

LA DIRECTIVA ECN+

La Directiva ECN+

La promulgación de la Directiva 2019/1, o Directiva ECN+, trae consigo ciertos estándares, garantías y facultades procesales que los Estados miembros deben hacer aplicables a sus autoridades de competencia nacionales, encargadas de aplicar tanto las normas nacionales de competencia como las europeas. Aunque la mayoría de los preceptos de la Directiva ya están incorporados al Derecho español, la Directiva implicará un refuerzo de las garantías de independencia y adecuación de recursos de la CNMC y ciertos cambios de detalle en la legislación de competencia.

PALABRAS CLAVE

Defensa de la competencia, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Procedimiento sancionador, Aspectos institucionales, Derecho de la Unión Europea.

The ECN+ Directive

The enactment of Directive 2019/1, or Directive ECN+, brings certain standards, guarantees and procedural powers that member States must make applicable to their own national competition authorities, which are charged with the enforcement of both national and European competition rules. Although a majority of the provisions of the Directive are already incorporated into Spanish law, the Directive implies a strengthening of the CNMC independence and resources guarantees and certain limited changes in competition laws.

KEY WORDS

Competition law, National Markets and Competition Commission, Procedure, Institutional aspects, European Union law.

Fecha de recepción: 01-01-2019

Fecha de aceptación: 01-02-2019

ANTECEDENTES

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 "Directiva"), toma su apodo como Directiva "ECN+" de las siglas en inglés de la red de autoridades de defensa de la competencia europeas (European Competition Network). La ECN es la red de cooperación informal que comparten las autoridades nacionales de defensa de la competencia de los Estados miembros de la Unión Europea y la propia Comisión Europea, es decir, las autoridades administrativas que aplican las normas de competencia de la Unión Europea. La Directiva pretende crear ciertos estándares institucionales y procesales a todas las autoridades nacionales para asegurar que el Derecho de la competencia europeo se aplique de forma coherente a lo largo y ancho de la Unión.

Acercando el Derecho de la competencia europeo y el nacional

La Directiva inaugura una tercera etapa de integración de las normas e instituciones europeas y nacionales en el ámbito del Derecho de la competencia.

En un primer momento, ambas normas e instituciones estaban absolutamente separadas: la Comisión aplicaba las normas sobre competencia de los

tratados de forma exclusiva, y las autoridades nacionales aplicaban las normas nacionales. Si bien los principios generales del Derecho de la Unión Europea imponían en las autoridades nacionales deberes de cooperación leal y efectividad (con lo que estas no podían actuar al margen de la Comisión, y de hecho esta ha tenido un gran impacto en el diseño y práctica de la política de competencia en los Estados miembros), no había entonces normas concretas sobre el diseño institucional de las autoridades nacionales y sobre el procedimiento que estas debían seguir.

En un segundo momento, el Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (el "Reglamento 1/2003"), rompió esa compartimentación al obligar a las autoridades nacionales a aplicar las normas europeas sobre competencia (ahora en los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, "TFUE") junto con las normas nacionales. Esta descompartimentación llevó a procedimientos nacionales en los que las normativas nacionales y europea se aplicaban en paralelo. Estos procedimientos son en la práctica la mayoría de los que tramita en España la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC"). El Reglamento 1/2003 también trajo ciertas normas de carácter procesal o institucional aplicables a las autoridades nacionales (en general, deberes de cooperación e información

entre sí y con la Comisión Europea), pero tenían un carácter limitado e incompleto.

En esta tercera etapa, el Derecho de la Unión Europea entra de lleno en las normas procesales e institucionales que aplican los Estados miembros en el Derecho de la competencia. Y lo hace de forma aparentemente limitada, al referirse solo a los procedimientos en los que se apliquen los artículos 101 y 102 TFUE, en solitario o en paralelo con las normas equivalentes nacionales. Sin embargo, en la práctica, su significancia probablemente sea muy amplia: no es fácil que algún Estado miembro conserve reglas distintas aplicables a la misma autoridad nacional de defensa de la competencia dependiendo de si resultan de aplicación los artículos 101 y 102 TFUE, especialmente cuando se trata de una cuestión que no siempre es obvia. En consecuencia, es esperable que las reglas de transposición de la Directiva acaben afectando a toda la política nacional de competencia en su conjunto.

Ambito de aplicación de la Directiva

Como ya se ha adelantado, la Directiva resulta de aplicación, desde un punto de vista objetivo, a todos los procedimientos de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, y ello con independencia de si además se aplican en paralelo la normativa nacional equivalente (en España, los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia —“LDC”—). Desde un punto de vista subjetivo, la Directiva se aplica a las autoridades nacionales de competencia, lo que en España significa la CNMC. Esto excluye, en principio, su aplicación a las autoridades de competencia autonómicas, ya que estas no son autoridades designadas por el Reino de España como “autoridad nacional de competencia” a los efectos del Reglamento 1/2003 y tampoco son competentes para aplicar los artículos 101 y 102 TFUE según la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia. En el caso concreto de las normas relativas al acceso a las solicitudes de clemencia, la Directiva extiende sus reglas sobre confidencialidad de estas solicitudes a todos los procedimientos nacionales, incluyendo, por tanto, los procedimientos en los que se aplica el Derecho nacional de manera independiente al europeo.

Como indica el artículo 3 de la Directiva, la aplicación del Derecho de la Unión conlleva también, de forma paralela, la Carta de los Derechos Fundamentales, que resulta aplicable a los procedimientos de defensa de la competencia. La Directiva exige

expresamente que las autoridades nacionales garanticen los derechos de defensa (derecho a ser oído, derecho a la tutela judicial efectiva y derecho a que se comuniquen las objeciones a las empresas antes de adoptar una decisión de infracción), así como el derecho a que los procedimientos se lleven a cabo dentro de un plazo razonable.

CONTENIDO DE LA DIRECTIVA ECN+

La Directiva contiene un variado haz de estándares, reglas y garantías de naturaleza procedimental e institucional. El principio general que guía a la mayoría de las disposiciones sustantivas de la Directiva es que estas están basadas en el modelo de la propia Comisión Europea y sus investigaciones bajo el Reglamento 1/2003. Veámoslo.

Independencia y recursos

El artículo 4 de la Directiva contiene una garantía general de independencia de las autoridades nacionales de defensa de la competencia y de su personal, y ciertos estándares concretos que deben garantizar los Estados miembros. Esto incluye el deber de independencia frente a cualquier influencia externa, la obligación de no pedir ni aceptar instrucciones del Gobierno o cualquier otra entidad, y el deber de abstenerse de acciones que sean “incompatible[s] con el desempeño de sus funciones o con el ejercicio de sus competencias”, deber que se extiende durante un periodo posterior al cese y a los conflictos de intereses. La garantía de independencia también se concreta de modo que aquellos que toman decisiones sobre el fondo del asunto (en España, los miembros del Consejo de la CNMC y la Directora de Competencia) solo pueden ser destituidos de sus cargos “en caso de que dejen de cumplir las condiciones requeridas para el ejercicio de sus funciones o hayan sido declarad[os] culpables de una falta grave con arreglo al Derecho nacional”. Finalmente, la selección de los miembros del órgano decisorio debe serlo conforme a “procedimientos claros y transparentes”. Estas garantías de independencia ya están incorporadas a la legislación rectora de la CNMC, puesto que vienen exigidas por otras Directivas sectoriales, como por ejemplo la Directiva marco 2002/21/CE sobre telecomunicaciones. Sin embargo, su inclusión no es trivial: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, precisamente, declaró que la creación de la CNMC —que implicó el cese de algunos de los consejeros de la extinta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones— vulneró esta garantía (Sentencia de 19 de octubre de 2016,

asunto C-424/15 *Ormaetxea Garai y Lorenzo Almen-dros*, EU:C:2016:780).

Este mismo artículo 4 incorpora además una potestad de desestimar denuncias “*por no considerar su ejecución prioritaria*”. Aunque la CNMC no está obligada a incoar procedimiento simplemente por recibir una denuncia (no tiene este deber cuando no haya indicios racionales de infracción), la Directiva ahora introduce un nuevo motivo para rechazarlas.

El artículo 5 de la Directiva contiene obligaciones de asegurar que las autoridades nacionales de defensa de la competencia tengan los recursos (humanos, financieros y técnicos) suficientes para desempeñar las funciones que tienen encomendadas.

Competencias

El capítulo IV de la Directiva contiene una serie de competencias o facultadas que las autoridades de defensa de la competencia deben de tener disponibles en la instrucción de los procedimientos. En particular, la Directiva menciona las inspecciones en empresas, asociaciones de empresas y —cuando existan sospechas razonables de que la documentación se encuentre fuera de la sede de la empresa o asociación— en “*dependencias, terrenos o medios de transporte*” en general, lo que incluye según la propia Directiva los domicilios de los directivos. La Directiva también contempla las solicitudes de información, que sujeta explícitamente al principio de proporcionalidad (límite ya incluido en la legislación española) y al privilegio contra la autoinculpación (límite hasta ahora con base jurisprudencial, pero no explicitado en la ley). Finalmente, la Directiva también prevé las entrevistas como medio de investigación, lo cual no estaba previsto explícitamente en la legislación de competencia, pero que, sin duda, es posible bajo las normas generales de procedimiento administrativo.

En lo que respecta al fin del procedimiento, la Directiva contempla que las autoridades nacionales puedan constatar una infracción y ordenar su cese, por un lado, o aceptar compromisos por parte de las empresas investigadas, por otro. Las medidas de cese pueden incluir medidas de comportamiento o medidas estructurales, con el único límite de que la autoridad debe optar por la solución menos onerosa de entre aquellas que sean igualmente eficaces. En cuanto a los compromisos, la Directiva prevé la posibilidad de que las empresas o asociaciones ofrezcan compromisos que respondan a las reservas manifestadas por las autoridades, que las autoridades —tras recabar observaciones de los participan-

tes del mercado— puedan aceptar los compromisos, y de que —en caso de incumplimiento de los compromisos— la autoridad pueda vigilar su cumplimiento. Los compromisos se podrán variar en caso de que cambien las circunstancias subyacentes, en caso de incumplimiento y en caso de que la información aportada por la empresa fuera incorrecta. Aunque no lo diga en su articulado, los expositivos de la Directiva aclaran que los compromisos no son adecuados en casos de cárteles secretos. El régimen de la Directiva está ya, en lo sustancial, previsto en el Derecho español.

Por último, la Directiva contempla la potestad de las autoridades nacionales de dictar medidas cautelares. La LDC ya contiene esta facultad, si bien no parece que exista en el sistema español un procedimiento de recurso acelerado —como exige la Directiva— (más allá de la propia posibilidad de pedir medidas cautelares judiciales para suspender las medidas acordadas por la CNMC en un eventual recurso contencioso-administrativo).

Multas y multas coercitivas

El capítulo quinto de la Directiva se refiere a las multas y las multas coercitivas, e incorpora un régimen sancionador sustancialmente homologable al existente en la LDC.

En primer lugar, la Directiva prevé que las multas —ya sean por incumplimiento de los artículos 101 y 102 del TFUE, ya sean por incumplimiento de las medidas de investigación, órdenes de cesación, medidas cautelares o compromisos— han de ser “*eficaces, proporcionadas y disuasorias*”. En segundo lugar, la Directiva ordena que el cálculo de las multas se haga sobre la base del volumen de negocios mundial de la empresa infractora y que se tenga en cuenta el concepto de “*empresa*” para estos efectos, lo que implica incluir a las sociedades matrices y sucesoras en el ámbito de responsabilidad. Nótese que ello supone una modificación relevante del sistema español, que basa las sanciones en el volumen de negocios consolidado en España de la entidad infractora y empresas controladas por ella (y no del de sus empresas matrices). En tercer lugar, la Directiva prevé que los siguientes factores sean tenidos en cuenta a la hora de imponer sanciones por infracciones de los artículos 101 y 102 TFUE: la gravedad de la infracción, la duración de esta y el pago de indemnizaciones a las víctimas de la infracción. Por último, la Directiva requiere a los Estados miembros que establezcan una multa máxima no inferior al 10 % de la facturación mundial.

En lo que respecta a las asociaciones de empresas, la Directiva incluye normas para asegurar que las multas se calculen sobre la base del volumen de negocios de sus miembros —cuando la infracción se refiera a la actividad de estos—, así como para asegurar que los miembros sean responsables subsidiarios del pago de las multas impuestas a las asociaciones.

Finalmente, la Directiva contempla la posibilidad de imponer multas coercitivas para asegurar el cumplimiento de requerimientos de información, entrevistas, inspecciones, órdenes de cese, medidas cautelares y compromisos. A diferencia de la LDC, que prevé importes de hasta 12.000 euros diarios, la Directiva ordena que el cálculo de las multas coercitivas se haga en proporción al volumen de negocios total diario medio.

Programas de clemencia para cárteles secretos

La Directiva dedica un capítulo relativamente extenso a los programas de clemencia que deben incorporar a su legislación nacional los Estados miembros, si no lo habían hecho ya. El esquema general es en gran medida el existente para las solicitudes de clemencia (exención y reducción de la multa) ante la Comisión Europea, en el que el propio sistema español se basa. A diferencia del sistema español (que permite la clemencia en todos los cárteles, secretos o no, tras la reciente reforma de la LDC), la Directiva solo se refiere a los cárteles secretos.

Como punto destacable, la Directiva incluye una previsión según la cual un solicitante de reducción de la multa que aporta hechos adicionales que llevarían a un incremento de la multa no puede recibir una multa superior por ello.

Además, la Directiva también prevé un sistema de indicadores (conocidos como *markers*), según el cual los solicitantes pueden obtener el puesto dando una cantidad limitada de información, primero, y aportar las pruebas e información adicional en el plazo concedido por la autoridad, después. Estas pruebas e información adicional se entienden presentadas en el momento en el que se presentó el indicador. La introducción del sistema de indicadores en el sistema español será una novedad formalmente, pero en la práctica la CNMC viene aceptando la aportación de las pruebas en un momento posterior al de la solicitud en virtud de un precepto reglamentario en este sentido.

Por último, es destacable que la Directiva extiende el beneficio de la exención del pago de las multas a los directivos de las empresas solicitantes. Este

beneficio implica tanto las sanciones que podrían imponer la propia autoridad de competencia como las sanciones penales que se podrían imponer por la participación en el cártel secreto, siempre y cuando se coopere con la autoridad encargada de la persecución del delito. La Directiva deja abierta la posibilidad de que el beneficio de la clemencia sea como exoneración total de la sanción penal o como atenuación de esta.

Asistencia mutua

El séptimo capítulo de la Directiva se ocupa de la asistencia mutua entre autoridades de defensa de la competencia. Esta cooperación incluye la realización de inspecciones y entrevistas en otros Estados miembros, la notificación de documentos fuera del territorio de la autoridad nacional y la ejecución de decisiones (incluyendo el cobro de multas). Las autoridades nacionales podrán negarse a notificar o ejecutar una decisión de una autoridad de competencia de otro Estado miembro en solo dos ocasiones: si no cumple con las reglas procesales de la Directiva o si la ejecución de la solicitud de cooperación fuera manifiestamente contraria al orden público del Estado miembro en el que se solicita la ejecución (excepción que recuerda a la contenida en el Reglamento de Bruselas I *bis* para la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de otros Estados miembros).

Plazos de prescripción y disposiciones generales

Por último, la Directiva contempla una serie de cuestiones generales relativas a la prescripción, procedimiento judicial, admisibilidad de pruebas y acceso al expediente. En relación con la prescripción, es destacable que la Directiva prevé la interrupción de la prescripción no solo durante el proceso administrativo de investigación, sino también durante el proceso ulterior de revisión jurisdiccional. Esto tendrá implicaciones en aquellos asuntos en los que la decisión de la autoridad de defensa de la competencia se anule por cuestiones procesales en un recurso contencioso-administrativo, donde la autoridad tendrá más facilidad para volver a instruir el procedimiento de nuevo. En relación con el acceso al expediente, la Directiva contempla medidas para asegurar la confidencialidad de las solicitudes de clemencia y de transacción.

PERSPECTIVAS DE LA TRANSPOSICIÓN

Como se deduce de lo anterior, con ciertas salvedades de carácter eminentemente técnico, el grueso

del contenido de la Directiva ya está incorporado en el Derecho español vigente. Esto es especialmente cierto en la medida que algunos de los cambios, aún no reflejados en la legislación, ya forman parte de la práctica de la autoridad. Por ello, no se han de esperar grandes cambios en el sistema de aplicación de la política de competencia.

Siendo esto cierto, las garantías institucionales de independencia y suficiencia de recursos —que ya estaban en la legislación española— gozarán ahora de una protección institucional privilegiada. Por un lado, la Comisión Europea gana ahora una posición fuerte de supervisión sobre las autoridades nacionales de competencia, a las que podrá disciplinar mediante procedimientos de incumplimiento contra sus Estados miembros. Por otro lado, los particulares podrán invocar estas garantías ante los tribunales —nacionales y europeos— con mayores

visos de éxito, como demuestra el asunto *Ormaetxea Garai y Lorenzo Almendros*.

Al mismo tiempo, como una reforma legal resulta ineludible en cualquier caso, la transposición de la Directiva presenta una oportunidad excelente para hacer mejoras en la legislación, incluyendo tanto las que requiere la Directiva como las que no son estrictamente necesarias. Y, de hecho, la CNMC así lo cree: en su Plan de Actuación de 2019, la institución propone aprovechar la transposición de la Directiva “*para reforzar el programa de clemencia y añadir nuevos instrumentos como los procedimientos transaccionales (settlements)*”.

La transposición de la Directiva deberá estar finalizada para febrero de 2021.

JOKIN BELTRÁN DE LUBIANO (*)

(*) Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje (Madrid).