

LA REFORMA DE LA NORMATIVA DE COMPETENCIA: UNA OPORTUNIDAD PÉRDIDA Y UN RECORTE DE LOS DERECHOS DE LOS ADMINISTRADOS

El pasado 29 de abril de 2021 entró en vigor el **Real Decreto-ley 7/2011** que transpone, entre otras, la conocida como “Directiva europea ECN+”. Este texto **reforma la normativa nacional de defensa de la Competencia**, en particular, la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (“**LDC**”), el Real Decreto 261/2008 por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia y la Ley 3/2013 de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Cabe advertir que el texto aprobado no incluye muchas de las modificaciones de calado incluidas en el ambicioso anteproyecto de ley publicado en julio de 2020, que si bien no estaban directamente relacionadas con la citada Directiva, se consideraba conveniente incorporar aprovechando la necesidad de modificar y mejorar la LDC tras la experiencia acumulada durante los más de diez años de aplicación.

En consonancia con los objetivos pretendidos por la Directiva ECN+, la reforma persigue alcanzar una **aplicación más efectiva de la normativa de competencia a nivel europeo** impulsando la colaboración recíproca entre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“**CNMC**”) y las Autoridades de Competencia de otros Estados miembros, además de reforzar las competencias de la CNMC y el carácter disuasorio de las sanciones, pese a que parece haberle temblado finalmente el pulso al legislador español, al **mantener el importe máximo de las sanciones a representantes legales y directivos en 60.000€** frente a la propuesta originaria de incrementarlo hasta los 140.000 euros.

La reforma da lugar a un **régimen sancionador más estricto y disuasorio** que agrava el reproche de antijuridicidad para determinadas infracciones. Así, al texto ahora en vigor, **se incorporan como infracciones muy graves**, sancionables con hasta el 10% del volumen de negocios de la empresa infractora, junto a las conductas ya contempladas en el texto anterior (acuerdos colusorios horizontales -entre ellos los cárteles- y los abusos de posición de dominio), **los acuerdos verticales restrictivos de la competencia**, que hasta ahora eran calificados como infracciones graves y sancionados con hasta el 5%. Así mismo, **la obstrucción de la labor inspectora de la CNMC**, que hasta el momento tenía la consideración de infracción leve, pasa a considerarse grave.

Relacionado con lo anterior, el Real Decreto-ley viene a precisar que el porcentaje máximo de las sanciones deberá aplicarse sobre el **volumen de negocios total a nivel “mundial”** de la empresa infractora, despejando así las dudas que existían sobre el ámbito territorial a considerar en el término “volumen total”.

En el ámbito de sus competencias, destacar que la CNMC gozará a partir de ahora de un considerable margen de discrecionalidad para abstenerse de investigar aquellas denuncias que no constituyen una **prioridad esencial**, a semejanza de lo que ya se establece en el ámbito comunitario para la Comisión Europea, lo cual no deja de ser un criterio subjetivo y que aporta cierta incertidumbre a quienes denuncien como perjudicados por conductas restrictivas de competencia.

Así mismo, **se ha ampliado la potestad de la CNMC de realizar entrevistas** no solo durante las inspecciones domiciliarias sino **en cualquier momento**, en la sede de la CNMC y a requerimiento (motivado) de ésta, a cualquier representante de una empresa o entidad jurídica o a cualquier otra persona física, con o sin vinculación con la empresa infractora, que pueda estar en posesión de información o datos relevantes para una investigación.

Además, se establece claramente que la **negativa a someterse a una inspección domiciliaria** una vez notificada la correspondiente orden de inspección, será considerada una **infracción independiente** sin perjuicio de poder constituir, además, **una circunstancia agravante** para fijar el importe de la multa en el procedimiento principal,

lo que en la práctica desincentiva que las empresas inspeccionadas exijan un auto judicial para permitir el acceso. Para facilitar la aplicación de dicho precepto se reitera la referencia ya contenida en la Ley de Creación de la CNMC relativa a la obligación de colaboración de los poderes públicos prestando la protección y auxilio necesarios a la CNMC. Por el contrario, sí que se requerirá auto judicial cuando se pretenda acceder a dependencias, terrenos o medios de transporte distintos de los propios de las empresas o asociaciones de empresas investigadas.

Otra de las novedades a destacar se produce en el ámbito de los **programas de clemencia**, que permite a la CNMC extender al solicitante de clemencia el beneficio de la exención no sólo del pago o reducción de la multa, sino también a la prohibición de contratar prevista en la Ley de Contratos del Sector Público.

Mención especial merece otro de los aspectos que el anteproyecto contemplaba y que no ha cuajado finalmente en la reforma de LDC, como es la introducción de la figura del **“settlement agreement” o procedimiento de transacción**, frecuentemente aplicado por la Comisión Europea, que permite a las empresas investigadas reconocer su responsabilidad en el ilícito a cambio de obtener una reducción en el importe de la sanción. Su inclusión hubiera otorgado a la CNMC no sólo un instrumento esencial para el ahorrar costes y tiempo en la tramitación de los procedimientos, sino también a los perjudicados que, al quedar vedada la vía de recurso para quienes se acogen a la citada figura, permite anticipar las reclamaciones de daños y elevar sus probabilidades de éxito.

En conclusión, si bien la transposición de la Directiva, a destiempo tras un requerimiento de “Bruselas” y con un procedimiento por infracción en curso, ha venido a **reforzar la efectividad de la normativa española de competencia** (especialmente, en el régimen de multas, las facultades de inspección y la discrecionalidad en el tratamiento de las denuncias), quizás se haya perdido la oportunidad de acometer una **reforma más profunda** y ambiciosa, además de haberse producido cierta **limitación de las garantías de los administrados** en lo relativo a la prosperabilidad de las denuncias y la solicitud en la práctica del auto de entrada y registro, que hasta ahora se venían solicitando por parte de las autoridades de competencia nacional y autonómicas con carácter previo a la realización de inspecciones domiciliarias o a instancias de la empresa inspeccionada, privándose así de la garantía del control previo de legalidad por parte de los jueces de lo contencioso a la limitación de un derecho fundamental como es la inviolabilidad del domicilio, salvo que se quiera asumir una multa de hasta el 5% del volumen de negocio total a nivel mundial y una posible agravante en el cálculo de la sanción en el procedimiento principal.

Contactos



José Manuel Sipos
Socio.
Director Área Derecho de la Competencia
jmsipos@broseta.com



Luis Berenguer
Senior Advisor
Área Derecho de la Competencia
lberenguer@broseta.com



Madrid. Goya, 29. T. +34 914 323 144; **Valencia.** Pascual y Genís, 5. T. +34 963 921 006;
Lisboa. Av. António Augusto de Aguiar, 15. T. +351 300 509 035; **Zúrich.** Schiffplände, 22. T. +41 44 520 81 03

Firma miembro de la **Red Legal Iberoamericana**



Aviso legal. Esta publicación tiene carácter informativo. La misma no pretende crear ni implica una relación abogado / cliente.
© BROSETA 2021. Todos los derechos reservados. Si no desea recibir información de BROSETA, envíe un correo a comunicacion@broseta.com, indicando en el asunto BAJA INFO BROSETA.