

LA RED ESPAÑOLA DE AUTORIDADES ECN. DOS AÑOS DE COOPERACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA

Isabel LÓPEZ SANZ

Inspector de Competencia
Subdirección General sobre Conductas
Restrictivas de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

En mayo de 2004, con la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, se introdujo un nuevo marco para la aplicación de las normas de competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE). El Reglamento comportaba numerosas novedades, siendo la básica el establecimiento de un sistema de exención legal directamente aplicable, en el que, tanto la Comisión Europea, como las Autoridades Nacionales de Competencia (ANC), y como los Órganos Jurisdiccionales de los Estados miembros, son competentes para aplicar íntegramente los arts. 81 y 82 del TCE.

El nuevo sistema obliga a las ANC a la aplicación de las normas comunitarias de competencia en aquellos casos en los que las prácticas en cuestión puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. El Reglamento realmente crea un sistema de competencias concurrentes en el que tanto la Comisión como las ANC¹ aplican los arts. 81 y 82 del TCE, y crea mecanismos de consulta e intercambio de información.

Para que esa aplicación concurrente en estrecha cooperación, por parte de las ANC y de la Comisión, sea coherente y eficaz, se creó la llamada Red de Autoridades de Competencia (ECN²) formada por la Comisión y las ANC,

¹ No se cita a los Órganos Jurisdiccionales ya que no cabría el establecimiento de una red de autoridades en la que se incluyeran a los Órganos Jurisdiccionales nacionales sin riesgo de interferencias en la independencia judicial. En el Reglamento 1/2003 aparecen los mecanismos de cooperación entre los Órganos Jurisdiccionales nacionales y la Comisión y las ANC en aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE. Desarrollándose especialmente en la «Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los Órganos Jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE» (2004/C101/04), DOCE C 101, de 27 de abril de 2004.

² *European Competition Network*.

nombradas por los Estados miembros conforme a lo establecido en el art. 35 del Reglamento 1/2003.

La ECN se define como una red de poderes públicos que, en defensa del interés público, actúan cooperando estrechamente en la aplicación de las normas de competencia. Es también un foro de discusión y cooperación en la política comunitaria de competencia y facilita una base para crear y mantener una cultura común de competencia en Europa³. En sentido práctico, la ECN consta de una serie de instrumentos que permiten a las ANC y a la Comisión llevar a cabo, entre otras, consultas mutuas, intercambio de información, cooperación en las investigaciones y otra serie de medidas que finalmente posibilitan una aplicación coherente de las normas de competencia comunitarias y que facilitan la discusión para el establecimiento de una política común de competencia.

Este artículo pretende dar una visión general y práctica de la ECN, a lo largo de sus poco más de dos años de vida, no sólo de sus logros sino especialmente de los trabajos que ha conllevado su funcionamiento, y que continúan, pues la Red de autoridades sigue su rodaje. Se destacan los esfuerzos de los Estados miembros para armonizar todos los marcos legislativos nacionales alineándolos con el Reglamento 1/2003, lo que permite la aplicación coherente de las normas de competencia comunitarias, facilita la puesta en funcionamiento de todos y cada uno de los mecanismos de cooperación de la Red de Autoridades de Competencia contemplados en el Reglamento 1/2003, y ofrece a las empresas y consumidores una imagen clara de la unidad, en todos los Estados miembros de la UE, en la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE.

2. FUNDAMENTOS NORMATIVOS DE LA ECN

Los principios en los que se basa el funcionamiento de la Red se encuentran en la «Declaración Conjunta del Consejo y de la Comisión sobre el funcionamiento de la Red de Autoridades de Competencia»⁴ (Declaración Conjunta) y en la «Comunicación de la Comisión sobre la Cooperación en la Red de Autoridades de Competencia»⁵ (Comunicación de Cooperación). Por su parte, los instrumentos jurídicos que enmarcan el funcionamiento de la red se recogen en el Reglamento 1/2003, de modo particular en los arts.⁶ 11, 12, 13, 14, 16.2 y 22.

³ Apartado núm. 1 de la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (2004/C101/03). *DOCE* C 101, de 27 de abril de 2004.

⁴ http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/joint_statement_en.pdf.

⁵ Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (2004/C101/03). *DOCE* C 101, de 27 de abril de 2004.

⁶ Que respectivamente se corresponden con los siguientes títulos: 11. *Cooperación entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros*; 12. *Intercambio de información*; 13. *Suspensión o fin de procedimiento*; 14. *Comité consultivo*; 16. *Aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia*, y 22. *Investigaciones efectuadas por las autoridades de competencia de los Estados miembros*.

La Declaración Conjunta, que fue adoptada junto con el Reglamento 1/2003, no crea derechos jurídicos ni obligaciones. Es una declaración de carácter político que se limita a recoger los principios generales en los que se basa el funcionamiento de la Red de Autoridades de Competencia y algunos otros elementos claves en el reparto de tareas entre los miembros de la Red, como los criterios que permitan establecer cuál es la autoridad mejor situada para llevar un caso en el que se de la concurrencia de varias, y otros criterios prácticos que faciliten una aplicación coherente de los arts. 81 y 82 del TCE.

La Comunicación de Cooperación detalla el sistema de cooperación entre las autoridades de la Red en tres grandes capítulos:

- La división del trabajo, que desarrolla lo establecido en los arts. 11(1) y (2), 12, 13 y 22 del Reglamento 1/2003. Recoge los principios para el reparto de asuntos entre las autoridades de la Red, los mecanismos de cooperación para el reparto de asuntos, para la asistencia entre autoridades y trata determinados aspectos sobre la situación de las empresas, especialmente de aquellas que se acogen a programas de clemencia.
- La aplicación coherente de las normas de competencia, que desarrolla los mecanismos de cooperación recogidos en los apartados 4 y 5 del art. 11 del Reglamento 1/2003, y el procedimiento de aplicación del art. 11(6) por parte de la Comisión.
- El alcance y funcionamiento del Comité consultivo, desarrollando el art. 14 del Reglamento 1/2003.

3. DESCRIPCIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DE LA ECN

La Red ECN debe garantizar tanto el reparto eficaz de los asuntos a los que sean de aplicación los arts. 81 y 82 del TCE, como que la aplicación de los mismos sea efectiva y coherente en toda la UE.

Aunque el funcionamiento de la ECN se recoge fundamentalmente en la Comunicación de Cooperación, no obstante, la cooperación que se lleva a cabo en la misma no se reduce al conjunto de actuaciones explícitamente recogidas en dicho documento.

La Comunicación de Cooperación desarrolla los detalles de funcionamiento de la Red, que podríamos agrupar en los siguientes conjuntos de instrumentos: la asignación de casos 81 y/o 82, los mecanismos de cooperación en la aplicación de las normas de competencia, los mecanismos que permiten la aplicación uniforme de las normas de competencia y el Comité Consultivo.

Pero también la cooperación entre las Autoridades de la ECN supone una serie de continuos contactos bilaterales y multilaterales entre autoridades a todos los niveles, que surgen de la aplicación del art. 11(1) del Reglamento

1/2003, que establece que «*La Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros aplicarán las normas de competencia en estrecha colaboración*». En concreto dentro de la ECN se han creado grupos de trabajo en los que las ANC junto con la Comisión, y en un marco de cooperación voluntaria, discuten distintos temas de política de competencia, de normativa y sectoriales en un régimen de construcción de consenso. Todo lo cual se procede a comentar con más detalle.

A. LA ASIGNACIÓN DE CASOS EN LA ECN

Dadas las competencias concurrentes entre las ANC y la Comisión para la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE, ocurre que los asuntos (o casos de aplicación de los arts. 81 y/o 82 del TCE) pueden ser tramitados por una ANC, con o sin la ayuda de otras ANC, por varias ANC actuando de forma concurrente, o por la Comisión.

La Comunicación de Cooperación, en pro de una aplicación eficaz de las normas de competencia, da una serie de pautas para que, en caso de concurrir varias autoridades, se establezca una adjudicación de asuntos que facilite que la autoridad de competencia de la ECN que pueda afrontar en mejores condiciones dicho asunto sea quien lo lleve a efecto.

Con independencia de que haya otras autoridades, bien interesadas en el caso, o cuyos territorios aparecerían afectados por la práctica en cuestión, la Comunicación de Cooperación recomienda que en la medida de lo posible sea una única autoridad la que entienda de un determinado asunto. Y todo ello teniendo en cuenta la salvedad de que cada autoridad goza de plena libertad para decidir si lleva o no un caso.

El sistema de adjudicación propuesto en la Comunicación necesita, en primer lugar, de un proceso de notificación entre los miembros de la ECN de los casos que se inician en aplicación de los arts. 81 y/o 82 del TCE, del que se tratará con más detalle al hablar de los mecanismos de cooperación.

En principio, la autoridad que inicia un caso —y que lo notifica en primer lugar a la ECN— será la responsable del asunto, pero puede darse la situación de que dicha autoridad no se considere la mejor situada para llevar a cabo la investigación del asunto, o que otras autoridades también se consideren competentes sobre el mismo.

Para el reparto de los asuntos, la Comunicación de Cooperación establece que tras la notificación del caso por una autoridad se inicia un periodo de dos meses durante el que se puede llevar a cabo una reasignación a petición de las autoridades interesadas, pero sin que eso suponga la interrupción de las investigaciones en curso sobre el asunto.

La Comunicación marca una serie de pautas que permitirían establecer en cada caso cuál es la autoridad mejor situada, cuándo sería procedente

una actuación concurrente y cuándo la autoridad mejor situada al respecto de un caso es la Comisión.

En general, la autoridad mejor situada será aquella en cuyo territorio se den real o previsiblemente los efectos de las prácticas y/o las prácticas, que pueda llevar a cabo una actuación efectiva para que finalicen las mismas, y que pueda disponer de toda la información necesaria en la investigación del caso, por sus propios medios o gracias a la cooperación de otras autoridades de competencia. Y si las prácticas tienen efectos en al menos tres Estados miembros, claramente será la Comisión la autoridad mejor situada. También recoge, como situaciones que hacen que la Comisión sea considerada como la autoridad mejor situada para entender de un caso, el que éste aparezca vinculado a otras disposiciones comunitarias de aplicación exclusiva por parte de la Comisión, o que la actuación de la Comisión redunde en mayor eficacia, o en casos en los que el interés comunitario requiera una decisión de la Comisión.

Finalmente contempla la posibilidad de que varias ANC lleven simultáneamente un caso, que tenga efectos en sus propios territorios, indicando que dicha situación puede ser apropiada en el caso de que la acción de una única autoridad no pueda poner fin a la práctica o sancionarla adecuadamente y sugiriendo que las actuaciones de las distintas autoridades sean coordinadas.

B. LOS MECANISMOS DE COOPERACIÓN

Los mecanismos de cooperación son los que aparecen contemplados en el Reglamento 1/2003 en los arts. 11, 12, 13 y 22. La Comunicación de Cooperación los desarrolla y son la notificación a la ECN de los casos, el intercambio y uso de información entre las autoridades de la ECN, la suspensión y cierre de procedimiento y las inspecciones y otras medidas de investigación efectuadas por una ANC a solicitud de otra autoridad de competencia. Son las herramientas que facilitan la cooperación de las autoridades de la ECN en la resolución de casos en aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE.

a) *La notificación a la red de los casos iniciados en aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE*

Las notificaciones de los casos de aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE a la ECN se llevan a cabo en virtud de lo preceptuado en el art. 11(3) del Reglamento 1/2003. Éste establece que una autoridad nacional que inicie una investigación en un determinado asunto en aplicación de los arts. 81 y/o 82 del TCE, debe notificarlo a la Comisión y puede notificarlo al resto de ANC. Un sistema similar se establece en el art. 11(2) si el asunto es ini-

ciado por la Comisión, siendo en ese caso la Comisión la que notifique a las ANC el inicio de una investigación en aplicación de los arts. 81 y/o 82 del TCE.

En la práctica la notificación del inicio de un caso, por parte de una ANC, se dirige al resto de ANC al mismo tiempo que se envía a la Comisión. La cooperación de todos los miembros de la ECN al respecto ha sido llevada a cabo desde la entrada en vigor del Reglamento 1/2003. La notificación se realiza por medio de una base de datos electrónica y consiste en informar a los miembros de la ECN, según un modelo estándar, de los contenidos de un determinado asunto describiendo sus características esenciales, la autoridad que lo tramita, la infracción denunciada, la presunta duración de la infracción y el origen del asunto, entre otros. Todo lo cual permite que el resto de ANC puedan valorar claramente los elementos esenciales del caso, en especial de cara a una posible concurrencia y/o readjudicación del mismo.

El siguiente cuadro recoge el número de casos que han sido notificados⁷ a la ECN desde la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 hasta noviembre del 2006:

	2004	2005	2006
Casos 81 y/o 82 notificados a la Red por la Comisión	101	22	10
Casos 81 y/o 82 notificados a la Red por las ANC	200	182	136

b) *La suspensión o archivo de un caso sobre el que se ha llevado a cabo una decisión o que está siendo investigado por otra ANC*

Otro mecanismo para la cooperación es el que tiene su base jurídica en el art. 13 del Reglamento 1/2003. Contempla la posibilidad de desestimar una queja, suspender, o concluir un procedimiento, por parte de una autoridad nacional, en un caso de reasignación o en un caso sobre el que otra autoridad ya haya tomado o esté tramitando una decisión al respecto.

Siempre debe de tratarse de la misma infracción, en el mismo mercado geográfico y de producto; no obstante, puede aplicarse a una parte de la denuncia o procedimiento, y su aplicación será siempre voluntaria.

⁷ Fuente, página web de la DGCOMP de la Comisión Europea: <http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/statistics.html>.

El mecanismo facilita el procedimiento de la asignación de casos y evita la duplicidad de decisiones en un mismo asunto.

Conviene comentar que no es la única herramienta al respecto ya que las actuaciones de suspensión y cierre de procedimiento en aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE, por las ANC, también pueden realizarse con la base jurídica de sus propias normas de procedimiento nacionales.

c) *El intercambio y uso de información. La asistencia de otras ANC*

El tercer mecanismo clave en el funcionamiento de la ECN es el intercambio y uso de información, incluida la información confidencial, contemplado en el art. 12 del Reglamento 1/2003. Dicho artículo da a las ANC la potestad de intercambiar y utilizar información en aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE, por tanto les otorga una herramienta que facilita la instrucción eficaz de los asuntos de infracción de los arts. 81 y 82 del TCE.

Conviene comentar que el intercambio de información establecido en dicho art. 12 prevalece sobre cualquier ley nacional contraria al respecto. Solamente se contempla una circunstancia que puede frenar dicho intercambio y es que haya sido impugnada la legalidad de la recopilación de la información por parte de la autoridad que la recaba.

Amparado en la posibilidad para el intercambio y uso de información del art. 12, el Reglamento 1/2003 recoge otro mecanismo que facilita a las ANC la cooperación en aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE. Es la facultad de llevar a cabo inspecciones u otras medidas de investigación a solicitud de la Comisión o de otra ANC, que se recoge en el art. 22 del Reglamento 1/2003. Esta herramienta permite a los miembros de la Red pedir ayuda a otro miembro a la hora de obtener la información, necesaria para demostrar la existencia de una infracción de los arts. 81 y 82 del TCE, que posteriormente puede ser intercambiada y utilizada en la resolución del caso por la autoridad de competencia solicitante.

No obstante lo anterior, conviene comentar que el propio Reglamento 1/2003 también recoge una serie de salvaguardas para las empresas, en sus arts. 28, 12(2) y 12(3), sobre la confidencialidad de determinados documentos, el uso de la información intercambiada y la prohibición del uso de la información intercambiada para la imposición de penas privativas de libertad a personas físicas, y que la Comunicación de Cooperación desarrolla.

C. LA APLICACIÓN UNIFORME

El Reglamento 1/2003 mediante lo preceptuado en sus arts. 11(4) y 11(6) facilita, por una parte, que todas las decisiones que lleven a cabo las

ANC en aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE sean coherentes, y por otra, permite que la Comisión pueda adoptar en cualquier momento una decisión en un caso particular ya que, como guardiana de los Tratados, tiene la responsabilidad última sobre la coherencia o uniformidad en aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE.

En el primer caso, el art. 11(4) recoge la obligación de las ANC de notificar a la Comisión cualquier proyecto de decisión que lleve a cabo en aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE, por el que se ordene el cese de una infracción, se acepten compromisos o se retire una exención, y ello, treinta días antes de la adopción de la decisión⁸. Transcurrido dicho periodo la decisión puede ser adoptada por la ANC salvo que la Comisión decida incoar un procedimiento [y para ello aplicaría el art. 11(6)]. En cualquier caso la Comisión podrá hacer observaciones a la ANC sobre el proyecto de decisión que le ha sido notificado.

En cuanto a lo preceptuado en el art. 11(6), permite a la Comisión que en un asunto, en el que vaya a emitir una decisión de aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE, retirar la competencia a cualquier ANC que estuviese entendiendo sobre el mismo.

La Comunicación de Cooperación deja claro que una vez la Comisión haya incoado su procedimiento en un determinado asunto, el resto de ANC no podrán incoar un procedimiento sobre el mismo caso.

En los casos en que una o varias ANC ya hayan notificado un determinado caso a la ECN y la Comisión decida iniciar un procedimiento durante el periodo de los dos meses de adjudicación, la Comisión siempre deberá consultar a las ANC interesadas en el caso.

Una vez transcurrido el periodo de asignación, la Comisión sólo podrá aplicar el art. 11(6) en casos tasados por la Comunicación, como son: que las ANC entendiendo del caso no se opongan, que se prevea la toma de decisiones contradictorias, o contrarias a la jurisprudencia consolidada, o que las ANC alargaran el procedimiento indebidamente, o cuando se plantee un problema de competencia similar en varios Estados miembros, o para asegurar la aplicación efectiva de las normas de competencia.

La retirada de la competencia a la ANC, fuera del periodo de asignación, se lleva a cabo previa información por escrito de la Comisión a las ANC y teniendo éstas la posibilidad de solicitar el desarrollo de un Comité Consultivo para la discusión de la adjudicación del asunto antes de que la Comisión incoe el procedimiento.

En cualquier caso, una vez emitida la decisión sobre un caso por parte de la Comisión, la Autoridad nacional que inicialmente se ocupaba del caso

⁸ Otro tipo de decisiones como las de desestimación de denuncia, archivos o medidas cautelares, pueden notificarse de manera voluntaria tanto a la Comisión, como al resto de miembros de la ECN, así lo indica la Comunicación de Cooperación haciendo referencia al art. 11(5) del Reglamento 1/2003.

recuperaría la competencia sobre el mismo. En el caso de que la Comisión adoptara una decisión de compromisos, la Autoridad nacional podría aplicar los arts. 81 y 82 a los citados acuerdos, hasta la fecha de la adopción de los compromisos, e incluso sancionar.

D. EL COMITÉ CONSULTIVO

Realmente podría considerarse como un instrumento más para la aplicación uniforme de las normas de competencia comunitarias en la ECN, si no fuera porque se trata de una figura ya existente en el reglamento que precedió al Reglamento 1/2003⁹ y que se mantiene en el nuevo sistema de aplicación descentralizada.

El Comité Consultivo ha sido y continúa siendo un foro de discusión donde los expertos de competencia de la ECN debaten asuntos concretos, a los que son de aplicación los arts. 81 y 82 del TCE, y temas de legislación comunitaria de competencia.

No obstante, el Comité Consultivo, contemplado en el art. 14 del Reglamento 1/2003, recoge una serie de novedades¹⁰ que facilitan su uso como instrumento de la ECN.

En concreto se contempla la posibilidad de que sirva de foro de discusión no sólo de los casos llevados por la Comisión sino también de los asuntos en tramitación por las ANC, facilitando así una aplicación coherente. La propuesta de discusión de asuntos tramitados por las ANC puede proceder tanto de la Comisión como de las ANC. Sin embargo, en ese caso el Comité consultivo no emitirá dictamen sobre dichos asuntos.

Y como ya se comentó, al hablar de la aplicación del art. 11(6) por la Comisión, otra de las novedades del Comité consultivo relacionada con el funcionamiento de la ECN, es la posibilidad de que, a solicitud de las ANC, se traten en un Comité Consultivo aquellos asuntos en los que la Comisión se disponga a incoar un procedimiento con los efectos de retirada de la competencia de otras ANC contemplada en el art. 11(6). En cualquier caso, la Comunicación de Cooperación indica que el Comité consultivo también puede ser considerado como foro de debate a la hora de discutir la asignación de casos.

E. LOS FOROS DE DISCUSIÓN

La cooperación en la ECN conlleva la existencia de foros de discusión de distinto nivel, que tratan temas de política de competencia. Éstos constitu-

⁹ Reglamento núm. 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962.

¹⁰ Otras novedades son: la posibilidad de que se lleve a cabo por escrito y de que se publique el dictamen del Comité.

yen otro instrumento para la cooperación en la ECN, que aunque no aparezca explícitamente desarrollado en la Comunicación de cooperación, responde a lo preceptuado en el art. 11(1) del Reglamento 1/2003 y resulta muy relevante en el funcionamiento de la Red.

El primer lugar en los foros de discusión lo ocupa la reunión de Directores Generales de Competencia¹¹, la cual reúne a los máximos responsables de las ANC junto con los de la Comisión, una vez al año, para discutir las cuestiones más relevantes de la política de competencia.

El siguiente nivel lo constituyen las llamadas reuniones del Plenario de la ECN, donde los representantes de todas las ANC se reúnen con los representantes de la Comisión para tratar cuestiones de interés común en el funcionamiento de la ECN. Entre otros, se tratan temas de procedimiento, los documentos e investigaciones realizadas por los grupos de trabajo de la ECN, y se llevan a cabo discusiones preliminares sobre las propuestas normativas de la Comisión y cualquier otro tema que afecte al funcionamiento de la ECN.

Un tercer escalón es el formado por los foros de discusión llamados grupos de trabajo ECN. En ellos las ANC participan, de manera voluntaria, junto con la Comisión, mediante representantes expertos en las materias de las que se ocupan. Los temas de discusión son tanto temas horizontales (como son cuestiones de normativa) como verticales (análisis de la competencia en determinados sectores). La discusión en dichos grupos pretende compartir experiencias y llegar en la medida de lo posible al desarrollo de unas buenas prácticas, todo ello mediante la construcción de un consenso en los diversos temas tratados.

Los grupos de trabajo que actualmente existen dentro de la ECN son numerosos y todos utilizan indistintamente las reuniones y las comunicaciones electrónicas como herramienta de trabajo.

Sobre temas horizontales conviene destacar los siguientes grupos: el llamado grupo de trabajo de clemencia¹², que aborda las posibles dificultades que generan la existencia de distintos programas de clemencia en la ECN; el grupo de cuestiones transitorias, que se centra en las cuestiones surgidas de la puesta en práctica del Reglamento 1/2003; el grupo de sanciones, que se centra en cuestiones relativas a la heterogeneidad de los procedimientos sancionadores de los Estados miembros; el grupo de información y comunicación, que se ocupa de la comunicación de la ECN con el público en general; el grupo sobre el abuso y posición de dominio y el de los economistas jefes.

Sobre temas sectoriales existe un gran número de grupos destinados a tratar temas de competencia en sectores concretos. Conviene citar al grupo

¹¹ Dicho foro existía con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, no obstante se menciona ya que trata los temas de cooperación dentro de la ECN al más alto nivel.

¹² Para una mayor información ver apartado 4 de este artículo.

de Servicios Profesionales por el documento que ya ha publicado¹³ fruto de su trabajo.

4. LA ARMONIZACIÓN DE LAS LEGISLACIONES

La armonización de las legislaciones nacionales de competencia podría considerarse como uno de los logros o consecuencias del funcionamiento de la ECN.

En el año 2004 muchos Estados miembros llevaron a cabo la revisión de sus legislaciones nacionales de competencia a fin de adaptarlas a la nueva política de la Comisión, para la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE, recogida en el Reglamento 1/2003. Los cambios han buscado una mayor convergencia entre los sistemas nacionales y el comunitario.

Se comenta a continuación cada uno de los elementos claves en la convergencia de las legislaciones nacionales de competencia con el Reglamento 1/2003.

Y dado que dicha convergencia ha sido uno de los motores de la reforma del sistema de Defensa de la Competencia en España, en cada uno de los elementos considerados claves en la convergencia se comentara cómo ha sido tratado en nuestro país, en el nuevo Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia¹⁴.

Mención aparte merece la convergencia en los programas de clemencia, ya que ha sido objeto de un trabajo concreto en la ECN que ha concluido en la elaboración de un Programa Modelo que marca la convergencia de las legislaciones nacionales de competencia en este aspecto.

A. CONVERGENCIA DE LAS LEGISLACIONES NACIONALES¹⁵

a) *Los sistemas nacionales de notificación*

El elemento de convergencia refleja la adopción o no por parte de los sistemas nacionales de la nueva política de exención legal directamente aplicable.

El art. 1(2) del Reglamento 1/2003 establece que: «*Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del art. 81*

¹³ *Overview of national competition authorities' advocacy and enforcement activities in the area of professional services (February 2004-Spring 2006)*, http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/index_en.html.

¹⁴ El documento referido a lo largo del artículo es el texto que aparecía publicado en la página web del Congreso de los Diputados como el texto remitido por el Congreso al Senado, con fecha 30 de marzo de 2007.

¹⁵ La información de la que dispone la autora al respecto está actualizada a diciembre de 2006 y se refiere a una encuesta realizada dentro de la ECN sobre un total de 27 Estados miembros.

del Tratado que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo no estarán prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna al respecto».

Por su parte, el art. 5 del Reglamento 1/2003 recoge las decisiones que podrá adoptar una ANC en aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE: orden de cesación de infracción, adopción de medidas cautelares, aceptación de compromisos e imposición de multas u otras sanciones previstas en la ley nacional. No obstante indica que, en el caso de que de la información que se disponga no se acrediten las condiciones para la prohibición, la ANC podrá decidir que no procede su intervención.

Es decir, en ningún caso podrá haber un pronunciamiento de una ANC sobre una autorización de acuerdos en virtud del art. 81(3) del TCE.

A la entrada en vigor del Reglamento, un total de 20 Estados miembros derogaron o manifestaron su intención de derogar su sistema nacional de notificaciones para la obtención de una autorización.

En cuanto al resto, los cuales mantenían su sistema de notificación, de cara a la obtención de una autorización de los acuerdos notificados, ésta podría únicamente otorgarse en virtud de la ley nacional de competencia que contemplara dicha posibilidad, pero no en aplicación del art. 81(3).

En la actualidad un 63 % de Estados miembros no disponen de sistema de notificación y autorización de acuerdos, disfrutando de plena convergencia con lo establecido en el Reglamento 1/2003 al respecto. Del resto de Estados miembros sólo un 22 % mantienen el sistema de notificaciones y autorizaciones y un 11 % está considerando la posibilidad de hacer un cambio en su normativa hacia la convergencia.

Este último es el caso de España, que en su Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia establece el paso del antiguo sistema de autorización singular de acuerdos prohibidos a un sistema de exención legal del que se dice que está *«en línea con el modelo comunitario»*.

b) *La aplicación paralela de las normas de competencia nacionales y de los arts. 81 y 82 del TCE*

Antes del 1 de mayo de 2004, fecha de entrada en vigor del Reglamento 1/2003, no todos los Estados miembros, que hasta la fecha aplicaban los arts. 81(1) y 82 del TCE, recogían en sus legislaciones nacionales la posibilidad de aplicar conjuntamente las normas nacionales y las comunitarias tal y como lo establece el art. 3(1) del Reglamento 1/2003.

En la actualidad el 92,5 % de los Estados miembros contemplan o están en vías de contemplar en sus normas nacionales dicha posibilidad, estando

España incluida entre ellos y disfrutando de una experiencia de muchos años¹⁶ en la aplicación paralela de dichas normas.

c) *Imposición de remedios estructurales*

El art. 7(1) del Reglamento 1/2003 contempla la posibilidad de que la Comisión, tras constatar una infracción de las normas de competencia comunitarias, podrá imponer a las empresas infractoras remedios estructurales o de comportamiento proporcionados para garantizar el cese de la misma. La convergencia de las legislaciones nacionales, en este aspecto, es de las más bajas. Sólo un 31 % de los Estados miembros tiene dicho precepto, no estando España incluida entre ellos, en su legislación actual. No obstante, el nuevo Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia en su art. 53.2.b) contempla la posibilidad de que las resoluciones del Consejo de Competencia incluyan la imposición de condiciones estructurales o de comportamiento.

d) *Poderes para la adopción de medidas cautelares*

El art. 8 del Reglamento 1/2003 establece la posibilidad y las condiciones para adoptar una decisión de medidas cautelares en un caso de competencia. Este precepto se contempla de forma muy similar en un 81 % de los Estados miembros, entre los que se encuentra España.

e) *Adopción de decisiones con compromisos*

La convergencia, aunque con matices, en el procedimiento para el cierre de un caso mediante una decisión de compromisos se da en un 70 % de los Estados miembros, entre los que se encuentra España. En nuestro país, este tipo de decisiones son las llamadas terminaciones convencionales, que aparecían contempladas en la Ley de Defensa de la Competencia con anterioridad a la publicación del Reglamento 1/2003. La diferencia del procedimiento español con respecto al comunitario se centra en que las decisiones de compromisos de la Comisión pueden adoptarse incluso tras el envío de un pliego de cargos y son la consecuencia de la imposición de condiciones de la Comisión a la empresa denunciada o contra la que se dirige el procedimiento. En el procedimiento nacional los compromisos se incluyen en el llamado acuerdo de terminación convencional, que nunca se podrá llevar a cabo tras el envío de un pliego de concreción de hechos y que debe ser firmado no sólo por el Servicio de Defensa de la Competencia y la denunciada sino también por la denunciante, si es el caso.

¹⁶ Ver Real Decreto 1882/1986, de 29 de agosto, relativo a la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de abril de 1957.

No obstante, el nuevo Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia —en su art. 52— modifica el sistema actual. Permite la realización de un acuerdo de terminación convencional, basado en los compromisos propuestos por la empresa supuestamente infractora, incluso tras el envío del pliego de concreción de hechos, aunque nunca tras la emisión del informe propuesta.

f) *Poderes para precintar locales, libros, otros documentos y bienes de una empresa*

El art. 20(2)d) permite a los agentes y personal acreditado por la Comisión precintar instalaciones, libros y documentos de las empresas que son sometidas a inspección según el Reglamento 1/2003. De dichos poderes dispone de un 70 % de los Estados miembros. En el caso español, en el nuevo Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia se recoge dicha posibilidad en el art. 40.2.e).

g) *Inspecciones en otros locales*

El art. 21 del Reglamento 1/2003 recoge una de las novedades más llamativas en las herramientas otorgadas a la Comisión sobre sus poderes de investigación, como son las llamadas inspecciones domiciliarias o en otros locales, distintos de los de la empresa. Dicho artículo prevé la posibilidad de llevar a cabo actuaciones de inspección en otros locales, terrenos, medios de transporte, domicilios particulares de los empresarios, de los administradores o del personal de las empresas o asociaciones afectadas por la investigación.

A pesar de la novedad de la herramienta, la convergencia de las legislaciones nacionales de los Estados miembros con este precepto resulta bastante alta, alcanzando el 67 % de plena convergencia, que podría elevarse en breve, pues un 7 % está considerando la posibilidad de modificar sus normas nacionales en esta dirección.

En el caso español, el Real Decreto 2295/2004¹⁷ es la norma que trata el tema pero únicamente en lo que se refiere a la asistencia a la Comisión en sus inspecciones dictadas en virtud del art. 20 del Reglamento 1/2003 y que se llevarán a cabo en territorio español. Por su parte, el nuevo Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, recoge en su art. 40.2.a) la posibilidad de llevar a cabo inspecciones en los domicilios particulares de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas.

¹⁷ De 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia. BOE núm. 308, de 23 de diciembre de 2004.

h) *Multas a asociaciones de empresas*

El art. 23 del Reglamento 1/2003, en sus apartados 2 y 4, recoge un procedimiento para la imposición de sanciones a asociaciones de empresas, que subsana la dificultad constatada en la experiencia para cobrar las multas impuestas a dichas asociaciones. Únicamente cuatro Estados miembros convergen completamente en este aspecto. En el caso español, el nuevo Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia en su art. 61.3 recoge un procedimiento, semejante al de la Comisión, que en cualquier caso resuelve el problema de un posible impago de sanciones por parte de las asociaciones de empresas.

i) *Orientaciones informales*

El considerando núm. 38 del Reglamento 1/2003, en favor de la seguridad jurídica de las empresas y de la contribución de éstas al fomento de la innovación y de las inversiones, contempla la posibilidad de que la Comisión lleve a cabo un pronunciamiento informal en casos novedosos o sin resolver en materia de competencia. El citado considerando indica explícitamente que el Reglamento 1/2003 no será en ningún caso obstáculo para dichos pronunciamientos, que por otra parte la norma no regula.

La posibilidad de este tipo de actuaciones se contempla en un 55 % de las legislaciones nacionales de competencia de los Estados miembros, aunque no necesariamente con los matices, que recoge el Reglamento, sobre la contribución a la innovación y las inversiones.

En cualquier caso, por pronunciamientos informales se podría entender cualquier tipo de orientación no vinculante otorgada por una autoridad de competencia a respuestas de una consulta informal. En el caso español, ni la Ley de Defensa de la Competencia en vigor ni el nuevo Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia establecen nada en contra de este tipo de pronunciamientos informales.

j) *Investigaciones sectoriales*

La Comisión, en virtud del art. 17 del Reglamento 1/2003, está facultada para llevar a cabo investigaciones en sectores económicos y en determinados tipos de acuerdos. Dichas investigaciones podrán terminar en la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE, pudiendo la Comisión publicar finalmente un informe sobre los resultados de su investigación. Aunque no se trata de un nuevo poder de la Comisión, el interés de la convergencia en este punto es relevante, en especial de cara a los mecanismos de cooperación e intercambio de información, que entre las Autoridades de Competencia encargadas de aplicar los arts. 81 y 82 del TCE contempla el Reglamento 1/2003.

Con excepción de dos Estados miembros, el resto, incluido España, dispone de preceptos similares a los establecidos en el Reglamento 1/2003 para llevar a cabo investigaciones sectoriales.

k) *Relaciones con los Órganos Jurisdiccionales en aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE*

El Reglamento 1/2003 en su art. 6 declara la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE. Lo novedoso es la declaración, no la aplicación de los artículos por los tribunales nacionales que ya había sido reconocida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al menos para los arts. 81(1) y 82.

El problema, más que de armonización de legislaciones nacionales a este respecto, se suscita en si los Estados miembros disponen o no de tribunales específicos para la aplicación de las normas comunitarias de competencia. Y la respuesta es que, aunque algunos Estados miembros aún están considerando el tema, una mayoría, el 78 % de las ANC, no dispone de tribunales específicos para la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE. España dispone de los Juzgados de lo Mercantil, entre cuyas competencias específicas se recogen los procedimientos de aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE y de su derecho derivado.

l) *El procedimiento para la figura del Amicus curiae*

De este punto, recogido en el art. 15(3) del Reglamento 1/2003, se deduce la conveniencia de que los Estados miembros puedan establecer un procedimiento que permita a las ANC presentar por propia iniciativa observaciones a los órganos jurisdiccionales, de sus propios Estados miembros, en cuestiones relativas a la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE. Sobre este respecto se puede comentar que aun un 26 % de ANC sigue considerando el procedimiento para poner en práctica el precepto del *Amicus curiae*. El art. 16.1 del nuevo Proyecto del Ley de Defensa de la Competencia establece que dicha actuación se llevará a cabo en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en este sentido, la Disposición adicional segunda recoge una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil para regular esta cuestión.

B. EL PROGRAMA MODELO DE *LENIENCY*

Según lo establecido en el punto núm. 37 de la Comunicación de Cooperación se podría definir un programa de clemencia, o de *leniency*, como el sistema por el que una autoridad de competencia ofrece a las

empresas la inmunidad total o la reducción de las multas, que en otro caso serían impuestas a los participantes en un acuerdo de cártel, a cambio de la presentación libremente consentida de evidencias relativas a dicho acuerdo prohibido, antes o durante la investigación del asunto por las autoridades.

En el sistema de competencias concurrenciales en la aplicación de los arts. 81 y 82 por las ANC y la Comisión, la solicitud de clemencia por parte de una empresa participante en un cártel, dados los posibles efectos del acuerdo en varios mercados nacionales, debería presentarse ante las ANC de todos aquellos Estados miembros cuyos territorios se vean afectados por los acuerdos restrictivos en cuestión.

Esta cuestión fue detectada por la Red de autoridades, la cual consideró que deberían hacerse los esfuerzos necesarios para facilitar a las empresas, participantes en un cártel y que quisieran acogerse a un programa de clemencia, el requisito de llevar a cabo la solicitud de la clemencia en todos los Estados miembros afectados por el acuerdo y que dispusieran de un programa de clemencia.

Con esa finalidad, la Comisión y las ANC propusieron la elaboración de un Programa Modelo de Clemencia que facilitara la presentación de solicitudes múltiples y que incluso estableciera un sistema de solicitudes abreviadas. De acuerdo con este mecanismo, el solicitante de inmunidad podrá presentar una solicitud abreviada (cuyo contenido se especifica en el Modelo) ante las Autoridades de los Estados afectados, y una solicitud completa ante la Comisión, estableciéndose de este modo un sistema que intenta aproximarse al de ventanilla única o *one-stop-shop*, quedando protegido el solicitante frente a posibles supuestos de readjudicación del caso.

El llamado Programa Modelo de Clemencia¹⁸ (en adelante Modelo) es el documento final que recoge dos años de trabajo de un grupo de la ECN llamado el Grupo de Trabajo de *Leniency*, formado por un total de 23 representantes de los Estados miembros, entre ellos España, y de la Comisión. El documento es el fruto de muchas discusiones en la búsqueda de la convergencia entre los distintos programas de clemencia que se aplican en los distintos Estados miembros.

El documento acordado no es vinculante para las Autoridades de Competencia, pero subraya el compromiso de éstas de hacer todo lo posible para acomodar sus respectivos programas a las previsiones del Modelo. En cualquier caso, se deja claro que cada programa nacional podrá contemplar condiciones más beneficiosas para los solicitantes de clemencia (inmunidad o de reducción de multa) que las contenidas en el Modelo y que el documento no crea derechos ni expectativas legales para las empresas.

¹⁸ El documento aparece publicado en inglés y francés en la página de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea en el apartado de la ECN, en la siguiente dirección http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/index_en.html.

El Modelo trata dos temas fundamentales que son los aspectos sustantivos, donde se recogen los términos básicos de un programa de clemencia, y los aspectos de procedimiento a seguir en caso de una solicitud múltiple de clemencia. Es bastante esquemático; no obstante, lleva adjunto otro documento con una serie de notas explicativas que facilitan su comprensión y aportan aclaraciones.

Éstos son sus principales contenidos.

a) *Aspectos sustantivos: inmunidad, reducción del importe de la multa y condiciones para acceder a ambas*

El documento establece dos tipos de inmunidad el tipo 1 a) y el tipo 1 b). Para alcanzar el umbral establecido en el tipo 1 a), el solicitante deberá aportar elementos de prueba que permitan a la Autoridad de Competencia desarrollar una inspección, mientras que, para alcanzar el umbral establecido en el tipo 1 b), la información aportada deberá permitir probar la infracción. Las empresas que hayan obligado a otras a participar en el cártel no podrán acceder a ninguno de los dos tipos de inmunidad.

De acuerdo con el Modelo, la empresa que no cumpla los requisitos para acceder a la inmunidad podrá solicitar la reducción del importe de la multa. Para ello debe aportar elementos de prueba que tengan valor añadido e incrementen la capacidad de la Autoridad de Competencia de probar la existencia de la infracción.

Además, el Modelo establece una serie de condiciones cumulativas que deben cumplir las empresas candidatas, y que son comunes para los supuestos de inmunidad y de reducción del importe de la multa. Son las siguientes:

1. Poner fin a la participación en el cártel inmediatamente después de presentar la solicitud, salvo que sea necesario que dicha participación continúe para garantizar la eficacia de la inspección.
2. Cooperar con la Autoridad de Competencia hasta la finalización del caso.
3. No haber destruido elementos de prueba de la infracción con carácter previo a la presentación de la solicitud, ni haber dado a conocer a terceros distintos de otras Autoridades su intención de presentarla o cualesquiera de los aspectos relacionados con ella.

b) *Aspectos procedimentales*

El Modelo introduce un *marker system* para los supuestos de inmunidad. Dicho sistema permitirá al solicitante conservar su posición, con res-

pecto a otros posibles solicitantes de clemencia en el mismo caso, ante la Autoridad de Competencia y durante un cierto periodo de tiempo, con el fin de que reúna la información necesaria para alcanzar el umbral previsto en los tipos 1 a) y b). La concesión del *marker* será discrecional, como también lo será la fijación del plazo concreto que se conceda al solicitante para presentar la información. Una vez aportada la información dentro del plazo concedido, se considerará presentada en la fecha de concesión del *marker*. El Modelo describe la información que el solicitante deberá presentar a la Autoridad para que se le conceda un *marker*.

Se contempla la posibilidad de presentar solicitudes abreviadas¹⁹ en supuestos de inmunidad del tipo 1 a) en los que la Comisión sea la Autoridad particularmente bien situada para conocer de un caso²⁰.

El Modelo también introduce la posibilidad de presentar solicitudes orales de clemencia con el fin de proteger a las empresas del riesgo de tener que entregar al juez, en el marco de un procedimiento de reclamación de daños y perjuicios y en virtud de las *discovery rules*, una copia de las declaraciones escritas entregadas a las Autoridades de Competencia. Dichas solicitudes orales se admitirán cuando estén justificadas y sean proporcionadas, entendiéndose que ambos requisitos se cumplen en los supuestos en los que la Comisión está particularmente bien situada para actuar en el caso. El Modelo señala que no se dará acceso a las grabaciones de las declaraciones verbales antes de que se haya notificado el pliego de cargos. Debido a las diferencias que en materia de acceso al expediente existen entre los diversos programas de clemencia, el intercambio de grabaciones entre Autoridades al amparo del art. 12 del Reglamento 1/2003 quedará condicionado a que las garantías de protección existentes en la Autoridad receptora sean similares a las de la remitente.

La convergencia en los programas de clemencia, de las autoridades de la ECN, no se ha limitado a la elaboración del Modelo, sino que éste ha sido a su vez motor de reformas de los programas de clemencia ya existentes. Algunos Estados miembros como Alemania modificaron su programa de clemencia al mismo tiempo que se llevaban a cabo las discusiones en el grupo de trabajo. También fue éste el caso de la Comisión, que teniendo en cuenta el Modelo presentó en septiembre de 2006 una modificación de su Comunicación de clemencia del año 2002, sobre la que lanzó una consulta pública de forma simultánea a la publicación del Modelo. El texto definitivo de la nueva Comunicación de *Leniency* de la Comisión²¹ se publicó finalmente el 8 de diciembre de 2006.

¹⁹ Dichas solicitudes no son admitidas por todos los Estados miembros que disponen de un programa de Clemencia. Por ahora las ANC que lo admiten en casos de inmunidad tipo 1 a) son: República Checa, Estonia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Países Bajos, Eslovaquia, Suecia, Reino Unido, Portugal e Italia.

²⁰ Más de tres Estados miembros afectados por el cártel.

²¹ Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2006/C 298/ 11), DOCE C 298, de 8 de diciembre de 2006.

En marzo de 2007 la Red de autoridades disponía de un total de 21 programas de clemencia²² y el de la Comisión, de los que se puede predicar que convergen en los términos establecidos en el Programa Modelo de la ECN.

Los más recientes son el de Portugal, que adoptó un programa de clemencia en verano de 2006 y ha publicado en noviembre de 2006 el desarrollo reglamentario del mismo, y el de Italia que ha sido adoptado en febrero de 2007.

España está en vías de adoptar su programa de clemencia, no contemplado en la actual Ley de Defensa de la Competencia, pero sí en el nuevo Proyecto de Ley. Así, los arts. 65 y 66 del Proyecto de Ley, titulados exención del pago de la multa y reducción del importe de la multa, recogen los elementos básicos de un programa de clemencia para casos de cártel. En ellos se contempla tanto la inmunidad como la reducción de la cuantía de la multa y se citan las condiciones mínimas que las empresas o personas físicas deben reunir para optar a dicho programa.

Aunque el nuevo Proyecto de Ley sólo recoge preceptos básicos, que serán objeto de un posterior desarrollo reglamentario, dichos preceptos adoptan las propuestas del Modelo de clemencia de la ECN.

5. CONCLUSIÓN

A la vista de lo expuesto, hay que destacar el gran trabajo que han realizado las ANC, para facilitar el funcionamiento de la ECN en la cooperación para la aplicación concurrente de las normas comunitarias de competencia, no sólo adaptando sus legislaciones nacionales de competencia a las novedades que supone la aplicación del Reglamento 1/2003, sino también a través de su cooperación para la construcción y funcionamiento de la Red de autoridades. Todo lo cual permite el reparto eficiente de los casos de infracción de las normas de competencia, con efectos en el comercio intracomunitario, entre las autoridades de competencia de la Red, así como la aplicación coherente de dichas normas. Dando lugar, finalmente, a una cultura común de competencia en todo el territorio de la Unión Europea.

Dichos logros transmiten al mundo empresarial una imagen unitaria de las ANC, de los 27 Estados miembros, y de la Comisión, a la hora de la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE.

²² Austria, Bélgica, Chipre, República Checa, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Eslovaquia, Suecia, Reino Unido, Portugal e Italia.