

DIEZ AÑOS DEL REGLAMENTO 1/2003

Isabel LÓPEZ SANZ

Inspector de competencia

Coordinador de la ECN en la Dirección de Competencia de la CNMC

El 1 de mayo de 2014, el Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado CE¹, y con él la llamada modernización de la aplicación de las normas de competencia de la Unión Europea (UE), cumplió diez años de su entrada en vigor.

Con tal motivo la Comisión Europea elaboró un informe al Parlamento y al Consejo de la UE sobre esos diez años en la aplicación de las normas de competencia de la UE, bajo dicho marco, que publicó en julio de 2014.

El informe realmente lo componen la Comunicación, *Ten years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives*² dirigida al Parlamento y al Consejo, acompañada de dos documentos de trabajo (*Commission staff working documents*), que abundan y aportan datos sobre las afirmaciones realizadas en la Comunicación, *Ten years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003*³ y *Enhancing competition enforcement by the Members States' competition authorities: institutional and procedural issues*⁴.

En la introducción de la Comunicación, la Comisión establece dos puntos básicos de su informe, para que sean contemplados conjuntamente. Estos son: Los hechos que constatan la realidad de la aplicación pública de las normas de competencia de la UE, y determinados aspectos clave —aspectos institucionales y procedimentales— de las Autoridades de Competencia de los EEMM (ANCs) que, para la aplicación de dichas normas, deberían reforzarse.

No es el primer informe que la Comisión elabora sobre el Reglamento 1/2003. En 2009, según lo establecido en el art. 44 de dicho Reglamento,

¹ Actualmente arts. 101 y 102 del Tratado Fundacional de la Unión Europea (TFUE).

² http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/antitrust_enforcement_10_years_en.pdf.

³ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/swd_2014_230_en.pdf.

⁴ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/swd_2014_231_en.pdf.

la Comisión publicó en abril su primer informe, como una Comunicación al Parlamento y al Consejo de la UE⁵, junto con un documento de trabajo⁶. En las conclusiones, la Comisión se felicitaba, por el cambio significativo en la aplicación de las normas de competencia, que había permitido reforzar la competitividad en sectores claves de la economía, y por el éxito de la Red de Autoridades de Competencia (ECN), tanto en la cooperación, como en la coherencia de las decisiones en aplicación de las normas de competencia en dicho marco, a las que llama «*law of the land*» en la UE.

No obstante, en la última conclusión del informe, hace brevemente referencia, a determinados temas destacados en el informe como deficiencias, o al menos temas a mejorar, como base para evaluar una posible reforma del Reglamento o del sistema implementado.

Entre dichos temas, algunos se centran en reforzar o mejorar determinados poderes de la Comisión, como por ejemplo el de contemplar la imposición de sanciones en caso de falsedad en declaraciones art. 19, la desestimación de denuncias —en casos que no forman parte de prioridades de la Comisión—, y el procedimiento en la aplicación de multas coercitivas —según art. 24—.

Otros temas hacen referencia también al resto de Autoridades de Competencia (ANCs) de la ECN, como la posible mejora del Programa Modelo de Clemencia, y una posible revisión de los límites al intercambio de información que pueda dar lugar a procesos penales, tanto en la ECN como en procesos de cooperación internacional y de aplicación privada.

Y finalmente otros, que solo hacen referencia a las ANCs, como, divergencias entre los sistemas de las ANCs —para la aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE— tales como las multas, las sanciones penales, la responsabilidad de los grupos de empresas y de las asociaciones de empresas, la sucesión de empresas, los plazos de prescripción, el grado de prueba, la facultad de imponer remedios estructurales y la capacidad de las Autoridades de Competencia de los EEMM para establecer formalmente prioridades de aplicación.

En contraste con lo destacado, como temas para mayor estudio y mejora en el informe de 2009, la Comisión, en su reciente informe sobre los diez años del Reglamento 1/2003, dedica uno de los dos documentos de acompañamiento exclusivamente a destacar las posibles mejoras necesarias para seguir adelante, pero todas ellas centradas en elementos procedimentales y de diseño institucional de las ANCs.

Este artículo pretende dar una visión general del citado informe, que resume la aplicación del Reglamento 1/2003 —por tanto de los arts. 101 y 102 TFUE— durante diez años desde su entrada en vigor, por parte, tanto de la Comisión, como de las ANCs, de sus logros y de sus aspectos a me-

⁵ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009DC0206&from=EN>.

⁶ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009SC0574&from=EN>.

jorar. Será en esa parte del informe, relativa a las propuestas para seguir adelante, en la que este artículo centre su atención, pasando antes por una descripción del ámbito donde se detectan dichas posibles mejoras, que nos permita valorarlas mejor.

No se tratará en este artículo el tema de la aplicación privada que, no obstante, el informe sí trata aunque no con mucho detalle.

1. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN ESTOS DIEZ AÑOS: PREDICTIBILIDAD DEL SISTEMA

El Reglamento 1/2003 introduce un sistema⁷ de aplicación completa y concurrente de las normas de competencia de la UE, arts. 101 y 102 del Tratado Fundacional de la Unión Europea —TFUE— (antiguos arts. 81 y 82 de Tratado Comunidad Europea), por parte de la Comisión Europea y de las ANC's de los EEMM de la UE.

Conviene recordar que dicho sistema se apoya en el papel de los operadores en el mercado, en cuanto a la autoevaluación de sus acuerdos y conductas, dejando a las Autoridades de Competencia la evaluación *ex post*.

Para facilitar dicha autoevaluación, así como el trabajo de las ANC's, la Comisión ya adoptó, a la vez que promulgó el Reglamento 1/2003, una serie de normas tanto procedimentales como sustantivas, que formaron, junto con el Reglamento 1/2003, el llamado Paquete de Modernización⁸.

Aunque el tema de la evolución de la normativa en materia *antitrust* de la Comisión a lo largo de estos diez años no se trata en un apartado especial en el informe, una mención breve de la misma puede completar la situación que muestra el informe.

⁷ Existen otros artículos que describen en detalle dicho sistema en los *Anuarios ICO de la Competencia* de 2006 y de 2010.

⁸ — Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

— Reglamento (CE) 411/2004, del Consejo, por el que se modifica el Reglamento (CE) 1/2003 (DO L 68, de 6 de marzo de 2004).

— Reglamento (CE) 773/2004, de la Comisión, de 7 de abril, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los arts. 81 y 82 de Tratado CE (DO L 123, de 27 de abril de 2004).

— Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (DO C 101, de 27 de abril de 2004).

— Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación de las Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales de los EEMM de la UE, para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE (DO C 101, de 27 de abril de 2004).

— Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los arts. 81 y 82 del tratado CE (DO C 101, de 27 de abril de 2004).

— Comunicación de la Comisión relativa a orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los arts. 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación) (DO C 101, de 27 de abril de 2004).

— Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 del Tratado (DO C 101, de 27 de abril de 2004).

— Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado (DO C 101, de 27 de abril de 2004).

Ya han pasado más de diez años de la entrada en vigor del Paquete de Modernización. Durante este tiempo, la Comisión ha continuado su revisión de los reglamentos de exención por categorías de acuerdos, así como la elaboración y revisión de otras normas que facilitan la autoevaluación por parte de los operadores económicos de sus acuerdos y conductas, dándoles mayor seguridad jurídica, y orientan también a las ANCs para una aplicación coherente de los arts. 101 y 102 del TFUE.

Sobre acuerdos horizontales, en 2010, la Comisión adoptó nuevos Reglamentos de exención por categorías, o relativos a la aplicación del art. 101, apartado 3, del TFUE, para acuerdos horizontales de Investigación y Desarrollo⁹ y de Especialización¹⁰. De manera conjunta la Comisión revisó sus Directrices de aplicación del art. 101 TFUE en acuerdos de cooperación horizontal, publicando el documento¹¹ en enero de 2011.

En 2014, tras un proceso de consulta pública, adoptó el texto revisado del Reglamento de exención para acuerdos de Transferencia de Tecnología¹², con la correspondiente revisión de las Directrices¹³ de aplicación.

Por sectores, habría que mencionar el Reglamento de exención por categoría de acuerdos en el sector de Seguros¹⁴, con su Comunicación¹⁵ aclaratoria, cuya revisión está en marcha y debe finalizar en 2017, y el de Consorcios Marítimos¹⁶ prorrogado hasta 2020¹⁷.

En acuerdos verticales la Comisión publicó en 2010 la revisión del Reglamento de exención por categorías de acuerdos Verticales, el Reglamento 330/2010, de la Comisión¹⁸, y sus Directrices¹⁹ de aplicación.

Dentro de los acuerdos verticales, el único sector que aún cuenta con un reglamento de exención por categoría de acuerdos específico es el de

⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32010R1217:EN:NOT>.

¹⁰ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX%3A32010R1218%3AEN%3ANOT>.

¹¹ [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN).

¹² <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0316&from=EN>.

¹³ [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0328\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0328(01)&from=EN).

¹⁴ Reglamento (UE) núm. 267/2010, de la Comisión, de 24 de marzo, relativo a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros (*DOUE* L 83, de 30 de marzo de 2010).

¹⁵ Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros (*DOUE* C 82, de 30 de marzo de 2010).

¹⁶ Reglamento (CE) núm. 906/2009, de la Comisión, de 28 de septiembre, sobre la aplicación del art. 81, apartado 3, del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea regular (consorcios) (*DOUE* L 256, de 29 de septiembre de 2009).

¹⁷ Reglamento (UE) núm. 697/2014, de la Comisión, de 24 de junio, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 906/2009 en lo relativo a su periodo de aplicación (*DOUE* L 184, de 25 de junio de 2014).

¹⁸ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32010R0330&from=EN>.

¹⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:ES:PDF>.

Reparación y Mantenimiento de Vehículos de Motor²⁰. Desde el 1 de junio de 2013, el Reglamento (UE) 330/2010 se aplica también a los acuerdos verticales relativos a la compra, venta o reventa de vehículos de motor nuevos, al dejar de estar en vigor el antiguo Reglamento (CE) 1400/2002 de exención por categoría de los acuerdos verticales relativos a la Compra, Venta o Reventa de Vehículos de Motor Nuevos.

Cabe destacar otras reformas en la normativa de competencia de la UE, que han tenido lugar en este periodo, orientadas a dar una mayor predictibilidad y transparencia de los procedimientos. Son las Directrices sobre multas²¹ publicadas en 2006, el Programa de Clemencia, también de ese mismo año, y la Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia (*de minimis*)²², publicada en 2014 en la página *web* de la DGCOMP, junto con una Guía²³, sobre el concepto «restricciones por objeto», para aclarar la mención a las mismas en el texto de la Comunicación *de minimis*.

Una gran novedad en este periodo, en concreto en el año 2008, fue la regulación de las decisiones de *settlements* o de transacción, que han dotado a la Comisión de procedimientos más breves, y a las empresas de la posibilidad de recibir una reducción en las multas, que le serían impuestas, si admiten los cargos que les imputa la Comisión. Dichos procedimientos se recogen en la Comunicación sobre el desarrollo de los Procedimientos de Transacción²⁴, publicada en julio de 2008 con la correspondiente modificación²⁵ del Reglamento de procedimiento 773/2004 para contemplarlos.

No estaría completa la relación, sobre las principales actuaciones normativas que la Comisión ha llevado a cabo en torno al Reglamento 1/2003 durante estos diez años, si no hiciéramos mención a la llamada Directiva de Daños²⁶, de 26 de noviembre de 2014, aprobada con posterioridad a la publicación del informe, y pendiente de transposición por los Estados miembros (EEMM), a la fecha de redacción de este artículo, pero cuya discusión

²⁰ Reglamento (UE) núm. 461/2010, de la Comisión, de 27 de mayo, relativo a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor (*DOUE* L 129, de 28 de mayo de 2010).

²¹ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003 (*DOUE* C 210, de 1 de septiembre de 2006).

²² Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del art. 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (*Comunicación de minimis*) (*DOUE* C 291, de 30 de agosto de 2014).

²³ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex_en.pdf.

²⁴ Comunicación de la Comisión de 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) núm. 1/2003, del Consejo, en casos de cártel (*DOUE* C 167, de 2 de julio de 2008).

²⁵ Reglamento (CE) núm. 622/2008, de la Comisión, de 30 de junio, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel (*DOUE* L 171, de 1 de julio de 2008).

²⁶ Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 EEMM y de la Unión Europea (L 349, de 5 de diciembre de 2014).

y redacción ha tenido lugar en el periodo informado. La publicación de la Directiva también ha llevado a la Comisión a modificar, para adaptar sus procedimientos a dicha norma, su Reglamento de procedimiento 773/2004, la Comunicación de Acceso al Expediente, la Comunicación de Clemencia y la Comunicación de Acuerdos de Transacción.

Como antecedentes de la Directiva cabe comentar la Recomendación de la Comisión²⁷ sobre principios comunes aplicables a los mecanismos de Recurso Colectivo de Cesación o de Indemnización en los EEMM en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, para la cual la Comisión redactó la Comunicación para la Cuantificación de Daños en Materia de Competencia²⁸, que posiblemente revisará tras la reciente aprobación de la Directiva de daños.

En la elaboración de toda esa normativa —reglamentos, comunicaciones, directrices...— aprobada en dicho periodo, las ANC's han intervenido, no solo en los Comités consultivos, que al respecto —previos y posteriores a la consulta pública— celebra la Comisión, sino que han podido intervenir también en los trabajos previos a la redacción final (incluso en etapas muy preliminares de discusión sobre el tema) gracias a su participación en los distintos grupos de trabajo de la ECN.

Respecto a la Directiva de Daños, han sido los EEMM los que han consultado a las ANC's sobre determinados aspectos para la redacción del documento, en el ámbito de las discusiones en el Consejo. Además en la ECN la comunicación, liderada por la Comisión, ha sido fluida y se ha trabajado con las ANC's, entre otros temas, para preservar en el texto de la Directiva la eficacia de los programas de clemencia, así como el reconocimiento de las decisiones de las ANC's en aplicación de las normas de competencia.

Para finalizar, conviene mencionar el esfuerzo de la Comisión para dar mayor transparencia a sus procedimientos, manifestado en la redacción y publicación de una guía²⁹ —«*Rules applicable to Antitrust Enforcement*»— que describe el procedimiento interno en aplicación de las normas de competencia por la Comisión y recopila toda la normativa *antitrust* en vigor. La guía desarrolla determinados aspectos del procedimiento que no aparecen desarrollados en el Reglamento 1/2003, ni en el Reglamento 773/2004, dando así publicidad a su procedimiento interno en aplicación de las normas de competencia. También consta de una recopilación de la normativa *antitrust* en vigor a 1 de julio de 2013 (fecha de publicación de la guía).

²⁷ Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los EEMM en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (DOUE L 201, de 2 de julio de 2013).

²⁸ Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE C 167, de 13 de junio de 2013).

²⁹ <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>.

2. LA PRÁCTICA DECISORIA: LOGROS DE LA ECN

El informe, con los datos que recoge sobre los trabajos en aplicación de las normas de competencia de la UE que ha realizado la Red ECN, resalta cómo el Reglamento 1/2003 marca un hito en la aplicación coherente de las normas de competencia en toda la Unión Europea. Gracias a la intervención de las ANC's en la aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE, junto con la Comisión, y en el marco de la ECN, se garantiza a los operadores económicos y a los consumidores un marco común y coherente en la práctica decisoria en aplicación de las normas de competencia a lo largo de todo el territorio de la UE.

La coherencia en la práctica decisoria viene garantizada en el Reglamento 1/2003, por la notificación de la propuesta de decisión que deben hacer las ANC's a la Comisión, al menos 30 días antes de la adopción final. Esto permite a la Comisión hacer sus comentarios, sobre la propuesta de decisión, e incluso retirar la competencia de la ANC sobre el caso si detecta inconsistencia con la práctica decisoria en aplicación de las normas del Tratado de la UE. Sobre esto último conviene comentar que, a lo largo de estos diez años, la Comisión no ha hecho uso de dicha potestad contemplada en el art. 11(6) del Reglamento 1/2003.

También la coherencia es consecuencia del alto grado de cooperación en la Red ECN, entre las Autoridades de Competencia, no solo en el momento de la decisión, sino incluso en fases muy anteriores a la adopción de una decisión. Los casos llevados en la ECN, por sus efectos transfronterizos, conllevan mucha cooperación en el marco de la Red. Cooperación cotidiana de intercambio de información, de conocimientos, de búsqueda de enfoques comunes, de investigaciones conjuntas, etcétera.

Por otro lado, habría que añadir que las ANC's también dan su opinión, de expertos en competencia, en los casos de la Comisión, a través de la consulta que la Comisión les hace en los Comités consultivos, celebrados en el marco del art. 14 del Reglamento 1/2003.

Es decir, los distintos aspectos de la cooperación en la ECN, dentro el marco del Reglamento 1/2003 con su Paquete de Modernización, han permitido que la aplicación de las normas de competencia de la UE en estos diez años haya sido cuantiosa y coherente.

La práctica decisoria, de la Comisión y de las ANC's, en el periodo que va de mayo de 2004 a diciembre de 2013, se recoge con todo detalle por la Comisión en su informe³⁰. En concreto, más de 780 casos fueron investigados por infracción de los arts. 101 y/o 102 del TFUE, correspondiendo 122 a la Comisión y 665³¹ a las ANC's. En dicha actividad ha habido una

³⁰ La Comisión facilita información detallada en el *staff working document* SWD(2014) 230/2: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/swd_2014_230_en.pdf.

³¹ Los datos recogidos en el informe sobre los casos de las ANC's se basan en los documentos remitidos por estas a la Comisión en cumplimiento de lo establecido en el art. 11(4) del Reglamento 1/2003.

clara prioridad de perseguir aquellas prácticas más perjudiciales para la competencia en el mercado y para los consumidores, los cárteles. Además se han perseguido abusos de posición de dominio, fundamentalmente en mercados liberalizados como la energía, telecomunicaciones, transportes, consistiendo muchos de ellos en prácticas exclusionarias.

Las decisiones contra los cárteles han supuesto el 48 por 100 de la práctica decisoria de la Comisión, y el 27 por 100 en la práctica decisoria de las ANCs en su conjunto.

Muchos de los casos de cárteles han sido detectados, y finalmente resueltos, gracias a los programas de clemencia y a la estrecha cooperación que en dicho ámbito tienen las autoridades de la ECN.

Otros acuerdos horizontales, han supuesto el 15 por 100 de las decisiones de la Comisión y un 19 por 100 de las ANCs en su conjunto.

En acuerdos verticales anticompetitivos, las decisiones de la Comisión han supuesto un 9 por 100 del total, y en el caso conjunto de las ANCs, han sido un 27 por 100, destacando la fijación de precios de reventa y formas anticompetitivas de distribución exclusiva y compra exclusiva, así como restricciones al comercio paralelo.

Sobre los abusos, la Comisión ha dedicado un 20 por 100 de sus decisiones a combatir esta práctica anticompetitiva, tratándose en su mayoría de abusos anticompetitivos, un 84 por 100, con cierre de mercado a competidores o limitaciones a la competencia efectiva. Sobre abusos explotativos, el restante 16 por 100, se ha centrado fundamentalmente en precios excesivos. En el caso conjunto de las ANCs, sus decisiones en aplicación del art. 102 TFUE supusieron un 42 por 100 del total de decisiones en aplicación de las normas de competencia de la UE. La mayoría de ellas han tratado abusos anticompetitivos, un 63 por 100; los casos investigados de abusos anticompetitivos y a la vez explotativos fueron un 22 por 100; y únicamente sobre abusos explotativos fueron un 15 por 100.

En cuanto a los sectores, en los que se han centrado las decisiones de la ECN en estos diez años, constituyen un amplio rango de productos y servicios. Cabe destacar que el sector más investigado, tanto por la Comisión como por las ANCs, ha sido el de industrias básicas y manufactureras, en el que se han sancionado un buen número de cárteles. Los sectores recientemente liberalizados también han recabado la atención, tanto de la Comisión como de las ANCs, telecomunicaciones, media, energía y transporte, ya que en general se trata de mercados concentrados con operadores dominantes.

3. EL REGLAMENTO 1/2003 ¿LA HERRAMIENTA COMÚN DE LA ECN?

El Reglamento 1/2003 y el llamado Paquete de Modernización, son el marco legal para la aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE por parte de la Comisión y de las ANCs y de la cooperación en la ECN.

El Reglamento 1/2003 abre la aplicación completa de las normas de competencia de la UE a las ANC's, al establecer en su art. 3 la obligada aplicación de dichos preceptos en los casos iniciados donde pueda verse afectado el comercio entre EEMM.

Pero el Reglamento no establece el modelo institucional de las ANC's ni sus procedimientos y poderes de investigación/decisión ni la potestad sancionadora, que quedan regulados por la normativa nacional de cada ANC.

A lo largo de estos diez años ha habido un cierto grado de convergencia, de las normativas nacionales de competencia con el Reglamento 1/2003, en procedimiento y poderes de investigación, que queda reflejado en los informes elaborados en el seno de la ECN (en concreto en el grupo de trabajo ECN Cooperation Issues & Due Process): *Investigative Powers*³² y *Decision Making Powers*³³, publicados con la aprobación de los directores generales (DGs) de la ECN en octubre de 2012.

Pero los informes también han puesto de manifiesto un cierto grado de divergencia. De hecho dichos informes han sido la base para la elaboración de las llamadas Recomendaciones³⁴ ECN, dirigidas a fomentar la convergencia de los procedimientos nacionales y poderes de investigación, en materia de defensa de la competencia, con el Reglamento 1/2003. Porque, a pesar de que en estos diez años las ANC's han procurado que, tanto su procedimiento, como sus poderes de investigación converjan con el Reglamento 1/2003, el informe deja claro que aún queda mucho por hacer para que las ANC's actúen con las mismas herramientas que la Comisión.

Por otra parte, la convergencia mediante instrumentos de promoción, como la pretendida con las Recomendaciones de la ECN, sobre determinados poderes de decisión o investigación, no ha llevado a los EEMM a incluir en sus normativas nacionales de competencia todos los poderes de decisión e investigación recogidos en el Reglamento 1/2003. Por lo que dichas Recomendaciones no se han mostrado suficientemente eficaces.

Veremos a continuación algunos de esos poderes de decisión e investigación, que el Reglamento ha otorgado o desarrollado para la Comisión, pero no para las ANC's, y así lo comenta el informe sobre su uso en estos diez años.

A. TIPOS DE DECISIONES NOVEDOSAS EN EL REGLAMENTO 1/2003

Además de las decisiones de prohibición, de retirada de exención y de medidas cautelares, el Reglamento 1/2003 recoge importantes novedades con respecto a los tipos de decisiones que la Comisión puede adoptar en

³² http://ec.europa.eu/competition/ecn/investigative_powers_report_en.pdf.

³³ http://ec.europa.eu/competition/ecn/decision_making_powers_report_en.pdf.

³⁴ Las Recomendaciones ECN se describirán con más detalle al hablar de los documentos publicados por el foro de directores generales.

aplicación de las normas de competencia de la UE. Cabe destacar las decisiones de compromisos, recogidas en el art. 9, reforzadas por los poderes sancionadores (multas sancionadoras y multas coercitivas); en concreto la posibilidad de imponer multas, por el incumplimiento de los compromisos, contemplada en los arts. 23 y 24, refuerza la eficacia de las decisiones de compromisos. La Comisión ha utilizado ampliamente este tipo de decisiones en la resolución de casos, dictando un total de 33 decisiones de compromisos en los diez años de aplicación del Reglamento 1/2003. A este respecto también cabría citar la aportación que a ese tipo de decisiones ha realizado la jurisprudencia de la UE. En concreto, la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, que se refiere a la decisión de compromisos de la Comisión en el caso *Alrosa-De Beers*, C-441/07. Trata, entre otros, la proporcionalidad que deben tener los compromisos³⁵ recogidos en una decisión basada en el art. 9 del Reglamento 1/2003.

Merece una mención el art. 10, que otorga a la Comisión el poder de emitir decisiones declarando la no infracción de los arts. 101 y/o 102 del TFUE por acuerdos o prácticas novedosas, llamadas decisiones de declaración de inaplicabilidad, que deben emitirse en caso de que lo requiera el interés público de la UE. Durante estos diez años la Comisión no ha emitido ninguna decisión en el marco de este artículo. En el informe de los diez años de aplicación, la Comisión reconoce que ha recibido solicitudes para emitir ese tipo de decisiones, pero que no cumplían el requisito, mencionado en el considerando 14 del Reglamento, de tratarse de «casos excepcionales que el interés público requiera». Por otra parte, revela que durante redacción del Reglamento 1/2003 se pensó que este artículo serviría también en caso de que la practica decisoria de una ANC o de un Tribunal nacional fuera divergente de la de la Comisión en un determinado área; finalmente, reconoce la Comisión en el informe, que ese riesgo de divergencia ha sido totalmente eludido en la práctica, gracias al foro de discusión, puesta en común y fuente de coherencia que ha demostrado ser la ECN.

La Comisión ha usado, en el periodo que analiza el informe, el procedimiento para decisiones de *settlements*³⁶, diseñado para decisiones sancionadoras en cárteles, en las que no se elimina el factor disuasorio de las multas pero, por la aceptación de los cargos, se obtiene una reducción en la multa que incluso puede combinarse con los beneficios de acogerse al programa de clemencia. Este tipo de decisiones reduce la duración del pro-

³⁵ El Tribunal declara, en el punto 41 de la sentencia: «La aplicación del principio de proporcionalidad por parte de la Comisión en el contexto del art. 9 del Reglamento núm. 1/2003 se reduce a una verificación de que los compromisos propuestos responden a las inquietudes de las que ella informó a las empresas afectadas y de que estas últimas no han propuesto compromisos menos gravosos que respondan de un modo igualmente adecuado a tales inquietudes. Al llevar a cabo esta verificación, la Comisión debe no obstante tomar en consideración los intereses de terceros».

³⁶ 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) núm. 1/2003, del Consejo, en casos de cártel (*DOUE* C 167, de 2 de julio de 2008) y Reglamento (CE) núm. 622/2008, de la Comisión, de 30 de junio, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel (*DOUE* L 171, de 1 de julio de 2008).

cedimiento y facilita la reasignación de recursos para investigar un mayor número de casos.

En cuanto a las ANC, sobre la disponibilidad de dictar decisiones de compromisos, se puede decir que casi todas las ANC tienen poderes explícitos para adoptar ese tipo de decisiones y han hecho uso de ellas. En concreto, el 23 por 100 de las decisiones propuestas a la Comisión en virtud del art. 11(4)³⁷ del Reglamento 1/2003, en los diez años que abarca el informe, fueron decisiones de compromisos. Pero los procedimientos de las ANC no son siempre convergentes con el del Reglamento 1/2003 (por ejemplo, algunas ANC carecen en su procedimiento de compromisos de potestad sancionadora suficiente para la obligación del cumplimiento de los mismos) por ello la ECN publicó una Recomendación³⁸ dedicada a decisiones de compromisos, con la finalidad de estimular la convergencia de los procedimientos de las ANC en este tema con el Reglamento 1/2003.

Sobre las decisiones de no aplicabilidad de los arts. 101 y 102 del TFUE, establecidas en el art. 10 del Reglamento 1/2003, son potestad exclusiva de la Comisión y no pueden adoptarse por las ANC. De hecho el art. 5 del Reglamento 1/2003, que establece el tipo de decisiones que pueden adoptar las ANC en la aplicación de los arts. 101 y/o 102 TFUE, declara que en caso que una ANC: «No acredite que se reúnen las condiciones para una prohibición, podrá decidir así mismo que no procede su intervención». La interpretación de este precepto ha sido aclarada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su decisión sobre la cuestión prejudicial C-375/09, *Tele 2 Polska*³⁹. Y viene a decir que ante una práctica no acreditada no puede haber pronunciamiento de una ANC en el sentido de que no ha habido infracción de las normas de competencia de la UE, ya que podría suponer una declaración de inaplicabilidad. Por la claridad de la decisión vale la pena citarla literalmente: «El art. 5 del Reglamento (CE) núm. 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una autoridad nacional de

³⁷ «A más tardar 30 días antes de la adopción de una decisión por la que se ordene la cesación de una infracción, por la que se acepten compromisos o por la que se retire la cobertura de un reglamento de exención por categorías, las autoridades competentes de los EEMM informarán de ello a la Comisión. A tal efecto, le proporcionarán una exposición resumida del asunto y el texto de la decisión prevista o, en ausencia de esta, cualquier otro documento en el que se indique la línea de acción propuesta. Esta información podrá ponerse también a disposición de las autoridades de competencia de los demás EEMM. A instancias de la Comisión, la autoridad de competencia encargada del asunto deberá poner a disposición de la Comisión otros documentos que se hallen en su poder y que sean necesarios para evaluar el asunto. La información facilitada a la Comisión podrá ponerse a disposición de las autoridades de competencia de los demás EEMM. Las autoridades nacionales de competencia podrán asimismo intercambiarse la información necesaria para evaluar el asunto que estén instruyendo al amparo de los arts. 81 y 82 del Tratado».

³⁸ http://ec.europa.eu/competition/ecn/ecn_recommendation_commitments_09122013_en.pdf.

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de mayo de 2011, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów contra Tele2 Polska sp. z o.o., divenue Netia SA*. Petición de decisión prejudicial: Sąd Najwyższy, Polonia. Competencia, Reglamento (CE) núm. 1/2003, art. 5, Abuso de posición dominante, Competencias de las autoridades de competencia de los EEMM para declarar que no existe vulneración del art. 102 TFUE.

competencia pueda adoptar una decisión por la que se declare que no se ha vulnerado el art. 102 TFUE cuando, con objeto de aplicarlo, examina si concurren las condiciones de aplicación de dicho artículo y, a raíz de ese examen, concluye que no se ha producido una práctica abusiva. 2) El art. 5, párrafo 2.º, del citado Reglamento es directamente aplicable y se opone a la aplicación de una norma jurídica nacional que imponga la finalización de un procedimiento de aplicación del art. 102 TFUE mediante una decisión por la que se declare que no se ha vulnerado dicho artículo».

Al dictar este tipo de decisiones, las ANC's no están obligadas a notificar a la Comisión, 30 días antes de su adopción, su proyecto de decisión. De hecho la Comisión no llega a conocerlas pues no se obliga su notificación en virtud del art. 11(4)⁴⁰. Por otra parte, y en opinión de la Comisión, las ANC's más proclives a emitir las podrí'an ser aquellas que no tienen la potestad de desestimar denuncias, como herramienta para establecer sus prioridades en la aplicación de las normas de competencia, y por tanto han de entender sobre todas aquellas denuncias que les son presentadas.

Sobre los procedimientos de *settlements* son pocas aún las ANC's que disponen de poderes para dictarlas, y no hay datos en el informe sobre las decisiones de transacción adoptadas por las ANC's en este periodo.

B. PODERES DE INVESTIGACIÓN NUEVOS O REFORZADOS POR EL REGLAMENTO 1/2003

El Reglamento 1/2003 otorga a la Comisión la posibilidad de decidir si sus solicitudes de información son bajo la forma de simple solicitud, o directamente como decisión formal de carácter obligatorio, y por tanto con sanciones por incumplimiento. Otras novedades son la posibilidad de realizar inspecciones en domicilios particulares y de llevar a cabo entrevistas (con un cierto carácter interrogatorio —pues se distinguen de las meras aclaraciones o de las entrevistas en casos de solicitud de clemencia—, pero siempre voluntarias), así como precintar y recabar aclaraciones orales e incluso grabar las respuestas. Las medidas de investigación de la Comisión se refuerzan en el Reglamento 1/2003 gracias a la potestad sancionadora, recogida en los arts. 23 y 24.

En cuanto a sanciones por obstrucción a las tareas de inspección, cabe mencionar las tres decisiones sancionadoras que a lo largo de este periodo ha dictado la Comisión, dos por rotura de precintos⁴¹ y otra por manipulación del sistema de almacenamiento de correo electrónico de la empresa⁴².

Sobre las inspecciones en domicilios particulares, la Comisión confirma su realización aunque no recoge más datos en el informe, solo añade

⁴⁰ Véase nota al pie núm. 37.

⁴¹ COMP/39.326, *E.ON Energie AG*, Decisión de 20 de enero de 2008 y COMP/39.796, *Suez Environnement*, Decisión de 24 de mayo de 2011.

⁴² COMP/39.793, *EPH and others*, Decisión de 28 de marzo de 2012.

que, dada la sensibilidad de la medida, dichos poderes se han ejecutado de manera proporcionada a la necesidad y en un número limitado de casos.

A lo largo de los diez años, que abarca el informe, la Comisión solo refleja una actuación en virtud del art. 22 (2) del Reglamento 1/2003 —inspección realizada por una ANC en su territorio, a petición de la Comisión—. En un único caso⁴³ ha solicitado la Comisión a dos ANCs que lleven a cabo una inspección, en su nombre, en sus respectivos territorios. Sin embargo el equivalente a esta herramienta, prevista en el art. 22(1) del Reglamento 1/2003, para su uso por las ANCs —inspecciones realizadas a petición de otra ANC, y posterior intercambio de información en virtud del art. 12— ha sido mucho más utilizada, aunque el informe no la trata en detalle.

En cuanto a las ANCs, todas disponen de poderes para llevar a cabo inspecciones en aplicación de las normas de competencia, pero no todas tienen todos los poderes necesarios para practicarlas con eficacia. Por ejemplo, algunas ANCs carecen de poderes para inspeccionar domicilios particulares. Otras ANCs no tienen poderes para precintar, o carecen de poderes sancionadores contra la obstrucción en las inspecciones, o contra las limitaciones a la cooperación por parte de las empresas inspeccionadas, etcétera.

También conviene mencionar que la posibilidad de establecer prioridades en su trabajo, mediante la desestimación de denuncias, entre otros por carecer de interés comunitario, le queda reconocida a la Comisión en la Jurisprudencia Tribunal de Justicia de la UE⁴⁴, lo cual permite una asignación más eficiente de recursos.

En el caso de las ANCs, aunque la mayoría pueden fijar prioridades de actuación, no todas pueden desestimar denuncias y así destinar sus recursos a casos prioritarios.

Estas disparidades, o mejor dicho, para algunas ANCs insuficiencias en los poderes de investigación, en comparación con los establecidos en el Reglamento 1/2003, da una idea de la falta de convergencia de las normativas nacionales con el Reglamento 1/2003. Y son una llamada a la dotación de las ANCs con esas herramientas necesarias para la aplicación de las normas de competencia de la UE, que sí se recogen y desarrollan en el Reglamento 1/2003, pero solo para la Comisión.

4. DIEZ AÑOS COOPERANDO EN LA APLICACIÓN COHERENTE DE LOS ARTS. 101 Y 102 DEL TFUE Y EN LA BÚSQUDA DE LA CONVERGENCIA

Las decisiones en la ECN dictadas en este periodo, fruto del cuantioso trabajo y de la cooperación en dicha red, han disipado los temores que se

⁴³ COMP/39.165, *Flat glass en Francia y Alemania*, en febrero de 2005.

⁴⁴ P. ej., véase Sentencia Tribunal General T 24/90, *Automec v. Commission* (1992), ECR II 2223 para. 76.

dieron al inicio de su andadura, especialmente, sobre la aplicación coherente de las normas de competencia de la UE en un sistema de aplicación concurrente, en el que intervendrían diversas Autoridades de Competencia.

Desde el arranque de la ECN, las ANCs han tenido en cuenta la jurisprudencia comunitaria en su práctica decisoria así como la experiencia de la Comisión, para la aplicación de las normas de competencia de la UE. Esto, junto con los intercambios de experiencias y las discusiones y trabajos conjuntos entre los miembros de la ECN en los diversos grupos y subgrupos de trabajo⁴⁵, ha posibilitado la coherencia en las decisiones entre todas las Autoridades de Competencia de la Red.

Además ha habido una búsqueda activa de la armonización de la normativa nacional con el Reglamento 1/2003, tanto en tipos de decisiones como en poderes de investigación, ha sido un tema de trabajo constante en la ECN, para la mejora del marco de actuación de las ANCs. Cabe destacar cómo el foro de los directores generales (DGs), a la cabeza de todos los grupos/subgrupos de la ECN, ha ido adquiriendo un carácter más estratégico para cohesionar aún más el trabajo de la ECN⁴⁶. Desde 2010 el foro tiene dos reuniones al año, discute y elabora el plan de trabajo para cada grupo/subgrupo de la ECN, y aprueba los documentos que resultan de dicho trabajo.

Sobre armonización/convergencia de normativa nacional con el Reglamento 1/2003, los DGs han aprobado y hecho público, en 2012, la revisión del Modelo de Programa de Clemencia⁴⁷.

También en este sentido, en diciembre de 2013, los DGs de la ECN han aprobado, como documentos de la ECN que podríamos calificar de instrumentos *soft law*, las ya mencionadas Recomendaciones (*Recommendations on key investigative and decision-making powers*)⁴⁸ enfocadas a la promoción, ante los legisladores nacionales, para la dotar a las ANCs de unos poderes mínimos de investigación y otros, en las normativas de defensa de la Competencia de las ANCs. Dichas Recomendaciones desarrollan las siguientes potestades como mínimos necesarios para el trabajo eficiente de una Autoridad de Competencia en la UE: poderes para recabar información en formato electrónico y análisis forense; poderes de investigación y sanciones en la ejecución de inspecciones y solicitudes de información; poderes para dictar decisiones de compromisos; poderes para el establecimiento de prioridades en el trabajo de las Autoridades de Competencia; poderes para dictar decisiones de medidas cautelares; poderes para asistir

⁴⁵ Existe otro artículo que describe en detalle dichos grupos/subgrupos de trabajo de la ECN en el *Anuario ICO de 2010*.

⁴⁶ En el foro de DGs también ha tenido pronunciamientos, mediante declaraciones conjuntas públicas (*Resolutions*) —<http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>—, sobre temas relevantes que necesitaban un posicionamiento claro y único de las autoridades de competencia de la UE ante determinadas situaciones. Cabe destacar, la declaración sobre la relevancia de las autoridades de competencia en tiempos de crisis de noviembre de 2010 (<http://ec.europa.eu/competition/ecn/ncas.pdf>).

⁴⁷ http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf.

⁴⁸ <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>.

de otras Autoridades en inspecciones en aplicación del art. 22(1) del Reglamento 1/2003; y poderes para la imposición de remedios estructurales.

Estas Recomendaciones dejan claro el alto grado de consenso que existe internamente en la ECN, y cuál es el camino para mejorar y ser más eficientes en la aplicación de las normas de competencia de la UE. Pero en la práctica han resultado ser instrumentos demasiado débiles, frente a tradiciones legales o incluso impedimentos de orden constitucional que pueden darse en las distintas jurisdicciones nacionales, para modificar las normativas de competencia nacionales, y así lo menciona la Comisión en su informe⁴⁹.

5. FISURAS EN EL SISTEMA

A la vista de los resultados recogidos en el informe, hay que admitir el cambio (con respecto al Reglamento del Consejo 17/1962 —que sustituye el Reglamento 1/2003—), calificado de emblemático por la Comisión, que ha supuesto la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 y el consiguiente buen funcionamiento de la ECN, en la aplicación de las normas de competencia en la UE, y la relevancia que esto tiene en la consecución del mercado único, en el crecimiento económico de la UE y en el bienestar de los ciudadanos de la UE.

Como ya se ha dicho, la Red ECN ha alcanzado no solo cifras récord de casos, en aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE, sino también la coherencia en las decisiones adoptadas, y en todo esto el papel de las ANCs es esencial.

Además durante este tiempo, todas las ANCs han llevado a cabo ciertas reformas legislativas para mejorar su normativa de competencia, siempre en la dirección que marca el Reglamento 1/2003. No obstante, como ya se ha comentado, aún existen divergencias e insuficiencias de poderes en los sistemas nacionales en los que determinadas medidas, como las Recomendaciones aprobadas por los DGs, aún no han dado fruto pues no se han producido las reformas recomendadas. Esos aspectos realmente dificultan la aplicación eficiente de los arts. 101 y 102 TFUE.

En definitiva son aspectos no regulados o no desarrollados suficientemente para las ANCs, en el marco normativo que ofrece el Reglamento 1/2003 y el llamado Paquete de Modernización, y que a lo largo de los diez años de trabajo de la Red se han echado en falta para una mayor eficacia. Por contraste, existe la obligación en el Reglamento 1/2003 de que las ANCs apliquen las normas de competencia del TFUE, en aquellos casos

⁴⁹ Párrafo 56 del *Staff working document* SWD(2014) 231/2: «While these soft tools cannot overcome constitutional impediments, obstacles flowing from national legal traditions or from national case law, the Recommendations show that there is a considerable degree of consensus within the ECN on the procedural tools which authorities must have to be able to effectively apply competition law».

de infracción de las normas de competencia con efectos en el comercio intracomunitario.

Por tanto, la mejora del sistema, de aplicación de las normas de competencia de la UE en la ECN, pasará de manera clara por la subsanación de las deficiencias concretas, es decir, pasará por dotar a las ANCs de poderes que les permitan aplicar las normas de competencia de la UE con las herramientas suficientes para una actuación eficaz, y que la Comisión agrupa en su informe en cuatro puntos concretos: el modelo institucional e independencia de las ANCs, los poderes de investigación/decisión a disposición de las ANCs, los poderes sancionadores, y los programas de clemencia.

A. EL MODELO INSTITUCIONAL Y LA INDEPENDENCIA DE LAS ANCs

El Reglamento 1/2003, en su art. 35⁵⁰ solo indica que los EEMM deberán designar a las ANCs, y dotarlas de poderes suficientes para que apliquen de manera efectiva lo preceptuado en el mismo, pero sin desarrollarlo con unas exigencias concretas mínimas. No establece nada respecto al modelo institucional de las ANCs dejándolo a la discrecionalidad de los gobiernos nacionales. Todo ello ha dado lugar, en algunos EEMM, a ANCs institucionalmente poco estables, creadas con marcos legales que en ocasiones no garantizan la independencia en sus actuaciones, y en muchas ocasiones a ANCs no suficientemente dotadas de presupuesto o sin independencia económica.

Como se ha mencionado anteriormente⁵¹, ya se pronunciaron todos los DGs sobre la necesidad de disponer de ANCs independientes y dotadas de presupuesto económico suficiente, cuando en 2010 la crisis económica de muchos países de la UE llevó a algunos gobiernos a destinar menos recursos a sus Autoridades de Competencia.

Es grande la diversidad entre las ANCs, no solo en cuanto al modelo institucional, sino también en cuanto al modo de respeto de las garantías procedimentales, en cuanto a la dotación e independencia presupuestaria y también en cuanto a los límites legales que garantizan la independencia e incompatibilidades/conflictos de intereses de los miembros de los órganos decisorios. La Comisión lo señala como un elemento que requiere la atención de todos los EEMM, no por la diversidad, sino por la debilidad institucional que puede darse en dichos modelos.

A lo largo de estos diez años, el rescate económico de determinados países⁵² ha llevado al reforzamiento de sus ANCs, empezando por reformas en sus leyes de competencia que les han otorgado mayores poderes y

⁵⁰ «Los EEMM designarán a la autoridad o autoridades de competencia competentes para aplicar los arts. 81 y 82 del tratado de tal forma que puedan velar por el cumplimiento efectivo de lo dispuesto en el presente reglamento [...]».

⁵¹ Véase nota al pie núm. 46.

⁵² Portugal, Irlanda, Chipre y Grecia.

dotaciones económicas, pero aún insuficientes si las comparamos con otras ANCs y por supuesto con la Comisión. También la Comisión ha intentado reforzar las ANCs de determinados EEMM a través de sus recomendaciones recogidas en el llamado Semestre Europeo⁵³, entre estas ha recogido cierta preocupación por la fusión de Autoridades de Competencia con otros reguladores de mercado que han tenido lugar en varios EEMM. La Comisión llega a admitir que ha seguido muy de cerca la creación de esos nuevos organismos para comprobar que no había un debilitamiento, en la aplicación eficiente de las normas de competencia, en las autoridades resultantes.

A pesar de las mejoras mencionadas, la Comisión manifiesta en su informe un cierto temor a la inestabilidad en el modelo institucional de las ANCs, que no está regulado en el Reglamento 1/2003 y que contrasta con la situación algunos reguladores sectoriales, como los de energía⁵⁴, telecomunicaciones⁵⁵ y transporte ferroviario⁵⁶, cuyo modelo institucional nacional debe cumplir a unos mínimos, también de independencia y dotación presupuestaria, como exigencia de la normativa de la UE. Un modelo institucional similar al de los reguladores para las ANCs, es decir un modelo establecido en una norma a nivel de la UE, podría facilitar la independencia, la estabilidad y permitiría el recurso de la Comisión ante el Tribunal de Justicia de la UE, en caso de posibles incumplimientos por los EEMM.

B. LA FALTA DE CONVERGENCIA EN PROCEDIMIENTOS Y PODERES DE INVESTIGACIÓN

Bajo este título se incluirían todos los poderes de decisión e investigación que se recogen en el Reglamento 1/2003 pero que, a pesar de los esfuerzos y recomendaciones realizados en la ECN en pro de la convergencia en estas materias, todavía hay carencias en los poderes de las ANCs, si se comparan con los poderes de la Comisión, para la aplicación eficaz de los arts. 101 y 102 del TFUE.

Esa ausencia de determinados poderes conlleva costes e incertidumbres legales para aquellas empresas que actúan en varios EEMM o a lo largo de toda la UE.

Como se ha dicho, la aplicación de las normas comunitarias se lleva a cabo en los marcos nacionales de aplicación de las normas de competen-

⁵³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Europeo Económico y Social y al Comité de las regiones: Recomendaciones específicas país, COM (2014) 400 final.

⁵⁴ Art. 35, Directive 2009/72 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54, OJ 2009, L 211, 55.

⁵⁵ Art. 3, Directive 2002/21 of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, OJ 2002, L 108, 33 as amended by Directive 2009/140 of the European and of the Council of 25 November 2009, OJ 2009, L 337, 37.

⁵⁶ Art. 55 of Directive 2012/34 of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 establishing a single European railway area, OJ 2012, L 343, 32.

cia, es decir, según los procedimientos nacionales, que no siempre abarcan todos los poderes de decisión e investigación que contempla el Reglamento 1/2003.

También en este aspecto la diversidad entre las ANCs es grande. Hay algunas ANCs que prácticamente puede decirse de ellas que la convergencia de sus procedimientos es casi total con los establecidos en el Reglamento 1/2003, sobre todo en cuanto a poderes de investigación, pero otras sin embargo carecen de poderes de investigación que podrían considerarse básicos como el de precintar o el de recabar información en formato electrónico. Respecto a las decisiones, por ejemplo algunas ANCs no tienen poderes para desestimar denuncias y por tanto para establecer plenamente sus prioridades, y otras carecen de poderes para la imposición de remedios estructurales, o de sanciones por incumplimientos de distintos requerimientos de información o sometimiento a inspecciones, etcétera.

Para intentar suplir esa ausencia de poderes, se redactaron las ya citadas Recomendaciones aprobadas por los DGs, pero no resultaron exitosas. Hay muchos procedimientos que solo podrían modificarse con normas de rango legal, y otros, en los que en caso de modificarse por instrumentos *soft law* (p. ej., comunicaciones), quedarían sujetos al riesgo de involución.

C. FALTA DE ARMONIZACIÓN DE LAS SANCIONES

El Reglamento 1/2003 no establece los criterios para la imposición de sanciones por infracciones de los arts. 101 y/o 102 TFUE. Tampoco otorga a las ANCs poderes sancionadores como lo hace con la Comisión. Por contraste, es comúnmente reconocida la necesidad de una potestad sancionadora que permita imponer multas por infracciones de las normas de competencia que sean disuasorias, proporcionadas y efectivas.

Sobre las divergencias, se podría empezar comentando los distintos sistemas sancionadores, administrativo, civil, y penal, que se dan en los distintos EEMM por infracción de las normas de competencia. La gran mayoría⁵⁷ de ANCs dispone de sanciones administrativas o civiles, para la aplicación pública de las normas de competencia, que en algunos EEMM se completan con sanciones penales.

Es cierto que muchas ANCs en sus esfuerzos por converger de manera voluntaria han elaborado directrices, con metodologías similares a las de las Directrices de multas de la Comisión de 2006, y basadas también en un documento sobre convergencia en sanciones, elaborado por el foro de Autoridades de Competencia del espacio Económico Europeo (ECA), para la imposición de multas administrativas, que tiene en cuenta, entre otros, la gravedad de la infracción, la duración, posibles agravantes y atenuantes. Pero el esfuerzo no ha sido suficiente. Dado que todas las ANCs imponen

⁵⁷ Salvo Irlanda.

las sanciones —por infracción de los arts. 101 y 102 TFUE— según su marco sancionador nacional, la diversidad continúa siendo absoluta. Cada ANC tiene unos poderes sancionadores que pueden diferir de otras ANCs y de la Comisión, en cuanto que no disponen de los mismos poderes que los establecidos en el Reglamento 1/2003, como puede ser la potestad de sancionar a asociaciones de empresas, o la potestad de imponer multas coercitivas por incumplimientos, etc. También difieren por la falta de conceptos esenciales comunes para el ejercicio práctico del poder sancionador como son el concepto de empresa, el establecimiento de la cuantía básica para el cálculo de la multa, el del límite máximo del importe de las sanciones, la responsabilidad subsidiaria, etcétera.

La Comisión destaca que la divergencia en estos aspectos, da lugar a poderes sancionadores insuficientes por parte de las ANCs, que ocasionan, como mínimo, un riesgo en cuanto a la falta de efecto disuasorio de las sanciones impuestas por las ANCs por infracciones de los arts. 101 y/o 102 TFUE.

D. LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA

La lucha contra los cárteles experimentó un despegue, con la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, que han incrementado considerablemente los programas de clemencia de la Comisión y de las ANCs. La cooperación en la ECN, las posibilidades de intercambio de información, de medidas de investigación a petición de otra Autoridad de Competencia y la reasignación de casos a la autoridad mejor situada para entender de ellos, también han facilitado la lucha eficaz contra las prácticas más dañinas.

Pero dicha cooperación resulta no del todo eficaz al no existir una convergencia total o un reconocimiento mutuo entre los programas de clemencia, de las ANCs y de la Comisión, que puede desincentivar las solicitudes de clemencia en casos con efectos en territorios de más de un Estado miembro.

Fue el primer Programa Modelo de Clemencia, elaborado en el seno de la ECN, y aprobado por los DGs en 2006, la primera herramienta que facilitó la convergencia de los distintos programas de clemencia dentro de la ECN y que también estimuló la creación de programas en muchas ANCs⁵⁸ que aún no lo tenían y el alineamiento entre ellos. Había problemas por resolver, que podrían mermar la eficacia de los programas de clemencia en la ECN. Entre ellos la inexistencia de una ventanilla única, donde un solicitante de clemencia, que reconozca su participación en un cártel con efectos en el territorio de varios EEMM, pueda presentar su solicitud ante una única Autoridad de Competencia de la ECN (Comisión o ANC), con total garantía de que su posición en la solicitud de clemencia será manteni-

⁵⁸ A la fecha de publicación del informe Malta es la única ANC que aún no dispone de Programa de Clemencia pero lo está elaborando.

da en caso de que finalmente sea otra Autoridad de Competencia (Comisión o ANC) la que finalmente entienda del caso por estar mejor posicionada. Para solventar dicho problema se introdujeron las solicitudes abreviadas de clemencia, que facilitan la aplicación del programa de clemencia por la Autoridad mejor posicionada para entender del caso, en casos con efectos en más de tres EEMM y que se sometían a un proceso de reasignación en la ECN. Así un solicitante de clemencia podía dirigirse de manera simultánea a las Autoridades de Competencia en cuyos territorios se dieran los efectos del cártel, y a la Comisión, asegurando en cierto sentido su posición de cara a la solicitud de inmunidad, por su cooperación en la detección del cártel, y en caso de que la Comisión no entendiera finalmente del caso y lo trasladara a una ANC mejor posicionada. Dichas solicitudes se ampliaron en la reforma del Modelo Programa de Clemencia, que se aprobó en 2012, contemplando el uso de las solicitudes abreviadas también para los casos de reducción de las multas.

A pesar de todo ello, el sistema actual hace que las empresas tiendan a presentar su solicitud de clemencia ante la Comisión, antes de hacerlo en cualquier ANC que podría estar mejor posicionada. Lo que lleva a una cierta recentralización en la Comisión, que podría considerarse contraria a la filosofía del Reglamento 1/2003 de dar mayor protagonismo a las ANCs en la aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE. Esto es también debido a que aún quedan temas pendientes de armonizar en los distintos programas de clemencia para conseguir un reconocimiento equivalente de las solicitudes de clemencia en toda la UE. En la práctica, el sistema se intenta mejorar con una estrecha cooperación y búsqueda de soluciones a los problemas que van surgiendo, mediante el trabajo de los miembros de la ECN en el grupo de Cártels, donde las ANCs con la Comisión tratan los casos puntuales y acuerdan soluciones.

Otro problema, con el que se enfrentan los programas de clemencia en la ECN, es la cooperación en caso de realizarse solicitudes de clemencia por personas físicas. No todas las ANCs contemplan dicha posibilidad y es otro tema que debe trabajarse para facilitar la cooperación en la ECN.

6. EL CAMINO HACIA UNA MAYOR EFICACIA EN LA APLICACIÓN DE LOS ARTS. 101 Y 102 TFUE: UNA ACTUACIÓN LEGISLATIVA DE LA COMISIÓN

Como se ha visto, el informe centra las posibles mejoras en reforzar a las ANCs, tanto en su diseño institucional como en la dotación de determinados poderes. La Comisión plantea las mejoras necesarias de manera explícita: modelo institucional de las ANCs suficientemente dotadas, estable, que garantice la toma de decisiones coherentes e independientes. Poderes de decisión y de investigación, de las ANCs, que permitan el uso de herramientas, equivalentes a las que asigna el Reglamento 1/2003 a la Comisión, para la aplicación de las normas de competencia del Tratado.

Respecto a la potestad sancionadora, también propugna una convergencia de la potestad de las ANC's que tenga los mismos criterios básicos y que permita dar firmeza a los poderes de investigación, y que por supuesto refuerce las decisiones de las ANC's con el carácter disuasorio que deben tener.

Sobre la prioridad común a todas las Autoridades de Competencia, de la lucha contra las prácticas más dañinas para el mercado y para los consumidores, los cárteles, el informe propone seguir trabajando en la armonización de los programas de clemencia, que tan exitosos se han mostrado en estos diez años para la detección de los cárteles.

En definitiva, la Comisión reconoce la necesidad de apuntalar a las ANC's, como pilares de la aplicación de las normas de competencia de la UE, pero en su informe deja abierto el procedimiento para acometer dichas mejoras indicando únicamente que valorará posibles iniciativas⁵⁹.

La Comisión Europea representa los intereses de la Unión Europea en su conjunto, y tiene la potestad de proponer nueva legislación al Parlamento Europeo y al Consejo de la Unión Europea, y además la misión de garantizar la correcta aplicación del Derecho de la UE por parte de los países miembros. Por tanto, a primera vista parece que es de la Comisión de donde han de partir las reformas necesarias para seguir adelante en la consecución de las mejoras propuestas, en definitiva para reforzar a las ANC's para la aplicación de las normas de competencia de la UE.

La Comisión puede proponer la reforma del Reglamento 1/2003, u otra acción legislativa al respecto, al Parlamento Europeo y al Consejo de la UE. Es la guardiana del Tratado y para ello puede y debe actuar con iniciativas legislativas que mejoren el cumplimiento de los preceptos recogidos.

Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad implican que la UE solo puede legislar cuando la acción de la UE sea más eficaz que la acción nacional, regional o local, y solo en la medida necesaria para alcanzar los objetivos acordados. En este caso, en el que lo que se reclama es una armonización de las ANC's y de sus poderes, que permita una aplicación eficaz y coherente de las normas de competencia de la UE, queda más que clara que una actuación legislativa a nivel de la UE sería mucho más eficaz que cualquier acción nacional.

Por otra parte, dado que una vez que se ha adoptado la legislación de la UE, la Comisión garantiza su correcta aplicación por parte de los países miembros, la estabilidad del sistema quedaría garantizada.

A la vista del reciente lanzamiento, el 4 de noviembre de 2015, de una consulta pública⁶⁰, parece que finalmente la Comisión está contemplando la posibilidad de acometer una actuación legislativa.

⁵⁹ Final párrafo 46 del informe [COM(2014) 453]: «*The Commission will further assess appropriate initiatives to best achieve these goals*».

⁶⁰ Página web, *Consulta Empowering NCAs*.

La consulta pública, en la que todas las partes afectadas pueden y deben opinar, es un buen punto de partida para una propuesta legislativa en nuestra sociedad. Puede ser por ello, pero también por el impulso que la opinión pública puede dar al proyecto de una reforma legislativa, por lo que la Comisión quiere recabar la opinión de cualquier interesado, particularmente de ciudadanos, asociaciones de consumidores, operadores en el mercado (incluidas PYMEs), asociaciones de empresas, autoridades públicas, el mundo académico, profesionales de la competencia, bufetes de abogados, etcétera.

La consulta pregunta directamente cómo dotar de mayores poderes de decisión e investigación, así como de independencia y presupuesto suficiente, a las Autoridades Nacionales de Competencia (ANCs), para una aplicación más eficiente de las normas de competencia de la Unión Europea, arts. 101 y 102 del Tratado Fundacional de la Unión Europea.

En la presentación de la consulta, citando el informe, la Comisión destaca los resultados del sistema de aplicación de las normas de competencia, que introduce el Reglamento 1/2003, y sus beneficios en los consumidores, en los operadores en el mercado, en la consecución del mercado único europeo y en el crecimiento económico. Pero pone de manifiesto nuevamente las deficiencias en los poderes de investigación, de decisión, en la independencia y dotación presupuestarias de las ANCs, declarando que el Reglamento 1/2003, aunque otorga las competencias a las ANCs, deja sin regular los poderes necesarios, lo cual impide que el sistema sea más eficaz.

La Comisión en concreto pregunta con cierto detalle (dedica varias preguntas a cada uno de los cuatro puntos principales) a los destinatarios de la consulta «cómo» asegurar el que las ANCs:

1. Puedan actuar con independencia cuando aplican las normas de Competencia de la UE y disponer de recursos económicos y humanos suficientes para ello.
2. Dispongan de poderes suficientes para detectar y combatir las infracciones de Competencia.
3. Puedan imponer sanciones efectivas por infracciones de las normas de Competencia de la UE a las empresas infractoras.
4. Dispongan de programas de clemencia que estimulen a las empresas a denunciar aportando evidencias los cárteles ilegales, y que permitan la persecución de los cárteles de manera efectiva a nivel europeo.

La consulta, que finalizará el 12 de febrero de 2016, parece ser un paso adelante en la manifestación de la voluntad de la Comisión de acometer el proyecto mediante una acción legislativa. Se espera que el resultado de la consulta dé el apoyo de los consumidores (de manera individual o a través de sus asociaciones), del mundo de la empresa, de la comunidad legal, de los académicos, de las autoridades de competencia nacionales y de los Gobiernos de los EEMM, a la Comisión para seguir adelante.

