



Modificada la normativa española de defensa de la competencia (transposición de la Directiva ECN+)

6 de mayo de 2021

El pasado 27 de abril el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto Ley 7/2021¹ (el **RDL Ómnibus**) por el que se transponen al ordenamiento jurídico español varias directivas de la Unión Europea, entre ellas la conocida como Directiva ECN+² (la **Directiva ECN+**) por la que se pretende dotar las autoridades de competencia nacionales, en el caso de España a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la **CNMC**) y a las autoridades autonómicas, de medios para aplicar más eficazmente la normativa de defensa de la competencia.

El RDL Ómnibus ha modificado, entre otras, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (la **LDC**), la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la **LCCNMC**) y el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (el **RDC**) introduciendo novedades importantes, que se encuentran en vigor desde el pasado 29 de abril.

Como se indica en el preámbulo del RDL Ómnibus, el 18 de marzo la Comisión Europea envió al Reino de España una carta de emplazamiento para iniciar un procedimiento de infracción al no haber transpuesto en plazo la Directiva ECN+. Probablemente este hecho haya provocado que buena parte de las propuestas que se preveían en el borrador de anteproyecto de Ley de modificación de la LDC (el **APL**),³ que en julio del año pasado publicó el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, no se hayan plasmado en el RDL Ómnibus. En consecuencia, las modificaciones previstas en el RDL Ómnibus se refieren, estrictamente, a aquellos aspectos

¹ Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores (BOE n. 101 de 28 de abril de 2021)

² 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

³ El citado borrador de APL está disponible [aquí](#).

necesarios para transponer la Directiva ECN+, pero no a otros que el APL proponía modificar, pero no derivaban de la transposición de la citada Directiva.

En los siguientes apartados procederemos a resumir, brevemente, en primer lugar, las modificaciones, a nuestro juicio, más relevantes que ha transpuesto el RDL Ómnibus (apartado 1, *infra*) y, en segundo lugar, aquellos aspectos previstos en el APL que no han sido acogidos en el RDL Ómnibus, pero que sin embargo podrían ser tomados en cuenta en un futuro próximo si tras su convalidación en sede parlamentaria, se decide tramitar el RDL Ómnibus como proyecto de Ley (apartado 2, *infra*).

Modificaciones más relevantes que ha transpuesto el RDL Ómnibus

Modificaciones en materia de facultades de investigación

El primer gran bloque de modificaciones del RDL Ómnibus se refiere a las competencias de la CNMC en materia de investigación. Las modificaciones introducidas por el RDL Ómnibus han reforzado significativamente los poderes de investigación de la CNMC:

Poderes de la CNMC en el marco de inspecciones:

- Las actuaciones inspectoras podrán también realizarse a partir de ahora en cualquier dependencia o lugar (pertenzca o no a la empresa o persona física inspeccionada), cuando exista una sospecha razonable de que en éstos pueda existir prueba o documentación relevante para los hechos investigados.
- Se prevé que la inspección se pueda llevar a cabo en la sede de la CNMC cuando esta verse sobre elementos que puedan ser examinados allí o para analizar y realizar búsquedas y seleccionar copias o extractos de documentos recabados en el curso de una inspección domiciliaria.
- La CNMC podrá requerir, durante la inspección, la comparecencia del personal de las empresas o asociaciones inspeccionadas o de personas físicas investigadas. Se les podrá requerir que aporten cualquier documentación que obre en su

poder o cualquier dispositivo electrónico utilizado por ellos⁴.

- La CNMC, además de su personal, podrá designar a acompañantes autorizados con el objeto de que presten apoyo y asistencia a los inspectores durante las inspecciones.
- Estarán obligadas a someterse a la inspección ordenada por el Director/a de Competencia tanto las empresas como sus matrices, filiales y empresas que formen parte del mismo grupo empresarial de esta.
- La negativa de estas a someterse a la inspección realizada sobre la base de una orden de inspección del Director/a de Competencia, dará lugar a la incoación de un expediente sancionador independiente, sin perjuicio de que ello sea considerado una circunstancia agravante al fijar el importe de una sanción. Como se explicará más adelante, las multas por obstrucción a la labor inspectora de la CNMC se han visto sustancialmente incrementadas.

Entrevistas

Mediante requerimiento motivado, la CNMC podrá entrevistar a representantes de empresas y a cualquier persona física que puedan estar en posesión de datos e informaciones que puedan resultar necesarios para la investigación de la CNMC. Se reconoce el derecho del entrevistado a no auto-inculparse y a contar con asistencia letrada durante la entrevista. La entrevista podrá realizarse en persona (en la sede de la CNMC o de la empresa, siempre que esta lo permita) o utilizando medios digitales. Las entrevistas podrán ser grabadas por la

⁴ Si bien era ya una práctica extendida, se explicita que la CNMC podrá acceder a todo tipo de documentación, independientemente de su formato, e independientemente de que dicha documentación se encuentre alojada en sistemas, servicios informáticos o dispositivos proporcionados por terceros, sistemas y servicios de almacenamiento en la nube.

CNMC, pero no por las empresas o por los entrevistados.

Modificaciones en materia sancionadora

El segundo bloque de modificaciones del RDL Ómnibus se refiere al régimen sancionador. Por un lado, es previsible que la CNMC pueda imponer multas más altas (si así lo estima oportuno) al pasar varios tipos de infracciones a considerarse de leves a graves y de graves a muy graves. Por otro lado, una de las medidas trata de incentivar la presentación de solicitudes de clemencia al garantizar al solicitante exención de la prohibición de contratar.

Infracciones y sanciones

- Se dispone que las multas serán impuestas sobre el volumen de negocios total mundial de las empresas infractoras.
- Todas las infracciones de los artículos 1 LDC y 101 TFUE (independientemente de si son de carácter horizontal o vertical) y las infracciones de los artículos 2 LDC y 102 TFUE pasan a ser calificadas como infracciones muy graves y, por lo tanto, sancionadas con multas de hasta el 10 % de del volumen de negocios total mundial de la empresa infractora.
- Las conductas que obstruyan la labor de investigación de la CNMC dejan de ser infracciones leves y pasan a ser calificadas como infracciones graves, lo que puede suponer multas de hasta el 5% del volumen de negocios total mundial de la empresa infractora. Entre las infracciones que se consideran en esta categoría se incluyen facilitar información incompleta, incorrecta o engañosa a la CNMC (incluyendo en comparecencias o entrevistas) o no comparecer o negarse a responder a preguntas durante entrevistas.
- Las multas coercitivas pasan a ser de hasta el 5% del volumen de negocios total medio diario por cada día de retraso contado a partir de la fecha fijada en el previo requerimiento.

Programa de Clemencia

- No se podrán destruir pruebas ni comunicar a terceros su intención de pedir clemencia desde que se contemple colaborar con la CNMC.
- Se puede iniciar la solicitud de clemencia pidiendo un indicador que reserve el puesto (*marker*), pudiéndose aportar pruebas de la infracción más adelante.
- Se indica expresamente que la colaboración en el marco del programa de clemencia también abarcará la exención de la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas.

Modificaciones de carácter procedimental

Un tercer bloque de modificaciones aborda aspectos procedimentales tendentes, bien a agilizar el procedimiento, bien a racionalizar la utilización de los recursos de los que dispone la CNMC. Probablemente, la más relevante sea la posibilidad que se otorga a la CNMC para priorizar la investigación o no las denuncias que se le presenten.

Priorización de casos

A partir de ahora, en caso de denuncia, la Dirección de Competencia podrá acordar (tras consulta con el Consejo) no iniciar actuaciones si considera que la investigación de los hechos denunciados no constituye una prioridad. No serán prioritarias, aquellas denuncias que, entre otras: (a) aportan escasos elementos de prueba o indicios débiles de infracción; (b) se refieren a conductas cuyo alcance potencial es limitado o el daño potencial es escaso; o (c) se refieren a conductas cuya prevención o erradicación es factible a través de otros instrumentos legales.

Prescripción

A partir de ahora ya no se exige que el interesado deba tener conocimiento formal de la actuación de la Administración tendente a la investigación de los hechos para que ésta tenga el efecto de interrumpir la prescripción. La prescripción se interrumpirá, también, durante la tramitación de un procedimiento sancionador ante las Autoridades de Competencia de otros Estados Miembros (**EE.MM**) de la UE o ante la Comisión Europea respecto de unos mismos

hechos que constituyan una infracción prohibida por la LDC o por los artículos 101 o 102 del TFUE.

Requerimientos de información de la CNMC

Se dispone que:

- los requerimientos de información de la CNMC deben ser proporcionados y no deben obligar a admitir la comisión de una infracción; y que
- existe una obligación de facilitar a la CNMC toda la información accesible para el sujeto obligado, independientemente del soporte en el que se almacene.

Información Confidencial

Se introduce una limitación en la utilización de las informaciones contenidas en las solicitudes de clemencia. Estas únicamente podrán utilizarse, bien en el expediente sancionador para contestar la imputación que se formula, bien en recursos ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

Respeto a Derechos Fundamentales

Se incorpora una referencia a que la CNMC deberá garantizar el respeto y cumplimiento de los principios generales del Derecho de la Unión y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y la legislación nacional.

Imposición de Condiciones

Se establece que, si una Resolución de la CNMC que pone fin a un procedimiento sancionador va a imponer condiciones, a la hora de elegir entre condiciones estructurales o de comportamiento de eficacia equivalente, se optará por la que resulte menos gravosa para la empresa en cuestión.

Cooperación entre autoridades de competencia

Se prevé igualmente una serie de modificaciones, previstas en la Directiva ECN+, tendentes a reforzar la cooperación entre las distintas Autoridades de Competencia de los EE.MM. y entre ellas y la Comisión Europea.

Aspectos previstos en el APL que no han sido acogidos en el RDL Ómnibus

Si en el apartado anterior hemos resumido las novedades más relevantes que ha introducido el RDL Ómnibus, en el presente apartado indicamos, brevemente, aquellas que se preveían en el APL y que, por la premura con la que se ha aprobado el RDL Ómnibus, no se han adoptado. Entre ellas destacaríamos, entre otras:

En materia de control de concentraciones

- La modificación prevista del umbral de notificación de volumen de negocios.
- La eliminación de la distinción de trato en la excepción de ejecución de las operaciones que involucran empresas cotizadas en las bolsas españolas y en bolsas o mercados extranjeros.
- El establecimiento de un plazo máximo para resolver las consultas previas sobre la notificabilidad de una operación por parte de la CNMC, la reducción del plazo de aprobación en primera fase para las operaciones que se beneficien de un formulario abreviado de notificación y la ampliación del plazo de revisión en fase 2.
- La eliminación del silencio administrativo positivo en caso de que no se informe a la CNMC dentro de los cinco días desde la notificación de la operación en otros EE.MM. de la UE.

En materia de procedimiento sancionador

- La introducción de un procedimiento de transacción (*settlement*).
- La ampliación del actual plazo máximo de 18 meses (a 24 meses) para resolver y notificar los procedimientos sancionadores.
- La ampliación de los supuestos de suspensión del procedimiento.
- La posibilidad de inadmitir, sin analizarlos, aquellos recursos ante el Consejo contra actos de la Dirección de Competencia (artículo 47 LDC) que sean manifiestamente infundados.
- El aumento de las multas a directivos hasta los 400.000 Euros.

Como indicábamos, ninguna de estas medidas ha sido acogida en el RDL Ómnibus. Dicho esto, nada impide que, si tras su convalidación en sede parlamentaria, se decidiera tramitar el RDL Ómnibus como proyecto de Ley, estas y cualquier otra propuesta que pueden tener los distintos grupos parlamentarios puedan incluirse en dicho trámite, de forma que la modificación recién aprobada no sea sino un primer paso de una reforma de mayor calado del sistema español de defensa de la competencia.

Información de contacto



Antonio Martínez
Socio
Tel +34 91 782 9952
antonio.martinez@allenoverly.com



Jaime Rodríguez
Counsel
Tel +34 91 782 9808
jaime.rodriguez@allenoverly.com



Enrique Ferrer
Asociado sénior
Tel +34 91 782 9712
enrique.ferrer@allenoverly.com



Aixa Pol
Asociada
Tel +34 91 782 9762
aixa.pol@allenoverly.com

Allen & Overy means Allen & Overy LLP and/or its affiliated undertakings. Allen & Overy LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC306763. Allen & Overy LLP is authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority of England and Wales.

The term partner is used to refer to a member of Allen & Overy LLP or an employee or consultant with equivalent standing and qualifications or an individual with equivalent status in one of Allen & Overy LLP's affiliated undertakings. A list of the members of Allen & Overy LLP and of the non-members who are designated as partners is open to inspection at our registered office at One Bishops Square, London E1 6AD.

© Allen & Overy LLP 2021. This document is for general guidance only and does not constitute advice. |