



OBSERVACIONES AL ANTEPROYECTO DE LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

- 1) El Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (“el TVDC”) en su sesión plenaria de 31 de marzo de 2006 ha adoptado por unanimidad, a propuesta del Ponente D. Javier Berasategi, las Observaciones al Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia (“el Anteproyecto”), presentado por el Ministro de Economía al Consejo de Ministros el 10 de marzo de 2006.

Comentarios Generales

Adopción del modelo comunitario de competencias compartidas para la aplicación del derecho de la competencia comunitario y nacional en España

- 2) El TVDC considera necesario integrar en la nueva Ley de Defensa de la Competencia el reparto competencial y los mecanismos de coordinación entre las autoridades de defensa de la competencia estatales y autonómicas, actualmente desarrollados en la Ley 1/2002. Como es sabido, la Ley 1/2002 se adoptó en cumplimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, en la que se reconoció la competencia de ejecución de la normativa nacional de defensa de la competencia a las Comunidades Autónomas con competencia propia en materia de comercio interior.
- 3) La modificación de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (LDC) permite integrar en un único texto legislativo toda la normativa en la materia. No existe ninguna razón para excluir de la futura LDC el modelo competencial y la coordinación entre las autoridades de defensa de la competencia centrales y autonómicas, máxime cuando en el Anteproyecto se establece la arquitectura institucional del sistema español de competencia y se establecen nuevos mecanismos de coordinación y colaboración que afectan a las autoridades de defensa de la competencia autonómicas. Por lo tanto, desde una perspectiva de claridad, coherencia y simplicidad legislativa, debería regularse el reparto competencial y los mecanismos de coordinación dentro de la nueva Ley de Defensa de la Competencia, derogando así la ley 1/2002.
- 4) En el plano sustantivo, conviene recordar que la Ley 1/2002 ha sido ampliamente criticada por el carácter asimétrico de sus disposiciones, por lo que el TVDC no considera necesario reiterar dichas críticas en este escrito. En todo caso, basta señalar que dicha ley refleja una visión sumamente restrictiva de la sentencia 208/1999 y escasamente coherente con el ulterior proceso de modernización y descentralización del Derecho comunitario de la competencia. En suma, la Ley 1/2002 es hoy en día un texto anacrónico y obsoleto cuya reforma no debería demorarse ni deslindarse de la reforma de la Ley 16/1989.



- 5) Precisamente, uno de los dos objetivos principales de la reforma de la Ley 16/1989 es “modernizar el marco de defensa de la competencia y adaptarlo a la nueva normativa comunitaria”¹. Sin embargo, el sistema establecido por la Ley 1/2002 se apoya en la existencia de competencias exclusivas de aplicación de la normativa española de defensa de la competencia y nada tiene que ver con el sistema comunitario de competencias compartidas. Por ello, presenta graves carencias que son susceptibles de manifestarse con virulencia a medida que las autoridades de defensa de la competencia autonómicas empiecen a operar. A continuación se analizan estas carencias:
- 6) La ambigüedad de los puntos de conexión admite interpretaciones muy diversas y es susceptible de generar disputas entre las autoridades de competencia. Si bien la Ley 1/2002 prevé una Junta Consultiva en materia de conflictos, sus dictámenes no son vinculantes y tanto el Estado como las Comunidades Autónomas pueden elevar un conflicto competencial ante el Tribunal Constitucional, el órgano judicial competente para resolver estas cuestiones. Sin entrar a valorar los posibles escenarios jurídicos que podrían generarse como consecuencia de la interposición de dicho recurso y una sentencia posterior del alto tribunal, no existe ninguna duda de que tal situación pone en entredicho la eficacia y seguridad jurídica del sistema.
- 7) En el sistema comunitario de competencias compartidas no se da esta posibilidad y la atribución de casos que se realizan dentro de la Red Europea de Competencia (conocida como “ECN”, por sus siglas inglesas) no es recurrible ante las instancias judiciales comunitarias. Además, la atribución de casos dentro del sistema se asienta sobre el principio de “la autoridad mejor situada”, y la Comisión se centra en los casos que tienen una dimensión realmente comunitaria o presentan un carácter novedoso.
- 8) La existencia de competencias exclusivas de aplicación del Derecho español de la competencia no concede ningún papel preeminente al órgano resolutorio estatal como garante de su aplicación uniforme. El mecanismo de revisión judicial previsto en el Anteproyecto no solucionará este problema. Las resoluciones de las autoridades de defensa de la competencia autonómicas sólo serán recurribles ante el Tribunal Superior de Justicia de su respectiva Comunidad Autónoma, por lo que la única instancia judicial común a las instituciones estatales y autonómicas será el Tribunal Supremo en casación.
- 9) Contrariamente al sistema vigente en España, en el sistema comunitario la Comisión ocupa un papel preeminente (*primus inter pares*) que se refleja en varios aspectos: (1) Las decisiones de la Comisión tienen una consideración especial y en principio vinculan tanto a las autoridades nacionales de competencia como a los tribunales nacionales; (2) la Comisión puede despojar a las autoridades de defensa de la competencia nacionales de su competencia para instruir un asunto en cualquier momento mediante el inicio de un procedimiento; (3) las autoridades de competencia nacionales deben comunicar a la Comisión

¹ Presentación powerpoint, “Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia”, Consejo de Ministros, 10 de marzo de 2006.



cualquier proyecto de decisión en la que se ordene la cesación de una infracción, por la que se acepten compromisos o por la que se retire la cobertura de un reglamento de exención por categorías, y la Comisión puede abrir un procedimiento, asumiendo así la competencia exclusiva sobre el asunto, si estima que el proyecto de decisión es contrario a la práctica jurisprudencial o decisonal comunitaria. La Comisión se ha comprometido a usar esta cláusula de salvaguardia sólo en situaciones excepcionales y de hecho al TVDC no le consta que nunca se haya usado, pero su mera existencia supone un incentivo para la coordinación entre autoridades y una garantía de la coherencia de las resoluciones adoptadas dentro del sistema, sin imponer una uniformidad absoluta².

- 10) El TVDC considera que la reforma de la LDC supone una oportunidad histórica para superar el modelo establecido por la Ley 1/2002 y establecer un sistema sólido y duradero de competencias compartidas para la aplicación en España de la normativa de defensa de la competencia comunitaria y española. Dicho sistema comprendería un mecanismo de coordinación entre las autoridades de competencia estatales y autonómicas (y entre éstas últimas) análogo al sistema comunitario vigente a partir del Reglamento 1/2003, por lo que se alcanzaría una armonía o identidad plena entre ambos sistemas.
- 11) El sistema comunitario de competencias compartidas implica que tanto la Comisión como cualquier autoridad nacional pueden aplicar las normas de competencia comunitarias a conductas restrictivas o abusos de posición dominante. No obstante, existe una Red Europea de Competencia formada por la Comisión y las autoridades de competencia nacionales que tiene como función principal coordinar la aplicación del derecho por las diferentes autoridades y, en particular, atribuir los asuntos a la autoridad mejor situada para instruirlos. El sistema ha funcionado de manera eficiente, la coordinación y colaboración entre autoridades ha sido ejemplar y la Comisión no se ha visto en la obligación de “recuperar” ningún asunto pendiente de resolución ante una autoridad nacional. Todo ello a pesar de que muchas de las autoridades de los nuevos Estados miembros tenían una experiencia limitada en materia de Derecho de la competencia y ninguna experiencia en el ámbito del Derecho comunitario de la competencia.
- 12) El establecimiento en España de un sistema de competencias compartidas en materia de Derecho de la competencia comunitario y nacional implicaría la integración de las autoridades autonómicas en el sistema comunitario (en particular, la ECN), así como el establecimiento de una “Red Nacional de Competencia”, un modelo y un procedimiento de reparto de casos y unas cláusulas de salvaguardia a favor de la autoridad de competencia estatal. Ninguna de estas propuestas plantean dificultades insalvables, como se detallará a continuación. Al contrario, el éxito del modelo comunitario, que engloba a la

² La *Comunicación de la Comisión sobre la Cooperación en la Red de Autoridades de Competencia* establece en su párrafo 43 que “la Comisión tendrá, en tanto que guardiana de los Tratados, la responsabilidad última, pero no exclusiva, para desarrollar la política y salvaguardar la coherencia en la aplicación de la legislación comunitaria de competencia. (subrayado propio)



Comisión, las veinticinco autoridades de competencia de los Estados miembros y los tribunales ordinarios³, es una referencia válida y una garantía de éxito para el modelo español.

- 13) A continuación se esboza un modelo de competencias compartidas de aplicación de la nueva LDC y del Derecho comunitario de la competencia.
- 14) Con respecto a la aplicación de la legislación de competencia nacional, podría replicarse el modelo comunitario de competencias compartidas, asentado en: (1) una “Red Nacional de Competencia” (análoga a la ECN) que englobe a las autoridades de competencia estatales y autonómicas; (2) unas normas y procedimientos de asignación de casos iguales o similares a las establecidas por la *Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia*; y (3) el principio de preeminencia de la autoridad de competencia central (*primus inter pares*)
- 15) Este modelo evitaría los problemas, conflictos e ineficiencias asociados a la ley 1/2002 y tomaría como criterio básico de atribución de un caso “la autoridad mejor situada”. Por ejemplo, si una conducta anticompetitiva se concentrase en una Comunidad Autónoma, el órgano de defensa de la competencia de dicha comunidad sería competente para sancionarla. Si dicha conducta afectase a dos o tres Comunidades Autónomas, sus órganos de defensa de la competencia deberían coordinar sus actividades de forma que uno instruyese el expediente asociando a los demás al mismo. El órgano de defensa de la competencia central podría intervenir cuando “cuando uno o varios acuerdos o prácticas, incluidas las redes de acuerdos o prácticas similares, tienen efectos sobre la competencia en más de tres [Comunidades Autónomas] (mercados transfronterizos que cubren más de tres [Comunidades Autónomas] o varios mercados [autonómicos])”⁴. Igualmente, el órgano central podría intervenir en los casos que estén estrechamente ligados a otras disposiciones nacionales, así como en los casos en que el interés nacional requiera la adopción de una decisión del órgano estatal para, a raíz de la aparición de un problema de competencia nuevo, desarrollar la política nacional de competencia o para velar por su observancia efectiva⁵.
- 16) Asimismo, la autoridad central tendría las mismas prerrogativas atribuidas a la Comisión, para garantizar su rol de guardián de la coherencia del sistema y la uniformidad jurídica.

³ Consideración especial merece la aplicación del Derecho comunitario de la competencia por los tribunales nacionales. Si el hecho de que cientos de instancias judiciales apliquen este derecho, a veces con una preparación escasa en la materia, no suscita cuestión alguna, no parece existir ninguna razón legítima para negar esta competencia a las autoridades de competencia autonómicas, un órgano especializado en la materia.

⁴ *Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia* párrafo 14 (se ha insertado “Comunidad Autónoma” en lugar de “Estados miembros” y “autonómicos” en lugar de “nacionales”).

⁵ *Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia* párrafo 15, adaptado al modelo español.



- 17) La única diferencia notable con respecto al modelo comunitario podría venir dada por la posible aplicación del principio de *ne bis in idem*, que impediría la adopción de varias resoluciones respecto al mismo asunto por parte de diferentes autoridades de competencia autonómicas. Para garantizar el respeto de este principio, el Anteproyecto podría prever que la atribución del caso a una autoridad en el marco de la Red de Nacional de Competencia vaciaría de competencias sobre el asunto a las restantes, siempre a salvo de los prerrogativas atribuidas a la autoridad de competencia central. Igualmente, si no fuese posible llegar a acuerdo sobre la autoridad mejor situada para instruir el expediente en el marco de la Red Nacional de Competencia, o la desavenencia surgiese posteriormente, la autoridad de competencia central podría abrir un procedimiento de investigación ejerciendo de esta manera su competencia exclusiva sobre el asunto.
- 18) Esto supondría una variación con respecto al modelo comunitario en el que existe la posibilidad teórica de que varias autoridades nacionales castiguen la misma conducta restrictiva en sus respectivos ámbitos geográficos. No obstante, lejos de suponer un empeoramiento del modelo comunitario, podría considerarse como una mejora del mismo.
- 19) También por analogía con el modelo comunitario, la nueva LDC podría prever un Comité de Prácticas Restrictivas y Desleales (formado por representantes de la autoridad de competencia central y las autoridades de competencia autonómicas) que, sin gozar del papel consultivo formal que se atribuye a su homólogo comunitario, pueda tener acceso a los documentos principales (por ejemplo, pliego de hechos de concreción, propuesta de actuación y respuestas de las partes a dichos documentos) y participar en las vistas ante la autoridad de competencia encargada de resolver el asunto. La Ley 1/2002 ha tratado esta cuestión de manera parcial en su artículo 3, al reconocer exclusivamente al Servicio de Defensa de la Competencia la condición de parte interesada en los procedimientos administrativos tramitados por los órganos de defensa de la competencia autonómicos. El TVDC considera que la solución aquí propuesta es plenamente coherente con el modelo comunitario y supone una mejora sustancial del modelo actual
- 20) Por otra parte, la implantación del modelo comunitario en España podría extenderse al sistema nacional de control concentraciones. De esta manera, podría preverse un procedimiento de remisión a las autoridades de competencia autonómicas del análisis de las concentraciones de ámbito autonómico.
- 21) Ciertamente, el Anteproyecto todavía atribuye al Consejo de Ministros la última palabra sobre las concentraciones aprobadas condicionalmente o vetadas por la autoridad de competencia central. No obstante, esta facultad podría extenderse al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma cuya autoridad de competencia analice una concentración o, en su defecto, quedar también en manos del Consejo de Ministros en los supuestos de remisión a las autoridades autonómicas.



- 22) Asimismo, de manera análoga al modelo propuesto en relación a las conductas restrictivas, abusivas o desleales, podría preverse la creación de un Comité de Concentraciones formado por representantes de la autoridad de competencia central y las autoridades de competencia autonómicas⁶.
- 23) Una vez expuesto el modelo de competencias compartidas de aplicación de la futura LDC, podemos avanzar un modelo sencillo de aplicación del Derecho comunitario de la competencia por todas las autoridades de defensa de la competencia españolas.
- 24) En este punto, debemos hacer notar que el Reglamento 1/2003 no contiene ningún impedimento legal a la aplicación del derecho de la competencia comunitario por diferentes autoridades de defensa de la competencia dentro de un estado. Al contrario, el Reglamento 1/2003 prevé que pueden ser varias las autoridades de competencia competentes para aplicar la legislación comunitaria de competencia en un Estado miembro⁷.
- 25) En el plano sustantivo, la coherencia con la doctrina jurisprudencial y decisonal comunitaria está garantizada por las prerrogativas otorgadas a la Comisión. En este caso, la delimitación de la autoridad mejor situada dentro del Estado para instruir el asunto tendría una importancia secundaria. No obstante, parece coherente aplicar los mismos principios de atribución de casos tanto en el ámbito comunitario como exclusivamente nacional. De esta manera, la primera autoridad (central o autonómica) en recibir una denuncia o abrir un investigación debería tener en cuenta los criterios de atribución de casos “nacionales” (sin efectos intracomunitarios) y determinar por sí misma o mediante consulta en el seno de la Red Nacional de Competencia si ella es efectivamente la autoridad mejor situada dentro del estado para instruir el asunto.
- 26) El acceso directo a la ECN podría matizarse con un mecanismo previo de consulta no vinculante ante la Red Nacional de Competencia. En último caso, el mecanismo de consulta previa a la Red Nacional de Competencia podría reforzarse con la prerrogativa de la Comisión para abrir un procedimiento con carácter exclusivo, quedando así en sus manos la notificación del asunto ante la ECN.
- 27) Tanto en el caso del acceso directo como en el caso del acceso filtrado a través de la Red Nacional de Competencia, podría ser necesario restringir la participación en la ECN a una sola autoridad española (central o autonómica), de forma que las restantes autoridades no podrían reclamar el caso notificado ante la

⁶ Vid. párrafo 19 de las Observaciones.

⁷ Artículo 35.1: “Los Estados miembros designarán a la autoridad o autoridades de competencia competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado de tal forma que puedan velar por el cumplimiento efectivo de lo dispuesto en el presente Reglamento. Las medidas necesarias para dotarlas de los poderes necesarios para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado serán adoptadas antes del 1 de mayo de 2004. Las autoridades designadas podrán incluir órganos jurisdiccionales.” (subrayado propio)



ECN. Si se adoptase esta solución, no sería necesario introducir ningún cambio en el método de atribución de casos de la ECN y en cada caso, sólo intervendría una autoridad de defensa de la competencia española. Por último, podría aplicarse el mismo sistema de participación directa o filtrada a través de la Red Nacional de Competencia en relación a los casos notificados a la red por las autoridades de defensa de la competencia de otros Estados miembros⁸.

- 28) Por otro lado, también se podría instaurar un sencillo mecanismo de coordinación para posibilitar la presencia de las autoridades de defensa de la competencia autonómicas en el Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y posiciones dominantes y en el Comité consultivo de concentraciones (por ejemplo, cuando se traten asuntos con una especial incidencia en una o varias Comunidades Autónomas o las cuestiones jurídicas planteadas puedan tener relevancia para una autoridad), sin perjuicio de que la representación oficial pueda corresponder a la autoridad de defensa de la competencia central.
- 29) A modo de conclusión, el TVDC considera que la adopción del sistema comunitario en España no implicaría retrasos en la tramitación del Anteproyecto porque las disposiciones normativas que conforman este sistema han sido desarrollado en el Reglamento 1/2003 y las Comunicaciones de la Comisión y sería fácilmente adaptable al contexto español.
- 30) El TVDC considera que la solidez y permanencia del modelo propuesto sólo puede garantizarse mediante su adopción en la nueva Ley de Defensa de la Competencia. No obstante, en previsión de que la tramitación parlamentaria del Anteproyecto sufra retrasos o no sea posible incluir el modelo propuesto en la futura ley, el TVDC desea extender una invitación al Tribunal de Defensa de la Competencia y al Servicio de Defensa de la Competencia, así como a las demás autoridades de defensa de la competencia autonómicas, para explorar un posible convenio de colaboración de conformidad con el vigente artículo 4.1 de la Ley 1/2002, que permita implantar en España el modelo aquí propuesto.

Asignación a los órganos autonómicos de facultades idénticas a las atribuidas al órgano estatal

- 31) Si bien en un modelo de competencias compartidas como el propuesto por el TVDC, sería aceptable y hasta conveniente reservar al órgano de defensa de la competencia central algunas competencias como la adopción de circulares interpretativas o declaraciones de inaplicabilidad, no parece legítimo ni legal defender al mismo tiempo un modelo de competencias exclusivas de aplicación de la normativa y reservar algunas funciones estrechamente relacionadas con dicha aplicación a la autoridad de defensa de la competencia central. Si se

⁸ El tenor del Reglamento 1/2003 podría ser incompatible con la imposición por la futura LDC de un mecanismo vinculante de atribución de asuntos “comunitarios” en el marco de la Red Nacional de Competencia con carácter previo a la notificación o reclamación de dicho caso ante la ECN. No obstante, las autoridades de defensa de la competencia estatales y autonómicas podrían seguir ese modelo mediante acuerdos convencionales.



apuesta por el modelo de competencias exclusivas, al menos debe aceptarse por coherencia que los órganos autonómicos tienen las mismas facultades de ejecución de la normativa que el órgano central dentro del ámbito de sus competencias. Por ejemplo, los órganos autonómicos deberían tener la facultad de adoptar circulares interpretativas (artículo 4.c) del Anteproyecto) y declaraciones de inaplicabilidad (Artículo 6 del Anteproyecto) en el ámbito de sus competencias.

32) Aun en el caso de que se adoptase el modelo propuesto por el TVDC, el Anteproyecto contempla otras facultades no relacionadas con las competencias de ejecución reconocidas a los órganos de competencia autonómicos. En estos casos tampoco existe ninguna razón para aplicar un tratamiento asimétrico a los organismos autonómicos en el marco de sus competencias. A continuación se mencionan estos casos de manera sucinta:

33) Artículo 11

El TVDC estima que los mismos poderes atribuidos a la CNC en relación a la administración central deberían asimismo ser ejercitados por los órganos de defensa de la competencia autonómicos en relación a las administraciones autonómicas e infraautonómicas.

34) Artículo 13

El TVDC estima que el artículo 13 limita involuntariamente las funciones de los órganos autonómicos al ámbito sancionador. Por lo tanto, debería modificarse este artículo y la disposición adicional sexta para dejar claro que los órganos de defensa de la competencia autonómicos tienen las mismas facultades consultivas y de promoción de la política de competencia asignadas al órgano de defensa de la competencia central en diferentes artículos del Anteproyecto (artículos 11, 27, 28, etc.).

35) Artículos 17 y 18

En el marco del modelo de competencias compartidas propuesto por el TVDC, parece conveniente adoptar un mecanismo de información y atribución de tareas entre los organismos de defensa de la competencia análogo a la Red Nacional de Competencia para simplificar, facilitar y mejorar la cooperación y coordinación con los órganos jurisdiccionales. Por ejemplo, los tribunales podrían comunicar electrónicamente a una base de datos compartida una nota sucinta de los asuntos en los que se ventilan cuestiones de competencia solicitando la información que estimen pertinente. A continuación los órganos de competencia podrían coordinar el suministro de información y, si se estima necesario, la personación en el asunto. El criterio de autoridad mejor situada en este ámbito podría vincular en principio tribunales y autoridades de cada Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la prerrogativa de intervención del órgano central.

36) Artículo 19

La solución propuesta con relación a los artículos 17 y 18 podría ser utilizada en relación a la coordinación con los reguladores sectoriales. En particular, el apartado 3 del artículo debería incluir a los presidentes de los organismos



autonómicos para establecer los necesarios vínculos que posibiliten una cooperación leal con los organismos sectoriales.

37) Artículo 20

Aun en el caso de que no se permita a los órganos autonómicos de defensa de la competencia aplicar el derecho comunitario de la competencia, el TVDC considera que no existen razones para prohibirles colaborar dentro de la esfera de sus competencias, con otras autoridades nacionales de competencia y la Comisión.

38) Artículo 26

El modelo de competencias compartidas propuesto por el TVDC supondría la modificación total de este artículo. Asimismo, el TVDC no aprecia ninguna razón que justifique privar a los órganos autonómicos de la posibilidad de realizar funciones de arbitraje en aplicación de la Ley 60/2003.

39) Artículo 27

La promoción de la competencia ante las administraciones es un elemento fundamental en la política de competencia. Por ello, el TVDC desea recalcar la importancia de extender el alcance del artículo 27.b) a los organismos autonómicos de defensa de la competencia en el marco de la actividad normativa autonómica o infraautonómica.

Asimismo, el TVDC propone extender la solución propuesta en relación a los artículos 17 y 18 al apartado d) del artículo 27. En su defecto, los organismos autonómicos deberían estar capacitados para asesorar a los tribunales sobre la procedencia y cuantía de las indemnizaciones a satisfacer en relación a las infracciones que caen bajo su competencia.

Modelo Institucional

40) El TVDC es consciente de la opinión común sobre la conveniencia de establecer un órgano de competencia con funciones separadas de instrucción y resolución. Esta opinión se asienta en principios del Derecho administrativo, aunque también se menciona por analogía la Comisión.

41) En el modelo comunitario, el Colegio de Comisarios adopta las decisiones sancionadoras y las decisiones finales en materia de concentraciones, mientras que la Dirección general de Competencia, bajo el mandato del Comisario de Competencia, instruye los expedientes y toma decisiones relacionadas con la gestión de cada asunto. No obstante, la separación formal entre la fase de instrucción y la fase de resolución de un asunto desaparece en la práctica puesto que la opinión del Comisario de Competencia, reflejada en su propuesta de decisión sancionadora (o decisión final en materia de concentraciones) es seguida en todos los casos por el Colegio y sólo aquellos en los que existen sensibilidades políticas nacionales suscitan alguna discusión en el órgano colegiado. El poder *de facto* del Comisario de Competencia es comprensible y hasta conveniente, puesto que el Comisario de Competencia, su gabinete y el



personal de la DG Competencia son expertos en la materia mientras que los restantes Comisarios no lo son. En suma, en el sistema comunitario la función de instrucción y resolución está desempeñada por la DG Competencia y su máximo responsable tiene una intervención activa durante toda la instrucción del caso. El derecho a un proceso judicial justo o el derecho a una doble instancia en materia penal, están garantizados por el Tribunal de Primera Instancia y, en casación, el Tribunal de Justicia de las Comunidades.

- 42) En España, la Audiencia nacional y el Tribunal Supremo garantizan la doble instancia en materia penal (resoluciones sancionadoras). Por ello la separación entre la fase de instrucción y la fase de resolución no tiene por qué suponer la creación de dos órganos autónomos dentro de una misma institución. Al contrario, el TVDC considera que debe existir una relación de subordinación del órgano de instrucción al órgano de resolución. En particular, la representación institucional, la gestión económica y de recursos humanos y el poder resolutorio en su sentido más amplio debería corresponder al órgano de resolución. No debe olvidarse que en el modelo comunitario, las actuaciones que lleva a cabo la Dirección General de Competencia y las medidas adoptados por el Comisario de competencia, lo son siempre por delegación del Colegio de Comisarios.
- 43) Lo anteriormente expuesto tiene especial importancia en el marco de las relaciones con otros órganos de defensa de la competencia: En el marco comunitario, el TVDC considera conveniente que sea el órgano resolutorio el que represente al órgano de defensa de la competencia estatal en los diferentes mecanismos de coordinación y participación en los asuntos de ámbito comunitarios, sin perjuicio de que pueda delegar esta función en la Dirección de Investigación o en personal del propio órgano resolutorio. Si bien es una práctica común en muchos Estados miembros, el TVDC considera que la integración del SDC en el TDC o en una nueva institución independiente hace innecesario y contradictorio que sea el órgano de instrucción y no el de resolución el que represente al Estado miembro en Comités en los que se emite un dictamen consultivo sobre las resoluciones de la Comisión. Esta representación debería también extenderse a la Red Europea de Competencia, puesto que una decisión tan importante como la atribución de un asunto a una u otra autoridad debería quedar en manos del órgano resolutorio y no del órgano de instrucción.
- 44) El argumento anteriormente expresado en relación a la representación institucional en la aplicación del derecho comunitario de la competencia es aplicable a la coordinación con los órganos de defensa de la competencia autonómicos. Si finalmente se mantiene la Ley 1/2002 en su redacción actual, el poder para elevar asuntos a la Junta Consultiva en materia de conflictos debería corresponder al órgano de resolución, puesto que corresponde a dicho órgano resolver finalmente sobre todas las cuestiones procesales (incluyendo la cuestión competencial) y materiales relativas a un asunto concreto. Todo ello sin perjuicio de que sea el Director Investigación quien represente a la autoridad de competencia estatal ante la Junta de Resolución de Conflictos. Por ello, el TVDC propone la modificación del artículo 37.e) del Anteproyecto.



45) Si finalmente se mantiene la figura del Director de Investigación contra el criterio del TDC, el TVDC estima que su nombramiento debería corresponder al órgano de resolución para evitar la contradicción que representa liberar formalmente al Servicio de Defensa de la Competencia de la tutela del Ministerio de Economía mientras se otorga al Gobierno el derecho de nombrar y cesar discrecionalmente al Director de la nueva Dirección de Investigación. Esta circunstancia replicaría de facto la situación actual, puesto que el mandato del Director de Investigación estaría sometido a los designios del Gobierno de turno y podría de esta manera ver mermada su independencia. Precisamente, es esta consideración lo que ha motivado la supresión en el Anteproyecto de la posibilidad de renovar el mandato de los miembros del órgano resolutorio. Como mal menor, el mandato del Director de la Dirección de Investigación debería estar sometido a las mismas reglas que rijan el nombramiento y la duración del mandato de los miembros del órgano resolutorio.

Competencias en materia de defensa de los consumidores

46) El TVDC considera que el procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia ofrece unas ventajas únicas para aplicar de manera eficiente la legislación en materia de defensa de los consumidores. No debe olvidarse que tanto el derecho de la competencia como la normativa de defensa de los consumidores comparte un mismo fin: proteger el bienestar de los consumidores (*consumer welfare*). Desde hace mucho tiempo, los Estados Unidos y el Reino Unido, dos de los estados más avanzados del mundo en el ámbito del derecho de la competencia han otorgado competencias en el ámbito de los consumidores a sus autoridades de defensa de la competencia. España podría ocupar una posición de vanguardia junto a Estados Unidos y el Reino Unido en la defensa de los consumidores. Adoptar esta propuesta implicaría dotar a los órganos de defensa de la competencia de más medios y recursos humanos pero no requeriría cambios sustanciales en el Anteproyecto. En Particular, podría establecerse un filtro para canalizar los casos menos importantes hacia los mecanismos actuales de reclamación o los tribunales pordinarios. Por ejemplo, los organismos de defensa de la competencia podrían archivar las denuncias y los expedientes abiertos si estiman que el asunto no presenta una entidad suficiente.

Comentarios particulares

47) Artículo 3

El TVDC considera conveniente clarificar si la nueva redacción del actual artículo 7 de la LDC implica un menor grado de exigencia en relación al actual requisito “grave distorsión de las condiciones de competencia en el mercado”. El TVDC aboga por establecer criterios objetivos/cuantitativos. Por ejemplo, los órganos de defensa de la competencia podrían sancionar las conductas desleales de una empresa que supera una determinada cuota de mercado (umbral que podría establecerse en relación a la comunicación *de minimis* de la Comisión).



48) Artículo 8

Si finalmente se considera necesario establecer un umbral de cuota de mercado alternativo al umbral de cifra de facturación, el TVDC no aprecia ninguna justificación de peso para incrementarlo del 25% actual al 30% propuesto por el Anteproyecto. Por ejemplo, en un mercado donde sólo estén presentes tres empresas (empresa 1 – 71%, empresa 2 – 15%, empresa 3 -14%), la fusión de las empresas 2 y 3 quedaría fuera de la nueva ley siempre que no sea aplicable el umbral de facturación. Sin embargo, este tipo de concentración podría resultar en una disminución de la competencia efectiva derivada de la creación de una posición dominante colectiva o de efectos unilaterales.

49) Artículo 10.1.h)

El TVDC considera conveniente especificar en dicho artículo si la evaluación de las eficiencias generadas por una concentración es uno de los factores que resultan en la obstaculización de la competencia efectiva o sólo actúa a posteriori (análogo al artículo 81.3 del tratado CE o la intervención del Consejo de Ministros en materia de concentraciones en virtud del interés general). En todo caso, sería conveniente prever la posibilidad de que la autoridad de defensa de la competencia desarrolle y clarifique el artículo 10.1.h), tal como ha hecho la Comisión en su ámbito de competencia.

50) Artículo 52

El TVDC sugiere unificar el pliego de concreción de hechos y la propuesta de resolución en un solo documento (pliego de concreción de hechos), a imagen y semejanza del modelo comunitario.

51) Artículo 54

El TVDC considera que no existe ninguna razón para limitar la terminación convencional a la fase de instrucción. No obstante, para no posponer la posibilidad de una terminación convencional, el TVDC sugiere que en el pliego de hechos de concreción (según la propuesta hecha más arriba) o en la propuesta de resolución (si no se acepta la propuesta de modificación del artículo 52) no se cuantifiquen las sanciones propuestas.

52) Artículo 63.2

La responsabilidad de la empresa matriz por los actos de su filial es un concepto muy controvertido en el derecho comunitario. El concepto de influencia o control del comportamiento económico ha sido interpretado expansivamente y de manera poco rigurosa por la Comisión. El TVDC sugiere limitar la responsabilidad a los casos en los que la propia conducta anticompetitiva haya sido determinada, influenciada o conocida por la empresa matriz, sin que el control del 100% o una mayoría del capital de la filial genere una presunción jurídica en contra de la matriz.

53) Artículo 63.3

El TVDC considera que la no aplicación de un acuerdo anticompetitivo por una empresa que es consejera o miembro de la asociación no debería eximir del pago



subsidiario de la multa impuesta a la asociación. La práctica ha demostrado que es muy difícil determinar la aplicación o no de un acuerdo anticompetitivo y, sobre todo, el reproche sancionador debe centrarse, para evitar su repetición, en el concurso de voluntades anticompetitivas, no en su posterior puesta en práctica.

54) Artículo 66

El TVDC considera fundamental incentivar la reparación de los daños económicos causados por las actuaciones sancionadas y para ello sería necesario introducir la reparación del daño causado como un elemento mitigador de la sanción. En el ámbito comunitario este elemento está previsto y si bien no ha sido usado con la regularidad deseada (en parte por la pasividad de la propia Comisión), el TVDC estima que su importancia se acrecentará a medida que las demandas por daños y perjuicios sean una realidad: las empresas recurrirán a él para reducir la multa y al mismo tiempo evitar costosas y cuantiosas demandas por daños.

Vitoria-Gasteiz, 31 de marzo de 2006

Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia