

**COMENTARIOS DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DEFENSA DE LA  
COMPETENCIA AL PROYECTO DE COMUNICACIÓN SOBRE  
TERMINACIÓN CONVENCIONAL**

Madrid, 15 de julio de 2011

1. La Asociación Española de Defensa de la Competencia (la “AEDC”) desea agradecer a la Comisión Nacional de la Competencia (la “CNC”) la posibilidad de proporcionar comentarios respecto del proyecto de comunicación sobre terminación convencional (“TC”), cuyo borrador fue sometido a consulta pública a finales de junio de 2011 (el “Proyecto”).
2. La AEDC desea felicitar a la CNC por haber actuado una vez más con gran vocación de transparencia y de comprensión hacia la necesidad que tienen los grupos de interés afectados de poder aportar sus comentarios y sugerencias a una cuestión compleja como es la TC.
3. La AEDC quiere también destacar la conveniencia de una comunicación en materia de TC (la “Comunicación”), habida cuenta de las múltiples dudas que ha planteado su aplicación práctica a la luz del artículo 52 de la Ley de Defensa de la Competencia (la “LDC”) y del artículo 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia (el “RDC”).
4. La presente Nota contiene los comentarios consensuados en el seno de un grupo de trabajo creado en la AEDC y recoge las opiniones de los miembros del grupo de trabajo y las que ha podido recabar la AEDC de sus miembros, sin que pueda deducirse que representa la posición unánime de los mismos. El grupo que ha preparado estos comentarios ha estado integrado, por orden alfabético de apellidos, por Marcos Araujo, Sergio Baches Opi, Begoña Barrantes, Antonio Creus y Pedro Suárez.
5. En línea con otros comentarios presentados ante la CNC, el objetivo que ha guiado los comentarios que se realizan no es otro que el de mejorar y facilitar a la CNC, observaciones, ideas o propuestas para que adopte una Comunicación que, respetando el principio legalidad en materia sancionadora, proporcione una mayor seguridad jurídica a los operadores económicos y a sus asesores legales y económicos sobre la aplicación de la TC y a la vez sepa mantener un equilibrio equitativo entre la mejora de la eficacia administrativa a través de una óptima gestión de los recursos y el respeto de los derechos de los administrados.

6. Como comentario preliminar, y en la línea de los principios de transparencia y claridad que deben informar la Comunicación, la AEDC estima que sería aconsejable incluir en la misma una mención explícita, cuando ello sea relevante y en los puntos pertinentes, de aquellos precedentes nacionales que puedan ilustrar la solución propuesta.
7. Para mayor claridad, la presente Nota consta de dos partes: (i) una primera parte general en la que se realizan comentarios sobre las cuestiones que suscita el Proyecto y sus apartados, y que se corresponden o identifican con aquéllas que se han planteado en el foro, y (ii) una segunda parte, en la que se concretan estos comentarios en propuestas específicas de redacción alternativa de algunos de los apartados del Proyecto y en sugerencias de carácter sistemático.

## **1. Comentarios generales al Proyecto**

### **1.1. Finalidad de la terminación convencional**

8. La AEDC entiende que es importante partir del objeto de esta técnica de finalización de procedimientos sancionadores y acotar su ámbito de aplicación, tal y como intenta la CNC en el Capítulo II del Proyecto.
9. El apartado 8 del Proyecto delimita el objeto de la TC sin excluir la posibilidad de que la CNC pueda en la propia resolución de TC entrar a valorar la compatibilidad con la normativa de la competencia de las conductas analizadas. La AEDC aprecia una cierta inconsistencia entre esta observación y lo que posteriormente se indica en el apartado 12 *in fine* cuando establece que la resolución de TC no resolverá si existe infracción. Esta solución nos parece más acorde con la finalidad y el espíritu general que inspira la TC, salvo que se admita, y así lo refleje la Comunicación, la utilización de la TC como mecanismo para negociar la sanción, en cuyo caso el acuerdo de TC debería incluir una declaración de infracción y el correlativo reconocimiento de responsabilidad de las empresas infractoras (*vid.* sobre esta cuestión el punto 1.7 *infra*).
10. Por su parte, el apartado 10 del Proyecto hace referencia a una doble finalidad de la TC. De una parte, y como señala la LDC, se trata de resolver los efectos sobre la competencia y garantizar el interés público. De otra, se buscaría “*cumplir el principio de eficacia administrativa, permitiendo una utilización más adecuada de los recursos de la CNC*” (apartado 10 del Proyecto). Cabe observar que solo el primero de estos fines aparece recogido en la legislación vigente. El segundo es ciertamente una ventaja de esta forma de finalización de los procedimientos sancionadores, pero es dudoso que sea un fin en sí mismo.
11. En todo caso, la AEDC considera que la TC es una técnica de finalización de expedientes en materias en que la autoridad administrativa dispone de un margen de apreciación, y en los que puede considerarse que la mejor forma de atender el interés público en determinados casos es alcanzar un acuerdo, dado que un menor grado de intrusión en la libertad empresarial permite atender mejor los intereses en juego. En este sentido, esta técnica comparte los principios del modelo de “mejor

regulación” que promueve, esta vez con su propio ejemplo, la CNC. La AEDC estima que sería adecuado reflejar esta realidad en la sección correspondiente del Proyecto.

## **1.2. Casos en que procede terminación convencional**

12. La sección del Proyecto dedicada al ámbito de aplicación de la TC parece más preocupada por reclamar una muy amplia discrecionalidad de la autoridad en estos casos (apartado 14) y valorar los efectos positivos que esta vía tiene para la propia CNC en cuanto al acortamiento de los plazos y reducción de cargas administrativas (apartado 17) que en fijar un criterio claro sobre en qué tipo de expediente es admisible intentar una TC.
13. En lo que respecta a las cuestiones sustantivas cabe comenzar por observar que ni el artículo 52 de la LDC ni el 88 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre (la “LRJPAC”) configuran a esta forma de finalización como excepcional o reservada a determinados casos específicos.
14. Ello no obstante, se desprende (especialmente del artículo 88 de la LRJPAC) que esta forma de finalización del procedimiento debe estimarse reservada a materias susceptibles de transacción, o en otros términos, con un “contenido discrecional”. De este criterio general cabe entender que hay dos grandes categorías de materias especialmente susceptibles de ser abordadas a través de estos mecanismos:
  - de una parte, la aplicación de la prohibición, en casos en que no es evidente que se haya producido una infracción a las normas de competencia,
  - de otra parte, las medidas correctoras, incluida eventualmente la sanción, respecto al cual el ordenamiento reconoce a la autoridad un margen de apreciación.
15. Partiendo de estos principios, algunos miembros de la AEDC estiman que sería adecuado incluir una directriz en la Comunicación, modificando a estos efectos el apartado 9 del Proyecto, en los términos indicados en el párrafo 14 precedente y en la que se destaque que existen dos modalidades de TC en el ámbito de los expedientes sancionadores por la posible vulneración sustantiva de la normativa de competencia: (i) la TC sin sanción (y, por tanto, sin declaración de infracción ni valoración alguna sobre la compatibilidad de la conducta con la normativa de competencia); y (ii) la TC con posible sanción (y, por tanto, con declaración de infracción), en la que la TC versaría sobre la oportunidad de la sanción o, en su caso, sobre su cuantía y su reducción. En línea con lo anterior se destaca que sería también conveniente que se incluyese en la Comunicación una referencia expresa al artículo 64 de la LDC.
16. En sentido contrario, se constata la existencia de otra corriente de opinión en el seno de la AEDC opuesta a la TC con reconocimiento de culpa, por considerar que los procedimientos de transacción, ni por su finalidad, ni por el momento procesal en que se deben producir, ni por su resultado, se parecen a la TC. Desde esta

perspectiva, se propone que una vez aprobada la Comunicación, la CNC examine la conveniencia de introducir un procedimiento de transacción que tenga por objeto la reparación del daño y/o la negociación de la multa.

17. Independientemente de lo anterior, la AEDC estima que la mayor parte de las exclusiones que propone el apartado 20 del Proyecto carecen de una justificación clara; en especial:

- a) Sin perjuicio de la necesidad de aclarar qué ha de entenderse por “conducta que se agota en sí misma”, la AEDC estima que el que una conducta se haya agotado no hace carente de utilidad un compromiso de no reiteración o incluso de remoción de los efectos dañinos ya producidos, por lo que esta exclusión no parece justificada, máxime si tenemos en cuenta que su exclusión no viene exigida por la LDC.
- b) En cuanto a la exclusión de abusos de posición de dominio, el que la empresa ostente una elevada cuota o disponga de derechos especiales o exclusivos no es relevante para determinar si la mejor forma de atender al interés general es o no una TC; de hecho, en casos recientes la Comisión Europea ha obtenido importantes resultados en favor de la competencia a través de compromisos alcanzados en casos de abuso en el sector energético. Sobre las conductas con efectos irreversibles sobre la competencia durante un periodo de tiempo significativo o que hayan afectado a una parte sustancial del mercado, la AEDC considera que, aun cuando no cupiese, por su carácter irreversible, el ofrecimiento de compromisos tendentes a la remoción de los efectos, sí debería aceptarse en la TC la compensación de tales efectos mediante el pago de una compensación. En cualquier caso, debería aclararse, mediante ejemplos concretos, qué se entiende por "efectos irreversibles" y por afectación a una "parte sustancial del mercado".
- c) Una corriente de opinión en la AEDC estima que la exclusión de la TC de los casos de cártel puede ser adecuada en cuanto a la transacción sobre la calificación de la conducta, pero debería admitirse la transacción sobre la calificación de la culpabilidad de las empresas afectadas (*culpa stricto sensu* en sus diferentes grados o dolo), los posibles remedios a la conducta, incluida la eventual sanción, o la remoción o compensación de los efectos causados por el presunto cártel. Esta opción se examina en el apartado 1.7 de los presentes comentarios.

Asimismo, esta corriente entiende que no estaría justificada la exclusión de los cárteles de la TC argumentando que la tramitación de los expedientes sancionadores de cárteles está siendo más rápida desde la entrada en vigor del régimen de clemencia y que éste es el cauce natural para obtener una exención o reducción de la multa en estos casos. En este sentido, se argumenta que la tramitación de los expedientes de cártel con solicitud de clemencia puede ser tan laboriosa o más que la de los expedientes sancionadores que se tramitan sin que ninguna de las partes

haya instado el programa de clemencia, y que nada en la LDC o en el RDC permite concluir que la clemencia y la TC sean mecanismos excluyentes en casos de cárteles.

18. Sobre la exclusión de la TC en los casos en los que los presuntos infractores hubieran sido *“declarados con anterioridad responsables de una práctica prohibida por conductas similares”* (apartado 20, punto 3º), la AEDC considera que no procede descartar totalmente la posibilidad de una TC, especialmente por cuanto la expresión *“prácticas similares”* es un concepto ambiguo y susceptible de dar lugar a exclusiones no justificadas.
19. De otra parte, la AEDC considera excesivo excluir la TC por el mero hecho de que la empresa hubiera sido parte en un procedimiento de TC previo por *“prácticas similares”*, salvo en caso que el presunto infractor hubiese infringido las obligaciones que le fueron impuestas en la anterior TC y dicho incumplimiento hubiese sido declarado mediante resolución.
20. Sí parece, sin embargo, adecuado no permitir la TC cuando *“la no continuación del procedimiento sancionador ponga en riesgo la eficacia y el carácter disuasorio de la normativa de competencia”*, a cuyos efectos puede ser relevante el hecho de que los presuntos infractores hayan sido declarados con anterioridad responsables de una práctica prohibida por conductas similares. Sin embargo, tal y como se ha destacado en el punto 20 anterior, el hecho de que hubieran estado inmersos en procedimientos de TC anteriores no debería impedir que nuevamente acudieran a esta forma de terminación de los expedientes, salvo en caso de incumplimiento de los compromisos.
21. En cuanto a las cuestiones de procedimiento relevantes para determinar los grupos de casos susceptibles de ser tramitados por la vía de la TC, la AEDC considera que no es necesariamente relevante a estos efectos el momento de presentación a lo largo del procedimiento, tal y como sí que se infiere del apartado 17 del Proyecto, yendo más allá de lo que ya ha señalado el Legislador y el artículo 52, apartado 3, de la LDC (*“La terminación del procedimiento en los términos establecidos en este artículo no podrá acordarse una vez elevado el informe propuesta previsto en el artículo 50.4”*).
22. Menos justificable desde el punto de vista del principio de legalidad resulta la postura de condicionar el inicio de la apertura TC al cumplimiento acumulativo de requisitos que no figuran en la LDC o en el RDC (apartados 19 y 26 del Proyecto), aspecto que la AEDC estima inapropiado:
  - a) Las consultas y contactos previos con la DI en sede de TC no están contemplados ni en la LDC y en el RDC. Esta exigencia tiene un encaje complicado con lo previsto en el apartado 16 del Proyecto, en el que se señala la posibilidad de que la DI invite a las partes a solicitar la iniciación de la TC. En todo caso, la AEDC considera que sería recomendable regular cómo debería producirse ese contacto y qué alcance debería tener, tal y como se reguló, por ejemplo, la fase de prenotificación

previa a la iniciación del procedimiento de control de concentraciones en las Indicaciones Provisionales publicadas en su día por la CNC.

- b) Tampoco existe una justificación evidente para reclamar que la presentación de la solicitud de produzca antes de la finalización del plazo de alegaciones al pliego de concreción de hechos. Una exigencia de este tipo parece contraria a lo previsto en el apartado 3 del artículo 52 de la LDC, que permite la TC hasta antes de la elevación del Informe-Propuesta al Consejo de la CNC.
- c) En cuanto a la exigencia de que la solicitud deba incluir las líneas generales de los compromisos y su justificación, la AEDC estima que una exigencia de este tipo puede resultar injustificada y desproporcionada, particularmente si la leemos en relación con lo indicado en el apartado 17 del Proyecto, que insta a que las partes a que presenten dicha solicitud lo antes posible una vez incoado el procedimiento, pues, con toda probabilidad, en esa fase los presuntos infractores carecerán de información suficiente sobre la posible teoría del daño.

Además, ni la LDC ni el RDC contienen exigencia alguna en relación con el contenido de la solicitud de la iniciación de la TC. De hecho, el RDC no exige siquiera que la solicitud contenga una descripción genérica de los compromisos, y sitúa la discusión sustantiva sobre los compromisos y su adecuación y suficiencia tras haberse acordado el inicio del procedimiento de terminación convencional. Por ello, la sede legalmente apropiada para presentar y valorar en detalle los compromisos y su justificación no es la solicitud, sino el procedimiento iniciado tras la admisión de dicha solicitud. En el caso de que la CNC decidiese mantener este requisito en la Comunicación, la AEDC considera que sería en todo caso incoherente exigir más que una justificación preliminar de la adecuación y suficiencia de los compromisos, ya que de tales compromisos únicamente se piden sus "líneas generales". Asimismo, debería indicarse que la justificación pretendidamente exigida es también de "carácter general".

- 23. En atención a lo indicado en el párrafo 22 anterior, la AEDC propone sustituir el carácter imperativo que parece consagrar el apartado 19 del Proyecto por una mera recomendación o invitación a las partes a considerar la posibilidad de (i) mantener contactos previos con la DI, (ii) presentar la solicitud de TC antes de finalizar el plazo de alegaciones al pliego, o (iii) avanzar las líneas generales y una justificación general de sus posibles compromisos en la solicitud.
- 24. En definitiva: la AEDC considera que el único criterio relevante, nuevamente, debería ser que el interés público se satisfaga de mejor manera que a través de una solución rígida como una prohibición, y ello en buena medida dependerá del contenido que se acepte pueda formar parte de estos acuerdos. No debería por ello tenerse miedo de que "demasiados" expedientes fueran elegibles; antes bien al contrario.

### **1.3. Tramitación de la terminación convencional**

25. El tratamiento procedimental de la TC se encuentra prefigurado en el artículo 52 de la LDC y, sobre todo, el artículo 39 del RDC. El Proyecto introduce algunas, aunque no demasiadas, reglas adicionales. Entre ellas destaca la bienvenida aclaración, en el apartado 24 del Proyecto, sobre la posibilidad de que uno de los presuntos infractores pueda proponer la TC, o dicho de otra forma, la aclaración de la inexistencia de una exigencia de unanimidad entre los infractores para solicitar la apertura de la TC.
26. En coherencia con lo anterior y en aras a una mayor seguridad jurídica, la AEDC propone incluir en la Comunicación una observación que contemple aquellas situaciones en las que unos presuntos infractores ofrecen compromisos y otros no, o que habiéndolos ofrecido han desistido de su solicitud de TC. Por ello, la AEDC considera que en la Comunicación se debería aclarar que, en la medida en que ello sea compatible con la salvaguarda del interés público, el Consejo de la CNC podrá adoptar una resolución de TC, aun cuando no todos los presuntos infractores se hayan acogido a la TC. En estos casos el procedimiento sancionador podrá tener dos terminaciones distintas: (i) la TC para unas empresas imputadas y la resolución ordinaria (en su caso, con declaración de infracción e imposición de multas), para otras, tal y como ya ha sucedido en la práctica de la Comisión Europea, o (ii) la decisión de dar por finalizado la totalidad del procedimiento sancionador solo mediante el acuerdo de TC, es decir, sin la adopción de una resolución en relación con los presuntos infractores que han decidido no transar y por tanto no se han adherido a la TC.
27. Cabe en todo caso proponer la inclusión de una comunicación de objeciones o, al menos, una teoría de daño, por parte de la Dirección de Investigación (la “DI”), que permita a los presuntos infractores presentar compromisos “adecuados y suficientes”. El Proyecto parece a estos efectos presuponer que dichos presuntos infractores conocen perfectamente no solo el comportamiento investigado, sino cuáles de sus elementos producen efectos anticompetitivos. No obstante, los acuerdos de incoación son frecuentemente parcos, lo que obliga a las empresas a esperar al pliego de concreción de hechos para conocer dichas objeciones. Sucede no obstante que dicha espera es vista de manera crítica en el Proyecto, resultando un riesgo claro de no aceptación del inicio de actuaciones al producirse en un momento avanzado del expediente (apartado 17), además de permitir un tiempo muy limitado para formular una solicitud (apartado 23).
28. Al objeto de corregir lo anterior, la AEDC sugiere que se contemple que la DI tenga obligaciones claras de, a solicitud del presunto infractor, informarle ya de manera verbal ya por escrito de su teoría de daño en una fase anterior del procedimiento. A este respecto, cabe sugerir incorporar en la Comunicación la regulación de los “state of play meetings” inicialmente contemplados en la práctica europea para concentraciones y recientemente extendidos al examen de prácticas prohibidas, o bien una obligación de comunicar a los presuntos

infractores una “evaluación preliminar” de las conductas que se les imputan, tal y como sucede, por ejemplo, en el procedimiento francés de TC<sup>1</sup>. En caso de no aceptarse esta opción, debería eliminarse la indicación contenida en el apartado 23 del Proyecto, por cuanto el plazo ahí recogido será manifiestamente insuficiente.

29. Otro elemento que puede resultar en confusión es el relativo a la determinación del interlocutor de las partes en los casos que se presentan compromisos ante la DI. De la LDC y del RDC se desprende que estas conversaciones se mantienen exclusivamente con la DI, que mantendrá meramente “informado” al Consejo de la CNC. En todo caso, sería bienvenida una aclaración sobre el respectivo papel de la DI y del Consejo, de forma que los administrados conozcan con claridad si su interlocutor único es la DI o también el Consejo, recogiendo este extremo en la Comunicación que en su momento se adopte. Debemos destacar que algunos miembros de la AEDC se muestran favorables al mantenimiento de un interlocutor único, la DI, como expresión de respeto al principio de separación entre instrucción y resolución de los expedientes en la LDC.
30. Cabe también proponer la incorporación en la Comunicación de principios sobre la consulta a terceros del contenido de los compromisos (“market testing”), recogiendo la práctica actual de la CNC.
31. En cuanto al plazo de 10 días hábiles para la presentación de la primera propuesta de compromisos contemplado en el apartado 28 del Proyecto, la AEDC considera que es insuficiente desde un punto de vista práctico y tiene difícil justificación a la luz de lo dispuesto en el artículo 39, apartado 2 del RDC, que simplemente dispone que este plazo *“no podrá ser superior a tres meses”*. Por ello, consideramos más adecuado incluir en la Comunicación una observación más flexible y acorde con este precepto, que indique que el plazo *“no será inferior a 15 días hábiles ni superior a tres meses”*.
32. En relación con el apartado 28 del Proyecto, la AEDC considera que la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento sancionador es potestativa y no preceptiva para la CNC, puesto que el RDC no prevé la suspensión automática del procedimiento en el caso de que se inicien las actuaciones tendentes a la TC. En todo caso, debería aclararse que la suspensión del procedimiento procedería únicamente en el supuesto de que comenzaran las negociaciones de TC, es decir desde el momento que se admite la solicitud y la DI concede un plazo a las partes para presentar su propuesta de compromisos.
33. Por último, y en el caso que la solicitud se presentara dentro del plazo para alegaciones al pliego de concreción de hechos, la DI debería suspender el procedimiento, y en particular el plazo para contestar a dicho pliego, por cuanto lo contrario impediría una respuesta adecuada al mismo.

---

<sup>1</sup> Vid. *Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence*, apartados 13 y ss.



#### 1.4. Contenido de los compromisos

34. El Proyecto es parco en cuanto al contenido de los compromisos. Su apartado 11 menciona de forma genérica que los mismos pueden ser de comportamiento o estructurales. y ofrece varios ejemplos. Poco más se dice sobre este elemento sin duda capital.
35. Aunque el abanico de posibles compromisos tiene que ser necesariamente flexible, algunos miembros de la AEDC estiman que la Comunicación que eventualmente se adopte debería incluir indicaciones sobre qué puede ofrecerse como compromiso, así como los principios que se seguirán en su valoración. No se desconoce que el contenido de los compromisos en cada caso depende de la conducta de que se trate; aun así, no parece difícil extraer de la práctica actual algunas indicaciones concretas y principios generales, tales como los siguientes:
- (i) Los compromisos respetarán los principios de eficacia, eficiencia y proporcionalidad, graduados en función de la naturaleza del asunto concreto, por lo que deberán ser capaces de solucionar los problemas de competencia identificados, conseguir sus objetivos de manera eficiente, minimizando eventuales efectos no deseados, y no ir más allá de lo necesario a tales fines.
  - (ii) Los compromisos deberán, en la medida de lo posible, ser públicos, verificables y limitados en el tiempo.
  - (iii) Excepcionalmente podrán contemplarse obligaciones a cargo de partes distintas de los interesados, siempre que las mismas acepten expresamente las obligaciones que los compromisos impongan a su cargo.
  - (iv) Las condiciones deben guardar una relación estrecha con los problemas de competencia observados.
  - (v) No cabe ofrecer compromisos que asuman el mantenimiento de situaciones anticompetitivas a cambio de mejoras de competencia en mercados no relacionados.
  - (vi) Cuando los problemas detectados guarden una relación estrecha con una determinada estructura de mercado puede ser adecuado valorar compromisos de carácter estructural, por ejemplo consistentes en la venta de determinados negocios, concesión de licencias, puesta a disposición de terceros de activos relevantes, etc.
  - (vii) Al objeto de evitar que los compromisos de comportamiento graven de manera inapropiada los limitados recursos de la CNC, y en los casos especialmente complejos, se considerará favorablemente la propuesta de nombramiento de terceros independientes que verifiquen la observancia de los compromisos y aprobados por la CNC. En tales casos, el coste de dichos terceros será cubierto por el solicitante. La CNC aprobará el

nombramiento tales terceros únicamente si se justifica su independencia de las partes.

- (viii) Inicialmente, la autoridad solo considerará compromisos de no bajar los precios o que produzcan un efecto análogo en casos de predación. Excepcionalmente podrán aceptarse compromisos de no incremento de precios durante un período reducido, si se demuestra que tal comportamiento colabora de manera directa al restablecimiento de condiciones de competencia.
- (ix) En algunos casos puede ser apropiado aceptar compromisos de formación, externa o interna, en materia de defensa de la competencia por los responsables o directivos de los presuntos infractores.
- (x) No se admitirán compromisos por los que una empresa se comprometa a no ofrecer al mercado determinados productos a cuya comercialización tiene acceso legalmente o a no adquirirlos, salvo en casos excepcionales.

36. Por último, y nuevamente por inspiración de la práctica de la Comisión Europea, la AEDC propone la adopción de modelos no vinculantes de documentos de propuesta de compromisos, que podrían facilitar enormemente la labor de las empresas en estos casos.

### **1.5. Compensación a terceros perjudicados**

37. La LDC y el RDC guardan completo silencio sobre la posición de los eventuales terceros dañados por prácticas anticompetitivas en caso de finalización de un procedimiento por TC.

38. Ante este silencio caben dos posibilidades. Una es entender que la LDC debe mirar exclusivamente por el interés público, dejando las reclamaciones privadas en manos de las partes. Otra, que se considere también la dimensión privada del ordenamiento de competencia. Ambas opciones presentan ventajas e inconvenientes.

39. La primera opción, además de ser la más cómoda para la autoridad, responde al modelo institucional general de la LDC y a la concepción tradicional de la finalidad de la normativa de defensa de la competencia en España. Ciertamente, el Consejo de la CNC no está habilitado para pronunciarse sobre daños civiles en sus resoluciones, por lo que es sencillo argumentar que tampoco debería considerarse esta cuestión en procedimientos de TC. Se podría argumentar también que el reconocimiento de esta posibilidad implicaría también la atribución de una tarea u obligación adicional a la CNC para la que no está en principio preparada, como es la de la cuantificación de los daños y perjuicios causados por una conducta *antitrust*. Finalmente, cabría también añadir que un eventual activismo en esta materia podría desincentivar seriamente esta forma de finalización de los procedimientos, pues pactar una compensación a los terceros perjudicados podría

reforzar la idea de que los presuntos infractores asumen su responsabilidad por la comisión de una infracción.

40. Por su parte, la alternativa consistente en admitir la posibilidad de que los presuntos infractores propongan asumir medidas correctoras de carácter civil presenta ventajas evidentes al aumentar los incentivos de las empresas afectadas a denunciar estos comportamientos. También presenta elementos de facilitación procesal de interés, así como de justicia material, por cuanto si bien un acuerdo de TC no prejuzga las eventuales reclamaciones civiles que éstos puedan intentar, la existencia de tal acuerdo podría en la práctica debilitar tales reclamaciones.
41. A lo anterior cabe añadir que no debe extrañar que entre los compromisos ofrecidos se encuentren actuaciones con un valor económico, tales como obligaciones de suministro, garantías de no discriminación en los precios, restablecimiento de contratos u otras semejantes. Admitir este tipo de medidas pero no otras más directamente compensadoras podría no ser congruente.
42. No existe una postura unánime en el seno de la AEDC sobre este punto. Para una corriente de opinión, la ponderación de unas y otras razones debe llevar a la CNC a incluir en la Comunicación la posibilidad de que el presunto infractor proponga medidas correctoras en este ámbito, especialmente cuando los terceros pudieran acreditar daños directamente causados por la conducta. Por el contrario, otra línea de opinión postula la exclusión de la compensación a terceros perjudicados del ámbito de la TC.

#### **1.6. El problema de la ausencia de acuerdo**

43. El Proyecto guarda silencio sobre la situación que se produce cuando, iniciada la TC, se produce un desacuerdo entre la DI y la parte presuntamente infractora. Si bien no es un caso frecuente, sí parece adecuado abordar con claridad cómo debe gestionarse una negociación en la que, de no aceptarse lo reclamado por la DI, la empresa podría verse sujeta al pago de sanciones al reanudarse el procedimiento de infracción.
44. A este respecto, cabe sugerir que la eventual no aceptación de los compromisos presentados por los presuntos infractores se resuelva de manera motivada en ese momento del procedimiento, previendo expresamente que la CNC examine motivadamente y con mayor detalle en la resolución final las razones por las que dichos compromisos no eran aceptables.

#### **1.7. Transacción sobre la sanción en el marco de la terminación convencional**

45. Como ya se ha señalado, algunos miembros de la AEDC consideran que el monto de la eventual sanción, en el concreto campo de la defensa de la competencia, es un elemento respecto del que la autoridad goza de un margen relevante de apreciación, por lo que sería posible la transacción, incluso en procedimientos de cárteles, lo que conllevaría a su vez una declaración de infracción en el acuerdo de TC y la asunción de la correspondiente responsabilidad por las empresas.

46. Para esta corriente, la LDC no excluye en ningún momento la TC en los supuestos en los que, de seguirse el procedimiento sancionador y apreciarse la existencia de una infracción, pudiera ser procedente la imposición de una multa pecuniaria. En tal sentido se ha manifestado también el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, cuya postura, si bien no puede vincular a la CNC, sí proporciona un ejemplo de la eficacia de la TC en estos casos<sup>2</sup>.
47. Desde esta perspectiva, la posibilidad de la adopción de una TC compatible con una multa es coherente también desde la perspectiva del Derecho comparado, y presenta numerosas ventajas, entre las que, a título no exhaustivo, se pueden destacar las siguientes:
- 1) Ahorro de la Administración. Como principales beneficios vinculados a la TC se destaca el acortamiento del período dedicado a la resolución de los expedientes y el logro de una mayor eficiencia en la asignación de los recursos de que dispone la CNC. Como ha puntualizado la Comisión Europea en el ámbito del procedimiento comunitario de transacción<sup>3</sup>, la TC permite a la Administración de competencia tramitar más asuntos con los mismos recursos, lo cual redundaría en beneficio del interés público. La colaboración del presunto infractor en el esclarecimiento de los hechos indudablemente conlleva un ahorro de esfuerzos y costes que la Administración podrá destinar a otros fines. En palabras de la propia CNC<sup>4</sup>, la TC contribuye a la eficacia y agilidad administrativa sin menoscabo de una garantía suficiente del interés público.

Adicionalmente, la TC tiene el efecto positivo de aligerar el número de recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las resoluciones del Consejo de la CNC, pues no parecería lógico que una resolución que no hace sino recoger los compromisos propuestos por una empresa fuera después recurrida por ésta última, salvo por razones muy concretas y específicas. Este descenso de los recursos no solo supondría un alivio para el sistema judicial, sino que también tendría consecuencias muy favorables desde el punto de vista de la seguridad jurídica de las empresas que operan en el mercado y de las potenciales reclamaciones civiles.

- 2) Mayor certidumbre. Por lo que se refiere a los operadores que actúan en el mercado afectado por la conducta ilícita, el beneficio sería indiscutible, pues en la medida en que el porcentaje de resoluciones administrativas con efectividad suspendida se vería considerablemente disminuido, aquéllos podrían competir con mayor eficacia y menor incertidumbre, sabiendo mejor a qué atenerse.

---

<sup>2</sup> Resolución del TVDC de 20 de mayo de 2009, Expediente 01/2009 *HIRU*.

<sup>3</sup> *Vid.* el punto 1º de la Comunicación de la Comisión en la materia.

<sup>4</sup> Comunicado de 29 de julio de 2009 sobre el expediente 2697/06 (*Cepsa Estaciones de Servicio S.A.*).

Además, desde la perspectiva de la empresa que presuntamente ha cometido la infracción de la normativa de competencia, las ventajas serían igualmente significativas. El pronto conocimiento de las consecuencias de su actuación permitiría una mejor planificación de la actividad futura de la compañía, tanto desde el punto de vista presupuestario, pues conocería con antelación el alcance de la sanción económica, si es que ésta se produce, como desde el punto de vista estratégico-comercial, pues la empresa eliminaría anticipadamente su incertidumbre respecto a la legalidad o no de la forma en que ha venido desempeñando su actividad.

- 3) Reparación de daños. La TC es también beneficiosa para todos aquéllos a los que la conducta prohibida ha causado daños o perjuicios, en tanto la probable rápida firmeza del acto administrativo que pone fin al procedimiento sancionador les evita la larga espera que, por el contrario, habrían tenido que soportar para efectuar la pertinente reclamación civil si la resolución hubiera sido objeto de impugnación en vía contenciosa, o si hubieran acudido a la jurisdicción.

## **1.8. Vigilancia**

48. El Proyecto dedica unas pocas líneas a la vigilancia de la ejecución de los compromisos. Dichas líneas se remiten en general a las cuestiones de incumplimiento.
49. La AEDC entiende que una adecuada vigilancia de los compromisos es un elemento indispensable para el éxito de esta técnica de atención al interés general, siendo importante que la Comunicación fije determinados principios. Nuevamente, se ofrecen, a título de ejemplo, los siguientes a la consideración de la CNC:
  - (i) La vigilancia de los compromisos se basará en los principios de publicidad, transparencia y colaboración de los interesados.
  - (ii) Los sujetos obligados por los compromisos deberán presentar planes de cumplimiento detallado de sus obligaciones. Las versiones no confidenciales de dichos documentos se publicarán en la página de la CNC.
  - (iii) Cuando los planes de cumplimiento contemplen la emisión de informes acreditativos del cumplimiento de las obligaciones, ya sean estos elaborados por un auditor, ya por la propia DI, los mismos serán puestos a disposición de terceros en la página web de la CNC una vez excluidos, en su caso, los elementos confidenciales.
  - (iv) En caso que la vigilancia de los compromisos ponga de manifiesto la necesidad de corregir, aclarar o modificar el contenido de los acuerdos, o que la información aportada por la solicitante de la TC es incompleta, incorrecta, engañosa o falsa, la DI pondrá en marcha un procedimiento

específico de modificación en los términos que se proponen en el punto 1.9, apartado 52 (ii) siguiente distinto del propio procedimiento de vigilancia.

- (v) Para los supuestos en los que se ha aportado información incompleta, incorrecta, engañosa o falsa, la LDC no concede a la CNC la potestad de dejar sin efecto la resolución, sino que únicamente contempla la existencia de una infracción leve por parte de quien haya suministrado ese tipo de información (artículo 62, apartado 2.c LDC). En esos casos, la revisión de la resolución deberá, por tanto, seguir los cauces el cauce procedimental indicado en el punto (iv) anterior
- (vi) Por último, sobre el supuesto de la existencia de evidencia de incumplimiento de los compromisos, entendemos que se trata del caso previsto en el artículo 41, apartado 2 LDC, donde en ningún caso se reconoce la capacidad unilateral de la CNC para dejar sin efecto una resolución como consecuencia del incumplimiento de la misma. Dicha disposición prevé la imposición de multas sancionadoras y coercitivas al infractor, así como otras medidas de ejecución forzosa. La LDC prevé asimismo la existencia de una infracción grave por parte de quien haya incumplido una resolución (artículo 62, apartado 4 LDC). De nuevo, la revisión de la resolución deberá, por tanto, seguir los cauces previstos en la LRJPAC.

## **1.9. Modificaciones del acuerdo**

- 50. El Proyecto guarda un silencio casi total respecto de la posible modificación de los compromisos y los principios que habrían de seguirse en estos casos.
- 51. De la práctica seguida hasta la fecha se desprende que dicha posibilidad es admitida, recogándose en los acuerdos alcanzados con las partes. La AEDC considera que dicha posibilidad debe mantenerse.
- 52. Si bien no se discute que los acuerdos pueden ser modificados, es importante fijar determinados principios a estos efectos. Nuevamente cabe enumerar algunos, que la AEDC recomienda incluir en la Comunicación:
  - (i) Los acuerdos solo podrán ser modificados en caso de (a) que la experiencia obtenida en su aplicación lo aconseje, por ponerse de manifiesto errores o problemas concretos, o (b) cuando tenga lugar un cambio de circunstancias.
  - (ii) Para llevar a cabo la modificación de los compromisos la CNC incoará el procedimiento previsto en el artículo 53, apartado 3 de la LDC cuando la causa de la modificación sea un cambio “sustancial y permanente” de las circunstancias, o el previsto en el artículo 102 *et seq.* de la LRJPAC (“Revisión de disposiciones y actos nulos”) en los otros casos (como, por ejemplo, en el previsto en el supuesto a) del punto (i) anterior).

- (iii) La propuesta de acuerdo podrá provenir tanto de las partes en el mismo (esto es, los proponentes y la DI) como de terceros cuyos derechos se puedan ver afectados por el contenido del acuerdo.
- (iv) Los acuerdos se limitarán a llevar a efecto los cambios directamente necesarios a fin de corregir los defectos eventualmente observados o los indispensables a fin de atender a los cambios en el funcionamiento de los mercados.
- (v) En caso que los compromisos iniciales hayan sido contrastados con terceros (“market testing”), la modificación será consultada al menos con los mismos operadores que hubieran participado en la consulta de los compromisos iniciales.
- (vi) Si el presunto infractor no aceptara cambios en los compromisos de conformidad con lo previsto en los apartados precedentes, el Consejo podría decidir dejar los mismos sin efecto, recomenzando el procedimiento sancionador e imponiendo en el mismo directamente las soluciones que estime apropiadas. En dichos casos, no obstante, no se impondrá sanción por las conductas, salvo caso de incumplimiento del acuerdo de TC.

#### **1.10. Incumplimiento del acuerdo y de la resolución**

- 53. El Proyecto no contiene reglas claras sobre la gestión de situaciones de posible incumplimiento, limitándose a reiterar lo que ya ordena el apartado 7 del artículo 39 del RDC. Como es sabido, dicha norma se ocupa de lo que la CNC puede hacer respecto del incumplimiento, pero nada nos dice sobre el problema principal: ¿cómo se examina el posible incumplimiento?, ¿a través de qué clase de expediente?, ¿oyendo a quién y con qué consecuencias?.
- 54. Aun referida a los casos de concentraciones, es útil tener en cuenta la experiencia recabada por la Comisión Europea en su estudio sobre soluciones del año 2005, que pone de manifiesto el elevadísimo grado de “incidencias”. Cabe recordar que ninguna de ellas resultaría en un procedimiento sancionador, sino a lo sumo en una negociación para modificar los términos de los compromisos iniciales en los términos propuestos en el punto 1.9 anterior. Ciertamente no se propone esto como respuesta, pero indica claramente la necesidad de fijar principios serios y verificables.
- 55. La AEDC considera a este respecto que cabe partir de una distinción entre las incidencias que pueden frustrar la finalidad buscada por los compromisos de los incumplimientos en sentido estricto. Las incidencias, detectadas en la vigilancia, deberían en principio resolverse mediante modificaciones de los compromisos, reservándose el procedimiento de incumplimiento a los casos de inobservancia voluntaria y culpable. De lo anterior cabe considerar que tiene sentido que en la fase de vigilancia se detecten situaciones que constituyen posibles incumplimientos (quizá, en este momento, solo “incidencias”), y solicitar a los interesados y posibles terceros una valoración para determinar si cabe una

solución rápida por la vía de la aclaración o modificación, o si por el contrario debe iniciarse formalmente el procedimiento de incumplimiento.

56. Por último, sería útil aclarar qué medidas pueden adoptarse en caso de incumplimiento declarado de los compromisos. A este respecto, tanto los artículos 62, apartado 4 c) como 67 de la LDC prevén la posibilidad, eventualmente concurrente, de sanciones punitivas y de constricción, a las que el artículo 39, apartado 7 del RDC parece añadir la posibilidad de otra sanción por las conductas contrarias a la competencia. La AEDC estima conveniente incluir una aclaración sobre en qué casos procede una u otra, y cuáles pueden imponerse de manera adicional.

## **2. Propuestas alternativas de redacción y ubicación sistemática en relación con determinados apartados del Proyecto**

57. Con el sincero respeto y especial consideración que nos merece la labor de la CNC en la preparación y redacción del Proyecto, la AEDC desea, en línea con sus comentarios generales, proporcionar a la CNC una redacción alternativa a algunos de los apartados del Proyecto, así como, en algunos casos muy puntuales, sugerencias sobre su ubicación en el texto. Se han incluido, cuando se ha estimado pertinente, algunas explicaciones adicionales a los comentarios generales para justificar nuestras propuestas alternativas de redacción o cambio de ubicación de estos apartados.

### 1) Apartado 7

*(7) La resolución de un expediente sancionador mediante terminación convencional constituye una forma de finalizar un procedimiento sancionador incoado por una infracción sustantiva de la legislación de defensa de la competencia, es decir, por infracción de los artículos 1, 2 y/o 3 LDC y, en su caso, de los artículos 101 y/o 102 TFUE. Por tanto, la terminación convencional no alcanza a otros expedientes sancionadores de la CNC incoados por el resto de infracciones de la LDC.*

En opinión de la AEDC, dicho apartado debería modificarse como sigue:

*(7) La resolución de un expediente sancionador mediante terminación convencional constituye una forma de finalizar un procedimiento sancionador incoado por una presunta infracción sustantiva de la legislación de defensa de la competencia, es decir, por una presunta infracción de los artículos 1, 2 y/o 3 LDC y, en su caso, de los artículos 101 y/o 102 TFUE. Por tanto, la terminación convencional no alcanza a otros expedientes sancionadores de la CNC incoados por el resto de infracciones de la LDC.*

A juicio de la AEDC y en línea con nuestros comentarios generales, la introducción de la palabra "presunta" resulta conveniente, habida cuenta de que uno de los principales objetivos de los expedientes de TC es evitar tanto el reconocimiento de culpabilidad por parte de los sujetos investigados, como un pronunciamiento por parte de la autoridad acerca de la compatibilidad de la conducta investigada con la normativa de defensa de la competencia.



## 2) Apartado 8

*(8) Con la terminación convencional, el presunto infractor ofrece voluntariamente, en el marco de un expediente sancionador ya incoado, unos compromisos que buscan resolver los problemas de competencia detectados por la CNC, sustituyéndose la posible sanción o aplicación de condiciones, por compromisos voluntariamente propuestos por el presunto infractor y aceptados por parte de la CNC. Todo ello sin perjuicio de que la CNC pueda en la propia resolución de terminación convencional entrar a valorar la compatibilidad con la normativa de competencia de las conductas analizadas.*

En línea con nuestros comentarios generales, la última frase del apartado 8 debería, bien suprimirse, bien modificarse para aclarar que una posible valoración jurídica de la conducta solo sería posible en los supuestos en los que la TC se refiriera a la imposición o no de sanción o, en su caso, a su cuantía.

Una posible redacción alternativa al apartado 8, puede ser la siguiente:

*(8) Con la terminación convencional, el presunto infractor ofrece, en el marco de un expediente sancionador ya incoado, unos compromisos que buscan resolver los problemas de competencia detectados por la CNC sin que se realice reproche alguno por violación de la normativa de competencia, excepto en los supuestos en los que la TC verse sobre la imposición o no de sanción y, en su caso, sobre su cuantía.*

## 3) Apartado 9

*(9) La terminación convencional es una forma de finalización del expediente sancionador distinta del acuerdo transaccional de la normativa comunitaria, que no encuentra reflejo en la regulación española de competencia, y en el que sí se impone una sanción por la infracción de la normativa de competencia y la parte que solicita la transacción reconoce expresamente su culpa.*

La redacción del presente apartado parece excluir la posibilidad de que la TC pueda constituir también un cauce adecuado para facilitar la terminación eficaz de los expedientes sancionadores mediante la negociación del reconocimiento de la infracción por las empresas imputadas y la reducción de la sanción.

Como se ha destacado en los comentarios generales, una corriente de opinión en la AEDC estima que dicho enfoque resulta inadecuado y no se compadece con los propios principios que informan la TC tanto en la LDC como en la LRJPAC.

Desde esta postura, una posible redacción alternativa al apartado 9 sería la siguiente:

*(9) La terminación convencional puede adoptar dos formas. La más común no implica pronunciamiento alguno sobre la comisión de una conducta prohibida, [de conformidad con lo expuesto en los párrafos anteriores]. Otra modalidad es aquella en la que las partes negocian sobre la imposición de una posible sanción por la infracción de la normativa de competencia y la parte que solicita la terminación convencional reconoce expresamente su culpa y acepta, en su caso, la imposición de una sanción, obteniendo, a cambio, una reducción de la misma. Esta segunda modalidad de negociación sobre la sanción tiene como ventaja principal facilitar una tramitación acelerada de los procedimientos y reducir el riesgo de eventuales discusiones ante los Tribunales. El importe de las sanciones se determinará atendiendo a los criterios previstos en el artículo 64 de la LDC.*

#### 4) Apartado 10

*(10) El objeto principal de la terminación convencional es doble: por un lado, se busca lograr un restablecimiento rápido de las condiciones de competencia que se han puesto en riesgo con las conductas restrictivas detectadas, mediante unos compromisos que resuelvan los problemas de competencia, salvaguardando el bienestar de los consumidores y el interés público; por otro lado, se debe cumplir con el principio de eficacia administrativa, permitiendo una utilización más adecuada de los recursos de la CNC, al posibilitar una reducción de los trámites de instrucción y un acortamiento de los plazos de resolución del expediente sancionador en el que se acuerda la terminación convencional.*

En opinión de la AEDC, sería preferible mantener en este apartado la redacción prevista en el artículo 52 de la LDC, excluyendo variantes en el texto que pueden causar confusión (ej.: “bienestar de los consumidores”).

Por otro lado, como se ha expuesto en los comentarios generales al Proyecto, la LDC no contempla como finalidad de la TC la consecución del principio de eficacia administrativa, por lo que la segunda parte del apartado debería suprimirse. Por la misma razón, no parece que el restablecimiento “rápido” de las condiciones de competencia sea uno de los fines de la TC, sino más bien su consecuencia, por lo que se propone su supresión en la redacción final del apartado.

Se propone la siguiente redacción alternativa:

*(10) El objeto principal de la terminación convencional es lograr un restablecimiento de las condiciones de competencia que se han puesto en riesgo con las conductas restrictivas detectadas, mediante unos compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público.*

#### 5) Apartado 12

*(12) Cuando la CNC estime que la terminación convencional permite un ahorro de trámites de instrucción y un acortamiento de los plazos de resolución, y a la vez los compromisos presentados sean suficientes para resolver los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y para garantizar el interés público, el Consejo de la CNC dictará una resolución de terminación convencional, que hará vinculantes dichos compromisos, sin resolver que existe infracción y, por tanto, sin sancionar a quien los ha ofrecido.*

Por las razones expuestas en relación con el punto 4) (apartado 10) anterior, debería eliminarse la expresión “que la terminación convencional permite un ahorro de trámites de instrucción y un acortamiento de los plazos de resolución”, al tratarse de requisitos no previstos en la LDC para la resolución del procedimiento mediante TC.

#### 6) Apartado 14

*(14) Conviene recordar que ambas decisiones tienen un carácter marcadamente discrecional para la CNC, y que cada expediente sancionador presenta sus propias especificidades, por lo que ésta debe aplicar caso a caso el margen de apreciación del que dispone.*

En opinión de la AEDC, debería eliminarse la palabra “marcadamente”, pues la misma podría indicar que la CNC ostenta en el ámbito de la TC una

discrecionalidad mayor que en relación con otros procedimientos o tipo de resoluciones.

#### 7) Apartado 17

*(17) En este sentido, un punto clave a la hora de adoptar la decisión de iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional es que la misma permita un ahorro de trámites de instrucción y acortar los plazos de resolución del expediente. Por este motivo, la CNC valorará muy positivamente que la propuesta de terminación convencional se presente cuanto antes una vez incoado el expediente sancionador, con el fin de que permita garantizar el interés público que reclama el art. 52 de la LDC.*

Por los motivos ya expuestos respecto de los apartados 10 y 12 del Proyecto, la AEDC considera que la referencia a “un ahorro de trámites” debería suprimirse.

Adicionalmente, la palabra “clave” debería ser sustituida por la palabra “significativo” o “relevante”. La CNC parece estar identificando la garantía del interés público, cuya salvaguarda persigue el artículo 52 de la LDC, con la “pronta” garantía de dicho interés público, lo que por sí mismo resulta incoherente con el apartado tercero de dicho artículo, que permite la resolución del procedimiento mediante TC hasta la elevación del Informe-Propuesta, e incluso con el Proyecto de Comunicación, que prevé la posibilidad de solicitar el inicio de actuaciones tendentes a la TC hasta el final del periodo de alegaciones al pliego de concreción de hechos.

Finalmente y en línea con nuestros comentarios generales, dicho apartado debería recoger una referencia a la comunicación preliminar al presunto infractor por parte de la DI de su “teoría del daño”.

Se propone en consecuencia la siguiente redacción:

*“(17) En este sentido, un punto significativo a la hora de adoptar la decisión de iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional es que la misma permita acortar los plazos de resolución del expediente. Por este motivo, la CNC valorará positivamente que la propuesta de terminación convencional se presente cuanto antes una vez incoado el expediente sancionador, en la medida en que ello contribuiría a una mejor garantía el interés público que reclama el art. 52 de la LDC. A estos efectos, la Dirección de Investigación, a solicitud del presunto infractor, se compromete a informarle de manera verbal o por escrito y con carácter preliminar a la presentación de su solicitud, de las conductas objeto del expediente y sus efectos sobre la competencia.*

#### 8) Apartado 19

*(19) En lo que respecta a las cuestiones de procedimiento, por norma general la Dirección de Investigación sólo acordará el inicio de la terminación convencional cuando:*

- *El solicitante del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional se haya puesto en contacto previo con la Dirección de Investigación para explorar la posibilidad de la terminación convencional del expediente sancionador.*
- *La solicitud se produzca antes de la finalización del plazo de alegaciones al pliego de concreción de hechos previsto en el artículo 50.3 LDC.*

- *Esta solicitud contenga las líneas generales de los compromisos que el presunto infractor estaría dispuesto a presentar, así como una justificación de por qué estos compromisos se consideran adecuados y suficientes para posibilitar la terminación convencional del expediente sancionador.*

Como se ha expuesto en los comentarios generales, la AEDC considera que la literalidad de este apartado limita los derechos legalmente otorgados a los presuntos infractores, en la medida en que pudiera interpretarse en el sentido de que únicamente cabría el inicio de la TC si se cumplen los tres requisitos previstos en el mismo, requisitos que exceden de los exigidos por la LDC y el RDC.

En el caso de que la CNC decida mantener este apartado en la versión definitiva de la Comunicación, la AEDC propone la siguiente redacción:

*(19) En lo que respecta a las cuestiones de procedimiento, la Dirección de Investigación invita a las partes a considerar la posibilidad de ajustarse a las siguientes pautas de conducta:*

- *El solicitante del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional puede ponerse en contacto previo con la Dirección de Investigación para explorar la posibilidad de la terminación convencional del expediente sancionador.*
- *El solicitante debería valorar la conveniencia de presentar su solicitud antes de la finalización del plazo de alegaciones al pliego de concreción de hechos previsto en el artículo 50.3 LDC.*
- *Para facilitar la valoración inicial de la solicitud a la Dirección de Investigación, esta solicitud debería contener las líneas generales de los compromisos que el presunto infractor estaría dispuesto a presentar, así como una justificación preliminar de carácter general de por qué estos compromisos se consideran adecuados y suficientes para posibilitar la terminación convencional del expediente sancionador.*

## 9) Apartado 20

*(20) En lo que se refiere a los aspectos sustantivos, por norma general no se acordará el inicio de la terminación convencional cuando:*

- *Se investigue:*
  - o *una conducta que se agota en sí misma.*
  - o *una infracción del artículo 1 LDC en relación con un cártel.*
  - o *un abuso de posición, cuando el mismo sea cometido por una empresa que tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos.*
- *Las conductas investigadas hayan tenido efectos irreversibles sobre la competencia durante un periodo de tiempo significativo o hayan afectado a una parte sustancial del mercado.*
- *El/los presunto/s infractor/es hayan sido declarados con anterioridad por la CNC u otra autoridad de defensa de la competencia responsables de una práctica prohibida por conductas similares, o cuando hubieran sido parte de un procedimiento de terminación convencional previo por prácticas similares.*

- *La no continuación del procedimiento sancionador ponga en riesgo la eficacia y el carácter disuasorio de la normativa de competencia. En particular, cuando la CNC estime necesario que exista un pronunciamiento expreso de infracción de la normativa de competencia.*

Como ya se ha expuesto en las consideraciones generales al Proyecto, la AEDC no comparte la justificación de la mayor parte de las exclusiones contenidas en este apartado, por lo que se propone la siguiente redacción:

*(20) En lo que se refiere a los aspectos sustantivos, por norma general no se acordará el inicio de la terminación convencional cuando:*

- *Las conductas investigadas hayan tenido efectos irreversibles sobre la competencia durante un periodo de tiempo significativo o hayan afectado a una parte sustancial del mercado.*
- *El/los presunto/s infractor/es hayan sido declarados con anterioridad por la CNC u otra autoridad de defensa de la competencia responsables de una práctica prohibida por conductas similares, o cuando hubieran sido parte de un procedimiento de terminación convencional previo por prácticas similares y se hubiera declarado mediante resolución el incumplimiento de dichos compromisos.*
- *La no continuación del procedimiento sancionador ponga en riesgo la eficacia y el carácter disuasorio de la normativa de competencia. En particular, cuando la CNC estime necesario que exista un pronunciamiento expreso de infracción de la normativa de competencia.*
- *[Una infracción del artículo 1 en relación con un cártel]<sup>5</sup>*

#### 10) Apartado 23

*(23) Como se ha señalado anteriormente, y a los efectos de que una solicitud de terminación pueda prosperar, ésta deberá producirse por norma general antes de la finalización del plazo de alegaciones al pliego de concreción de hechos previsto en el artículo 50.3 LDC.*

Se reitera en este punto lo ya señalado en relación con el apartado 19, por lo que la AEDC propone, en el caso de que la CNC decida mantener este apartado en la Comunicación, la siguiente redacción alternativa:

*(23) Como se ha señalado anteriormente, la Dirección de Investigación invita a las partes a considerar la conveniencia de presentar su solicitud antes de la finalización del plazo de alegaciones al pliego de concreción de hechos previsto en el artículo 50.3 LDC.*

#### 11) Apartado 24

*(24) Para realizar esta solicitud, no es necesario que concurran en la misma todos los presuntos infractores del expediente, si bien la solicitud debe cubrir todas las presuntas conductas prohibidas de las que sea responsable el solicitante e identificadas en la incoación del expediente sancionador o, en su caso, en el correspondiente Pliego de Concreción de Hechos.*

A menudo los acuerdos de incoación describen las conductas presuntamente restrictivas de la competencia de forma muy amplia, revelándose tras una breve instrucción que el alcance de las mismas es menor del inicialmente contemplado

---

<sup>5</sup> Como se ha destacado en la parte general, en opinión de algunos miembros de la AEDC, este supuesto de exclusión de la TC debería ser eliminado del texto de la Comunicación definitiva.

en dicho acuerdo. Por ese motivo, en opinión de la AEDC, vincular el contenido de cualquier solicitud de TC previa al pliego de concreción de hechos a la literalidad del acuerdo de incoación no es razonable. Por ello, se sugiere sustituir “e identificadas en la incoación” por “objeto” (del expediente sancionador). La expresión “conductas objeto del expediente” es la utilizada por el artículo 39, apartado 5 del RDC al referirse al contenido de la resolución del Consejo sobre la TC.

Por la razones expuestas en los comentarios generales, también se propone completar este apartado, o en su caso incluir un apartado adicional, con una observación que contemple la postura de la CNC respecto de los supuestos que pueden plantearse en la práctica.

En línea con lo anterior, la AEDC propone la siguiente redacción:

*(24) Para realizar esta solicitud, no es necesario que concurran en la misma todos los presuntos infractores del expediente, si bien la solicitud debe cubrir todas las presuntas conductas prohibidas de las que sea presuntamente responsable el solicitante objeto del expediente sancionador, en su caso, identificadas en el correspondiente Pliego de Concreción de Hechos.*

*Asimismo, en la medida en que ello sea compatible con la salvaguarda del interés público, la Dirección de Investigación podrá tramitar el procedimiento de terminación convencional con las empresas solicitantes y simultáneamente continuar con la tramitación del procedimiento sancionador con los otros presuntos infractores que no han solicitado la terminación convencional o que habiéndola solicitado hubiesen desistido. En estos casos, el procedimiento sancionador podrá concluir con un acuerdo de terminación convencional para los solicitantes de la misma y con una resolución sobre el fondo para los presuntos infractores que no se hayan acogido a la terminación convencional o que hubieran desistido. Por último, la CNC podrá, siempre que se garantice el interés general, dar por finalizada la totalidad del expediente mediante un acuerdo de terminación convencional, cuyos compromisos y obligaciones no serían exigibles a aquellos presuntos infractores que no hubiesen participado en la terminación convencional.*

## 12) Apartado 26

*(26) La solicitud de inicio de la terminación convencional debe contener las líneas generales de los compromisos que el presunto infractor estaría dispuesto a presentar, así como una justificación de por qué estos compromisos se consideran adecuados y suficientes para posibilitar la terminación convencional del expediente sancionador.*

En línea con la redacción propuesta al apartado 19 *supra*, se propone la siguiente redacción:

*(26) La CNC invita a las partes a considerar la conveniencia de incluir en su solicitud de inicio de la terminación convencional las líneas generales de los compromisos que el presunto infractor estaría dispuesto a presentar, así como una justificación preliminar y de carácter general de por qué estos compromisos se consideran adecuados y suficientes para posibilitar la terminación convencional del expediente sancionador.*

## 13) Apartado 27

*(27) Una vez recibida la solicitud formal, la Dirección de Investigación acordará aceptar o denegar motivadamente el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente sancionador.*

En opinión de la AEDC, debería aclararse que la decisión de aceptar o denegar motivadamente el inicio de la TC se adoptará tras consultar a los interesados en el expediente, dado el impacto que dicha decisión produce sobre su posición procesal.

Por ello, se propone la siguiente redacción:

*(27) Una vez recibida la solicitud formal, la Dirección de Investigación acordará, previa audiencia de las partes interesadas, aceptar o denegar motivadamente el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente sancionador.*

#### 14) Apartado 28

*(28) El Acuerdo de inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento sancionador establecerá, a la vista de las circunstancias del caso concreto, un plazo de diez días hábiles para que la parte solicitante presente la primera versión de sus compromisos, salvo que la primera versión de compromisos se haya presentado ya con la solicitud de inicio. Asimismo, en dicho Acuerdo se establecerá la suspensión del cómputo del plazo máximo para el procedimiento sancionador hasta la conclusión de las actuaciones tendentes a la terminación convencional. El Acuerdo será notificado a todos los interesados en el procedimiento.*

En primer lugar, desde el punto de vista sistemático, la AEDC considera que tendría más sentido que el capítulo IV.2 (“Tramitación”) se inicie con este apartado 28, ya que trata de la presentación de la primera versión de los compromisos, tras haberse acordado ya, por tanto, la iniciación del procedimiento de TC.

En segundo lugar, y en línea con los comentarios generales de la AEDC sobre el plazo, y el carácter potestativo que tiene en el RDC la suspensión del procedimiento sancionador, se propone la siguiente redacción:

*(28) El Acuerdo de inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento sancionador establecerá, con carácter general, un plazo no inferior a quince días hábiles ni superior a tres meses para que la parte solicitante presente la primera versión de sus compromisos, salvo que la primera versión de compromisos se haya presentado ya con la solicitud de inicio. Asimismo, en dicho Acuerdo se podrá acordar la suspensión del cómputo del plazo máximo para el procedimiento sancionador hasta la conclusión de las actuaciones tendentes a la terminación convencional. La CNC se mostrará especialmente favorable a la suspensión del procedimiento cuando la solicitud se presente durante el plazo de contestación al pliego de concreción de hechos. El Acuerdo será notificado a todos los interesados en el procedimiento.*

#### 15) Apartado 30

*(30) El hecho de que la Dirección de Investigación acuerde iniciar la terminación convencional de un expediente sancionador no implica necesariamente la elevación de una propuesta de terminación convencional al Consejo de la CNC ni impide la continuación del expediente sancionador si la Dirección de Investigación estima que los compromisos finalmente presentados no son proporcionados o suficientes para resolver los efectos sobre la competencia de las conductas investigadas, garantizando el interés público.*

La AEDC considera que, sistemáticamente, tiene más lógica trasladar este apartado 30 al final del capítulo IV.1 relativo al inicio del procedimiento (a continuación del apartado 27).

## 16) Apartado 34

*(34) En lo que se refiere al resto de presuntos infractores del expediente sancionador, los mismos podrán o bien adherirse a los compromisos presentados, o presentar compromisos propios respecto a las conductas detectadas. En este último caso, los compromisos adicionales seguirán la misma tramitación que los compromisos presentados por la parte que solicitó el inicio de la terminación convencional.*

En línea con lo ya señalado en nuestros comentarios generales sobre los posibles escenarios que pueden producirse en el marco de una TC y la redacción propuesta al apartado 28 anterior, la AEDC propone la siguiente redacción:

*(34) En lo que se refiere al resto de presuntos infractores del expediente sancionador, los mismos podrán bien adherirse a los compromisos presentados, bien presentar compromisos propios respecto a las conductas detectadas, o bien no solicitar el inicio de la terminación convencional ni adherirse a los compromisos presentados por terceros imputados. En el segundo caso, los compromisos adicionales seguirán la misma tramitación que los compromisos presentados por la parte que solicitó el inicio de la terminación convencional.*

## 17) Apartado 45

*(45) El Consejo de la CNC no otorgará este plazo para nuevos compromisos cuando entienda que no existen compromisos posibles que sean proporcionados y resuelvan adecuadamente los efectos sobre la competencia de las conductas investigadas, garantizando el interés público.*

Sugerimos añadir al final de este apartado que “La decisión del Consejo de la CNC a este respecto será motivada”.

## 18) Apartado 48

*(48) La resolución del Consejo de la CNC mediante la que se finalice el procedimiento por terminación convencional recogerá el contenido mínimo expresado en el artículo 39.6 RDC, y, en caso de que proceda por la tipología de los compromisos aceptados, establecerá que si se produce una modificación esencial en las circunstancias que dieron lugar a la aceptación de los compromisos propuestos para la terminación convencional del expediente sancionador, el Consejo de la CNC podrá acordar la modificación o levantamiento de los compromisos, previa propuesta de la Dirección de Investigación y tras un trámite de alegaciones de los interesados del expediente sancionador.*

La AEDC sugiere añadir el inciso “y permanente” después de “modificación esencial”, puesto que la permanencia es la otra condición necesaria prevista en el artículo 53, apartado 3 de la LDC para proceder a la revisión de las condiciones y obligaciones acordadas en resoluciones del Consejo, incluidas las de TC.

## 19) Apartado 50

*(50) Asimismo, el Consejo de la CNC, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá acordar dejar sin efecto la resolución de terminación convencional cuando:*

- *Se acredite que la información aportada por la parte que presentó los compromisos haya sido incompleta, incorrecta, engañosa o falsa.*
- *Se tengan evidencias de que se han incumplido los compromisos.*



De conformidad con nuestros comentarios generales al capítulo IV.4 “Vigilancia”, del Proyecto, se propone la siguiente redacción:

*(50) Asimismo, el Consejo de la CNC, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá revisar la resolución de terminación convencional siguiendo el procedimiento legalmente previsto, cuando:*

- *Se acredite que la información aportada por la parte que presentó los compromisos haya sido incompleta, incorrecta, engañosa o falsa.*
- *Se tengan evidencias de que se han incumplido los compromisos.*

## 20) Apartado 51

*(51) En estos casos, la CNC podrá abrir un nuevo procedimiento sancionador con base en los artículos 1, 2 y/o 3 LDC y, en su caso, en los artículos 101 y/o 102 TFUE, contra las mismas conductas que fueron objeto de la terminación convencional.*

La AEDC propone añadir al final de este apartado: *“siempre que las presuntas infracciones no hayan prescrito conforme a los plazos de prescripción aplicables”*.

\* \* \*