

LA REFORMA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: REFUERZO DE LOS INSTRUMENTOS PARA LUCHAR CONTRA LAS CONDUCTAS MÁS LESIVAS

Nadia CALVIÑO

Directora General de Defensa de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

El año 2005 ha estado sin duda marcado por el proceso de revisión del sistema español de defensa de la competencia. Con la publicación en enero del Libro Blanco para la reforma se dio el pistoletazo de salida para la elaboración de una nueva Ley de Defensa de la Competencia que, en el momento de elaborar este artículo, se encuentra en fase de anteproyecto y será previsiblemente elevada por el Gobierno en breve para iniciar el trámite parlamentario.

Este proceso integral de reforma resultará previsiblemente en cambios importantes en prácticamente todos los ámbitos de la defensa de la competencia, tanto sustantivos como institucionales y procedimentales. Hasta el momento, la atención pública se ha centrado sobre todo en los dos aspectos más llamativos o susceptibles de controversia: la nueva Comisión Nacional de Competencia y el control de concentraciones. Es indudable que la creación de un órgano independiente único de ámbito nacional cambiará sustancialmente el esquema de aplicación pública de la normativa de la competencia en nuestro país y que la reducción del papel del Gobierno en el procedimiento de control de concentraciones es un tema especialmente atractivo, sobre todo si la reforma coincide con alguna operación especialmente significativa desde el punto de vista mediático.

Sin embargo, más allá de los aspectos más controvertidos de la reforma, es importante destacar una de las aportaciones principales de la misma: el refuerzo de los instrumentos para luchar contra las conductas empresariales anticompetitivas, que es, no lo olvidemos, el objetivo primero de la política de competencia.

En este terreno es importante tener en mente que un sistema de defensa de la competencia debe tratar de minimizar las conductas restrictivas con el mínimo coste posible en términos de eficiencia económica o de recursos públicos destinados a la vigilancia y sanción. No se trata de aumentar el número de expedientes y la cuantía de las sanciones impuestas, sino, en última instancia, de lograr que los operadores económicos no infrinjan la Ley. Para ello es preciso actuar en una doble vertiente. En primer lugar, el sistema debe tratar de desincentivar la conducta infractora mediante un esquema sancionador suficientemente disuasorio e instituciones y procedimientos eficaces. En segundo lugar, debe proporcionar los instrumentos para poner fin a la infracción, sancionar al responsable y permitir la adecuada indemnización de los daños y perjuicios sufridos por su causa.

La reforma, concretada de momento en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia (ALDC), supone un paso adelante importante en este sentido, tratando de superar los límites del sistema actual en cuanto a la eficacia en la detección, persecución y terminación de las conductas anticompetitivas, poniendo el énfasis en la lucha contra aquéllas más lesivas del bienestar general, y actuando de forma consistente sobre los distintos elementos que operan y, en particular, sobre el régimen sancionador, el procedimiento y el esquema institucional.

El presente artículo tiene por objeto la revisión de estos tres aspectos de la reforma, aunque deteniéndose más en el primero de ellos —el régimen sancionador—, puesto que los otros han sido tratados con detalle en recientes publicaciones y, además, la reforma en España coincide con un importante debate sobre el mismo en el ámbito europeo que proporciona un atractivo adicional y al mismo tiempo una mayor complejidad.

Con este fin, en el apartado siguiente se revisan brevemente los principios de los sistemas sancionadores en defensa de la competencia y los distintos criterios y procedimientos para la determinación de la sanción. En el tercero se explican los cambios que introducirá la reforma en los términos en que se está formulando en la actualidad. En el cuarto apartado se explican los cambios introducidos en el procedimiento sancionador, prestando especial atención a los instrumentos distintos de la sanción para poner fin a la infracción. En el quinto se hace una breve referencia a los cambios institucionales desde la perspectiva de la persecución de las conductas anticompetitivas y, finalmente, se exponen algunas reflexiones sobre los avances logrados y los retos pendientes tras la reforma.

2. PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN SANCIONADOR Y CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

A. PRINCIPIOS GENERALES DEL RÉGIMEN SANCIONADOR ÓPTIMO

Como ya se ha apuntado, el principal objetivo de la legislación de defensa de la competencia es la lucha contra las conductas anticompetitivas desarrolladas por las empresas, esencialmente acuerdos y abusos de posición de dominio.

En términos generales, hay dos tipos de sistemas para la aplicación de las normas de competencia. Por una parte, el público, basado en la existencia de órganos administrativos especializados que defienden el interés general mediante la investigación de las conductas anticompetitivas y la imposición o propuesta de sanciones, administrativas o penales. Por otra parte, el privado, basado en la denuncia de las conductas por parte de los operadores privados ante los jueces, que resolverán en cuanto a la nulidad de los actos y la indemnización de daños y perjuicios.

Mientras que la aplicación privada prima en el modelo estadounidense, el europeo ha venido centrándose en la protección de la competencia por parte del sector público. En la mayoría de casos, las autoridades administrativas de competencia tienen diversas facultades de inspección y pueden adoptar decisiones sancionadoras, si bien en algunos países son los jueces los competentes para la imposición de multas u otro tipo de sanciones, administrativas o penales, a propuesta de dichos órganos.

En defecto de sanciones de tipo penal, las multas son, por tanto, los principales instrumentos para la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia en Europa, aunque, como se verá en apartados posteriores, no son los únicos.

En general, dos son los requisitos fundamentales de un buen sistema de sanciones: el efecto disuasorio y la proporcionalidad con respecto a las circunstancias concretas del caso, atendiendo tanto a los efectos de la infracción como a la situación particular de cada agente. Además, las multas deben estar basadas en criterios objetivos y transparentes, de forma que el potencial infractor pueda prever el coste de su conducta y tome sus decisiones con el máximo de información posible: la predecibilidad es un elemento importante de un buen sistema sancionador, tanto para su eficacia —desincentivar la infracción— como para su proporcionalidad —enviar señales claras al conjunto de la sociedad sobre la relativa gravedad de las infracciones—.

Desde la perspectiva de la teoría económica, existen varios modelos para determinar la sanción óptima que, de una u otra forma, se inspiran en el inicialmente desarrollado por BECKER en 1968. Este modelo se basa en la función de decisión del operador económico con respecto a la infrac-

ción o no de las normas de competencia. Un agente racional únicamente optará por la conducta anticompetitiva cuando los beneficios derivados de la misma sean superiores a los costes potenciales, que dependerán del nivel de la sanción y de la probabilidad de ser «cazado». Dado que las autoridades administrativas en principio no pueden influir en los beneficios ilegítimos derivados de la infracción, el sistema sancionador deberá centrarse en estos dos últimos elementos.

Un análisis apresurado podría llevar a la conclusión de que, para minimizar las infracciones, es necesario poner multas o sanciones lo más elevadas posibles y destinar muchos recursos a las funciones de vigilancia e inspección. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la lucha contra las conductas anticompetitivas tiene costes, tanto directos —el gasto público empleado— como indirectos —las posibles pérdidas de eficiencia por las sanciones excesivas, que puedan llevar incluso a la desaparición de la empresa infractora, así como por los errores o excesos en la aplicación de la norma—. Por tanto, el objetivo no es poner las mayores multas posibles, sino las más eficientes, es decir, las mínimas para no hacer rentable la infracción.

Esta aproximación, muy útil para centrar el aspecto disuasorio del régimen sancionador, ha de ser necesariamente complementada con un análisis más global desde la perspectiva del interés general. En efecto, las sanciones no sólo están para minimizar las infracciones, sino también para compensar el efecto negativo sobre el bienestar social que éstas generan. Así, resulta útil recurrir a otros modelos económicos para la determinación de la sanción óptima que ponen el acento en la proporcionalidad, como el desarrollado por POSNER y EASTERBROOK en 1981.

Sobre la base de un modelo clásico de bienestar general, estos autores recuerdan que las conductas anticompetitivas pueden tener efectos positivos sobre la eficiencia productiva pero indudablemente conllevan una transferencia de rentas de los consumidores a los infractores y una pérdida neta de eficiencia asignativa y bienestar para el conjunto de la sociedad. Desde esta perspectiva, las sanciones deben responder al daño causado por la conducta anticompetitiva, que dependerá, entre otros elementos, de la función de demanda del producto concreto, del aumento de precios derivado de la infracción y de la correspondiente reducción de la demanda.

Por tanto, desde una perspectiva global, el sistema sancionador debería ser tal que lograrse evitar la infracción y compensar a la sociedad por el daño causado por la misma, cumpliendo así los dos requisitos de disuasión y proporcionalidad. Aunque parece un esquema claro, lo cierto es que en la práctica resulta tremendamente difícil disponer de información precisa sobre las principales variables que están en juego en las decisiones de los agentes privados o las estructuras de demanda de los mercados sobre los beneficios o el daño derivado de las conductas anticompetitivas.

Ello explica que todos los sistemas legales utilicen diferentes indicadores o criterios, más o menos cualitativos, para determinar las sanciones que se aplican en cada caso.

B. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

La mayoría de regímenes sancionadores establecen un procedimiento en cuatro fases para la fijación de la multa: en primer lugar, se determina una cantidad básica. En segundo lugar, se aplican las circunstancias agravantes o atenuantes del caso. Además, la mayoría de sistemas establecen un límite máximo para las multas impuestas, que responde al objetivo de que éstas no sean confiscatorias o lleven a la propia quiebra o desaparición de la empresa sancionada. Finalmente, en aquellos países que disponen de programas de clemencia para delatores de cárteles, se aplica la exención o reducción de la multa correspondiente.

a) *La multa básica*

Existen dos modelos principales para la determinación de la multa básica o de partida. Por una parte, un esquema más formal que, basado en presunciones con respecto al daño relativo de los distintos tipos de infracción, establecerá multas absolutas, porcentajes u horquillas dependiendo de la gravedad atribuida a los mismos. Por otra parte, un esquema más económico, que centrará la cantidad básica en el beneficio ilícito obtenido o el daño efectivo causado por la infracción, conceptos aproximados por indicadores como el volumen de negocios en el mercado afectado por la conducta o la cuota de mercado del infractor.

El primer modelo es, por ejemplo, el que recogen las Directrices de la Comisión Europea sobre el cálculo de las multas¹ hasta ahora vigentes, que clasifican las infracciones en muy graves, graves y menos graves, y atribuyen una multa básica o de partida a cada grupo. El segundo se aproxima más al efectivamente aplicado en los Estados Unidos, cuya normativa prevé la imposición de sanciones basadas en los beneficios ilegítimos obtenidos o el daño causado y donde, al margen de una clasificación de infracciones de tipo formal, en la práctica se determinan a partir del 20 por 100 del «volumen de comercio afectado» por la infracción².

En cuanto a los efectos prácticos de estas dos aproximaciones, el sistema estadounidense ha venido imponiendo tradicionalmente multas más

¹ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del art. 15 del Reglamento núm. 17 y del apartado 5 del art. 65 del Tratado CECA (DOCE, C 9, 14 de enero de 1998).

² Ver el *US Federal Sentencing Guidelines Manual*, relativo a las multas impuestas sobre personas físicas y jurídicas en casos de restricciones horizontales de la competencia (www.USSC.gov).

altas que el comunitario. Aunque esta tendencia se ha invertido en los últimos años por lo que respecta a las multas impuestas, lo cierto es que el sistema americano sigue teniendo elementos diferenciales muy importantes que refuerzan sustancialmente su capacidad disuasoria: la aplicación privada con la posible indemnización triple de los daños causados y, naturalmente, el riesgo de penas de cárcel para los directivos implicados en las infracciones.

En general, el esquema de determinación formal de la multa básica tiene una ventaja fundamental: proporciona una mayor predecibilidad y seguridad jurídica. En efecto, en un sistema como el actualmente vigente en el ámbito comunitario, cada tipo de infracción tiene asignada una cantidad fija, que será aumentada o reducida en función de las agravantes y atenuantes, por lo que el potencial infractor sabe en teoría *ex ante* cuál es el coste potencial de su comportamiento ilegal.

Sin embargo, tiene al menos dos desventajas fundamentales: por una parte, no responde a la teoría económica, que no distingue la mayor o menor gravedad de las conductas atendiendo al tipo de infracción, sino a los beneficios percibidos por el infractor o a los costes causados por su conducta, como se ha apuntado en el apartado anterior. Por otra parte, es inflexible y puede llevar a resultados absolutamente indeseables desde la perspectiva de la proporcionalidad, puesto que multas fijadas en términos absolutos tienen efectos totalmente distintos desde la perspectiva del desincentivo y la proporcionalidad en cada mercado y cada empresa.

b) *Ajustes de la multa básica*

Sea cual sea el modelo para la determinación de la sanción básica, la finalmente impuesta tendrá también en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes aplicables; criterios cuantitativos o cualitativos que responden tanto al efecto de la infracción como a la actitud concreta del infractor. Sin ánimo exhaustivo, a continuación se señalan los principales criterios que se utilizan en este ámbito.

En primer lugar, la multa puede ajustarse atendiendo a las circunstancias concretas del mercado afectado, operando como atenuante, por ejemplo, porque la dimensión geográfica afectada no sea muy amplia, o como agravante, por ejemplo, porque se trate de un mercado recientemente liberalizado o esencial para la eficiencia productiva de otros sectores.

En segundo lugar, la reiteración suele ser considerada una agravante, siendo posible computar en este sentido todas las infracciones previas de la normativa de competencia, sea del mismo o diferente tipo, sea en el mismo país o incluso en otros.

En tercer lugar, el efecto real sobre la competencia puede operar como agravante o como atenuante, por ejemplo, en el caso de que un acuerdo no haya sido puesto en práctica o de que el infractor haya puesto fin a la infracción antes de la investigación o de la imposición de la multa.

En cuarto lugar, la intención del infractor es un elemento determinante de la multa, puesto que, en general, los ordenamientos excluyen la responsabilidad objetiva y su propia imposición depende de que la conducta sea realizada, como mínimo, por negligencia. La existencia de dudas razonables sobre el hecho de que la conducta infringiera la Ley puede eximir del pago de la multa o reducir su cuantía, si bien el conocimiento de la norma y, por tanto, la negligencia, se presume en el caso de las empresas de cierta envergadura.

Como complemento de lo anterior, el papel del operador económico concreto en una infracción colectiva puede operar como agravante, en respuesta al principio de proporcionalidad. Así, se suele considerar que el miembro del cártel que ha jugado un papel inspirador, ha ejercido funciones de coordinación o incluso algún tipo de presión para que el resto de miembros participasen en la conducta prohibida, debe operar como agravante a efectos de la multa (además de poder excluir la aplicación del sistema de clemencia).

Finalmente, la cooperación del infractor con el órgano investigador puede jugar como atenuante y, en sentido contrario, su obstrucción a la instrucción como agravante. Independientemente de que actos concretos de obstrucción, como no responder a los requerimientos de información, puedan considerarse infracciones independientes, es importante incluir este tipo de comportamientos como agravantes con el fin de lograr un efecto disuasorio adecuado, dados los costes derivados de un procedimiento sancionador independiente.

c) *El tope máximo*

Los distintos análisis empíricos realizados sobre la base de los modelos económicos de sanciones óptimas, teniendo en cuenta los beneficios ilícitos medios obtenidos por los cárteles, su duración y las probabilidades de detección, apuntan a que sería preciso imponer multas tremendamente elevadas para conseguir disuadir al potencial infractor³.

Sin embargo, la imposición de multas demasiado elevadas podría llevar a la quiebra de la empresa, su salida del mercado y, en definitiva, a

³ Ver, por ejemplo, Wouter WILS (2005). Suponiendo que los cárteles implican un aumento medio de los precios del 10 por 100 y, como consecuencia de la reducción de la demanda, un beneficio ilícito adicional del 5 por 100, una duración media de cinco años y una probabilidad de detección del 16 por 100, la multa óptima sería del 150 por 100 del volumen de ventas total en el mercado relevante afectado, incluso sin tener en cuenta los intereses correspondientes por el pago retrasado.

costes y efectos indeseables tanto para la competencia como para el bienestar general de la sociedad. De hecho, la imposibilidad de imponer las multas óptimas es uno de los principales argumentos esgrimidos para defender la «penalización» del derecho de la competencia.

En este contexto, la mayoría de sistemas incluyen un tope máximo para las multas cuyo objetivo es evitar sanciones «excesivas» que pongan en riesgo la viabilidad futura de la empresa, y que está generalmente relacionado con el volumen de ventas global del infractor, *proxy* de su capacidad financiera. El tope existente en la normativa comunitaria y en la mayoría de Estados miembros es del 10 por 100 del volumen de negocios total en el ejercicio precedente a la decisión sancionadora.

d) *Programas de clemencia*

Una vez determinada la cuantía exacta de la multa que correspondería a cada infractor, procede aplicar lo que se conoce como programa de clemencia. Se trata de disposiciones para la exención del pago de la multa para aquellos miembros de un cártel que proporcionen a la autoridad de competencia información útil y sustantiva para la detección del mismo o para su persecución.

La exención total generalmente se da sólo al primer operador que proporciona información para poder llevar a cabo una inspección con éxito, mientras que la reducción se dará a los operadores subsiguientes que proporcionan información o pruebas con «valor añadido» para la investigación y persecución de la conducta.

3. EL RÉGIMEN SANCIONADOR ESPAÑOL TRAS LA REFORMA

El art. 10 de la vigente Ley de Defensa de la Competencia recoge lo esencial del régimen sancionador por lo que respecta a las multas, previendo una cuantía máxima en términos absolutos de aproximadamente 900.000 euros, que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondientes al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Además de este máximo, la Ley prevé que la cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, el efecto de la infracción, su duración y la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

Además, se prevé la imposición de multas sobre las personas físicas y, en particular, sobre los representantes legales de empresas o miembros de los órganos directivos que intervengan en la conducta prohibida.

El actual sistema ha sido reiteradamente criticado sobre la base de su insuficiente efecto disuasorio y de la falta de seguridad jurídica. En esencia, las multas impuestas son demasiado bajas e impredecibles, lo que resta eficacia al sistema y, además, no garantiza su proporcionalidad.

Si bien la realización de un análisis detallado de las diferentes resoluciones y sentencias dictadas en el ámbito nacional excede del objeto del presente artículo, sí cabe señalar que estas críticas pueden estar en parte justificadas: las multas impuestas son relativamente bajas, no siguen parámetros o criterios consistentes a lo largo del tiempo y son incluso reducidas en el proceso de revisión jurisdiccional, en muchos casos sobre la base de la insuficiente motivación de su cuantía.

Por eso, el ALDC plantea una reforma importante del régimen sancionador, con el fin de dotarlo de una mayor eficacia sin perder por ello seguridad jurídica. No se trata de un ejercicio sencillo teniendo en cuenta que la mayoría de países no disponen de criterios detallados para la imposición de multas, y que el modelo más próximo, el comunitario, adolece de ciertas limitaciones y se encuentra inmerso en una profunda revisión.

Tres han sido las restricciones o líneas directrices del anteproyecto. Por una parte, se han planteado claramente los dos objetivos que debe perseguir el sistema sancionador: disuasión y proporcionalidad. Para lograr el primero, las multas tienen que ser suficientemente altas y estar relacionadas con los beneficios ilícitos obtenidos por el infractor. Para conseguir el segundo, la multa tiene que estar vinculada con los efectos de la conducta en los mercados y con la actuación concreta de cada operador individual.

Por otra parte, dada la aplicación concurrente con la normativa comunitaria, el nuevo sistema debe ser compatible con el vigente en el ámbito de la Unión, tanto con el actualmente vigente como con el que podría ser puesto en marcha en el futuro inmediato.

Finalmente, el nuevo sistema debe conjugar adecuadamente los principios económicos que han sido someramente expuestos en los apartados anteriores con la necesaria seguridad jurídica y con un planteamiento formal que, en línea con los principios del régimen sancionador penal, envíe las señales adecuadas al conjunto de la sociedad con respecto a la relativa gravedad atribuida a las distintas conductas.

Con este planteamiento, el Anteproyecto actualmente en tramitación define un procedimiento sancionador que trata de incluir todos los aspectos expuestos hasta el momento y de proporcionar la suficiente transparencia y flexibilidad para los órganos administrativos competentes, previendo el ya apuntado proceso en cuatro fases para la determinación de la multa.

Así, en primer lugar se establece que las sanciones se fijarán atendiendo a criterios que tratan de reflejar tanto el beneficio ilícito obtenido como los daños causados sobre la competencia y el bienestar general y que, siguiendo los modelos disponibles en el ámbito internacional, incluyen la dimensión y características del mercado relevante afectado, la cuota de mercado de la empresa responsable, el alcance de la infracción, la duración, su efecto sobre los consumidores y usuarios u otros operadores económicos o los beneficios ilícitos obtenidos.

En segundo lugar, el Anteproyecto detalla una lista no exhaustiva de circunstancias agravantes y atenuantes, básicamente en línea con las aplicadas en la UE, que difieren de los puros criterios de determinación de la multa básica. Entre las primeras se incluye la reiteración, la posición de instigador del infractor, el uso de medidas para imponer o garantizar la realización de la conducta ilícita, o la obstrucción de la labor instructora, que se mantiene como agravante sin perjuicio de que la Ley prevea la posible sanción independiente de la actuación de obstrucción concreta. Dentro de las atenuantes se contempla la finalización de la infracción (sin especificarse si se pone fin antes o después de que se inicie el expediente sancionador correspondiente), la no aplicación o ejecución efectiva de las conductas prohibidas, la realización de actos para compensar o atenuar el daño causado y la colaboración activa y efectiva con las autoridades de competencia, fuera de los supuestos en que se aplicará la clemencia.

En tercer lugar, se fija un tope máximo para las sanciones, que dependerá del tipo de infracción y de su gravedad relativa. A falta de un modelo internacional único y de un cuerpo consistente de doctrina y jurisprudencia en la materia, la graduación de las infracciones está bastante en línea con los principios generales de la práctica nacional y comunitaria hasta el momento. En particular, se consideran muy graves los acuerdos horizontales y los abusos de posición de dominio en mercados recientemente liberalizados o en los que el operador dominante tenga un cuasimonopolio o derechos exclusivos o especiales. El resto de infracciones sustantivas de conductas, así como las de concentraciones, se consideran graves, dejándose dentro del grupo de leves las más formales o puramente procedimentales.

En cuanto a la magnitud del tope máximo, se mantiene el 10 por 100 vigente para las infracciones más graves, fijándose un máximo del 5 por 100 para las graves y del 1 por 100 para las leves, y disponiéndose que la multa se impondrá para aquellas conductas realizadas deliberadamente o por negligencia. Estos porcentajes son similares a los previstos en la normativa comunitaria, a excepción del 5 por 100 para las infracciones sustantivas graves, que responde a la demanda generalizada de un mayor detalle o especificación de la gravedad relativa de los tipos de infracción por parte de los órganos que han informado preceptivamente sobre el Anteproyecto y de los participantes en la consulta pública.

Cabe señalar que, a diferencia del modelo comunitario, el español prevé la imposición de multas sobre las personas físicas. Si bien la reforma no incluye ningún tipo de sanción cuasipenal, como la inhabilitación para ejercer funciones directivas, tan efectiva en otras jurisdicciones, el Anteproyecto establece un máximo de 60.000 euros que duplica la magnitud máxima absoluta de esta multa con respecto a la vigente en la actualidad.

Como mecanismo de cierre, dada la dificultad de cuantificar o estimar tanto los criterios previstos para la determinación de la multa como el volumen de ventas total del grupo infractor, el Anteproyecto prevé unas horquillas de sanciones mínimas y máximas para cada tipo de infracción proporcionales a las actualmente vigentes en el ámbito comunitario. El objetivo de estas importantes multas es el de favorecer la aportación de información fidedigna y exacta por parte de las empresas para la estimación de las multas con arreglo a los criterios generales y tope máximo de la Ley.

Finalmente, el Anteproyecto prevé la introducción de un programa de clemencia, recogiénose en el propio texto las líneas principales del mismo, que serán desarrolladas mediante un real decreto posteriormente. El sistema propuesto sigue fielmente el modelo comunitario, disponiendo la exención total sólo para la primera empresa o persona física que aporta elementos de prueba que permitan una inspección fructífera, siempre que coopere plenamente a lo largo de todo el procedimiento administrativo, ponga fin a su participación en el cártel en el momento de facilitar los elementos de prueba y no haya adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción.

También se prevé la posible reducción de hasta el 50 por 100 de la multa para las sucesivas empresas que faciliten información relevante para la investigación.

Este tipo de programas son relativamente extraños en el ordenamiento español y su introducción ha suscitado dudas en algunos comentaristas, que consideran que un infractor no debería quedar exento de multa simplemente por delatar a sus socios. Sin embargo, estos programas existen en la mayoría de países de nuestro entorno y en la normativa comunitaria y tienen implicaciones desde el punto de vista del intercambio de información entre autoridades de competencia. Además, este instrumento es reiteradamente señalado como el más eficaz para la detección y persecución de los cárteles, que se encuentran entre las prácticas más lesivas para el bienestar general. Por ello, la introducción de la clemencia se planteó ya en el propio Libro Blanco y es una apuesta clara en el ALDC, previéndose el desarrollo reglamentario correspondiente.

4. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR Y OTROS INSTRUMENTOS PARA PONER FIN A LA INFRACCIÓN

La magnitud de las multas o sanciones es sin duda importante para disuadir al infractor potencial. No obstante, su magnitud teórica es absolutamente irrelevante si no se dispone de mecanismos eficaces para detectar y perseguir las conductas ilícitas. Como se reflejaba claramente en el modelo económico expuesto en el apartado segundo, la probabilidad de detección es un elemento determinante en la función de decisión del operador económico racional.

Por eso el Anteproyecto trata de reforzar los instrumentos para luchar contra las prácticas restrictivas de la competencia, aprovechando los cambios institucionales para diseñar un procedimiento sancionador más eficaz, no sólo orientado a imponer multas, sino también para poner fin de la conducta anticompetitiva. En este sentido, cabe referirse a seis elementos importantes: la estructura del procedimiento, la terminación convencional, las medidas cautelares, la imposición de condiciones estructurales, las multas coercitivas y la transparencia.

A. REFUERZO DE LA RAPIDEZ Y EFICACIA DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Es indudable que una de las principales ventajas de la integración del Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia en la nueva Comisión Nacional de Competencia es que permite racionalizar el procedimiento sancionador. Mientras que en el esquema actual el Servicio de Defensa de la Competencia adopta numerosas decisiones que son susceptibles de recurso administrativo ante el Tribunal, la integración permite que todas las decisiones sustantivas sean adoptadas por el Consejo de la Comisión. Así, se eliminan los recursos administrativos y, consiguientemente, la suspensión de los procedimientos sancionadores, si bien se mantiene para evitar lagunas una previsión de posible recurso administrativo contra actos de la Dirección de Investigación que causen indefensión, que deberá ser resuelto por el Consejo en diez días.

Adicionalmente, el Anteproyecto prevé una mayor concentración del Consejo en la toma de decisiones, realizando toda la instrucción la Dirección de Investigación y previéndose sólo la realización extraordinaria de diligencias adicionales cuando se considere que la misma no está completa.

Todo ello permite reducir los plazos máximos de instrucción de veinticuatro a dieciocho meses. Si bien la Ley no especifica el plazo para cada fase, dada la necesidad de contar con flexibilidad en este ámbito, todo

apunta a que el desarrollo reglamentario podría consagrar un plazo de instrucción de aproximadamente doce meses y uno de resolución de un máximo de seis.

B. FLEXIBILIZACIÓN DE LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL

La actual Ley de Defensa de la Competencia establece importantes requisitos para la terminación convencional de los expedientes sancionadores, entre los que destacan el límite temporal —que se realice antes de que se haya enviado el Pliego de Concreción de Hechos— y la exigencia de concurso de todos los interesados. Estas dos restricciones han dificultado en la práctica la terminación convencional de los expedientes y no se corresponden con el esquema comunitario, más lógico, en el que la negociación de compromisos se produce sobre todo una vez emitido el Pliego de Cargos, cuando se sabe cuáles son los problemas de competencia que han de resolver.

Si bien algunos comentaristas se han mostrado reacios a la terminación convencional de expedientes sancionadores, máxime una vez realizada la imputación y, por tanto, existiendo indicios racionales de práctica ilegal, es preciso recordar que el fin último de la normativa de competencia no es recaudar multas, sino poner fin a las conductas anticompetitivas. En muchos casos, la eficacia de la actuación administrativa pasa por conseguir un cambio en la actuación de los operadores económicos y no tanto por imponer una multa cuyo cobro en última instancia dependerá de numerosas circunstancias fuera del control directo del órgano de competencia.

Por ello, el ALDC modifica el tratamiento de la terminación convencional, permitiendo que el Consejo acuerde cerrar el expediente incorporando a su decisión compromisos asumidos por la denunciada suficientes para resolver los problemas de competencia, sin que se exija el acuerdo de todos los interesados que, naturalmente, podrán recurrir el acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Con el fin de mantener los adecuados incentivos para la presentación de compromisos, esta terminación sólo podrá darse antes de la elevación del informe-propuesta por parte de la Dirección de Investigación.

Esta reforma está totalmente en línea con la terminación convencional o «decisión de compromisos» prevista en el art. 9 del Reglamento 1/2003.

C. FACILITACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

En el mismo sentido de poner fin a la infracción lo antes posible, el Anteproyecto trata de facilitar la imposición de medidas cautelares por parte del Consejo de la Comisión. Además de la propia agilización deriva-

da de integración Servicio-Tribunal y de la concentración del Consejo en la función de resolución, sea o no a propuesta de la Dirección de Investigación, el Anteproyecto elimina los límites actualmente existentes en cuanto a la duración máxima de las medidas cautelares y establece un plazo máximo de tres meses para resolver sobre las solicitudes correspondientes.

D. CONDICIONES ESTRUCTURALES

Si bien las sanciones son los principales instrumentos para la disuasión en el ámbito de la defensa de la competencia y las decisiones finales de los órganos de competencia en general incluyen órdenes para la cesación de los infractores en las conductas prohibidas o condiciones de comportamiento que garanticen el restablecimiento de la competencia efectiva en los mercados, en algunos casos puede resultar adecuada la imposición de condiciones de tipo estructural. Éstas puede incluir, por ejemplo, la venta o cesión del uso de determinados activos.

Una vez más, en línea con la reciente reforma comunitaria concretada en el art. 23 del Reglamento 1/2003, el ALDC incluye la posibilidad de imponer este tipo de condiciones estructurales.

E. MULTAS COERCITIVAS

Con el fin de disponer de todos los instrumentos posibles para obligar al cumplimiento de las resoluciones, el Anteproyecto de Ley multiplica por cuatro las multas coercitivas máximas previstas en la normativa vigente y amplía el catálogo de actuaciones que podrán ser cubiertas con las mismas.

F. AUMENTO DE LA TRANSPARENCIA

El conocimiento de las sanciones impuestas y, en general, de todas las decisiones finales de los órganos administrativos, es un elemento fundamental de una buena política de competencia. Por una parte, porque la predecibilidad de las sanciones por una conducta prohibida es fundamental para desincentivarla; como ya se ha apuntado, el potencial infractor es un agente económico racional que tomará sus decisiones valorando los costes y beneficios implicados, con lo que la sanción óptima desde la perspectiva económica no es la impredecible, sino la que compensa los potenciales rendimientos ilícitos.

Además, la publicidad es en sí misma un elemento de sanción, puesto que impone un coste adicional al infractor, cuyo comportamiento ilegal

será conocido, dañando su credibilidad. Este efecto es particularmente importante en determinados mercados en los que la marca o la imagen de empresa es fundamental.

La transparencia envía también señales claras al resto de potenciales infractores y al conjunto de la sociedad sobre la gravedad que se asigna a las infracciones de la normativa de competencia y la seriedad con que se persiguen.

En cuarto lugar, la publicación de las decisiones completas, incluyendo la motivación de la sanción impuesta, juega también un papel importante desde la perspectiva de la seguridad jurídica, tanto de los operadores económicos como de los propios órganos de competencia.

Finalmente, la transparencia es un requisito para el adecuado control de los órganos administrativos, especialmente importante en un terreno como el de la competencia, en que gozan de un amplio margen de valoración dada la naturaleza económica y relativamente indeterminada de las infracciones. Transparencia y responsabilidad social son dos conceptos que avanzan en paralelo y refuerzan la calidad de las decisiones y la responsabilidad de las personas que integran los órganos de resolución.

En este terreno, la reforma supone un avance importante por cuanto consagra determinadas prácticas que se venían dando pero no estaban exigidas legalmente, como la publicación en Internet, y establece exigencias de transparencia para todas las actuaciones de los órganos administrativos, tanto en el terreno de recomendación o promoción de la competencia como en el sancionador. En relación con éste, el Anteproyecto prevé expresamente que las sanciones —cuantía, infractor e infracción— serán públicas.

5. LA APLICACIÓN PRIVADA

Como ya se ha apuntado, la aplicación de la normativa de competencia ha tenido un carácter eminentemente administrativo en Europa, donde existen órganos especializados que deciden o proponen la declaración de práctica prohibida y la imposición de sanciones (administrativas y, en un número reducido de Estados, también penales). Este esquema contrasta claramente con el modelo estadounidense, centrado en la aplicación de las normas por parte de los jueces en procesos iniciados por órganos administrativos⁴ o por agentes privados que, de forma individual o colectiva, tratan de poner fin a las infracciones y percibir la correspondiente indemnización.

Así, en los Estados Unidos las sentencias pueden resultar en la anulación de contratos, la imposición de sanciones (pecuniarias o personales) y

⁴ *Federal Trade Commission o Department of Justice.*

la concesión de indemnizaciones por daños y perjuicios que no sólo tienen un carácter compensatorio, sino también sancionador, pudiendo llegar hasta el triple del daño sufrido. Si bien la actuación administrativa es muy importante, lo cierto es que la inmensa mayoría de casos se desarrollan en el ámbito privado y el efecto disuasorio de las posibles multas se ve superado con creces por los riesgos de sanciones penales, que incluyen la cárcel, y las indemnizaciones del triple de los daños causados a terceros (*treble damages*)⁵.

En los últimos tiempos, la Comisión Europea ha tratado de potenciar la aplicación privada de la normativa de competencia y llevar a la práctica la repetida jurisprudencia comunitaria, que consagra la aplicación directa de los arts. 81 y 82 del Tratado y el derecho de todos los ciudadanos comunitarios a obtener una indemnización por los daños sufridos⁶.

Hasta el momento, la normativa española no preveía explícitamente la aplicación directa por parte de los jueces, estableciendo el art. 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia vigente que la acción de resarcimiento de daños y perjuicios podría ejercitarse por los perjudicados una vez firme la declaración administrativa correspondiente. Aunque existen sentencias divergentes en relación con el alcance de este precepto, las acciones de daños y perjuicios han estado muy limitadas en la práctica⁷.

En línea con la nueva normativa comunitaria, se ha promovido una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁸ que, junto con el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia, llevará a la aplicación privada de las normas relativas a conductas restrictivas de la competencia por parte de los jueces de lo mercantil.

El aumento en el número de órganos que aplicarán la Ley y la heterogeneidad de los respectivos procedimientos plantea un reto importante desde la perspectiva de la consistencia de las diferentes decisiones, que el Anteproyecto ha abordado sobre la base del modelo comunitario y tratando de respetar los principios del ordenamiento jurídico español.

En efecto, la interacción de órganos administrativos y jueces en el ámbito de competencia está expresamente regulada en el art. 15 del Reglamento 1/2003, que incluye diversos instrumentos de información mutua y de participación de los órganos administrativos comunitarios y nacionales, aportando ante los jueces nacionales sus observaciones sobre cuestiones relativas a la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE. Además, el

⁵ Ver *Civil remedies-damages and Liability Discussion Memorandum*, del US Antitrust Modernization Committee Staff, de 4 de mayo de 2006 (www.amc.com).

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd vs. Bernard Crehan y Bernard Crehan vs. Courage Ltd* y otros, asunto C-453/99 (petición de decisión prejudicial planteada por la *Court of Appeal England & Wales* del Reino Unido).

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1262/1993, de 30 de diciembre, en el asunto CAMPSA, y Sentencia del Tribunal Supremo núm. 540/2000, de 2 de junio, en el asunto DISA.

⁸ Art. 86 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

art. 16, relativo a la aplicación uniforme de la normativa de competencia comunitaria, dispone que los jueces nacionales no podrán dictar sentencias contrarias a previas decisiones de la Comisión Europea e incluso deberán evitar entrar en conflicto con una decisión prevista por ella en un procedimiento iniciado, para lo que podrán decidir suspender su proceso. Así, la Comisión Europea se sitúa en una posición preeminente, vinculando sus decisiones adoptadas o proyectadas tanto a las autoridades de competencia administrativas nacionales como a los propios jueces.

En aras de la seguridad jurídica y la coherencia del sistema en su conjunto, y una vez más en línea con la normativa comunitaria, el Anteproyecto prevé en su articulado y en sus Disposiciones Adicionales, en las que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹, varios instrumentos que permitan una adecuada cooperación de los diferentes órganos administrativos con los jueces en la aplicación de las normas de competencia.

Así, en primer lugar se establece que los jueces competentes informarán a la Comisión Nacional de Competencia de la admisión de demanda en los procesos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE y sus equivalentes en el ámbito nacional, los arts. 1 y 2 de la nueva Ley de Defensa de la Competencia. Con ello se favorece la centralización de la información relativa a la aplicación de la Ley y, además, se facilita la participación de los órganos administrativos.

En segundo lugar, se introduce expresamente la figura del *amicus curiae*, es decir, la participación de los órganos administrativos como apoyo de los jueces en la toma de decisiones, proporcionando sus observaciones e informes sobre cuestiones de Derecho. Si bien se trata de una figura extraña a nuestro ordenamiento jurídico, su propia existencia en la normativa comunitaria exigía, a juicio de muchos, una regulación específica en las leyes procesales españolas. En todo caso, el carácter indeterminado de los tipos de infracción, que exige un análisis económico relativamente complejo en cada caso, hace aconsejable prever instrumentos para favorecer la cooperación y coordinación de los diferentes órganos, naturalmente dentro de los límites impuestos por la independencia judicial.

El Anteproyecto dispone que los órganos administrativos especializados de ámbito comunitario, nacional o autonómico podrán intervenir mediante la presentación de observaciones escritas y, con la venia, orales, sobre cuestiones relativas a la aplicación de las respectivas normas de competencia. A tal fin, podrán solicitar al órgano jurisdiccional que les remita los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto en cuestión.

En tercer lugar, previendo la posible coincidencia de procedimientos administrativos y judiciales sobre un mismo asunto, se contempla la posible suspensión del plazo para dictar sentencia hasta que recaiga la corres-

⁹ Art. 15 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

pondiente decisión administrativa, que será valorada por el órgano judicial en un procedimiento que dará siempre entrada a las partes.

Finalmente, se prevé la remisión a la Comisión Nacional de Competencia de todas las sentencias dictadas en aplicación de las normas de competencia, completándose así lo ya previsto en cuanto a la remisión de sentencias en aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE, para su envío a la Comisión Europea.

En suma, el Anteproyecto trata de dar respuesta a todas las cuestiones que han sido señaladas en el pasado y durante el proceso de elaboración de la Ley y recoger en la propia normativa procesal los instrumentos precisos para que, con flexibilidad, se pueda tratar de minimizar el riesgo de inconsistencia derivado de la nueva puerta abierta a la aplicación privada.

6. CONCLUSIÓN

En el momento de escribir este artículo todavía se desconoce el resultado final del proceso de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia que se ha abordado en los dos últimos años. El Anteproyecto de Ley se encuentra pendiente del informe del Consejo de Estado y será previsiblemente elevado al Parlamento en las próximas semanas. Por tanto, es posible que algunas de las propuestas sean modificadas por el legislativo, aunque sería deseable que los cambios no afecten a los aspectos esenciales de un texto cuya naturaleza técnica y enorme complejidad ha exigido un importante trabajo y ha contado con las aportaciones de los principales expertos en la materia.

En todo caso, el Anteproyecto elaborado por el Ministerio de Economía y Hacienda tiene entre sus principales objetivos el refuerzo de los instrumentos para luchar contra las conductas restrictivas de la competencia.

Para ello, se ha adoptado un enfoque global, tratando de actuar sobre todos los instrumentos disponibles y aprendiendo de las principales experiencias de los países más avanzados en este terreno. No se trata únicamente de aumentar las multas, sino de abordar una revisión integral de los principios para su determinación, del procedimiento sancionador y del esquema institucional, con el fin de cumplir los dos requisitos esenciales de un sistema sancionador: disuasión de la conducta infractora y proporcionalidad.

Por lo que respecta a las sanciones, se mantiene su carácter administrativo y se trata de conjugar la doble vertiente económica y jurídica. Así, sobre la base de los principios de la sanción óptima que da la teoría económica se diseña un esquema lo suficientemente flexible para adaptar la multa a las particularidades del caso y, sobre todo, a los efectos de la conducta, pero que a la vez proteja la seguridad jurídica tanto de los operadores como de los propios órganos encargados de aplicar la Ley.

En este terreno, se ha avanzado de forma importante en la delimitación de los límites y criterios para la imposición de sanciones, aumentando sustancialmente la cuantía de aquellas que se determinan en términos absolutos. Se ha sistematizado la determinación de la multa básica y del juego de las agravantes y atenuantes, estableciéndose límites máximos en función del volumen de ventas de las empresas sobre la base de la relativa gravedad del tipo de infracción. Además, se ha introducido un programa de clemencia que, siguiendo fielmente el comunitario, dotará a los órganos españoles de un importante instrumento para la detección y persecución de los cárteles.

Por lo que respecta a los procedimientos, el Anteproyecto trata de proporcionar a los órganos administrativos el máximo de instrumentos para poner fin a las conductas restrictivas. Sin perder el acento sancionador, se trata de lograr que los operadores económicos modifiquen cuanto antes su actuación o bien se impongan condiciones que cambien la estructura de los mercados e impidan la repetición de las prácticas prohibidas. Así, se ha facilitado la adopción de medidas cautelares y la terminación convencional de los expedientes, previéndose además la imposición de condiciones estructurales y no sólo de comportamiento en las resoluciones que ponen fin a los procedimientos sancionadores.

Finalmente, en cuanto a las instituciones, la integración del Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia en la nueva Comisión Nacional de Competencia permitirá una simplificación y agilización de los procedimientos sancionadores que debería redundar en una mayor eficacia de la actuación administrativa en el ámbito nacional. Además, la aplicación directa de los artículos de la Ley de Defensa de la Competencia relativos a los acuerdos restrictivos de la competencia y los abusos de posición de dominio por parte de los órganos jurisdiccionales y, en particular, de los Juzgados de lo Mercantil, supondrá la potenciación de la aplicación privada y, en definitiva, ampliar el campo de la política de competencia para permitir no sólo la declaración de práctica prohibida y la imposición de sanciones, sino también la anulación de contratos y la indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Este mayor abanico de instituciones encargadas de la aplicación de la Ley supondrá un cambio importante en la política de competencia tal como la conocemos. En mi opinión, un cambio para bien. La aplicación privada difundirá el conocimiento de estas normas y abrirá la puerta para que los particulares y las empresas consigan indemnizaciones por los daños y perjuicios sufridos, lo que sin duda aumentará el coste para los infractores y, por tanto, la eficacia de la Ley para desincentivar las conductas prohibidas.

Es indudable que frente a estos beneficios la reforma comporta riesgos, principalmente derivados de la posible falta de consistencia en las decisiones de las distintas autoridades judiciales y administrativas, comu-

nitarias, nacionales y autonómicas. Sin embargo, en la reforma se ha hecho un importante esfuerzo para responder a las preocupaciones planteadas desde diversas instancias, modificando la normativa procesal con el fin de permitir la cooperación de los órganos administrativos con los judiciales y minimizar los riesgos de decisiones contradictorias, todo ello siguiendo el modelo comunitario y con los límites que impone la independencia judicial.

Aunque pueda parecer que existe acuerdo sobre los posibles problemas del sistema actual, la consulta pública del Libro Blanco y del Anteproyecto ha puesto de relieve que no existe un acuerdo semejante con respecto a cómo debe concretarse en el articulado de un texto normativo la posible solución. De hecho, ha habido propuestas totalmente contradictorias y pocas aportaciones sobre cómo resolver los retos más difíciles, derivados, por ejemplo, de la aplicación privada.

Ello pone de relieve la complejidad de las cuestiones planteadas y, en mi opinión, ha de llevar a una valoración muy positiva del resultado logrado: se han abordado todos los principales problemas y se ha tratado de dar la respuesta más acorde con los principios básicos de eficacia administrativa, seguridad jurídica, consistencia del sistema y transparencia.

El resultado de la reforma se verá con su aplicación práctica en el tiempo y sin duda queda pendiente al menos un aspecto importante: los largos plazos de la revisión jurisdiccional, cuestión que, sin embargo, excede del ámbito de una Ley de Defensa de la Competencia. En todo caso, las bases puestas por el Anteproyecto son sin duda las adecuadas para que el sistema español cuente con las mejores prácticas internacionales para la lucha contra las conductas restrictivas y la defensa de la competencia efectiva en los mercados y, con ello, de los principios para una eficiente asignación de los recursos que promueva la competitividad y el bienestar de los consumidores.

BIBLIOGRAFÍA

- BECKER, Gary S. (1968), «Crime and punishment: An economic approach», *Journal of Political Economy*.
- BUCCIROSSI, Paolo, y SPAGNOLO, Giancarlo (2005), *Optimal fines in the era of whistleblowers. Should price fixers still go to prison?*, LEAR research paper 05-01.
- CAMILI, Enrico L. (2005), *Optimal and actual fines in cartel cases: The European challenge*, Paper prepared for the conference «Remedies and sanctions in Competition policy», Amsterdam University.
- GERADIN, Damien, y HENRY, David (2005), *The EC fining policy for violations of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community Courts' judgements*, Paper prepared for the conference «Remedies and sanctions in Competition policy», Amsterdam University.

- MOTTA, Massimo, y POLO, Michele (1999), *Leniency programs and cartel prosecution*, EUI Working Paper ECO, núm. 99/23.
- OECD (2004), *Cartels: Sanctions against individuals*, DAF/COMP(2004) 39.
- WEHMÖRNER, Nonthika (2005), *Optimal Fining Policies*, Paper prepared for the conference «Remedies and sanctions in Competition policy», Amsterdam University.
- WILLIAMSON, Oliver E. (1969), «Economies as an antitrust defense: The welfare Tradeoffs», *American Economic Review*, nú. 18.
- WILS, Wouter P. J. (2005), «Optimal antitrust fines: Theory and practice», *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 1, núm. 4.

