

# LA DIRECTIVA (UE) 2019/1 "ECN+": NECESIDAD Y OPORTUNIDAD DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN MATERIA DE COMPETENCIA

*The Directive (EU) 2019/1 "ECN+": need and opportunity to amend the Spanish antitrust regulations*

Gerard PÉREZ OLMO

*Socio de GOLD Abogados*

## Resumen

Con fecha 14 de enero de 2019 se ha publicado en el DOUE la Directiva (UE) 2019/1, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (la conocida como "Directiva ECN+").

Esta Directiva pretende reforzar la actual Red Europea de Competencia, compuesta por las distintas autoridades nacionales de competencia ("ANC"), de naturaleza administrativa, encargadas de aplicar la normativa nacional de defensa de la competencia, así como los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en sus respectivos ámbitos territoriales de actuación.

En esencia, la Directiva ECN+ dota a las ANC de un mínimo de instrumentos comunes, estableciendo mecanismos dirigidos a asegurar que estas autoridades, entre otros extremos:

- a) Actúen con independencia al hacer cumplir las normas de competencia de la UE y trabajen de forma totalmente imparcial, sin recibir instrucciones de entidades públicas o privadas.
- b) Cuenten con los recursos financieros y humanos necesarios para realizar su trabajo.
- c) Dispongan de las prerrogativas necesarias para recabar todas las pruebas pertinentes, incluyendo amplios poderes de inspección.
- d) Dispongan de instrumentos adecuados para imponer sanciones proporcionadas y disuasorias en caso de infracción de las normas de competencia de la UE.
- e) Dispongan de programas coordinados de clemencia que animen a las empresas a presentar pruebas de la existencia de carteles ilegales.

Asimismo, la Directiva ECN+ pone un especial énfasis en la importancia de los derechos fundamentales de las empresas y administrados, exigiendo a las ANC que lleven a cabo sus actuaciones con pleno respeto a las garantías y derechos de defensa, con arreglo a lo dispuesto en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

En este artículo se abordan las principales novedades introducidas por la citada Directiva ECN+, poniendo el acento en aquellas que generan la necesidad de reformar, a más tardar el 4 de febrero de 2021, el sistema normativo e institucional español de aplicación de la normativa de competencia.

Aunque como veremos, la Directiva ECN+ no supone una revolución, ni mucho menos, para el sistema español de aplicación de las citadas normas, sí introduce

importantes novedades, entre ellas, la necesaria positivización y consolidación de ciertas reglas referidas a derechos de defensa de las empresas y sus representantes en el procedimiento sancionador, la obligación de contar con autorización judicial previa para realizar inspecciones en domicilios particulares, la posibilidad de que la CNMC convoque a empresarios a entrevistas obligatorias en su sede en el marco de investigaciones, la reforma de las reglas de prescripción de infracciones, la reforma del sistema de solicitudes de clemencia abreviadas y mediante indicadores, la posibilidad de introducir reglas de priorización en la asunción de asuntos por la CNMC y otras disposiciones en materia de colaboración mutua entre autoridades europeas.

Asimismo, entendemos que la Directiva *ECN+* impone, de facto, la necesidad de dotarse, en España, del mecanismo de resolución de procedimientos sancionadores mediante transacciones (con o sin sanción), a semejanza del que ya existe a nivel europeo y en otros Estados Miembros de la UE.

### Abstract

The OJEU dated 14 January 2019 has published the Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market (the so called, "Directive *ECN+*")

This Directive *ECN+* aims to reinforce the currently existing *European Competition Network* (ECN), composed by the different National Competition Authorities (NCAs), with administrative nature, which are empowered to apply and enforce, in their respective territories, their national competition rules, together with articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

In essence, the Directive *ECN+* imposes to Member States the obligation to give NCAs effective tools so that they are able to, among other issues:

- a) Act independently when enforcing EU antitrust rules and work in a fully impartial manner;
- b) Have the necessary financial and human resources to do their work;
- c) Have all the powers needed to gather relevant evidence of any antitrust infringement, including broad investigation powers;
- d) Have adequate tools to impose proportionate and deterrent sanctions for breaches of EU antitrust rules; and
- e) Have coordinated leniency programmes which encourage companies to come forward with evidence of illegal cartels.

This Directive *ECN+* also strengthens the importance of fundamental rights of companies and citizens, by requiring NCAs to perform their work with full compliance with general principles of Union law and the Charter of Fundamental Rights of the European Union, notably the most essential rights of defence.

This article analyses the most important new rules which are introduced by Directive *ECN+*, with a special focus on those which shall motivate a reform, no later than 4 February 2021, of the Spanish competition laws and/or enforcement system.

Even if, as we shall see, Directive *ECN+* does not generate any revolution for the Spanish institutional and substantive competition enforcement system, it introduces indeed the need to adapt some national rules which affect, among other issues, to: some rights of defence of companies and citizens which have to be consolidated in the Spanish law, the need to gather prior authorisation of a national judicial authority

whenever conducting inspections in particular domiciles, the possibility that the CNMC calls representatives of companies to imperative interviews at the authority's premises, the reform of limitation periods affecting infringement of competition law, the reform of leniency mechanisms (notably the summary applications and the use of markers by applicants), the introduction of powers of CNMC to set their priorities as to the rejection of complaints, and the new rules of mutual cooperation between CNMC and other NCAs.

In our view, the Directive ECN + also imposes a *de facto* obligation for Spain to incorporate the settlement procedure affecting antitrust investigations in its competition enforcement system, similarly to the existing one at EU level and in other national jurisdictions within the EU.

**Palabras clave:** European Competition Network/ECN/ECN+ | Cooperación entre autoridades de competencia | Independencia e imparcialidad | Derechos de defensa | Remedios/Transacción/Acuerdo convencional/ | Clemencia | Inspecciones domiciliarias | Multas | Plazo de prescripción |

**Keywords:** European Competition Network/ECN/ECN+ | Cooperation between competition authorities | Independence and impartiality | Rights of defence | Remedies/Settlement/Consent decrees | Leniency | Dawn raids/ domicile inspections | Fine | Limitation period |

## I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 14 de enero de 2019 se ha publicado en el DOUE<sup>1</sup> la **Directiva (UE) 2019/1, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior** (en adelante, la "Directiva ECN+").

Como su propio título indica, esta Directiva pretende reforzar la actual red de autoridades nacionales de competencia, de naturaleza administrativa, (las conocidas como "ANC") existentes en los Estados Miembros ("EEMM") de la UE<sup>2</sup>. Dichas autoridades, encargadas de aplicar la normativa nacional de defensa de la competencia, así como los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el "TFUE") en sus respectivos ámbitos territoriales de actuación<sup>3</sup>, han establecido, desde hace años, una serie de mecanismos de cooperación (entre ellas, y con la CE) en el seno de lo que se ha denominado la Red Europea de Competencia, (en inglés, "European Competition Network", o "ECN"<sup>4</sup>), coordinada por la propia CE<sup>5</sup>.

Sin perjuicio de los resultados positivos de dicha cooperación<sup>6</sup>, la existencia, todavía, de importantes divergencias en los regímenes legales previstos a nivel nacional en lo referido a las características, funciones, poderes de actuación y límites de los poderes de cada ANC ha generado no pocos obstáculos en el camino hacia una aplicación lo más homogénea y pacífica posible de las normas de competencia europeas a lo largo y ancho del viejo continente. Un camino en el que, además, dichas ANC caminan en paralelo a los jueces y tribunales de cada EEMM, competentes asimismo para aplicar los artículos 101 y 102 del TFUE tanto en su labor revisora (recursos frente a resoluciones de las ANC) como en su labor de plena jurisdicción (demandas de nulidad de acuerdos, acciones de cesación frente a conductas abusivas, reclamaciones de daños derivados de cárteles, etc.).

Es por ello, que, tras un largo período de debate y consulta pública<sup>7</sup>, la Comisión Europea ("CE") hizo pública, en marzo de 2017, una propuesta de Directiva<sup>8</sup> dirigida, en esencia, a dotar de mayor autonomía y poder a las ANC de toda la UE. En palabras de la CE, la nueva Directiva ECN+ debía dotar a las ANC de "*un mínimo de instrumentos comunes y de una garantía de aplicación efectiva, al velar por que* (la negrita es nuestra):

- a) *Actúen con independencia al hacer cumplir las normas de competencia de la UE y trabajen de forma totalmente imparcial, sin recibir instrucciones de entidades públicas o privadas.*
- b) *Cuenten con los recursos financieros y humanos necesarios para realizar su trabajo.*

---

<sup>1</sup> DOUE L 11, de 14.01.2019

<sup>2</sup> Por ejemplo, en España, la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, o CNMC.

<sup>3</sup> Y en aquellos asuntos que, por diversos motivos (ausencia de interés comunitario, mejor posición de la ANC para investigar la conducta, etc.), no sean objeto de expediente incoado por la CE.

<sup>4</sup> Este foro de cooperación cuenta con su propia sección en la página web de la DG COMP de la CE: [http://ec.europa.eu/competition/ecn/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html)

<sup>5</sup> La CE publicó, ya en el año 2004, su primera *Comunicación sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia* (DOCE nº C101, de 27.04.2004).

<sup>6</sup> En el seno de la ECN se comparte información sobre asuntos de interés a nivel europeo, se organizan eventos periódicos para debatir sobre la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE.

<sup>7</sup> Los resultados de la consulta pública iniciada en noviembre de 2015 pueden consultarse en: [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2015\\_effective\\_enforcers/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2015_effective_enforcers/index_en.html)

<sup>8</sup> Propuesta disponible en: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/proposed\\_directive\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/proposed_directive_es.pdf)

- c) *Dispongan de las prerrogativas necesarias para recabar todas las pruebas pertinentes, (...).*
- d) *Dispongan de instrumentos adecuados para imponer sanciones proporcionadas y disuasorias en caso de infracción de las normas de competencia de la UE. (...).*
- e) *Dispongan de programas coordinados de clemencia que animen a las empresas a presentar pruebas de la existencia de carteles ilegales. (...)*"

Asimismo, la CE destacaba, al anunciar esta nueva norma, la "*importancia de los derechos fundamentales de las empresas*", requiriendo a las ANC que "*establezcan garantías adecuadas para el ejercicio de sus potestades, con arreglo a lo dispuesto en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE*". Como veremos, desde el punto de vista de los administrados, la Directiva *ECN+* también ha supuesto, por tanto, un importante paso adelante para garantizar los derechos de defensa a nivel europeo.

En mayo de 2018 se alcanzó un acuerdo político entre el Parlamento Europeo y el Consejo, dando pie a la definitiva aprobación de la Directiva *ECN+* con fecha 11 de diciembre de 2018. Tras su publicación en el DOUE de 14 de enero de 2019, la nueva norma ha entrado en vigor a principios de febrero de 2019.

En este artículo abordaremos las principales novedades introducidas por la citada Directiva, poniendo el acento en aquellas que generan la necesidad de reformar el sistema normativo e institucional español de aplicación de la normativa de competencia, recogido principalmente en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("la Ley 3/2013"), la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (la "LDC") y el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia ("el RDC").

Aunque como veremos, la Directiva *ECN+* no supone una revolución, ni mucho menos, para el sistema español de aplicación de las citadas normas, sí introduce importantes novedades en cuanto a derechos y obligaciones de administración y administrados.

Los EEMM —entre ellos, el español— tienen la obligación de adaptar sus actuales sistemas legales (en el plano institucional, procedimental y sustantivo) a más tardar el 4 de febrero de 2021. Este autor confía, en todo caso, que no haga falta esperar tanto tiempo para dotarse de nuevas normas que refuercen y mejoren, en la medida de lo posible, el actual sistema normativo e institucional de aplicación de la normativa europea (y española) de competencia.

A efectos de claridad expositiva, el análisis contenido en este se ajustará al orden de los diversos capítulos de la Directiva *ECN+*.

## **II. ANALISIS DE LAS PRINCIPALES NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA DIRECTIVA ECN+, DESDE LA OPTICA DEL SISTEMA INSTITUCIONAL Y NORMATIVO ESPAÑOL DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

### **A. Capítulo I – objeto, ámbito de aplicación y definiciones (arts. 1 y 2)**

El capítulo I de la Directiva *ECN+* incluye disposiciones básicas sobre el objeto —ya expuesto en la introducción de este artículo— y el ámbito de aplicación de la misma. Es importante destacar que la Directiva *ECN+* abarca la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE "*y la aplicación en paralelo del derecho nacional de la competencia al*

*mismo asunto*", lo que supone una afectación, en la práctica, de buena parte de los asuntos que conoce la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("**CNMC**"), en los que se identifica una potencial afectación de las corrientes comerciales entre EEMM de la UE, y se aplica en paralelo la LDC y el TFUE.

También debe destacarse el hecho de que la Directiva *ECN+* regula las condiciones de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE en el marco de procedimientos sancionadores de naturaleza no penal, sin perjuicio de la eventual calificación como infracción penal (con sus consecuencias específicas, sustantivas y procesales) que en algún EEMM puedan tener los mismos hechos calificados como infracción administrativa.

Respecto al listado de definiciones, procede destacar la definición de "*cártel*"<sup>9</sup>, la cual, conforme a lo reiteradamente señalado por la jurisprudencia europea, tiene un alcance amplio, y mantiene la definición dada por la Directiva 2014/104/UE, sobre acciones de daños derivados de ilícitos *antitrust*, ya incorporada en 2017 a la LDC mediante la Disposición Adicional Cuarta, apartado 2, incluyendo "*todo acuerdo o práctica concertada —no necesariamente secreta— entre dos o más competidores cuyo objetivo consiste en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de propiedad intelectual, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia*".

Asimismo interesa especialmente destacar, desde la óptica de nuestro derecho, la definición del término "*solicitud de transacción*"<sup>10</sup>, pues hace referencia al mecanismo de transacciones ("*settlements*") existente a nivel europeo: "*toda declaración efectuada voluntariamente por una empresa, o en su nombre, a una autoridad de competencia en la que reconozca, o renuncie a discutir, su participación y su responsabilidad en una infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE o del Derecho nacional de competencia, y que haya sido elaborada específicamente para que la autoridad de competencia pueda aplicar un procedimiento simplificado o acelerado*".

Dicho mecanismo no está, hoy por hoy implementado formalmente y de forma específica en nuestro sistema normativo de defensa de la competencia, a pesar de que la propia LDC también ha incorporado, desde 2017, una definición semejante, en la Disposición Adicional Cuarta, apartado 3.5).

Como posteriormente razonaremos, la Directiva *ECN+*, aunque no imponga a los EEMM de la UE de forma directa el establecimiento de dicho sistema de transacción, sí parece hacerlo de forma implícita o indirecta, al dar por sentado en varias de sus disposiciones la existencia de dicho mecanismo y la necesidad de proteger de forma especial a los solicitantes de transacciones ante las ANC. Ello debería conducir, deseablemente, a la definitiva implementación expresa de dicho mecanismo —posible transacción con o sin sanción impuesta por la CNMC— en nuestro sistema normativo.

## **B. Capítulo II – Derechos Fundamentales (art. 3)**

El artículo 3 de la Directiva *ECN+* introduce la importante previsión de que cualquier procedimiento por infracción de los artículos 101 y 102 del TFUE —y

---

<sup>9</sup> Artículo 2, apartado 11, de la Directiva *ECN+*.

<sup>10</sup> Artículo 2, apartado 18, de la Directiva *ECN+*.

recordemos, la LDC en paralelo, en España— deberá estar sujeto a los principios generales del Derecho de la UE y, especialmente, a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>11</sup>.

La Carta de Derechos Fundamentales de la UE contiene disposiciones ciertamente relevantes en materia de buena administración (artículo 41<sup>12</sup>) y de justicia (artículos 47 a 50, sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y al juez imparcial, el derecho a la presunción de inocencia y los derechos de defensa, el principio de legalidad y proporcionalidad de los delitos y penas, y el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción, respectivamente), todas ellas plenamente aplicables a los procedimientos sancionadores (incluso administrativos) en el ámbito administrativo de la defensa de la competencia, como ha confirmado la jurisprudencia nacional y europea<sup>13</sup>.

Concretamente, los apartados 2º y 3º del artículo 3 de la Directiva *ECN+* hacen referencia expresa a una serie de derechos de defensa de las empresas que deben respetarse en todo procedimiento incoado por cualquier ANC. Lo cierto es que la práctica totalidad de dichos derechos de defensa ya han sido reconocidos en nuestro país, bien por la legislación aplicable (la LDC, el RDC y/o la normativa de procedimiento administrativo común), bien por la jurisprudencia dictada en materia de procedimiento administrativo.

La Directiva *ECN+* se refiere expresamente al derecho a ser oído, a la tutela judicial efectiva ante un tribunal (derecho a recurrir las decisiones administrativas), a unos plazos de procedimiento razonables (en el caso de España, un máximo de 18 meses desde la incoación de todo procedimiento<sup>14</sup>) y al derecho a rebatir mediante alegaciones y pruebas las objeciones escritas de la autoridad antes de la adopción de una decisión final administrativa (en el caso de España, el derecho a alegar frente al Pliego de Concreción de Hechos y la Propuesta de Resolución). A nuestro modo de ver, todos esos derechos son reconocidos y preservados en buena medida por el sistema de aplicación de las normas de competencia en nuestro país<sup>15</sup>.

Ello no obsta a que hagamos en este momento dos reflexiones sobre el mejor modo de asegurar la efectiva protección de dos derechos importantes de defensa de las empresas:

- i) Respecto al derecho a ser oído, existe cierta controversia sobre si la normativa española, que prevé el carácter potestativo de la vista ante el Consejo de la

<sup>11</sup> Norma publicada en el DOUE C 83, de 30.3.2010.

<sup>12</sup> "Derecho a una buena administración: 1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua."

<sup>13</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por ejemplo, en materia de competencia y aplicación del principio *ne bis in idem* sirva citar la Sentencia del TJUE de 15 de octubre de 2002 (*Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM)* (C-238/99 P) y otros): "(...) el principio *non bis in idem*, principio fundamental del Derecho comunitario, recogido además en el artículo 4, apartado 1, del Protocolo nº 7 del CEDH, prohíbe, en materia de competencia, que se condene o se inicie un procedimiento sancionador de nuevo contra una empresa por un comportamiento contrario a la competencia a causa del cual ya ha sido sancionada o del que se la ha declarado no responsable por una decisión anterior que ya no puede ser objeto de recurso."

<sup>14</sup> Artículo 36 de la LDC.

<sup>15</sup> Véanse al respecto, entre otros, los artículos 29 y 36 de la Ley 3/2013, los artículos 36, 47, 48 y 50 de la LDC o los artículos 33 y 34 del RDC.

CNMC<sup>16</sup>, respeta el principio de inmediación y audiencia ante el órgano resolutorio previsto en la normativa europea de derechos fundamentales<sup>17</sup>. A nuestro modo de ver, sería muy recomendable que la reforma de la LDC consagrara el trámite de vista oral ante el Consejo de la CNMC como un paso imperativo y fundamental de la fase resolutoria, a llevar a cabo previo acceso al expediente completo y antes de remitirse a la CE (“CE”) la propuesta de resolución en aplicación de lo previsto por el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003<sup>18</sup>.

- ii) Respecto a la necesidad de que las ANC sujeten sus actuaciones a plazos razonables, si bien ya se ha hecho mención al límite de 18 meses establecido por el artículo 36 de la LDC para la duración de los procedimientos sancionadores desde su fecha de incoación, no podemos dejar de denunciar la incertidumbre que genera la ausencia de límite alguno a la duración de las diligencias previas o información reservada previstas por el art. 49.2 LDC y 25 del RDC. En según qué casos, cuando las citadas pesquisas previas, en ausencia de expediente incoado, se prolongan durante un largo período de tiempo —a veces superior a los 12 meses— puede identificarse un problema con el respeto de los derechos de defensa antes señalados<sup>19</sup>. Sería, por tanto, muy recomendable una reforma legislativa poniendo límite a la duración de dichas diligencias previas, en España.

Cabe desear, asimismo, que a la luz de este artículo de la Directiva *ECN* + se refuerce el sistema normativo español de aplicación de las normas de competencia positivizando una serie de reglas que han sido consagradas por los tribunales europeos y nacionales como parte del sistema de derechos de defensa de las partes acusadas de infracciones que merecen severas sanciones de índole cuasi-penal<sup>20</sup>.

Nos referimos, por ejemplo, y entre otras cuestiones no expresamente mencionadas de forma directa por la norma europea, a: i) las reglas sobre protección especial de los documentos de asesoramiento elaborados por abogados externos, cuyo carácter privilegiado reconocido por la jurisprudencia no consta claramente recogido todavía en ninguna disposición normativa española; ii) el necesario carácter acotado y preciso de las órdenes de investigación al que deben ceñirse las actuaciones inspectoras de la CNMC; iii) la posibilidad de presentar alegaciones respecto a una proposición concreta —con cuantía expresa— de sanción que se incluya necesariamente en la Propuesta de Resolución de la CNMC, iv) el derecho a ser asistido en todo momento por un abogado externo en el transcurso de las inspecciones domiciliarias realizadas por la

---

<sup>16</sup> Artículo 19 del RDC.

<sup>17</sup> Véase el interesante análisis llevado a cabo por D. Santiago Soldevila en su artículo *“Una habitación sin vistas”* (Actualidad Administrativa nº 11, noviembre 2016, Nº 11, 1 de nov. de 2016, Editorial Wolters Kluwer), en el que se analiza la jurisprudencia europea de aplicación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y los trámites de audiencia pública y vista oral ante los órganos administrativos y jurisdiccionales encargados de aplicar la normativa de competencia.

<sup>18</sup> Convocar una vista oral una vez se ha remitido una propuesta de resolución a la CE podría desvirtuar en gran medida el objetivo del citado trámite contradictorio.

<sup>19</sup> Como de hecho, ya ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de diciembre de 2017 (asunto *Tubogas/Repsol*), al señalar, respecto al trámite de información reservada, que: *“En la medida en que aquellas diligencias previas o preparatorias sirvan al fin que realmente las justifica, esto es, reunir los datos e indicios iniciales que sirvan para juzgar sobre la pertinencia de dar paso al expediente sancionador, y no se desnaturalicen transformándose en una alternativa subrepticia a este último, ninguna norma las somete a un plazo determinado y, por lo tanto, no quedan sujetas al instituto de la caducidad”* (FJ 6º).

<sup>20</sup> Como indicó el Tribunal Supremo en su conocida sentencia 112/2015, de 29 de enero de 2015 (recurso de casación 2872/2013), siguiendo la interpretación de Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 4 de marzo de 2014, *Grande Stevens y otros c. Italia*, ya que *“tales sanciones administrativas pecuniarias tienen carácter penal, dada su calificación jurídica en el Derecho nacional, su naturaleza y su gravedad.”*

CE, CNMC o autoridades autonómicas; v) el derecho a solicitar el tratamiento confidencial de determinada documentación empresarial o privada, etc. Todos ellos son derechos consagrados de defensa que deberían tener su reconocimiento normativo en un sistema administrativo garantista como el español.

Creemos, en definitiva, que nos encontramos en un momento óptimo —la ventana temporal de la necesaria reforma legislativa impuesta por la Directiva *ECN+*—, que debería aprovecharse para situar nuestro sistema de aplicación de las normas a la vanguardia tanto en capacidades de la CNMC como en respeto de los derechos de defensa de las empresas.

### C. Capítulo III – Independencia y recursos (arts. 4 y 5)

La Directiva *ECN+* dedica los artículos 4 y 5 a garantizar que todas las ANC sean autoridades que cuenten con un grado elevado de independencia política, funcional, técnica y económica, contando con recursos financieros, técnicos y humanos suficientes y cualificados para desempeñar su labor con eficacia.

A nuestro modo de ver, el sistema español de aplicación de la normativa de competencia ya garantiza hoy por hoy el cumplimiento de buena parte de dichas exigencias, al prever la independencia funcional de la CNMC, el régimen de imparcialidad e incompatibilidades de los miembros del Consejo y unas causas tasadas de cese de los mismos<sup>21</sup>. Sin embargo, la Directiva va un poco más allá y exige un régimen de incompatibilidades que afecte a todo el personal de las ANC, algo que no está regulado en nuestro país.

En materia de recursos humanos, técnicos y económicos, el sistema español prevé una serie de disposiciones presupuestarias y facultades para dotarse de personal funcionario o laboral cualificado en materia de competencia que se ajustan en buena medida a lo previsto por la Directiva *ECN+*<sup>22</sup>, si bien será necesario garantizar a la CNMC mayor independencia en la gestión del presupuesto asignado para el desempeño de sus funciones (art. 5.3 de la Directiva). También está previsto en la normativa española la necesaria cooperación con otras ANC y otras instituciones y organismos públicos con vistas a promover una aplicación homogénea y efectiva de la normativa de defensa de la competencia, tal como exige el art. 5.2 de la Directiva<sup>23</sup>.

En cuanto a la selección de los miembros del órgano decisorio, la Directiva *ECN+* exige reglas transparentes y claras, que entendemos se respetan en el sistema español<sup>24</sup>, por mucho que desde la práctica privada se ponga el acento, a menudo, en la importancia de articular mecanismos que garanticen con absoluta eficacia la selección de profesionales especialistas en las materias objeto de la actuación de la CNMC, especialmente para los cargos decisorios más relevantes, en el seno del Consejo de la CNMC.

---

<sup>21</sup> Véanse los arts. 3, 22, 23 y 24 de la Ley 3/2013. Y ello sin perjuicio de que en la Sala de Regulación de la CNMC se haya constatado, en una ocasión, un problema de incompatibilidad con lo previsto en la Directiva 2002/21/CE en cuanto a la independencia del regulador, con ocasión del cese de dos consejeros de la antigua CMT, analizados por el TJUE en Sentencia de 19 de octubre de 2016 (asunto C-424/15), *Bernardo de Lorenzo y Javier Ormaetxea c./Administración del Estado*. Problema que fue subsanado mediante la readmisión ordenada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de enero de 2017 (recurso 2/506/2013).

<sup>22</sup> Artículos 31 a 33 de la Ley 3/2013.

<sup>23</sup> Art. 4 de la Ley 3/2013 y art. 18 de la LDC, entre otras disposiciones relevantes.

<sup>24</sup> Arts. 15 y 32 de la Ley 3/2013.

Desde la Asociación Española de Defensa de la Competencia (AEDC), por ejemplo, se ha propuesto, entre otras medidas<sup>25</sup>: i) la incorporación de mecanismos transparentes de selección de los miembros del Consejo de la CNMC a partir de un panel de expertos reconocidos en la materia, inspirados en el modelo británico y de otros países; ii) la incorporación de mecanismos de flexibilidad a la hora de poder dotarse de personal laboral, con origen en el sector profesional privado, y/o de personal extranjero, en cargos de responsabilidad de la CNMC; iii) la eliminación del actual sistema de rotación de miembros entre las distintas Salas del Consejo<sup>26</sup>, con especialidades distintas, etc.

Como novedad destacable, el artículo 4.5 de la Directiva *ECN+* prevé la importante facultad de las ANC de establecer sus **prioridades** en la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE y, en su caso, de desestimar aquellas denuncias formales que no consideren prioritarias, sin la necesidad de realizar estudios detallados de las mismas. Dicha facultad no viene prevista hoy por hoy en la normativa española, que solamente prevé la figura de la no incoación por la Dirección de Competencia cuando no se detecten indicios de infracción de la LDC —tras un trámite de información reservada, en su caso— o la decisión de archivo de actuaciones por el Consejo también en casos de ausencia de infracción de la LDC<sup>27</sup>.

Es muy probable, por tanto, que el legislador español incluya en la LDC una nueva disposición con esta facultad expresa de priorización de asuntos. Una facultad que, a nuestro modo de ver, puede aportar mayor flexibilidad y eficiencia a la actuación de la CNMC —teniendo en cuenta sus recursos limitados— pero que debería ser ejercida con la debida cautela por parte de esta autoridad, teniendo en cuenta la importancia para los administrados de obtener respuesta a la mayoría de las denuncias en que existan indicios de infracción de la LDC y del TFUE.

A este respecto, entendemos que dicha facultad de priorización debería complementarse con medidas que favoreciesen, por ejemplo, la realización de consultas más o menos formales a la Dirección de Competencia de la CNMC sobre la legalidad de conductas de terceros. Hoy por hoy sólo existe el mecanismo de la denuncia formal, lo que ciertamente puede dar lugar a denuncias innecesarias, abusivas, que se podrían evitar con una consulta previa (mecanismo que sí existe, por ejemplo, en el ámbito del control de concentraciones<sup>28</sup>).

Por otro lado, habida cuenta de que buena parte de los asuntos “poco prioritarios” para la CNMC pudieran ser asuntos con impacto en un ámbito territorial limitado (por ejemplo, con alcance en una única región o varias regiones o municipios), tal vez la implementación de dicha nueva facultad de priorización debería verse acompañada de una reforma de la *Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las competencias del Estado y de las CCAA en materia de defensa de la competencia*, que ampliara las facultades de actuación de las autoridades autonómicas de competencia —por ejemplo, actuando por encargo o delegación expresa de la CNMC—, actualmente muy restringidas a asuntos con impacto infra-autonómico<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Véase la contribución de la AEDC a la Consulta Pública de la CE previa a la publicación de la Propuesta de Directiva *ECN+*, disponible en la página web de esta asociación: <http://www.aedc.es/wp-content/uploads/2016/02/Empowering-NCAs-submitted-document.pdf>

<sup>26</sup> Art. 18.2 de la Ley 3/2013.

<sup>27</sup> Art. 49 LDC.

<sup>28</sup> Art. 55.2 LDC y 59 RDC.

<sup>29</sup> Art. 1.3 de la Ley 1/2002.

#### D. Capítulo IV – Competencias (arts. 6 a 12)

Los artículos 6 a 12 de la Directiva *ECN+* prevén una serie de facultades de las que debe disponer toda ANC para aplicar de forma efectiva los artículos 101 y 102 del TFUE (y en paralelo el derecho nacional de la competencia).

En el sistema normativo español, la práctica totalidad de dichas facultades y poderes de actuación ya están en manos de la CNMC (o, en su caso, las autoridades autonómicas de defensa de la competencia), en lo relativo a:

a) La facultad para inspeccionar empresas y asociaciones sin previo aviso, obtener copias de documentos y archivos, precintar locales, acceder a medios de comunicación de la empresa (ej. teléfonos móviles) solicitar explicaciones a los empleados en el marco de las inspecciones y dotarse del auxilio policial en casos necesarios<sup>30</sup>.

b) La facultad de inspeccionar otras dependencias privadas, incluidos domicilios o vehículos particulares de directivos o personal de las empresas investigadas, cuando existan sospechas razonables de que esconden pruebas relevantes de infracciones<sup>31</sup>. A este respecto, la Directiva *ECN+* impone la **obligación de contar siempre y en todo caso con autorización judicial previa**, lo que sí obliga a una reforma de la legislación española, que hoy por hoy no refleja esta exigencia expresa, sí impuesta por la jurisprudencia española en materia de inspecciones domiciliarias.

c) La facultad de requerir información a empresas y asociaciones, a aportar de forma obligatoria en un plazo determinado y razonable<sup>32</sup>. La Directiva *ECN+* también prevé, sin embargo, extremos no previstos por la normativa española, como la necesidad de que se trate de requerimientos "*proporcionados*" y referidos a "*información accesible para las empresas*". Obviamente dichos requisitos, que no siempre son fáciles de verificar, deben analizarse caso por caso.

d) La facultad de adoptar, de oficio o a petición de parte, medidas cautelares cuando la urgencia de una situación de infracción lo aconseje y existan indicios razonables de existencia de infracción (*fumus boni iuris*)<sup>33</sup>. A este respecto, la Directiva *ECN+* prevé como novedades —respecto al derecho español vigente— la necesidad de informar a la Red Europea de Competencia (ECN) de la imposición de toda medida cautelar, y la necesidad de que las mismas deban ser revisadas en procedimientos judiciales en procedimientos de recurso acelerados<sup>34</sup>.

e) La facultad de adoptar decisiones de constatación y cese de las infracciones, imponiendo a las empresas las medidas correctoras estructurales o de comportamiento que sean necesarias<sup>35</sup>, o la facultad de adoptar decisiones haciendo vinculantes los compromisos ofrecidos por empresas o asociaciones que

---

<sup>30</sup> Art. 27 de la Ley 3/2013 y 13 del RDC.

<sup>31</sup> Art. 27 de la Ley 3/2013.

<sup>32</sup> Art. 28 Ley 3/2013; art. 39 LDC y Art. 17 RDC.

<sup>33</sup> Arts. 54 LDC y 40-41 del RDC.

<sup>34</sup> No podemos dejar de mostrar cierta sorpresa por la decidida promoción de las medidas cautelares llevada a cabo desde el ámbito comunitario, cuando desde la aprobación del Reglamento (CE) 1/2003 sobre aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE, no se tiene conocimiento de la adopción de ninguna medida relevante de este tipo por la Comisión Europea.

<sup>35</sup> Arts. 53 LDC y 38 RDC

respondan a las reservas de la autoridad, y cuyo efectivo cumplimiento podrá ser supervisado por la propia ANC (en España, la llamada “*terminación convencional*”)<sup>36</sup>.

Al margen de lo ya señalado respecto a competencias de la CNMC ya reconocidas por la legislación española procede destacar, desde la óptica de nuestro sistema normativo, la novedosa figura de las “**Entrevistas**” previstas por el artículo 9 de la Directiva *ECN+*. Se trata de un mecanismo que formalmente no está previsto en nuestra legislación de forma expresa —aunque pudiera deducirse como algo posible a la vista de las facultades amplias de investigación y requerimiento de la CNMC— y que, según la Directiva *ECN+*, debiera permitir a la autoridad, “*como mínimo, a convocar a una entrevista a cualquier representante de una empresa o asociación de empresas, o a cualquier representante de otras personas jurídicas, y a cualquier persona física, cuando dicho representante o persona pueda estar en posesión de información relevante para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE.*”

Dicha figura, a caballo, de algún modo, entre el requerimiento escrito de información y la solicitud de explicaciones orales en el momento de una inspección, permitiría a la CNMC obligar a determinados representantes y empleados de una empresa a acudir física y personalmente a la sede de la autoridad a aportar información relacionada con el objeto de una investigación. Sería deseable una regulación expresa de las condiciones de dichas convocatorias, garantizando la protección de derechos elementales de defensa como el derecho a no autoinculparse por los entrevistados, el de ser citado con la debida antelación, o el de actuar asistido en todo momento por un abogado externo, entre otros extremos.

## **E. Capítulo V – Multas y multas coercitivas (arts. 13 a 16)**

Los artículos 13 a 16 de la Directiva *ECN+* abordan aspectos que, en su inmensa mayoría, también representan una realidad jurídica consolidada en el sistema normativo español.

Así, las facultades de imposición por la CNMC de sanciones y multas coercitivas no penales a empresas y asociaciones por infracciones dolosas (deliberadas) o negligentes de la normativa de competencia, los límites máximos de las citadas sanciones (10% del volumen de negocios mundial<sup>37</sup> en el ejercicio anterior al de imposición de la sanción), o los criterios relevantes para el cálculo de las mismas —teniendo en cuenta la duración y gravedad de las prácticas analizadas— son aspectos sobradamente regulados en nuestra legislación, que incluye normas plenamente ajustadas a los requisitos mínimos establecidos por la Directiva *ECN+*<sup>38</sup>.

Nótese que, de forma algo sorprendente, la Directiva *ECN+* no aborda en ningún momento la posibilidad de sancionar no penalmente a directivos de las empresas imputadas, siendo esta una cuestión que ya es objeto de tratamiento especial —y

---

<sup>36</sup> Arts. 52 LDC y 39 RDC.

<sup>37</sup> Si bien es cierto que el artículo 63 de la LDC se refiere al “volumen de negocios total”, lo cierto es que los tribunales españoles no han especificado expresamente que se trate de un volumen de negocios limitado a España. En todo caso, con la nueva Directiva *ECN+* se disipa cualquier duda al respecto, al menos respecto a asuntos en que se aplique en paralelo el TFUE y la LDC.

<sup>38</sup> Véanse al respecto el artículo 29 de la Ley 3/2013, los artículos 61 a 64 y 67 de la LDC, o los artículos 17 y 21 del RDC.

sanción económica, en su caso— en numerosos EEMM de la UE, entre ellos España. Sí que se aborda, si bien solamente en un Considerando (nº 46) de la Directiva, la posibilidad de las ANC de imputar responsabilidad y exigir el pago de multas a las matrices —en base al concepto de unidad económica consagrado por la jurisprudencia europea— y a las empresas sucesoras en caso de transmisión de compañías<sup>39</sup>.

Dicho lo anterior, cabe destacar como novedad desde la óptica del derecho español la posibilidad de que se imponga una sanción o multa coercitiva a una empresa por no comparecer a una entrevista convocada por la CNMC —según se señala en los artículos 13.2.e) y 16.1.b)—, que entendemos deberá incorporarse a la LDC, en línea con lo antes apuntado respecto a estas actuaciones.

Al margen de lo anterior, y aunque la Directiva *ECN+* no exige una reforma de la LDC en ese sentido, creemos que la próxima reforma del sistema normativo español, a los efectos de trasponer la citada norma europea debería aprovecharse para aumentar al máximo posible la seguridad jurídica de los administrados, fundamental en un ámbito administrativo sancionador como el de la normativa de competencia, en el que las multas económicas pueden ser tanto o más severas que ciertas sanciones penales.

A este respecto, creemos que la reforma de la LDC podría aprovecharse para, entre otras medidas:

a) Positivizar al máximo posible los criterios de cálculo de las multas publicados recientemente por la CNMC mediante circular informativa (en documento de noviembre de 2018<sup>40</sup>), aumentando así la previsibilidad de las actuaciones sancionadoras de la autoridad de competencia y reforzando la necesaria motivación de las resoluciones.

Recordemos que los nuevos criterios de cálculo son resultados de la jurisprudencia del Tribunal Supremo con origen en su sentencia nº 112/2015, de 29 de enero de 2015<sup>41</sup>, por la que se consideró que la Comunicación sobre cálculo de sanciones publicada por la CNMC en el año 2009 no se ajustaba a lo previsto por la LDC, a pesar de haber sido elaborada a imagen y semejanza de las Directrices de la CE sobre cuantificación de sanciones publicadas en el año 2006<sup>42</sup>. Creemos deseable que buena parte de dichos criterios de cuantificación de sanciones complete la redacción, actualmente muy genérica, del artículo 64 de la LDC, sobre *"Criterios para la determinación del importe de las sanciones"*.

Lo anterior resulta particularmente importante teniendo en cuenta que, para infracciones muy graves, la sanción puede situarse, según la propia LDC y los tribunales de justicia, dentro de un rango económico amplísimo, que abarca del 0.1

---

<sup>39</sup> El considerando 46 de la Directiva *ECN+* señala que: *"Para garantizar la aplicación efectiva y uniforme de los artículos 101 y 102 del TFUE, el concepto de «empresa», tal como figura en los artículos 101 y 102 del TFUE, que debe aplicarse de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, designa una unidad económica, aun cuando esté constituida por varias personas físicas o jurídicas. Por consiguiente, las ANC deben poder aplicar el concepto de empresa para considerar responsable a una sociedad matriz, e imponerle multas, por la conducta de alguna de sus filiales cuando la sociedad matriz y su filial formen una única unidad económica. Para evitar que las empresas eludan su obligación de pagar una multa por las infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE mediante cambios jurídicos u organizativos, las ANC han de poder considerar responsables a los sucesores jurídicos o económicos de la empresa, e imponerles multas, por infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea."*

<sup>40</sup> Indicaciones provisionales de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre la determinación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (disponibles en la página web de la CNMC:

[https://www.cnmec.es/sites/default/files/editor\\_contenidos/Competencia/Normativas\\_guias/Indicaciones%20provisionales%20de%20multas%20de%20competencia%20-%20CNMC.pdf](https://www.cnmec.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/Indicaciones%20provisionales%20de%20multas%20de%20competencia%20-%20CNMC.pdf)

<sup>41</sup> Recurso de casación 2872/2013.

<sup>42</sup> Directrices publicadas en el DOUE C 210, de 1.9.2006

al 10% del volumen de negocios total de una empresa en el ejercicio anterior al de imposición de la sanción.

b) Clarificar los criterios de imputación de responsabilidad y de sanciones solidarias a las matrices de determinadas empresas, respecto a los cuales la Directiva ECN+ solamente se pronuncia de forma genérica en el ya citado Considerando 46. Hoy en día se percibe cierta arbitrariedad en las decisiones de la CNMC de imputar responsabilidad solidaria o no, según los casos, a las matrices de las compañías directamente implicadas en un cártel.

Creemos que el artículo 61.2 de la LDC debería completarse, en este sentido, indicando aquellas circunstancias en las que la CNMC, por regla general, imputará o no imputará responsabilidad de las matrices.

## **F. Capítulo VI – Programas de Clemencia para cárteles secretos (arts. 17 a 23)**

La Directiva ECN+ impone a los EEMM, en sus artículos 17 a 23, el deber de dotarse de mecanismos de clemencia que permitan reforzar la detección de cárteles eximiendo completamente o reduciendo el importe de las sanciones de aquellas empresas y directivos que colaboren activamente con la ANC aportando información relevante sobre el cártel en el que participan.

Obviamente, se trata de una necesidad de homogeneización a nivel europeo fundamental para las ANC y los propios administrados, que hoy en día deben lidiar con regímenes absolutamente distintos, donde a nivel comunitario (CE) y en diversos EEMM (España entre ellos) ya existen reglas de clemencia que recompensan y protegen a los delatores de modo especial, mientras que en otros EEMM no existen reglas de este tipo, pudiendo utilizarse sus declaraciones de clemencia en su contra por las ANC, o por terceros reclamantes de daños derivados de un cártel.

En el caso de España, como es sabido el sistema de clemencia es una realidad consolidada desde la propia publicación de la LDC, en julio de 2007, con sus artículos 65 y 66, desarrollados por los artículos 46 a 53 del RDC.

Varios años más tarde (en 2013), la CNMC publicó su *Comunicación sobre el Programa de Clemencia*<sup>43</sup>, en la que se contiene el detalle del procedimiento de solicitud de exención o reducción de la sanción, adoptando las prácticas y formularios acordados en el seno de la Red de Autoridades de Competencia a finales de 2012.

Lo cierto es que la Directiva ECN+ apenas introduce novedades sustanciales relevantes respecto a los requisitos y el procedimiento de solicitud (escrita o verbal, completa o abreviada) de exención o reducción de sanciones expuestos en la *Comunicación de la CE relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel*, publicada en diciembre de 2006<sup>44</sup>, así como en el Modelo de Programa de Clemencia de la Red de Autoridades de Competencia aprobado en noviembre de 2012.

Principalmente nos encontramos, por tanto, ante una positivación, en forma de derecho derivado europeo, de reglas que se venían aplicando por la CE desde hace años, previstas en la citada Comunicación. Resulta, por tanto, igualmente exigible (y deseable) la positivación completa de las citadas reglas sobre el procedimiento de

---

<sup>43</sup> Comunicación disponible en la página web de la CNMC: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/competencia/programa-de-clemencia>

<sup>44</sup> DOUE C 298/17, de 8 de diciembre.

clemencia en el sistema normativo español, de forma que la nueva LDC —o en su caso, su Reglamento de desarrollo— refleje, con normas jurídicas (vinculantes para administración y administrados) las reglas detalladas actualmente establecidas en un instrumento de "*soft law*" como la Comunicación sobre el Programa de Clemencia.

Más allá de dicha necesaria y deseable positivación de las reglas de clemencia con que ya contamos en nuestro sistema normativo, lo cierto es que la Directiva *ECN+* introduce algunas novedades sustantivas destacables en esta materia, como las siguientes:

- Se obliga a los EEMM a implementar en sus procedimientos de clemencia el sistema de **indicadores**<sup>45</sup> (artículo 21) ya existente a nivel europeo para las solicitudes de exención del pago de la multa, que permite al solicitante de clemencia expresar su intención de solicitar la clemencia y asegurarse un puesto según el orden de presentación de solicitudes, mientras recopila toda la información y pruebas para completar su solicitud. El sistema español no contempla expresamente esta figura, ni en la LDC, ni el RDC ni en la antes citada Comunicación sobre el Programa de Clemencia.
- Se implementa un **régimen coordinado a nivel europeo de solicitudes de clemencia abreviadas** (artículo 22), de forma que tras solicitarse un indicador o presentarse una solicitud completa en algún EEMM, toda empresa podrá presentar solicitudes abreviadas referidas al mismo cártel ante otras autoridades, siempre que el asunto afecte a más de tres EEMM.
- Se implementa una interacción entre los regímenes de clemencia y los sistemas de persecución penal de los cárteles, de forma que los EEMM puedan eximir o atenuar la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan presentado solicitudes de clemencia (art 23). En todo caso, la persecución penal de las personas físicas involucradas en los cárteles se deja en manos de los EEMM.

Posteriormente veremos cómo otras disposiciones de la Directiva *ECN+* prevén salvaguardas específicas respecto al contenido de las solicitudes de clemencia, a semejanza de lo que ocurría con la Directiva 2014/104/UE, en materia de acciones de daños derivados de infracciones antitrust.

## G. Capítulo VII – Asistencia mutua (arts. 24 a 28)

Este capítulo de la Directiva *ECN+* prevé importantes mecanismos de cooperación entre las autoridades nacionales de competencia, abarcando desde la prestación de apoyo en procedimientos de inspección domiciliaria o entrevistas a representantes de empresas sitas en otros EEMM<sup>46</sup> (art. 24), la posibilidad de intercambiar información sobre cargos preliminares, actos procesales u otros documentos relevantes en el marco de todo procedimiento de investigación referido a empresas con sede en otro EEMM (art. 25), o el apoyo en la ejecución de decisiones firmes sancionadoras de otras ANC,

---

<sup>45</sup> En inglés, *markers*.

<sup>46</sup> Cooperación entre ANC que ya se ha llevado la práctica en el pasado. Por ejemplo, en el marco del expediente S/0251/10 *Envases Hortofrutícolas*, en el que, con fecha 2 de marzo de 2010 la CNC llevó a cabo inspecciones en las sedes de diversas empresas españolas, así como en las sedes en Italia de otras empresas implicadas en una infracción investigada, a través de la *Autorità Garante Della Concorrenza e del Mercato* (Autoridad Italiana de Competencia), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la LDC y el artículo 22.1 del Reglamento (CE) n° 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002.

cuando ello sea necesario para asegurar el cumplimiento de dichas resoluciones, por ejemplo, por insuficiencia de activos en el Estado en el que se le ha sancionado (art. 26).

Se imponen asimismo reglas y principios de reconocimiento recíproco de actos administrativos y confianza mutua respecto a los actos de otras ANC, sin necesidad de reconocimiento de los mismos mediante apostillas o instrumentos similares (art. 27).

Con ello se pretende dotar de eficacia a la labor de las ANC más allá de sus respectivos ámbitos territoriales competenciales, de modo que la Red de Autoridades de Competencia devenga una realidad operativa y jurídica, más allá de la deseable coordinación básica —especialmente informativa— que despliega hoy en día. Obviamente se refuerza la cooperación internacional de la CNMC mediante mecanismos que no están positivizados, hoy por hoy, en la normativa española, por lo que deberán incluirse en los cuerpos legales oportunos.

## **H. Capítulo VIII – Plazos de prescripción (art. 29)**

Este capítulo introduce como principal novedad la interrupción de los plazos de prescripción para la imposición de multas y multas coercitivas por la actuación de otras ANC o de la CE, o durante la revisión jurisdiccional de las decisiones de dichas autoridades de otro Estado Miembro.

A este respecto, cabe preguntarse hasta qué punto las consecuencias de la aplicación práctica de este artículo (ya de por sí de muy dificultosa ejecución) serán compatibles con los derechos de defensa de las empresas; por ejemplo, en casos en que infracciones prescritas según la normativa de un EEMM (por ejemplo, transcurridos 4 años en España desde la comisión de una infracción muy grave) pueden seguir persiguiéndose en caso de que la ANC de otro país inicie una inspección al respecto. Habrá que comprobar cuál es el efecto real de esta disposición y el control judicial de su compatibilidad con la propia Carta de Derechos Fundamentales de la UE antes mencionada (que recordemos prevé el derecho de las partes a estar sujetas a “plazos razonables” de investigación)<sup>47</sup>.

En todo caso, nuevamente se trata de novedades que no están positivizadas, hoy por hoy, en la normativa española, por lo que deberán incluirse necesariamente en los cuerpos legales oportunos. Concretamente, el actual artículo 68 de la LDC, que establece plazos de prescripción de las infracciones de la LDC, deberá completarse con estas menciones, relevantes para aquellos casos en que se esté aplicando en paralelo el derecho europeo y el derecho español de la competencia.

## **I. Capítulo IX – Disposiciones generales (arts. 30 a 33)**

El capítulo IX de la Directiva *ECN+* aborda cuestiones de diversa índole y trascendencia, mereciendo un análisis centrado en lo más relevante del mismo.

El artículo 30 prevé que las ANC tengan plenas facultades para participar, como parte recurrente o recurrida, en los procedimientos judiciales que tengan por objeto la revisión jurisdiccional de decisiones sancionadoras administrativas, así como las decisiones de autorización referidas a las inspecciones domiciliarias. En España, el

---

<sup>47</sup> Cabe preguntarse si existirá, por tanto, una diferencia relevante en los plazos de prescripción de las conductas dependiendo de su grado de afectación del comercio entre los EEMM de la UE, requisito esencial para la aplicación del artículo 101 TFUE.

ejercicio de dichas facultades directamente por la CNMC no está previsto en la normativa procesal contencioso-administrativa<sup>48</sup>, por lo que será necesaria una adaptación de la misma.

El artículo 32 prevé la admisibilidad de un amplio elenco de tipos de pruebas —documentales, testificales orales, mensajes electrónicos, grabaciones en distintos soportes, etc.— que puedan utilizar los administrados ante las ANC. En este caso, se trata de previsiones que ya encajan, sin necesidad de reformas relevantes, en la normativa española de procedimiento administrativo<sup>49</sup>.

El artículo 31 es, a nuestro parecer, el más relevante de este capítulo, tanto por su contenido explícito como por su contenido implícito. De forma expresa, esta disposición regula el acceso de las partes al contenido de todo expediente administrativo sancionador, y establece ciertos límites en la utilización de la información. Entre otros extremos, se establece el deber del personal de las ANC de resguardar la confidencialidad de la información obrante en el expediente protegida por el secreto profesional.

Asimismo, este artículo impone a los EEMM que el acceso a las declaraciones de clemencia o solicitudes de transacción de terceros sólo se conceda a las partes objeto del procedimiento de que se trate y únicamente con fines del ejercicio de sus derechos de defensa. En línea con lo previsto por la Directiva 2014/104/UE en materia de acciones de daños derivados de infracciones antitrust, se establecen límites a los accesos a las declaraciones de clemencia y de transacción, con el fin de no desincentivar a los administrados que opten por dichos mecanismos ante las ANC, que de manera clara facilitan la labor de detección —caso de la clemencia— y de resolución —caso de las transacciones— de los expedientes.

Nótese precisamente que el artículo hace referencia expresa al mecanismo de solicitud de transacción (en inglés, "*settlement*"), dando por sentado la posibilidad de que el derecho nacional de la competencia prevea la utilización ante las ANC de dicho mecanismo, a imagen y semejanza del previsto a nivel europeo, referido a expedientes de cártel tramitados por la CE<sup>50</sup>.

En el caso de España, lo cierto es que la normativa de defensa de la competencia no contempla, de forma específica, la posibilidad de llegar a un acuerdo transaccional con la CNMC mediante el cual se acepten las imputaciones de la autoridad, se reconozca la participación en un cártel, y se obtenga una rebaja del importe inicialmente previsto de sanción económica (a nivel europeo, la rebaja que se aplica es del 10%). Así lo ha interpretado la CNMC y la antigua CNC en diversas ocasiones<sup>51</sup>.

Debe señalarse, sin embargo, que existe una notable controversia a este respecto, pues hay autores —e incluso autoridades autonómicas de competencia, como la vasca— que han sostenido, desde hace años, que el citado mecanismo transaccional, con sanción incluida, es perfectamente viable en el vigente derecho español de la

---

<sup>48</sup> Véase el artículo 19.1 de la Ley 29/1998, sobre legitimación activa en el ámbito contencioso-administrativo: la CNMC no actúa de forma autónoma, sino como parte de la Administración estatal, representada por la Abogacía del Estado, en los pleitos referidos a sus actuaciones. La CNMC sí cuenta, hoy por hoy, con legitimación activa expresa para impugnar directamente actos administrativos y disposiciones generales de rango inferior a la ley que puedan obstaculizar el mantenimiento de la libre competencia en los mercados. (art 5.4 de la Ley 3/2013).

<sup>49</sup> Artículo 77.1 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las AAAP: "1. Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil."

<sup>50</sup> Nos referimos al procedimiento transaccional regulado por la "Comunicación de la Comisión de sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo en casos de cártel", publicada en el DOCE C167, de 2.7.2008.

<sup>51</sup> Véase por ejemplo la Resolución de 20 de setembre de 2012 (Expte. R/0107/12, SUMINISTROS COPLASA).

competencia, dada la aplicación supletoria de la normativa de procedimiento administrativo común<sup>52</sup>, que prevé la figura de la terminación convencional<sup>53</sup> en términos mucho más amplios que los regulados por la LDC en su artículo 52<sup>54</sup>. También el derecho procesal penal prevé la figura de la transacción como vía perfectamente legítima de cerrar una investigación criminal, mediante acuerdo entre la fiscalía y el imputado.

En cualquier caso, la inexistencia de disposiciones claras y expresas en la LDC al respecto ha impedido, hasta la fecha, la terminación por la CNMC de ningún expediente de cártel (u otro tipo) mediante un procedimiento transaccional semejante al que existe a nivel europeo, y en otros EEMM de la UE. Y ello a pesar de que incluso otras normas ya vigentes en España, como el artículo 283.bis.i) de la Ley de Enjuiciamiento Civil —sobre límites a la exhibición de documentos en casos de acciones de daños derivados de infracciones antitrust— ya hace mención expresa a este mecanismo.

Por ello, de cara a llevar a cabo una correcta implementación de la Directiva *ECN+*, y sobre todo de cara a dotarse de un mecanismo que se ha demostrado eficaz, a nivel europeo, para agilizar los procedimientos de lucha contra los cárteles<sup>55</sup> y reducir la litigiosidad entre ANC y administrados, convendría, desde nuestro punto de vista, introducir en nuestra normativa cuanto antes, y de forma expresa, el mecanismo de transacciones con o sin sanción económica, mediante la oportuna reforma de la LDC<sup>56</sup>.

## J. Capítulo X – Disposiciones finales (arts. 34 a 37)

La Directiva *ECN+*, publicada en DOUE n° L 11 de 14 de enero de 2019, entró en vigor en febrero de 2019. Según dispone su artículo 34, la transposición de la misma al derecho de los EEMM deberá llevarse a cabo, a más tardar, el 4 de febrero de 2021. En el año 2024 se evaluará mediante informe de la CE la efectividad de esta norma.

## III. CONCLUSIONES

En el presente artículo hemos tratado de sintetizar las novedades más relevantes introducidas por la Directiva *ECN+*, partiendo de la realidad del sistema actual —institucional y normativo— de defensa de la competencia en España.

Como hemos visto, partiendo del grado avanzado de desarrollo del sistema institucional y normativo español, y de su semejanza con el sistema europeo (especialmente en cuanto a facultades de investigación de la CNMC, poderes de sanción a empresas y asociaciones, y sistema de clemencia), la Directiva *ECN+* no genera una obligación de acometer grandes reformas normativas, si bien es cierto que sí obliga a reforzar algunos aspectos del sistema español.

Así, la Directiva *ECN+* obligaría a España a:

---

<sup>52</sup> Artículo 45 de la LDC. Según diversos autores, este artículo tampoco impide la transacción con imposición de sanción por la CNMC, al no prohibirlo de forma expresa.

<sup>53</sup> Artículo 86 de la Ley 39/2015, precitada. Como antes se preveía por el artículo 88 de la Ley 30/1992.

<sup>54</sup> Este artículo de la LDC no prevé expresamente la posibilidad de que: i) las partes reconozcan su responsabilidad en cuanto a la existencia de una infracción de la LDC, y ii) la CNMC imponga una sanción como resultado de la terminación convencional.

<sup>55</sup> Por mucho que el modelo comunitario haya limitado su aplicación al ámbito de los cárteles, creemos que el mecanismo de transacciones podría ser útil —e incluso especialmente adecuado—, también para otro tipo de infracciones de la LDC, como los abusos de posición dominante.

<sup>56</sup> A este respecto existen opiniones dispares sobre la conveniencia de adoptar un sistema de transacciones idéntico al que aplica la CE —sólo aplicable a cárteles— o extenderlo a otras prácticas infractoras.

- Reforzar la independencia funcional y presupuestaria de la CNMC.
- Reforzar el régimen de independencia e incompatibilidades del personal de la CNMC.
- Dotar a la CNMC de facultades expresas de entrevistar a personal de las empresas investigadas en su sede.
- Reforzar el mecanismo de las medidas cautelares previsto en la LDC.
- Introducir posibles mecanismos de priorización de asuntos por la CNMC, que a nuestro juicio deberían completarse con reformas de la Ley 1/2002, o con la introducción de mecanismos de consulta a la CNMC en materia de infracciones.
- Prever la necesidad de dotarse de autorización judicial para inspeccionar domicilios, vehículos y medios privados.
- Introducir ciertos cambios en el sistema de clemencia previsto en la LDC y RDC, introduciendo el mecanismo de los indicadores y reforzando la coordinación en el seno de la ECN.
- Introducir cambios para limitar el acceso a la documentación referida a solicitudes de clemencia y solicitudes de transacción a efectos de su uso en procedimientos de naturaleza civil o penal.
- Introducir cambios en las reglas de colaboración y asistencia mutua entre la CNMC y otras ANC en el seno de la ECN.
- Introducir cambios en la LDC respecto a las reglas de prescripción de las sanciones.
- Introducir en la LDC un mecanismo expreso de posibilidad de transacción con imposición de sanción (reducida) en casos de cártel (u otros tipos de infracciones).
- Modificar la legislación procesal contencioso-administrativa para ampliar la legitimación activa autónoma de la CNMC.

Asimismo, una correcta implementación de la Directiva exigiría, a nuestro modo de ver, adoptar medidas adicionales dirigidas a preservar el efecto útil de la citada norma europea, y entre ellas:

- Implementar medidas para reforzar la CNMC y su independencia (selección de miembros del Consejo, rotación de salas, política de contratación, etc.).
- Introducir reformas de procedimiento reforzando los derechos de defensa de las empresas, respecto a: i) la vista oral ante el Consejo, ii) la confidencialidad de documentos protegidos por secreto profesional, iii) el contenido mínimo de la propuesta de resolución de la Dirección de Competencia, iv) la duración máxima de las diligencias previas, v) el derecho a actuar asistido de abogado en las inspecciones y entrevistas, etc.
- Introducir reformas en las normas sobre graduación de sanciones y determinación del importe de las sanciones económicas, así como en los criterios de imputación de responsabilidad solidaria a empresas matrices.

Creemos, en definitiva, que el período de trasposición de la Directiva *ECN+* a derecho nacional, que finaliza el próximo 4 de febrero de 2021, representa una ventana de oportunidad para acometer una reforma normativa que sirva para reforzar el actual sistema institucional y normativo de defensa de la competencia en España.

Una mejora que debería acometerse, a nuestro modo de ver, yendo incluso más allá de lo estrictamente exigido por la mencionada Directiva, y tratando de lograr el doble objetivo de:

- i) Por un lado, reforzar la independencia, los recursos y las facultades de la CNMC, haciendo posible una aplicación más eficaz y eficiente de los artículos 101 y 102 del TFUE (y del derecho nacional de la competencia aplicado en paralelo) en el contexto de la Red Europea de Competencia; y
- ii) Por otro lado, reforzar las garantías y derechos de defensa de los administrados, a la luz de lo previsto por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia europea y española al respecto.