

Beatriz de Guindos Talavera*

PROPUESTAS DE REFORMA DE LA LEY DE COMPETENCIA

Tras diez años de aplicación práctica de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, esta ha demostrado ser una ley muy eficaz para promover el funcionamiento competitivo de los mercados. Sin embargo, algunos instrumentos útiles como los procedimientos de transacción (más conocidos como settlements) que se emplean con éxito en otras jurisdicciones de nuestro entorno no están previstos en nuestro marco jurídico.

Coincidiendo con el décimo aniversario de la Ley de Competencia conviene reflexionar sobre los ajustes y mejoras de esta para que pueda seguir siendo una herramienta eficaz. La transposición de la nueva Directiva ECN+ encaminada a reforzar a las autoridades nacionales de competencia puede ser una oportunidad única para ello.

Palabras clave: competencia, programa de clemencia, Directiva ECN+, reclamación de daños, acuerdos de transacción, independencia y suficiencia de recursos, priorización, prohibición de contratar, inspecciones.

Clasificación JEL: K21, L44, Q15.

1. Introducción

El año 2017 marcó el décimo aniversario de la entrada en vigor de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (LDC). En estos diez años la LDC ha demostrado ser una ley muy eficaz para el desempeño de las funciones de las autoridades de competencia en España.

En 2007 se inició una auténtica revolución en la defensa de la competencia en nuestro país. Por una parte, se crea un nuevo marco institucional con la creación de un órgano especializado, único e independiente del

Gobierno: la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), que en 2013 fue absorbida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Por otra parte, la nueva ley dio un impulso fundamental a la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia mediante nuevos instrumentos como el programa de clemencia, que otorga una exención del pago de la multa a las empresas que colaboren con la autoridad en la detección y sanción de un cártel y ha demostrado ser un éxito en España para la detección de cárteles secretos, con más de 100 solicitudes desde su entrada en vigor en 2008. La LDC introdujo también la vinculación de las cuantías máximas de las multas al volumen de negocios de las empresas sancionadas con el fin de hacer las sanciones más disuasorias y por tanto más efectivas.

* Directora de Competencia de la CNMC.

Las opiniones expresadas en este artículo son enteramente personales sin que puedan atribuirse a la institución a la que pertenece la autora.

Muchas de estas herramientas, existentes ya en todos los países europeos de nuestro entorno y de la OCDE, se incorporaron en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, que sustituyó a la que estaba vigente desde 1989, en lo que vino a denominarse «la modernización del sistema español de defensa de la competencia», en alusión al proceso similar que había experimentado el derecho comunitario unos años antes con la aprobación del 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 art. 81 y 82 del Tratado (actualmente, arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE).

La LDC aprobada en 2007 cuenta además con un elemento fundamental: la elaboración previa de un Libro Blanco sometido a consulta pública y el apoyo mayoritario de todos los grupos políticos en su proceso de aprobación, éxito nada frecuente que contribuyó a su elevada calidad técnica y a su buena recepción por parte de los expertos. Fue por ello que su aprobación contó con una abrumadora mayoría parlamentaria¹.

Sin embargo, la aplicación práctica durante este período, la evolución y creciente complejidad de algunos mercados y las novedades recientes en otra normativa nacional y comunitaria relacionadas hacen necesaria una reflexión sobre la posible revisión de la LDC. El objetivo es introducir mejoras y novedades que permitan adaptar la LDC a los nuevos tiempos, aclarar aquellas partes del articulado cuya aplicación práctica en estos años así lo aconseje y reforzar la eficacia de la actuación administrativa sin menoscabar con ello la seguridad jurídica.

Por ello, desde 2017, la CNMC ha iniciado un proceso de reflexión para valorar la conveniencia de mejorar y/o modificar parte del articulado de la LDC. No se trata de elaborar una nueva ley sino de hacer un

ajuste fino de la existente y aprovechar la ocasión para completar el instrumental de la CNMC, introduciendo algunas herramientas eficaces que poseen otras autoridades de nuestro entorno.

Al tratarse de una reforma del articulado de la LDC de carácter muy técnico, parece razonable que este proceso de reflexión se inicie desde la CNMC y que, en colaboración con la comunidad de expertos en esta materia (autoridades de competencia autonómicas, despachos de abogados especializados y academia, fundamentalmente), se elabore una propuesta de modificación del articulado de la LDC para la consideración del Ministerio de Economía y Empresa, previa consulta pública y abierta en su caso. El objetivo sin duda es que cualquier mejora que se introduzca goce del mismo consenso que tuvo la aprobación de la norma original, para asegurar su necesaria estabilidad en el tiempo y la previsibilidad para todos los agentes que se ven afectados por la aplicación de la misma.

El momento, además, no podía ser más oportuno, pues muy próximamente se adoptará formalmente la nueva propuesta de Directiva encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas de competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (la llamada Directiva ECN+, en alusión al refuerzo de la Red Europea de Autoridades de Competencia, conocida como ECN² por sus siglas en inglés). La transposición de esta directiva requerirá una modificación de la LDC para adaptarla a aquellos requisitos mínimos que exige la nueva Directiva en cuatro elementos fundamentales para las autoridades nacionales de competencia (ANC): poderes de investigación, independencia y suficiencia de recursos, coordinación de los programas de clemencia y asistencia mutua entre autoridades.

La reforma de la LDC con ocasión de la transposición de la Directiva ECN+ debería aprovecharse para introducir aquellos otros elementos y ajustes que se

¹ En la página del Congreso se recoge el proceso de tramitación del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia en el Parlamento español (Proyecto de Ley n° 121/000100).

² European Competition Network.

han ido identificando tras diez años de aplicación práctica de la misma, y que permitirán a la autoridad de competencia española continuar su labor en defensa de los consumidores y de un funcionamiento eficiente de los mercados.

2. Diez años de aplicación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia

Desde la aprobación de la Ley de Defensa de la Competencia se han desmantelado más de 76 cárteles (frente a los 10 descubiertos con la ley anterior en un período mucho más extenso, de 1989 a 2007³), y en los más variados sectores, desde los fabricantes de gel hasta los sobres de papel, la construcción de carreteras, los absorbentes de incontinencia para adultos o los mercados de hormigón, por citar solo algunos ejemplos. Además, se han vigilado de cerca —y condicionado cuando ha sido necesario— las fusiones empresariales que al reducir el número de participantes en un mercado podían traducirse en una menor competencia efectiva. A la vez, a través de las funciones de promoción de la competencia, cuyo refuerzo fue otra importante contribución de la Ley, se han impugnado normas de los poderes públicos que entorpecían el buen funcionamiento de los mercados, por ejemplo en el ámbito de instalaciones eléctricas, los alojamientos turísticos o las concesiones de transporte. Asimismo, se ha luchado incansablemente contra las prácticas anticompetitivas en la contratación pública, persiguiendo las manipulaciones de licitaciones y fomentando a la vez las buenas prácticas por parte de las Administraciones Públicas que previenen este tipo de conductas y favorecen una contratación eficiente.

La tarea de la autoridad española de competencia se traduce en un beneficio directo para la sociedad a través de menores precios para los ciudadanos, y mayor variedad y calidad de bienes y servicios

disponibles, velando por el cumplimiento de las reglas del juego por parte de todos los agentes económicos, especialmente de los que ejercen poder de mercado, de manera que nadie goce de ventajas ilegítimas. Indirectamente, la defensa de la competencia contribuye a impulsar el crecimiento económico y a reducir la desigualdad, porque no hay que olvidar que los más perjudicados por las infracciones contra la competencia —sobre todo los cárteles— son los más desfavorecidos. Bajo supuestos muy prudentes se estima que el ahorro conseguido para los consumidores en 2016 gracias a la actividad de defensa de la competencia superó los 860.000.000 de euros y en 2017 los 843.000.000 de euros⁴.

Esta ardua tarea fue primero llevada a cabo por la CNC, creada por la misma Ley en 2007, y desde octubre de 2013 es responsabilidad de la CNMC, creada mediante la fusión de todos los organismos reguladores con la autoridad de competencia en el contexto de una crisis económica devastadora⁵.

En estos más de diez años, la LDC ha demostrado ser un instrumento muy eficaz para detectar, sancionar y disuadir comportamientos anticompetitivos. Pero también lo ha sido para prevenir que concentraciones económicas puedan afectar al mantenimiento efectivo de la competencia en los mercados, permitiendo que sea la autoridad de competencia quien decida en última instancia sobre la afectación de estas operaciones a la competencia⁶. En efecto, bajo la ley anterior, las autorizaciones con compromisos o el paso a segunda fase de las operaciones de concentración mediante su remisión al entonces Tribunal de Defensa de la Competencia estaban sujetas a decisión del Ministro de Economía

⁴ Ver <https://blog.cnmcc.es/2018/03/14/ahorro-cnmcc/> (consultado en noviembre de 2018)

⁵ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

⁶ La LDC separa claramente los criterios de valoración que guiarán la toma de decisiones por parte de la autoridad de competencia, centrados en el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados, de aquellos en que podrá basarse la intervención (casi excepcional) del Gobierno, relacionados con la protección del interés general de la sociedad.

³ Ver la evaluación de impacto de la Comisión Europea elaborada con motivo de la propuesta de la Directiva ECN: *Impact Assessment Report*.

y Hacienda, y el Consejo de Ministros podía desviarse del dictamen emitido por el Tribunal de Defensa de la Competencia tras la fase de investigación en profundidad de la concentración. Por el contrario, la LDC limita la intervención del Gobierno a supuestos excepcionales (autorización de una concentración en segunda fase con condiciones) y por criterios tasados de interés general que no se solapan con el análisis de competencia, que pasa a ser en 2007 competencia exclusiva de la autoridad de competencia. Prueba de la excepcionalidad de la intervención del Gobierno bajo el nuevo marco legal de 2007 es el hecho de que solo en una ocasión el Gobierno, a través del Consejo de Ministros, ha hecho uso de la llamada «tercera fase» en control de concentraciones para desviarse de la propuesta de la autoridad de competencia y sujetar la autorización de una operación a condiciones diferentes a las que esta consideraba apropiadas sobre la base de criterios de regulación sectorial y promoción de la investigación y el desarrollo tecnológico⁷.

Por último, la LDC también ha supuesto un salto cualitativo en las llamadas funciones de *advocacy* o promoción de la competencia, que han contribuido a la sensibilización de empresas, administraciones y ciudadanos y a crear una cultura de competencia sin precedentes en nuestro país.

Pero, al igual que la Comisión Europea con su propuesta de Directiva ECN+ que surge tras la evaluación de la aplicación práctica durante diez años del Reglamento 1/2003, toca ahora el turno de revisión y, en su caso, ajuste de nuestra normativa nacional. Para ello, no cabe mejor manera que la de la reflexión previa con la comunidad de expertos en la materia con el fin de aunar el mismo consenso que obtuvo la Ley diez años atrás.

3. Proceso de reflexión sobre la reforma de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia

Diez años constituyen un período lo suficientemente largo como para poder evaluar las mejoras introducidas en el sistema español de defensa de la competencia por el texto legislativo de 2007, y a la vez identificar las carencias de la misma y las dificultades que plantea la redacción actual en la ejecución de algunas de las funciones que tiene encomendadas la CNMC.

Por ello, desde principios de 2017 la CNMC ha impulsado un proceso de reflexión con todos los agentes involucrados en el llamado «mundo antitrust». Concretamente, se han mantenido tres seminarios técnicos con representantes de la Asociación Española de Defensa de la Competencia (AEDC) y de la Red Académica de Derecho de la Competencia (RADC) para tratar cuestiones de muy diversa índole relacionadas con el control de concentraciones⁸, el procedimiento sancionador⁹ y los acuerdos transaccionales (más conocidos como *settlements*, por su denominación en inglés)¹⁰, con el objetivo de hacer un balance sobre la experiencia de estos diez años de aplicación de la LDC en cada uno de estos campos y las posibles mejoras a considerar. En todos los casos, se han mantenido sesiones estrictamente técnicas sobre la materia en cuestión, siguiendo un guion de cuestiones para facilitar la discusión e intercambiar opiniones en relación a la suficiencia y eficacia de la LDC y los ajustes y potenciales mejoras que cabría valorar en cada caso.

Antes incluso de la puesta en marcha de estos seminarios, la Dirección de Competencia de la CNMC ya organizó en diciembre de 2016 una Jornada de evaluación del programa de clemencia introducido en 2008, en el que participaron un total de diez despachos de

⁷ Ver Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de agosto de 2012 sobre la operación C/0432/12 - Antena 3/La Sexta, por el que se modifican las condiciones propuestas por la CNC para autorizar la concentración «al concurrir circunstancias de interés general relacionadas esencialmente con la garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial, así como de promoción de la investigación y el desarrollo tecnológico».

⁸ Seminario técnico celebrado en la sede de la CNMC en Madrid, el 22 de mayo de 2017.

⁹ Seminario técnico celebrado en la sede de la CNMC en Madrid el 12 de septiembre de 2017.

¹⁰ Seminario técnico celebrado en la sede de la CNMC en Madrid el 19 de diciembre de 2017.

abogados, aquellos más activos en la presentación de solicitudes de clemencia en España.

Igualmente, se han mantenido sesiones informativas con las autoridades autonómicas de competencia¹¹ que constituyen una parte importante del esquema institucional de la defensa de la competencia en España, investigando y sancionando aquellas conductas cuyos efectos quedan limitados al ámbito geográfico de las respectivas comunidades autónomas, en virtud de lo establecido en la Ley 1/2002, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas sobre Defensa de la Competencia¹².

A ello hay que añadir un número elevado de reuniones y encuentros con expertos de otras autoridades de competencia nacionales y comunitarias para conocer de primera mano su amplia experiencia en algunas de las cuestiones que se plantean, como es el caso de los procedimientos de transacción que vienen funcionando desde hace tiempo en muchas jurisdicciones de nuestro entorno.

Por último, las Jornadas anuales de competencia celebradas en la CNMC, tanto en octubre de 2017 como en noviembre de 2018, han prestado especial atención a las posibles mejoras de la LDC, reuniendo a un elevado número de expertos (incluidos representantes de otras autoridades de competencia europeas) para reflexionar sobre los retos a los que se enfrenta la política de competencia en la actualidad y los instrumentos necesarios para preservar su eficacia.

De las discusiones productivas en todos estos encuentros y seminarios surge el consenso sobre la conveniencia de iniciar un proceso de reforma o ajuste (que no modificación completa) de la LDC. Tras casi dos años de reflexión, evaluación y análisis comparado, ha llegado el momento de plantear aquellas

modificaciones que se estiman más urgentes y oportunas, confiando en que el debate técnico que las ha precedido sirva para promover un apoyo mayoritario (si no unánime) a los cambios que sin duda permitirán una aplicación más eficaz de la política de competencia en nuestro país.

4. Propuestas de reforma de la LDC

Nuevos instrumentos: los acuerdos transaccionales (*settlements*)

El procedimiento de transacción o de acuerdos transaccionales (*settlements*) se introdujo a nivel comunitario en el año 2008¹³. En virtud de este procedimiento, la Comisión Europea puede simplificar y acelerar los casos de cárteles sobre la base de que las partes implicadas en una infracción de cártel del art. 101 del TFUE «pueden estar dispuestas a reconocer su participación y responsabilidad en la misma, si pueden anticipar razonablemente los resultados previstos por la Comisión en cuanto a su participación en la infracción y el alcance de las posibles multas, y aceptar este resultado».

Es decir, en el procedimiento transaccional se parte del reconocimiento por las partes que se adhieran a este procedimiento de su participación y responsabilidad en el cártel, renunciando a determinados derechos de defensa (acceso al expediente administrativo y a ser escuchadas en audiencia) y aceptando los elementos básicos de la infracción. En contrapartida por su cooperación, la Comisión les concede un 10 por 100 de reducción de la cuantía de la multa que se les

¹¹ Sesión de trabajo celebrada en la sede de la CNMC en Madrid el 16 de febrero de 2018.

¹² En la actualidad existen ocho autoridades de competencia que disponen de órgano de instrucción y órgano de resolución y cuatro que disponen únicamente de órgano de instrucción, siendo la CNMC la autoridad competente para resolver los procedimientos instruidos por estas.

¹³ Ver el Reglamento (CE) nº 773/2004 relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los arts. 81 y 82 del Tratado CE, modificado por el Reglamento (CE) nº 622/2008 de la Comisión, de 30 de junio de 2008, en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel, que establece las normas básicas para su desarrollo, y la Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los arts. 7 y 23 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo en casos de cártel, de 2 de julio de 2008 (2008/C 167/01).

habría impuesto mediante el procedimiento ordinario sin *settlements*. Lo anterior implica, además, una reducción de las posibilidades de que las partes que han decidido aceptar la transacción interpongan recursos contra la decisión final que se adopte, pues el reconocimiento de la responsabilidad en la infracción para poder beneficiarse de la reducción en la sanción disminuye las posibilidades de éxito de los recursos contra el fondo de la resolución.

Así pues, en el sistema comunitario, el procedimiento de transacción únicamente está disponible para cárteles, correspondiéndole a la Comisión Europea determinar la conveniencia del uso de este procedimiento en función del caso en cuestión. Lo habitual es que casos con comunitarios con clemencia (es decir, con la concesión de inmunidad a una empresa por su colaboración en la detección e investigación del cártel) conduzcan en muchos casos a la adopción de una decisión con *settlements*, pues las empresas ya saben que la autoridad de competencia cuenta con las pruebas aportadas por el solicitante de clemencia y la información tan valiosa sobre el funcionamiento del cártel proporcionada por este.

Este procedimiento existe igualmente en otras muchas jurisdicciones europeas que tienen, bien formalmente o en la práctica, un procedimiento que permite reducir el importe de la multa, a cambio del reconocimiento de la infracción por las partes y de su participación en la misma¹⁴.

Sin embargo, el marco jurídico español no cuenta en la actualidad con este instrumento que, en nuestro caso, resulta especialmente atractivo por la menor litigiosidad que lleva aparejado. En efecto, dado que nuestro procedimiento sancionador en materia de competencia es ya de por sí muy ágil (con un plazo máximo de 18 meses para investigar y sancionar la

práctica anticompetitiva), la principal ventaja de introducir este procedimiento es facilitar la instrucción del procedimiento con el reconocimiento de la infracción y su responsabilidad individual por parte del solicitante de la transacción y, al mismo tiempo, reducir el número de recursos interpuestos contra las resoluciones administrativas de la autoridad de competencia.

Para introducir los acuerdos de transacción, la reforma de la LDC debería recoger sus aspectos esenciales (como la posibilidad de reducción de la sanción a cambio del reconocimiento de la infracción y en qué casos tasados), mientras que cabría relegar a un desarrollo reglamentario los aspectos procedimentales que, en su momento, podrían ampliarse mediante la adopción de una Comunicación con la práctica seguida hasta ese momento, como ha hecho la Comisión con su procedimiento de *settlements*, y como también se ha hecho en España con el programa de clemencia.

Si bien existe un apoyo unánime en la comunidad antitrust para completar el conjunto de instrumentos de los que dispone la CNMC mediante la introducción de este procedimiento, el diseño concreto del mismo sí está abierto a un mayor debate, debiendo acordarse, entre otros, el alcance del procedimiento: si abarca solo casos de cárteles —como en el procedimiento comunitario— o, por el contrario, si cabe extenderlo para cualquier infracción de los arts. 1 y 2 de la LDC y sus equivalentes del TFUE, como ocurre de hecho en algunos Estados miembros.

El debate está también servido en cuanto a los porcentajes de reducción, la posibilidad de tener casos híbridos (en los que unas partes se suman al procedimiento transaccional y otras continúan con el procedimiento ordinario, de manera que las ventajas del procedimiento se ven seriamente limitadas) y si debe existir la posibilidad de iniciar el procedimiento incluso una vez notificado a las partes un pliego de cargos.

Pero de lo que no cabe duda es de las ventajas que proporciona a ambas partes del procedimiento (autoridad de competencia y sujeto investigado) y de la eficiencia procesal que entraña en términos de acceso al

¹⁴ Al igual que en España, el procedimiento de transacción tampoco existe en Bulgaria, Chipre, Croacia, Eslovenia, Grecia, Finlandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Lituania y Suecia en la actualidad. En el caso de Estonia, sí existe un proceso de transacción en el ámbito penal, pero no en el administrativo.

expediente, contenido sucinto de la decisión y posterior revisión de esta ante los tribunales.

Por último, existe un elemento de especial relevancia que justifica también la conveniencia de adoptar el procedimiento de *settlements* en España: el impacto de cara a las reclamaciones de daños de las decisiones con *settlements*. Y esto se debe a que, dado el reconocimiento de la infracción por las partes y la agilidad propia de este procedimiento, la decisión final adoptada por las autoridades de competencia en los procedimientos transaccionales suele ser mucho más sucinta que en el procedimiento ordinario, limitando las pruebas contenidas en la resolución administrativa de cara a su utilización en la reclamación de daños ante los tribunales de justicia.

La llamada aplicación privada del derecho de la competencia para el resarcimiento de daños a las víctimas de una infracción de competencia está experimentando un desarrollo sin precedentes ante los tribunales civiles en España¹⁵, lo que hace más necesario que nunca preservar los incentivos de los llamados solicitantes de clemencia en el marco de la aplicación pública. El programa de clemencia, como ya se ha señalado, ha demostrado ser una herramienta muy eficaz en nuestro país para la detección y sanción de cárteles, recordemos, la práctica anticompetitiva más dañina para los mercados y los consumidores. El hecho de que el solicitante de clemencia quede eximido del pago de la multa en el procedimiento administrativo como contraprestación por su colaboración con la autoridad de competencia ha dejado de ser el único elemento a tener en cuenta por las empresas en su evaluación previa a la presentación de una solicitud de exención. En efecto, la dispensa de la multa administrativa ha quedado relegada a un segundo plano desde el momento en que

las empresas infractoras de las normas de competencia (incluidos los solicitantes de clemencia) pueden enfrentarse a reclamaciones millonarias por los daños y perjuicios causados. La Directiva de Daños de 2014, transpuesta al ordenamiento español en 2017 mediante el Real Decreto Ley 9/2017, prevé una serie de mecanismos para proteger el programa de clemencia, como la limitación de la responsabilidad solidaria en el pago de los daños por parte del solicitante o el acceso limitado a la declaración de clemencia en la que se reconoce la responsabilidad en la infracción. Sin embargo, los importes reclamados y las primeras sentencias confirmatorias de los juzgados mercantiles han puesto el acento en la necesidad de reforzar en la medida de lo posible los incentivos para evitar un impacto negativo sobre el programa de clemencia.

Es en este contexto en el que el procedimiento de transacciones puede contribuir a recuperar el equilibrio entre una aplicación pública eficaz y activa, en la que un programa de clemencia exitoso juega un papel crucial, y una aplicación privada que sirve al doble objetivo de resarcir de daños a las víctimas a la vez que disuadir comportamientos anticompetitivos futuros por los riesgos que entraña. Las decisiones adoptadas en expedientes con solicitantes de clemencia que se tramiten bajo el procedimiento de transacciones, dado el carácter sucinto de este y el menor detalle de las evidencias de infracción que contiene la decisión con *settlements*, permitirán limitar la incidencia de las reclamaciones de daños contra los solicitantes de clemencia, preservando los incentivos del programa.

Modificaciones derivadas de la Directiva ECN+¹⁶

La Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros trabajan

¹⁵ Muy posiblemente por la transposición en España mediante el RDL 9/2017 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

¹⁶ Para mayor detalle sobre el contenido y proceso de elaboración y negociación de la propuesta de Directiva ECN+, ver Revista ICE, nº 903, julio-agosto 2018: *El Futuro de la Unión Europea*, concretamente el artículo «Novedades en la aplicación de la política de competencia de la Unión Europea en 2018».

en estrecha colaboración para aplicar la normativa de defensa de la competencia de la UE en el marco de la Red Europea de Autoridades de Competencia (*European Competition Network*, ECN). La ECN apoya la aplicación coherente de la legislación de competencia comunitaria por parte de todas las autoridades nacionales.

En 2014 la Comisión Europea realizó una evaluación de los diez años de aplicación práctica en los Estados miembros del Reglamento 1/2003, que en su momento supuso una revolución en materia de aplicación paralela de las normas de competencia por parte de la Comisión Europea y los Estados miembros. Esta valoración se tradujo en la Comunicación de la Comisión «Diez años de aplicación de la normativa antimonopolio del Reglamento (CE) 1/2003: logros y perspectivas de futuro [COM (2014) 453]».

Desde 2004, la Comisión y las ANC han adoptado más de 1.000 decisiones en aplicación de la normativa europea de competencia (arts. 101 y 102 del TFUE), pero lo que se ponía especialmente de manifiesto en la evaluación de los diez años de aplicación entre 2004 y 2014 fue que más del 85 por 100 de estas decisiones fueron tomadas por las autoridades nacionales¹⁷. Por tanto, resulta esencial que estas tengan todos los poderes que necesitan para aplicar de manera efectiva y coherente las normas europeas de competencia.

En la Comunicación de 2014 ya se anticipaba que existía margen de maniobra para mejorar la eficacia de las ANC. Se apuntaba, entre otras mejoras, al refuerzo de la independencia y la suficiencia de recursos de estas, a la necesidad de contar con un conjunto eficaz de herramientas y a la posibilidad de imponer sanciones disuasorias y de tener programas de clemencia efectivos.

Después de una consulta pública entre noviembre de 2015 y febrero de 2016, y los necesarios trabajos

de evaluación de impacto, el 22 de marzo de 2017 la Comisión Europea presentó una propuesta de Directiva, conocida de forma abreviada como ECN+, en alusión al claro objetivo de refuerzo de la Red Europea de Competencia. La Directiva va encaminada a facultar a las autoridades de competencia de los Estados miembros para aplicar la normativa con más eficacia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. La propuesta de Directiva prevé una armonización mínima de aquellos elementos que estima esenciales —respetando el principio de subsidiariedad— para tratar de asegurar que las ANC tengan las herramientas adecuadas para que se produzca una aplicación común de las normas de competencia a nivel europeo. En concreto, se trata de asegurar que el lugar donde tenga la sede una empresa no importe a la hora de aplicar las normas de competencia europeas recogidas en los arts. 101 y 102 del TFUE sobre acuerdos anticompetitivos y abusos de posición de dominio, respectivamente.

Desde el momento de la aprobación formal de la propuesta de Directiva ECN+ (prevista para finales de este año 2018), los Estados miembros tendrán un plazo máximo de dos años para transponer la Directiva. En el caso de España, no debería ser especialmente complicado cumplir con este límite dado que nuestro marco jurídico ya incorpora muchos de los elementos sujetos a armonización en esta Directiva.

Ahora bien, la propuesta de Directiva sí implica la necesidad de hacer algunos ajustes en la LDC con el fin de incorporar algunos aspectos cuya armonización se exige y que no constan formalmente en nuestro marco jurídico de defensa de la competencia.

Entre esos elementos, cabe destacar principalmente la potestad de las autoridades nacionales para priorizar los casos a investigar. El art. 4 de la propuesta de Directiva exige a los Estados miembros que garanticen que sus autoridades de competencia tendrán la facultad de establecer sus prioridades y por tanto la capacidad de desestimar aquellas denuncias cuya investigación no consideren prioritaria. Esas desestimaciones

¹⁷ De hecho, España se encuentra entre las autoridades que más decisiones de aplicación de los arts. 101 y/o 102 del TFUE ha adoptado en dicho período, con un total de 101 decisiones, ligeramente por detrás de Francia (119), Alemania (113) e Italia (112).

podrán ser recurribles pero la revisión de las mismas deberá tener en cuenta las prioridades marcadas por la autoridad, sin que pueda exigirse a esta un análisis detallado de todas las denuncias recibidas, como ocurre en la actualidad en el caso de España y de otras autoridades europeas como la Autorité de la Concurrence en Francia. Tratándose en ambos casos de autoridades de competencia muy activas, con un elevado número de decisiones sancionadoras al año, pero a la vez con recursos limitados, la flexibilidad que otorga la propuesta de Directiva se antoja necesaria para permitir un uso eficiente de los recursos disponibles que se destinarán a aquellas investigaciones que la autoridad estime más necesarias en cada momento. Ahora bien, esto no significa que los Gobiernos no puedan marcar a sus autoridades de competencia unas líneas generales de política de competencia, pero siempre y cuando no interfieran con investigaciones sectoriales concretas o con procedimientos específicos de aplicación de los arts. 101 y/o 102 del TFUE.

En este mismo artículo de la propuesta de Directiva dedicado a reforzar la independencia de las autoridades de competencia, conviene destacar también la necesidad de definir en el derecho nacional el sistema de nombramiento y destitución de los miembros de los órganos de decisión, pero también de los conflictos de interés e incompatibilidades que abarcan a todo el personal de la autoridad y no solo a los miembros de los órganos de decisión. Si bien en el caso español se dispone de un código de conducta aprobado por el Consejo de la CNMC con reglas estrictas para todo el personal de la institución¹⁸ y existen igualmente una serie de obligaciones bajo el Estatuto Básico del Empleado Público, será necesario revisar estas cuestiones en el proceso de transposición para asegurar el cumplimiento de las exigencias mínimas previstas en la propuesta de Directiva en esta materia.

¹⁸ Ver Acuerdo de 18 de marzo de 2015, del Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de Los Mercados y la Competencia, por el que se aprueba el código de conducta del personal de la CNMC (BOE de 19 de noviembre de 2015).

Otro aspecto al que la Directiva dedica especial atención es a la suficiencia de recursos para asegurar la autonomía de las ANC. Esta exigencia de recursos mínimos para poder llevar a cabo con eficacia la aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE y sus equivalentes en derecho nacional abarca tanto los recursos humanos como financieros, técnicos y tecnológicos, aludiéndose incluso a la obligación de asegurar que las ANC dispongan de herramientas informáticas adecuadas.

La suficiencia de recursos se ha extendido durante las negociaciones con el Parlamento Europeo y el Consejo a las labores propias de la promoción de la competencia (y no solo a la instrucción y resolución de procedimientos sancionadores), en la medida en que dichas labores de *advocacy* contribuyan a asesorar a las Administraciones Públicas sobre medidas legislativas y promover la sensibilización respecto de los arts. 101 y 102 del TFUE.

Pero sin duda el aspecto más relevante del art. 5 para las autoridades españolas de defensa de la competencia es la obligación de asegurar la independencia en el gasto del presupuesto asignado, pudiendo la CNMC decidir independientemente sobre el empleo de las dotaciones presupuestarias. Este es un aspecto crucial pues, si bien en la actualidad la CNMC goza de aparente libertad en la ejecución de su presupuesto, todo lo relativo a la política de recursos humanos (como la creación de nuevas plazas o la modificación de la relación de puestos de trabajo) está sujeta a la autorización de la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones (CECIR), dependiente del Ministerio de Hacienda. Esta sujeción limita considerablemente la autonomía de la CNMC en su política de recursos humanos en un contexto ya de por sí complicado por la coexistencia de personal laboral y personal funcionario dentro de la misma institución, tras la fusión de los reguladores con la autoridad de competencia en 2013 para la creación de la actual CNMC. Una mayor flexibilidad que permita adecuar la creación, amortización y reordenación de plazas

dentro de la Comisión, de acuerdo con las necesidades de los servicios que esta presta, claramente redundaría en una mayor independencia y autonomía de la CNMC, acorde con el espíritu de la nueva Directiva.

No debe confundirse, sin embargo, esta mayor autonomía en la gestión presupuestaria con una ausencia de rendición de cuentas. Todo lo contrario, pues en la propuesta final de la Directiva se han reforzado considerablemente las exigencias de información periódica de la actividad de las ANC a los órganos gubernamentales o parlamentarios, incluyendo la publicación del informe periódico de actividades, lo que, sin embargo, ya está previsto en el ordenamiento español¹⁹.

Otras cuestiones recogidas en la propuesta de Directiva que podrían conllevar una adaptación de la LDC son los límites máximos de las multas que deben ser al menos del 10 por 100 del volumen de negocios mundial total de la empresa infractora del art. 101 y 102 del TFUE (art. 15 de la propuesta) o la interrupción de los plazos de prescripción de las conductas por la actuación de otras autoridades de competencia o durante la revisión jurisdiccional (art. 29 de la propuesta). Esta última modificación evitará situaciones desafortunadas vividas en el pasado de conductas anticompetitivas que no han podido sancionarse por haberse cumplido los plazos de prescripción en España mientras otra autoridad (la Comisión Europea, en este caso) evaluaba si quedarse con el caso o cedérselo a la autoridad nacional, o bien en el caso de sentencias de los tribunales que han fallado en contra de una resolución de la autoridad de competencia por un defecto de procedimiento, que no de fondo, y que sin embargo no han podido volver a instruirse por haberse cumplido el plazo de prescripción durante la revisión jurisdiccional.

¹⁹ De acuerdo con el art. 39 de la Ley 3/2013, el presidente de la CNMC comparece anualmente ante la Comisión de Economía del Congreso para exponer las líneas básicas de su actuación y sus planes y prioridades para el futuro, y en aplicación del art. 37.1.d de la citada Ley también se enviará a la Comisión de Economía del Congreso la memoria anual de actividades que incluya las cuentas anuales, la situación organizativa y la información relativa al personal y las actividades realizadas por la CNMC, con los objetivos perseguidos y los resultados alcanzados.

Mayor atención merece el nuevo art. 23 sobre la interacción entre las solicitudes de clemencia y las sanciones impuestas a las personas físicas. Este artículo surge ante la necesidad, una vez más, de preservar los incentivos al programa de clemencia en aquellas jurisdicciones en las que la confluencia de los ilícitos de competencia con posibles tipos penales de contenido similar (especialmente en los sistemas criminales) limita la protección que los programas de clemencia corporativos puedan otorgar individualmente a sus empleados y directivos. Así, la propuesta de Directiva intenta mantener los incentivos a la clemencia mediante una mayor coordinación y eficacia de estos programas a nivel comunitario, exigiendo que los Estados miembros elijan entre la protección total del solicitante de clemencia en el ámbito penal o al menos la posibilidad de atenuar las sanciones penales a los solicitantes de exención, teniendo en cuenta su responsabilidad personal o su contribución a la infracción.

En España, esta situación podría darse en los casos de manipulación de licitaciones (*bid rigging*) a los que puede resultar de aplicación, además del art. 1 de la LDC y 101 del TFUE, el tipo penal de alteración de precios²⁰. La transposición que se haga a nuestro ordenamiento de este artículo de la Directiva ECN+ deberá tener en cuenta los beneficios que ha supuesto el programa de clemencia para una aplicación pública eficaz de las normas de competencia en nuestro país, lo que hace necesario preservar los incentivos de los potenciales solicitantes mediante medidas como las que promueve la Directiva para asegurar una adecuada protección de estos.

Otros cambios en la LDC acordes al espíritu de la propuesta de Directiva ECN+

Además de los cambios de la LDC que vienen impuestos por la literalidad de las exigencias de la propuesta de Directiva ECN+ que, como se ha señalado

²⁰ Art. 262 del Código Penal.

anteriormente, es una Directiva «de mínimos», el considerando 10 de la propuesta prevé que «los Estados miembros podrán conferir a las ANC facultades adicionales que superen el conjunto básico mínimo previsto en la presente Directiva a fin de aumentar su eficacia».

Algunos cambios adicionales en la LDC podrían resultar especialmente oportunos a la vista del contenido de la propuesta de Directiva que, sin ser requeridos *stricto sensu* por la misma, persiguen también reforzar la eficacia de la aplicación de las normas de competencia por parte de la autoridad española.

Además del procedimiento de transacciones detallado anteriormente, conviene referirse a tres cuestiones adicionales: las prohibiciones de contratar, extensión del ámbito de clemencia y la centralización de las solicitudes de autorización judicial para llevar a cabo inspecciones domiciliarias.

En lo que respecta a la prohibición de contratar, conviene valorar si se debe introducir expresamente entre las posibles sanciones de la LDC esta figura que ya recoge la nueva Ley de Contratos del Sector Público y que está alineada con el objetivo de disuasión de las multas al que se refiere la propuesta de Directiva, en particular en su considerando 47.

Las prohibiciones para contratar con el sector público están actualmente reguladas en los arts. 71 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Entre las infracciones administrativas que pueden generar una prohibición de contratar, el art. 71.1.b de la LCSP incluye el «haber sido sancionado con carácter firme por una infracción grave en materia de falseamiento de la competencia». Esta prohibición por «falseamiento de la libre competencia» fue introducida en el art. 60.1.b del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (hoy art. 71.1.b de la LCSP) por la disposición final novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, cuya entrada en vigor se produjo el 22 de octubre de

2015. Por tanto, la nueva prohibición de contratar por «falseamiento de la libre competencia» resulta únicamente aplicable respecto de hechos, constitutivos de infracción, que hayan tenido lugar a partir del 22 de octubre de 2015.

Por su parte, el nuevo art. 72 de la LCSP, como hacía la normativa anterior, distingue los supuestos de apreciación automática de la prohibición de contratar por el órgano de contratación de los que exigen que el alcance o duración de la prohibición se determine mediante procedimiento instruido al efecto, como ocurre de hecho en las prohibiciones vinculadas al falseamiento de la competencia.

Por su parte, el art. 53 de la LDC recoge el contenido de las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, que podrán declarar la existencia de una conducta prohibida, una orden de cesación de la misma, imponer una multa, así como obligaciones estructurales y de comportamiento.

Teniendo en cuenta el nuevo art. 71 de la LCSP, parece razonable revisar la redacción del art. 53 de la LDC, con el fin de dotar de seguridad jurídica la actuación de la CNMC en esta materia.

Por otra parte, el art. 72.5 de la LCSP se refiere a la exclusión del solicitante de clemencia de las prohibiciones para contratar que pudieran imponerse por falseamiento de la competencia. Si bien esta previsión legal disipa cualquier duda sobre la protección del solicitante del programa de clemencia, la revisión de la LDC podría resultar clarificadora (que no necesaria) en este sentido.

En segundo lugar, la propuesta de Directiva alude a la existencia de programas de clemencia en algunas jurisdicciones que cubren no solamente las infracciones de cárteles sino también de otros acuerdos, recomendaciones colectivas o prácticas concertadas contrarias al art. 101 del TFUE. En España, al igual que a nivel comunitario, el programa de clemencia queda limitado al caso de los cárteles. Si bien el programa ha funcionado con éxito en estos años, durante la sesión de trabajo para evaluar su funcionamiento se planteó

como uno de los desincentivos del programa el insuficiente convencimiento en muchos casos de que la conducta pueda subsumirse dentro de la definición de cártel. Es decir, se han dado casos en los que una empresa, consciente de que estaba participando en una actividad con sus competidores anticompetitiva y, por tanto, ilegal, y estando dispuesta a colaborar con la CNMC en su detección e investigación poniendo fin a la misma, no ha podido hacerlo por tratarse de conductas que no encajan en la definición de cártel prevista en la LDC, si bien serían igualmente contrarias al art. 1 de la misma, que prohíbe los acuerdos anticompetitivos. Por tanto, parece razonable pensar que una aplicación más amplia del programa de clemencia que abarcara todos los supuestos de acuerdos horizontales y prácticas concertadas podría incrementar el número de casos susceptibles de acogerse a la clemencia y, por tanto, contribuir a una aplicación más eficaz de las normas de competencia en nuestro país.

Finalmente, cabe valorar la oportunidad de modificación de la legislación vigente para atribuir a los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo la competencia para autorizar las entradas en domicilios por parte de los agentes de la CNMC. Actualmente, esta competencia la ejercen los Juzgados (provinciales) de lo Contencioso Administrativo del lugar en el que se pretende realizar la inspección.

Teniendo en cuenta que las inspecciones son un elemento fundamental para la detección de pruebas que permiten confirmar los indicios del ilícito perseguido, resulta crucial que estas puedan llevarse a cabo con todos los poderes que tiene encomendados la autoridad de competencia, y con la agilidad necesaria en su preparación que requiere la diligencia propia de un procedimiento sancionador. Para ello, de acuerdo con el art. 27.4 de la Ley 3/2013, la CNMC puede solicitar a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo un auto judicial de entrada de carácter preventivo en caso de que la empresa a inspeccionar no dé su consentimiento a la entrada. En la mayoría de las ocasiones, las inspecciones llevadas a cabo por la CNMC en el

marco de una investigación se producen de manera simultánea en las sedes de varias empresas sospechosas de participar en el mismo ilícito, con independencia de la provincia en la que se hallen sus respectivas sedes.

Es en este contexto y teniendo en cuenta que la CNMC ejerce sus competencias en todo el territorio nacional, resulta oportuno que sea un órgano judicial con el mismo ámbito de competencia territorial el que autorice estas actuaciones de investigación, como es el caso de los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo, permitiendo el recurso de apelación ante la Audiencia Nacional.

Esta reforma únicamente debería afectar a las solicitudes de entrada y registro formuladas por la CNMC, dejando intacta la regulación actual en favor de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo respecto de las autorizaciones de entrada domiciliaria que soliciten las autoridades de competencia de las comunidades autónomas, dado el carácter necesariamente más local de las inspecciones que lleven a cabo las autoridades autonómicas, cuyas competencias se limitan a las conductas anticompetitivas con efectos únicamente dentro de su Comunidad Autónoma, todo ello de conformidad con la Ley 1/2002.

Además, esta modificación es especialmente relevante si se tiene en cuenta que, de acuerdo con el art. 7 de la propuesta de Directiva, el ejercicio de la facultad de inspección debe estar supeditado a la autorización previa de una autoridad judicial nacional, quedando relegado a un supuesto «excepcional» la entrada autorizada exclusivamente con el consentimiento de la empresa inspeccionada.

Finalmente, los diferentes seminarios han puesto de manifiesto la conveniencia de analizar otros «ajustes finos» de la LDC como los relativos a la ampliación excepcional del plazo de instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores, previsto en el art. 37.4 de la LDC, de 18 a 24 meses en casos tasados, cuya complejidad requiera un plazo mayor para su análisis y para asegurar el pleno respeto de los derechos

fundamentales de las empresas, especialmente en lo que se refiere al derecho de audiencia. Por otra parte, en el contexto del deseo de la propuesta de Directiva de alcanzar sanciones verdaderamente disuasorias (arts. 13-16 y considerandos 40-49), sería conveniente aclarar en mayor medida y por ley el sistema de fijación de multas recogido actualmente en los arts. 62 a 64 de la LDC para proporcionar seguridad jurídica y

evitar litigiosidad, a la vista de la controversia que el sistema de fijación de multas ha propiciado en los tribunales españoles en los últimos años. En el mismo ámbito de las sanciones, sería interesante evaluar la oportunidad de prever por ley las implicaciones de los programas de cumplimiento normativo (*compliance*) para la fijación de multas: posibilidad de reconocimiento como atenuante o rebaja de sanción.

