

COMENTARIOS DE LA
ASOCIACION ESPAÑOLA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
SOBRE EL PROYECTO DE REGLAMENTO QUE DESARROLLA LA LEY 15/2007
DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Barcelona y Madrid, noviembre de 2007

En primer lugar, la AEDC desea agradecer la posibilidad de proporcionar comentarios al proyecto, aunque sea en un plazo tan breve, de un proceso en el que se ha gozado de una transparencia y oportunidades inmejorables, desde la realización del libro blanco, al anteproyecto, proyecto de la que ha sido la Ley 15/2007, y ahora al reglamento que la desarrollará.

En segundo lugar, queremos destacar la calidad del texto del proyecto de reglamento lo que ha facilitado de manera significativa la realización de comentarios.

El grupo que ha desarrollado los comentarios ha estado compuesto, por orden alfabético de apellidos, por Rafael Allendesalazar, Sergio Baches Opi, Luis Blázquez, Susana Cabrera, María Canal, Javier Guillén, Juan Gutiérrez, Borja Martínez Corral, Eduardo Prieto, y Antonio Creus que se ha encargado de la coordinación.

El objetivo que ha guiado los comentarios que se realizan no es otro que el de mejorar y facilitar a la administración las herramientas y propuestas para que adopte las decisiones que considere oportunas en cuanto a la redacción final del reglamento.

En los comentarios se ha evitado realizar valoraciones específicas de la Ley, si bien habría comentarios a realizar a la misma en su redacción final, al no ser objeto del presente documento. Si bien como comentario valga indicar en general el carácter reglamentista de la Ley, que ha marcado de alguna manera al presente Proyecto de Reglamento. Esto ha supuesto que en algunos momentos los comentaristas se encontraran obstáculos por estar ya regulados en la Ley, y por otro lado a adquirir una tendencia aún más reglamentista o casuística, que se ha intentado superar. El Proyecto de Reglamento no puede por definición cubrir todos los supuestos específicos en que nos encontraremos.

Los comentarios oscilan desde los puramente técnicos hasta los más pragmáticos, como en el tema del poder notarial para notificar, que hace más complejo el proceso de notificación de lo que la administración pudiera pensar, y la verdad es que vemos difícil que alguien realice la notificación en nombre de otro, tras el pago de la tasa.

Para facilitar la tarea de seguir los comentarios realizados hemos seguido la misma división que realiza el proyecto de reglamento, indicando los números de los artículos a los que se efectúa comentarios específicos, indicando cuando hay sugerencias concretas en negrita los cambios que se proponen al proyecto de reglamento.

Título I De la Defensa de la Competencia

Capítulo I De las conductas de menor importancia

Artículo 1. Conductas de menor importancia

El artículo 5 de la Ley 15/2007 indica que las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la Ley de Defensa de la Competencia (en lo sucesivo, “**la Ley**”) no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.

El artículo 1 del proyecto de reglamento de desarrollo de la Ley (en lo sucesivo, “Proyecto de Reglamento”) determina qué conductas se entenderán de menor importancia. El Proyecto de Reglamento sigue las pautas marcadas en la *Comunicación de la Comisión Europea relativa a acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de minimis)*, DO C 368 de 22 de diciembre de 2001, p. 13-15 (en lo sucesivo, “Comunicación de minimis”).

A título preliminar, señalamos que si bien el artículo 5 de la Ley declara aplicable el *concepto de minimis* a las conductas previstas por la ley en sus artículos 1 a 3, los artículos 1 y 2 del Proyecto de Reglamento, sólo hace referencia a los acuerdos contemplados en el artículo 1 de la Ley, que es lo que se contempla a nivel comunitario. No es objeto del presente informe comentar la Ley.

Por lo restante, el artículo 1 del Proyecto de Reglamento reproduce las cuotas de mercado establecidas por la *Comunicación de minimis* para definir las conductas de menor importancia: una cuota conjunta del 10% de mercado para no competidores reales potenciales y una cuota individual del 15% en caso de empresas no competidores reales o potenciales. En el supuesto de que en el mercado de referencia la competencia esté restringida por los efectos acumulativos de acuerdos para la venta de bienes o servicios concluidos por proveedores o distribuidores diferentes, los porcentajes fijados se reducen al 5 por ciento.

Determinados miembros de la asociación consideran que habría sido útil considerar la posibilidad de que no se impongan multas en el caso de que las empresas partícipes en el acuerdo creyeran de buena fe que no sobrepasaban las cuotas previstas por el Proyecto de Reglamento, tal como hace la Comunicación de minimis.

Algunos miembros creen que en todo caso, el artículo 1 debería dejar abierta la posibilidad de que las autoridades de competencia españolas (estatales y autonómicas) consideren que una conducta es de escasa importancia en el sentido del artículo 5 LDC por causas distintas a las descritas en el artículo 1 del Real Decreto. En efecto, las autoridades de competencia deben tener la facultad de poder llegar a la conclusión, tras analizar la conducta en su contexto jurídico y económico, de que la restricción no es apreciable.

Así por ejemplo, el Tribunal de Primera Instancia ha reconocido que es perfectamente posible que, incluso un acuerdo que exceda de los umbrales de la regla de minimis, sólo afecte en una medida insignificante a la competencia¹.

De igual forma, aunque la cuota de mercado no lo sea, la restricción en si misma puede ser insignificante. Un ejemplo de lo que puede suponer una restricción no apreciable o insignificante desde un punto de vista cualitativo y no cuantitativo lo podemos encontrar en *Pavlov*². En dicho asunto el Tribunal de Justicia consideró que un acuerdo entre médicos especialistas consistente en crear un único fondo de pensiones complementarias restringía la competencia. Crear un único fondo armonizaba parcialmente los costes y las prestaciones de las pensiones complementarias de los médicos especialistas, lo que a su vez afectaba indirectamente a uno de los componentes del coste de los servicios médicos en cuestión. Sin embargo, el Tribunal de Justicia consideró que no se infringía el artículo 81 TCE pues los efectos restrictivos eran escasos: el acuerdo afectaba a una parte poco significativa de los costes de los servicios en cuestión y, además, generaba ciertas eficiencias. Otro ejemplo lo podemos encontrar a nivel nacional en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia en el asunto *Vendedores de Prensa de Barcelona*³. En dicho asunto se consideró que, por su escasa importancia, procedía el sobreseimiento de un expediente relativo a un acuerdo de una distribuidora de prensa con una asociación de vendedores de prensa de

¹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de junio de 1995, *Langnese Iglo GmbH / Comisión*, Asunto T-7/93, Rec. p. II-1533.

² Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2000, *Pavel Pavlov e.a. / Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, Asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, Rec. p. I-6451, apartados 91 a 97.

³ Resolución del TDC de 12 de mayo de 2006 en el expte. R 517/02, *Vendedores de Prensa de Barcelona*.

Barcelona por la que se efectuaba un descuento a los miembros de la asociación equivalente a unas 1.600 pesetas (casi 10 €) semanales respecto a los vendedores de prensa que no eran miembros de la asociación⁴.

Artículo 2. Conductas excluidas del concepto de menor importancia.

El artículo 2 del Proyecto de Reglamento establece las conductas excluidas del concepto de menor importancia. Estas conductas se corresponden exactamente con las infracciones más graves previstas por la normativa y la jurisprudencia. Se establecen enumeraciones separadas para las conductas que no pueden considerarse de menor importancia entre competidores (artículo 2. 1) y entre no competidores (artículo 2.2). En el caso de competidores que operan en niveles distintos de la cadena de producción o distribución quedan excluidas del concepto de conductas de menor importancia las infracciones contenidas en ambas enumeraciones.

Finalmente, el apartado 5 del artículo 2 del Proyecto de Reglamento establece que podrán no entenderse de menor importancia: (a) las conductas desarrolladas por empresas titulares o beneficiarias de derechos exclusivos y (b) las conductas desarrolladas por empresas presentes en mercados relevantes donde existen redes paralelas de acuerdos verticales y la cuota de mercado vinculada total supera el 50 por ciento. Con relación a la letra (b), algunos miembros de la asociación consideran que podría haber sido más acorde con la seguridad jurídica establecer simplemente por debajo de qué cuota de mercado cubierta por redes paralelas de acuerdos cuyas consecuencias sean similares se considerará sistemáticamente que no hay efecto cumulativo de exclusión.

Según algunos miembros, el Proyecto de Reglamento parece querer refundir en este artículo, como conductas excluidas del concepto de menor importancia, todas las “cláusulas negras” dispersas en distintos Reglamentos, Comunicaciones y Directrices aprobados por la Comisión para aplicar los artículos 81 y 82 TCE.

Este planteamiento puede considerarse contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ha reconocido con toda claridad que el concepto de acuerdo de menor importancia es aplicable también a restricciones que la Comisión Europea considera como cláusulas negras.

En efecto, en la primera vez que el Tribunal de Justicia reconoció expresamente que el artículo 81 TCE no prohibía los acuerdos que afectasen a la competencia de manera

⁴ Lo que a su vez suponía menos del 1% de los ingresos del vendedor de prensa denunciante.

insignificante fue en su Sentencia *Völk*⁵, que analizaba precisamente un contrato de exclusividad con una cláusula de protección territorial absoluta; ello no fue óbice para que el TJCE estableciese que ese tipo de restricción no era contraria al artículo 81 si únicamente afectaba a la competencia de forma insignificante.

Desde entonces el TJCE ha reafirmado en varias ocasiones que el hecho de que un acuerdo contenga una cláusula negra no impide que quede excluido de la prohibición enunciada en el artículo 81.1. TCE si únicamente restringe la competencia de forma insignificante. Así por ejemplo, en su Sentencia *BaByliss* el TPI afirmó⁶:

*Ahora bien, es jurisprudencia reiterada que incluso un acuerdo que contenga una protección territorial absoluta quedará al margen de la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1, cuando sólo afecte al mercado de una manera insignificante (sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1969, *Völk*, 5/69, Rec. p. 295, apartado 7; de 7 de junio de 1983, *Musique diffusion française y otros/Comisión, asuntos acumulados 100/80 a 103/80*, Rec. p. 1825, apartado 85, y de 28 de abril de 1998, *Javico*, C-306/96, Rec. p. I-1983, apartado 17).- (Subrayado propio).*

También consideran esos miembros que puede ser conceptualmente erróneo considerar que las cláusulas de no competencia de una duración o alcance superior al necesario para que puedan ser consideradas como una restricción accesoria a una operación de concentración es una “cláusula negra” que no debería beneficiarse de una cláusula *de minimis*. (Artículo 2.2.e).

En cualquier caso, si pese a lo anterior se decide mantener la mención a este tipo de cláusulas de no competencia, parece conveniente incluir su definición en el apartado 5 de este artículo, para evitar confusiones con la cláusula de no competencia a que se refieren las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales.

Algunos miembros consideran excesivo el nivel de detalle para un reglamento que se adoptará mediante real decreto, puesto que hace más difícil de lo que sería su deseable su modificación a futuro. Hay ya algunas teorías que consideran que algunas restricciones clásicas de la competencia pueden no ser tales, como por ejemplo la fijación de precios de reventa. En este sentido parece quizás más oportuno dejar la definición a comunicaciones de la CNC, como las

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1969, *Franz Völk / SRPL Etc J. Vervaecke*, Asunto 5/69, Rec. 295 (Edición especial española 1967-1969, p. 339). Vid

⁶ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Justicia de 3 de abril de 2003, *BaByliss SA / Comisión*. Asunto T-114/02.

que se prevén en el artículo 83 del Proyecto de Reglamento. De hecho así es como lo ha efectuado la Comisión europea.

Capítulo II De las concentraciones económicas

Artículo 3. Cálculo de la cuota de mercado.

El artículo 3 determina cómo debe procederse al cálculo de las cuotas de mercado previstas en los artículos 8.1.a) y 56 de la Ley. El artículo 3 aclara dos cuestiones de relativa importancia: que existe adquisición de cuota cuando se produce un cambio en las características del control sobre una empresa (apartado b)) y que existe adquisición de cuota cuando se produce la creación de una empresa en participación y las matrices aportan todo o parte de su negocio a la entidad de nueva creación (apartado c)).

El artículo 4 del Proyecto de Reglamento hace referencia al cálculo de volumen de negocios; se establecen normas específicas para los fondos de inversión, las entidades de crédito y financieras y las entidades aseguradoras. El artículo 5 regula el modo en que se han de valorar las eficiencias económicas.

En general, la AEDC considera que varias precisiones relativas a las concentraciones económicas merecen una regulación más detallada por parte del Proyecto de Reglamento, con el fin de garantizar la seguridad jurídica y facilitar la notificación de operaciones. A continuación subrayamos algunas de las puntualizaciones que consideramos oportuno introducir.

En relación con el artículo 3, hasta la fecha, las concentraciones en las que la empresa adquirente contaba por ejemplo, con una cuota de mercado del 40% en un determinado producto o servicio y adquiriría una empresa que carecía de actividades en ese mismo mercado, no precisaban de notificación, debido a que el artículo 8 de la Ley prevé solo la necesidad de notificar cuando *“como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30%”*. Sin embargo, la redacción otorgada al artículo 3 a) en la que se establece que *“la cuota de mercado resultante de una operación de concentración será la suma de las cuotas de mercado de las empresas partícipes en la operación...”* puede inducir a error ya que de su mera lectura se podría inferir que la situación anteriormente descrita debería notificarse.

Igualmente, el artículo 3 b) aclara que también existe adquisición de cuota cuando aun existiendo control previo por parte de la adquirente, se produzca una modificación de la

naturaleza del control, pasando de control conjunto a exclusivo y viceversa. Sin embargo, para que un cambio en la naturaleza del control sea notificable por aplicación del criterio de cuota de mercado, sería necesario que la cuota de mercado de una empresa en participación se asigne a partes iguales a sus respectivas matrices, porque de otra manera no se produciría una “adquisición o incremento de la cuota”. En efecto, hasta la fecha, si bien el volumen de negocios de una empresa conjunta se imputaba a partes iguales a las diferentes partes que ostentaban su control, la cuota de mercado se venía asignando íntegramente a cada una de las matrices, no produciéndose por tanto “adquisición o incremento de cuota” sino más bien “mantenimiento” de la cuota en un contexto de paso de control conjunto a control individual⁷.

En primer lugar, el Proyecto de Reglamento aclara que las adquisiciones o cesiones de control posteriores a la fecha de cierre de las cuentas auditadas de las empresas partícipes quedarán reflejadas en el volumen de negocios utilizado a efectos de la notificación de la operación de concentración. Algunos miembros de nuestra asociación celebran esta precisión, también introducida recientemente en la normativa comunitaria de control de concentraciones.

Sería recomendable incluir una mención relativa a aquellas operaciones que se lleven a cabo a principios de año y no se disponga de cuentas auditadas, para indicar que deberá tenerse en cuenta el volumen de negocios reflejado en las cuentas auditadas correspondientes al ejercicio más próximo.

Sería conveniente establecer si esta disposición obliga a tener en cuenta activos cuando se ha firmado un contrato para la adquisición, cesiones o cierre con posterioridad a las últimas cuentas auditadas sin que se haya cerrado la operación antes de la notificación o si, por el contrario, es necesario que dichas operaciones se hayan cerrado antes de la notificación para proceder al ajuste de los volúmenes de negocios para la notificación. En principio, entendemos que es necesario que el cierre de la operación haya tenido lugar antes de la notificación para que sea tenida en cuenta en el cálculo. Algunos miembros de esta asociación sugieren que se mencione explícitamente que esta inclusión también se entiende aplicable a los supuestos en los que una cesión de control se ha firmado pero su cierre no se ha llevado a cabo, siempre que esta cesión sea una condición previa y necesaria a la operación de concentración.

⁷ Ver en este sentido informe del SDC en el asunto N-04062 *Cirsa/GBC*, p.20. Ver igualmente la postura de la Comisión en esta línea, tal y como se desprende a sus Decisiones *inter alia* en los asuntos COMP/M.1879, *Boeing/Hugues*, de 29 de octubre de 2000, apartados 60 y 79 y COMP/M.2420 *Mitsui/CVRD/Caemi*, de 30 de octubre de 2001, apartado 169.

En segundo lugar, el apartado 6 del artículo 4 del Proyecto de Reglamento se refiere a las adquisiciones entre las mismas empresas que tengan lugar en un período de dos años y que se considerarán como una sola concentración realizada en la fecha de la última operación.

Algunos miembros han expresado su reparo al establecimiento de una regla de este tipo con carácter absoluto. Convendría tal vez establecer la posibilidad de declarar que esta regla no es aplicable a aquellas operaciones entre el mismo vendedor y comprador que, a pesar de producirse en un período de dos años, tienen un carácter totalmente independiente y afectan a mercados sin relación alguna entre ellos.

El Proyecto de Reglamento recoge en el artículo 4 bajo el epígrafe Cálculo del volumen de negocios cuestiones de interpretación que deberían ser igualmente aplicables a los supuestos de cálculo de la cuota de mercado. Se trata por ejemplo, de los apartados 4 (si la propuesta es acogida, en este párrafo habría de tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 3 anterior), apartados 5 o 6.

Se ha suprimido igualmente la mención recogida en el artículo 3.3 del Real Decreto 1443/2001, y que se mantiene a nivel comunitario, sobre la atribución del volumen de negocios en empresas controladas conjuntamente a partes iguales a las diferentes partes que ostenten su control. ¿Significa ello que ahora es necesario atribuir la totalidad del volumen de negocios a cada una de las matrices que participan en el control?

En tercer lugar, en relación con el subapartado a) del apartado 7 del artículo 4, se entiende que el cálculo del volumen de negocios de los fondos de inversión merece una regulación algo más detallada.

El Proyecto de Reglamento determina que cuando una de las empresas partícipes sea un fondo de inversión, su volumen de negocios vendrá determinado por la suma del volumen de negocios de las empresas gestoras y por el volumen de negocios de las empresas controladas por los fondos de inversión gestionados por dichas gestoras. Teniendo en cuenta la práctica del Servicio de Defensa de la Competencia en algunos de sus informes, algunos miembros de esta asociación consideran que debe darse un tratamiento especial a los supuestos en los que la sociedad gestora goce de independencia en la gestión de los fondos. Sería conveniente, en estos casos, replantearse la necesidad de tener en cuenta todos los fondos de la sociedad matriz para el cálculo del volumen de ventas.

Algunos miembros de la asociación consideran que habría sido útil introducir disposiciones que aclaren qué ocurre en los supuestos de sucesión de operaciones de carácter instrumental y transitorio para la realización de una concentración posterior.

Finalmente, algunos miembros apuntan la necesidad de especificar en el artículo 3 del Reglamento si en el caso de una empresa en participación controlada conjuntamente por una de las partes en la concentración y una tercera entidad ajena a la operación se debe tener en cuenta el 100% de la cuota de mercado de la empresa en participación o solamente el 50%, tal y como sucede a la hora de calcular el volumen de negocio de un grupo de empresas.

Capítulo III De las ayudas públicas

Artículo 6. Informes y propuestas.

El artículo 6 regula el deber de cooperación con la Comisión Nacional de la Competencia (en lo sucesivo, “CNC”) en el supuesto de que ésta solicite información para la elaboración de los informes y propuestas previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 11, y en particular, de los regímenes de ayudas o de las ayudas individuales exentas de la obligación de notificación contemplada en el artículo 88 del Tratado de la Comunidad Europea. El artículo 7 regula los mecanismos de comunicación de las ayudas públicas a la CNC y a los órganos de competencia de las Comunidades Autónomas implicadas.

El apartado 3 del artículo 6 establece que el análisis de los criterios de concesión de las ayudas públicas versará sobre las bases reguladoras en el caso de una línea de ayuda o sobre su fundamento jurídico si se tratara de una ayuda individual. En el análisis se valorarán los posibles efectos de las ayudas sobre el mantenimiento de la competencia en los mercados, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado CE y de las competencias de la Comisión y los órganos jurisdiccionales comunitarios en materia del control de ayudas.

Como ya se expresó en los comentarios que esta asociación elaboró al Anteproyecto de la Ley de Defensa de la Competencia con fecha de 30 de marzo de 2006, existen posturas divergentes entre sus miembros respecto a las facultades de la CNC previstas en el artículo 11 de la Ley. Mientras que algunos de sus miembros consideran que no es conveniente que la CNC fiscalice la actuación del Ministerio de Asuntos Exteriores en materia de ayudas públicas, otros definen la novedad como positiva al permitir reforzar los mecanismos que evitan el falseamiento de la competencia mediante el otorgamiento de ayudas. No expondremos de nuevo las consideraciones que ya se realizaron a este respecto en los comentarios de marzo de 2006.

El artículo 6 desarrolla las facultades de la CNC para controlar las ayudas y proyectos de ayudas sometidas al deber de notificación a la Comisión Europea con arreglo al artículo 87 y

88 CE en su momento de notificación a la Comisión Europea y de las ayudas exentas en virtud de un Reglamento comunitario de exención. Sin embargo, parece desprenderse de la referencia al artículo 11 (4) de la Ley que se hace en el artículo 6(1) del Proyecto de Reglamento que la CNC también está facultada para controlar ayudas distintas a las antes mencionadas, tales como ayudas ilegales o ayudas no comprendidas en el artículo 87 CE, por no afectar el comercio entre Estados miembros, de modo similar al establecido por el artículo 19 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, derogada.

En este sentido, algunos miembros de la AEDC consideran que el Proyecto de Reglamento no contribuye a aclarar determinadas disposiciones de la Ley que generan incertidumbre, en particular, en cuanto a las facultades concedidas a la CNC en el ámbito de ayudas de estado que no entran dentro del ámbito del artículo 87 CE. Nos referimos en particular al apartado 4 del artículo 11 de la Ley), que parece facultar a la CNC para proceder al “control” de cualquier ayuda pública “distinta de las contempladas en los apartados a) y b) (del apartado 3 del artículo 11 de la Ley)”, lo que, en principio y a falta de precisión que indique lo contrario, comprendería también aquellas ayudas públicas que no afectan el comercio entre Estados miembros y que por consiguiente no entran dentro del ámbito del artículo 87 CE. La Ley no especifica qué consecuencias pueden derivarse de dicho control y, en particular, si pueden prohibirse esas ayudas cuando falsean la competencia.

El apartado 1 del artículo 6 contribuye a aumentar la confusión al referirse al apartado 4 del artículo 11 de la Ley mencionado en el párrafo anterior cuando regula el deber de facilitar información para la realización de informes y propuestas previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 11. Esto parece implicar que la CNC puede dirigir a las Administraciones públicas propuestas conducentes al mantenimiento de la competencia falseada por ayudas, independientemente de que entren o no en el ámbito del artículo 87 CE, como ya parecía disponer la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia en su artículo 19 del que no se llegó a hacer uso.

En aras de la seguridad jurídica y del principio de legalidad, a la luz de estas disposiciones de la Ley y del Proyecto de Reglamento, algunos miembros de] esta asociación consideran necesario:

- mantener en la legislación nacional una definición del concepto de “ayuda pública” que actualmente no aparece recogida en la Ley,
- introducir mayor claridad en cuanto respecta al régimen de control o supervisión aplicable a las ayudas no comprendidas dentro del ámbito del

artículo 87 CE (por ejemplo, por no afectar el comercio entre Estados miembros),

- desarrollar reglamentariamente con más detalle los criterios que se emplearán para analizar si las ayudas falsean la competencia.

Entendemos que estas aclaraciones deberían hacerse en un instrumento con rango de ley.

Reiteramos, por último, la propuesta realizada con anterioridad de que se establezca un servicio de información para facilitar la denuncia por empresas españolas de ayudas en otros Estados miembros.

Artículo 7. Mecanismos de comunicación de las ayudas públicas.

Finalmente, el artículo 7, en su apartado 2, prevé la posibilidad de que se establezca un sistema de acceso a la información remitida por los órganos responsables de notificación de las ayudas a la Comisión Europea. El apartado 3 del artículo 7 prevé la creación de un Centro Informativo Telemático de las ayudas públicas nacionales previstas que deban notificarse a la Comisión Europea o que se hayan concedido al amparo de los Reglamentos comunitarios de exención.

Es difícil pronunciarse sobre estas novedades sin mayor información sobre estos sistemas y sobre el régimen de acceso a los mismos. En todo caso, algunos miembros de esta asociación consideran que sistemas de este tipo contribuirán positivamente a la detección de ayudas no notificadas.

Capítulo IV De la promoción de la competencia

Artículo 8. Ejercicio de la función de promoción de la competencia.

Algunos miembros de esta asociación acogen positivamente la mención expresa al deber de colaborar con las autoridades de competencia en el marco de la labor de las mismas de promover la competencia a través de informes o estudios previstos en los artículos 25 y 26 de la Ley y a las sanciones por no cumplir con dicho deber previstas en el artículo 9, apartado 3 del Proyecto de Reglamento. Los artículos 8 y 9 del Proyecto de Reglamento sitúan a la CNC en una posición equiparable a la de la Comisión europea en la realización de las investigaciones por sectores económicos y por tipos de acuerdo previstas por el artículo 17 del Reglamento 1/2003 y que están demostrando ser de gran utilidad, o cuanto menos tener un impacto significativo.

TÍTULO II

De los procedimientos en materia de defensa de la competencia

CAPITULO I Disposiciones comunes

Artículo 10. Práctica de notificaciones

Según el párrafo 1 artículo 10, las partes interesadas en el expediente deberán “designar un lugar en la localidad en la que se encuentre la sede de la autoridad de competencia o indicar e identificar los medios electrónicos pertinentes....”

Entendemos que el precepto introduce un requisito formal a efectos de notificaciones innecesario, como es el de designar un lugar para notificaciones en la localidad en la que se encuentre la sede de la autoridad de competencia. Por ello, se recomienda su supresión en la versión definitiva del Reglamento, y que, las notificaciones puedan practicarse en el lugar que las partes interesadas hayan señalado a tal efecto dentro del territorio de España.

Por su parte, el párrafo 2 del artículo 10 del Proyecto de Reglamento dispone que “se entenderá cumplida la obligación de notificar con el intento de notificación debidamente acreditado dentro del plazo máximo establecido.”

Para una mayor clarificación, convendría redactar dicho párrafo como se indica a continuación:

“...se entenderá cumplida la obligación de notificar con el intento de notificación debidamente acreditado dentro del plazo máximo establecido **y siempre que quede debida constancia del mismo en el expediente. Cuando la notificación se efectúe por medio de correo certificado con acuse de recibo, el intento de notificación queda culminado, en el momento en que la autoridad de competencia reciba la devolución del envío, y siempre que quede debida constancia de ello en el expediente.**”

Algunos miembros consideran que no queda claro cómo se articula el apartado del artículo 10 del Proyecto de Reglamento con el artículo 28 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y el artículo 59 LRJPAC. Dicho artículo 28 prevé que deben transcurrir 10 días naturales desde la puesta a disposición sin que se acceda a su contenido, para entender que la notificación haya sido rechazada a los efectos previstos en el artículo 59.4 LRJPAC (y por tanto, se considere notificada). Además, el propio artículo 28 de la Ley 11/2007 exceptúa de esa regla los casos en los que, de oficio o a

instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso. Por tanto, no basta con el simple intento de notificación (por ejemplo, el último día antes de que venza el plazo previsto para resolver el procedimiento) para considerar que se ha notificado correctamente. Dicho intento debe efectuarse al menos diez naturales antes de que venza el plazo, al objeto de que pueda entenderse como notificado a los efectos del artículo 28 de la Ley 11/2007. Además, no debe poder reputarse válido el simple intento de notificación cuando sea imposible material o técnicamente e acceso a la notificación.

Artículo 11. Cómputo de los plazos máximos de los procedimientos en casos de suspensión

El artículo 37.1 de la Ley no establece plazos máximos de suspensión para los supuestos que en él se contemplan. Esta situación contrasta con el plazo máximo de 10 días que, por remisión a los apartados 4 y 5 del artículo 55 de la Ley, establece el artículo 37(2) (b) de la Ley 15/2007, o el plazo máximo de tres meses para que los órganos sectoriales emitan su informe en los términos contemplados en el artículo 37(2) (d) de la Ley.

El apartado 1 del artículo 11 del Proyecto de Reglamento debería resolver esta laguna, incluyendo plazos máximos de suspensión para cada uno de los supuestos que contempla. A tales efectos, se propone la siguiente redacción alternativa:

“1. En caso de suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá adoptar un acuerdo en el que se señale la causa de la suspensión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, entendiéndose suspendido el cómputo del plazo:

*a) en los supuestos previstos en el artículo 37.1.a) y b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, por el transcurso del tiempo concedido; **sin que pueda exceder en ningún caso de tres meses.***

*b) en el supuesto previsto en el artículo 37.1.e) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados de las pruebas o de actuaciones complementarias al expediente; **sin que pueda exceder en ningún caso de tres meses.***

*c) en el supuesto previsto en el artículo 37.1.g) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un acuerdo de terminación convencional, desde el acuerdo de inicio de las actuaciones y hasta la conclusión, en su caso, de las referidas negociaciones; **sin que pueda exceder en ningún caso de tres meses.***

d) en el supuesto previsto en el artículo 37.2.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del artículo 55 de la Ley 15/2007, de 3 de julio;

*e) en el supuesto del artículo 37.2.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por el tiempo, **nunca superior a tres meses**, que medie entre la petición de informe, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos;*

f) en los demás supuestos del artículo 37 de la Ley 15/2007, se entenderá suspendido el cómputo del plazo desde la fecha del acuerdo de suspensión, que habrá de comunicarse a los interesados.”

Parece conveniente reflejar que muchos miembros de la AEDC consideran el plazo de tres meses excesivo en muchos casos, como pudiera ser para los subapartados 1 (a) y (b) del artículo 37 de la Ley, mientras que para otros pudiera ser reducido, como el subapartado 1 (g) del referido artículo. Por otro lado, el artículo 11 del Proyecto de Reglamento no contempla todos los supuestos que se hallan en el artículo 37 de la Ley. A tal fin parecería conveniente en todo caso establecer unos plazos máximos, adecuados a cada circunstancia, para no vaciar de contenido la limitación temporal general que fija la Ley en el artículo 36. De hecho en algunos de los supuestos de extensión del plazo la CNC goza de una gran discrecionalidad, lo que impone cautelas para cumplir el mandato que se halla en el preámbulo de la Ley en relación con “*la garantía de la seguridad jurídica para los operadores*”, y por otro lado “*se detallan las normas en cuanto a plazos máximos para las resoluciones correspondientes*”.

Sería conveniente incluir en el apartado 2 la obligación para el órgano competente de la Comisión Nacional de Competencia de incluir la nueva fecha en la que vencería el plazo máximo para resolver el procedimiento. Esto introduciría transparencia en el procedimiento y permitiría a los interesados presentar alegaciones, en caso de discrepar con el cómputo de los plazos.

Artículo 12. Facultades de inspección.

El apartado 2 del artículo 12 refiere los supuestos en los que los funcionarios de la autoridad de competencia pueden realizar una investigación en un domicilio particular a aquellas situaciones en las que existan indicios fundados de que en los domicilios a inspeccionar se pueden encontrar pruebas “de una infracción de especial gravedad”.

Sin embargo, la Ley no contempla en la clasificación de las sanciones las infracciones “de especial gravedad”. El artículo 62 de la Ley distingue entre infracciones “leves”, “graves” y “muy graves”. En aras a una mayor coherencia con la terminología utilizada en la Ley 15/2007 y para evitar cualquier posible problema de interpretación, se recomienda sustituir la expresión “infracción de especial gravedad” por “infracción grave o muy grave”.

Asimismo, el apartado 4 del artículo 12 del Proyecto de Reglamento establece que “en los supuestos de autorización judicial de entrada prevista en el artículo 40.4 de la Ley, de 3 de julio, se remitirán al juzgado de lo contencioso-administrativo la autorización del Director de Investigación y el acta en la que conste la oposición a la inspección.”

Ello no obstante, este artículo parece contradecir lo que dispone el artículo 40.4 de la Ley, de cuya redacción se desprende que la investigación domiciliaria con mandamiento judicial puede producirse también cuando exista el “riesgo” de que una empresa se vaya a oponer a dicha inspección. Por lo tanto, la Ley contempla un supuesto en el que el Director de Investigación pueda solicitar un mandamiento judicial sin necesidad de acreditar en un acta que ha existido oposición a la inspección, tal y como exige el artículo 12 (4) del Proyecto de Reglamento.

Artículo 18. Vista ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

El apartado 3 del artículo 18 otorga al Presidente de la CNC una amplia discreción para conceder o no un nuevo turno a los interesados y al representante de la Dirección de Investigación para que, brevemente, puedan aclarar, rectificar hechos o conceptos y concretar su posición.

Dada la importancia que la vista puede representar en el desarrollo de un procedimiento sancionador, la posibilidad de réplica debería contemplarse como un derecho de las partes interesadas y de la Dirección de Investigación y no dejarse a la absoluta discreción del Presidente de la Comisión Nacional.

En el Apartado 2 debería sustituirse la mención final a “la empresa” por “el interesado”, ya que en la vista pueden intervenir representantes de interesados que no sean empresas (Asociaciones de Empresas; Colegios profesionales; etc.).

Artículo 20. Imposición de multas coercitivas.

Entendemos que debería darse un trámite de alegaciones (por ejemplo, en el plazo de 5 días) a supuestos infractores antes de proceder a la imposición de las multas coercitivas previstas, o estarse a las disposiciones generales del procedimiento sancionador.

Artículo 22. Publicidad

Considerando que la transparencia es uno de los principios informadores de la Ley, la AEDC considera que entre los acuerdos y resoluciones que deben ser publicados en la página web de la CNC se deben incluir también, al menos una mención de]los laudos que la Comisión Nacional pueda adoptar en el ejercicio de sus funciones arbitrales. Por la misma razón, todos los informes emitidos por los órganos de la Comisión Nacional al amparo de los artículos 25 y 26 de la Ley deberían publicarse en la web una vez expurgados sus contenidos confidenciales.

Por lo tanto, se propone para el artículo 22 la siguiente redacción:

*“1. Conforme al artículo 27 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, los acuerdos y resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia que se dicten en aplicación de la normativa de Defensa de la Competencia, **incluyendo los laudos dictados en el ejercicio de su función arbitral**, serán publicados en la página Web de la Comisión Nacional de la Competencia, una vez notificados a los interesados y resueltas las cuestiones de confidencialidad.*

2. Las Comunicaciones de la Comisión Nacional de Competencia serán publicadas en la página Web de la Comisión Nacional de la Competencia, y en el Boletín Oficial del Estado.

3. Los dictámenes previstos en los artículos 25 y 26 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, se publicarán en la página Web de la Comisión Nacional de la Competencia, una vez que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estime su interés para la promoción de la competencia y tras ser remitidos a los órganos u organizaciones que los hubieran solicitado, informándoles de su publicación.”

Artículo 23. Recurso contra las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación.

El plazo de 5 días otorgado a la Dirección de Investigación para evacuar el informe en caso de recurso administrativo parece excesivamente breve, en particular en relación con los 15 días concedidos a otros particulares para alegar. Se propone el establecimiento de un plazo común.

Capítulo II Del procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas

Sección 1ª - De la instrucción del procedimiento sancionador

Artículo 25. Información reservada

No se prevé ningún límite al trámite información reservada, ni respecto de su alcance (ver Resolución de 28.1.1999 *Distribuidora Prensa asturiana*) ni de su duración. De esta forma, la opinión de algunos miembros de la AEDC es que la información reservada ha venido siendo utilizada —y pudiera continuar siéndolo— para practicar una verdadera instrucción paralela, en la que a los interesados tradicionalmente han visto cercenados sus derechos bajo el argumento de que formalmente no existe un procedimiento, y que vacía de contenido el plazo máximo de instrucción fijado por el legislador.

Se propone que se delimite el alcance de la información reservada. En la citada Resolución *Distribuidores de prensa asturiana*, el TDC ya precisó que la finalidad de esta fase debía ser “*conseguir que el denunciante aporte todos los elementos de convicción de que disponga respecto de los hechos denunciados para sumarla a la que el Servicio [hoy, Dirección de Instrucción] tenga o pueda recabar por otros medios*”.

Asimismo se propone que, en todo caso, se establezca una duración máxima de este procedimiento, **que se halle a su vez en relación proporcional con los plazos máximos que establece la ley**. Una propuesta sería limitarlo a un máximo de seis meses, si bien algunos miembros sugieren plazos inferiores de tres meses. Si en el supuesto de que los tres meses, que no lo seis, pudiera parecer escaso se podría prever un sistema de concesión de una única prórroga de tres meses en la que se informaría a las empresas objeto de la información reservada.

Este plazo da garantías a ambas partes tanto a los denunciantes, que una vez transcurrido el plazo indicado sabrían que su solicitud ha sido desestimada por silencio negativo, como a las empresas que pudieran ser el potencial objeto del expediente sancionador, de saber que existe

un plazo, transcurrido el cual el procedimiento de información reservada se tiene por finalizado.

Existe ya respaldo en diversas normas que prevén plazos máximos para los trámites de información reservada, y que guardan relación con los plazos máximos fijados para los procedimientos.

Artículos 24.5 y 26 Acuerdo de no incoación y archivo de denuncia.

Sería más operativo que dicho acuerdo pudiese ser tomado por la Dirección de Investigación, en lugar de por el Consejo, sin perjuicio de que el mismo pudiese ser recurrido al Consejo. Algunos miembros comparten el punto de vista, pero entienden que puede existir una limitación en el artículo 49 (3) de la Ley.

En el procedimiento previsto en los artículos 24.5 y 26 no se da trámite de audiencia a los interesados antes de que sea archivada la denuncia. Se propone que en todo caso se dé traslado a los interesados de la propuesta de acuerdo de no iniciación para alegaciones. Ver por ejemplo el procedimiento previsto en el artículo 32.3.

Artículo 27. Incoación del expediente.

La AEDC propone que el Proyecto de Reglamento contemple expresamente la figura del equipo de instrucción, como sustitutivo o complementario de la figura del instructor.

Las personas que, en cada caso, integren los equipos de instrucción deberían figurar en el acuerdo de incoación para permitir, en su caso, a los interesados aducir causas de abstención.

Artículo 33. Preclusión.

No debería obligarse en todos los casos a la Dirección de Investigación a no tener en cuenta las alegaciones presentadas fuera de los plazos previstos en el artículo 32 (apartados 1 y 2). Debería sustituirse “no tendrá en cuenta” por “podrá no tener en cuenta”, configurándolo como una facultad de la Dirección de Investigación.

Artículo 37. Contenido de la resolución.

Algunos miembros consideran que el apartado 2 incurre en el mismo error que el artículo 53.1 de la Ley, al distinguir entre no haber resultado acreditada la existencia de práctica prohibida y la existencia de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Estos miembros consideran que las conductas de menor importancia no están prohibidas (artículo 5 Ley) y por lo tanto, para evitar toda

confusión, este supuesto debe quedar subsumido dentro de la falta de acreditación de práctica prohibida.

En efecto, las conductas de menor importancia no deberían estar prohibidas, al no ser capaces de afectar a la competencia y por tanto, no quedar -al menos para el artículo 1- dentro de su ámbito de aplicación (la aplicación de esta cuestión al artículo 2 resulta como ya se ha recogido anteriormente más discutible). De otra manera, aunque el Consejo pueda calificar las conductas en cuestión de menor importancia y decidir por tanto, no perseguirlas, quedaría la cuestión abierta de si pueden ejercitarse acciones ante los juzgados de lo mercantil.

Artículo 38. Terminación convencional de los procedimientos sancionadores.

Algunos miembros consideran que se debería motivar por qué cualquier incumplimiento de la resolución que ponga fin al procedimiento de terminación convencional tenga que tener la consideración de infracción muy grave. Según esos miembros, la experiencia de expedientes anteriores demuestra que puede producirse un incumplimiento de alguna de las condiciones, sin que dicho incumplimiento pueda achacarse una actuación dolosa o culposa de la parte que suscribió la terminación convencional. Otros encuentran justificación suficiente en el artículo 62 (4) c de la Ley. Si bien señalan que debería poderse graduar en función de la importancia de la infracción o del impacto que tuviera para la competencia.

Sección 7ª - De los procedimientos de exención y reducción del importe de la multa

El sistema de exención y reducción del importe de las multas (también llamado sistema de clemencia) previsto en estos artículos es una de las principales novedades de la Ley. El éxito de estos sistemas como elementos clave en la investigación y represión de prácticas anticompetitivas ha sido sobradamente demostrado por la experiencia de la Comisión Europea en este ámbito. Sin embargo, la regulación de este tipo de sistemas de clemencia debe realizarse con un especial cuidado, de manera que su utilización por parte de empresas presuntamente infractoras sea atractiva, y, en la medida de lo posible, plantee las menores dificultades posibles desde el punto de vista de la seguridad jurídica de todos los afectados.

Antes de proceder al examen detallado de los artículos comprendidos en esta sección, procede realizar un comentario general. El texto del proyecto no especifica si las solicitudes han de presentarse por escrito. Esta cuestión plantea la posibilidad de admisión de solicitudes orales de exención o reducción del importe de la multa.

Esta posibilidad, que evita al solicitante la necesidad de plasmar dicha solicitud por escrito, sería un elemento tremendamente valioso para solicitantes potenciales sometidos a jurisdicciones extranjeras en las que la presentación de este tipo de documento puede ser impuesta por los tribunales (especialmente en los Estados Unidos de América). El riesgo de que la solicitud de clemencia preparada para un procedimiento en España pueda ser conocida en otras jurisdicciones supone un elemento disuasorio para las empresas sometidas a dichas jurisdicciones donde puede ser considerada como un aprueba inculpativa. Por este motivo, se propone admitir expresamente la posibilidad de presentación de solicitudes orales de exención y de reducción del pago de la multa, fehacientemente documentadas por los funcionarios de la Comisión Nacional de la Competencia en los términos siguientes:

“Artículo [•]: Solicitudes orales

Con carácter general, las solicitudes de exención o de reducción del importe de las multas se presentarán por escrito ante la Comisión Nacional de la Competencia. No obstante, la solicitante podrá pedir audiencia a la Comisión Nacional de la Competencia al objeto de presentar una solicitud oral. En estos casos, la Dirección de Investigación recibirá a la solicitante y consignará en un acta el contenido de la reunión. En este acta, que deberá consignar todos los contenidos del Artículo 45.2 de este Reglamento, tendrá los mismos efectos y recibirá el mismo tratamiento que una solicitud de exención o reducción del importe de la multa presentada por escrito. A los efectos de conceder la exención condicional, la fecha de presentación de las solicitudes orales será la fecha en la que se hubiere celebrado la reunión”.

Sección 7ª - De los procedimientos de exención y de reducción del importe de la multa

Artículo 45. Presentación de las solicitudes de exención del pago de la multa

El texto del Proyecto no se refiere al idioma en el que deben presentarse los documentos a la Comisión Nacional de la Competencia. En principio, de conformidad con las normas procedimentales españolas, la documentación presentada a la Comisión Nacional de la Competencia debería estar en castellano (o, en el caso de la presentación de solicitudes a autoridades autonómicas, en cualquiera de las lenguas cooficiales de la Comunidad

Autónoma de que se trate). Esta exigencia no plantea ningún problema en relación con el escrito de solicitud. Sin embargo, no está claro que deban traducirse la totalidad de los documentos aportados que pudieran estar redactados en un idioma extranjero.

En este sentido, la exigencia de presentar una traducción de la totalidad de los documentos aportados puede ser desproporcionada y puede retrasar la presentación de las solicitudes, además de encarecer considerablemente el proceso. Por este motivo, parece aconsejable que se establezca la posibilidad de aportar las traducciones, a petición de la Comisión Nacional de la Competencia, de aquellos documentos concretos necesarios para la evaluación de la práctica.

Por ello, se propone la siguiente redacción para la letra d) del artículo 45.2:

*“d) Pruebas del cartel que estén en posesión del solicitante o de las que éste pueda disponer en el momento de presentar su solicitud, en particular, pruebas contemporáneas del mismo, que permitan verificar su existencia. **En el caso de pruebas documentales redactadas en una lengua no oficial del Estado, la Dirección Nacional de la Competencia, podrá requerir al solicitante, si lo considera necesario, a que presente traducciones al castellano de los documentos concretos que pudieran ser necesarios para la evaluación de la práctica”.***

Por último, el artículo 45.4 contiene una errata ya que hace una referencia a varias letras del “*apartado anterior*” en referencia a los apartados del párrafo segundo. En aras de la claridad, sería recomendable referirse, por lo tanto, al “*apartado segundo de este artículo*”.

Artículo 46. Tramitación de las solicitudes de exención del pago de la multa

En primer lugar, en este artículo se prevé que la Dirección de Investigación confirme a la empresa solicitante de exención la fecha y hora de la recepción de la solicitud, pero no se incluye la mención al hecho, fundamental para la estrategia de defensa de las partes, de si la empresa en cuestión es o no la primera en solicitar la exención.

En este sentido, esta mención contribuiría no sólo a incrementar la seguridad jurídica de la empresa solicitante, sino también a la homogeneización del sistema, dado que esta mención está expresamente prevista en el artículo 47.4 del Proyecto de Reglamento para el caso de las solicitudes abreviadas. Desde este punto de vista, no existen razones objetivas que justifiquen esta diferencia de trato.

Por ello, se propone la siguiente redacción para el artículo 46.1:

1. Recibida la solicitud junto con la información y los elementos de prueba, la Dirección de Investigación remitirá al solicitante un acuse de recibo confirmando la fecha y hora de su recepción y le comunicará si ha sido la primera empresa en presentar una solicitud de exención en relación con ese cártel, sin que dicha comunicación pueda entenderse, en ningún caso, como la concesión de la exención condicional prevista en el apartado segundo del presente Artículo”.

En segundo lugar, es preciso hacer una mención a la concesión por parte de la Dirección de Investigación de la exención condicional. El artículo 46.2 habilita a la Dirección de Investigación para conceder a la empresa solicitante una exención condicional tras comprobar el cumplimiento de los requisitos necesarios para ello. De conformidad con la lógica del sistema, el carácter condicional de esta exención depende necesariamente de la colaboración posterior prestada por la empresa solicitante durante la tramitación del procedimiento. Esta exención condicional es ratificada por el Consejo al final del procedimiento. En principio, del texto del Artículo parece desprenderse que el Consejo siempre seguirá la propuesta de la Dirección de Investigación si se han cumplido durante el procedimiento los requisitos legales del artículo 65.2 de la Ley. La consecuencia atribuida a la falta de cumplimiento de estos requisitos es la imposibilidad de beneficiarse de *“ningún trato favorable con arreglo a lo dispuesto en la presente Sección”*.

En este sentido, algunos miembros de la asociación destacan que sería aconsejable eliminar los términos absolutos de la sanción expresada en la frase final del apartado 5 del artículo 46, y permitir que el Consejo pueda, en función de las circunstancias de cada caso concreto, adoptar la medida que considere oportuna.

Además, este artículo no hace referencia alguna a las consecuencias que acarrea el supuesto de que en el transcurso del procedimiento se constate que la información aportada en una solicitud de exención que se hubiera beneficiado de una exención condicional no es veraz o es equívoca o parcial.

En este sentido, sería adecuado prever la retirada de la exención, de manera total o parcial, y la concesión de la misma a la segunda empresa que la hubiese solicitado, siempre que se reúnan los requisitos objetivos y formales para ello. Por este motivo, se propone la inclusión de un apartado 6 del siguiente tenor:

“6. En el caso de que en el transcurso de la instrucción del expediente se constate que la información aportada por el solicitante que hubiese recibido la exención condicional es falsa o engañosa, la Dirección de Investigación podrá retirar dicha exención condicional. En este caso, la Dirección de Investigación valorará la posibilidad de conceder la exención condicional a la empresa que hubiese solicitado la misma inmediatamente después del primer solicitante. La retirada de la exención condicional no impedirá a la Dirección de Investigación, si se reúnen los requisitos legalmente establecidos, considerar la información aportada por el primer solicitante de conformidad con lo establecido en el artículo 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio”.

Por último, la actual redacción de este artículo no se refiere a la incidencia que las solicitudes presentadas por personas físicas pueden tener sobre las empresas para las que estas personas trabajen. La Ley, en sus artículos 65.3 y 66.4, consagra el principio de que los beneficios alcanzados por una empresa beneficiarán *ipso iure* a sus representantes. Es decir, la solicitud de clemencia presentada por una empresa se extiende automáticamente a sus directivos con independencia de su implicación en la práctica investigada. Sin embargo, no se encuentra una previsión en sentido contrario. En este sentido, parece razonable que el reglamento contemple la posibilidad de que los beneficios alcanzados por un directivo puedan extenderse a la empresa para la que trabaja, siempre que se den los requisitos para ello.

Por ello, se propone la introducción de un párrafo séptimo del siguiente tenor literal:

“3. La exención del pago de la multa concedida al representante legal de una empresa o a las personas integrantes de los órganos directivos de la misma beneficiará igualmente dicha empresa, siempre y cuando hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia en los términos legal y reglamentariamente previstos”.

Artículo 48. Contenido de las solicitudes de reducción del importe de la multa

De la misma manera que los artículos 45 y 47 del Proyecto de Reglamento describen el contenido formal de las solicitudes de exención, podría incluirse en este artículo una descripción de los elementos mínimos que debe reunir una solicitud de reducción del importe de la multa. En este sentido, podría aclararse esta situación con una referencia por remisión a los requisitos formales de la solicitud de exención previstos en el artículo 45.2.

En el segundo párrafo del artículo se hace referencia al concepto de “valor significativo añadido”. En este sentido, ayudaría a la comprensión del concepto la inclusión de algunos ejemplos, en la misma línea de la Comunicación de la Comisión de 8 de diciembre de 2006 relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (la “**Comunicación de Clemencia**”) de modo que las solicitantes puedan anticipar el valor que la Comisión Nacional de la Competencia va a otorgar a una solicitud.

En este sentido, se propone incluir en el párrafo segundo de este artículo una referencia orientativa en términos similares a los previstos en el párrafo 25 de la Comunicación de Clemencia.

A la vista de lo anterior, este artículo quedaría redactado de la siguiente manera:

*“1. La empresa o persona física que solicite la reducción del importe de la multa deberá facilitar a la Comisión Nacional de la Competencia elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ésta disponga. **La solicitud de reducción del importe de la multa deberán reunir los requisitos formales previstos en las letras a), b) y d) el apartado segundo del Artículo 45 de este Reglamento**”.*

*“2. Se entenderá que aportan un valor añadido significativo aquellos elementos de prueba que, ya sea por su naturaleza o por su nivel de detalle, permitan aumentar la capacidad de la Comisión Nacional de la Competencia de probar los hechos de que se trate. **En particular, la Comisión Nacional de la Competencia, concederá generalmente más valor a las pruebas escritas que daten del periodo en que se produjeron los hechos que a las pruebas establecidas posteriormente, a los elementos de prueba incriminatorios directamente relacionados con los hechos en cuestión frente a los que sólo guarden relación indirecta con los mismos y a las pruebas concluyentes frente a pruebas que exigen corroboración en caso de ser contradichas**”.*

Artículo 49. Presentación y tramitación de las solicitudes de reducción del importe de la multa

Se sugiere que en el envío del acuse de recibo se haga constar expresamente el puesto que ocupa la solicitante respecto a las solicitudes de reducción en términos similares a los descritos en el comentario al artículo 46.1 *supra*. Esta modificación debería incluirse en el apartado cuarto del artículo.

En segundo lugar, el procedimiento, conforme se encuentra establecido en este artículo, no reconoce la posibilidad de una reducción o exención parcial en los casos en los que la solicitante hubiese sido el primero en aportar pruebas que permiten a la CNC ampliar sus imputaciones o incrementar los factores de gravedad de los hechos. En este caso, con el doble objetivo de contribuir a la homogeneidad con el sistema comunitario y de no desincentivar la aportación de pruebas por parte de las empresas, sería conveniente incluir un párrafo octavo a este artículo que recoja esta idea en los términos del último párrafo del punto 26 de la Comunicación de Clemencia:

“8. Si el solicitante de una reducción de la multa es el primero en facilitar pruebas concluyentes que la Comisión Nacional de la Competencia utilice para establecer hechos adicionales que redunden en un incremento de la gravedad o de la duración de la infracción, la Comisión Nacional de la Competencia no tomará en cuenta estos hechos adicionales cuando fije el importe de la multa a la empresa que haya facilitado dichas pruebas.”

Finalmente, este artículo tampoco se refiere a la incidencia que las solicitudes presentadas por personas físicas pueden tener sobre las empresas para las que estas personas trabajen. Al igual que se ha expuesto en relación con las solicitudes de exención, y por los mismos motivos, parece apropiado que se complete este artículo con un apartado noveno:

“9. La reducción del importe de la multa correspondiente al representante legal de una empresa o a las personas integrantes de los órganos directivos de la misma beneficiará igualmente dicha empresa, siempre y cuando hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia en los términos legal y reglamentariamente previstos”.

Artículo 50. Tratamiento de las solicitudes de exención o de reducción del importe de la multa

La redacción actual del artículo no contempla la posibilidad expresa de que la declaración de confidencialidad prevista para la compilación de la pieza separada sea adoptada tras haber solicitado a la solicitante afectada que se pronuncie al respecto. En este sentido, parece oportuno incluir en el párrafo primero del artículo una declaración en este sentido:

“La Comisión Nacional de la Competencia tratará como confidencial el hecho mismo de la presentación de una solicitud de exención o de reducción del importe de la multa, y formará pieza separada especial con todos los datos o documentos de la solicitud que considere de carácter confidencial, incluida, en todo caso, la identidad del solicitante. Esta declaración de confidencialidad deberá tener en cuenta las alegaciones que al respecto pudiera formular el solicitante”.

Artículo 51. Deber de cooperación de los solicitantes de exención o de reducción del importe de la multa

El deber de cooperación plena, continua y diligente previsto en este artículo se extiende, en su letra c) a los directivos anteriores de la empresa “*en su caso*”. Entendemos que esta mención se refiere a la posibilidad de que la empresa facilite estas entrevistas. Sin embargo, dado que la comparecencia de antiguos empleados no siempre está dentro de la capacidad de actuación de una empresa, quizá sería más adecuado sustituir la expresión “*en su caso*” por “*en la medida en que fuese posible*”

Artículo 52. Mecanismos de coordinación con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en los procedimientos de exención del importe de la multa

El párrafo tercero del artículo se refiere al supuesto de que se produjese un cambio de asignación de autoridad competente. Para este caso, el texto actual del artículo indica que “*se reconocerá la exención condicional previamente acordada*”. Esta mención sólo se plantea el supuesto de conflicto entre la autoridad autonómica y la nacional, pero no parece contemplar el supuesto de que varias autoridades autonómicas reciban solicitudes de exención/reducción de multas.

Esta circunstancia plantea dos problemas. En primer lugar, no se refiere al supuesto de que la exención condicional se hubiera solicitado ante diferentes autoridades y todavía no se hubiera concedido por ninguna de ellas en el momento de determinación de la autoridad competente

y, en segundo lugar, no establece claramente qué sucedería en el caso de que dos autoridades autonómicas diferentes hubieran otorgado ya la exención condicional. Estos problemas podrían solucionarse si se establece que, en estos casos, sólo podrá procederse a la concesión de una exención condicional una vez se haya confirmado la autoridad competente. En cualquier caso, sería preciso garantizar que el cambio de autoridad no afectará a la prioridad de las solicitudes presentadas, que deberán ser examinadas, por orden de presentación, por la autoridad que finalmente vaya a conocer del asunto.

Por ello, se propone la siguiente redacción para el apartado tercero:

“3. En los casos descritos en los apartados anteriores, ninguna autoridad podrá pronunciarse acerca de las solicitudes presentadas hasta que no se haya determinado la autoridad competente en aplicación de los mecanismos de la Ley 1/2002, de 21 de febrero. Dicha autoridad competente será la responsable del examen de las solicitudes. En caso de que se presenten diferentes solicitudes ante diferentes órganos, la autoridad competente se pronunciará sobre ellas atendiendo a la fecha de presentación de cada solicitud ante las autoridades afectadas”.

El mismo problema se plantea frente a la posibilidad de reenvío de casos con solicitud de inmunidad o clemencia entre España y la Comisión Europea, o, eventualmente, entre España y otros países de la Unión Europea. En el proyecto de Reglamento no existe ninguna previsión en este sentido en la normativa comunitaria de aplicación, si bien el sentido común parece exigir que se establezca un criterio de prioridad temporal: la solicitud de clemencia o, en su caso, de reducción de multas, deberán beneficiar a la primera empresa que hubiera presentado las solicitudes oportunas ante las autoridades que creyese competentes. Si bien el Proyecto de Reglamento no puede imponer los criterios que utilizarán otras autoridades nacionales extranjeras, sí sería deseable que este criterio de prioridad temporal se estableciese expresamente, con independencia de que la solicitud se hubiese presentado ante la Comisión Nacional de la Competencia o ante cualquier otra autoridad.

El problema también se puede originar porque de buena fe distintas partes acudan a solicitar inmunidad o clemencia a autoridades distintas, como pueden ser la CNC o la Comisión europea, y en la comunicación entre ambas aparecer que se trata del mismo asunto, con lo que se debería establecer una prioridad temporal en la solicitud que se presente.

Por ello, se propone introducir un Artículo 52 bis del siguiente tenor:

“52 bis. Mecanismos de coordinación con la Comisión Europea y con los órganos competentes de otros Estados miembros en los procedimientos de exención del importe de la multa

1. En el caso de que, de conformidad con la legislación aplicable, la Comisión Nacional de la Competencia fuese considerada como la autoridad mejor situada para investigar conductas prohibidas por el Artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea frente a la Comisión Europea o frente a las autoridades nacionales de competencia de otros Estados miembros, valorará las solicitudes de clemencia que se hubieran podido presentar en atención a la fecha de su presentación ante la autoridad de que se trate”.

CAPITULO III Del procedimiento de control de concentraciones

Sección 1ª - De la notificación

Artículo 53. Notificación de la concentración económica

A nuestro entender, en la práctica no se ha sido formalista con respecto a la necesidad de que los proyectos o acuerdos de concentración deban ser adoptados por el órgano de administración o deban cumplir lo dispuesto en la normativa societaria para que puedan ser notificables. Igualmente, a escala comunitaria, el artículo 4.1 del Reglamento de control de concentraciones, únicamente requiere para proceder a la notificación que: *“las empresas afectadas demuestren a la Comisión su intención de buena fe de concluir un acuerdo, o en el caso de una oferta de adquisición, cuando hayan anunciado públicamente su intención de presentar tal oferta (...)”*.

Por ello, con respecto a las letras a), b) y c), sugerimos únicamente mantener el primer párrafo de la letra a) y la letra b), suprimiendo el segundo párrafo de la letra a) y la letra c).

Además, con el fin de que la redacción del párrafo a) incluya todos los tipos de concentración y no solo la toma de control sugerimos incluir el concepto concentración en la redacción del primer párrafo de la letra a), quedando redactado de la siguiente manera:

“a) Existe proyecto o acuerdo de concentración desde el momento en que los partícipes consientan en realizar la operación que origine la

concentración, y determinen la forma, el plazo y las condiciones en que vaya a ejecutarse”.

El párrafo b) quedaría redactado en la misma forma que el Proyecto de Reglamento.

En relación con el tercer apartado del artículo 53 sugerimos modificar la redacción que otorga discreción a la CNC para archivar las actuaciones en caso de desistimiento.

Son las partes quiénes deciden acometer una operación de concentración, de igual manera que deciden desistir de la misma. Por ello, entendemos que deberían tener derecho a que no exista resolución/precedente al respecto, resolución que por otra parte versaría sobre un asunto completamente hipotético por no llevarse finalmente a cabo. Además, de conformidad con el artículo 58.6.c), la tasa será devuelta en caso de desistimiento, lo que resulta indicativo de lo innecesario de adoptar una resolución cuando exista desistimiento.

Por tanto, sugerimos que el archivo de las actuaciones sea imperativo, es decir, en lugar de: *“el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia **podrá acordar** sin más trámite el archivo de las actuaciones”*, que el *“el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia **acordará** sin más trámite el archivo de las actuaciones”*.

Artículo 54. Notificación a través de representante

Nos preguntamos si sería posible eliminar la necesidad de acreditar la representación mediante poder notarial, sustituyendo esta obligación por la posibilidad de acreditar la representación mediante una carta firmada por el representante legal de las empresas partícipes, tal y como se viene realizando en el procedimiento comunitario. Este sistema sería igualmente aplicable a las empresas extranjeras que no precisarían de apostilla. En muchas ocasiones, la ausencia de estos requisitos formales agiliza la presentación de la notificación y permite acelerar el procedimiento algunos días. La exigencia de poder notarial se considera que excede las reglas establecidas en el artículo 32 de la Ley 30/1992. Además ponen de manifiesto que no parece existir justificación a la distinta exigencia de representación para presentar una denuncia (artículo 24.2.b. del Proyecto de Reglamento) y una concentración; máxime cuando, en el caso de la concentración, el notificante aporta un resguardo de haber pagado la tasa, lo que permite presumir que ostenta la representación de la empresa obligada a pagarla.

En el supuesto de que el comentario al artículo 54.2 no fuera acogido, el artículo 54.3 prevé que la ausencia de representación legal debidamente acreditada supone la inadmisión a

trámite de la notificación. Sugerimos incluir un mecanismo que permita a las partes subsanar este defecto antes de que se dicte resolución de inadmisión.

La posibilidad de subsanación se contempla en el artículo 71 de la Ley 30/92 que concede un plazo de diez días para aportar los documentos preceptivos con ocasión de la iniciación de un procedimiento. Esta posibilidad se recoge igualmente en el artículo 57.4 del Proyecto de Reglamento para la consulta previa. Sugeriríamos por tanto incorporar al Reglamento lo dispuesto por la Ley 30/92.

Además, al igual que en el artículo 55.4, si el defecto no ha sido finalmente subsanado en el plazo concedido, sugeriríamos cambiar la redacción de la última frase del artículo 54.3 a: *“la Dirección de Investigación **podrá** dictar resolución de inadmisión a trámite de la notificación”*.

Artículo 55. Forma y contenido de la notificación

Sugerimos incluir un mecanismo que permita a las partes completar la notificación que la Dirección de Investigación considere no presentada en forma sin que ello implique de manera inmediata la inadmisión a trámite de la notificación.

Ver en este sentido comentarios al artículo 54.3.

La redacción del párrafo séptimo resulta algo confusa; el notificante, lo que debiera de comunicar a la Dirección de Investigación es cualquier modificación relevante *que pueda afectar* al contenido de ésta. Sugeriríamos por tanto el siguiente texto:

*“El notificante informará inmediatamente a la Comisión Nacional de la Competencia sobre cualquier **modificación relevante que pueda afectar al contenido del formulario de notificación** durante la tramitación del expediente”*

En relación con el artículo 55, párrafo 10, siendo su único objetivo la utilización del formulario abreviado de notificación, el umbral de 6 millones de euros para empresas en participación nos parece “escaso”.

Sugerimos elevar el umbral económico del artículo 55.10, para así aumentar el número de operaciones que puedan beneficiarse de la utilización del formulario abreviado de notificación. Se sugiere como cifra mínima la de 12 millones de euros, si bien otros miembros de la AEDC proponen 15 o 20 millones de euros.

Además, en cualquier caso el artículo 56.2 permite a la CNC exigir la presentación del formulario ordinario cuando lo estime necesario.

Artículo 56. Levantamiento de la suspensión de la ejecución

Creemos muy conveniente incorporar un plazo para que el Consejo de la CNC se pronuncie sobre el levantamiento de la suspensión de la ejecución. Algunos miembros de la AEDC estiman que un plazo de 10 días sería razonable, mientras que otros consideran que pudieran ser 15 días. En todo caso se puede prever un sistema de silencio positivo en relación con el plazo que se establezca, y que transcurrido se considerará que se ha concedido el levantamiento de la suspensión.

Sugerimos también que se permita realizar la solicitud de levantamiento incluso con anterioridad a la presentación del borrador confidencial de notificación. Esto sería de gran utilidad en particular para las operaciones de concentración que tienen implicaciones en otras jurisdicciones europeas, e incluso en el resto del mundo, sin ventas significativas en España, o con un escasísimo impacto en la competencia, resultando excesivo que toda la operación de concentración deba quedar en suspenso hasta su autorización.

Artículo 57. Consulta previa a la notificación

Creemos muy conveniente incorporar un plazo para que el Consejo de la CNC se pronuncie sobre la consulta previa a la notificación a efectos del artículo 57 párrafo 1º.

La ausencia de plazo no incentiva la presentación de este tipo de consultas, mucho menos cuando la respuesta de la CNC puede ser que la operación en cuestión debe ser notificada, comenzando a contar entonces los plazos ordinarios de notificación, plazos sumados a su vez, al tiempo que haya tomado la CNC para responder a una consulta.

La inclusión del plazo podría contribuir a una mayor utilización de este mecanismo. Estimamos que 10 días sería razonable.

A efectos del artículo 57.3 la información necesaria para plantear la consulta parece excesiva (la totalidad de las Secciones 5 y 6 del formulario), en particular cuando las consultas versen sobre (i) la existencia de una concentración; o (ii) si se alcanza el criterio de volumen de negocios, donde nada tiene que ver el mercado o la posición de las partes para dilucidar si la operación es notificable.

Sección 2ª Del procedimiento

Artículo 59. Confidencialidad del expediente

La redacción del artículo 59.1 del Proyecto de Reglamento debería modificarse con el fin de aclarar si los elementos que se harán públicos una vez iniciado un expediente de control de concentraciones son únicamente los que se enumeran en la segunda parte del párrafo, esto es, "la fecha de presentación de la notificación, los nombres de las empresas partícipes, el sector económico afectado y una descripción sumaria de la operación"; o si por el contrario se trata de una enumeración no cerrada tal y como parece indicar la interjección "en particular". Asimismo, sería conveniente indicar que la descripción sumaria de la operación debería ser la realizada por las propias partes notificantes en el formulario de notificación⁸.

Sería igualmente conveniente aclarar si los afectados por la operación de concentración tienen la posibilidad de aportar información o realizar alegaciones en primera fase. El Proyecto de Reglamento si bien permite la presentación de comentarios por los afectados en segunda fase (ver artículo 63.3. del Proyecto de Reglamento y comentarios *infra*) así como la posibilidad de solicitar la condición de interesados (ver artículo 64 del Proyecto de Reglamento), guarda silencio en cuanto a las posibilidades de presentar alegaciones en primera fase, aunque sea en condición de afectados. Ver en este sentido comentarios al artículo 64.1 *infra*.

En virtud de lo anterior, propondríamos como alternativa a la redacción actual del artículo 59.1 del Proyecto de Reglamento la siguiente:

"De acuerdo con el artículo 27.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, el hecho de la iniciación de un expediente de control de concentraciones se hará público a través de la página web de la Comisión Nacional de Competencia, indicándose a estos efectos la fecha de presentación de la notificación, los nombres de las empresas partícipes, el sector económico afectado y una descripción sumaria de la operación realizada por el notificante. Cualquier afectado por la operación podrá aportar información y realizar alegaciones en el plazo de diez días desde la publicación de la iniciación del expediente."

⁸ En efecto, tanto el formulario abreviado como el formulario ordinario de los Anexos II y III del Reglamento indican la necesidad de incorporar una descripción sumaria de la operación.

El artículo 59.2 del Proyecto de Reglamento hace referencia a la confidencialidad de *“las actuaciones que en relación con la notificación lleve a cabo la Dirección de Investigación”*.

La disposición resulta confusa por cuanto no se precisan: (i) las concretas actuaciones de la Dirección de Investigación que son confidenciales en primera y en segunda fase; y (ii) el momento preciso en que dejan de ser confidenciales dichas actuaciones. En efecto tal y como está redactado el artículo se podría entender que la confidencialidad de las actuaciones de la Dirección de Investigación realizadas en primera fase se extiende hasta la resolución del Consejo de la CNC en segunda fase, lo que entraría en contradicción con otros preceptos del Proyecto de Reglamento y con la práctica desarrollada hasta la fecha (artículo 11 del Real Decreto 1443/2001). Ver en este sentido los comentarios al artículo 60.1 *infra*.

El efecto de la ausencia de solicitud en plazo de la declaración de confidencialidad por el notificante parece ser demasiado gravoso, ya que el artículo 59.4 del Proyecto de Reglamento indica que, en esos casos, *“se entenderá que no hay contenidos confidenciales y se podrán publicar inmediatamente en su totalidad la resolución y el informe correspondientes”*, omitiéndose por lo tanto cualquier posibilidad de acordar la confidencialidad de oficio por parte de la Dirección de Investigación.

Además, la redacción actual del artículo 59.4 del Proyecto de Reglamento parece contravenir lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley (contenido en el Capítulo I Disposiciones Comunes del Título IV De los procedimientos) que establece que *“[e]n cualquier momento del procedimiento, se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales, formando con ellos pieza separada (...)”*.

Es necesario recordar a este respecto que tanto a nivel nacional como comunitario, la confidencialidad se configura como un principio fundamental en la tramitación de los expedientes de concentración de empresas. No parece por lo tanto coherente con la propia naturaleza de este procedimiento que la confidencialidad de los datos pueda levantarse únicamente por un mero descuido o falta de diligencia en el solicitante, sino que ha de suponerse a la autoridad de competencia una cierta obligación en ese sentido.

Sobre la base de lo anterior, propondríamos la siguiente redacción del artículo 59.4 del Proyecto de Reglamento:

*“Si el notificante no hubiera solicitado la declaración de confidencialidad dentro del plazo de cinco días mencionado, la **Dirección de Investigación adoptará de oficio una decisión acerca de***

los contenidos que considera confidenciales sobre la base de los elementos de que dispone".

Finalmente, indicar que en materia de confidencialidad sería conveniente incluir, en su caso a través de una Comunicación, una definición o bien una orientación de lo que ha de entenderse como información confidencial. A estos efectos, resulta orientativa la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las normas de acceso al expediente⁹ ("Comunicación sobre acceso al expediente"), que establece una diferenciación entre (i) "secretos comerciales" o información sobre la actividad económica de una empresa cuya divulgación pueda causarle un perjuicio grave¹⁰; y (ii) "otras informaciones confidenciales", o informaciones distintas de los secretos comerciales que puedan considerarse confidenciales en la medida en que su revelación perjudique significativamente a una persona o empresa de acuerdo con las circunstancias particulares del caso.

Artículo 60. Instrucción del procedimiento en la primera fase

El artículo 60.1 del Proyecto de Reglamento en su redacción actual indica que la Dirección de Investigación elevará al Consejo de la CNC su "informe confidencial" sobre la operación de concentración al final de la primera fase del procedimiento. A este respecto conviene realizar las siguientes precisiones:

(i) *Confidencialidad respecto de terceros*: Entendemos que la mención "informe confidencial" quiere únicamente expresar que éste es confidencial respecto de terceros únicamente hasta que se resuelva el incidente de confidencialidad contemplado en el artículo 59.3. Así se recogía hasta la fecha en el artículo 11 del Real Decreto 1443/2001. Sería por tanto conveniente en ese caso clarificarlo e incluir expresamente que el informe se hará público. En este sentido, propondríamos el siguiente texto:

"El informe de la Dirección de Investigación será hecho público tras su elevación al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, y una vez se haya resuelto sobre los aspectos confidenciales de su contenido."

⁹ DO C 325/07 de 22 de diciembre de 2005.

¹⁰ La Comunicación sobre acceso al expediente indica como ejemplos de secretos comerciales: la información técnica y/o financiera relativa a los conocimientos técnicos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, las fuentes de suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los datos relativos a clientes y distribuidores, la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estrategia de ventas.

Además, en el caso que el expediente pase a segunda fase, el informe debería hacerse público con la mayor celeridad posible con el fin de que los terceros afectados puedan presentar sus observaciones de manera más informada.

(ii) ***Confidencialidad respecto de los notificantes:*** El texto es conforme con la práctica desarrollada hasta la fecha en el procedimiento de primera fase, en cuanto a que no se ofrece a las partes notificantes una copia del informe antes de su elevación al Consejo de la CNC ni se informa acerca de los problemas de competencia que la autoridad pueda estar observando durante el procedimiento.

Sin embargo, sería extremadamente útil para las partes notificantes conocer con anterioridad a la adopción de la decisión de apertura del procedimiento de segunda fase, las cuestiones que la autoridad de competencia considera problemáticas, con el fin de poder manifestar su opinión, presentar alegaciones o en su caso, ofrecer compromisos tendentes a eliminar los posibles obstáculos apreciados por la Dirección de Investigación. El traslado por parte de la Dirección de Investigación de sus preocupaciones a las partes notificantes podría realizarse bien mediante el envío de un borrador del informe a adoptar finalmente, o a través de una reunión o conversación telefónica, con la antelación suficiente como para que los notificantes puedan manifestar su opinión o en su caso, presentar compromisos. En este sentido, habría que tener en cuenta los plazos previstos en el artículo 67.1.a) para la presentación de compromisos en primera fase.

Se trataría únicamente de institucionalizar la práctica comunitaria del "*state of play meetings*" y que permiten la celebración de reuniones de las partes notificantes con la Comisión Europea tanto en primera como en segunda fase, con el fin de mantener informado en todo momento al notificante de los progresos llevados a cabo en cuanto a la resolución del expediente¹¹.

El artículo 60.2 del Proyecto establece que en el caso de que la operación no reúna los requisitos previstos en los artículos "7 y 8", el Consejo de la CNC "*podrá resolver sobre si la*

¹¹ A nivel comunitario de acuerdo con las *Best Practices* de la Comisión, la Comisión normalmente ofrecerá a las partes notificantes la oportunidad de llevar a cabo reuniones en cinco momentos diferentes en la primera y segunda fases del procedimiento: (i) en las 3 primeras semanas de la primera fase cuando existen "serias dudas" acerca de la compatibilidad de la operación con el mercado común; (ii) en las 2 semanas siguientes a la decisión de la Comisión de incoación de la segunda fase del procedimiento; (iii) antes de la emisión del pliego de cargos o *statement of objections*; (iv) después de la contestación al pliego de cargos y de la vista oral; y (v) con anterioridad a la reunión del Comité Consultivo o *Advisory Committee*.

operación debe ser tratada como un acuerdo de empresas, sujeto a las normas sobre acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas de la Ley 15/2007, de 3 de julio”.

Cabe realizar los siguientes comentarios:

(i) Debería sustituirse la frase “*no reúna los requisitos previstos en artículos 7 y 8*” por la frase: “*no constituya una concentración*”... la CNC “*podrá resolver....*”.

(ii) Si se confirma que no existe una concentración notificable, debería especificarse que el expediente de concentraciones será archivado y que así se notificará a las partes, sin que a dicha operación le puedan ser aplicados los artículos 1 y 2 de la Ley. Esta solución es coherente con la práctica del antiguo Servicio de Defensa de la Competencia.

Asimismo, se debería especificar que en el caso de las concentraciones no notificables la aplicación de los artículos 1 y 2 de la Ley únicamente podría tener lugar en aquellas empresas en participación cuyo objeto o efecto sea coordinar el comportamiento competitivo de empresas que sigan siendo independientes (*cf.* artículo 21 del Reglamento comunitario de control de concentraciones).

(iii) No se entiende cuál es el propósito de que el Consejo resuelva sobre si la operación debe ser tratada como un acuerdo entre empresas, sujeto a las normas sobre acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas en el contexto de “autoevaluación” establecido por la Ley y en el que la notificación de acuerdos restrictivos ya no es posible.

Artículo 61. Informe de los reguladores sectoriales

El artículo 61.1 no indica si el informe del regulador sectorial se solicitará únicamente para los expedientes que requieran un análisis en segunda fase o si también será preciso en primera fase. Tampoco se desprende de la redacción del artículo 17.2 c) de la Ley.

Interesa a estos efectos recordar las repercusiones de la solicitud de este informe en los plazos. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 37.2 d) de la ley “*se acordará la suspensión del plazo máximo para resolver los procedimientos (...) d) cuando se solicite el informe de los reguladores sectoriales de acuerdo con lo establecido en el artículo 17.2.c) y d) de esta Ley. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.*”

Lo anterior parece implicar que cada vez que se solicite el informe del regulador sectorial, el plazo se paralizará necesariamente durante el plazo en que éste elabora el informe, que no podrá exceder de tres meses. Estos plazos resultan difícilmente compatibles con los plazos del

procedimiento de control de concentraciones y no guardan coherencia con los objetivos de celeridad propuestos por la autoridad de competencia.

Según algunos miembros de la AEDC la interpretación que corresponde de los artículos 17 y 37 de la Ley citados, y del 61 del Proyecto de Reglamento parece que si bien no es potestativo el solicitar el informe, si lo es el plazo que fije para ello la CNC, que deberá ser mayor o menor en función de la importancia que se prevea de la operación sujeta a control, lo que permitiría salvar la obligatoriedad del informe con el tiempo del control de la concentración. En supuestos claros de operaciones de primera fase un plazo razonable pudieran ser 15 días, hasta alcanzar los tres meses en los supuestos que se prevean de antemano como muy complejos. También la flexibilidad que a esas operaciones le da la CNC puede suponer que no se deban agotar los plazos tras la suspensión, puesto que se puede continuar trabajando durante este período.

La lectura que se efectúa del segundo párrafo del artículo 61 indicado, parece avalar la interpretación efectuada. En el caso que no fuera este el entendimiento que debe darse al artículo 61 del Proyecto de Reglamento estarían de acuerdo con las propuestas que se formularán a continuación.

Según otros miembros de la AEDC convendría proponer en razón de lo anteriormente indicado (i) limitar la solicitud de informe del regulador sectorial únicamente a la segunda fase; (ii) exigirse el informe del regulador sectorial sólo en los casos en los que dos o más de las empresas partícipes en la concentración desarrollan actividades en el mercado regulado.

En el segundo párrafo del artículo 61 esta disposición prevé que transcurrido el plazo fijado por la Dirección de Investigación para la emisión del informe por parte del regulador sectorial, *“la Dirección de Investigación podrá acordar levantar la suspensión del plazo, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 37.2.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

Una vez transcurrido el plazo otorgado, no debe quedar al arbitrio de la Dirección de Investigación el levantamiento de la suspensión del mismo, sino que éste deberá acordarse en todo caso puesto que de otro modo se quebrantaría el principio de seguridad jurídica y de no dilación que caracteriza a los procedimientos administrativos, con los consecuentes perjuicios que ello supone para los partícipes en la operación de concentración en cuanto al retraso de la operación. El levantamiento deberá operar incluso si el regulador sectorial no ha remitido su informe en el plazo al efecto concedido.

Proponemos por lo tanto la siguiente redacción del artículo 61.2 del Proyecto de Reglamento:

“En la solicitud de informe se fijará un plazo para la emisión de éste por el regulador sectorial. Transcurrido dicho plazo, la Dirección de Investigación acordará levantar la suspensión del plazo. En cualquier caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37.2.d) de la Ley 15/2007, este plazo de suspensión nunca podrá superar los 3 meses”.

El Proyecto de Reglamento no aclara qué se entiende por reguladores sectoriales. En la página Web de la CNC aparece una sección denominada “reguladores sectoriales”, con enlaces a la CMT, la CNE y la CNMV¹². No queda claro si por “reguladores sectoriales” se incluye igualmente por ejemplo entidades como el Comisionado del Mercado del Tabaco, la Dirección General de Seguros o el Banco de España.

Con el fin de garantizar la seguridad jurídica en este ámbito debido a las consecuencias que la solicitud de estos informes tiene en la duración del procedimiento, sería necesario incluir un listado de reguladores sectoriales a los que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17.2 c) de la Ley, se solicitará informe.

Artículo 62. Aplicación del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas

Tiene sentido exigir notificación a la CNC en el supuesto de aplicación del artículo 4.4., puesto que ello supone que no se ha presentado aún notificación alguna ni a la Comisión Europea ni a la autoridad nacional.

Sin embargo, en el caso de remisión por la Comisión Europea a la CNC de un expediente de concentración en virtud del artículo 9 del Reglamento 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, no se entiende justificada la obligación de notificar ante la CNC una operación ya notificada ante la Comisión Europea.

Ello supondría una carga adicional innecesaria para el notificante, e incluso el retraso de algunos días hasta la presentación del nuevo formulario. Se ha producido además una equiparación del formulario español con el formulario comunitario, por lo que no se entiende este nuevo requisito que no se ha exigido hasta la fecha. Además, en todo caso, de ser necesario algún dato adicional, la Dirección de Investigación podría solicitar información adicional de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 55.5 de la ley. Si el propósito de la

¹² Véase en:

<http://www.cncompetencia.es/enlaces.asp?m=17&e=1&d=Organismos%20Reguladores%20Sectoriales>

obligación de proceder a una nueva notificación es el cobro de la tasa, se podría obligar a las partes a presentar el ingreso de la cuota tributaria correspondiente en un determinado plazo a partir de la remisión del asunto a la Comisión Europea.

Igualmente, debería incluirse que en el caso de que la Comisión Europea proceda a la remisión de la concentración en virtud del artículo 9 del Reglamento comunitario, la CNC informará inmediatamente a las partes.

Artículo 63. Instrucción del procedimiento en la segunda fase

El artículo 63.2 indica que la nota sucinta *“será publicada en la página web de la CNC, al objeto de que cualquier afectado pueda aportar información...”*.

Nada se dice en este párrafo de si la nota sucinta será remitida a los posibles afectados. Sin embargo, parece desprenderse del artículo 64.3 *in fine* del propio Proyecto de Reglamento, que sí habrá remisión por parte de la Dirección de Investigación: *“A tal efecto, no se considerarán interesados a las personas físicas o jurídicas afectadas por el mero hecho de que se les haya remitido la nota sucinta”*. Por su parte, la ley 15/2007 únicamente señala en el artículo 58.1 que la nota sucinta *“será hecha pública y puesta en conocimiento de las personas físicas o jurídicas que puedan resultar afectadas (...)”*.

Convendría por tanto aclarar esta cuestión. La remisión de la nota sucinta a los posibles afectados por el procedimiento constituye una garantía fundamental para que terceros con un interés legítimo puedan decidir si solicitan la condición de interesado o presentar alegaciones, acciones que no pueden depender de la azarosa y muchas veces aleatoria consulta en la página Web de la CNC. Esta cuestión se suscita también *infra* en los comentarios al artículo 64 del Proyecto de Reglamento, a los cuales nos remitimos.

Este artículo en su tercer párrafo regula la obligación que recae sobre la Dirección de Investigación de notificar y solicitar informe preceptivo al órgano autonómico competente respecto de aquellas operaciones que incidan de manera significativa en el territorio de una Comunidad Autónoma, indicando que la solicitud de informe a dicho órgano *“será notificada a los interesados, a los efectos del artículo 37.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

A este respecto, conviene recordar que el artículo 37.1 de la Ley establece la posibilidad de que la Dirección de Investigación decida, mediante resolución motivada, la suspensión del procedimiento en determinados casos tasados entre los que se encuentra la solicitud de informes a otras Administraciones Públicas. La remisión a este artículo por parte del artículo 63.3 *in fine* plantea dudas en cuanto a si la notificación de la solicitud del informe se produce

únicamente en caso de que la Dirección de Investigación decida declarar la suspensión del plazo del procedimiento y no en caso contrario. Entendemos que la solicitud del informe al órgano autonómico competente ha de ser en todo caso notificada a los interesados, debiendo igualmente informarse de si se ha procedido o no a la suspensión del plazo y en caso afirmativo, las razones que han motivado la suspensión, con el fin de mantener la transparencia de las actuaciones de la Dirección de Investigación.

Debería igualmente contemplarse que en el caso de que se hubiera optado por suspender el procedimiento mientras se pronuncia la Comunidad Autónoma correspondiente, ha de acordarse el levantamiento de la suspensión una vez transcurrido ese plazo, se haya o no presentado el informe. Ver en este sentido el artículo 61.2 del Proyecto de Reglamento y los comentarios realizados *supra*.

En virtud de lo anterior, el artículo 63.3 habría de ser redactado de acuerdo con lo siguiente:

*“Cuando la concentración incida de forma significativa en el territorio de una Comunidad Autónoma, la Dirección de Investigación notificará al órgano autonómico respectivo la nota sucinta junto con copia de la notificación presentada, una vez resueltos los aspectos confidenciales de la misma, para que remita en un plazo de veinte días informe preceptivo, no vinculante. **La Dirección de Investigación decidirá mediante resolución motivada si la solicitud de dicho informe suspende durante dicho plazo el procedimiento, tal y como dispone el artículo 37.1 de la Ley 15/2007. En tal caso, y transcurrido dicho plazo, la Dirección de Investigación acordará levantar la suspensión. La solicitud del informe preceptivo será notificada a los interesados así como, en su caso, la resolución motivada de suspensión del procedimiento**”*

Artículo 64. Personación de interesados

Tal y como se ha indicado en los comentarios al artículo 60 *supra*, sería conveniente, al menos, conceder la oportunidad de presentar alegaciones a los afectados por la operación en cuestión también en la primera fase del procedimiento. La intervención de terceros permitiría a la Dirección de Investigación tener un mejor conocimiento del mercado relevante y de los efectos de la operación en dicho mercado ya desde la primera fase del procedimiento.

De acuerdo con las *Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings* de la Comisión ("*Best Practices*") promueven la participación de terceros en cualquier fase del

procedimiento. En este sentido, el párrafo 35 de las *Best Practices* indica que "(...) *DG Competition also welcomes any individual submissions apart from direct replies to questionnaires, where third parties provide information and comments they consider relevant for the assessment of a given transaction*" y el párrafo 45 se añade que "*DG Competition believes in the merits of an open exchange of views with ample opportunities for the notifying parties and third parties to make their points of view known throughout the procedure*".

En referencia con el segundo párrafo del artículo 64 como se ha expuesto en los comentarios al artículo 63.2, no queda claro si la nota sucinta únicamente se publica en la página web de la CNC o si además se remite a los posibles afectados.

En virtud de lo anteriormente dispuesto, se propone unificar el artículo 63.2 y 64.2 del Proyecto de Reglamento en un único artículo a efectos de mayor claridad, del siguiente modo:

"La nota sucinta será publicada en la página Web de la Comisión Nacional de Competencia y remitida a las personas físicas o jurídicas que pudieran resultar afectadas.

Cualquier afectado podrá presentar informaciones o alegaciones en un plazo de diez días desde la publicación de la nota sucinta en la página web o desde que se les hubiera remitido la nota sucinta. Igualmente, dentro del plazo de diez días podrá solicitarse la personación en el procedimiento y, en su caso, presentar alegaciones de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

Del tenor literal del artículo 64 en sus apartados tercero y cuarto del Proyecto de Reglamento parece desprenderse que interesado será aquél afectado (i) con un derecho subjetivo o interés legítimo acreditado; (ii) que haya solicitado su personación en el procedimiento y (iii) dicha personación haya sido aceptada por el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia. Sin embargo, no se dice explícitamente.

En virtud de lo anterior, proponemos el siguiente texto para los artículos 64.3 y 64.4 del Proyecto de Reglamento:

"3. El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, valorando el derecho subjetivo o interés legítimo acreditado, decidirá sobre las solicitudes de personación aceptándolas o denegándolas motivadamente. A tal efecto, no se considerarán interesados a las personas físicas o jurídicas afectadas por el mero hecho de que se les haya remitido la nota

sucinta. La aceptación de la personación conllevará la condición de interesado en el procedimiento.

4. Los interesados cuya personación hubiera sido aceptada por el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia tendrán intervención plena en los distintos trámites del procedimiento, en los términos establecidos en la Ley 15/2007, de 3 de julio, y en el presente Reglamento".

Sería conveniente especificar con mayor concreción cuál es el objetivo final del párrafo quinto de este artículo 64. La participación de los interesados en el procedimiento tiene una regulación estricta en el articulado del Proyecto, donde se regulan los plazos y las circunstancias en que dichos interesados pueden ejercitar sus derechos. No parece que el pacífico ejercicio de los derechos de los interesados pueda alterar el desarrollo del procedimiento. Ver igualmente a este respecto nuestros comentarios al artículo 65.4 *infra*.

Artículo 65. Vista del expediente y alegaciones

El artículo 65.1 se refiere a la notificación de pliego de concreción de hechos a los interesados. Nada se dice sin embargo de la notificación de este documento a las partes notificantes. Si se entienden subsumidas en el concepto de interesado, ello implicaría que el pliego se enviaría a la vez a notificantes y terceros interesados, lo que supone que la Dirección de Investigación ha resuelto de oficio sobre sus aspectos confidenciales. Debería sin embargo concederse al notificante la posibilidad de pronunciarse acerca de las cuestiones confidenciales con anterioridad al envío del pliego a los interesados.

Igualmente, y tal y como se ha indicado *supra*, sería conveniente establecer un plazo para la emisión del pliego de concreción de hechos por parte de la Dirección de Investigación, con el fin de permitir al notificante presentar alegaciones y en su caso, compromisos para solucionar los problemas detectados.

El plazo a establecer deberá tener en cuenta dos aspectos:

(i) El pliego debiera ser notificado a los notificantes con una antelación suficiente como para que las partes puedan plantearse la presentación de compromisos, al menos cinco/diez días antes de la finalización del plazo. Será necesario a este respecto tener en cuenta el plazo establecido en el artículo 67 del Proyecto de Reglamento (ver comentarios *infra*).

(ii) El pliego no debe limitarse a reproducir el contenido del informe de la Dirección de Investigación en la primera fase, sino que deberá reflejar la investigación adicional de la

Dirección de Investigación por el tiempo transcurrido desde la decisión de iniciar segunda fase hasta la redacción del pliego y reflejar, en definitiva, los problemas de competencia detectados.

Asimismo, debería indicarse el contenido mínimo del pliego para garantizar tanto al notificante como a cualquier interesado un adecuado conocimiento del análisis de la Dirección de Investigación. De acuerdo con el artículo 58.2 de la Ley, el pliego deberá recoger los posibles obstáculos para la competencia derivados de la concentración. Ello implica que deberá contener los suficientes elementos para que el notificante y los interesados puedan conocer cuáles son las objeciones planteadas por la Dirección de Investigación.

A nivel comunitario, si bien no se recoge en el Reglamento comunitario un plazo determinado para la emisión del pliego de cargos, la práctica ha establecido un periodo de en torno a siete u ocho semanas desde el comienzo de la segunda fase. Por otra parte, el contenido del pliego de cargos tiene una importancia fundamental, y así lo reconoce el propio artículo 18.3 del Reglamento comunitario al indicar que "[l]a Comisión basará sus decisiones únicamente en las objeciones respecto de las cuales las partes hayan podido formular sus alegaciones. En el curso del procedimiento quedarán plenamente garantizados los derechos de defensa de los interesados". Por su parte, el Tribunal de Primera Instancia también ha tenido oportunidad de pronunciarse a este respecto, entre otros, en el asunto *Schneider Electric SA v. Commission*, T-351/03, en su sentencia de 11 de julio de 2007, indicando que:

"146. Il résulte en outre de l'article 18, paragraphe 3, du règlement que la Commission ne peut fonder ses décisions d'incompatibilité que sur les objections au sujet desquelles les entreprises intéressées ont pu faire valoir leurs observations.

*147. En leur qualité de destinataires de décisions d'une autorité publique affectant de manière sensible leurs intérêts, les entreprises parties à une opération de concentration de dimension communautaire doivent être en effet mises en mesure de faire connaître utilement leur point de vue et, à ces fins, être clairement informées, en temps utile, de l'essentiel des objections que la Commission soulève à l'encontre de leur opération notifiée (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 23 octobre 1974, *Transocean Marine Paint/Commission*, 17/74, Rec. p. 1063, point 15, et arrêt du Tribunal du 4 mars 1999, *Assicurazioni Generali et Unicredito/Commission*, T-87/96, Rec. p. II-203, point 88)*

148. La communication des griefs présente à cet égard une importance particulière, étant donné qu'elle est spécifiquement destinée à permettre aux entreprises concernées de réagir aux préoccupations exprimées par l'institution régulatrice, d'une part, en exprimant leur point de vue à leur sujet, d'autre part, en envisageant de soumettre à la Commission des mesures destinées à corriger l'impact négatif de l'opération notifiée.

149. Cette garantie, qui relève des garanties fondamentales dont l'ordre juridique communautaire assortit l'accomplissement des procédures administratives, revêt une importance particulière pour le contrôle des opérations de concentration entre entreprises (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 21 novembre 1991, Technische Universität München, C-269/90, Rec. p. I-5469, point 14)."

El artículo 65.3 del Proyecto de Reglamento dispone que una vez vencidos los plazos para presentar alegaciones por parte del notificante y de los interesados tras la comunicación del pliego de concreción de hechos, o tras la comunicación de nuevos elementos de juicio emanados de las alegaciones remitidas por los interesados, la Dirección de Investigación elevará "*inmediatamente*" una propuesta de resolución al Consejo de la CNC. A nuestro juicio sería prudente eliminar el término "*inmediatamente*" ya que en la mayor parte de las ocasiones no se podrá producir una emisión inmediata de la propuesta de resolución, sino que la Dirección de Investigación necesitará de un tiempo prudencial para valorar las alegaciones remitidas tanto por la parte notificante como por los interesados, sin perjuicio de su deber de diligencia en la tramitación del procedimiento.

Este artículo 65.4 debería redactarse en sentido positivo, estableciendo como regla general la toma en consideración por la Dirección de Investigación de las alegaciones presentadas por los interesados fuera de plazo, y, como excepción, el hecho de que dichas alegaciones no puedan ser tenidas en cuenta debido a la necesaria remisión de la propuesta de resolución definitiva al Consejo de la CNC por expiración del plazo general para la tramitación del procedimiento en segunda fase.

La solución propuesta en el párrafo anterior estaría en consonancia con lo establecido por la Ley 30/1992 respecto del procedimiento administrativo general, cuyo artículo 35.e) reconoce el derecho de todo ciudadano "*a formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución*".

Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, y con el fin de garantizar la transparencia del expediente administrativo de control de concentraciones, sería conveniente institucionalizar la figura del "state of play meetings" al estilo del procedimiento a nivel comunitario. Tal y como se expuso anteriormente en los comentarios al artículo 60.1, estos contactos de las partes notificantes con los miembros de la Dirección de Investigación podrían celebrarse tanto en primera como en segunda fase, con el fin de mantener informados en todo momento al notificante y a los interesados de los progresos y resultado de la investigación llevada a cabo por dicha Dirección. De este modo se incrementaría la transparencia del procedimiento y se facilitaría, en particular, la presentación de compromisos tanto en primera como en segunda fase del procedimiento. Conviene recordar que las *Best Practices* indican en su párrafo 40 que "(...) the State of Play meetings in both Phase I and Phase II, in addition to providing a forum for discussing issues related to the investigation, also serve to discuss possible remedy proposals".

Artículo 66. Vista oral

La vista oral puede conllevar la puesta en conocimiento de la Dirección de Investigación y de los interesados que hayan manifestado su voluntad de asistir de una gran carga de información confidencial. Deberían arbitrarse los mecanismos necesarios para salvaguardar la protección de esta información toda vez que se amparan los derechos de defensa y el derecho a ser oídos.

Artículos 67. Presentación de compromisos en primera y en segunda fase

A los efectos del primer párrafo del artículo 67 se puede efectuar la revisión de los comentarios planteados al artículo 60.1 y 65.1 en relación con el traslado previo a la finalización del plazo de presentación de compromisos de las preocupaciones de la Dirección de Investigación (en primera fase, a través del envío de una propuesta de informe o a través de una reunión o conversación telefónica y en segunda fase, a través de la remisión del pliego de concreción de hechos con carácter previo). Las partes notificantes deben conocer antes de plantearse presentar compromisos cuáles son los obstáculos a la competencia detectados.

Sería conveniente precisar a efectos del segundo párrafo del artículo 67 con qué fin se recoge una versión no confidencial de los compromisos propuestos o hacer una referencia cruzada al artículo 59.3 de la Ley.

A nivel comunitario el párrafo 34 *in fine* de la Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables¹³ ("Comunicación sobre soluciones aceptables"), en el que se indica que "[a]l presentar los compromisos, las partes facilitarán una versión no confidencial de los mismos, a efectos de prueba en el mercado" y en nota final número 40 se indica a este respecto que "[e]n la prueba en el mercado se solicita a los competidores, clientes, proveedores y otras empresas que puedan verse afectadas o posean conocimientos específicos al respecto que comuniquen a la Comisión su posición motivada sobre la eficacia del compromiso".

Este artículo 67.4 establece como condición para la aceptación de compromisos en primera fase que (i) el problema de competencia sea claramente identificable, y (ii) pueda ser fácilmente remediado. Este precepto recuerda al párrafo 11 de la Comunicación de la Comisión sobre soluciones aceptables, el cual establece que "(...) los compromisos presentados a la Comisión en la fase I deben bastar para disipar totalmente las serias dudas a efectos de la letra c) del apartado 1 del artículo 6 del Reglamento sobre control de concentraciones" y en su nota final número 11 que "[e]n la fase I únicamente pueden aceptarse compromisos en determinados tipos de situaciones. El problema de competencia debe ser tan claro y las soluciones tan inequívocas que no sea necesario entrar en una investigación detallada". Sin embargo, no se incluye a nivel comunitario la condición de que el problema de competencia sea "fácilmente remediado".

A juicio de los miembros de la AEDC obligar a que el problema de competencia sea fácilmente remediado constituye una carga adicional que no reviste ningún tipo de justificación lógica. Si de lo que se trata es de remediar el problema de competencia detectado, y existe una "solución inequívoca", siguiendo la nomenclatura comunitaria, poco debe importar la *facilidad* de la solución. Esta redacción es además idéntica a la que se contemplaba en el artículo 15 de la ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia cuando se introdujo la posibilidad de ofrecer compromisos en la primera fase del procedimiento de control de concentraciones, procedimiento que nunca fue utilizado, probablemente por las dificultades surgidas para cumplir el criterio establecido.

Este comentario se puede considerar según algunos miembros superado tras la autorización recientemente concedida por la CNC en el Expediente C/0001/07 DIA / PLUS en la que se aceptaron compromisos en primera fase. En cualquier caso, se considera oportuno el

¹³ DOUE C68/3, de 2 de marzo de 2001.

comentario de modificar la referencia a la facilidad de la resolución del problema en aras de la seguridad jurídica.

La primera parte del artículo 67.5 parece de difícil comprensión. Parece que lo que se quiere indicar es que en caso de que la Dirección de Investigación solicite la modificación de los compromisos propuestos por el notificante, entonces éste tiene un plazo máximo para formular dicha modificación de hasta 30 días (20 + 10) a contar desde la notificación en primera fase y de hasta 50 días (35 + 15) a partir del acuerdo del Consejo de la CNC de inicio de la segunda fase. Sin embargo, al menos en primera fase el plazo de 20 +10 deja escaso margen de maniobra para que la Dirección de Investigación considere las modificaciones y eleve su propuesta al Consejo. Sería quizás conveniente modificar la redacción actual del artículo 67.5 para aclarar este punto.

Por otra parte, en cuanto al último inciso del artículo 67.5 del Proyecto de Reglamento, si bien parece referirse únicamente a la presentación de propuestas de modificación de compromisos, posteriormente indica en la última frase que: “*Más allá de dicho plazo [plazo del apartado 1 del artículo 67 + plazo de ampliación (10 días en primera fase y 15 en segunda fase)], la Dirección de Investigación no está obligada a considerar los compromisos propuestos o sus modificaciones*”. Resulta confuso ¿se trata de un plazo otorgado para plantear compromisos o propuestas de modificación?.

Por otro lado, la redacción indica que, en su caso, pueden admitirse los [compromisos?] y sus propuestas de modificación fuera de plazo. El Proyecto de Reglamento debería ser más explícito a este respecto y acoger la posibilidad de presentar compromisos o modificaciones una vez expirado el plazo siempre que exista tiempo suficiente para poder realizar un “*market test*”.

El artículo 19.2 del Reglamento (CE) nº 802/2004 así lo recoge al indicar que “[e]n circunstancias excepcionales, la Comisión podrá aceptar compromisos ofrecidos después del vencimiento del plazo para su presentación en el sentido de este apartado (...)”. En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal de Primera Instancia al indicar en el asunto *Seb/Moulinex*¹⁴ que esto es posible, en particular, en aquellos casos en los que se presentan modificaciones a compromisos anteriormente formulados en plazo y, o bien hay tiempo suficiente para realizar un *market test*, o bien el *market test* previamente realizado indica

¹⁴ Sentencia del TPI de 3 de abril de 2003, asunto T-114/02 *Babyliss c. Comisión*.

claramente que dichos compromisos son aptos para evitar los problemas de competencia identificados por la Comisión.

Artículo 68. Intervención del Consejo de Ministros

Sería conveniente permitir al notificante así como a los interesados participar en este momento del procedimiento. Para ello debería establecerse la posibilidad de mantener reuniones informales con miembros de la CNC a los efectos de conocer cuáles son las preocupaciones en materia de interés general que han provocado la elevación del expediente al Consejo de Ministros, y poder así formular alegaciones, e incluso modificar o presentar nuevos compromisos por la parte notificante.

Artículo 69. Vigilancia de las obligaciones, resoluciones y acuerdos

De los referidos preceptos parece desprenderse que en el supuesto de que se suscite una cuestión relativa al cumplimiento de las obligaciones, resoluciones o Acuerdo del Consejo de Ministros en una operación de concentración, ésta tendrá lugar en el marco de un expediente de vigilancia, donde a tenor del 69.4 se considerará únicamente interesado al responsable del cumplimiento de la obligación.

A nuestro entender, en el supuesto de que se observaran los requisitos del artículo 49 de la Ley; esto es, la observancia de indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas, la Dirección de Investigación debería iniciar de manera inmediata un procedimiento sancionador. Esta precisión es fundamental para garantizar una tramitación en un plazo establecido, de carácter contradictorio y que permita a todas las partes (incluyendo posibles denunciante) exponer sus puntos de vista.

Capítulo IV Del procedimiento arbitral

Artículo 70. Función arbitral, principios y normas generales

El procedimiento arbitral establecido por la Comisión Nacional de la Competencia (“CNC”) en el Reglamento de desarrollo de la Ley de Defensa de la Competencia (“la Ley”) adolece de considerables deficiencias técnicas, tanto a nivel sustantivo como procedimental. En efecto, el procedimiento propuesto carece de una estructura técnica lo suficientemente consistente detallada como para poder proporcionar a las partes involucradas una seguridad jurídica adecuada para su utilización.

En efecto, el artículo 24(f) de la Ley trae su causa, al menos en buena medida, del artículo 14.1 a) de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre (“*La Ley de arbitraje*”), que, al referirse al que

denomina “*arbitraje Institucional*”, indica que las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a “*Corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, y en particular el Tribunal de Defensa de la Competencia* “. Ya no es el Tribunal, sino la Comisión quien “hereda” la facultad arbitral.

Pasando al análisis concreto del texto reglamentario, el artículo 70, relativo a la función arbitral, principios y normas generales, modifica el texto recogido en el artículo 24 (f) de la Ley, ampliando sustancialmente su contenido al deslindar, cosa que la Ley no hace, y podría haber hecho, el objeto del posible arbitraje de la Comisión Nacional, a los supuestos relativos “*a la aplicación de la normativa nacional y comunitaria de defensa de la competencia en España*”.

Según algunos miembros se considera que se ha omitido el hecho de que la sumisión a arbitraje por parte de las partes involucradas, debería enervar la facultad de recurrir a los Tribunales de Justicia ordinarios, ya que en caso contrario el procedimiento arbitral en su conjunto carece de sentido alguno.

Otros miembros consideran que se aplican al supuesto las reglas ordinarias del procedimiento civil, y que la enervación se producirá en función de las previsiones de la Ley de arbitraje y la LEC.

Artículo 71. Sumisión al arbitraje.

El artículo 71, que se refiere a la sumisión al arbitraje, crea la figura de la “*sumisión unilateral*” de una “*parte*” (que evidentemente no lo es en sentido estricto cuando formula dicha sumisión), que deriva de la “*aplicación de compromisos o condiciones establecidos en resoluciones que pongan fin a procedimientos en materia de defensa de la competencia*”. Debería explicarse más claramente a que se refiere el Reglamento en este punto.

De otra parte, esta “*sumisión unilateral*” carece de todo valor jurídico si no es contestada por la hipotética contraparte con otra sumisión unilateral. Quizás tendría mas sentido sustituir esta sumisión unilateral doble por una comparecencia conjunta ante la Dirección General de Investigación, manifestando la voluntad de someterse a arbitraje.

Artículo 72. Iniciación del procedimiento arbitral.

En cuanto a la iniciación del procedimiento arbitral establecido en el artículo 72, se hace referencia a la inclusión de los datos de identificación de demandante y demandado. Sin embargo, consideramos que en este caso debería utilizarse el plural e incluir demandados, ya

que resulta evidente la posibilidad de que se dirija la actuación arbitral respecto de mas de una empresa. Además, falta establecer en este artículo en que medida se trata de un arbitraje de derecho o de equidad. En efecto, la referencia de dicho precepto a los fundamentos de derecho en los que las pretensiones se fundan, parece contemplar exclusivamente la posibilidad del arbitraje de derecho, siendo así que Ley y Reglamento se refieren a las dos formas de arbitraje, derecho y equidad.

Artículo 73. Contestación y oposición al arbitraje

En el artículo 73 se describe la contestación y oposición al arbitraje. En este caso se afirma que la Dirección de Investigación remitirá copia de la reclamación a la parte contra la que se formule, al objeto de que la conteste en el término de diez días. De nuevo creemos que se debería sustituir el singular “*parte*” por el plural “*partes*”. Resulta además evidente que, en comparación con otros procedimientos arbitrales, el plazo establecido de diez días es extremadamente corto, y por comparación con la posibilidad abierta al demandante de presentar la demanda arbitral con todos los documentos y pruebas de los que se pretenda valer en el momento que a dicha demandante interese, tal plazo va contra el principio de **igualdad** de partes que se pregona en el artículo 70.2. Este artículo 73 hace además mención expresa en su párrafo segundo y tercero a “*las partes*”, sin especificar a quien se refiere exactamente. Entendemos que serán necesariamente las demandadas (que aparecen aquí en plural). En efecto, no parece lógico que la parte demandante que ha incoado el procedimiento arbitral, luego en contra de la doctrina de los actos propios, argumente falta de competencia o cualquiera de los otros vicios a los que se refiere el propio artículo, para evitar la celebración del arbitraje.

Por último, este artículo 73 no contempla la posibilidad, muy frecuente en los procedimientos arbitrales, de que la parte o partes demandadas formulen reconvencción a la demandante. Además, se echa de menos que, entre las funciones atribuidas a la Dirección General de Investigación, a la que corresponde la instrucción del procedimiento arbitral, no aparezca la de redactar, a la vista de las alegaciones de las propias partes – y posiblemente con su ayuda – el Acta de Misión que determine los extremos a los que se debe extender el laudo arbitral, con el fin de evitar en su redacción una posible pluspetición o incongruencia con lo solicitado por las partes. Todas estas cuestiones sería oportuno recogerlas en la versión definitiva del Reglamento.

Artículo 74. Plazo máximo del procedimiento

El artículo 74, establece un plazo muy breve para dictar el laudo si se compara con lo que es la práctica arbitral habitual y los criterios usuales de las Cortes de arbitraje y de sus reglamentaciones específicas. Lo normal son seis meses para dictar el laudo, a contar desde la contestación tal y como establece la Ley de arbitraje, en el cómputo de plazos. Por último, no se contemplan las consecuencias para las partes de la finalización del arbitraje por el transcurso de los tres meses sin que se hubiera llegado a dictar laudo. Ello introduce una gran inseguridad en una institución como el arbitraje.

El plazo debería ser de 6 meses, tal y como se prevé en la Ley de arbitraje, y con la posibilidad en ciertos supuestos, complejidad de la prueba u otras razones especiales que de forma fundada se pueda prorrogar.

En cuanto a la remisión al artículo 37 de la Ley, debería matizarse. En efecto, el artículo 37.1 letras d) y f) parece que no serán de aplicación en un arbitraje, como causas suspensivas, la primera porque la interposición de recursos debería quedar fuera del marco de funcionamiento del arbitraje, y la segunda porque el cambio de calificación jurídica de la cuestión planteada se compadece mal con la esencia del arbitraje entre partes, en el que la capacidad de disposición sobre la materia arbitrable debería quedar en su ámbito, al menos, por la vía de poder aceptar el cambio de calificación jurídica o, alternativamente, renunciar al arbitraje.

Artículo 77. Medidas cautelares

En cuanto al establecimiento de medidas cautelares, el artículo 77 limita este escenario únicamente a aquellos supuestos en donde se haya iniciado el procedimiento de arbitraje. Algunos miembros consideran que en virtud del artículo 722 de la Ley 1/2000, de 7 de Enero de Enjuiciamiento Civil (“la LEC”), permite a las partes de un procedimiento de arbitraje institucional, solicitar dichas medidas cautelares tras *“haber presentado la debida solicitud o encargo [de arbitraje] a la institución correspondiente según su Reglamento”*. El Reglamento debería enfatizar que las medidas cautelares pueden ser las de la LEC, y que, en todo caso pueden solicitarse antes de sustanciar propiamente el arbitraje, desde el momento en que se solicita la iniciación del mismo. Consideramos que tal limitación no debería existir en este caso, y que por tanto se deberían poder establecer medidas cautelares incluso anteriormente al inicio del procedimiento de arbitraje.

Otros miembros consideran adecuado limitar la solicitud de medidas cautelares a la iniciación del procedimiento, como se prevé en el Proyecto de Reglamento.

Artículo 78. Laudo arbitral

En el apartado 2 relativo a la aclaración de conceptos oscuros, omisiones o rectificaciones se efectúa una referencia al artículo 53.4 de la Ley. La única cuestión es que dado que se prevé que los errores materiales y aritméticos pueden ser corregidos en cualquier momento, deberá interpretarse o aclarar en este artículo que no podrá realizarse esta corrección en el caso de un laudo, transcurrido un plazo que debe ser inferior al de la acción de anulación que prevé la Ley de arbitraje en su artículo 41.4, de dos meses.

Artículo 79. Laudo por terminación convencional

En este artículo se transcribe en su mayor parte el artículo 36 de la Ley de arbitraje, si bien la adición de “ a propuesta o previo informe de la Dirección de Investigación”, hace surgir la duda de si se está pensando en que esa propuesta o informe puede oponerse a la terminación convencional. No creemos que esta posibilidad quepa en un arbitraje.

Si lo que se quisiera preservar es el interés público, el Consejo de la CNC puede tomar las medidas oportunas para actuar como autoridad administrativa.

Artículo 80. Recursos.

El apartado 2 debería ser suprimido puesto que la Ley de arbitraje prevé una solución correcta en su artículo 22 (3). El procedimiento que se prevé puede complicar en exceso el procedimiento y ser fuente de controversias.

En todo caso la referencia del apartado 2 al artículo 72 (3) la referencia parece un error y debe ser seguramente al 73 (3).

- Formulario de notificación. Sección 8ª. Documentos anejos.

La obligación de traducir los documentos relativos a la concentración es una práctica engorrosa que en ocasiones encarece sensiblemente la notificación, particularmente cuando se trata de contratos que han de ser notificados en varias jurisdicciones.

En la parte 2ª del formulario, los notificantes tienen obligación de hacer una descripción veraz de la naturaleza, características y dimensiones de la operación.

Además, no se entiende que se exija esta traducción para las notificaciones presentadas al amparo de la Ley n15/2007, siendo así que las Autoridades españolas reciben de la Comisión europea copia de las notificaciones efectuadas al amparo del Reglamento 139/2004, notificaciones que pueden estar redactadas en cualquiera de los idiomas oficiales de la

Comunidad Europea. Es más, algunos de los idiomas en los que más frecuentemente están redactados esos documentos (inglés, francés) son idiomas de trabajo más usuales que algunas de las lenguas oficiales del Estado español, en las que podría presentarse la notificación y los documentos anejos.

Se propone que los documentos puedan presentarse en su idioma original, sin perjuicio de que la Dirección de Instrucción pueda pedir su traducción.