

XI JORNADAS NACIONALES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Málaga, 24-25 MAYO 2018

“Reformas regulatorias en el ámbito de competencia: la trasposición de la Directiva Daños, la propuesta de Directiva ECN+ y la posible reforma de la Ley 15/2007”

Introducción

- Felicitación por las Jornadas, temas escogidos y calidad de los ponentes.
- Felicitación por el cumpleaños a la Autoridad de Defensa de la Competencia de Andalucía en su 10º Aniversario. Los aniversarios (10 años LDC, 15 años Reglamento 1/2003 y casi 5 años Ley 3/2013 y creación CNMC) son buenas fechas para hacer balance y plantear posibles mejoras.
- Eso es lo que de hecho está ocurriendo: Directiva ECN+ en ámbito europeo y posible reforma LDC en ámbito nacional. Pero también recientes medidas anunciadas y adoptadas para mejorar la eficacia de la actuación de la CNMC (decálogo) tras los primeros años de andadura de la institución.

1. REFORMAS EN EL ÁMBITO EUROPEO

Están siendo años intensos de reformas de la política de competencia en el ámbito europeo: hace poco más de tres años se aprobó la directiva de daños, que está siendo traspuesta ahora a los ordenamientos nacionales, y desde el año pasado se han iniciado las negociaciones de una la nueva Directiva en materia de competencia (ECN+):

1º) DIRECTIVA DE DAÑOS

- España ha sido de los últimos países en trasponer esta Directiva de daños (RDL 9/2017, pendiente aún de convalidación), introduciendo un nuevo capítulo en la Ley 15/2007

- Si bien ya existía la posibilidad de reclamar daños con anterioridad, no cabe duda de que la trasposición incrementará las posibilidades de los reclamantes (debido a cuestiones que ya fueron puestas de manifiesto ayer como el efecto vinculante o la presunción de daño), si bien quizás esto no se reflejará en las estadísticas hasta transcurridos unos años, cuando las resoluciones hayan adquirido firmeza.
- Sí hemos constatado un cierto incremento de peticiones de informes de daños (previstas en el artículo 5.2.b de la ley 3/2013) así como un número muy significativo de admisiones a trámite de demandas relacionadas, por ejemplo, con el Expediente de Camiones de la Comisión Europea, que podría ser un ejemplo de lo que cabe esperar que ocurra con nuestras resoluciones en unos años.
- Reunión de Jueces de lo Mercantil.
- También aquí, se ha señalado el **riesgo** que todas las autoridades de competencia hemos advertido: incentivos al programa de clemencia.

Ahora bien:

- ✓ Es posible que, a largo plazo, la reclamación de daños sea algo habitual y por tanto volverán a existir incentivos a pedir clemencia para evitar, al menos, la multa administrativa.
- ✓ Ahora, en el corto y medio plazo, las Autoridades de competencia debemos extremar la precaución en lo que se refiere al traslado de documentación y acceso a pruebas del clemente, para proteger el programa en la medida de lo posible.
- ✓ También recordar que la narrativa de nuestras resoluciones (en lo que se refiere a efectos) también es importante. Existe el riesgo de que se acrediten los efectos con mayor facilidad para el clemente debido a la colaboración que éste ofrece. Tenemos que ser conscientes de esto también y ponderar en cada caso.
- ✓ En este nuevo escenario de reclamaciones de daños, aumentan los incentivos al procedimiento transaccional en aquellos ordenamientos

jurídicos que poseen esta figura, ya que supone una resolución mucho más escueta y menos detallada que bajo el procedimiento ordinario.

- Por último, conviene aclarar **el papel de las Autoridades de competencia** en el proceso en sí de reclamación de daños:
 - No podemos actuar como peritos en cada reclamación (insuficiencia de recursos y objetivo ajeno a las funciones propias de la política de competencia)
 - Pero sí podemos ayudar a los jueces mediante directrices generales para la cuantificación del beneficio ilícito por nuestro mayor conocimiento de los efectos que generan las conductas sancionables.
- ✓ Por ello, la CNMC está trabajando en una guía que pretende recoger las mejores prácticas en materia de cuantificación de daños y el procedimiento de colaboración de la CNMC con los Juzgados de lo Mercantil.

2º) PROPUESTA DE DIRECTIVA ECN+

- Propuesta de la Comisión en marzo del pasado año.
- CNMC ha participado, junto con MINECO, en las negociaciones de la propuesta en el seno del Consejo Europeo. Ahora se encuentra en una fase muy avanzada de la negociación con los llamados “trílogos” entre Parlamento, Consejo y Comisión Europea.
- ¿Cómo surgió ECN+? Origen: evaluación de 10 años de aplicación práctica del Reglamento 1/2003 y los **problemas detectados en términos de aplicación uniforme de los artículos 101 y 102 del Tratado** por parte de los 28 EEMM y la Comisión.
- Conviene recordar que el Reglamento 1/2003 supuso toda una revolución en materia de aplicación paralela de las normas de competencia por parte de la Comisión Europea y los Estados miembros.

- La evaluación de impacto llevada a cabo por la Comisión Europea ha puesto de manifiesto que las autoridades nacionales están activas en sectores clave para el crecimiento y que la aplicación múltiple por parte de autoridades nacionales y comunitarias favorece una mayor disuasión en todo el territorio comunitario, lo que resulta crucial para la creación de un mercado interior competitivo.
- Pero..., el Reglamento 1/2003 no reguló los medios y los instrumentos necesarios para que las autoridades nacionales llevaran a cabo dicha aplicación, lo que se ha traducido en que:
 - algunas autoridades nacionales no tienen garantizada su independencia;
 - otras no cuentan con todos los instrumentos para detectar y perseguir las infracciones;
 - no todas pueden imponer multas disuasorias;
 - y hay divergencia en cuestiones tan relevantes como los programas de clemencia o los poderes de inspección.
- Estas carencias y limitaciones perjudican la eficacia del sistema de competencias.
- Por ello, se ha optado por una Directiva para llevar a cabo una armonización obligatoria, si bien solo de algunos elementos, dejando margen a los EEMM para ir más allá (es decir, se trata de una **armonización de mínimos**):
 - **Independencia y suficiencia de recursos:** se introducen supuestos tasados de conflictos de interés e incompatibilidades al abandonar la autoridad de competencia.
 - **Poderes:** establece los elementos mínimos que todas las autoridades deben tener en materia de inspecciones (incluida la facultad para obtener evidencias en soporte digital y correos electrónicos no abiertos que algunas autoridades, como la portuguesa, no disponen en la actualidad), entrevistas, requerimientos de información y medidas cautelares.

- **Multas:** recoge los requisitos para su fijación siguiendo los principios de disuasión y proporcionalidad que marca la jurisprudencia europea. Se fija el tope máximo en al menos 10% y se calcula sobre la base del volumen de negocios mundial.
- **Asistencia mutua:** se refuerzan las obligaciones de colaboración entre autoridades nacionales
- **Coordinación programas de clemencia:** se aclaran los sistemas de solicitudes abreviadas en varios países (hasta ahora establecidos solo en directrices – “soft law”) y se establecen reglas para la interrupción de la prescripción por la actuación de otra autoridad. La propuesta inicial incluía además la llamada regla de 5 días, que prima el orden de llegada de solicitudes de clemencia en Bruselas, algo que las discusiones en el Consejo no han pasado por alto y que difícilmente verá la luz.
- Muchos de esos elementos mínimos ya están en nuestro ordenamiento, pero la Directiva trae consigo algunas **oportunidades de mejora de nuestro sistema:**
 - **Mayor autonomía de las instituciones:** En lo que se refiere a independencia: la reclamación de una mayor autonomía presupuestaria.
 - **Priorización:** Además, la propuesta establece que la autoridad de competencia no debe verse obligada a iniciar una investigación y/o incoar un expediente ante cualquier denuncia, es decir, que la autoridad de competencia debe poder desestimar denuncias (sin necesidad de tener que archivarlas formalmente, previa realización de diligencias previas) en caso de no considerarlas prioritarias.
 - **Mejora de la coordinación de programas de clemencia entre Bruselas y la autoridad nacional:** se exige una mayor diligencia a la Comisión para evitar que las investigaciones dejen de ser eficaces si transcurre mucho tiempo antes de dejar el caso en manos de una autoridad nacional.

- Pero, también es cierto que, bajo la Directiva, surgirán **nuevas obligaciones**, como la de recaudar multas en nombre de otras autoridades cuando las empresas sancionadas no dispongan de activos o sede social en el país de la autoridad que sanciona.
- La aprobación de la Directiva se espera para los próximos meses, posiblemente dentro de la presidencia búlgara actual, y los EEMM dispondrán de 2 años para su trasposición.

2. REFORMAS EN EL ÁMBITO NACIONAL

1º) REFORMA LEY 15/2007

- Con ocasión del 10º aniversario de la LDC se inició un proceso de reflexión interna en la CNMC para valorar la conveniencia de mejorar y/o modificar parte del articulado de la LDC. No se trata de elaborar una nueva Ley (ya que la LDC ha demostrado ser muy eficaz a lo largo de estos 10 años) sino de hacer un **ajuste fino** de la existente, y aprovechar la ocasión para completar el instrumental de la CNMC introduciendo algunas herramientas eficaces que poseen otras autoridades de nuestro entorno.
- Para centrar ideas, hemos hecho:
 - 22 de mayo 2017, seminario sobre control de concentraciones
 - 12 de septiembre 2017, seminario sobre el procedimiento sancionador
 - 19 de diciembre 2017, seminario sobre el procedimiento de transacciones (settlements)
- Y también, el grupo de trabajo de **la CNMC también ha compartido los avances del proceso con las autoridades autonómicas de competencia** en las reuniones de diciembre (Grupo de Consejos) y febrero de este año (Direcciones).
- Fruto de este proceso de colaboración y aportación de ideas por parte de la comunidad antitrust, **hemos identificado claramente algunas mejoras**

potenciales de la LDC en las que ya estamos trabajando para elaborar una propuesta concreta al Gobierno:

- **SETTLEMENTS** (procedimiento transaccional):
 - Sin duda sería la novedad más relevante y el elemento que más se echa de menos en la LDC, dado que somos de los pocos países europeos que no cuentan aún con esta figura para la terminación de expedientes.
 - Ventajas mutuas: permitirían agilizar los procesos sancionadores mediante terminación consensuada entre las partes y la Administración, reducen la litigiosidad y otorgan cierta protección frente a las reclamaciones de daños.
 - Están demostrando ser muy eficaces en expedientes con clemencia en otras jurisdicciones, y su introducción tardía en España nos permite, al menos, beneficiarnos de la experiencia práctica de otras autoridades para adoptar el mejor diseño posible.
- **PROPUESTA SOBRE CONCENTRACIONES:**
 - Se han identificado áreas en las que existe cierta inseguridad (**valoración de restricciones accesorias, inadmisión de notificaciones**) cuya redacción en la ley y el reglamento podría mejorarse.
 - Hay consenso sobre la necesidad de aprovechar mejor la **consulta previa** prevista en la Ley, reduciendo el plazo de resolución de 3 meses a un mes, y así aumentar los incentivos a presentarla frente a la prenotificación. También creemos que sería deseable empezar a publicar las consultas previas.
 - Se ha planteado también (y habrá que analizarlo en profundidad) una **posible revisión de umbrales**, para establecer una facturación mínima.

○ **PROCEDIMIENTO SANCIONADOR:**

- En general se hace una valoración positiva del sistema de **plazo máximo** que tenemos para resolver los expedientes (y de hecho esto es algo que está empujando el Parlamento Europeo, en la negociación de la Directiva ECN+, para que lo hagan todos los EEMM ya que solo lo tenemos el Reino Unido y España). Sin embargo, parece conveniente adoptar cierta flexibilidad en casos complejos, que permitan ampliar el plazo quizás a 24 meses o prever supuestos de ampliación excepcional.
- Otro elemento de consenso parece encontrarse en lo que respecta a las **autorizaciones judiciales**: parece conveniente centralizar autorizaciones judiciales para homogeneizar criterios de resolución, evitar disparidades en casos idénticos, etc. Existe consenso en la necesidad de que resuelvan órganos con cierta especialización en la materia y criterios claros, especialmente siendo medidas adoptadas inaudita parte. En este sentido, una posibilidad es que las autorizaciones pasaran a ser dictadas por los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo.

ADEMÁS DE TODAS ESTA NOVEDADES...

2º) **MEDIDAS RECIENTES ADOPTADAS PARA MEJORAR LA EFICACIA DE LA ACTUACIÓN DE LA CNMC (DECÁLOGO MARÍN)**

- En espera de estas reformas desde Europa (ECN+) y dentro de nuestro propio ordenamiento jurídico (reforma LDC), en la CNMC ya estamos llevando a cabo una serie de medidas que anuncié hace unos meses para mejorar la eficacia de nuestra actuación en distintos frentes:

- Revisión jurisdiccional:
 - Desde septiembre estamos recibiendo todos los escritos de demanda contra resoluciones de la CNMC y preparando la argumentación jurídica desde la CNMC en **colaboración con la Abogacía del Estado**.
 - Refuerzo de la participación de la CNMC en los procedimientos ante la AN, especialmente mediante el **apoyo a la AE en las pruebas periciales**.
 - Además, en aras de la transparencia, hemos hecho un ejercicio de evaluación en profundidad de las **estadísticas de revisión jurisdiccional** en el período 2014-2018 y acabamos de publicar los resultados (+80% confirmaciones por el TS en media)
- Refuerzo de la solidez jurídica y económica de las resoluciones:
 - **2 Ofertas de empleo público** en los últimos 10 meses con casi 45 contrataciones de personal laboral (aunque después de varios años de congelación laboral). De la primera OPE, 3 personas se integraron en la AJ y en esta segunda convocatoria se espera que lo hagan otras tantas.
 - Es inminente la publicación de unas **directrices para la presentación de informes económicos** ante la CNMC, elaboradas por la Dirección de Competencia en línea con la práctica habitual de la CE y otras autoridades.
 - Se ha vuelto a acordar celebrar **vistas orales** en el marco de expedientes sancionadores que por su complejidad así lo requieran, algo que no se hacía desde 2010. El pasado mes de abril se celebró una vista en el marco del expediente de Agencias de Medios y el próximo mes se celebrará una nueva vista.
- Detección de oficio:

- Tal y como recoge la memoria de la CNMC para 2018, el grupo de trabajo informal que lleva desarrollando las tareas de “screening” para detectar casos de oficio, especialmente en el marco de las licitaciones públicas, pasará a formalizarse este año con la creación de una **Unidad de Inteligencia Económica**, con personal de perfiles especializados en estadística, informática y técnicas cuantitativas para el tratamiento de datos, aprovechando las oportunidades que ofrecen las amplias bases de datos disponibles.
- Continuamos impartiendo **formación a funcionarios** de la administración central, autonómica y local sobre contratación pública y detección de indicios de colusión.
- Multas:
 - Con la entrada en vigor de la Ley 39/2015, las Propuestas de Resolución de la Dirección de Competencia ya contienen una propuesta de sanción, lo que otorga a las empresas un trámite para la defensa de sus intereses a este respecto antes de la adopción de la resolución final, y permite adelantar el debate sobre las multas al ámbito administrativo.
 - En los últimos meses, la AN ha dictado diversas sentencias sobre recálculos de sanciones y sobre resoluciones en las que se empleó la nueva metodología de fijación de multas tras la anulación de la Comunicación. Las sentencias confirman la validez del nuevo sistema.
 - Tras esta confirmación de los tribunales, estamos trabajando en unas indicaciones provisionales sobre criterios para la fijación de multas que esperamos publicar también pronto. Objetivo: dotar de mayor transparencia y seguridad jurídica al sistema, especialmente importante si se introducen los “settlements” en nuestro marco jurídico.

Además, mi intención es organizar un seminario al que puedan asistir todas las personas interesadas en conocer en mayor detalle el contenido de estas directrices, que esperamos arrojen luz sobre el debate de multas que hemos vivido en estos últimos años.

3. COLABORACIÓN CNMC-AUTORIDADES AUTONÓMICAS

- No puedo finalizar mi intervención sin referirme a la estrecha colaboración existente entre nuestras autoridades, que espero continúe –o incluso se refuerce– con nuevas iniciativas como las que hemos tenido ocasión de conocer durante estas Jornadas en relación a las viviendas turísticas.
- En el último año:
 - Reuniones de formación sobre contratación pública y detección de colusión en licitaciones, de los cuales varios se han realizado en colaboración con las autoridades autonómicas de competencia de **Canarias, Andalucía, Navarra y La Rioja**.
 - Durante 2017 se ha organizado **una nueva edición del curso de inspecciones** que imparten los técnicos de la Dirección de Competencia de la CNMC, **más ambicioso** que los años anteriores, ya que se ha organizado con dos módulos diferenciados (unos sobre aspectos legales y procedimentales y otro dedicado exclusivamente al uso de herramientas informáticas en las inspecciones). En el mismo han participado un total de 21 inspectores de las distintas Comunidades Autónomas.
 - **83 expedientes asignados en 2017** (13 CNMC-70 CCAA)
 - **7 resoluciones de la CNMC** en 2017 de expedientes tramitados por los servicios técnicos de las autoridades autonómicas sin órgano de decisión

- Además, con gran satisfacción ya podemos decir que desde principios de este año contamos con convenios de colaboración con todas aquellas CCAA en las que aún no existe una autoridad de competencia autonómica.
- Jornadas como ésta, en la que celebramos 10 años de vida de una autoridad autonómica, la andaluza, y repasamos su valiosa y eficaz actuación en estos años son una satisfacción aún mayor.

Cierre

- El resultado es que hoy en día tanto las empresas como los consumidores son más conscientes de las reglas de juego limpio que deben prevalecer en los mercados, y que sus derechos serán defendidos en caso de que sean vulnerados.
- Esto se traduce en una competencia más justa, en igualdad de condiciones, y en unos consumidores que están más protegidos de los potenciales abusos de monopolios, oligopolios y acuerdos que incrementan los precios o limitan la calidad de los bienes y servicios ofertados en el mercado. Los más perjudicados por estas conductas, no es de extrañar, son los más desfavorecidos.
- La defensa de la competencia también ha jugado un papel relevante en la **transformación de la economía española** de los últimos años. Siempre definiendo que el impulso de la competencia en los mercados es **la reforma estructural más barata y efectiva** de las que contamos en la Unión Europea, en la que la política monetaria y fiscal están muy condicionadas. Más competencia no sólo se traduce en mejor calidad y precios, sino en un tejido productivo más competitivo, que ofrece empleos de más calidad, más estables y con mayores salarios. Es decir, no podemos esperar ser competitivos en la economía globalizada si nuestro mercado interior está cerrado y controlado por unas pocas empresas, si no hay juego limpio.
- Además, como las infracciones anticompetitivas perjudican más que proporcionalmente a los menos favorecidos, la defensa y promoción de la

competencia constituye una **eficaz política social** con efectos muy positivos en la reducción de desigualdades.

- El desarrollo de la política de competencia está resultando asimismo un **instrumento relevante para la lucha contra la corrupción y la regeneración democrática**, fundamentalmente a través de las actuaciones en el ámbito de la contratación pública. En este ámbito, la línea entre colusión y corrupción es muy delgada, y la persecución de acuerdos de reparto de las licitaciones da importantes frutos en términos de disuasión y limpieza de los concursos públicos, además de generar importantes ahorros a los contribuyentes. Asuntos tan escandalosos como el cártel de los pañales para adultos, las infraestructuras ferroviarias o las agencias de medios son solo algunos ejemplos de los últimos años que elevaron la factura de las arcas públicas. Las reclamaciones de daños por parte de las Administraciones públicas pueden y deben ahora buscar la restitución del perjuicio causado.
- Y finalmente, pero no por ello menos importante, la política de competencia está permitiendo **corregir o evitar que se legisle con barreras artificiales** como algunas de las que se han mencionado en la mesa redonda de esta mañana.
- Como autoridades de competencia, debemos tener clara nuestra contribución a la sociedad y a los ciudadanos, para los que seguiremos trabajando incansablemente, aunque, como digo muchas veces, nuestro esfuerzo acabe siendo inversamente proporcional al número de “amigos” que vamos haciendo.
- No puedo terminar sin pedirlos que las Agencias de Competencia continuemos haciendo lo que tenemos que hacer.
- Gracias por vuestra atención.