente en función del volumen de negocios, para decidir qué operaciones pueden acogerse al procedimiento simplificado la legislación de la Unión también se refiere a la cuota de mercado de las empresas partícipes. También los reglamentos de exención por categorías utilizan el criterio de la cuota de mercado para determinar su ámbito de aplicación.

Por otra parte, si el objetivo de la reforma es reducir el número de operaciones de concentración que deben ser notificadas, para eliminar trabas innecesarias a las empresas y aligerar la carga de trabajo de la CNMC, una alternativa sería incrementar los umbrales de facturación previstos en el artículo 8.1.b LDC, que llevan inalterados desde el año 1999.

En todo caso, esta nueva referencia a las cuotas de mercado debería venir aparejada con una agilización del procedimiento de consulta vinculante previsto en el artículo 55.2 LDC, para evitar la práctica de las notificaciones *ad cautelam*, tal y como hace el BALDC en su propuesta de nuevo artículo 36.8.

2. Modificación del artículo 9.3 LDC. Obligación de notificación y suspensión de la ejecución.

Estamos de acuerdo con la adaptación terminológica propuesta en este artículo, relativo a las concentraciones en las que se produzca una oferta pública de acciones admitidas a negociación.

Creemos, sin embargo, que se podría aprovechar la reforma para sustituir el breve plazo de cinco días que se establece para notificar la concentración ante la CNMC, por la expresión “*sin demora*” que aparece en el 7.2.a) del Reglamento 139/2004, en relación con la notificación a la Comisión Europea de concentraciones derivadas de OPAs.

3. Modificación del artículo 18 LDC. Colaboración de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia con Autoridades Nacionales de Competencia de otros Estados miembros y con la Comisión Europea.

No tenemos comentarios a la modificación propuesta que, en esencia, viene a recoger el régimen de colaboración entre Autoridades Nacionales de la Competencia y de éstas con la Comisión Europea, previsto en la Directiva 2019/1, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (en lo sucesivo, Directiva ECN +).

4. Modificación del artículo 36 LDC. Plazo máximo de los procedimientos.

El BALDC propone, en esencia, las siguientes modificaciones en los plazos previstos en la actual redacción de la Ley 15/2007:

- Incremento del plazo de resolución y notificación de los procedimientos sancionadores por conductas restrictivas de competencia de 18 a 24 meses.
- Incremento de 2 a 3 meses del plazo de la segunda fase en el procedimiento de control de concentraciones.
- Nuevo plazo de 15 días para que el Consejo dicte su resolución en procedimientos de control de concentraciones que cumplan las condiciones para utilizar el formulario abreviado, siempre que se haya pre-notificado la operación, dando así a la Dirección de Competencia (en lo sucesivo, DC) la oportunidad de solicitar aclaraciones sobre los aspectos formales o sustantivos de la concentración.

- Se precisa que el plazo de 3 meses para que el Consejo dicte y notifique la resolución sobre petición de medidas cautelares debe contarse desde la solicitud, aunque se mantiene la referencia a que, si la solicitud es anterior a la incoación del expediente, dicho plazo comenzará a computarse en la fecha de incoación.
- Nuevo plazo de un mes para que el Consejo resuelva las consultas vinculantes previstas en el artículo 55.2 LDC.

En general, estamos de acuerdo con esta nueva regulación de los plazos.

Sin embargo, creemos que la ampliación del plazo de instrucción y resolución de los expedientes sancionadores debería venir acompañada de la fijación de un plazo máximo durante el cual la DC puede tener abierta una información reservada. Resulta absolutamente injustificado que, como ocurre en ocasiones, la DC tenga un expediente en información reservada durante varios años. Cabe recordar que el artículo 49 LDC obliga a la DC a incoar expediente cuando se observen indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas. Por ello, debería establecerse un plazo máximo, por ejemplo de 6 meses, para la práctica de la información reservada, transcurrido el cual la DC debería optar por incoar un expediente —si ha observado indicios racionales de infracción— o declarar que no ha observado tales indicios racionales, lo que, por otra parte, no le impediría reanudar la investigación si surgiesen nuevos indicios y la conducta no hubiese prescrito.

En cuanto a las medidas cautelares, convendría indicar expresamente que sigue siendo de aplicación la previsión contenida en el artículo 41 del Reglamento de Defensa de la Competencia, consistente en que podrá entenderse desestimada por silencio negativo si, desde que se formuló, ha transcurrido un plazo de tres meses sin que la DC formule propuesta al Consejo.

5. Modificación de los apartados 1 y 2 del artículo 37 LDC. Supuestos de ampliación de los plazos y suspensión de su cómputo.

El BALDC añade los siguientes supuestos en los que es posible ampliar o suspender los plazos:

- En expediente de concentración, cuando se requiera a quienes plantean una consulta previa, o a los notificantes o a terceros, la aportación de elementos necesarios para la resolución de la consulta previa.
- En expedientes sancionadores, cuando se inicie el procedimiento de transacción, como ya ocurría cuando se iniciaban negociaciones con vistas a formular una propuesta de transacción.

Estamos de acuerdo con esta nueva regulación. Sin embargo, creemos que debería incluirse expresamente en el apartado 1.a) la posibilidad de suspender los plazos cuando se formulen requerimientos de información a los interesados, un trámite mucho más frecuente, por ejemplo, que los requerimientos de subsanación mencionados en ese apartado. Además, con ello se podría modular mejor el plazo otorgado a los interesados para contestar a los requerimientos de información, sin afectar al plazo total para dictar la resolución final.

También creemos que, en aras a una mayor seguridad jurídica, debería preverse que, tanto los acuerdos de suspensión del plazo como los de reanudación, deberían notificarse a todos los

interesados. Y que, en el acuerdo de reanudación, la DC o el Consejo deberían especificar el nuevo plazo máximo para dictar resolución.

La incoación de procedimiento por parte de la Comisión Europea (artículo. 37.2.a) BALDC) no debiera llevar a una mera suspensión del procedimiento nacional, sino a su archivo, pues el efecto de dicha incoación (artículo. 11.6 Reglamento 1/2003) es la pérdida de la competencia de la Autoridad Nacional de la Competencia. El Tribunal de Justicia, sin embargo, ha declarado, respecto del Derecho nacional de la competencia, que esa pérdida de competencia no es permanente¹.

6. Modificación del artículo 38 LDC. Efectos del silencio administrativo.

Se han modificado ligeramente los apartados dos y tres del artículo 38, que regula los efectos del silencio administrativo.

Llama la atención que no se haya modificado el apartado 1, que establece la caducidad del procedimiento sancionador transcurridos los 18 meses, prevista en el artículo 36 LDC. Ese plazo debe ampliarse a 24 meses, para ser congruente con la modificación del citado artículo 36 LDC.

7. Modificación del artículo 39 LDC. Deberes de colaboración e información.

Con ocasión de la transposición de la Directiva ECN+, el BALDC refuerza de manera muy considerable las facultades de la CNMC de recabar información, yendo más allá, en algunos casos, de lo previsto en la propia Directiva ECN+. Por ejemplo, la CNMC podría acceder a información en sistemas informáticos o plataformas digitales de terceros, siempre que haya recabado la correspondiente autorización judicial. La redacción del precepto es poco clara, y además genera dudas sobre si convierte en indispensable la autorización judicial cuando se pueda acceder a dichos sistemas informáticos o plataformas digitales de terceros desde los sistemas informáticos o dispositivos electrónicos utilizados por el sujeto obligado, dado que en el caso de estos sistemas o dispositivos del sujeto obligado, el BALDC no prevé que sea necesaria una autorización judicial; el precepto sólo prevé que la CNMC debe recabar una autorización judicial *“cuando la naturaleza de la información solicitada lo requiera”*, sin que quede claro qué significa esta expresión en el ámbito de los procedimientos de aplicación de la LDC.

Se incorpora expresamente el principio, previsto en el artículo 8 de la Directiva ECN+, de que los requerimientos de información no pueden obligar los destinatarios a admitir la comisión de una infracción. Pero se echa en falta que también se hubiese reconocido expresamente que los requerimientos de información deben ser proporcionados, tal y como afirma la Directiva ECN+. Se trata además de una cuestión de gran actualidad, que está pendiente ante el Tribunal de Justicia. De hecho, a finales del pasado mes de agosto, Facebook obtuvo la suspensión cautelar de unos requerimientos de información de la Comisión Europea por este motivo.

Se mantiene con carácter general el plazo de diez días para contestar a los requerimientos de información, aunque parece quererse flexibilizar al decirse que ese plazo *“tiene carácter general”*. Tanto en el actual artículo como en la nueva redacción se prevé la posibilidad de fijar

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 2012, asunto C-17/10, *Toshiba y otros* ECLI:EU:C:2012:72

un plazo distinto. Dadas las enormes diferencias de extensión y complejidad que existen entre los requerimientos de información, parecería preferible haber buscado una solución más flexible, por ejemplo, previendo un plazo máximo más largo. Esta mayor flexibilidad no perjudicaría la tramitación del procedimiento, puesto que podría suspenderse el plazo máximo de tramitación sobre la base del artículo 37 LDC, como acabamos de señalar.

8. Nuevo artículo 39 bis LDC. Entrevistas.

Se introduce por primera vez una regulación de las entrevistas, algo más detallada que la escueta contenida en la Directiva ECN+.

En general, la regulación parece adecuada, aunque creemos que deberían introducirse unas precisiones:

- Debería incluirse la previsión expresa de que, al citar a la persona a una entrevista, se le debe comunicar el objeto de la investigación en la que se le cita y ofrecer el derecho a ser asistida por el abogado de su elección.
- Se prevé la posibilidad de que la entrevista sea grabada, y se prohíbe el uso de grabadoras para el entrevistado. Debería reconocerse expresamente al entrevistado el derecho a pedir que su entrevista sea grabada y la grabación accesible para el entrevistado.
- Antes de que se considere que las grabaciones, transcripciones o actas hagan prueba, debería permitirse que el entrevistado revise su contenido, y pueda hacer las aclaraciones o salvedades que considere necesarias, para que sean incorporadas junto con la grabación, transcripción o acta. Debería también reconocerse expresamente al entrevistado el derecho a obtener la grabación o transcripción de su entrevista.

9. Modificación del artículo 40 LDC. Facultades de inspección.

La nueva regulación de las inspecciones incrementa la ya larga lista de obligaciones de los inspeccionados prevista en el artículo 27 de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC. y parece otorgar un poder omnímodo al personal de la CNMC que realiza la inspección. En particular, el segundo párrafo del artículo 40.1.a) establece que *“Estas inspecciones podrán realizarse siempre que la Dirección de Competencia disponga de indicios de la posible existencia de una conducta prohibida por esta ley en un determinado mercado, pudiendo ser inspeccionada cualquier entidad o sujeto presente en dicho mercado al objeto de verificar su posible participación en dichas conductas. Las inspecciones podrán tener por objeto verificar la posible existencia de conductas ilícitas en otros mercados conexos con el mercado investigado.”*. Entendemos que para que la DC pueda realizar inspecciones *“en otros mercados conexos con el mercado investigado”* también tendría que disponer de indicios de la posible existencia de una conducta en dichos mercados conexos.

Sigue sin haber ninguna mención a los derechos, y en particular al derecho a recabar la asistencia del abogado. Tampoco hay la más mínima mención a que las actuaciones inspectoras deben mantener una proporcionalidad con la finalidad perseguida.

La necesidad de un mandamiento judicial se circunscribe a los supuestos en que se pueda restringir el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, pero no incluye, por ejemplo, las inspecciones *“en cualquier otro despacho, oficina, dependencia o lugar, cuando exista una sospecha razonable de que en los mismos puedan existir pruebas o documentación relevante para los hechos objeto de inspección.”*

Creemos que, tanto en el caso de las inspecciones realizadas en domicilios particulares como despachos o dependencias de terceros, debería exigirse la previa autorización judicial. En este sentido, cabe recordar que el artículo 6.3 de la Directiva ECN+ expresamente deja a salvo los requisitos que pueda establecer el Derecho nacional en relación con la autorización judicial previa de las inspecciones.

10. Modificación del apartado 2 del artículo 41 LDC. Vigilancia del cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos

El artículo 41 simplifica el procedimiento en caso de incumplimiento de una resolución, un acuerdo o compromiso, que se tramitará de acuerdo con lo previsto en la Ley 39/2015. Se mantiene la posibilidad, en estos casos, de imponer multas coercitivas y de adoptar medidas coercitivas u otras de ejecución forzosa, incluida la desconcentración. Convendría consagrar el principio, presente en el artículo 10 de la Directiva ECN+, de que la CNMC deberá elegir *“la medida correctora que sea menos onerosa para la empresa, de conformidad con el principio de proporcionalidad”*.

11. Modificación del artículo 42 LDC. Tratamiento de la información confidencial.

El BALDC realiza una regulación más detallada del tratamiento de la información confidencial. Además, asimila el acceso que pueden tener los incoados a las solicitudes de clemencia y de transacción; esto último parece razonable para facilitar la aplicación del mecanismo de transacción.

12. Nuevo artículo 46.bis LDC. Adecuación del procedimiento a los derechos fundamentales garantizados por la normativa europea.

Valoramos positivamente que se reconozca expresamente la obligación de garantizar *“en todo momento el cumplimiento de los principios generales del Derecho de la Unión y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”*, en congruencia con lo previsto en el artículo 3 de la Directiva ECN+.

13. Modificación del artículo 47 LDC. Recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Competencia.

La redacción propuesta introduce la posibilidad de que el Consejo inadmita sin más trámite los recursos *“que carezcan manifiestamente de fundamento”*. El principio es razonable, aunque habrá que ver cómo se aplica en la práctica.

14. Nuevo artículo 48.bis LDC. Adopción de medidas cautelares.

El BALDC añade algunos principios generales a la escueta regulación de las medidas cautelares que contenía el artículo 54 de la vigente LDC. Mientras que la LDC eliminó toda referencia al plazo máximo de duración, el BALDC prevé que sean *“limitadas temporalmente”*, lo que es coherente con su carácter cautelar.

15. Nuevo apartado 4 del artículo 49 LDC. Iniciación del procedimiento.

Este nuevo precepto recoge un anhelo expresado hace tiempo por la DC de poder rechazar denuncias que no considere prioritarias, y priorizar los asuntos que instruye, a fin poder utilizar de forma más eficiente los medios de que dispone. El principio finalmente va a ser recogido por el legislador español, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 4.5 de la Directiva ECN+.

El BALDC establece, con carácter ejemplificativo y no enunciativo (*“ente otras”*) una lista de denuncias que podrá considerar como no prioritarias.

Es importante que el supuesto b) (*“conductas ilícitas cuyo alcance potencial es limitado o el daño potencial que pueden conllevar para el consumidor o para la competitividad de los mercados de factores productivos, bienes o servicios es escaso”*) no se confunda con las conductas que, por su escasa importancia, ni siquiera están prohibidas, tal y como recuerda el artículo 4 LDC.

16. Modificación del artículo 50 LDC. Instrucción del expediente sancionador.

En relación con la instrucción del procedimiento sancionador, el BALDC introduce algunas modificaciones que valoramos positivamente:

- Se incrementa de 15 días a 1 mes el plazo para contestación al pliego de concreción de hechos (en lo sucesivo, PCH) y para formular alegaciones a la propuesta de resolución. Se trata de una extensión bienvenida dada la importancia de estos trámites.
- Cuando la DC formule propuesta de resolución, las alegaciones de los interesados se realizarán directamente ante el Consejo, sin que la DC tenga que hacer un informe respecto de las mismas. Con ello se hace más eficiente el procedimiento, y se suprime el hecho anómalo de que la DC, no sólo formulaba la propuesta de resolución, sino que, una vez recibidas las alegaciones de los acusados, volvía a tener ocasión de presentar un escrito ante el Consejo y rebatir esas alegaciones.
- La nueva redacción también positiviza una práctica que venía siendo reclamada por los interesados desde hace tiempo, y que la DC ya había empezado a poner en práctica, de incluir en la propuesta de resolución su propuesta de sanción y de aplicación de la exención o reducción de la multa en aplicación del régimen de clemencia.

El BALDC no aborda un problema relacionado con la instrucción del procedimiento sancionador que ha sido puesto reiteradamente de manifiesto por quienes intervienen asiduamente en este tipo de procedimientos: con frecuencia, la DC emite su PCH cuando ha transcurrido una gran parte del plazo de instrucción. Con ello resta efectividad a un trámite tan esencial para el derecho de defensa de las empresas como es la formulación de alegaciones y la proposición de pruebas a la vista de los hechos y calificaciones contenidos en el PCH. La importancia de que

este trámite, y también el de alegaciones a la propuesta de resolución, se puedan realizar con efectividad, ha quedado confirmado con la extensión de ambos plazos de 15 días a un mes, que propone el BALDC.

Por ello creemos que, aprovechando la ampliación del plazo máximo de instrucción de los expedientes sancionadores, que deberá conllevar un reajuste en el reparto del plazo entre instrucción y resolución que actualmente aparece en el artículo 28.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia, debería introducirse como principio el que, cuando la DC emita un PCH, deberá hacerlo dentro del primer tercio (por ejemplo) del plazo general previsto para la instrucción de los expedientes sancionadores.

17. Nuevo artículo 50.bis LDC. Procedimiento de transacción.

El nuevo artículo 50.bis introduce, por primera vez en la legislación española de competencia el procedimiento de transacciones, aplicado por la Comisión Europea para los casos de cárteles (artículo 10 bis del Reglamento 773/2004), aunque la Directiva ECN+ prevé que las transacciones son posibles tanto para infracciones del artículo 101 TFUE como del 102 TFUE.

Valoramos positivamente esta novedad, que venía siendo reclamada desde hace tiempo por los interesados. No entendemos por qué el artículo 50bis limita la transacción a procedimientos por infracción de los artículos 1,2 y 3 LDC, sin incluir también los de aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE. Cuando la ANC aplica estas normas, como es el caso en la gran mayoría de los expedientes sancionadores, debe tener la misma facultad de transacción que en infracciones de las normas de la LDC.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos ante la Comisión Europea, en la LDC las partes incoadas negociarían la transacción con la DC, mientras que es el Consejo el que finalmente decide si acepta la reducción y su importe (apartado 5). Para dar mayor seguridad jurídica a las empresas y reforzar el incentivo a transar, debería preverse que la propuesta de la DC debe incluir el importe de la multa propuesta (como ya reconoce la redacción propuesta del artículo 50) y de la reducción acordada, sin que el Consejo pueda modificar esta propuesta sin motivación expresa y suficiente.

Cabe destacar que el BALDC es en principio más generoso que el legislador comunitario ya que, mientras que la Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción, limita la reducción que puede obtenerse a un máximo del 10%, el BALDC prevé que, si la solicitud de transacción se presenta antes de la notificación del PCH, el importe de la reducción podrá alcanzar el 15%, siendo de un máximo del 10% si se presenta posteriormente y hasta el cierre de la instrucción. Con ello, el BALDC pretende incentivar que las empresas reconozcan su responsabilidad en el ilícito en una fase inicial del expediente, lo cual puede ser más factible en el caso de infracciones “típicas” (por ejemplo, los cárteles y las prácticas que ya han sido reiteradamente declaradas como abusos de posición de dominio). Sin embargo, cuando el carácter ilícito de una conducta resulta menos claro —muchas prácticas tienen efectos pro y anticompetitivos, sin que sea fácil a priori determinar cuáles prevalecen—, parece excesivo exigir a la empresa, si quiere poder beneficiarse de una reducción superior al 10%, que tenga que renunciar a conocer, a través del PCH, los hechos que la DC considera relevantes y por qué considera que esos hechos suponen una infracción (teoría del daño).

18. Modificación del artículo 51.3 LDC. Procedimiento de resolución ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de los expedientes sancionadores.

El BALDC modifica ligeramente la redacción del apartado relativo a las vistas ante el Consejo de la CNMC, precisando que la podrá acordar *“previa solicitud de los interesados o cuando lo considere adecuado para examen y enjuiciamiento del objeto del expediente.”*

La modificación, en sí misma no aporta mucho. En la práctica, lo importante es que el Consejo acuerde la celebración de vistas cuando lo soliciten los interesados, una petición que se viene reiterando desde hace varios años, para dotar de mayor inmediación al proceso de adopción de las resoluciones del Consejo.

19. Modificación del artículo 52 LDC. Terminación convencional.

El BALDC introduce dos modificaciones en la regulación de la terminación convencional:

- Por una parte, aclara que en esta forma de terminación de los procedimientos sancionadores no es necesario que se produzca una declaración sobre la acreditación de la infracción en dicha resolución ni, consiguientemente, se imponga una sanción, lo que diferencia la terminación convencional del nuevo procedimiento de transacciones. De hecho, en las terminaciones convencionales no debería haber declaración de práctica prohibida. Por eso proponemos sustituir la expresión *“sin necesidad de que se produzca una declaración sobre la acreditación de la infracción en dicha resolución ni, consiguientemente, se imponga una sanción...”* por *“sin declarar acreditada la infracción en dicha resolución ni, consiguientemente, imponer una sanción...”*.
- Por otra parte, sustituye la referencia que contiene la actual redacción del artículo 52.3 a que no podrá acordarse una vez elevado el informe propuesta, por el momento de cierre de la instrucción. Ello supone adelantar ligeramente el momento hasta el que se puede pedir la terminación convencional, y dar más trascendencia al acuerdo de cierre de instrucción, un trámite cuyo acaecimiento los interesados tienen menos posibilidades de prever que la elevación de la propuesta de resolución.

20. Modificación del artículo 53.1 LDC. Resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En relación con las resoluciones que puede adoptar la CNMC en caso de no considerar que ha quedado acreditada una infracción, la BALDC introduce una distinción entre los casos en los que únicamente sea de aplicación la LDC, en cuyo caso podrá declarar que no resulta acreditada la existencia de una práctica prohibida, de los casos en los que se apliquen los artículos 101 o 102 TFUE, en los que se tiene que limitar a declarar *“no disponer de información que acredite que se reúnen las condiciones para declarar una conducta prohibida por los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”*, para no prejuzgar la posibilidad de que la Comisión Europea u otra Autoridad Nacional de la Competencia pueda considerar que esos mismos hechos sí constituyen una infracción.

Resulta llamativo que las decisiones firmes de la CNMC y otras Autoridades Nacionales de la Competencia de los Estados Miembros, cuando declaren la existencia de prácticas prohibidas, se tengan que considerar como prueba irrefutable de una infracción incluso para los órganos jurisdiccionales de los demás Estados miembros² y que, sin embargo, no se permita que esas mismas autoridades adopten una decisión declarando la inexistencia de una infracción. Esta es, sin embargo, la posición que mantuvo el TJUE en su Sentencia *Tele2 Polska*³, al interpretar literalmente el artículo 5, último inciso, del Reglamento EU 1/2003.

21. Nuevo apartado 7 del artículo 55 LDC. Notificación de concentración económica.

Este nuevo apartado prevé que las concentraciones notificadas en otro Estado miembro de la Unión Europea que se tengan que notificar en España, se “*comunicarán por escrito*” a la CNMC en el plazo máximo de 5 días desde la presentación de la primera notificación; en caso de no hacerlo, la notificación que se realice a la CNMC no se beneficiará del silencio positivo previsto en el artículo 38 LDC.

Esta disposición es criticable en varios aspectos. En primer lugar, no se ve por qué es necesaria esta comunicación escrita, si la operación va a tener en todo caso que ser notificada ante la CNMC. En segundo lugar, tampoco se entiende la fijación de un plazo tan corto, dado que el artículo 9 de la LDC no prevé un plazo para notificar las operaciones de concentración, sino únicamente la obligación de suspender su ejecución hasta su aprobación. En tercer lugar, porque no se ve la correlación ni la proporcionalidad entre el retraso en esa comunicación y la retirada del silencio positivo, pues el plazo para resolver comienza a correr a partir de la notificación de la concentración y no en un momento anterior a la misma.

22. Modificación del artículo 58.3 LDC. Instrucción y resolución en la segunda fase.

El BALDC aplica un régimen similar a las vistas en la segunda fase de los procedimientos de concentración económica que el propuesto en el artículo 51.3 para los expedientes sancionadores. Sin embargo, mientras que en los expedientes sancionadores cualquier interesado —y no sólo los incoados— puede solicitar la celebración de vista, el artículo 58.3 LDC limita esta posibilidad a los notificantes, sin que quede clara la razón de esta diferencia.

23. Modificación del artículo 62 LDC. Infracciones.

El BALD introduce las siguientes modificaciones en la calificación de las infracciones a la LDC:

- El suministro a la CNMC de información incompleta, incorrecta, engañosa o falsa; no someterse a una inspección debidamente ordenada; obstruir la labor de los inspectores de la CNMC; y romper los precintos colocados durante una inspección, dejan de ser infracciones leves y pasan a ser consideradas infracciones graves.

² Artículo 9.1 de la Directiva 2014/104, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de mayo de 2011, asunto C-375/09, ECLI:EU:C:2011:270.

- Todas las infracciones a los artículos 1 LDC y 101 TFUE, y 2 LDC y 102 TFUE, pasan a ser consideradas infracciones muy graves.

Sólo esta segunda modificación venía propiamente exigida por aplicación de la Directiva ECN+.

24. Modificación del artículo 63 LDC. Sanciones.

El BALD también introduce diversas modificaciones en el régimen de aplicación de las sanciones que pueden suponer un incremento muy significativo en el nivel de las multas que actualmente está imponiendo la CNMC:

- En su apartado primero, el BALDC afirma que las multas impuestas en ese artículo se aplicarán *“por cada una de las infracciones declaradas”*.

Este nuevo inciso, que no deriva de ninguna obligación impuesta por la Directiva ECN+ puede suponer que, cuando en una misma resolución la CNMC declare que una empresa ha cometido más de una infracción vinculadas pero que no constituyan una infracción única, se puedan llegar a imponer multas que, en su conjunto, superen el 10% de su volumen de negocios mundial, multiplicando así el importe total de las multas que la CNMC puede imponer actualmente en aplicación de la LDC. Esta regulación no viene exigida por la Directiva ECN+ ni tiene equivalente en el Reglamento 1/2003. Parece por ello necesario suprimir o matizar este nuevo inciso.

- De conformidad con la Directiva ECN+, se establece que las multas se calcularán sobre el volumen total de negocios *“mundial”* de la empresa infractora. Esta modificación puede incrementar sustancialmente el volumen de las multas impuestas por la CNMC.
- Valoramos en cambio positivamente la aclaración que introduce la BALDC en relación con las multas impuestas a las asociaciones: para calcular su volumen de negocios, habrá que restar del volumen de negocios mundial de sus miembros el correspondiente a las empresas que han sido sancionadas en ese mismo expediente.
- El importe máximo de las multas que se pueden imponer a los directivos y a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, se incrementa muy sustancialmente desde los €60.000 a los €400.000. No se comprende bien por qué, en relación con estos últimos, el BALDC ha suprimido la exclusión respecto de los que no hubiesen asistido a la reunión, y en especial respecto de aquellos que hubieran votado en contra o salvado su voto.
- El BALDC también eleva sustancialmente el importe de las multas máximas que puede imponer la CNMC cuando sea imposible delimitar el volumen de negocios del infractor. En el caso de las infracciones muy graves, se ha al fijado el importe máximo de la sanción (€50 millones), corrigiendo así una anomalía en la actual redacción del artículo 63.3.c), que preveía únicamente el mínimo de la infracción que podría imponerse (€10 millones).

Se echa de menos que el BALDC no haya aprovechado la revisión del régimen de multas para encontrar una redacción que permita superar las dificultades que causó la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, que obligó a la CNMC a abandonar una metodología de cálculo

similar a la aplicada por la Comisión Europea. Con ello se ganaría en previsibilidad y coherencia del sistema de persecución de las infracciones de la competencia.

25. Modificación del artículo 64 LDC. Criterios para la determinación del importe de las sanciones.

El BALDC ha modificado la redacción de este artículo, para incluir en su último inciso como atenuante la colaboración activa fuera, no sólo del programa de clemencia, sino también del nuevo procedimiento de transacción.

Creemos que, además, debería explicitarse la previsión contenida en el artículo 14.2 de la Directiva ECN+, de que la CNMC tome en cuenta, al determinar el importe de la multa, toda indemnización abonada como resultado de un acuerdo extrajudicial. Se trata de una previsión más concreta, y con un alcance potencialmente mayor, que la atenuante actualmente prevista en la LDC, que se refiere genéricamente a la realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado.

26. Modificación de los artículos 65 y 66 LDC. Exención del pago de la multa y reducción de su importe.

En relación con el régimen de clemencia, el BALDC introduce expresamente dos novedades que valoramos positivamente:

- Por una parte, se aproxima la regulación del régimen de clemencia al aplicado por la Comisión Europea, al preverse expresamente que el solicitante de exención podrá obtener un indicador que reserve el puesto (*marker*). También se positiviza el principio de que, para el cálculo de la multa que les vaya a ser impuesta a quienes obtengan una reducción, la CNMC debe excluir los hechos adicionales que hayan sido probados por la aportación de ese solicitante de clemencia.
- El BALDC positiviza también su práctica actual de que quienes se benefician del régimen de clemencia quedan exentos de la prohibición de contratar prevista en el artículo 71 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. La exención es automática para quienes obtengan la exención del pago de multas. Sin embargo, en el caso de quienes obtengan sólo una reducción, el artículo 66.4 del BALDC prevé únicamente que “*podrá*” quedar excluido de la prohibición de contratar.

27. Modificación del artículo 67 LDC. Multas coercitivas.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 16 de la Directiva ECN+, el importe de las multas coercitivas se determinará en proporción al volumen de negocio total mundial diario medio de las empresas o de las asociaciones de empresas del ejercicio anterior. El BALDC propone un porcentaje máximo del 5 por ciento. Ello puede suponer un drástico incremento de las multas coercitivas, cuyo tope actual es de €12.000 diarios.

El BALDC introduce la posibilidad de imponer multa coercitiva por el incumplimiento de acudir a las entrevistas que prevé el nuevo artículo 39 LDC. La multa coercitiva se impondría sobre la entidad a la que preste servicios la persona física convocada, o a la propia persona física en el caso de que haya dejado de tener relación con dicha entidad. En este caso, la multa coercitiva será de hasta €5.000 euros diarios. Valoramos positivamente que BALDC aclare que la CNMC no podrá imponer o exigir multas coercitivas durante la tramitación de un procedimiento sancionador por los mismos hechos ante una Autoridad Nacional de otro Estado miembro o ante la Comisión Europea.

28. Modificación del artículo 68 LDC. Prescripción de las infracciones y de las sanciones.

El BALDC endurece, a nuestro juicio en algunos aspectos injustificadamente, el régimen de prescripción de las infracciones.

En aras a una mayor seguridad jurídica, creemos que sería necesario sustituir la referencia a que la prescripción se interrumpe *“por cualquier acto de la Administración tendente al cumplimiento de la ley”* por la mención a que dicha interrupción la produce *“la primera medida de investigación formal”*, que utiliza la Directiva ENC+ en su artículo 29.1.

También nos parece criticable que se haya suprimido la exigencia de que, para que se produzca la prescripción, sea necesario que el interesado haya tenido *“conocimiento formal”* de la actuación de la Administración. De hecho, el artículo 29.1 de la Directiva ECN+ prevé que, para que se produzca la prescripción, es necesario que al menos una de las empresas objeto del procedimiento haya sido notificada de la primera medida de investigación formal.

En efecto, el BALDC incorpora de la Directiva ECN+ el novedoso principio de que la prescripción se interrumpirá para todos los sujetos que hayan participado en la infracción, desde el momento en que al menos uno de ellos tenga conocimiento formal del acto que motiva la interrupción, aunque en este caso sí se exige que esta circunstancia sea notificada al resto de los sujetos. Convendría precisar que, para que se produzca dicha prescripción, tanto los hechos como la infracción deberían ser los mismos.

También es novedosa la interrupción de la prescripción por actuaciones de las Autoridades de la Competencia de las Comunidades Autónomas, de las de otros Estados miembros o de la Comisión, aunque en este caso solo se produce durante la tramitación del procedimiento sancionador por los mismos hechos.

Además, dado que el BALDC amplía significativamente los supuestos en que se interrumpe la prescripción, creemos que sería también necesario regular, al menos con la misma precisión, cuándo finaliza dicha interrupción.

29. Modificación del artículo 74.2 LDC. Plazo para el ejercicio de las acciones de daños.

En relación con el plazo para ejercer las acciones de daños derivados de una infracción al Derecho de la competencia, se ha modificado ligeramente la redacción de uno de los supuestos a partir del cual comienza a contar dicho plazo, al precisarse que basta con que el demandante haya podido tener conocimiento del *“hecho de que dicha infracción le ocasionó un perjuicio”*,

que es una expresión más precisa al *“perjuicio ocasionado por la citada infracción”* que podría interpretarse como que tuvo que tener conocimiento del importe de dicho perjuicio.

30. Modificación de las Disposiciones adicionales y finales

El párrafo 1 de la Disposición adicional primera debiera referirse también a los procedimientos de aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE, para los que son igualmente competentes los juzgados mercantiles.

El apartado 2 de la misma DA, que traspone el artículo 28 de la Directiva, nos resulta de difícil comprensión. Cuando la CNMC requiera la colaboración de otra ANC para, por ejemplo, notificar un PCH a una empresa establecida fuera de España, la impugnación judicial de dicha medida y del PCH corresponde al ordenamiento español. ¿No sería más acorde con el carácter administrativo del procedimiento que cualquier recurso se sustancie, como en procedimientos puramente nacionales, ante la jurisdicción contencioso-administrativa (AN y TS), en lugar de ante los juzgados mercantiles, que parecen mal preparados para revisar la legalidad de tales actos?

No tenemos más comentarios a las modificaciones propuestas.

Madrid, a 15 de septiembre de 2020