

**ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES EN LOS PROCEDIMIENTOS
SANCIONADORES EN MATERIA DE COMPETENCIA**



Jordi Garzón Rayo

Asesoría jurídica de la CNMC

Centro de
Estudios
Jurídicos

Cuestiones prácticas sobre el derecho de la competencia

7 de marzo a 4 de abril de 2022

SUMARIO

1. LA FASE PREVIA	4
1.1. EL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN	4
1.2. EL PERIODO DE INFORMACIÓN RESERVADA	5
1.3. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN	6
1.4. LA PRIORIZACIÓN DE ASUNTOS	7
2. EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR	8
2.1. ALGUNOS PROBLEMAS PRÁCTICOS	8
3. LAS FASES DE INSTRUCCIÓN Y RESOLUCIÓN	9
3.1. LA FASE DE INSTRUCCIÓN	10
3.1.1. El pliego de Concreción de Hechos	10
3.1.2. El procedimiento de terminación convencional	12
3.1.3. La Propuesta de Resolución	13
3.2. LA FASE DE RESOLUCIÓN	14
3.2.1. La vista oral	14
3.2.2. La intervención de la Comisión Europea	15
3.2.3. El requerimiento de volumen de negocios para la sanción. Problemas prácticos sobre la suspensión del plazo para este trámite	15
3.2.4. Las actuaciones complementarias y la recalificación de la propuesta de resolución	17
3.2.5. La resolución del procedimiento sancionador	18

RESUMEN

Una de las principales competencias *ex post* que residen en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) es la de imponer sanciones a las empresas por la realización de prácticas anticompetitivas. Desde el año de su creación, la CNMC ha desmantelado un número considerable de cárteles y ha impuesto más de mil millones de euros en multas. Se trata, por tanto, de una de las principales funciones públicas encomendadas a la CNMC en su ley de creación¹.

Esta potestad sancionadora le viene otorgada en las distintas leyes que rigen el funcionamiento de la CNMC que, a su vez, también prevén ciertas especialidades procedimentales que son propias de este tipo de procedimientos en materia de defensa de la competencia.

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) dedica el Título IV a fijar las reglas que rigen este tipo de procedimientos, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las leyes de procedimiento administrativo común (véase, el artículo 45 de la LDC). El desarrollo de esta Ley lo encontramos en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, RDC), el cual dedica también una gran parte de su articulado a concretar las reglas procedimentales.

En la mayoría de las ocasiones, se trata de procedimientos sancionadores complejos, compuestos por una ingente cantidad de documentación y en los que participan, con carácter general, una pluralidad de interesados. Asimismo, son procedimientos en los que aparecen de manera asidua y con gran trascendencia ciertas figuras jurídicas procedimentales que difícilmente emergen en otros ámbitos del derecho administrativo sancionador.

La intensa actividad sancionadora de la CNMC lleva asimismo aparejada una profusa actividad judicial de revisión de la actuación de la Autoridad que ha servido también para aclarar y concretar la correcta aplicación de las reglas procedimentales establecidas en las normas citadas.

La presente ponencia tiene por objeto hacer un repaso a la tramitación del procedimiento sancionador por prácticas restrictivas de la competencia, a través de los distintos trámites que componen el mismo, haciendo hincapié a aquellas especialidades que son propias de la materia de defensa de competencia y a las dificultades que entraña la tramitación de unos procedimientos con las características descritas en esta introducción.

En primer lugar, se exponen de manera resumida los principales hitos que se llevan a cabo en la fase previa del procedimiento sancionador, destacando, por su importancia en el devenir del futuro procedimiento, la fase de información reservada y las cuestiones litigiosas derivadas de la misma. En esta primera fase también destacan, por su particularidad, los criterios de interrupción de la prescripción y el novedoso procedimiento de priorización por el que la Dirección de Competencia puede priorizar asuntos con el objeto de hacer un uso eficaz de los recursos.

En el segundo bloque de esta ponencia, se hace una breve referencia al modo en que se puede iniciar el procedimiento administrativo sancionador, con especial énfasis a los problemas planteados en los procedimientos de vigilancia que acaban con una declaración de

¹ Ley 3/2013, de 4 de junio, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

incumplimiento por parte de la Sala de Competencia y un mandato dirigido a la Dirección de Competencia para que incoe el correspondiente sancionador.

Finalmente, el tercer gran bloque está dedicado a las fases de instrucción y resolución del procedimiento, y en él se repasan los grandes hitos procedimentales que se llevan a cabo en cada una de las fases, destacando, por su relevancia, el Pliego de Concreción de Hechos, la Propuesta de Resolución y las actuaciones habituales que suele llevar a cabo la Sala de Competencia. Nos iremos deteniendo en algunas cuestiones prácticas y de gran litigiosidad para analizar algunos pronunciamientos jurisprudenciales sobre estas cuestiones.

1. LA FASE PREVIA

Es habitual en los procedimientos sancionadores por prácticas restrictivas de la competencia la existencia de una fase previa a la incoación del procedimiento. Suelen ser periodos relativamente extensos en los que se lleva a cabo una intensa actividad investigadora destinada a la obtención de pruebas que justifiquen el inicio del procedimiento.

La actuación más importante que se suele llevar a cabo en esta fase por parte de la Dirección de Competencia de la CNMC se refiere a las inspecciones realizadas en las sedes de las empresas investigadas. En las investigaciones sobre acuerdos colusorios las inspecciones suelen llevarse a cabo de manera simultánea en la sede de varias empresas, incluso en domicilios particulares, lo que conlleva una dificultad añadida.

Se analizan a continuación algunas cuestiones de interés en relación con esta fase previa.

1.1. EL INICIO DE LA INVESTIGACIÓN

Con carácter general la fase de investigación se inicia por la información aportada por terceros, si bien, en alguna ocasión ha sido la propia CNMC quien ha conocido de oficio la existencia de posibles conductas anticompetitivas (véase, por ejemplo, el expediente S/0041/19 Correos 3).

La denuncia, la solicitud de clemencia y la colaboración ciudadana suelen ser los canales habituales de obtención de la información que justifica el inicio de la investigación.

No resulta de relevancia en esta ponencia detenernos en el análisis de las figuras de la denuncia y la solicitud de clemencia, toda vez que son cuestiones, en particular la segunda, que ya han sido objeto de desarrollo en las otras ponencias de este curso.

Sin embargo, sí merece especial atención, por su novedad y utilidad, los sistemas de colaboración ciudadana con los que cuenta la CNMC en la actualidad, consistentes en la información a través de correo electrónico, telefónico o el Sistema de Informantes de Competencia Anónimos (SICA).

El SICA es quizás la herramienta más interesante con la que cuenta la CNMC, ya que permite que el informante colabore de manera totalmente anónima y a través de canales cifrados. El funcionamiento es sencillo, ya que el ciudadano introduce la información en el sistema y obtiene un código alfanumérico que es la única vía de entrada a las conversaciones con la Dirección de Competencia. No es necesario introducir ningún tipo de información personal y la comunicación es bidireccional y completamente anónima.

La CNMC ha creado una unidad especial (Unidad de Inteligencia Económica) dentro de la Dirección de Competencia que se encarga de recibir la información e interactuar con el informante.

Esta herramienta ha permitido desarticular varios cárteles en los últimos años.

1.2. EL PERIODO DE INFORMACIÓN RESERVADA

El artículo 49.2 de la LDC prevé la posibilidad de llevar a cabo un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente. La LDC la denomina fase de “información reservada” y la define en los siguientes términos:

“2. Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Competencia podrá realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador”.

Es habitual en los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia que esta fase se prolongue en el tiempo, toda vez que, como ya se ha dicho, en este periodo suele llevarse a cabo una gran actividad por parte de la Dirección de Competencia que incluye la preparación y realización de las inspecciones, así como el análisis y criba de la documentación recabada en las mismas, la realización de requerimientos de información a las empresas objeto de investigación etc.

La excesiva prolongación de esta fase suele ser objeto de controversia en el procedimiento administrativo y el posterior judicial, siendo una de las alegaciones más habituales la solicitud de caducidad del expediente por considerar que se hace un uso instrumental de la información reservada.

Son varios los pronunciamientos de los tribunales en relación con este asunto en los que la cuestión litigiosa pivota en torno al concepto de “uso indebido” del periodo previo.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de junio de 2013 (recurso 3568/2010), ha dejado sentado que:

“Sobre el cómputo de este plazo de duración del procedimiento sancionador en sentido estricto, y la influencia o consecuencias sobre ese cómputo del período previo de actuaciones de información reservada, tenemos en cuenta la doctrina que ha establecido el Tribunal Supremo, en su sentencia de 26 diciembre 2007 (recurso de casación 1907/2005), en la que también se planteaba por el recurrente la misma cuestión que ahora examinamos, de la utilización de la información reservada previa para quebrantar los plazos máximos del procedimiento sancionador descritos en el artículo 56 LDC .

*Decía el TS, en la sentencia que acabamos de citar, que no puede admitirse que la duración de la fase preliminar a la incoación del expediente sea acumulable a los plazos máximos aplicables al procedimiento sancionador propiamente dicho, que es el único sujeto a las exigencias de caducidad, y añade el TS que **'En la medida en que aquellas diligencia previas o preparatorias sirvan al fin que realmente las justifica, esto es, reunir los datos e indicios iniciales que sirvan para juzgar sobre la pertinencia de dar paso al expediente sancionador, y no se desnaturalicen transformándose en una***

alternativa subrepticia a este último, ninguna norma las somete a un plazo determinado y, por lo tanto, no quedan sujetas al instituto de la caducidad” (énfasis añadido).

Será necesario, por tanto, analizar caso a caso la concreta actividad desarrollada por la Dirección de Competencia en esta fase a los efectos de considerar si existe una justificación que permita concluir que no se ha producido un uso indebido de la misma.

Las consecuencias de hacer un uso indebido de esta fase previa será la declaración de nulidad de la resolución sancionadora y la desaparición de los efectos interruptivos de la prescripción derivados del inicio de este periodo de investigación que, como veremos a continuación, presenta ciertas particularidades en este tipo de procedimientos sancionadores (véase la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2013 en el recurso 412/2012).

1.3. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

El inicio de la fase previa y las actuaciones que se llevan a cabo durante este periodo marcan un hito de gran trascendencia para el devenir del futuro procedimiento sancionador, no solo por la información que se recaba durante la misma, sino también porque con las primeras actuaciones de la Dirección de Competencia el plazo de prescripción de la infracción queda interrumpido, siendo ello una de las diferencias más significativas que encontramos entre la LDC y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP).

Artículo 68 LDC	Artículo 30 Ley 40/2015
3. La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Administración tendente al cumplimiento de la ley y por los actos realizados por los interesados al objeto de asegurar, cumplimentar o ejecutar las resoluciones correspondientes.	2. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, de un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora.

Como se puede observar, existen dos diferencias sustanciales entre ambas leyes que afectan, por un lado, al momento en que debe considerarse interrumpida la prescripción y, por otro lado, a la necesidad de que el presunto infractor tenga conocimiento del inicio de las actuaciones por parte del órgano instructor. Mientras que la Ley General exige la incoación del procedimiento y el conocimiento del interesado del citado trámite, la LDC considera suficiente para interrumpir la prescripción que la Dirección de Competencia lleve a cabo cualquier actuación tendente al cumplimiento de la Ley, sin que sea exigible, además, que el interesado tenga conocimiento de la misma. Por tanto, cualquier actividad en la fase previa realizada por la DC (por ejemplo, una inspección domiciliaria o un requerimiento de información) a cualquiera de los investigados será suficiente para considerar interrumpida la prescripción de todos los posibles interesados en el posterior procedimiento sancionador.

Esta previsión particular prevista en la ley especial parece acertada si tenemos en cuenta que en gran parte de los procedimientos sancionadores tramitados por la CNMC, la fase de información reservada tiene, como se ha dicho, una duración considerable por la necesidad de

llevar a cabo inspecciones para recabar pruebas y el posterior análisis de la información obtenida en las mismas, por lo que si hubiese que esperar a la incoación del procedimiento para interrumpir la prescripción, en gran parte de los asuntos llevados en los últimos años las infracciones sancionadas hubiesen prescrito.

1.4. LA PRIORIZACIÓN DE ASUNTOS

La Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 (en adelante, Directiva ECN+) trajo consigo novedades importantes con el objeto de dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia. Una de estas novedades se refiere a la priorización de asuntos con el objeto de hacer un uso eficaz de los recursos.

El Real Decreto-ley 7/2021² transpuso la citada Directiva y modificó la LDC al introducir en el artículo 49 un nuevo apartado cuarto con el siguiente tenor:

“4. En caso de denuncia, la Dirección de Competencia podrá acordar no iniciar actuaciones por considerar que la investigación de los hechos que se contemplan en la misma no constituye una prioridad. Con este fin, comunicará al Consejo su intención de no iniciar procedimiento. Si en el plazo de 15 días el Consejo no ha motivado su oposición al respecto, la Dirección de Competencia procederá a ponerlo en conocimiento del denunciante.

Se podrán considerar que no son prioritarias, entre otras, aquellas denuncias que:

a) Aportan escasos elementos de prueba o indicios débiles, siendo reducida la probabilidad de que la Dirección de Competencia, dedicando recursos a ello, puedan probar la conducta ilícita.

b) Se refieren a conductas ilícitas cuyo alcance potencial es limitado o el daño potencial que pueden conllevar para el consumidor o para la competitividad de los mercados de factores productivos, bienes o servicios es escaso.

c) Se refieren a conductas cuya prevención o erradicación es factible a través de otros instrumentos legales para preservar y promover la competencia, haciendo un uso más eficiente de los recursos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Todo ello sin perjuicio de las prioridades que para la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia marque su Consejo de acuerdo con lo previsto en el artículo 20.16 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y de las facultades de dirección de la política general del Gobierno previstas en el artículo 3.2 de esa misma ley”.

Esta facultad resulta novedosa y en el momento de escribir esta ponencia todavía no se ha puesto en marcha en el seno de la CNMC. Será necesario esperar para ver el modo en que se articula el procedimiento de priorización, pero en este momento ya se pueden exponer ciertas dudas que cabrá despejar a través de la práctica.

² Real Decreto-ley 7/2021², 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.

En primer lugar, será necesario aclarar el grado de investigación previa para poder tomar la decisión de priorizar y si bastará con el simple análisis de la denuncia o habrá que acometer algún tipo de acto de investigación adicional, lo que nos llevaría a asimilar el procedimiento a los casos de archivo por ausencia de indicios. Por otro lado, habrá que determinar el contenido del acto por el que se acuerda priorizar y el grado de motivación del mismo. Finalmente, tampoco queda despejada la duda de los recursos administrativos que caben contra la decisión toda vez que en el procedimiento de priorización ya se produce una manifestación por parte de la Sala de Competencia que sería el Órgano encargado de resolver el recurso contra el acto de la Dirección de Competencia.

2. EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

2.1. ALGUNOS PROBLEMAS PRÁCTICOS

El inicio del procedimiento sancionador contra prácticas restrictivas de la competencia se inicia de oficio por la Dirección de Competencia, ya sea a iniciativa propia o del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o bien por denuncia (artículo 49 de la LDC).

Resulta de gran interés detenernos, siquiera brevemente, en las resoluciones de vigilancia de la CNMC por las que la Sala insta a la Dirección de Competencia a incoar expediente sancionador por el incumplimiento de las obligaciones que se derivan de las resoluciones sancionadoras.

El artículo 41 de la LDC faculta a la CNMC para llevar a cabo un control del cumplimiento de las obligaciones impuestas a los infractores. Señala el precepto que:

“1. La Comisión Nacional de la Competencia vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.

(...)

2. En caso de incumplimiento de obligaciones, resoluciones o acuerdos de la Comisión Nacional de la Competencia, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolverá, a propuesta de la Dirección de Investigación, sobre la imposición de multas sancionadoras y coercitivas, sobre la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento y, en su caso, sobre la desconcentración”.

En el marco de la citada facultad, con fecha 8 de mayo de 2015 la Sala de Competencia de la CNMC dictó resolución en el expediente de Vigilancia VC/0432/ANTENA 3/LA SEXTA, e indicó en su parte dispositiva, entre otras cosas, lo siguiente:

“SEGUNDO.- Declarar que ATRESMEDIA ha incumplido las condiciones tercera y cuarta, relacionadas con los mercados de adquisición de contenidos, de la resolución del Consejo de la extinta CNC.

TERCERO. - Interesar de la Dirección de Competencia la incoación de expediente sancionador por los incumplimientos expresados en los resuelve primero y segundo”.

Tras el correspondiente recurso judicial contra la resolución citada, la Audiencia Nacional en su Sentencia de 23 de noviembre de 2017 (recurso 423/2015) consideró que la declaración de incumplimiento del resuelve segundo suponía prejuzgar lo que debe dirimirse

en el ulterior procedimiento sancionador instado por la Sala de Competencia y anuló el resuelve segundo de la resolución de vigilancia.

La cuestión finalmente tuvo que ser dirimida en sede del recurso de casación cuyo resultado fue la casación de la sentencia de la Audiencia Nacional, por entender el Alto Tribunal que:

“Sin embargo, la alegación de la parte recurrente no puede prosperar, porque no tiene en cuenta que la doctrina jurisprudencial que estimamos aplicable en este caso expresamente insiste en que el procedimiento de vigilancia no tiene carácter sancionador, y las resoluciones de cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones impuestas que en el mismo se adopten, en los términos dispuestos por el artículo 42 del RDC, no pueden condicionar en forma alguna el resultado de un eventual procedimiento sancionador, pues el objeto del procedimiento de vigilancia es constatar el estado de cumplimiento de una obligación impuesta por el órgano regulador y, en su caso, instar al cumplimiento de la obligación sometida a vigilancia mediante la imposición de multas coercitivas, de forma que aunque verse sobre los mismos hechos que un eventual posterior procedimiento sancionador, en ningún caso tiene por objeto la determinación de si se ha incurrido en la infracción grave contemplada en el artículo 62.4.c) de la LDC.

Expresamente señala también el criterio jurisprudencial de aplicación en la resolución del presente recurso que el procedimiento de vigilancia, en el marco de su limitado alcance de verificación del estado de cumplimiento de una obligación, puede lógicamente concluir con una declaración de cumplimiento o de incumplimiento, parcial o completo en uno u otro caso, declaración que queda circunscrita al momento en que se ha desarrollado el procedimiento, insistiendo el criterio jurisprudencial que seguimos en que el objeto del procedimiento de vigilancia no es constatar si se ha incurrido en un incumplimiento constitutivo de la referida infracción grave, sino simplemente constatar el estado de la cuestión para, en su caso, incentivar el cumplimiento de la obligación mediante la previsión de multas coercitivas o la incoación de un expediente sancionador” (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2020, recurso 7594/2019).

Lo que viene a decir el Tribunal Supremo es que los procedimientos de vigilancia no tienen carácter sancionador ya que su finalidad es la de constatar el estado del cumplimiento de las obligaciones impuestas a los infractores o empresas que forman parte de la operación de concentración. La declaración de cumplimiento o incumplimiento se trata, por tanto, de la conclusión natural que debe contener este tipo de resoluciones sin que ello suponga prejuzgar el ulterior procedimiento sancionador.

3. LAS FASES DE INSTRUCCIÓN Y RESOLUCIÓN

El artículo 36 de la LDC dispone que el plazo máximo para dictar la resolución sancionadora es de 18 meses. Sin embargo, la Ley y el Reglamento establecen una clara diferenciación entre las fases de instrucción y resolución y concretan los distintos trámites que se pueden realizar en cada una de las fases, los órganos competentes y los plazos de duración de cada una de ellas.

La fase de instrucción tiene una duración de 12 meses y el órgano competente para llevar a cabo las actuaciones en ella es la Dirección de Competencia. Una vez finalizada la fase de instrucción, la Dirección de Competencia eleva su propuesta de resolución a la Sala de Competencia y se inicia la fase de resolución del expediente cuya duración es de 6 meses y en

la que se lleva a cabo una gran actividad por parte de la Sala de Competencia de cara a resolver el expediente.

Si bien los plazos de cada fase están claramente establecidos en el RDC, lo cierto es que en la práctica suele ser habitual que la Dirección de Competencia consuma para la instrucción un tiempo que excede de los 12 meses, lo que conlleva que la Sala disponga de menos tiempo para analizar y resolver el asunto.

Ello también ha sido objeto de litigiosidad en diversas ocasiones. Sin embargo, la AN ha zanjado la polémica al señalar lo siguiente:

“Sobre esta cuestión ya hemos dicho que la limitación a doce meses del plazo de instrucción del expediente que establece el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia no puede tener el efecto pretendido, es decir, el de arrastrar la ineficacia de la resolución que finalmente se dicte. No lo determina así el propio Reglamento ni se sigue esa consecuencia de la regulación contenida en el artículo 36 la Ley 15/2007 en relación al plazo máximo de los procedimientos que regula, y en particular, de lo establecido en su apartado 1.

Las consideraciones contenidas en la demanda sobre el escaso plazo del que dispuso el Consejo para poder analizar un expediente tan extenso no tienen en rigor otro fundamento que la particular apreciación de la entidad recurrente, ni desde luego pueden incardinarse entre las causas de nulidad o anulabilidad del acto administrativo”. (Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2019, recurso 682/2015).

3.1. LA FASE DE INSTRUCCIÓN

Como ya se ha indicado, esta fase tiene una duración inicial de 12 meses desde la incoación del expediente sancionador y en ella la Dirección de Competencia realiza todos los actos de instrucción necesarios para la conclusión final del expediente.

Se trata de una fase en la que se llevan a cabo diversidad de actos de instrucción y se concede a las empresas la posibilidad de presentar prueba y las alegaciones que consideren oportunas en su defensa. Pero quizás los dos hitos más relevantes de esta fase son el Pliego de Concreción de Hechos y la Propuesta de Resolución.

3.1.1. El pliego de Concreción de Hechos

El artículo 50 de la LDC establece lo siguiente:

“3. Los hechos que puedan ser constitutivos de infracción se recogerán en un pliego de concreción de hechos que se notificará a los interesados para que, en un plazo de quince días, puedan contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que consideren pertinentes”

Se trata del primer gran hito procedimental tras la incoación del procedimiento y de gran importancia toda vez que es la primera vez que las empresas conocen los concretos hechos que se les imputa. Aunque ni la Ley ni el Reglamento lo prevén, la DC ya suele incluir en este documento una primera valoración jurídica sobre los hechos.

Tampoco existe impedimento legal para modificar en un momento posterior este primer pliego siempre y cuando ello se lleve a cabo antes de finalizar la fase de instrucción del expediente. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2010 (recurso 2/2009) ha indicado que el órgano instructor puede adoptar un segundo pliego de cargos no previsto expresamente en la norma, que agrava además la calificación de la infracción, bajo el

sustento de que este proceder refuerza las garantías de defensa para la entidad sancionada. El Alto Tribunal realiza las siguientes reflexiones:

“La parte actora formula una queja de naturaleza procedimental consistente en la supuesta irregularidad de que se formulase un segundo pliego de cargos en el que precisamente se habría introducido la infracción muy grave contra la que se recurre. Tal como se ha resumido más arriba, se aduce que dicha posibilidad no está prevista en la norma reguladora del procedimiento, que supone una invasión de competencias de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales por parte del instructor y que con ella se habría vulnerado el derecho de defensa de la entidad sancionada al modificar irregularmente la imputación inicial.

No es posible admitir la tesis de la demandante. En efecto, el hecho de que el instructor formulase un segundo pliego de cargos en vez de redactar directamente la propuesta de resolución, aun no estando previsto expresamente en la norma reguladora del procedimiento, no supone ni una indebida asunción de competencias por parte del instructor, ni una infracción procedimental ni, en último término, ha supuesto una minoración del derecho de defensa, sino, muy al contrario, un claro reforzamiento de las garantías de defensa para la entidad sancionada.

Ahora bien, si ante los hechos y circunstancias puestos de manifiesto tras la formulación del pliego de cargos, el instructor decide reformularlo con nuevo trámite de alegaciones para la entidad imputada en vez de redactar ya la propuesta de resolución, ello sólo puede redundar en beneficio del derecho de defensa.

Por lo que la reformulación del propio pliego de cargos al objeto de recoger más fielmente lo que resulta de las alegaciones formuladas por el imputado o de cualesquiera otras circunstancias que vengan a conocimiento del instructor, se mantiene plenamente dentro de su función y competencias procedimentales.

El que no se contemple expresamente la formulación de un nuevo pliego de cargos no supone que el hacerlo implique una infracción procedimental. La norma establece lo que constituye el procedimiento ordinario, que prevé la elaboración de la propuesta de resolución tras el pliego de cargos y las alegaciones de la parte; pero siendo el pliego de cargos el trámite en el que se fijan los hechos, entra dentro de la lógica del procedimiento y de una mayor garantía del derecho de defensa que el instructor pueda, en su caso, reformularlo, antes de preparar la propuesta de resolución. Esto es, la falta de previsión expresa no impide una actuación que no es sino una adaptación a las circunstancias concretas del caso -la percepción por parte del instructor de nuevos hechos relevantes para la imputación- y que no pasa de ser la reiteración de una fase procedimental expresamente contemplada en la norma”.

También la Audiencia Nacional ha validado la facultad del órgano instructor para adoptar un segundo pliego como consecuencia de la ampliación de la incoación en numerosas sentencias recaídas entre noviembre de 2016 y marzo de 2017³.

³ Por todas, Sentencias de la Audiencia Nacional de 25 de noviembre de 2016 (recurso 209/2013); de 26 de enero de 2017 (recurso 228/2013) y de 24 de febrero de 2017 (recurso 215/2013).

3.1.2. El procedimiento de terminación convencional

El artículo 52 de la LDC establece la posibilidad de terminación convencional del procedimiento sancionador.

“1. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público.

2. Los compromisos serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que ponga fin al procedimiento”.

A tales efectos, resulta de aplicación la Comunicación sobre terminación convencional aprobada por la extinta Comisión Nacional de Competencia⁴, de la que podemos extraer las siguientes características:

- Sobre el inicio:
 - Se trata de un plazo preclusivo. Las empresas deben instarlo antes de que finalice el plazo para presentar las alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos.
 - Es un procedimiento potestativo de la DC. No está obligada a iniciar el procedimiento, aunque deberá motivar su denegación.
- Sobre la denegación de la terminación convencional:
 - Cuando se trate de una conducta que se agota en sí misma.
 - En los supuestos de cárteles.
 - Cuando exista una declaración de responsabilidad previa del presunto infractor.
 - Cuando la conducta ya haya provocado efectos en el mercado.

En cuanto a la naturaleza y la finalidad de este modo de finalizar los procedimientos sancionadores, la Sentencia de la Audiencia Nacional 4732/2013, de 31 de octubre de 2013, considera que:

“Lo que se pretende con este procedimiento es acelerar la resolución de los asuntos, favoreciendo el restablecimiento rápido de la competencia y permitir dedicar los limitados recursos públicos a investigar y tramitar otros ilícitos, en beneficio del resto de las empresas y los consumidores.

Por tanto la finalidad del procedimiento de terminación convencional se basa en consideraciones de economía procesal, para finalizar de forma más rápida y menos costosa un procedimiento incoado sin exigir un pronunciamiento sobre la existencia o no de la infracción”.

La finalidad de la terminación convencional únicamente se consigue a través de la presentación de unos compromisos claros y susceptibles de ser vigilado su cumplimiento por la

⁴https://www.hacienda.gob.es/DocLeyes/defensa_competencia/ia8_terminaci%C3%B3n_%20convencional.htm

administración. La Audiencia Nacional, en su Sentencia de 6 de marzo de 2013 (900/2013) así lo exige al señalar que *“el elemento fundamental de cualquier terminación convencional de un procedimiento administrativo, especialmente de un procedimiento administrativo sancionador, es la configuración de unos compromisos. Estos por otra parte deben ser claros, y por su tenor literal, susceptibles de ser vigilado su cumplimiento por la Administración, a quién el ordenamiento jurídico encomienda dicha vigilancia específicamente, en este caso, la Ley y el Reglamento de Defensa de la Competencia. Los compromisos deben garantizar el interés público constitucional de la libre competencia, y evitar, prevenir o compensar los posibles perjuicios que para este interés público puedan derivarse de las conductas que, hasta que se acordó la terminación convencional, estaban siendo investigadas por ser contrarias a la LDC”*.

Finalmente, cabe volver a reseñar que se trata de una facultad discrecional de la Dirección de Competencia, que es quien debe valorar si procede iniciar el procedimiento de terminación convencional y, posteriormente, aceptar o, en su caso, denegar los compromisos propuestos por las partes. Sobre la discrecionalidad y la exigencia de motivación de las decisiones sobre terminación convencional, la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 5 de julio de 2012 (recurso 3114/2012), ha señalado que:

“La discrecionalidad administrativa, en el supuesto de estos procedimientos de Defensa de la Competencia, se sitúa por tanto en el propio inicio del procedimiento, y no como alega la recurrente, en la valoración y resolución de los compromisos propuestos.

En todo caso, la potestad discrecional de la Administración ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto administrativo. Y con arreglo a la doctrina reiterada tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo lo que se exige para evitar la indefensión y cumplir la exigencia de la motivación de las resoluciones, es que se analicen, aunque no sea exhaustiva y pormenorizadamente, las cuestiones planteadas y que se especifiquen las razones o circunstancias tenidas en cuenta para resolver, a fin de posibilitar que los afectados puedan conocer esas razones y motivos y con ello puedan articular adecuadamente sus medios de defensa.

Tanto el Legislador como la Jurisprudencia han sido conscientes de la necesidad de profundizar en una línea progresiva de racionalización y objetivación de la actividad administrativa, exigida por el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la Constitución). La motivación viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración, pero en el terreno formal constituye una garantía para el administrado, que podrá así impugnar en su caso el acto administrativo, con posibilidad de criticar las bases en que se fundamentó, facilitando, además y en último término el control jurisdiccional de la Administración con arreglo al artículo 106.1 de la Constitución.

En el presente caso nos encontramos ante motivación suficiente, pues se detallan las razones por las que la DI no considera debe iniciarse el procedimiento, tal y como las recoge la actora en su demanda y han sido reproducidas más arriba. Cuestión distinta es que la actora no comparta dichas razones, pero en cualquier caso la decisión está fundada. No existe en consecuencia indefensión, puesto que ha podido conocer las razones de la negativa y ha podido impugnarlas y debatirlas”.

3.1.3. La Propuesta de Resolución

Una vez concluida la instrucción, la Dirección de Competencia debe elaborar la Propuesta de Resolución cuyo contenido mínimo se concreta en el artículo 34 del RDC:

“1. La propuesta de resolución deberá contener los antecedentes del expediente, los hechos acreditados, sus autores, la calificación jurídica que le merezcan los hechos, la propuesta de declaración de existencia de infracción y, en su caso, los efectos producidos en el mercado, la responsabilidad que corresponda a sus autores, las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y la propuesta de la Dirección de Investigación relativa a la exención o reducción del importe de la multa a la que se refieren los artículos 65 y 66 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. Cuando la Dirección de Investigación considere que no ha quedado acreditada la existencia de prácticas prohibidas pondrá de manifiesto dicha circunstancia en su propuesta de resolución.

La propuesta de resolución, que incluirá las alegaciones aducidas por los interesados a lo largo de la instrucción y las pruebas propuestas por éstos, indicando si se practicaron o no, será notificada a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones que tengan por convenientes. Las alegaciones a la propuesta de resolución de la Dirección de Investigación deben contener, en su caso, las propuestas de las partes en relación con la práctica de pruebas y actuaciones complementarias ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, así como la solicitud de celebración de vista”.

La propuesta de resolución suele tener una estructura tipo que incluye una descripción de las partes interesadas, el marco normativo, la definición del mercado afectado, la valoración jurídica de la Dirección de Competencia, la propuesta, en su caso, de responsabilidad de los infractores y la propuesta de prohibición de contratar y sanción.

Una vez remitida a las empresas y recabadas las alegaciones de las mismas, la Propuesta de Resolución es elevada formalmente a la Sala de Competencia dando inicio a la fase de resolución del expediente.

3.2. LA FASE DE RESOLUCIÓN

En esta fase la Sala de Competencia suele llevar a cabo una gran actividad destinada a la valoración final del expediente y a elaborar la resolución final del mismo. Para ello, son necesarios realizar varios actos de trámite como se detallan a continuación.

3.2.1. La vista oral

En el ámbito de los procedimientos sancionadores en materia de competencia, el Consejo puede acordar la celebración de la vista oral cuando lo considere adecuado para el análisis o enjuiciamiento de las pretensiones objeto del expediente. El criterio decisivo viene dado por la apreciación del valor añadido de la vista y su aportación potencial a la resolución del procedimiento sancionador.

La decisión de celebración de vista oral tiene carácter discrecional para el Consejo y cada expediente sancionador presenta sus propias especificidades, por lo que corresponde al Consejo valorar en cada caso concreto, aplicando el margen de apreciación de que dispone, si la celebración de vista puede favorecer una mejor comprensión del asunto, con independencia de que los interesados hayan formulado o no una solicitud al efecto.

Se trata de un acto contradictorio en el que participan la Dirección de Competencia y las empresas interesadas a las que se permite exponer el caso y rebatir las conclusiones contenidas en la propuesta de resolución y aportar las pruebas que consideren oportunas.

Asimismo, la Sala puede formular las preguntas que considere oportunas en aras a aclarar las dudas que tengan o puedan haber surgido durante la vista.

La vista es grabada y una vez finalizada, el archivo de grabación es incorporado al expediente como un documento más del mismo.

Resulta asimismo de interés resaltar el carácter vinculante de la vista y de toda manifestación que se realiza en la misma.

3.2.2. La intervención de la Comisión Europea

Cuando una práctica anticompetitiva tiene la capacidad para afectar al comercio entre los estados miembros la CNMC debe aplicar, además de la normativa nacional, también los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE).

En este sentido, es de gran utilidad acudir a las Directrices comunitarias relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (actuales artículos 101 y 102).

Según las citadas Directrices, cuando las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros apliquen el derecho nacional de competencia a prácticas de cooperación horizontal o a abusos de posición de dominio que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros aplicarán el Tratado.

El criterio del efecto sobre el comercio es un criterio autónomo del derecho comunitario que debe evaluarse por separado en cada caso. Es un criterio jurisdiccional que define el ámbito de la aplicación del derecho comunitario de competencia y se limita a aquellos acuerdos y prácticas que pueden producir un nivel mínimo de efectos transfronterizos en la Comunidad. En palabras del Tribunal de Justicia, el acuerdo o la práctica debe afectar al comercio entre Estados miembros de manera "significativa".

Con carácter general, las conductas que abarcan a la totalidad de un Estado miembro suelen tener un efecto sobre el comercio intracomunitario de ahí que en gran parte de los asuntos analizados por la CNMC también se aplican los artículos del TFUE.

Cuando ello sucede, en virtud de las obligaciones de Cooperación entre la Comisión Europea y las autoridades de competencia de los Estados miembros previstas en el capítulo IV del Reglamento Europeo 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (actuales artículos 101 y 102), la CNMC debe informar a la Comisión Europea de la propuesta de decisión a adoptar en el procedimiento.

3.2.3. El requerimiento de volumen de negocios para la sanción. Problemas prácticos sobre la suspensión del plazo para este trámite

El artículo 63 de la LDC exige que el cálculo de la sanción se realice teniendo en cuenta el volumen de negocios del año inmediatamente anterior al de la fecha de la sanción, motivo por el cual se hace necesario requerir a las empresas su volumen de negocios para el cálculo de la misma.

Este trámite faculta a la Sala de Competencia a suspender el plazo máximo de resolución del procedimiento en virtud del artículo 31.1.b) de la LDC.

No son pocas las ocasiones en que se ha discutido el modo en que debe computar el periodo de suspensión cuando hay una pluralidad de interesados en el procedimiento, supuesto que concurre en la mayoría de los expedientes sancionadores tramitados por la CNMC.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2021 (recurso 7663/2019) da respuesta a esta cuestión al señalar lo siguiente:

“Es cierto que el art. 12 en su apartado primero letra a) dispone que la suspensión del plazo máximo, en los supuestos previstos en el artículo 37.1.a) y b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, lo será "por el tiempo que media entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, durante el plazo concedido". Pero esta previsión normativa debe entenderse referida a los requerimientos individuales, pues en los dirigidos a una pluralidad de sujetos, tal y como hemos señalado, el plazo de suspensión será común para todos los directamente afectados, con independencia del momento concreto en el que cada uno de ellos cumpla con lo solicitado. A tal efecto, resulta revelador lo dispuesto en el apartado segundo de este mismo precepto cuando se dispone que "Para el levantamiento de la suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá dictar un nuevo acuerdo en el que se determinará qué se entiende reanudado el cómputo del plazo desde el día siguiente al de la resolución del incidente que dio lugar a la suspensión y la nueva fecha del plazo máximo para resolver el procedimiento. Este acuerdo de levantamiento de la suspensión será igualmente notificado a los interesados.

La norma sitúa la reanudación del plazo "desde el día siguiente al de la resolución del incidente que dio lugar a la suspensión". Pues bien, la interpretación de lo que debe entenderse por "incidente" ya fue abordada por nuestra STS nº 813/2018 de 21 de mayo de 2018 (rec. 1354/2017) en la que afirmamos "el término "incidente" ha de entenderse referido a la causa o motivo que justificó la decisión de suspensión...

(...)

Una vez acordada el procedimiento queda suspendido, y el cómputo del plazo de caducidad interrumpido, hasta que se levanta la suspensión, por entender que la actuación o diligencia que motivó dicha suspensión ya se ha producido o ya no resulta necesaria o posible". En nuestro caso, el incidente que motivó la suspensión estaba referido a un requerimiento de información realizado a varias empresas, entre ellas la recurrente, para que facilitasen información y aportase los datos referidos a la cifra de volumen de negocios, por lo que la "resolución del incidente" debe situarse en el momento que se levantó la suspensión por haberse aportado dicha información por todos ellos”.

De esta sentencia podemos extraer varias conclusiones interesantes.

La primera de ellas se refiere a la particularidad que presentan los procedimientos en los que concurren una pluralidad de interesados toda vez que el plazo de suspensión debe ser común para todos ellos. Así, por ejemplo, cuando una de las empresas solicita una ampliación del plazo para responder al requerimiento y se concede, la ampliación aplica a todos por igual. La segunda conclusión se refiere a la concreta duración de la suspensión ya que puede darse el caso de que algunos de los interesados accedan a la notificación en periodos distintos. Se depende de la Sentencia citada que en estos casos la suspensión se mantendrá hasta que todos ellos hayan aportado la información solicitada por lo que habrá que tener en cuenta los periodos de suspensión de cada uno de ellos.

3.2.4. Las actuaciones complementarias y la recalificación de la propuesta de resolución

Se trata de dos facultades de la Sala de Competencia que suponen llevar a cabo actividades propias de la instrucción en esta fase de resolución.

En relación con las actuaciones complementarias, el artículo 51 de la LDC prevé que la Sala de Competencia podrá ordenar, de oficio o a instancia de algún interesado, la práctica de pruebas distintas de las ya practicadas ante la Dirección de Investigación en la fase de instrucción, así como la realización de actuaciones complementarias con el fin de aclarar cuestiones precisas para la formación de su juicio.

Aunque no suele ser un trámite habitual en la práctica diaria de la CNMC, lo cierto es que resulta una potestad que permite a la Sala de Competencia completar la instrucción practicada por la Dirección de Competencia con el objeto de reforzar, aclarar o completar cuestiones que considera merecen mayor atención.

Los límites al ejercicio de complementar la instrucción han sido puestos de manifiesto por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de enero de 2012 (recurso 5106/2019):

”la misma no puede tener por objeto la investigación de conductas supuestamente antijurídicas distintas a las ya investigadas, no ya tanto porque ello pudiera ocasionar indefensión. Dichas pruebas admiten la incorporación de nuevos datos de hecho que complementen el material probatorio a disposición del Tribunal”.

Por otro lado, el citado artículo 51 también prevé la posibilidad de que la Sala recalifique la propuesta de resolución al señalar que: *“Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de la Dirección de Investigación, someterá la nueva calificación a los interesados y a ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas”.*

Un repaso por la jurisprudencia acaecida en los últimos años sobre esta cuestión permite concluir que a través de la recalificación la Sala de Competencia puede:

- Realizar una distinta calificación jurídica de los hechos.
- Llevar a cabo una distinta selección o configuración de los hechos que constan en el expediente.
- Modificar de los plazos de imputación.
- Modificar el importe de las sanciones.

En todos los casos resulta imprescindible dar un nuevo trámite de audiencia a los interesados para que en un plazo de 15 días presenten las alegaciones que estimen oportunas. La importancia de este trámite ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de diciembre de 2018 (recurso 6196/2017):

“En efecto, según el artículo 20 del Reglamento 1398/1993, de 4 de agosto, para el ejercicio de la potestad sancionadora, la propuesta de resolución ha de contener necesariamente la concreta y específica sanción que el Instructor considera adecuada a los hechos apreciados y a su calificación jurídica, y ninguna duda cabe de que será sólo a la vista de esa concreta propuesta de sanción cuando el expedientado pueda alegar sobre su necesaria proporcionalidad. Y si luego se permite que esa concreta sanción se agrave por la autoridad sancionadora sin nueva audiencia, la anterior defensa del

interesado en lo que afectaba a la proporcionalidad de la sanción quedaría reducida a una pura entelequia; resultado que se agrava a la vista de que, aunque no se modifique la calificación jurídica, la sanción puede variar ostensiblemente, pues las normas sancionadoras suelen establecer abanicos muy amplios en la previsión de las sanciones”.

La jurisprudencia anterior es consistente con la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha tratado esta cuestión en varias sentencias confirmando la potestad de la administración para adoptar una nueva calificación de los hechos y de la sanción con la única exigencia de dar trámite de audiencia a los interesados para preservar sus derechos de defensa⁵.

3.2.5. La resolución del procedimiento sancionador

El artículo 53 de la LDC prevé los distintos pronunciamientos que puede contener la resolución.

- La existencia de conductas prohibidas por la presente ley o por los artículos 101 o 102 del Tratado Funcionamiento de la Unión Europea.
- La existencia de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.
- No resultar acreditada la existencia de prácticas prohibidas.

En relación con el pronunciamiento consistente en la escasa importancia de las conductas, también denominada “*regla de minimis*”, cabe señalar que tanto las normas comunitarias como españolas señalan unos criterios cuantitativos referenciados a la cuota del mercado de las empresas investigadas para determinar si las conductas han podido causar una afectación sensible a la competencia. Tanto la Comunicación de la Comisión Europea relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del TFUE, como el RDC, señalan que las conductas entre empresas competidoras que superen el umbral del 10% de cuota de mercado son susceptibles de causar una afectación sensible a la competencia y, por tanto, deben ser consideradas, a priori, conductas a las que no se les aplica la regla de *minimis*.

Además, cabe señalar que las normas citadas han previsto una serie de conductas cuya realización, con independencia de la cuota de las empresas en el mercado y los efectos que las conductas hayan producido en el mismo, presuponen la existencia de una restricción de la competencia por objeto.

En este sentido, el artículo 2 del RDC, de similar redacción que el apartado 13 de la Comunicación, señala lo siguiente:

“1. Con independencia de lo establecido en el artículo anterior, no se entenderán de menor importancia las conductas entre competidores que tengan por objeto, directa o indirectamente, de forma aislada o en combinación con otros factores controlados por las empresas partícipes:

- a) La fijación de los precios de venta de los productos a terceros;*
- b) la limitación de la producción o las ventas;*

⁵ Entre otras, en sentencias del Tribunal Constitucional 117/2002, de 20 de mayo; 356/2003, 55/2006, de 27 de febrero y 169/2012, de 1 de octubre.

c) el reparto de mercados o clientes, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”.

En el ámbito judicial se admite que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia. Interesa a esta Sala traer a colación la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2012 que indica lo siguiente⁶:

“Por tanto, procede considerar que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia.

Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la cuestión planteada que los artículos 101 TFUE, apartado 1, y 3, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que una autoridad nacional de competencia aplique el artículo 101 TFUE, apartado 1, a un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados miembros, pero que no alcance los umbrales fijados por la Comisión en su Comunicación de minimis, siempre que dicho acuerdo constituya una restricción sensible de la competencia en el sentido de esta disposición”.

Finalmente, cabe señalar que, con carácter general, las resoluciones sancionadoras resuelven la imposición de la sanción a las empresas infractoras y una declaración genérica de cese de la conducta. Sin embargo, en ocasiones también las resoluciones establecen obligaciones más concretas para eliminar los problemas de competencia provocados por la conducta sancionada.

A modo de ejemplo, en el expediente S/DC/0617/17 cuya resolución se dictó el 12 de noviembre de 2019, la CNMC además de la sanción impuso la siguiente obligación de no hacer a las empresas infractoras:

“Instar a ATRESMEDIA y a MEDIASET para que, en el plazo máximo de 3 meses contados a partir de la notificación de la presente resolución, adopten las medidas necesarias para la adaptación de sus relaciones comerciales y contractuales a lo dispuesto en esta resolución.

ATRESMEDIA y MEDIASET, al objeto de facilitar la vigilancia de esta resolución, documentarán y conservarán sus ofertas comerciales desglosadas, así como los diferentes acuerdos comerciales que formalicen con los anunciantes o agencias de medios, y facilitarán a la Dirección de Competencia, con la periodicidad necesaria y en la forma que ésta determine, toda la información que por la misma les sea requerida”.

Se plantea el problema del momento en que debe empezar computar el plazo de cumplimiento en los supuestos en los que las empresas hayan solicitado medidas cautelares ante la Audiencia Nacional y estas sean desestimatorias.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2012 (recurso 3495/2009) señala que:

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2012, dictada en el Caso Expedia Inc. contra Autorité de la concurrence y otros (asunto C-226/11).

“La conexión de los dos sistemas normativos (el aplicable al procedimiento administrativo y el aplicable a la revisión jurisdiccional) en este punto implica que debe, obviamente, estarse a lo que resulte de la decisión cautelar adoptada por el juez. Si ésta resulta contraria a la suspensión de la resolución sancionadora, dicha resolución, que nunca perdió su cualidad de "firme en vía administrativa" (sin la que no podría ser impugnada), despliega de nuevo su carácter ejecutivo. El inicial obstáculo a su ejecutividad, derivado de la interposición del recurso judicial con solicitud de medida cautelar, resulta en tales casos desbloqueado o desactivado por virtud de la decisión del órgano jurisdiccional llamado precisamente a resolver sobre la suspensión del acto impugnado, que la deniega. Y desde ese mismo momento la Administración tiene expedita su acción para proceder a la ejecución del acto”.

De ello cabe concluir que, desestimadas las medidas cautelares en sede de la Audiencia Nacional, la CNMC ya puede instar a la ejecución de la resolución y será a partir de este momento cuando las partes deban dar cumplimiento a la obligación impuesta en la resolución y en los plazos en ella previstos.



Centro de
Estudios
Jurídicos