



www.aedc.es

OBSERVACIONES DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PARA LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA (AEDC)¹ AL BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 15/2007, DE 3 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA²

Artículo del borrador de APL ³	Valoración de la reforma de la LDC propuesta por el borrador de APL	Sugerencias de cambios respecto al texto propuesto en el borrador de APL ⁴
AU – Apdo. 1 Art. 8.1.b) LDC: umbrales de notificación de concentraciones	La inclusión en el APL de una excepción a la obligación de notificación cuando se cumple el umbral de volumen de negocios, siempre que las empresas afectadas no alcancen una cuota de mercado conjunto del 15% en el mismo mercado nos parece positiva ⁵ . Aligera las cargas administrativas en	Artículo 8 LDC: <i>1. El procedimiento de control previsto en la presente ley se aplicará a las concentraciones económicas cuando concurra al menos una de las dos circunstancias siguientes:</i>

¹¹ Las presentes alegaciones han sido elaboradas por un grupo de trabajo compuesto por los siguientes miembros de la AEDC: Patricia Vidal, Isabel Martínez, Joaquín Hervada, Iliana Núñez, Eduardo Crespo, Jokin Beltrán, Tomás Arranz, Irene Moreno-Tapia, Andrea Díez de Uré, Iñigo Igartua, Alberto Escudero, Jaime Rodríguez y Gerard Pérez Olmo. El contenido de este documento no tiene porqué reflejar la opinión de todos y cada uno de los cerca de 200 miembros de nuestra asociación, si bien se han intentado plasmar valoraciones y propuestas que generan un importante consenso en el seno de la misma.

² En adelante, la LDC.

³ APL: Anteproyecto de Ley

⁴ Marcamos en ***negrita, cursiva y subrayado*** nuestras sugerencias de cambios a insertar en el borrador de APL. Marcamos en **rojo** aquellas partes que sugerimos sean eliminadas del borrador de APL.

⁵ Si bien algunos asociados han expresado su oposición a este cambio, no derivado de la Directiva ECN +.

<p>operaciones que a priori no plantean problemas de competencia.</p> <p>No obstante, someter esta excepción, a su vez, al cumplimiento de otro umbral de cuota de mercado paralelo (que las empresas obligadas a notificar no tengan en ningún otro mercado una cuota igual o superior al 50% en España) no nos parece acertado.</p> <p><i>Primero</i>, porque introduce otro umbral de cuota de mercado que siempre genera más incertidumbre que un dato de volumen de ventas o activos, ya que no siempre existen definiciones de mercado o es sencillo realizarlas.</p> <p><i>Segundo</i>, y más importante, porque el umbral del 50% se establece en relación con cualquier mercado de producto, esté o no directa o indirectamente relacionado con el mercado afectado principal por la operación. Ello exigiría estimar cuotas de mercados en todos y cada uno de los mercados en los que operan las empresas afectadas, lo que genera una carga para el administrado desproporcionada y, además, puede hacer perder la función prevista para la exención al dar lugar a la notificación de operaciones irrelevantes desde el punto de vista del control de concentraciones; piénsese en operaciones comunes como es la adquisición de empresas por parte de fondos o <i>private equity</i> que operan en muy diversos mercados a través de un haz de empresas controladas muy diversas (producción de leche y energía eólica no tienen nada que ver, por ejemplo).</p> <p>Por ello se sugiere, preferentemente, eliminar este requisito (opción que genera mayor consenso dentro de nuestra asociación) o, subsidiariamente, de mantenerse, que se acote a</p>	<p>(...)</p> <p>b) <i>Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.</i></p> <p><u>[OPCIÓN 1) - PREFERENTE A LA OPCIÓN 2)]:</u></p> <p><i>Quedan exentas del procedimiento de control todas aquellas concentraciones económicas en las que, aun cumpliendo lo establecido en esta letra b), 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.</i></p> <p><u>[OPCIÓN 2) - SUBSIDIARIA A LA OPCIÓN 2)]:</u></p> <p><i>Quedan exentas del procedimiento de control todas aquellas concentraciones económicas en las que, aun cumpliendo lo establecido en esta letra b), 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</i></p>
--	---

	mercados con solapamiento vertical o mercados vecinos o conexos en los que puedan producirse efectos conglomerales.	<i>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 <u>pero se trate de mercados conexos o verticalmente relacionados.</u></i>
AU - Apdo. 2 Art. 9 LDC: obligación de notificación y suspensión de la ejecución	Nos parece muy acertado el ajuste que se propone, que evita una distinción de trato en la excepción de ejecución de la operación entre las operaciones que involucran empresas cotizadas en las bolsas españolas y en bolsas o mercados extranjeros.	No se proponen modificaciones.
AU - Apdo. 3 Art. 18 LDC: Colaboración CNMC y autoridades de competencia de otros EE.MM y la CE	<p>El apartado 1) se ajusta a lo previsto a la Directiva ECN+ y se ha incluido una referencia a la obligación de someter el intercambio a la normativa europea (que incluye los límites establecidos en el art. 12 del Reglamento 1/2003). Se sugiere no obstante especificar que la asistencia que preste la CNMC en el marco de las funciones establecidas en esta disposición se realizarán de conformidad con los procedimientos que rigen la legislación española (a ello se refiere la Directiva, pero sería conveniente recogerlo expresamente).</p> <p>En el apartado 2, se sugiere establecer que el intercambio de información solo puede tener lugar si (i) la CNMC es competente o puede ser competente para conocer de la operación de concentración; (ii) se garantiza por parte de la autoridad receptora un tratamiento de la información frente a terceros con, al menos, el mismo nivel de confidencialidad que</p>	<p>Artículo 18 LDC:</p> <p>1. <i>La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, al objeto de aplicar los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el ejercicio de su facultad de colaboración con Autoridades Nacionales de Competencia de otros Estados miembros y con la Comisión Europea, podrá:</i></p> <p>a) <i>Intercambiar con la Comisión Europea y con las Autoridades Nacionales de Competencia de otros Estados miembros y utilizar como medio de prueba todo elemento de hecho o de derecho, incluida la información confidencial, en los términos previstos en la normativa europea.</i></p> <p>(....)</p> <p><u>Las notificaciones y actuaciones realizadas por la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en virtud del presente apartado se regirán por la</u></p>

	<p>se aplicaría a esa misma información en el Estado miembro remitente de la información; y (iii) se garantiza que la información así intercambiada solo puede emplearse al objeto de tramitar expedientes de control de concentraciones. Lo mismo sucedería en el caso de que la autoridad remitente o receptora de la información sea la Comisión Europea.</p>	<p><u>legislación española aplicable a los actos de la propia Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.</u></p> <p>2. <i>La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el ejercicio de sus funciones de control de concentraciones en operaciones que hayan sido notificadas en otros Estados miembros o ante la Comisión Europea o sean susceptible de serlo, y previa autorización expresa de las partes, podrá <u>en relación con operaciones de concentración notificadas en España o que puedan ser susceptibles de notificarse en España,</u> intercambiar con la Comisión Europea y con las Autoridades Nacionales de Competencia de otros Estados miembros, y utilizar como medio de prueba <u>en el procedimiento de control de concentraciones,</u> todo elemento de hecho o de derecho, incluida la información confidencial, <u>siempre y cuando se garantice que la información será tratada frente a terceros con el mismo grado de confidencialidad y salvaguardas que el que rige el procedimiento análogo de control de concentraciones de la autoridad remitente de la información.</u></i></p>
<p>AU - Apdo.4</p> <p>Art. 36 LDC: Plazo máximo de los procedimientos</p>	<p>1. <u>En el ámbito de control de concentraciones</u>, nos parece muy acertado que: (i) se establezca un plazo máximo para resolver las consultas de concentraciones (apdo. 8); (ii) se acote y reduzca el plazo para resolver las operaciones notificadas por procedimiento simplificado cuando se ha pre-notificado la operación (apdo. 2.c).</p> <p>No nos parece tampoco irrazonable que se amplíe en un mes el plazo en investigaciones en segunda fase, si bien en tal caso, se sugeriría, al igual que sucede en el ámbito de la UE, que no se establezca automáticamente la suspensión del plazo de</p>	<p>Artículo 36 LDC:</p> <p>1. <i>El plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de <u>dieciocho meses</u> a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo, <u>sin perjuicio de las ampliaciones de plazo excepcionales que puedan acordarse cuando sea preciso conforme a lo dispuesto en el artículo 37, o de veinticuatro meses a contar desde la fecha de inicio de una investigación reservada, si es que éstas diesen lugar posteriormente a la incoación de un procedimiento sancionador,</u> y su distribución entre las</i></p>

	<p>resolución en casos de requerimientos de información (vid. comentarios a la propuesta de modificación del artículo 37 del APL).</p> <p>2. <u>En el ámbito de procedimientos sancionadores</u>, la ampliación del plazo máximo de resolución a 24 meses:</p> <ul style="list-style-type: none">- Nos parece <u>excesiva si, en paralelo, no se introducen plazos máximos razonablemente cortos y afectos a caducidad para tramitar las diligencias de diligencias preliminares</u> (información reservada) -que deberían dar lugar a la incoación o cierre del expediente con brevedad, en función de que se aprecie o no la existencia de indicios razonables de infracción. Existen casos sin actuación relevante de la CNMC (conocida al menos) que llevan varios años de diligencias previas, con algún requerimiento de información puntual, pero sin actividad aparente y sin cierre formal del procedimiento ni tampoco imputación formal. Si además se amplía el plazo máximo para resolver, debe acotarse el plazo de las diligencias previas y que éstas no se conviertan adicionalmente en una instrucción paralela que amplía los plazos y además no salvaguarda plenamente los derechos de las partes (no se tiene acceso al expediente ni tampoco a las denuncias).- Si finalmente se considerase mantener el plazo de 24 meses, debería en todo caso establecerse un plazo máximo para la fase de investigación reservada, además de garantizar en esta fase unos mínimos derechos de defensa (por ejemplo, tener conocimiento íntegro de las denuncias que se interpongan y que motiven requerimientos de información, tal y como viene	<p><i>fases de instrucción, <u>incluyendo la fase de diligencias preliminares</u>, y resolución se fijará reglamentariamente.</i></p> <p>Artículo 49.2 LDC:</p> <p><i>2. <u>Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación podrá realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador. <u>Durante el desarrollo de dicha información reservada, se respetarán plenamente los derechos de defensa de las empresas investigadas, especialmente en casos de inspecciones domiciliarias, requerimientos de información o entrevistas a representantes de empresas, garantizándose en el caso de iniciarse esta fase tras la interposición de una denuncia el traslado de una versión no confidencial de la misma al denunciado si se le requiere para que responda a requerimientos de información, realización de entrevistas o la realización de otras actuaciones de investigación que requieran por su parte la aportación de información.</u></u></i></p>
--	--	---

	<p>exigido por nuestro Tribunal Supremo). En este sentido se propone modificar también el artículo 49 de la LDC.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Por otra parte, la existencia de plazos razonables en procedimientos sancionadores como los actuales es una de las grandes virtudes de la LDC, que aporta seguridad jurídica a las partes y evita dilaciones innecesarias. Es comprensible y se comparte con la propuesta, que deba ampliarse este plazo en los casos más complejos, <u>pero no con carácter generalizado. A estos efectos, la ampliación de plazo para estos procedimientos más concretos podría alcanzarse a través de los supuestos de suspensión y ampliación razonable y razonada de los plazos, de conformidad con lo previsto en el artículo 37 de la LDC (ver comentarios <i>infra</i>).</u> - Por último, si se ampliase los plazos de resolución a 24 meses, debería garantizarse a priori que solo en casos excepcionales se deniegan “por falta de plazo” las solicitudes de ampliación de plazo que puedan realizar las partes para presentar alegaciones a pliegos de concreción de hechos, propuestas de resolución o requerimientos de información. 	
<p>AU – Apdo. 5</p> <p>Art. 37 LDC: Supuestos de ampliación de los plazos y suspensión de su cómputo</p>	<p>El Apdo. 5 del borrador APL viene a proponer una serie de modificaciones al artículo 37 de la vigente LDC relativa a los supuestos de ampliación de los plazos y suspensión de su cómputo.</p>	<p>Artículo 37 LDC:</p> <p><u>2 bis. Sin perjuicio de lo establecido en los dos apartados anteriores, la Dirección de Competencia acordará la suspensión del transcurso de los plazos máximos previstos legalmente para resolver cualquier</u></p>

Además de una serie de cambios menores, la reforma propuesta supondría la modificación del actual apartado 2 d) y la introducción de un nuevo apartado 2 e).

En línea con lo indicado en relación al Apdo. 4 del borrador de APL, las propuestas de modificación al artículo 37 de la vigente LDC, aunque no vienen expresamente previstas en la Directiva ECN+, traen causa directa de lo dispuesto en el apartado 3.3. de la mencionada Directiva.

En este sentido, desde la AEDC se considera acertado la introducción de las modificaciones propuestas pues, en suma, su objeto no es otro que adaptar nuestra vigente LDC a la realidad de los posibles acuerdos de terminación convencional previstos en el artículo 52 LDC (que en vez de facultarse la posible suspensión, la propuesta es que se suspenda automáticamente) y a las solicitudes de transacción.

No obstante lo anterior, a nuestro modo de ver y a pesar de que es cierto que, tal y como ya se ha indicado, el Apdo. 4 del borrador APL propone la ampliación de los plazos máximos de resolución de los expedientes, ello no es incompatible con que también se prevean nuevos supuestos de suspensión del transcurso de los citados plazos máximos de resolución para aquellos supuestos en los que, por la complejidad de las cuestiones objeto de análisis, se entienda resulte conveniente.

Se sugiere que se establezca expresamente que las suspensiones de plazo deben motivarse adecuadamente y también se sometan a un plazo máximo, que se ha propuesto tentativamente de seis meses. También se sugiere que la suspensión pueda acordarse a solicitud de las partes del procedimiento cuando la complejidad del caso lo requiera y sea

procedimiento sancionador por un máximo de hasta [seis] meses en los siguientes supuestos:

- a) A petición de cualquiera de las partes interesadas o a iniciativa de la Dirección de Competencia, siempre que ninguna de las otras partes interesadas se oponga a esta suspensión dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la propuesta de suspensión.**

- b) A petición de cualquiera de las partes interesadas, siempre que no se opongan la mitad de las empresas imputadas o investigadas dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la propuesta de suspensión.**

2.ter. La solicitud de suspensión de plazo por los interesados o la propuesta de suspensión realizada por la Dirección de Competencia que se contempla en el apartado anterior deberá estar motivada y estar vinculada con alguna de las siguientes circunstancias: (i) la complejidad de las cuestiones objeto de análisis, (ii) la existencia de un gran número de empresas investigadas, o (iii) la necesidad de preparación de análisis económicos o periciales complejos.

	<p>adecuado para garantizar un análisis en profundidad del caso y aportar las pruebas complementarias que sean precisas sin necesidad de apurar los plazos.</p>	
<p>AU – Apdo. 6</p> <p>Art. 38 LDC: Efectos del silencio administrativo</p>	<p><u>Plazos en el ámbito del procedimiento de control de concentraciones</u></p> <p>El Apdo. 6 del borrador APL viene a introducir -a modo de sanción o consecuencia negativa a los derechos de las partes- una nueva excepción a los supuestos de autorización tácita de una concentración por silencio administrativo. En concreto, se refiere al artículo 55.7 según se propone modificar en el APL, que exige a las partes de una concentración notificada en otros EE.MM deba, en el plazo improrrogable de cinco días desde que se presenta la primera notificación en dichos EE.MM., informar por escrito a la CNMC de que se han realizado dichas notificaciones. En caso de no realizarse esta comunicación las partes notificantes no podrían beneficiarse de la autorización tácita de las concentraciones notificadas en España si se exceden los plazos máximos de resolución.</p> <p>Esta previsión no parece cumplir un requisito de proporcionalidad entre la obligación supuestamente incumplida (informar en cinco días desde la notificación en un EE.MM) y el supuesto daño que puede causarse al procedimiento español:</p> <ul style="list-style-type: none"> - De hecho, la legislación española no exige que las notificaciones se realicen en plazos concretos, salvo en los casos excepcionales previstos en el artículo 9 de la LDC, siempre que no se ejecuten antes de ser notificadas y autorizadas. Por lo tanto, una empresa 	<p>Artículo 38 LDC:</p> <p><i>1. El transcurso del plazo máximo de dieciocho o veinticuatro meses, según sea el caso, establecido en el apartado primero del artículo 36 para resolver el procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas determinará la caducidad del procedimiento.</i></p> <p><i>2. El transcurso del plazo máximo establecido en el artículo 36.2.a) de esta Ley para la resolución en primera fase de control de concentraciones determinará la estimación de la correspondiente solicitud por silencio administrativo, salvo en los casos previstos en los artículos 9.5, 55.5, 55.7 y 57.2.d) de la presente Ley.</i></p> <p><i>3. El transcurso del plazo máximo establecido en el artículo 36.2.b) de esta Ley para la resolución en segunda fase de control de concentraciones determinará la autorización de la concentración por silencio administrativo, salvo en los casos previstos en los artículos 9.5, 55.5, 55.7 y 57.2.d) de la presente Ley.</i></p>

	<p>puede legítimamente priorizar en su calendario de notificaciones y análisis jurisdiccional (que puede ser extraordinariamente complejo en casos de multinacionales con múltiples jurisdicciones y mercados afectados) unas jurisdicciones frente a otras. El hecho de que se analice la obligación de notificación en España en un momento posterior al inicio del proceso de notificación en otros EE.MM de la UE es un derecho que ampara la Ley y no debería sancionarse o someterse a consecuencias negativas en el ámbito español en particular. Ninguna otra jurisdicción de la UE contempla una disposición similar. De hecho, ni siquiera lo exige la Comisión Europea (i.e., no se exige que se le informe en un plazo determinado desde la fecha de notificación en terceros países, con la consecuencia negativa de no quedar sus decisiones sometidas al plazo máximo de resolución).</p> <ul style="list-style-type: none">- De hecho, hasta que la parte notificante no ha realizado la notificación formal en España, la CNMC no puede iniciar contactos con las autoridades de otros EE.MM. para intercambiar información sobre la operación, de modo que no se entiende el perjuicio causado ni tampoco la gravedad de la consecuencia aparejada que se propone. Adicionalmente, la CNMC dispone de los datos (al menos las partes y los sectores afectados) de las operaciones notificadas en otros EE.MM. a través de la RAC.- Adviértase además que los umbrales de notificación en España son excepcionales, en comparación con el resto de EE.MM y la Comisión, dado que incluye umbrales de cuotas de mercado, lo que no es sencillo ni tampoco	
--	--	--

	<p>exacto de determinar en todos los casos. De hecho, puede darse el caso de que incluso la parte notificante esté convencida de que no se cumple dicho umbral y formule una consulta a la CNMC, sin que sea evidente que debe notificar la operación hasta que ésta resuelva la consulta. La dificultad para determinar en muchas ocasiones la cuota de mercado a efectos de concluir si una operación es o no notificable en España se acentuará notablemente tras la reforma propuesta en el APL, ya que incluso el umbral tradicional de volumen de negocios puede verse sometido a un umbral adicional (y por duplicado) de análisis de cuotas de mercado, y además, no sólo en los mercados directamente afectados por la concentración, sino también en todos los demás mercados en los que opera la entidad notificante (vid. los comentarios supra a la propuesta del APL de modificación del art. 8 LDC).</p> <ul style="list-style-type: none">- Por último, el deber de la autoridad de competencia de resolver en casos de concentraciones notificadas en España en los plazos legalmente establecidos nada tiene que ver con el calendario de notificaciones en el resto de Estados Miembros. Si antes de iniciar el proceso de notificación en un EE.MM. que puede, según la normativa nacional, estar supeditada a plazos máximos de notificación, la empresa notificante debe tener visibilidad absoluta de todas las jurisdicciones del mundo (o al menos las de la UE) en las que también debe notificarse la operación al objeto de poder informarlas en plazos tan breves como los que se plantean en el APL, ello conllevaría retrasos muy considerables en los procedimientos de notificación en	
--	---	--

	<p>otras jurisdicciones y en los plazos de ejecución de las operaciones -creando obstáculos injustificados a las transacciones comerciales- y a veces, puede conllevar que se incumplan plazos de notificación en otras jurisdicciones.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Coherentemente con las modificaciones que se proponen desde la AEDC al nuevo artículo 55.7 de la LDC (ver infra, Apdo. 22 del APL), se sugiere suprimir como motivo de excepción de la aplicación del silencio positivo no cumplir el plazo referido en el artículo 55.7 de la LDC. <p><u>Plazos en el ámbito de expedientes sancionadores</u></p> <p>Dado que el Apdo. 4 del borrador de APL (art. 37 LDC) propone ampliar el plazo máximo de resolución de 18 a 24 meses, también sería conveniente modificar por coherencia la mención a dicho plazo máximo realizada en el artículo 38.1, adaptándolo, en su caso, al nuevo plazo de 24 meses si finalmente se introduce.</p>	
<p>AU⁶ – Apdo. 7</p> <p>Art. 39 LDC: Deberes de colaboración e información</p>	<p>La facultad de requerir información a empresas y asociaciones está ya prevista en la normativa, sin que sea precisa una modificación sustancial de los textos vigentes.</p> <p>Sin perjuicio de ello, la Directiva ECN+ prevé la necesidad de que se trate información accesible para las empresas. En primer lugar, el texto propuesto puede generar inseguridad</p>	<p>Artículo 39 LDC:</p> <p><i>1. Toda persona física o jurídica y los órganos y organismos de cualquier Administración Pública quedan sujetos al deber de colaboración con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para la aplicación de esta ley, y están obligados a proporcionar a requerimiento de ésta y en plazo:</i></p>

⁶ AU: Artículo Único

jurídica en su aplicación al exigir la aportación de cualquier información “de que dispongan o a la que pudieran tener acceso” aun cuando se trate de información que normalmente no podrían acceder por estar sometida al control y posesión de otras entidades no destinatarias del requerimiento, o por tratarse de información que debe recabarse de terceros (por ejemplo, un estudio de mercado elaborado por un tercero, tipo consultora, se podría tener acceso al mismo, previo pago, pero puede que la empresa no disponga antes del requerimiento de esa información y no debería estar obligada a adquirirlo si la CNMC podría acceder a ella por otras vías) o por ejemplo, si se exige realizar cálculos y estimaciones y estudios con datos objetivos, procesamiento de datos, etc., de modo que se traslada al administrado parte de la función de instrucción de las autoridades de competencia, lo que excedería el ámbito de la Directiva y del principio de proporcionalidad a incluso del derecho de defensa si se trata de realizar estimaciones. Por ello, resultaría preferible una redacción más acorde con el texto de la Directiva y que acote con la mayor precisión posible la información que debe aportarse.

En segundo lugar, la redacción propuesta produce un exceso de carga administrativa para las empresas en la medida en que vengán a aportar información “contenida en los registros públicos” que, como tales, deberían ser consultados por la propia CNMC como órgano instructor y en consonancia también con el derecho a no aportar información que obre ya en poder de la Administración. Lógicamente si la empresa ya disponía de esa información con carácter previo no sería

a) toda clase de datos, documentos e informaciones ~~de que dispongan o a los que pudieran tener acceso~~, incluida la documentación e información en soporte informático o electrónico, bases de datos, o cualquier otra que se encuentre en los sistemas informáticos y dispositivos electrónicos utilizados por el sujeto obligado. **Lo anterior no incluye la obligación de recabar datos de terceros de los que no se disponía anteriormente o de elaborar y preparar información adicional de la que no se disponía o presentarla y reprocessarla en un formato distinto del que habitualmente emplea y conserva el sujeto obligado en la fecha de recibir el requerimiento salvo que estas tareas de reformato no entrañen una carga significativa y pueda realizarse en plazos razonables.**

b) el acceso a la información ~~en los registros públicos y a la información~~ relacionada con la contratación pública.

c) el acceso a aplicaciones, servicios informáticos o plataformas digitales, al objeto de verificar sus características y funcionamiento.

d) la información correspondiente a terceros que pudiera conservar o almacenar, en particular la existente en sistemas informáticos o plataformas digitales.

(...)

3. Los requerimientos de información no podrán obligar a los destinatarios de los mismos a admitir la comisión de una infracción ~~de la normativa de competencia~~, **habrán de estar motivados, ser proporcionados al fin perseguido y referirse a información de que disponga el sujeto obligado con carácter previo al requerimiento o información a la que tenga acceso en el curso ordinario de su actividad. Los requerimientos expondrán de forma detallada y concreta el contenido de la información solicitada,**

	<p>desproporcionado solicitar que la facilite si se encuentra a su disposición.</p> <p>En tercer lugar, la redacción propuesta en el APL puede entrar en conflicto con otros derechos, incluso fundamentales, en la medida en que exige conceder acceso a aplicaciones, servicios o plataformas y, en general, a información correspondiente a terceros de la que no es titular la entidad inspeccionada. Por ello, la salvaguarda contenida en el texto y referida a la necesidad de recabar autorización judicial cuando la naturaleza de la información lo requiera (apartado d del artículo 39) debería hacerse extensible a todos los supuestos previstos en el artículo.</p> <p>También prevé la Directiva ECN+ que los requerimientos sean proporcionados al fin perseguido y se otorgue a las empresas un plazo determinado y razonable para proporcionar la información, cuestiones que se sugiere queden suficientemente claras en el texto propuesto. Se recomienda también que de forma expresa se deje constancia algo que ya viene indicado en el procedimiento administrativo ordinario cuando se trata de entidades extranjeras si es que reciben los requerimientos en un idioma distinto del idioma oficial del domicilio social de la entidad obligada.</p>	<p><u>especificando de manera justificada la función para cuyo desarrollo es precisa tal información y el uso que pretende hacerse de la misma.</u></p> <p><u>4. El plazo para responder a los requerimientos Dicho plazo será razonable, será con carácter general de 10 días salvo que se trate de entidades extranjeras que precisen de un mayor plazo para traducir los requerimientos y las respuestas o por la naturaleza de lo solicitado o las circunstancias del caso requieran que se fije por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de forma motivada un plazo diferente.</u></p> <p>(...)</p>
--	--	--

<p>AU – Apdo. 8</p> <p>Art. 39 bis LDC: Entrevistas</p>	<p>La figura de las entrevistas previstas en la Directiva <i>ECN+</i> es un mecanismo que no está regulado en nuestra legislación de forma expresa.</p> <p>A la vista del texto propuesto y en atención a lo previsto en la Directiva, es necesario reforzar la regulación de las condiciones de dichas convocatorias, garantizando la protección de derechos elementales de defensa de los entrevistados incluyendo la asistencia letrada o la citación útil con la información precisa para conocer el objeto de la entrevista y de los hechos que están siendo objeto de investigación, que ésta se acote a los aspectos sobre los que existe ya previamente un indicio de infracción y sean, por tanto relevantes al objeto de la investigación (sería de aplicación a las entrevistas de forma análoga a las inspecciones domiciliarias la prohibición de las “expediciones de pesca”, como se conocen) y también debe respetarse en la citación un mínimo tiempo (citación con la debida antelación). Asimismo, debería preverse expresamente el derecho a obtener una copia del acta de la entrevista.</p> <p>También es necesario regular el valor probatorio de las actas que levante la autoridad dado que la redacción actual parece sugerir que hacen prueba incluso frente a otros elementos probatorios que puedan existir en el expediente.</p>	<p>Artículo 39 bis LDC:</p> <p>(...)</p> <p>2. <i>Las entrevistas no podrán obligar a los destinatarios de las mismas a admitir la comisión de una infracción de la normativa de competencia. <u>Las personas convocadas a una entrevista tendrán derecho a ser convocadas con la debida antelación, a conocer el objeto concreto de la entrevista y el objeto de la investigación sobre la que deben existir previamente indicios de infracción y a comparecer asistidas de abogado.</u></i></p> <p>(...)</p> <p>4. <i>Cuando la naturaleza de la actuación lo requiera, las entrevistas podrán ser grabadas y transcritas utilizando los medios materiales propios de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin que se permita el uso de grabadoras por el entrevistado. Asimismo, el personal encargado de la entrevista podrá levantar acta de la misma en la que quede constancia de su contenido. <u>El entrevistado tendrá derecho a una copia del acta, grabación o transcripción de la entrevista.</u></i></p> <p><i>Las grabaciones, transcripciones y actas extendidas tendrán naturaleza de documentos públicos y, <u>en ausencia de otras pruebas contradictorias,</u> harán prueba de los hechos que motiven su formalización.</i></p>
<p>AU – Apdo. 9</p> <p>Art. 40 LDC: Facultades de inspección</p>	<p>Para implementar correctamente la Directiva <i>ECN+</i> no creemos necesaria la introducción de nuevas disposiciones o la reforma de ya existentes.</p>	<p>Artículo 40 LDC:</p> <p>1. <i>La Dirección de Competencia podrá realizar todas las inspecciones necesarias, sin previo aviso, a las empresas y asociaciones de empresas, al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros</i></p>

	<p>La CNMC ya dispone de facultades legales para inspeccionar empresas y asociaciones sin previo aviso, obtener copias de documentos y archivos, precintar locales, acceder a medios de comunicación de la empresa (p.ej., teléfonos móviles) solicitar explicaciones a los empleados en el marco de las inspecciones y dotarse del auxilio policial en casos necesarios. La facultad de inspeccionar dependencias privadas, incluidos domicilios o vehículos particulares de directivos o personal de las empresas investigadas, está ya prevista en la normativa.</p> <p>El nuevo texto, en general, contempla las facultades ya existentes y las recoge si acaso con un mayor nivel de detalle, ampliando incluso en algunos casos el ámbito de las facultades previstas en la Directiva y que excede con creces las facultades de inspección de otras autoridades españolas.</p> <p>Sin embargo, el texto no recoge adecuadamente la obligación impuesta por la Directiva ECN+ de contar siempre y en todo caso con autorización judicial previa para el acceso a dependencias distintas de las de las empresas, incluyendo domicilios particulares. Se sugiere por ello incluir esta referencia de forma expresa en el artículo 40.2.b) del texto propuesto en el APL.</p> <p>El texto propuesto incluye otras cuestiones que convendría aclarar para evitar interpretaciones contrarias a los derechos de defensa. Por ejemplo:</p> <ul style="list-style-type: none">– Convendría explicitar que la finalidad de “verificación” de la participación de la entidad en una conducta infractora de la que se tienen indicios en general para un sector, no permite realizar “expediciones de pesca”, como se	<p><i>del personal de las empresas, así como a otros agentes del mercado que puedan estar en posesión de información que sea relevante, para la aplicación de esta ley.</i></p> <p><i>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 los indicios de los que ya se dispone con carácter previo sobre 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.</i></p> <p><i>A estos efectos la persona titular de la Dirección de Competencia dictará una orden de inspección que indicará los sujetos investigados, el objeto y la finalidad de la inspección, la fecha en que dará comienzo y hará referencia a las sanciones previstas en esta ley, para el caso de que las entidades o sujetos obligados no se sometan a las inspecciones u obstruyan por cualquier medio la labor de inspección, así como al derecho a recurrir contra la misma.</i></p> <p><i>2. Las actuaciones de inspección llevadas a cabo por la Dirección de Competencia podrán desarrollarse:</i></p> <ul style="list-style-type: none"><i>a) En cualquier despacho, oficina o dependencia de la entidad inspeccionada.</i><i>b) En el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas y en cualquier otro despacho, oficina, dependencia o lugar, cuando exista una sospecha razonable de que en los mismos puedan existir pruebas o</i>
--	--	--

	<p>conocen en la jurisprudencia, de modo que es preciso que existan indicios previos de la posible participación de la empresa inspeccionada en la conducta concreta que se está investigando (véase la sugerencia al respecto en la redacción del apdo. 1, segundo párrafo).</p> <ul style="list-style-type: none">- Debería dejarse constancia de que cabe aportar prueba en contrario de lo reflejado en las actas de inspección, que es un derecho básico de los inspeccionados.- No debería ampliarse la obligación genérica de someterse a la inspección para empresas que no son destinatarias de la orden de inspección, ya que ello sería equivalente a realizar una “expedición de pesca”. <p>El APL excede en este punto el ámbito de la Directiva, que se refiere a la obligación de someterse a la inspección a la “empresa” que es objeto de la investigación (art. 6.2), concepto que queda definido en la propia Directiva (art. 1. 10) por remisión al concepto de entidad que desarrolla una actividad económica en el sentido de los arts. 101 y 102 del TFUE.</p> <p>La jurisprudencia de los Tribunales de la UE, por su parte, ha venido definiendo el concepto de empresa como “unidad económica” formada por sociedades del mismo grupo respecto de las cuales existe una relación de dependencia y de influencia decisiva. Es un concepto que se aplica de modo vertical ascendente y que permite presumir que una sociedad matriz que ostenta casi el 100% de las acciones de la filial forma una unidad económica con esta última. En cambio, no cabe presumir que la matriz está “controlada” por la filial (i.e., no se</p>	<p><i>documentación relevante para los hechos objeto de inspección.</i></p> <p><u>Estas inspecciones en los domicilios particulares no se llevarán a cabo sin autorización judicial previa.</u></p> <p><i>c) En los propios locales de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, cuando los elementos sobre los que hayan de realizarse las actuaciones puedan ser examinados en ellos o para analizar y realizar búsquedas y seleccionar copias o extractos de documentos recabados en el curso de una inspección domiciliaria, <u>teniendo en tal caso el administrado derecho a comparecer asistido de abogado.</u></i></p> <p><i>3. El personal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia debidamente autorizado por la persona titular de la Dirección de Competencia tiene, en el ejercicio de sus funciones inspectoras, la consideración de autoridad pública y deberán acreditar su condición, si es requerido a ello, fuera de las oficinas públicas.</i></p> <p><i>Las autoridades públicas prestarán la protección y el auxilio necesario al personal inspector de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para el ejercicio de las funciones de inspección, incluso como medida preventiva, para superar una posible oposición por parte de aquellos sometidos a la inspección <u>si se hubiera obtenido la correspondiente autorización judicial de entrada.</u></i></p> <p><i>La persona titular de la Dirección de Competencia podrá designar a acompañantes autorizados con el objeto de que presten apoyo y asistencia al personal inspector para la práctica de la actuación inspectora.</i></p> <p><i>4. El personal encargado de la inspección levantará acta de sus actuaciones. Las actas extendidas tendrán naturaleza de documentos</i></p>
--	---	---

	<p>puede imputar a la filial por la conducta infractora de su matriz de control) ni tampoco que existe una unidad económica entre sociedades hermanas (no se puede imputar a una sociedad la infracción cometida por su sociedad hermana salvo que se acredite que la primera controla a la segunda y forman por ello parte de la misma unidad económica -ver as. TG <i>Aristrain</i>, por ejemplo).</p> <p>El APL, en cambio, propone que queden sometidas a la obligación de inspección cualesquiera entidades que formen parte del mismo “grupo empresarial”, incluyendo matrices, filiales y sociedades hermanas, a los efectos definidos en el art. 42 del CC.</p> <p>Este concepto es mucho más amplio que el de “unidad económica” y no puede presumirse que todas las sociedades que forman parte del mismo grupo de empresas estén sometidas al control de la entidad inspeccionada. De este modo, el APL otorga facultades exorbitantes a las autoridades de competencia, ya que permitiría realizar “inspecciones de pesca” en entidades que, aun formando parte del mismo grupo empresarial, no están siendo objeto de investigación ni existe sospecha contra ellas, y a pesar de que no pueden ser imputadas por la comisión de infracciones de las empresas investigadas. Por lo tanto, se recomienda reformular el ámbito de la propuesta y acotarlo como mucho a las entidades (normalmente filiales) sobre las que cabe presumir que forman parte de la misma unidad económica que la empresa objeto de la investigación.</p>	<p>públicos y harán, <u>en ausencia de otras pruebas contradictorias</u>, prueba de los hechos que motiven su formalización.</p> <p>5. El personal inspector de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia autorizado por la persona titular de la Dirección de Competencia, así como el personal designado para prestar apoyo y asistencia para la práctica de la actuación inspectora tendrá las siguientes facultades de inspección:</p> <p>(...)</p> <p>g) Los inspectores podrán requerir la comparecencia física del personal de las entidades inspeccionadas o de las personas investigadas <u>que no se encuentren de baja por razones de salud o vacaciones</u>, así como de la aportación de cualquier documentación que obre en poder de los mismos o de cualquier dispositivo electrónico utilizado por dicho personal. <u>Todo ello se entiende sin perjuicio de la posibilidad de acordar otros medios de comparecencia distintos y menos gravosos (por ejemplo, por medios telemáticos si el personal o la persona investigada se encuentra desplazada) o acordar entrevistas complementarias en la sede de la autoridad de competencia.</u></p> <p>6. Las entidades están obligadas a someterse a las inspecciones que haya ordenado la persona titular de la Dirección de Competencia. Dicha obligación comprenderá a matrices, filiales, o entidades empresas que formen parte <u>de la misma empresa entendida ésta como unidad económica controlada por la del mismo grupo empresarial de las empresa</u> inspeccionada s en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio. La negativa de la entidad inspeccionada a someterse a la inspección una vez notificada la correspondiente orden de inspección dará lugar a la incoación de un expediente sancionador como infracción</p>
--	---	--

	<ul style="list-style-type: none"> - No debería preverse la incoación automática de un expediente sancionador incluso en ejercicio del derecho constitucional de inviolabilidad de domicilio sin que medie una autorización judicial. Lo mismo cabría decir de la propuesta que se contiene en el APL de considerar tal negativa como agravante de la eventual sanción. De hecho, el artículo 6 de la Directiva solo prevé la intervención de la autoridad policial para forzar la inspección si la empresa deniega el acceso a la entrada habiéndose obtenido auto judicial. - Por otra parte, solo debería quedar sometida a la inspección el personal empleado por la compañía investigada o prestadores de servicios sometidos a las instrucciones de la empresa que por razón de los servicios prestados sea necesaria su presencia (por ejemplo, proveedores de servicios informáticos que asisten regularmente a la compañía). Solo debería requerirse su presencia en las instalaciones inspeccionadas si están “en activo”, esto es, no están de baja por los motivos que sea o no están disfrutando de vacaciones (no se puede obligar a un empleado conforme al derecho laboral aplicable a interrumpir las vacaciones -imaginemos que se están disfrutando en el extranjero- y desplazarse hasta los locales de la empresa en los días señalados para la inspección). - La Directiva no prevé que durante la inspección se realicen entrevistas, sino únicamente que se formulen preguntas sobre los documentos o hechos (art. 6 e), que es algo que ya preveía nuestra LDC. Sin embargo, el APL parece ampliar estas facultades y contempla también la 	<p><i>independiente, según lo previsto en el artículo 62, sin perjuicio de que sea considerada una circunstancia agravante para fijar el importe de la sanción que pudiera imponérsele en aplicación del artículo 64.</i></p> <p><i>Los sujetos y las entidades inspeccionadas y su personal, incluyendo a directivos, empleados y personal externo que preste servicios en las mismas y se encuentre sometido a la dirección e instrucciones de las entidades inspeccionadas, deberán prestar su colaboración para la práctica de la inspección, en particular, facilitando al personal inspector, en el ejercicio de sus funciones, el acceso a sus locales, instalaciones, terrenos y medios de transporte, así como a toda la documentación e información que les sea solicitada y esté a su disposición, con independencia del soporte y el lugar en el que se encuentre, y responder de forma veraz a las preguntas referidas en el apartado 5.f) supra [se propone no incluir la referencia a entrevistas o de incluirse, que se matice en el siguiente sentido]: “o entrevistas que les sean formuladas por el personal inspector sin perjuicio de sus derechos de defensa, incluida la asistencia de abogados en caso de realizarse entrevistas”]. Asimismo, deberán facilitar los medios técnicos y humanos pertinentes para facilitar la práctica de la inspección, en particular para garantizar el acceso efectivo a la información en soporte electrónico.</i></p> <p><i>7. El ejercicio de las facultades señaladas en los epígrafes a), b) y c) del apartado 5, cuando implique restricción del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, requerirá de autorización judicial. En este caso la Dirección de Competencia podrá solicitar la citada autorización al juzgado de lo Contencioso-Administrativo que resolverá en el plazo máximo de 48 horas, sin que la negativa a someterse a la orden de inspección sin</i></p>
--	--	---

	<p>posibilidad de realizar entrevistas. A juicio de la AEDC, las entrevistas deben salvaguardar los derechos de defensa del investigado de forma escrupulosa, con mayor cautela si cabe en estos casos que en inspecciones, ya que podrá ser preguntado por cuestiones que no se limiten a mero conocimiento de hechos o documentos, como si se tratase de una prueba testifical o una declaración. Por lo tanto, deberían quedar excluidas de las facultades de inspección y regirse por lo previsto en el artículo 39 LDC.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Si finalmente se incluyese la posibilidad de realizar entrevistas en el marco de una inspección domiciliaria debería asegurarse un nivel de protección de los derechos de defensa mínimamente equiparable (como mínimo, mantener la entrevista con asistencia de un abogado o a que ésta se aplace y se realice en un momento posterior en las dependencias de la CNMC, mediando aviso previo del contenido y alcance de la investigación y del objeto de la entrevista (ver los comentarios al artículo 39 bis supra). 	<p><u>haber obtenido previamente la citada autorización judicial pueda dar lugar a las consecuencias referidas en el apartado 6.</u></p> <p><i>Asimismo, podrán ejercerse dichas facultades previo consentimiento expreso de las entidades o sujetos inspeccionados, una vez informados sobre el objeto de la inspección recogido en la orden de inspección, las facultades de inspección previstas en la presente ley, el derecho a oponerse a la práctica de la inspección y las consecuencias de dicha oposición <u>si ésta estuviese amparada por una autorización judicial, así como el derecho a conocer de la existencia o no de una autorización judicial para realizar la inspección o cualquier otro pronunciamiento judicial en relación con el desarrollo de la inspección.</u></i></p> <p>(...)</p>
<p>AU – Apdo. 10 Art. 41 LDC: Vigilancia</p>	<p>La AEDC no tiene comentarios a la redacción propuesta en el APL.</p>	<p>No se proponen modificaciones.</p>
<p>AU – Apdo. 11 Art. 42 LDC: Tratamiento de la información confidencial</p>	<p>1) La AEDC está de acuerdo en la propuesta del APL de limitar el acceso a las declaraciones de clemencia (y a su documentación adjunta, aunque no sean declaraciones) y a las solicitudes de transacción únicamente a los imputados y no a otros terceros que puedan estar personados en el expediente. Ello garantizaría que no acceden al expediente con la finalidad</p>	<p>Artículo 42 LDC:</p> <p>(...)</p> <p><i>3. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia formará pieza separada especial de confidencialidad con las solicitudes de clemencia y de transacción y las declaraciones que puedan presentarse en el ámbito de</i></p>

principal de extraer información relevante de cara a la preparación posterior de reclamaciones civiles derivadas de la infracción de competencia, lo que dañaría gravemente la eficacia de estos programas y la disponibilidad de las empresas en cooperar si ello les sitúa en una peor posición de cara a las reclamaciones posteriores en vía civil que si no hubiesen cooperado. En todo caso, sería conveniente aclarar expresamente este extremo en el texto, para evitar interpretaciones excesivamente expansivas que puedan afectar negativamente a los programas de clemencia y transacción.

2) Gran parte de los miembros del grupo de la AEDC que han participado en la elaboración de estos comentarios consideran acertado que el APL proponga que no podrán realizarse copias de las declaraciones de las solicitudes de clemencia y de transacción, al objeto de evitar que las empresas desconfíen de estos programas por el riesgo de que sus declaraciones terminen empleándose en el marco de procedimientos de reclamación de daños o para otras finalidades distintas de la revisión en vía contencioso administrativa de la resolución sancionadora. En este sentido, la propuesta sería coherente con la Directiva de Daños y con el actual artículo 51 de la LDC, que ya establece que no podrá obtenerse copia de las declaraciones de clemencia al objeto de salvaguardar su confidencialidad. Extender esta disposición a las declaraciones en el marco de procedimientos de transacción, parece adecuado y en línea con lo establecido en la Directiva de Daños.

Cuestión distinta es que esta protección se amplíe también, como parece proponer el APL, a la documentación complementaria que se acompaña a las declaraciones de

éstas. En todo caso, solo una vez las partes incoadas tendrán gan acceso a dicha documentación para contestar la imputación formulada por la Dirección de Competencia, pero no se podrán obtener copias de las declaraciones de las empresas en el marco de solicitudes de clemencia y de transacción ni de cualquier declaración adicional posterior que haya sido realizada por los solicitantes de clemencia y de transacción o por sus directivos y empleados de forma específica para su presentación en el ámbito de dichas solicitudes. Ello es sin perjuicio de que las partes incoadas puedan acceder y obtener copia de la documentación complementaria que aporte el solicitante de clemencia como prueba de la existencia de la infracción y que no constituya propiamente una declaración. Además de para la contestación a la imputación formulada por la Dirección de Competencia, las partes incoadas que hayan tenido acceso a dicha documentación solo podrán utilizar la información extraída de las declaraciones de las solicitudes de clemencia y de transacción y la documentación complementaria que aporte el solicitante de clemencia, cuando sea necesario para el ejercicio de sus derechos de defensa ante órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan de los recursos que puedan interponer éstos contra la resolución sancionadora en asuntos que estén directamente relacionados con el asunto en el que se haya concedido el acceso, y únicamente cuando la revisión jurisdiccional se refiera a:

a) la distribución entre los participantes en un cártel de una multa impuesta solidariamente por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o

b) la revisión de la legalidad de una resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o de las

clemencia, formada por prueba documental preexistente sobre la existencia del cártel. El APL excede en este punto lo previsto por la Directiva ECN y puede obstaculizar innecesariamente los derechos de defensa de las empresas imputadas, que tendrán que revisar en ocasiones miles de folios, e incluso preparar prueba económica, en plazos muy breves tras recibir el Pliego de Concreción de Hechos (y solo en ese momento accederían a las solicitudes de clemencia y documentación adjunta). Si no disponen de copias de esta documentación imprescindible para su defensa es prácticamente imposible -e inviable también técnicamente- que puedan personarse en la sede de la CNMC para revisar *in situ* el contenido del expediente y extraer conclusiones. Por lo tanto, se propone no modificar en este punto el actual régimen de la LDC y no prohibir a las partes imputadas la realización de copias de esta documentación complementaria a las solicitudes de clemencia y de exención. Hemos propuesto algunos cambios en el texto del APL en el sentido señalado.

Sin perjuicio de lo anterior, otros miembros del grupo de trabajo de la AEDC que han elaborado estos comentarios consideran que el APL excede las previsiones de la Directiva ECN+ en tanto que prevé que no se puedan obtener copias de las solicitudes de clemencia y de transacción ni de cualquier declaración que haya sido realizada por los solicitantes de clemencia y de transacción de forma específica para su presentación en el ámbito de dichas solicitudes. Tal limitación perjudica los derechos de defensa de los interesados en la medida en que dificulta notable e innecesariamente el análisis y manejo de esos documentos para la defensa jurídica. La

***autoridades autonómicas de competencia** por la que se haya constatado una infracción de los artículos 1 o 2 **de esta Ley** o de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.*

Directiva ECN+ se refiere únicamente a la prohibición de uso de esa información para fines distintos de su defensa en el expediente o en procesos judiciales conexos, cuestión también recogida en el APL. La norma ya prevé mecanismos para penalizar el uso de esos documentos en contextos distintos de los previstos, sin que sea precisa la restricción de copias de esos documentos cuando se limita su acceso, además, únicamente a las partes imputadas. El riesgo de que las partes imputadas empleen esta información para finalidades distintas es limitado y puede cubrirse por otros medios como, por ejemplo, el marcado digital de los documentos o el endurecimiento de sanciones por uso incorrecto de la información.

3) Se recomienda por motivos de seguridad jurídica que se explicita que la imposibilidad de emplear en otros procedimientos judiciales las solicitudes de clemencia y de exención por parte de las empresas imputadas al margen de los recursos interpuestos contra la resolución sancionadora, se aplica tanto a las declaraciones de las solicitudes de clemencia y transacción como a la documentación adjunta aportada por los solicitantes de clemencia para acreditar la infracción. Esta aclaración evitaría malinterpretaciones del alcance de la disposición e incrementaría los incentivos de las empresas para solicitar clemencia, evitando que las empresas que han accedido a esta documentación complementaria puedan emplearla en el marco de reclamaciones posteriores de daños, perjudicando al solicitante de clemencia (por ejemplo, en el ejercicio de acciones de repetición entre los miembros de un cártel cuando se ha satisfecho un daño a un tercero, una empresa que no ha solicitado clemencia podría emplear la

	<p>documentación aportada por el solicitante de clemencia contra este último, situándole en una peor posición en el marco de esa acción de reclamación que la que habría tenido de no haber colaborado con la CNMC en la identificación y detección del cártel).</p> <p>4) Del mismo modo, en el inciso final de este artículo debería incluirse también a las autoridades autonómicas de defensa de la competencia, ya que también ellas podrían tramitar procedimientos de clemencia y de transacción dentro del ámbito de sus competencias.</p>	
<p>AU - Apdo. 12</p> <p>Art. 46bis LDC: derechos fundamentales</p>	<p>El apartado doce introduce un nuevo artículo 46 bis cuyo contenido entendemos transpone el artículo 3.1 de la Directiva 1/2019 y ha de valorarse positivamente.</p>	<p>No se proponen modificaciones.</p>
<p>AU - Apdo. 13</p>	<p>El apartado 13 modifica el nombre de la sección 4.ª del capítulo I (Disposiciones comunes) del Título IV (de los procedimientos) a “De los recursos y las medidas cautelares”.</p> <p>Ha de valorarse positivamente en coherencia con lo indicado respecto al apartado 15 del APL (<i>ver infra</i>).</p>	<p>No se proponen modificaciones.</p>
<p>AU - Apdo. 14</p> <p>Art. 47 LDC: Recurso contra actos de la DC</p>	<p>El apartado 14 modifica el artículo 47 para permitir la inadmisión de recursos administrativos al Consejo en caso de que carezcan manifiestamente de fundamento.</p> <p>La modificación es coherente con art. 116.e) de la Ley 39/2015, aunque naturalmente corresponde al Consejo hacer un uso medido de esta herramienta. Entendemos que se trata de una</p>	<p>Artículo 47 LDC:</p> <p><i>El Consejo inadmitirá sin más trámite los recursos interpuestos fuera de plazo y, de forma motivada, aquellos que carezcan manifiestamente de fundamento.</i></p>

	<p>medida que pretende hacer un uso más eficiente de los recursos de la CNMC pero deberá evitarse un uso arbitrario.</p> <p>A tal efecto, convendría que el rechazo, incluso en aquellos casos en los que el recurso carezca manifiestamente de fundamento, sea motivado. De otra forma, podría existir una afectación a los derechos de defensa de los administrados que no quedarían suficientemente salvaguardados por la posibilidad de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, pues las trabas adicionales podrían suponer una barrera para el ejercicio de tales derechos.</p>	
<p>AU - Apdo. 15</p> <p>Art. 48 bis LDC: Medidas Cautelares</p>	<p>El apartado 15 (i) amplía el ámbito de las medidas cautelares al localizarlo fuera del capítulo sobre los procedimientos sancionadores; y (ii) introduce los límites indicados en el art. 11.1 de la Directiva ECN+.</p> <p>El apartado 15 debe ser valorado, en términos generales, de forma positiva, extendiendo las medidas cautelares a los procedimientos de concentración y de vigilancia.</p> <p>No obstante, se debe hacer notar que ni este apartado del APL, ni el APL en general, transpone el artículo 11.2 de la Directiva ECN+ que exige que “[l]os Estados miembros deberán garantizar que la legalidad de las medidas cautelares a las que se refiere el apartado 1, incluida la proporcionalidad, pueda ser revisada en procedimientos de recurso acelerados”. Por ello, se propone una modificación de la LJCA en este sentido.</p>	<p>Nueva Disposición Adicional Cuarta de la LJCA, apartado 3º:</p> <p><i>Serán recurribles: (...)</i></p> <p><i>3. Las resoluciones y actos del Presidente y del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, directamente, en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. <u>Los recursos contra las medidas cautelares adoptadas por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia gozarán de tramitación preferente. A estos efectos, se aplicarán las disposiciones y plazos previstos en el Capítulo I del Título V de la presente Ley.</u></i></p>

<p>AU - Apdo. 16</p> <p>Art. 49 LDC: Priorización</p>	<p>El apartado 16 transpone el artículo 4.5 de la Directiva ECN+, que permite el archivo de denuncias por razones de prioridad de investigación.</p> <p>El apartado ha de valorarse positivamente, con los siguientes comentarios:</p> <ul style="list-style-type: none"> • El sistema procedimental propuesto (resolución de archivo de la Dirección de Competencia previa no-oposición del Consejo) obligaría a los denunciados a recurrir la resolución de la Dirección de Competencia al Consejo ex art. 47 de la LDC antes de poder acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, este recurso tendría en la práctica las características de un recurso de reposición, puesto que se estaría pidiendo revisar la decisión previa del Consejo de no oponerse al archivo propuesto por la Dirección de competencia. <p>Para evitar la formulación de recursos administrativos innecesarios ante el Consejo, se debería indicar que la resolución de archivo de la Dirección de Competencia pone fin a la vía administrativa (haciendo así posible el recurso directo ante la Audiencia Nacional) pero permitiendo el recurso potestativo ante el Consejo.</p> <p>De forma alternativa, se podría optar por una de las siguientes opciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Prescindir de la fase de no oposición por parte del Consejo, de forma que el recurso ante el mismo preserve su efecto revisor útil. 	<p>Artículo 49.4 LDC:</p> <p><i>4. En caso de denuncia, la Dirección de Competencia podrá acordar no iniciar actuaciones por considerar que la investigación de los hechos que se contemplan en la misma no constituye una prioridad. Con este fin, comunicará al Consejo su intención de no iniciar procedimiento. Si en el plazo de 15 días el Consejo no ha motivado su oposición al respecto, la Dirección de Competencia procederá a ponerlo en conocimiento del denunciante. <u>La resolución de la Dirección de Competencia por la que se acuerde no iniciar actuaciones pondrá fin a la vía administrativa, si bien el denunciante podrá recurrir dicha resolución de archivo ante el Consejo de conformidad con el artículo 47 de esta Ley.</u></i></p> <p>(...)</p> <p><i>Todo ello sin perjuicio de las prioridades que marque el Consejo de acuerdo con lo previsto en el apartado 16 del artículo 20 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y de las facultades de dirección de la política general del Gobierno previstas en el apartado 2 del artículo 3 de esa misma ley.</i></p>
---	---	--

	<ul style="list-style-type: none"> ○ Modificar el procedimiento, de forma que la decisión de archivo sea una resolución del Consejo a propuesta de la Dirección de Competencia. ● La referencia en el último párrafo del apartado 4 propuesto a <i>“las facultades de dirección de la política general del Gobierno previstas en el apartado 2 del artículo 3 de [la Ley 3/2013]”</i> no parece necesaria y no es coherente con la Directiva ECN+ ni con la propia Ley 3/2013. En particular, tanto el artículo 4.2.b) de la Directiva ECN+ como el artículo 3.2 de la Ley 3/2013 delimitan la función de política general del Gobierno al ámbito normativo, sin que este ámbito pueda referirse a <i>“procedimientos de aplicación específicos”</i>⁷. Por tanto, las facultades de dirección de la política general del Gobierno —exclusivamente normativas— nunca podrían referirse a una denuncia concreta, que por definición se referirá a un <i>“procedimiento de aplicación específico”</i> ni deberían tener un impacto directo —o, al menos, tan significativo como para quedar mencionado en la LDC— en la decisión de la CNMC sobre la tramitación de una denuncia concreta. 	
--	--	--

⁷ El artículo 4.2.b) de la Directiva ECN+ indica que *“...los Estados miembros se cerciorarán, como mínimo, de que [...] las autoridades administrativas nacionales de competencia: [...] no pidan ni acepten instrucciones de ningún Gobierno o cualquier otra entidad pública o privada en el desempeño de sus funciones y en el ejercicio de sus competencias para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, sin perjuicio del derecho de un Gobierno de un Estado miembro, en su caso, de **emitir normas de política general que no estén relacionadas con investigaciones sectoriales o procedimientos de aplicación específicos**”* (el énfasis es nuestro). El artículo 3.2 de la Ley 3/2013 indica que *“[e]n el desempeño de las funciones que le asigna la legislación, y sin perjuicio de la colaboración con otros órganos y de las facultades de dirección de la política general del Gobierno ejercidas a través de su capacidad normativa, ni el personal ni los miembros de los órganos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada”*.

<p>AU - Apdo. 17</p> <p>Art. 50 LDC: Instrucción del procedimiento sancionador</p>	<p>El apartado 17 amplía el plazo para alegar a los pliegos de concreción de hechos y propuestas de resolución hasta un mes desde los 15 días hábiles propuestos actualmente. Se debe valorar positivamente esta modificación, si bien resultaría más práctico que el plazo se expresara –igual que en otros trámites– en días hábiles. La expresión del plazo en meses podría plantear serios problemas prácticos. En primer lugar, los documentos notificados en periodos de festivos, durante el mes de febrero o antes de un fin de semana contarían con menos días hábiles para su contestación. En segundo lugar, se plantea cómo deberían calcularse y expresarse las potenciales extensiones del plazo, pues la CNMC debería cuantificar los días naturales –o hábiles si la extensión se concede en esos términos– comprendidos en el plazo inicial y limitar la posible ampliación a la mitad. En cualquier caso, resulta imprescindible expresar el plazo inicial en días hábiles.</p> <p>El apartado 17 también modifica el procedimiento ligeramente, de forma que la propuesta de resolución se notifica directamente al Consejo y las alegaciones ante ésta se formulan igualmente directamente el Consejo. Además, se introduce un contenido mínimo de la propuesta de resolución. Se debe valorar positivamente esta modificación que pretende contribuir a la eficiencia interna de la CNMC.</p>	<p>Artículo 50.3 LDC:</p> <p><i>3. Los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos que se notificará a los interesados para que, en un plazo de 1 mes 30 días, puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes.</i></p>
<p>AU - Apdo. 18</p> <p>Art. 50 bis LDC: Procedimiento de Transacción</p>	<p>El apartado 18 introduce el procedimiento de transacción en la legislación española, que debe ser valorada positivamente en términos generales.</p>	<p>Nuevo apartado 2 bis al artículo 50 bis de la LDC:</p> <p><u>2 bis. Una vez iniciadas las conversaciones con la finalidad de iniciar un procedimiento de transacción, la Dirección de Competencia y la solicitante mantendrán conversaciones sobre los términos en los que la</u></p>

No obstante, el apartado 18 no indica el ámbito de la transacción que se puede alcanzar entre Dirección de Competencia y la parte incoada. Así, en particular:

- Es necesario aclarar el ámbito permisible sobre el que pueden versar las conversaciones de transacciones y el que eventualmente acepta la parte solicitante (es decir, la naturaleza, ámbito y duración del ilícito que reconoce el solicitante de transacción). Así, especialmente en los casos de solicitudes de transacciones previas al pliego de concreción de hechos, las que las partes incoadas sólo tienen acceso al acuerdo de incoación (en el que la imputación se hace de forma relativamente genérica) y a las partes del expediente sobre las que se haya depurado la confidencialidad (en su caso sin incluir los materiales de clemencia correspondientes). En estos supuestos, no es posible determinar con la certeza necesaria el ilícito cuya responsabilidad se estaría asumiendo ni realizar una ponderación sobre la procedencia de la transacción.
- La decisión de transar o no dependerá en gran medida de la multa que eventualmente se imponga en un escenario u otro, y por tanto, del tipo sancionador que se imponga así como de la base de facturación sobre la que se haga el cálculo. No obstante, estos elementos no se aclaran al menos hasta la propuesta de resolución (por tanto, en un momento en el que ya no es posible la transacción). Por ello, también es necesario que el contenido de las conversaciones de transacción incluya el tipo sancionador y base de cálculo que prevé proponer la Dirección de Competencia, o al menos, una franja indicativa del tipo sancionador (vid. en el mismo

solicitante de transacción reconoce su responsabilidad en el ilícito. Estas conversaciones, que se producirán en los términos que se determine reglamentariamente, se referirán a la naturaleza, ámbito y duración del ilícito que reconocería el eventual solicitante de transacción, así como a las sanciones que se propondrían por la Dirección de Competencia.

Cuando los progresos alcanzados durante las conversaciones lleven a un entendimiento común sobre estos aspectos y la Dirección de Competencia lo considere adecuado, la Dirección de Competencia concederá un plazo de 15 días a la parte incoada para que presente una solicitud de transacción.

La solicitud de transacción deberá contener:

a) el reconocimiento en términos claros e inequívocos de la responsabilidad de la solicitante en el ilícito, mediante una breve descripción de su objeto, de su posible puesta en práctica, de los hechos principales, de su calificación legal, incluido el papel desempeñado por la parte en cuestión, y la duración de su participación en la infracción de acuerdo con los resultados de las conversaciones con la finalidad de iniciar un procedimiento de transacción;

b) una indicación del importe máximo de la multa que la solicitante prevé que le será impuesta por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y que la solicitante aceptaría en el marco de un procedimiento de transacción;

c) la confirmación por la solicitante de que ha sido informada adecuadamente de las objeciones que la Dirección de Competencia tiene previsto formular en su contra y de que se le ha ofrecido una oportunidad suficiente para dar a conocer su opinión a la Dirección de Competencia;

	<p>sentido el párrafo 16 de la Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción).</p> <p>Por todo ello, es necesario indicar con claridad el ámbito de la solicitud de transacción, tal y como se propone por la AEDC, siguiendo estrechamente la Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción.</p> <p>A diferencia del procedimiento en la Comisión Europea, la separación entre órgano instructor (Dirección de Competencia) y órgano decisorio (Consejo) implica que las conversaciones de transacción se mantienen con un órgano que no tiene competencia para decidir sobre (i) si la solicitud de transacción se aceptará en la resolución final en los términos transados con la Dirección de Competencia, ni (ii) sobre el porcentaje de reducción de la multa que aplicará el Consejo (el apartado 3 contempla reducciones de “<i>hasta un 15 por ciento</i>” o de “<i>hasta un 10 por ciento</i>”, con lo que lógicamente la reducción podría ser menor si el Consejo así lo decidiera). Estas cuestiones ya se plantean en lo relativo a las solicitudes de clemencia, no obstante, en cuanto al procedimiento de transacción, resulta necesario:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Reducir el margen de discrecionalidad con el que cuenta el Consejo en cuanto al porcentaje de reducción, tal y como sucede en general en el programa de clemencia (que introduce porcentajes mínimos de reducción: el 100% de la multa en todos los casos para el solicitante que cumple con 	<p>Modificación del apartado 3 del artículo 50 bis de la LDC:</p> <p><i>3. El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a propuesta de la Dirección de Competencia, podrá reducirá el importe de la multa correspondiente al solicitante de transacción en hasta un 15 por ciento o más, si la solicitud de transacción se presenta antes de la notificación del pliego de concreción de hechos, y hasta en un 10 por ciento o más, si la solicitud se presenta posteriormente y hasta el cierre de la instrucción. <u>Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de transacción de la Dirección de Competencia, someterá la nueva calificación a los interesados y a la Dirección de Competencia para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones adicionales que estimen oportunas.</u></i></p> <p>[Alternativamente⁸: Prescindir de la fijación de porcentajes en la ley].</p> <p>Nuevo apartado 3 bis del artículo 50 bis de la LDC:</p> <p><u><i>Las solicitudes de transacción no podrán ser revocadas unilateralmente por las solicitantes que los hayan presentado salvo que la Dirección de Competencia no acepte sus solicitudes de transacción en la propuesta de</i></u></p>
--	---	--

⁸ Opción minoritaria en nuestra asociación.

las condiciones del art. 65 de la LDC, al menos el 30% o el 20% para el primer y segundo solicitante de reducción) y en el sistema de la Comisión Europeo sobre *settlements* (vid. punto 32 de la Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción, en el que la reducción del 10% es obligatoria y no un límite máximo).

- Si bien resultaría óptima la participación del Consejo en un estadio anterior del procedimiento, entendemos que esta solución no podría resultar factible debido a la separación de las tareas de instrucción y resolución. Para suplir esta deficiencia, en caso de que el Consejo decidiera apartarse de los términos de la transacción alcanzada entre la Dirección de Competencia y el solicitante, (i) el Consejo debería someter las razones de esta decisión a las partes ex art. 51.4 de la LDC; y (ii) el solicitante de transacción debe poder revocar su solicitud, retrotrayendo el procedimiento al momento previo a dicha solicitud para que éste sea tramitado de conformidad con las garantías habituales en el procedimiento sancionador (este derecho a revocar la solicitud debe también existir en caso de que la propuesta de transacción se apartase de la solicitud; vid. punto 22 de la Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción.)

Por otra parte, merecen un comentario adicional la fijación de los porcentajes de 10% y 15% que se propone. Cabe dudar sobre la necesidad o incluso conveniencia de consignar en la ley unos porcentajes concretos, en la medida en que ello supone una limitación importante en una cuestión en la que sería aconsejable dotar a la CNMC de una mayor flexibilidad, en

transacción o que el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no acepte la propuesta de transacción en la resolución.

Se considerará que la propuesta de transacción acepta las solicitudes de transacción si refleja su contenido con respecto a los aspectos citados en el apartado 2 bis de este artículo y propone una multa que no excede el importe máximo indicado en las solicitudes.

Se considerará que la resolución del Consejo acepta la propuesta de transacción si refleja su contenido con respecto a los aspectos citados en el apartado 2 bis de este artículo e impone una multa que no excede el importe máximo indicado en las solicitudes.

En caso de que el solicitante de transacción revoque su solicitud conforme a este apartado, se retrotraerá el procedimiento administrativo al momento previo a la solicitud de transacción, quedando la propuesta de transacción o la resolución del Consejo sin efecto.

	<p>función de la política competencial y de “<i>enforcement</i>” que legítimamente pueda querer desarrollar en cada momento, con respecto a diferentes conductas. Quizás es una materia que se presta más a una Comunicación que exprese la política y las expectativas que la CNMC quiera generar en cada caso, en lugar de fijarlo por ley (no pensamos que ello sería contrario al principio <i>nulla poena sine lege certa</i>). En particular, parece necesario o al menos útil que se puedan producir transacciones con reducciones de multa superiores al 10% o 15%, como podría (nos atrevemos a decir, debería) ser el caso de las transacciones en materia de restricciones verticales (pues, no olvidemos, la transacción no se propone sólo para cárteles, sino para cualquier tipo de conducta). En efecto, unas reducciones de ese calibre se nos antojan muy bajas para el caso de conductas verticales, en que la práctica reciente de la Comisión Europea ofrece varios ejemplos recientes de reducciones de multa de entre el 40% y el 50% para tales casos, que no vemos motivo para no poder replicar en España, lo cual sin embargo quedaría vedado por la fijación de límites más bajos (o cualquier límite) en la ley.</p>	
<p>AU - Apdo. 19</p> <p>Art. 51 LDC: Procedimiento de resolución</p>	<p>El apartado 19 modifica la LDC de forma que las vistas se puedan celebrar a iniciativa del Consejo. Se ha de valorar positivamente en la medida que permitirá una mayor involucración del Consejo en la revisión de las propuestas de resolución de la Dirección de Competencia.</p>	<p>No se proponen modificaciones.</p>
<p>AU – Apdo. 20</p> <p>Art. 52 LDC: Terminación convencional</p>	<p>La correcta transposición de la Directiva <i>ECN+</i> no exige directamente las modificaciones propuestas en este apartado.</p> <p>Sin embargo, el legislador ha aprovechado para equiparar el régimen español de terminación convencional al derecho de la</p>	<p>[Quizás convendría que el artículo 52 expresase de manera más clara si contempla expresamente dos tipos de terminaciones convencionales: una con declaración de infracción e imposición de multas y otra (como la actual) sin las mismas.</p>

Unión Europea, concretamente al artículo 9 del Reglamento 1/2003, que regula los compromisos, salvaguardando aquellos elementos que constituyen un incentivo para instar la terminación convencional (la innecesidad de que la resolución incorpore una declaración sobre la acreditación de la infracción y una sanción).

Además, la propuesta de modificación del apartado tercero (se incluye una referencia al cierre de la instrucción en sustitución del momento de elevar informe con la Propuesta de Resolución) es coherente con que el Apdo. 17 del propio APL proponga la supresión de la elevación por la Dirección de Competencia de dicho informe (artículo 50, apartado 5, de la LDC).

Por otra parte, se propone añadir la frase *“sin necesidad de que se produzca una declaración sobre la acreditación de la infracción, ni consiguientemente, se imponga una sanción”*, que no está en el actual artículo 52 y que proviene del párrafo 9 de la Comunicación de la CNC sobre Terminación Convencional. La aplicación del artículo 52 LDC ha dado lugar a terminaciones convencionales sin declaración de infracción ni imposición de multa; ¿significa la introducción de la frase anterior, con el encabezado *“sin necesidad de...”* un reconocimiento de o un impulso a la posibilidad de realizar terminaciones convencionales con declaración de infracción e imposición de multa? La bonanza o no de dos géneros de terminación convencional (con o sin declaración de infracción y multa) o solo uno (la práctica actual de no imponer multa) es un tema debatido tradicionalmente en el seno de la AEDC y cuenta con partidarios en uno y otro sentido, con razones que apoyan ambas tesis.

En caso de que el propuesto artículo 52 contemple la terminación convencional con declaración de infracción e imposición de multas, resultaría sin embargo difícil el deslinde entre tal figura y el nuevo procedimiento de transacción del artículo 50 bis, de modo que quizás fuera recomendable más bien que se aclarase que la terminación convencional habría de revestir únicamente la forma de acuerdo sin declaración de infracción ni multa (en cuyo caso el texto propuesto *“sin necesidad de...”* debería modificarse y quedar sencillamente como *“sin...”*).

También podría ser útil incluir mecanismos de revisión concretos, en la medida en que el problema que surja tras la terminación convencional no es exactamente que se incumplan sus condiciones, sino que las bases sobre las que se fijó la terminación convencional (i) han cambiado o (ii) fueron falsas o incompletas desde el principio.

En este sentido, puede servir de inspiración los puntos a) y c) el inciso final del artículo 9 del Reglamento 1/2003:

“La Comisión, previa solicitud o por iniciativa propia, podrá reabrir el procedimiento:

a) si se produce la modificación la situación de hecho respecto de un elemento esencial de la decisión;

b) si resulta que las empresas afectadas no cumplen sus compromisos, o

c) si resulta que la decisión se basó en informaciones incompletas, inexactas o engañosas facilitadas por las partes.”

La revisión de la terminación convencional tendría que ser posible a instancia de cualquier tercero interesado, y debería posibilitar la modificación o revocación del acuerdo/resolución de terminación

		<p>convencional por parte de la CNMC. Posiblemente sería adecuado confiar esta misión a la Subdirección de Vigilancia.</p> <p>También debería preverse como infracción específica el haber suministrado información falsa, incompleta o engañosa en este contexto].</p>
<p>AU – Apdo. 21</p> <p>Art. 53 LDC: Resoluciones del Consejo</p>	<p>La correcta implementación de la Directiva <i>ECN+</i> no exige esta modificación.</p> <p>Sin embargo, resulta muy conveniente que se modifique el apartado primero del artículo 53 para sustituir las referencias a los artículos 81 y 82 del TCE, por sus artículos equivalentes en el TFUE, el 101 y el 102, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009.</p> <p>Por otra parte, se pretende reformar la letra c) de este apartado primero del artículo 53 para adaptar el régimen español al derecho europeo, concretamente al artículo 5 del Reglamento 1/2003 y su interpretación por el TJUE que en su sentencia de 3 de mayo de 2011, <i>Tele2 Polska, C-375/09</i>, estableció que las autoridades nacionales de defensa de la competencia no están capacitadas para adoptar decisiones en las que se declare que no se ha producido una vulneración de los artículos 101 y 102 TFUE estando sus facultades limitadas en estos casos a adoptar una decisión en la que se declare que no procede su intervención.</p> <p>Por último, quizás podría añadirse que las resoluciones (en concreto las dictadas en aplicación del artículo 52) también pueden tener como contenido (quizás el término “declarar” no es apropiado en este contexto) una terminación convencional, por coherencia técnica.</p>	<p>No se proponen modificaciones.</p>

<p>AU – Apdo. 22</p> <p>Art. 55 LDC: Notificación de concentraciones</p>	<p>La correcta implementación de la Directiva ECN+ no exige esta modificación.</p> <p>Sin embargo, esta modificación encaja con la labor de promoción de la coordinación entre las autoridades de competencia europeas en operaciones de concentración multijurisdiccionales, que viene desarrollando la CNMC, así como con uno de los principales objetivos de la Directiva ECN+ y del APL, que es mejorar la cooperación y asistencia mutua entre la CNMC y las ANC de los Estados miembros de la Unión Europea para una garantizar una aplicación más eficaz de la normativa de competencia. No obstante, sería deseable que el legislador redactara el texto del apartado séptimo del artículo 55 de modo más claro a fin de identificar correctamente qué se deberá comunicar a la CNMC.</p> <p>El último párrafo de este apartado séptimo exige, como se propone en el apartado seis del APL, la modificación del artículo 38 para que incluya, en sus apartados segundo y tercero, que las partes no se beneficiarán del silencio positivo si no cumplen con esta obligación de comunicación a la CNMC de este nuevo apartado séptimo del artículo 55. Teniendo en cuenta la severidad de la consecuencia en caso de incumplimiento, y en línea con lo previamente indicado respecto al Apartado 6 del borrador de APL:</p> <ul style="list-style-type: none"> • La redacción de este nuevo apartado séptimo del artículo 55 de la LDC debería de ser más clara y especificar que se refiere a una simple comunicación informativa, como parece dar a entender el texto. 	<p>Artículo 55.7 LDC:</p> <p><i>7. <u>Se informará por escrito a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de aquellas concentraciones notificadas en otro Estado miembro de la Unión Europea que deban notificarse también en España, en el plazo máximo de 10 días desde la presentación de la primera notificación.</u></i></p> <p><i>En caso de que el notificante no realice esta comunicación en el plazo establecido al efecto, por culpa o negligencia grave, no se beneficiará del silencio positivo previsto en el artículo 38, el plazo máximo para resolver y notificar el procedimiento se ampliará en 10 días.</i>”</p>
---	--	--

	<ul style="list-style-type: none"> • Sugerimos considerar un plazo más amplio que el exiguo de 5 días previsto por el APL. • La consecuencia del incumplimiento debe reconsiderarse, dada la gravedad y falta de conexión con la infracción de la consecuencia propuesta en el borrador de APL. Se propone —por analogía con lo que sucede en caso de propuesta de compromisos en fase 1— que la infracción de esta obligación amplíe el plazo máximo del que dispone la CNMC para analizar la concentración. 	
<p>AU – Apdo. 23</p> <p>Art. 58 LDC: Instrucción y procedimiento en segunda fase</p>	<p>La correcta implementación de la Directiva <i>ECN+</i> no exige esta modificación del apartado tercero del artículo 58, para que se pueda celebrar una vista para el examen y enjuiciamiento de una operación de concentración no sólo cuando lo soliciten los notificantes sino también cuando la CNMC lo considere adecuado para el examen y enjuiciamiento de una operación de concentración.</p> <p>No obstante, esta modificación contribuye a garantizar el derecho a ser oído y a una buena administración que tienen todos los administrados ya que, en ocasiones, la CNMC es la más capacitada para valorar cuándo una reunión con las Partes notificantes puede servir para dotar al procedimiento de una mayor eficiencia y contribuir a un mejor entendimiento de la operación de concentración notificada y los problemas de competencia que plantea.</p>	<p>No se proponen modificaciones.</p>

<p>AU – Apdo. 24</p> <p>Art. 62 LDC: Infracciones</p>	<p>Transpone el artículo 13 de la Directiva.</p> <p>Aunque existen asociados que no comparten el contenido de dicha disposición europea, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.5 de la Directiva, parece lógico aclarar en el artículo 61.1 de la LDC que también podrán ser considerados infractores los sucesores legales y económicos de las empresas infractoras.</p> <p>En cualquier caso, la interpretación de dicha modificación deberá ser restrictiva, como corresponde a toda norma sancionadora, y coherente con la jurisprudencia nacional y europea al respecto.</p>	<p>Artículo 61.1 LDC:</p> <p>1. <i>Serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley o, en el caso de empresas, sus sucesores legales y económicos.</i></p>
<p>AU – Apdo. 25</p> <p>Art. 63 LDC: Sanciones</p>	<p>Transpone los artículos 14 y 15 de la Directiva.</p> <p>En primer lugar, se ha eliminado el segundo párrafo del artículo 63.2 LDC, que garantizaba la no imposición de sanción a los miembros de los órganos colegiados de administración no intervinientes en el acuerdo: "<i>Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto.</i>" Ni la Memoria ni el APL justifican esta eliminación.</p> <p>Entendemos que este párrafo debe mantenerse en la LDC por coherencia con el párrafo previo, que exige la intervención de la persona física multada en el acuerdo o decisión. No tendría sentido, y sería contrario con la jurisprudencia vigente sobre esta cuestión, que se permitiera a la CNMC multar a personas físicas que no hubieran asistido a las reuniones y, menos aún, a las que</p>	<p>Artículo 63.2 LDC, segundo y tercer párrafos:</p> <p>2. <i>Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa por infracciones muy graves de hasta 400.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. Sin perjuicio de ese límite máximo, la sanción económica deberá fijarse en atención a las circunstancias individuales de la persona física sancionada.</i></p> <p><i>Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto.</i></p> <p><i>En caso de infracciones graves, la persona física infractora podrá ser sancionada con una multa económica por importe máximo de 80.000 euros.</i></p>

hubieren votado en contra o salvado su voto. El mantenimiento de este párrafo sería coherente con el régimen previsto en el artículo 14.4 de la Directiva para las asociaciones, en cuanto no se exige el pago de la multa a las empresas que demuestren que no aplicaron la decisión infractora de la asociación y que no tuvieron conocimiento de su existencia o bien se distanciaron activamente de ella antes de que se iniciara la investigación.

En segundo lugar, creemos que debería introducirse una graduación de los importes máximos de las multas a imponer a las personas físicas, en coherencia con el régimen sancionador aplicable a las empresas. En particular, la obstrucción de la labor de la CNMC en el marco de un requerimiento de información, una entrevista o una inspección, se configura como una infracción grave. Sin embargo, según el borrador de APL le sería de aplicación el mismo límite máximo (400.000 euros) que a las infracciones muy graves. En base al principio de proporcionalidad que preside el régimen sancionador de la Directiva, el límite máximo de las multas a imponer a las personas físicas por infracciones graves debería necesariamente tener una cuantía inferior al de las muy graves. A la hora de determinar en qué medida debería ser inferior el límite máximo de las multas por infracciones graves a personas físicas, podría ser aplicable la misma proporción de reducción (una quinta parte) que se ha empleado para graduar el límite máximo de las multas a imponer a las empresas, cuando no se puede determinar sus volúmenes de negocios (hasta 10 millones si son graves, hasta 50 millones si son muy graves).

Por otro lado, ha surgido el debate entre miembros de la asociación en relación con si el límite máximo propuesto en el

	<p>APL de 400.000 Euros de sanción para representante legales y directivos es proporcionado.</p> <p>El citado límite máximo de 400.000 Euros supone una cifra casi siete veces superior a la que actualmente se prevé en el actual artículo 63.2 de la LDC.</p> <p>Si se tiene en cuenta que, de acuerdo con la forma en la que la CNMC ha venido fijando las multas a representantes legales y directivos, la cuantía no está vinculada a los ingresos de la persona física, sino que se viene calculando en función de la participación de su empresa en la supuesta práctica (tanto en cuota, como en duración), podría plantearse hasta qué punto un límite máximo tan alto es proporcionado e incluso si no podría dar lugar a que, en determinadas circunstancias, pudiera llegar a considerarse confiscatorio. Es por ello que se proponen ciertos matices al texto del APL.</p>	
<p>AU – Apdo. 26</p> <p>Art. 64 LDC: Criterios para determinar importe de sanciones</p>	<p>No transpone la Directiva.</p> <p>En primer lugar, se podría aprovechar esta reforma para mejorar la previsibilidad y transparencia de la metodología del cálculo de las multas por parte de la CNMC.</p> <p>En particular, parecería recomendable que se aclarasen y objetivasen los elementos y la fórmula empleada para determinar el porcentaje inicial del volumen de negocios aplicable a todas las empresas infractoras, así como los elementos y metodología para llevar a cabo la</p>	<p>Artículo 64 LDC, tercer y cuarto apartados:</p> <p><i>3. Para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes:</i></p> <p><i>a) La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción, <u>en particular, la disposición, implantación o mejora de un programa de cumplimiento de derecho de la competencia eficaz.</u></i></p> <p>(...)</p> <p><i>4. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá dictar una comunicación sobre sus criterios para la determinación del importe</i></p>

<p>individualización posterior de la multa de cada una de las empresas.</p> <p>Resultaría igualmente recomendable que se aclarase y objetivase, en la medida de lo posible, la metodología de cálculo del límite de proporcionalidad aplicable cuando la empresa sancionada realiza buena parte de su actividad en mercados de producto o geográficos distintos al que ha sido objeto de investigación por la CNMC. En concreto, la introducción en la LDC de los principios básicos de determinación del método de cálculo de multas junto con su posterior desarrollo reglamentario o a través de una comunicación, en lo que proceda, debería sustanciarse de tal manera que fuera posible para las empresas, asociaciones y personas físicas que puedan ser sancionados saber del modo más preciso posible los rangos aproximados de la multa que se les pudiera imponer. Esta previsibilidad y transparencia en el cálculo de la multa ayudaría al éxito del procedimiento de transacción (<i>settlements</i>) que se quiere introducir con esta reforma legislativa.</p> <p>En segundo lugar, esta reforma también podría servir para que la recientemente publicada Guía sobre los programas de cumplimiento en relación con las normas de defensa de la competencia de la CNMC estuviera explícitamente respaldada por la LDC, de manera que dicha Guía no corra el riesgo potencial de terminar siendo cuestionada más adelante por el Tribunal Supremo. Con este respaldo explícito en la LDC, se evitaría el riesgo de que esta Guía corriese la misma suerte que la Comunicación de cálculo de multas de la CNC de 2009,</p>	<p><u>de las sanciones aclarando y objetivando los elementos y la fórmula empleada para determinar el porcentaje inicial del volumen de negocios aplicable a las empresas infractoras, así como los elementos y metodología para llevar a cabo la individualización de la multa de cada una de las empresas.</u></p>
--	---

	<p>cuestionada por el Tribunal Supremo precisamente al entender éste que no encontraba acomodo en la literalidad de la LDC.</p>	
<p>AU – Apdo. 27</p> <p>Art. 65 LDC: Exención del pago de la multa</p>	<p>Transpone el artículo 21 de la Directiva.</p> <p>En primer lugar, y aunque somos conscientes de que la transposición de este artículo de la Directiva se va a complementar mediante desarrollo reglamentario, la regulación del indicador para peticiones de clemencia en el APL adolece de una cierta vaguedad. De ahí que se aconseje explicitar al menos, como hace la Directiva, que la finalidad del indicador es "<i>permitir al solicitante recabar la información y las pruebas necesarias para alcanzar el umbral de exigencia de pruebas para la exención del pago de multas.</i>"</p> <p>En segundo lugar, en aras a una mejor técnica legislativa, debería invertirse el orden de los párrafos. Puesto que el tercer apartado del artículo 65 LDC ya se refiere a un beneficio derivado de la solicitud de exención, tiene sentido que su cuarto apartado señale otro beneficio adicional derivado de la misma.</p>	<p>Art. 65 LDC, cuarto y quinto apartados:</p> <p><i>1. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia eximirá a una empresa o a una persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle cuando:</i></p> <p><i>a) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en el art. 40 en relación con un cártel, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma, o</i></p> <p><i>b) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, le permitan comprobar una infracción del art. 1 en relación con un cártel, siempre y cuando, en el momento de aportarse los elementos, la Comisión Nacional de la Competencia no disponga de elementos de prueba suficiente para establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido una exención a una empresa o persona física en virtud de lo establecido en la letra a).</i></p> <p><i>2. Para que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia conceda la exención prevista en el apartado anterior, la empresa o, en su caso, la persona física que haya presentado la correspondiente solicitud deberá cumplir los siguientes requisitos:</i></p>

		<p>a) Cooperar plena, continua y diligentemente con la Comisión Nacional de <u>los Mercados y la Competencia</u>, en los términos en que se establezcan reglamentariamente, a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación.</p> <p>b) Poner fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que facilite los elementos de prueba a que hace referencia este artículo, excepto en aquellos supuestos en los que la Comisión Nacional de <u>los Mercados y la Competencia</u> estime necesario que dicha participación continúe con el fin de preservar la eficacia de una inspección.</p> <p>c) No haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención ni haber revelado, directa o indirectamente, a terceros distintos de la Comisión Europea o de otras Autoridades de Competencia, su intención de presentar esta solicitud o su contenido.</p> <p>d) No haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción.</p> <p>3. La exención del pago de la multa concedida a una empresa beneficiará igualmente a sus representantes legales, o a las personas integrantes de los órganos directivos y que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre y cuando hayan colaborado con la Comisión Nacional de <u>los Mercados y la Competencia</u>.</p> <p><u>4. La exención prevista en el apartado 1 comprenderá también la de la prohibición de contratar prevista en el artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.</u></p> <p><u>5. La empresa o la persona física que vaya a presentar una solicitud de exención del pago de la multa podrá solicitar, en los términos en que se establezcan reglamentariamente, un indicador que reserve el puesto ante</u></p>
--	--	---

		<p><u>la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia mientras recaba la información y las pruebas necesarias para alcanzar el umbral de exigencia de pruebas para la exención del pago de multas.</u></p>
<p>AU – Apdo. 28</p> <p>Art. 66 LDC: Reducción del importe de la multa</p>	<p>Transpone el artículo 18.3 de la Directiva.</p> <p>En relación con la incidencia de la petición de reducción de la multa en la prohibición de contratar con la Administración, el APL otorga discrecionalidad a la CNMC para decidir si exime o no a la empresa solicitante de la prohibición de contratar. Ello constituye una diferencia notable respecto del solicitante de exención, al cual se le exime de la prohibición de contratar ex lege.</p> <p>Proponemos que esta exención ex lege de la prohibición de contratar se extienda también automáticamente a las empresas que piden reducción de multa. En primer lugar porque el artículo 72.5 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público dispone que este beneficio debe otorgarse a todas las empresas que recurran al programa de clemencia (sean solicitantes de exención o de reducción de multa): "<i>No procederá, sin embargo, declarar la prohibición de contratar cuando (...) y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia</i>".</p> <p>En segundo lugar, porque la actual práctica de la CNMC es extender este beneficio también a las empresas que piden la</p>	<p>Art. 66 LDC, quinto apartado:</p> <p><i>5. La reducción del importe de la multa prevista en este artículo comprenderá también la exclusión de la prohibición de contratar prevista en el artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.</i></p>

	<p>reducción. En tercer lugar, porque esta extensión ayudaría al mantenimiento o incremento de las peticiones de clemencia, en un contexto en el que el recurso a este programa podría ser menos atractivo, ante el significativo aumento de las acciones de reclamaciones de daños.</p>	
<p>AU – Apdo. 29</p> <p>Art. 67 LDC: Multas coercitivas</p>	<p>Transpone el artículo 16 de la Directiva.</p> <p>El APL incrementa sensiblemente el importe máximo de las multas coercitivas desde los 5.000 euros diarios actuales hasta un 5 % del volumen de negocios total mundial medio diario durante el ejercicio social anterior por cada día de retraso. Por otra parte, establece este límite máximo para todas las infracciones, sin distinguir entre leves, graves y muy graves.</p> <p>La Directiva dispone que el importe de las multas coercitivas debe responder a los principios de efectividad, proporcionalidad y disuasión. Para asegurar que el importe de las multas coercitivas responda a estos principios, podría incluirse un apartado que dispusiera que los criterios de determinación del importe de las multas del artículo 64 LDC se aplicarán, <i>mutatis mutandi</i>, en la graduación del importe de las multas coercitivas.</p> <p>Asimismo, sugerimos introducir un matiz a la responsabilidad de las empresas en caso de resistencia por sus empleados a acudir a las entrevistas convocadas por la CNMC (apartado 1.g); debería eximirse de responsabilidad a aquellas empresas que demuestren haber adoptado todas las medidas razonables a su disposición para obligar a sus empleados a cumplir con la ley.</p>	<p>Art 67 LDC, tercer apartado:</p> <p><u>3. El importe de las multas coercitivas se fijará atendiendo, entre otros, a los criterios establecidos en el artículo 64.</u></p>

<p>AU – Apdo. 30</p> <p>Art. 68 LDC: Prescripción de infracciones y sanciones</p>	<p>Transpone el artículo 29 de la Directiva.</p> <p>En primer lugar, observamos que el APL ha eliminado en el tercer apartado del artículo 68 LDC el requisito por el cual la prescripción solo podía interrumpirse cuando el interesado tuviera "<i>conocimiento formal</i>" del acto de la Administración tendente al cumplimiento de la LDC.</p> <p>Solicitamos el mantenimiento de dicho requisito para que la regulación de esta cuestión respete el principio de seguridad jurídica.</p> <p>Asimismo, dicho requisito de conocimiento formal (en particular, la notificación de la medida de investigación formal) por el interesado también es exigido en el segundo párrafo del artículo 29.1 de la Directiva, el cual establece que "<i>La suspensión del plazo comenzará a computarse, o la interrupción del plazo tendrá lugar, a partir de la notificación de la primera medida de investigación formal a al menos una de las empresas objeto del procedimiento de aplicación.</i>"</p> <p>Además, el mantenimiento de este requisito es congruente con la redacción del cuarto apartado del art. 68 LDC en el que sí se explicita la necesidad de conocimiento formal del acto que motiva la interrupción.</p> <p>En segundo lugar, proponemos una modificación de este artículo del APL referida al efecto en la prescripción derivados de investigaciones de otras ANCs o de la Comisión.</p>	<p>Art. 68 LDC, apartados 3 a 9:</p> <p>3. <i>La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Administración <u>con conocimiento formal del interesado</u> tendente al cumplimiento de la ley y por los actos realizados por los interesados al objeto de asegurar, cumplimentar o ejecutar las resoluciones correspondientes.</i></p> <p>(...)</p> <p>5. <i>La prescripción también se <u>suspenderá</u> durante la tramitación del procedimiento sancionador ante <u>las Autoridades Nacionales de Competencia de otros Estados miembros o ante la Comisión Europea</u> con respecto a unos mismos hechos que constituyan una infracción prohibida por los artículos <u>1 o 2</u> de esta ley o los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.</i></p> <p>6. <i>La <u>suspensión</u> de la prescripción se mantendrá mientras la resolución sancionadora sea objeto de revisión en un proceso jurisdiccional, <u>reanudándose el cómputo a partir del momento en el que la sentencia que declare la nulidad de la resolución cobre firmeza. La incoación de un nuevo procedimiento sancionador con el mismo objeto suspenderá el cómputo de la prescripción.</u></i></p> <p><u>7. La interrupción finalizará el día en que la Administración adopte una resolución de las referidas en los artículos 49.3, 52 o 53 de esta Ley. La suspensión finalizará el día en que la autoridad nacional de competencia de otro Estado miembro concluya el procedimiento de aplicación mediante la adopción de una decisión de las referidas en los artículos 10, 12 o 13 de la Directiva 2019/1 o, por la adopción por parte de la Comisión Europea de una decisión en virtud de los artículos 7, 9 o 10 del</u></p>
---	--	--

La Directiva permite tanto que el efecto sea la interrupción como la suspensión de la prescripción. Si bien es cierto que la norma general en nuestro ordenamiento jurídico es la interrupción de la prescripción, la suspensión de la prescripción es una figura igualmente admitida, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, siempre que quede contemplada de forma expresa en una norma (SSTS de 12 junio de 1997, 31 de enero de 1986). Es por ello que, en el presente caso, dada la opción conferida por la Directiva, resulta más deseable la *suspensión* y no la *interrupción* de la prescripción, a fin de no privar al instituto de la prescripción de toda eficacia práctica en caso de que existan varias investigaciones paralelas en otros países de la Unión Europea. Huelga decir que los procedimientos ante las ANCs que suspenden la prescripción deben referirse a la aplicación del derecho europeo de la competencia y no a las disposiciones nacionales equivalentes de los respectivos ordenamientos jurídicos.

En tercer lugar, es necesario igualmente incluir una referencia a la *terminación* de la interrupción de la prescripción. La Directiva se refiere a las decisiones de otras ANCs y/o la Comisión, pero sugerimos incluir expresamente la resolución de la Administración nacional.

En cuarto lugar, sugerimos prever que, en este caso, en el que la resolución de la autoridad de competencia quedara anulada por motivos formales, el computo de la prescripción no se interrumpa, sino que se *suspenda*. Se trata de una opción permitida por la Directiva y no debería someterse a las empresas a investigaciones excesivamente dilatadas en supuestos en los que la nulidad es imputable a la

Reglamento 1/2003, o el día en que haya llegado a la conclusión de que no hay motivos para nuevas acciones por su parte.

8. Lo dispuesto en los apartados 3 a 7 se aplicará también a las multas coercitivas reguladas en el artículo 67.

9. La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia pondrá en marcha un centro informativo telemático sobre los procedimientos incoados por la Comisión Europea y por otras autoridades nacionales de la competencia identificando el sector, las empresas y el tipo de acuerdo investigado en el mismo.

	<p>Administración. En la misma línea, de incoarse un nuevo expediente sancionador, la Administración debería hacerlo con la máxima diligencia y en un breve plazo de tiempo. Por ello, se propone que la incoación del nuevo expediente sancionador con el mismo objeto tras una anulación judicial solo <i>suspenda</i>, y no interrumpa el computo de la prescripción.</p> <p>En quinto lugar, se propone incluir expresamente la creación por parte de la CNMC de un <i>archivo telemático</i>, al menos de los procedimientos incoados por la Comisión o por otras autoridades nacionales de la competencia con el fin de que todas las empresas puedan tener conocimiento de la suspensión del cómputo de la prescripción.</p>	
<p>AU – Apdo. 31</p> <p>Art. 70 LDC: Normativa aplicable y órganos competentes</p>	No transpone la Directiva, ni tenemos comentarios.	No se proponen modificaciones.
<p>AU – Apdo. 32</p> <p>Art. 74 LDC: Plazo para acciones de daños</p>	<p>Matiza la transposición del artículo 10 de la Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños.</p> <p>No tenemos comentarios.</p>	No se proponen modificaciones.

<p>AU – Apdo. 33</p> <p>Disp. Adic. Primera LDC : Juzg. Mercantiles</p>	<p>Transpone el artículo 28 de la Directiva y no tenemos comentarios.</p>	<p>No se proponen modificaciones.</p>
<p>AU – Apdo. 34</p> <p>Disp. Adic. Duodécima LDC: Protección de datos personales</p>	<p>No transpone la Directiva, ni tenemos comentarios.</p>	<p>No se proponen modificaciones.</p>
<p>Disposición transitoria única: Procedimientos iniciados formalmente</p>	<p>No transpone la Directiva.</p> <p>Estamos de acuerdo con que se garantice la no aplicación retroactiva de esta norma, ni a los expedientes incoados (art. 50 LDC) ni a los procedimientos iniciados (art. 49 LDC) antes de su entrada en vigor. En particular, las informaciones reservadas son un procedimiento y reciben la numeración del sancionador. Las informaciones reservadas deberían estar limitadas temporalmente, para no someter a las empresas a un procedimiento sancionador sine die. Por ello, proponemos que se explicita que la norma de transposición no sea aplicable a las informaciones reservadas ya iniciadas, antes de su entrada en vigor.</p>	<p>Disposición transitoria única, primer apartado:</p> <p><i>1. A los procedimientos, <u>incluidas las informaciones reservadas</u>, ya iniciados antes de la entrada en vigor de esta ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior.</i></p> <p>(...)</p>
<p>Disposición derogatoria</p>	<p>No transpone la Directiva, ni tenemos comentarios.</p>	<p>No se proponen modificaciones.</p>

Disposición final primera. Títulos competenciales	No transpone la Directiva, ni tenemos comentarios.	No se proponen modificaciones.
Disposición final segunda. Modificación Ley 3/2013, apdo. 1	No transpone la Directiva, ni tenemos comentarios.	No se proponen modificaciones.
Disposición final segunda. Modificación Ley 3/2013, apdo. 2	Transpone el artículo 5.4 de la Directiva y no tenemos comentarios.	No se proponen modificaciones.
Disposición final tercera: Entrada en vigor.	No transpone la Directiva, ni tenemos comentarios.	No se proponen modificaciones.
Disposición final cuarta. Habilitación normativa	No transpone la Directiva, ni tenemos comentarios.	No se proponen modificaciones.

Observaciones Adicionales:

Propuestas de modificaciones adicionales de la LDC que no vienen recogidas en ningún artículo del APL y no se puedan encajar en los mismos:

1. La CNMC ha publicado recientemente una Guía sobre los programas de cumplimiento en relación con las normas de defensa de la competencia, que señala que la CNMC otorgará una serie de beneficios a las empresas que dispongan, establezcan o mejoren sus programas de cumplimiento, si éstos cumplen los requisitos fijados en dicha Guía. La AEDC respalda dicha Guía. El APL no hace referencia alguna a dicha Guía. Puesto que el Tribunal Supremo cuestionó la Comunicación de cálculo de multas de la CNC de 2009 por establecer unos criterios que carecían de encaje explícito en la LDC, se propone que la APL codifique o, al menos, haga referencia a las principales innovaciones introducidas en la Guía de la CNMC sobre programas de cumplimiento, a los efectos de evitar el escenario hipotético de que sea cuestionada por el Tribunal Supremo por carecer de encaje en la literalidad de la LDC.

A estos efectos, ya se ha propuesto en relación con el apartado 26 del APL que se explicita que los programas de cumplimiento pueden constituir una circunstancia atenuante en la determinación de la multa. Adicionalmente, en relación con la posibilidad de que el programa de cumplimiento forme parte de los compromisos presentados por la empresa investigada en una terminación convencional, **podría añadirse una frase al final del art. 52.1 LDC** que dispusiera:

"El Consejo de la Comisión Nacional de **los Mercados y la Competencia**, a propuesta de la Dirección **de Competencia**, podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan los compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público. **En particular, los compromisos podrán incluir un programa de cumplimiento en relación con las normas de la competencia, siguiendo lo establecido en una comunicación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.**"

2. El deber de secreto contenido en el artículo 43 de la LDC no se corresponde con un régimen sancionador en caso de incumplimiento. En muchas ocasiones, la vulneración por una de las partes del citado deber puede causar un perjuicio extraordinario a las demás empresas personadas, especialmente cuando los medios de comunicación tienen acceso al contenido del PCH y de la PR, en procedimientos no finalizados. Si bien es harto complicado saber la procedencia de una filtración, se debería plantear la configuración de algún mecanismo que desincentivara que dichas filtraciones se produjeran.

3. El artículo 7 de la LDC sigue haciendo referencia al artículo 4 de la derogada LMV de 1988 en relación con el concepto de control y la APL no lo actualiza. Sugeriríamos una reforma del citado artículo de la LDC para que haga referencia directa al artículo 42 del Código de Comercio en lugar de a la normativa de Mercado de Valores (esto es lo que hacía el artículo 4 LMV antes de su derogación por el Texto Refundido de 2015).

* * * * *