

La Nueva Ley de  
Defensa de la Competencia



septiembre 2008



IberForo Madrid Abogados



# LA NUEVA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que viene a reformar el sistema español en esta materia, basado en la antigua Ley 16/1989, de 17 de julio, para reforzar los mecanismos ya existentes en la lucha contra las prácticas restrictivas y dotarlo de los instrumentos y la estructura institucional óptima para proteger la competencia efectiva en los mercados, teniendo en cuenta el nuevo sistema normativo comunitario y la experiencia acumulada en los años de aplicación de la antigua ley.

Con ese objeto, la Ley 15/2007 lleva a cabo la citada reforma, guiada por los cinco principios que enuncia en su Exposición de Motivos: garantía de la seguridad jurídica de los operadores económicos, independencia en la toma de decisiones, transparencia y responsabilidad frente a la sociedad de los órganos encargados de la aplicación de la Ley, eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia y búsqueda de la coherencia del sistema.

Esta Ley introduce importantes novedades en el sistema actual de defensa de la competencia, tanto en el aspecto sustantivo como en el institucional y de procedimiento.

## 1. Conductas restrictivas y acuerdos de menor importancia.

---

Desde el punto de vista material, con la nueva Ley de Defensa de la Competencia las infracciones siguen siendo básicamente las mismas que las tipificadas en la antigua Ley 16/1989, salvo el “*abuso de una situación de dependencia económica*”, que desaparece como categoría independiente, al estar regulada esa conducta en la Ley de Competencia Desleal, y de la que sólo conocerá el órgano encargado de aplicar la nueva Ley en el caso de que por falsear la libre competencia afecte al interés público.

Así pues, se mantiene la prohibición de los acuerdos entre empresas, del abuso de posición de dominio y del falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

Siguiendo la estela comunitaria, la nueva Ley acoge la figura de las conductas de menor importancia (“acuerdos de *mínimis*”), que son aquéllas que no son capaces de afectar de manera significativa a la competencia y que, atendiendo a esta circunstancia, no están prohibidas. Lo que supone, además, que no sea posible el ejercicio de acciones judiciales contra las mismas, puesto que no revisten carácter antijurídico.

El objetivo de excluir expresamente estas conductas del ámbito de prohibición es permitir que el órgano que aplica la normativa de competencia pueda centrarse, dedicando sus medios y esfuerzos, en perseguir y sancionar aquellas conductas más restrictivas y perjudiciales, dejando a un lado las que no son aptas para afectar de manera significativa a

la competencia. Con la antigua ley, los órganos de defensa de la competencia *podían* decidir no iniciar o sobreeser los procedimientos sancionadores contra las conductas que no pudieran afectar de manera significativa la competencia. La nueva Ley va más allá, al reconocer que, en tales casos, no existe infracción.

En cuanto a cuáles son esas conductas de menor importancia, es el Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real 261/2008, de 22 de febrero, el que las define, y lo hace atendiendo, principalmente, a la cuota de las empresas partícipes en el mercado relevante de que se trate. No obstante, en ningún caso podrán ser considerados acuerdos de menor importancia aquellos que tengan por objeto alguna de las restricciones más dañinas para el

funcionamiento competitivo de los mercados, como son los acuerdos de reparto de mercados o clientes, la limitación de la producción o las ventas, o la fijación de precios.

Por último, señalar que tampoco estarán prohibidas aquellas conductas que, sin ser de menor importancia, estén amparadas por los Reglamentos comunitarios de exención por categorías (por ejemplo, el adoptado para el sector de los vehículos de motor, o de investigación y desarrollo). Por su parte, el Gobierno mantiene la facultad para aplicar este tipo de exenciones a determinadas categorías de conductas que no afecten al comercio entre los Estados miembros, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia.

## 2. Régimen de exención legal y *autoevaluación*

---

A finales del año 2003, la Comisión Europea modificó el régimen europeo de la competencia mediante la sustitución del sistema de notificación de los acuerdos restrictivos de la competencia que afectan al comercio entre Estados miembros para su autorización, vía exención individual, por un sistema de exención legal. De conformidad con este sistema de exención legal, los acuerdos que cumplen determinadas condiciones no están prohibidos, sin que sea necesaria una decisión previa a tal efecto. Este nuevo régimen, recogido en el Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, empezó a aplicarse en el mes de mayo de 2004.

Siguiendo la línea comunitaria, la nueva Ley de Defensa de la Competencia acoge el sistema

de exención legal, exigiendo para su aplicación que los acuerdos reúnan unas condiciones muy similares a las que habrían permitido que fueran susceptibles de la preceptiva autorización singular prevista en la antigua ley: que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, que permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas, que no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y que no consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Qué duda cabe que este nuevo sistema, que implica que han de ser las propias empresas, debidamente

asesoradas, las que valoren sus acuerdos y sus efectos sobre la competencia, a través de la denominada “autoevaluación” (*self-assessment*), introduce una gran incertidumbre para las mismas sobre la adecuación de aquéllos a las normas de competencia. Las empresas acudirán,

previsiblemente, como criterio orientador, al acervo jurisprudencial de los Tribunales y órganos responsables de la aplicación de la normativa de la competencia, tanto españoles como comunitarios y de otros estados miembros de la Unión Europea para desarrollar esa difícil tarea.

### 3. Novedades en el procedimiento sancionador

---

La reforma realizada por la nueva Ley de Defensa de la Competencia en lo que atañe al procedimiento sancionador, consiste, fundamentalmente, en

la graduación de las infracciones en materia de defensa de la competencia y la introducción del programa de clemencia.

#### Graduación de las infracciones

Uno de los cambios elementales introducidos por la Ley 15/2007 es la graduación de las infracciones en leves, graves y muy graves, el establecimiento de las sanciones máximas aplicables a cada tipo de infracción (porcentajes máximos sobre el volumen de negocios de la empresa), así como la determinación de los criterios a los que deberá atender la Comisión Nacional de la Competencia a la hora de imponer la sanción correspondiente, lo que dota a sus decisiones de una mayor transparencia y objetividad y otorga un mayor grado de seguridad jurídica a las empresas a la hora de conocer a qué consecuencias se están enfrentando al desarrollar determinadas conductas.

Y es que la antigua ley era completamente imprecisa a este respecto, al no contener una tipificación adecuada de las infracciones, dejando la determinación de las multas, que podían ir de 0 hasta 150.000.000 pesetas, al

criterio discrecional del Tribunal de Defensa de la Competencia, que disponía de una gran libertad a la hora de determinar la gravedad de la infracción cometida, al no existir indicación legal alguna al respecto.

Con la nueva ley, a la hora de valorar sus conductas y la conveniencia de llevarlas a cabo, los agentes económicos conocen que las que se indican a continuación (y otras que no se recogen aquí y para las que nos remitimos al texto legal) se han clasificado como infracciones muy graves, correspondiéndoles multas de hasta el 10% de su volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (y, si no es posible determinarlo, a una multa superior a 10.000.000 euros): conductas colusorias que consistan en cárteles (definidos por la propia Ley como acuerdos secretos entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de

venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones) u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí (acuerdos horizontales), así como el abuso de posición de dominio cometido por empresas que operen en un mercado recientemente liberalizado, que tengan una cuota de mercado próxima al monopolio o que disfruten de derechos especiales o exclusivos.

Las conductas colusorias entre empresas no competidoras (acuerdos verticales) y los abusos

de posición de dominio cometidos por empresas que no se encuentren en las circunstancias antes mencionadas, se clasifican como infracciones graves, y podrán ser objeto de multas de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de aquélla.

A la hora de determinar el importe de la sanción, se deberá atender, entre otros, a criterios como la dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa responsable y el alcance y duración de la infracción.

### Programa de clemencia

Otra de las grandes novedades de la nueva Ley de Defensa de la Competencia es la introducción de un procedimiento de clemencia (*policy of leniency*), similar al que es de aplicación tanto en los Estados Unidos, pioneros en su utilización, como en la Comisión Europea y en varios estados de la Unión Europea, como por ejemplo Alemania, Austria, Bulgaria y Francia.

Los programas de clemencia, que, según resalta la propia Comisión Europea, han resultado ser un instrumento particularmente eficaz para detectar, desestabilizar y liquidar los cárteles (y, en particular, los cárteles secretos), consisten en la eliminación o reducción de las sanciones para las empresas que denuncien la existencia de cárteles o aporten pruebas sustantivas para su persecución, y responden a la idea de que el interés y el beneficio derivado de que se descubran los cárteles prima sobre el interés en que se multe a empresas cuya cooperación permite descubrirlos.

Según el programa de clemencia introducido por la Ley, una empresa o persona física que

participe en un acuerdo puede pedir acogerse a la exención del pago de la multa que hubieran podido imponerle si es la primera empresa o persona física que aporta elementos de prueba de la existencia de un cártel desconocido hasta ese momento por la Comisión Nacional de la Competencia o, en caso de que la Comisión Nacional de la Competencia conozca ya la existencia del cártel, si la empresa es la primera en aportarle elementos cruciales que le permitan probarla de forma fehaciente.

No solo basta con dar a conocer el cartel, sino que para que se aplique la exención del pago de la multa, la empresa o persona física deberá, además, cooperar plena, continua y diligentemente con la Comisión Nacional de la Competencia, poner fin a su participación en la presunta infracción (salvo que la Comisión Nacional de la Competencia estime que esa participación es necesaria para preservar la eficacia de una inspección), no haber destruido elementos de prueba y no haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción.

Aquellas empresas o personas físicas que no puedan obtener la exención del pago de la multa por no reunir los requisitos anteriores podrán, no obstante, beneficiarse de una reducción en el importe de la multa siempre que faciliten elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo respecto de los que ya disponga la Comisión Nacional de la Competencia, y cooperen plena, continua y diligentemente con aquélla, pongan fin a su participación en la presunta infracción (como en el caso anterior, salvo que la Comisión Nacional de la Competencia estime que esa participación es necesaria para preservar la eficacia de una inspección), y no hayan destruido elementos de prueba.

El nivel de reducción del importe de la multa se calculará atendiendo al orden en que las empresas vayan cumpliendo los requisitos anteriormente señalados, pudiendo llegar a ser de hasta el 50 % para la primera de ellas.

Tanto la exención total como la reducción del importe de la multa serán también aplicables (en el mismo porcentaje, en el caso de reducción) a la multa que pudiera imponerse a los representantes o a las personas que integran los órganos directivos de las empresas que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre

que hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia.

No obstante, debe tenerse en cuenta que este programa de clemencia no implica, en ningún caso, que se exima de responsabilidad a los miembros del cartel que sean colaboradores con la administración por los daños y perjuicios causados por su conducta a los particulares, quienes podrán acudir a los juzgados de lo mercantil para su resarcimiento.

Por último, no quiere cerrarse este apartado dedicado a las novedades del procedimiento sancionador sin hacer mención al tratamiento de la celebración de la vista oral por la nueva Ley y su Reglamento.

Dispone la Ley que la Comisión Nacional de la Competencia podrá acordar la celebración de vista oral a propuesta de los interesados. El Reglamento señala que también podrá hacerlo cuando la estime adecuada para el examen y enjuiciamiento del objeto del expediente. Pues bien, habida cuenta de la importancia del debate contradictorio para un correcto, amplio y exacto entendimiento de los hechos y las circunstancias concretas del supuesto de que se trate, se espera y desea que una y otra circunstancia permitan al nuevo órgano administrativo a acordar la celebración de un mayor número de vistas orales.

#### 4. Único órgano de aplicación de la Ley

---

Desde el punto de vista institucional, la reforma operada por la nueva Ley de Defensa de la Competencia consiste en el abandono del sistema dualista existente y la creación de un órgano especializado único, la Comisión Nacional de la Competencia.

Hasta el pasado 1 de septiembre de 2007 eran dos los órganos administrativos de carácter estatal competentes para la aplicación de la entonces vigente Ley de Defensa de la Competencia: el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia. La existencia de estos dos órganos, uno para la instrucción y

otro para la resolución de los procedimientos sancionadores, suponía en muchos casos la reiteración de trámites y permitía el uso de los recursos contra los actos de instrucción del Servicio de Defensa de la Competencia con fines dilatorios por parte de las empresas (en perjuicio de los afectados, que para acudir a la vía judicial para el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos debían, con la antigua ley, esperar a obtener un pronunciamiento firme del Tribunal de Defensa de la Competencia).

La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, crea un nuevo órgano único, la Comisión Nacional de la Competencia, cuyos principios rectores, según dispone su Exposición de Motivos, son la independencia de criterio con respecto al Gobierno y la separación entre la instrucción (a cargo de la Dirección de Investigación) y la resolución (a cargo del Consejo) en los procedimientos.

Así, la Comisión Nacional de la Competencia se configura como una entidad de Derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda, que actúa en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional y plena independencia de las Administraciones Públicas.

Se presenta como una entidad de estructura piramidal, compuesta por un Presidente, nombrado por el Gobierno a propuesta del mencionado Ministerio, entre juristas, economistas y otros profesionales de reconocido prestigio, por periodo de seis años, sin posibilidad de renovación, y dos órganos de él dependientes: el Consejo de la Comisión

Nacional de la Competencia, órgano colegiado de resolución, y la Dirección de Investigación, que realiza las funciones de instrucción, investigación, estudio y preparación de informes de la Comisión Nacional de la Competencia.

Esta integración del Servicio y del Tribunal de Defensa de la Competencia en un único órgano permite la reducción de los plazos de resolución del procedimiento sancionador, de dos años a 18 meses.

Debe hacerse mención en relación con el nuevo órgano administrativo encargado de la aplicación de la normativa de competencia de su destacado papel en el proceso de control de concentraciones económicas, en el que obtiene el protagonismo, hasta este momento en manos del Consejo de Ministros, cuya participación queda ahora limitada a una valoración de la operación atendiendo a criterios de interés general *distintos* de la defensa de la competencia, entre otros: defensa y seguridad nacional, protección de la seguridad o salud públicas y protección del medio ambiente.

Finalmente, señalar que también se han visto ampliadas (o, en todo caso, reconocidas de forma indubitada) las funciones de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia, de manera que es posible el acceso a locales distintos de la sede social de la empresa, como por ejemplo al domicilio particular de los administradores y otros miembros del personal de la empresa (con su consentimiento o la correspondiente autorización judicial) cuando existan indicios fundados de que en los mismos puedan encontrarse libros u otra documentación relacionada con la empresa y con el objeto de la inspección que puedan servir para probar una infracción grave o muy grave.

## 5. Novedades en el control de concentraciones

---

Dentro del régimen del control de concentraciones económicas, además de la novedad a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior (relativa al órgano facultado para decidir sobre las mismas), se han de mencionar otros cambios de interés.

Por un lado, se amplía el concepto de lo que ha de entenderse por *concentración* a los efectos de la Ley, de forma que no sólo lo es la creación de una empresa en participación (*joint venture*) que desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente, sino también aquella creada con la finalidad de coordinar la actuación de las empresas matrices. Este tipo de operaciones, si bien antes eran objeto de análisis a la luz del artículo 1 de la antigua Ley de Defensa de la Competencia (relativo a los acuerdos restrictivos de la competencia) ahora lo son siguiendo el régimen de control de concentraciones, como en la normativa comunitaria.

La nueva Ley eleva del 25% al 30% el umbral de la cuota de mercado resultante de la operación de concentración necesaria para que resulte de aplicación el procedimiento de control y deba ser notificada a la Comisión Nacional de la Competencia.

Se admite la posibilidad de presentar un formulario abreviado de notificación en el caso de operaciones que, en principio, no presenten obstáculos para la competencia (por

ejemplo, cuando ninguna de las partícipes en la concentración realice actividades económicas en el mismo mercado geográfico y de producto o en mercados relacionados ascendente o descendentemente dentro del proceso de producción y comercialización en los que opere cualquiera otra de las partícipes en la operación, o cuando la participación de las partes en los mercados, por su escasa importancia, no sea susceptible de afectar significativamente a la competencia) aunque la Comisión Nacional de la Competencia está facultada para exigir la presentación del formulario ordinario de notificación en estos casos cuando determine que es necesario para una investigación adecuada de los posibles problemas de competencia.

En cuanto al efecto de la notificación de la operación a la Comisión Nacional de la Competencia, sigue siendo la suspensión de la misma, con una salvedad: en el caso de las OPAs (operaciones públicas de adquisición de empresas) autorizadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, no se suspende la operación, sino el ejercicio por el comprador del derecho de voto inherente a los valores en cuestión.

Por último, se recoge la posibilidad de que sean las propias empresas notificantes las que, por propia iniciativa, presenten compromisos a la Comisión Nacional de la Competencia para resolver los obstáculos para el mantenimiento de la competencia efectiva que puedan derivarse de la operación de concentración notificada.

## 6. Aplicación privada del derecho de la competencia

---

Hasta la entrada en vigor de la nueva Ley, los órganos judiciales españoles no podían aplicar directamente la legislación española de competencia a las conductas restrictivas (aunque sí la legislación comunitaria). Era necesario un primer pronunciamiento firme (es decir, sin posibilidad de ulterior recurso en la vía administrativa y, en su caso, en la judicial) de las autoridades de la competencia (el Tribunal de Defensa de la Competencia) declarando la existencia de una conducta prohibida para que fuera posible ejercitar una acción judicial de nulidad y de daños y perjuicios derivados de la misma.

La nueva Ley abre la posibilidad de acudir directamente al juzgado de lo mercantil con tales fines, sin que sea necesario agotar la vía administrativa previa (y la judicial, si se recurre la resolución administrativa), y reconoce al juez competente la facultad de suspender el proceso judicial en caso de considerar necesario el pronunciamiento del órgano administrativo antes de dictar su sentencia definitiva cuando tenga conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Nacional de la Competencia. A demás de ésta, la Ley prevé otras medidas para coordinar

la actividad administrativa y la judicial como son la intervención de la Comisión Nacional de la Competencia como *“amicus curiae”* en los procedimientos judiciales, aportando información o presentando observaciones a los órganos jurisdiccionales sobre cuestiones relativas a la aplicación de la Ley, y la comunicación a la Comisión Nacional de la Competencia de los autos de admisión a trámite de las demandas y las sentencias que se pronuncien en los procedimientos judiciales.

No se ha pretendido hacer en este documento un estudio exhaustivo de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, sino presentar las novedades principales que aquella supone. Junto a éstas se pueden encontrar otras, como por ejemplo, una mayor flexibilidad para la terminación convencional de los procedimientos sancionadores (permitiendo su adopción hasta un momento más avanzado del procedimiento y no exigiendo el consentimiento de todos los presuntos infractores), para la adopción de medidas cautelares por la autoridad de competencia o el establecimiento de distintos plazos de prescripción de las infracciones en función de su gravedad.

Rafael García-Palencia





**IberForo Madrid** Abogados

Marqués de Cubas, 6  
28014 Madrid (España)  
Telf.: +34 913 605 183  
Fax: +34 915 218 782  
E-mail: [madrid@iberforo.net](mailto:madrid@iberforo.net)  
[www.iberforomadrid.com](http://www.iberforomadrid.com)