

Facultad de Derecho y RR.II.

Dr. Fernando Díez Estella
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Asignatura: Competencia y mercado



Unidad Didáctica 11. Cuestiones de procedimiento y D^os Fundamentales



GLOBAL CAMPUS
NEBRIJA

Contenido

<u>1. Régimen jurídico del procedimiento antitrust</u>	<u>3</u>
<u>2. Principios generales</u>	<u>3</u>
2.1. El deber de confidencialidad	5
2.2. El deber de secreto	5
<u>3. Instrucción del procedimiento y medidas cautelares</u>	<u>6</u>
<u>4. Los plazos. Duración del procedimiento y silencio administrativo</u>	<u>7</u>
<u>5. Resolución</u>	<u>8</u>
<u>6. Recursos</u>	<u>9</u>
<u>7. El procedimiento de control de concentraciones</u>	<u>10</u>
<u>8. Derecho de la competencia y <i>due process</i></u>	<u>11</u>
8.1. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (artículo 47 CDFUE)	14
8.2. Presunción de inocencia y derechos de defensa (artículo 48 CDFUE)	14
8.3. Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas (artículo 49 CDFUE)	15
8.4. Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción (artículo 50 CDFUE)	15
8.5. Alcance de la revisión judicial de las decisiones administrativas	16
8.6. La cuantificación de las multas en España	18

1. Régimen jurídico del procedimiento antitrust

Al analizar el régimen jurídico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, se han puesto de manifiesto las dificultades interpretativas derivadas de la aplicación supletoria a sus intervenciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (antes, y la LDC en este sentido no se ha "actualizado", la legendaria Ley 30/1992, a la que se hará referencia continua por simplificar la explicación). La problemática se plantea de manera particularmente directa cuando analizamos los aspectos procedimentales, a pesar de la remisión expresa recogida en el artículo 45 de la Ley 17/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Este precepto establece que “Los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por lo dispuesto en esta ley y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 70 de esta Ley”. El artículo 70 contempla algunas excepciones a la aplicación de la Ley 30/1992 en procedimientos sancionadores, excepción que ya de por sí resulta cuestionable por incluir la norma común principios constitucionales de la potestad sancionadora y el procedimiento sancionador.

Sucede con esta exclusión algo similar a lo que se plantea respecto de la potestad disciplinaria (en el apartado tercero del artículo 127 de la Ley 30/1992: “Las disposiciones de este Título no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual”). En el Derecho español de la competencia no puede aceptarse tal menoscabo de garantías, a pesar de reconocer sus peculiaridades.

Así, para evitar el resultado de reducción de garantías, hay que defender la aplicación con carácter general de la Ley 30/1992, “...salvo en aquellos puntos en los que resulte claramente excluida por la regulación específica...”. Y cabe plantearse un grado mayor de garantías a partir del estándar de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dadas las muy incisivas potestades de la Administración en este ámbito, y en las que vamos a centrarnos en este tema, ya que es una cuestión que está cobrando especial relevancia en el *enforcement* antitrust.

Más allá de la cuestión clave de las garantías, los problemas de definición del régimen jurídico de estos procedimientos se proyectan sobre la resolución de conflictos entre intereses enfrentados. Por ejemplo, el conflicto entre la publicidad y la confidencialidad, o las particulares reglas probatorias —con inversión de la carga de la prueba incluso— predicadas de algunas excepciones a las conductas prohibidas. Parece que no siempre resulta sencillo armonizar las funciones públicas de protección de la competencia y algunos principios básicos del procedimiento.

2. Principios generales

La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, dedica la Sección tercera del Capítulo I de su Título IV a lo que denomina “Principios generales del procedimiento”. Este rótulo resulta engañoso, pues su objeto se concreta en un artículo dedicado al tratamiento de la información confidencial (42), otro sobre el deber de secreto (43), uno sobre el archivo de las actuaciones (44), el ya referido sobre la supletoriedad de la Ley de procedimiento administrativo común (45) y, finalmente, uno dedicado a la prejudicialidad del proceso penal (45).

Cuando comparamos esta relación de artículos con el tratamiento dogmático de los principios generales del procedimiento administrativo, comprobamos la falta de concordancia entre su contenido y las explicaciones doctrinales, considerando que los referidos preceptos contienen reglas, siendo bien diversa la naturaleza de los principios. Admitiendo su carácter heterogéneo, los principios generales del procedimiento administrativo sirven para resolver conflictos, salvar antinomias o propiciar interpretaciones en un sentido determinado cuando existen dudas hermenéuticas.

Los principios del procedimiento administrativo han sido definidos como el mínimo común denominador predicable de todos los procedimientos, ante la tendencia constante hacia la dispersión de su régimen en los distintos ámbitos de actuación. Así, el carácter contradictorio, la economía procesal, la regla *in dubio pro actione*, la oficialidad, la exigencia de legitimación, la imparcialidad, la transparencia o la gratuidad, son criterios resolutorios que debieran regir, salvo excepciones justificadas, en todo tipo de procedimientos administrativos.

Bien es cierto que no todos estos principios reciben el mismo tratamiento por parte del Derecho positivo, ni puede decirse que tengan la misma fuerza vinculante. Entre el principio contradictorio y el de gratuidad, por ejemplo, pueden señalarse importantes diferencias de grado. Tampoco la exigencia de legitimación es una regla absoluta, mientras la imparcialidad parece una regla mucho más general y difícilmente excepcionable, dadas sus conexiones directas con la buena administración y el derecho a un debido procedimiento.

Con estos matices, los principios generales se deberían aplicar a todos los procedimientos: los generales y los especiales (incluyendo los de protección de la competencia), sin subordinar la vigencia de algunos que son traducción de exigencias constitucionales a las normas positivas sobre ámbito de aplicación o carácter supletorio o no de la Ley de Procedimiento. La Ley 30/92 no es sólo una ley básica de procedimiento administrativo; también tiene una vocación común como cabecera de un grupo normativo difícil de excluir o reducir a la mera supletoriedad, ni siquiera en este ámbito.

Los principios generales de la Ley 30/1992 serán pues aplicables también a este tipo de procedimientos. Estos principios serán complementados o mejorados por la normativa europea, pues también consagra principios del procedimiento, expresando una tendencia que con carácter general (y no sólo para las intervenciones *antitrust*) condiciona las soluciones del Derecho español.

Una conclusión tal no significa que esta sección de la Ley de Defensa de la Competencia no pueda incidir en modo alguno sobre principios del procedimiento, pues pueden encontrarse implícitos en sus formulaciones algunos principios generales matizados respecto de la normativa general de procedimiento. Así, los artículos 42 y 43 afectan a las relaciones entre el principio de publicidad y el principio de confidencialidad, ambos principios relevantes en la intervención procedimental administrativa (en particular la económica).

Pero, ¿puede considerarse una especialidad o excepción la vigencia del principio de confidencialidad en este ámbito? ¿Acaso no rige igual en otros procedimientos administrativos? Según varios autores, el de confidencialidad es un principio informador del Ordenamiento jurídico, aunque si partimos de la consideración general de la publicidad de la información administrativa podría considerarse tan solo una excepción, o cuestionarse su consideración principal.

La publicidad es sin embargo predicable de la información propia de la Administración, no así de aquella valiosa y relevante para los particulares afectados por sus procedimientos. Y es para esta información para la que sí puede defenderse la tesis de un principio de confidencialidad, no sólo como excepción al principio de publicidad, sino como principio general predicable del manejo de datos sensibles por parte de los responsables de los procedimientos administrativos.

2.1. El deber de confidencialidad

En nuestro Derecho, la expresión más clásica de este principio sería el deber de reserva del funcionario público respecto de la información o datos a los que tuviera acceso en ejercicio de su cargo. Enunciado en las sucesivas versiones de la normativa de función pública, se encuentra hoy recogido entre el catálogo de deberes del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado mediante Ley 7/2007, en sus artículos 52, 53 y 95.2

Así, el artículo 52 reza “(...)”. El 53.12 incluye entre los principios éticos también el deber de guardar secreto “...de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público”. Y el artículo 95.2 incluye entre las infracciones graves la “publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función”.

La regulación de este deber de confidencialidad o secreto en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, se encuentra en el artículo 43: “1. Todos los que tomen parte de la tramitación de los expedientes previstos en esta Ley o que conozcan tales expedientes por razón de profesión, cargo o intervención como parte, deberán guardar secreto sobre los hechos de que hayan tenido conocimiento a través de ellos y de cuantas informaciones de naturaleza confidencial hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus cargos, incluso después de cesar en sus funciones. 2. Sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que pudieran corresponder, la violación del deber de secreto se considerará siempre falta disciplinaria muy grave”.

La correcta interpretación de este precepto requiere precisar tanto su ámbito subjetivo como el ámbito objetivo. En primer lugar, los sujetos que están obligados a callar y no divulgar la información a la que hayan podido acceder participando en la tramitación de los procedimientos administrativos *antitrust*. En segundo lugar, la información sobre la que es obligado guardar reserva, que no será toda la relativa al procedimiento, sino aquella que tenga un carácter particularmente sensible.

¿Quiénes son los destinatarios del mandato de confidencialidad del artículo 43 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia? La redacción del precepto emplea el genérico sujeto “Todos los que tomen parte en la tramitación de expedientes...”. Esta fórmula incluye sin duda al personal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia directamente involucrado en los procedimientos, pero es más difícil precisar si afectaría al resto de actores: los abogados, los denunciantes, otras empresas...

¿Qué información puede considerarse confidencial? Las resoluciones del Tribunal de Defensa de Competencia y otras autoridades posteriores, españolas y europeas, han ido decantando en los casos controvertidos el ámbito objetivo del artículo 42: “...los datos o documentos que constituyan secretos comerciales y aquellos otros que, sin constituir secretos comerciales, su público conocimiento pueda perjudicar gravemente a los sujetos afectados —por ejemplo, las posiciones estratégicas de una empresa, el análisis de la verdadera situación económica de dicha empresa, las relaciones comerciales o conexiones de la misma con otras empresas o sectores, etc.”.

2.2. El deber de secreto

La segunda cuestión a despejar se refiere al ámbito objetivo del deber de secreto ¿Qué información tiene carácter confidencial y por tanto no debe revelarse? Se entiende que aquella cuya divulgación, por ser particularmente sensible, ora por afectar a la intimidad, ora por vincularse al secreto empresarial, podría perjudicar a las personas o a otros intereses

afectados por la investigación.

En la regulación de la Ley 15/2007 parece clara la atribución de la facultad para definir cuándo concurren tales riesgos de afección de derechos a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Son sus responsables quienes deben hacer uso de la previsión del artículo 42: “En cualquier momento del procedimiento se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales, formando con ellos pieza separada...”.

Caso por caso sin embargo pueden plantearse confrontaciones a la hora de considerar que determinados datos confidenciales deben o no declararse y tratarse como confidenciales. Por ello, cabrá recurrir y discutir estas decisiones. El actual tratamiento jurídico de estos conflictos mejora la situación anterior, en la que una aplicación sin excepciones de la normativa común de procedimiento administrativo referida a la publicidad de los datos del expediente dejaba mal parados otros intereses.

En fin, la solución equilibrada a las inevitables tensiones entre los principios de publicidad y confidencialidad muestra bien a las claras las muy relativas especialidades por razón de la materia del Derecho de los procedimientos *antitrust*, sin menoscabo alguno de garantías. El hecho de que puedan declararse datos confidenciales es común a todos los procedimientos administrativos, y está expresamente previsto en la redacción vigente de la Ley 30/1992, en su artículo 37 cuando contempla excepciones al derecho de acceso a archivos y registros (“...cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley...”), aunque será pronto sustituido por la nueva Ley de Transparencia y Buen Gobierno.

La propia Ley de Defensa de la Competencia incluye otros preceptos en los que se observa una clara opción por el principio de publicidad, ciertamente en la línea del Derecho europeo. Así, su artículo 69, al contemplar la publicidad de las sanciones: “Serán públicas, en la forma y condiciones que se prevea reglamentariamente, las sanciones impuestas en aplicación de esta Ley, su cuantía, el nombre de los sujetos infractores y la infracción cometida”.

Otros principios y garantías del procedimiento administrativo son igualmente irrenunciables, exigibles en una interpretación integral del Ordenamiento aplicable, incluso tanto de las normas españolas como de las europeas: contradicción, prueba, celeridad o proporcionalidad.

3. Instrucción del procedimiento y medidas cautelares

El procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas se inicia de oficio por la Dirección de Investigación (hoy sustituida por la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), a iniciativa propia, del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, o por denuncia. La denuncia puede ser presentada por cualquier persona física o jurídica, determinando la incoación del procedimiento cuando se observen indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas. El acuerdo de incoación se notificará a los interesados para que puedan defender su posición en el procedimiento

Como sucede con otros procedimientos sancionadores o disciplinarios, con carácter previo al acuerdo de incoación, se podrá realizar una información reservada preliminar, a fin de determinar si existe base suficiente para la incoación de un expediente sancionador. Tal información reservada no es trivial, pues puede comportar incluso una visita domiciliaria, luego incluye numerosas actividades posibles de recopilación de información, no siempre rodeadas de garantías suficientes.

La información reservada es una suerte de pre-procedimiento, cuyo resultado puede ser la

incoación o no del expediente. Al no regularse plazos determinados, ni contradicción necesaria, plantea el riesgo de abusos de preconstitución de pruebas sin derecho de defensa. En aplicación de los principios y el derecho de defensa, habrá que considerar nulas las actuaciones de esta naturaleza extendidas indefinidamente en el tiempo o practicadas con un alcance que sustituya materialmente al que debe realizarse en el contexto del procedimiento formalizado.

La instrucción del expediente sancionador pasa por la realización de todos aquellos actos necesarios para el esclarecimiento de los hechos (apartado primero del artículo 50 de la Ley 15/2007) en una línea idéntica a la que puede observarse en el artículo 78 de la Ley 30/1992.

Un peculiar aspecto del régimen procedimental *antitrust* se proyecta sobre la prueba. Además de todas las carencias y dudas suscitadas por su escaso tratamiento en la Ley 30/1992, se introducen en la Ley 15/2007 otras especialidades dignas de mención. Así, el apartado segundo del artículo 50 establece que aquella empresa que considere que la conducta puede beneficiarse de la excepción prevista en el apartado tercero del artículo 1 de la Ley "...deberá aportar prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado". No está de más recordar que se benefician en tal precepto aquellas conductas con efectos de mejora de la producción y comercialización de bienes y servicios, prácticas innovadoras beneficiosas tanto para las empresas como para los consumidores.

El clásico pliego de cargos de los expedientes sancionadores se traduce en los procedimientos *antitrust* en un pliego de concreción de hechos que debe ser notificado a los interesados para que lo contesten y propongan las pruebas que consideren pertinentes en un plazo de quince días. Tras la práctica de todos los actos de instrucción que se consideren necesarios, se formulará y notificará propuesta de resolución, previéndose en este caso el trámite de audiencia en forma de plazo de quince días para formular las alegaciones que tengan por convenientes. Después de este trámite se elevará la propuesta de resolución.

La regulación de las medidas cautelares se encuentra en el artículo 5426. Una vez incoado el expediente se podrán acordar, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte. Se fija pues un *numerus apertus* de medidas que permitiría también las de carácter positivo.

4. Los plazos. Duración del procedimiento y silencio administrativo

Una de las cuestiones más importantes del régimen procedimental administrativo es la relativa al manejo de los tiempos. Especialmente cuando se trata de intervenciones de trascendencia económica, el tratamiento y resolución de los asuntos con celeridad evita las incertidumbres y riesgos derivados de cambios de circunstancias que pueden hacer inútil o descontextualizar las respuestas de la Administración a las necesidades de la sociedad y los mercados.

El artículo 36 de la Ley 15/2005 enuncia el plazo máximo de los procedimientos sancionadores por conductas restrictivas: 18 meses. Un plazo superior al común de la Ley 30/1992, que prevé los seis meses como tope, salvo lo establecido en una norma de rango legal (este caso) o comunitaria europea. Este tiempo comienza a contar a partir del acuerdo de incoación, separándose pero sumando a efectos temporales las fases de instrucción y resolución.

Para el procedimiento de control de concentraciones se distinguen varios plazos, dada su naturaleza bi- o trifásica que veremos en el último apartado. Para la primera fase, un mes; dos meses para la segunda fase. 15 días para la intervención del Ministro de Economía; y un mes para el acuerdo del Consejo de Ministros.

La resolución de los recursos administrativos en el marco de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se sujeta a un plazo común con el de los recursos administrativos

de alzada: tres meses. El mismo plazo contemplado para la resolución relativa a la adopción de medidas cautelares, computados desde el acuerdo de incoación cuando la solicitud se presente antes de la incoación del expediente. También son tres meses los fijados para la resolución de medidas en el ámbito de expedientes de vigilancia de obligaciones, resoluciones o acuerdos del artículo 41 de la Ley.

El artículo 37 concede suficientes facultades a las autoridades de defensa de la competencia para ampliar los plazos de los procedimientos o suspender su cómputo. Si los plazos anteriormente citados parecen razonables (partiendo de una relativa obsolescencia de nuestros tiempos administrativos en una panorámica comparada), las posibilidades de expansión casi ilimitada de los ritmos de tramitación previstos en este precepto resultan a todas luces abusivos, máxime si pensamos en la importancia económica de los procedimientos y su incidencia directa sobre el funcionamiento de las empresas y el mercado. Más aún al no preverse prácticamente garantías, pues pese al llamamiento a la motivación del acuerdo de ampliación en el apartado cuarto del artículo 37, a continuación se precisa que contra este acuerdo no cabrá recurso alguno. Los abusos y distorsiones de la competencia real por la vía de las indefiniciones temporales del procedimiento están servidos con este régimen.

El régimen del silencio administrativo y la caducidad del procedimiento se regula en el artículo 37. Más de 18 meses sin resolver el procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas determina la caducidad. El silencio es positivo en la primera fase de control de concentraciones, salvo toda una serie de excepciones que permiten invertir este resultado con facilidad. Lo mismo sucede con la segunda fase del procedimiento de control de concentraciones. Cuando se trata de la resolución de recursos administrativos, rige la regla general del efecto desestimatorio (aunque habría que valorar su inversión cuando se interpone frente a resoluciones por silencio).

5. Resolución

La resolución del procedimiento sancionador está regulada en los artículos 51, 52 y 53 de la Ley 15/2007. El artículo 51 contempla un procedimiento resolutorio en el que se pueden acordar nuevas pruebas, luego estamos en cierto modo ante otro procedimiento bifásico. Caso de acordarse nuevas pruebas, se notificará a los interesados para que en el plazo de siete días formulen las alegaciones que tengan por pertinentes, fijándose si cabe otro plazo para su realización. También cabrá acordar la realización de una vista o un debate sobre la correcta calificación de la cuestión, formulándose alegaciones al efecto en el plazo de quince días. Después de evacuar todas estas garantías, el Consejo dictará su resolución, informada en su caso la Comisión Europea.

La terminación convencional está prevista en el artículo 52. Con carácter general admite esta posibilidad el artículo 88 de la Ley 30/1992, aunque remitiéndose a las leyes sectoriales (como es el caso) para su concreción. Estamos sin embargo ante un supuesto *sui generis*, pues el acuerdo o convenio no es propuesto por la Administración, sino por los “presuntos infractores”. A ellos se les atribuye la iniciativa para plantear soluciones a los perjuicios ocasionados sobre la competencia garantizando el interés público, compromisos que después —se entiende— han de ser valorados y aceptados (o no) por la CNMC.

Esta propuesta de acuerdo debe ser planteada necesariamente antes de la propuesta de resolución que se formula y notifica a los interesados para alegaciones, según lo previsto en el apartado cuarto del artículo 50. Se despeja en todo caso es el carácter vinculante de tales acuerdos o compromisos, válidos y efectivos desde el momento en que se incorporan a la resolución que ponga fin al procedimiento.

La naturaleza de las resoluciones finalizadoras de estos procedimientos *antitrust* resulta sumamente compleja y variada. Además del supuesto recién descrito de incorporación de un acuerdo o compromiso, pueden declarar la existencia de conductas prohibidas, apreciar la concurrencia de conductas de menor relevancia incapaces de alterar de manera significativa la competencia, o considera no acreditada la existencia de prácticas prohibidas. Esto en cuanto a su pronunciamiento sobre la ilicitud o no de las conductas.

Pero más allá de tal posición, las medidas previstas concretas para estas resoluciones presentan un abanico considerable de posibilidades: la orden de cesación de conductas en un plazo determinado; la imposición de condiciones u obligaciones determinadas (estructurales o de comportamiento); la orden de remoción de los efectos de prácticas prohibidas contrarias al interés público; la imposición de multas; el archivo de actuaciones; cualesquiera otra medidas cuya adopción le autorice esta Ley (artículo 53.2 de la 15/2007).

En todo caso, debe recordarse la necesaria motivación de las resoluciones finalizadoras de estos procedimientos, no sólo por la aplicabilidad común del artículo 54 de la Ley 30/1992, sino a resultados de la vigencia del principio de interdicción de la arbitrariedad de los actos administrativos, y en particular aquellos que inciden sobre el ejercicio de libertades o derechos.

6. Recursos

El régimen de los recursos está recogido en la Sección 4 del Capítulo I del Título IV. En el artículo 47 se regula el recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación, y en el artículo 48 se regulan los recursos contra las resoluciones y actos dictados por el Presidente y por el Consejo de la CNMC.

Los primeros recursos se prevén frente a resoluciones adoptadas en el curso de las potestades de investigación e inspección. Se trata pues de mecanismos de garantía frente a la tramitación de los procedimientos preparatorios de ulteriores resoluciones. Por ello probablemente reciben un tratamiento peculiar, próximo al que la normativa común de procedimiento administrativo ofrece frente a los actos de trámite, restringiendo la admisibilidad de los recursos a las resoluciones o actos "...que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos".

El plazo para la interposición de estos recursos es muy breve, el común para los trámites procedimentales ordinarios: diez días. Se justifica esta reducción respecto del previsto para los recursos administrativos regulados en la Ley 30/1992 por el tipo de actuaciones frente a las que se interponen, resoluciones o disposiciones que darán lugar a otras posteriores del Consejo de la CNMC.

Frente a las resoluciones y actos del Presidente y el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia no se contempla en el artículo 48 de la Ley 30/1992 vía administrativa de recurso. Su redacción original lo deja claro: "...sólo podrá interponerse recurso contencioso-administrativo en los términos previstos en la Ley 13/1998, de 13 de julio...".

A estos efectos debe tenerse en cuenta la Disposición Final Segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, pues ha modificado el apartado 5 de la Disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para atribuir a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional la competencia para conocer de los actos y disposiciones dictados por la nueva Comisión, como antes conocía de su predecesora.

7. El procedimiento de control de concentraciones

El Capítulo III del Título IV de la Ley 15/2007 se dedica al procedimiento de control de concentraciones económicas. Este procedimiento tiene una naturaleza distinta a los anteriormente descritos, vinculados al ejercicio de las potestades inspectora y sancionadora. Dependiendo de su desarrollo, puede enfatizarse su naturaleza pseudoautorizatoria (“autorizar la concentración” es una expresión literal del artículo 60 de la Ley), de comunicación con poder de veto, o directamente prohibicionista, pues puede culminar con una prohibición expresa. Naturaleza compleja pero en todo caso vinculado a la actividad de limitación o control.

Tal carácter afecta desde el principio a la tramitación, comenzando por su activación común a instancia de parte mediante la notificación o presentación de un formulario para indicar la circunstancia (artículo 55.1). Previamente podrá formularse una consulta a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que valore si concurre o no el supuesto de concentración previsto en el artículo 7 de la Ley.

Esta forma de iniciación no obsta sin embargo la posibilidad de que la propia Comisión aprecie la posible existencia de una concentración sujeta a control, en cuyo caso podrá realizar actuaciones previas para determinar si cabe exigir su notificación. Así como se regulaban diligencias preliminares en los expedientes sancionadores, también caben tales para detectar y propiciar el inicio de los procedimientos de autorización de concentraciones.

Cuando la notificación presentada en el formulario (abreviado u ordinario) fuera incompleta o incorrecta, los órganos competentes de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrán requerir al notificante la subsanación en el plazo de diez días, un régimen coincidente con el previsto para las solicitudes en la Ley 30/1992. Igualmente podrán exigir la presentación de documentos u otros elementos necesarios para resolver en el mismo plazo de diez días. Caso de no aportarse los documentos para subsanar, se le tendrá por desistido en su petición. Si no atendiera el requerimiento para la aportación de elementos o documentos esenciales, o lo hiciera fuera del plazo establecido, no podrá beneficiarse del silencio positivo previsto en el artículo 38 de la Ley.

Este régimen es muy similar al general de los procedimientos administrativos, salvo la penalización por el retraso o la no puesta a disposición del órgano competente de documentos o elementos esenciales. Las excepciones al silencio positivo obedecen en el régimen común a la carencia de los presupuestos indispensables para el ejercicio de los derechos, sin extenderse a posibles colaboraciones defectuosas o faltas de colaboración del interesado en la tramitación del procedimiento.

La instrucción del procedimiento puede dar lugar a otras peticiones de información por parte de la Comisión, dirigidas a terceros operadores u organismos de la misma u otra Administración (artículo 55.6 de la Ley 15/2007). Ninguna alteración supone esta posibilidad respecto de las previsiones del artículo 78 la Ley 30/1992, en el sentido de que los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución se realizará de oficio.

Tampoco parece especial la indicación del artículo 57 de la Ley 15/2007 cuando dice “recibida en forma la notificación, la Dirección de Investigación formará expediente y elaborará un informe de acuerdo con los criterios de valoración del artículo 10, junto con una propuesta de resolución”. La documentación ordenada de todos los datos y pronunciamientos sobre el asunto, así como por supuesto todas las alegaciones y documentos presentados por los interesados, deben incorporarse a tal expediente, que es a la vez el soporte documental (la carpeta o el archivo) y la secuencia cronológica de actos de trámite realizados en el mismo.

Rige para estos procedimientos en suma el Título VI de la Ley 30/92. Por supuesto en los mismos se podrán presentar alegaciones (artículo 79), solicitar la práctica de prueba (artículos

80 y 81) y evacuar un trámite de audiencia inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, sobre todo si van a estimarse otras alegaciones o pruebas distintas a las aportadas por el notificante.

Una particularidad de este procedimiento sí es su posible estructura bifásica de resolución. Teniendo presente el informe y la propuesta de resolución, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá autorizar la concentración, condicionarla al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes, acordar la remisión a la Comisión Europea, acordar el archivo de actuaciones o acordar el inicio de la segunda fase del procedimiento, cuando considere que la concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todo o parte del mercado nacional.

Dado este último supuesto, el procedimiento de control adquiere una mayor intensidad, y da lugar a una segunda fase en la que participan otros posibles interesados en alegar y pronunciarse sobre la eventual operación de concentración (“personas físicas o jurídicas que puedan resultar afectadas” y el Consejo de Consumidores y Usuarios). Unos y otras podrán presentar alegaciones en el plazo de diez días, tras la publicación del expediente de la primera fase salvados los datos confidenciales.

Varía el cariz del procedimiento no sólo por la incorporación de nuevos actores, incluyendo también a autoridades administrativas autonómicas si se da una particular incidencia en una Comunidad Autónoma, sino porque el objeto del expediente deja de ser una posible autorización y se centra en exponer y discutir las razones de una prohibición. Por ello se recogen los argumentos (“obstáculos a la competencia”) en un pliego de concreción de hechos que se notifica a los interesados para que formulen alegaciones en un plazo de diez días (artículo 58.2).

Se discute pues la concurrencia o no de razones suficientes para prohibir la concentración, discusión que pueden tener lugar también en una vista ante el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia si los notificantes lo solicitan (artículo 58.3). Después se elaborará la propuesta de resolución, que dará lugar a la resolución en uno de los siguientes sentidos: autorizar, subordinar la autorización al cumplimiento de compromisos propuestos por los notificantes o condiciones, acordar el archivo de actuaciones o prohibir la concentración.

Las resoluciones han de ser comunicadas tanto al Ministerio de Economía como a los interesados en el procedimiento. En el caso de que prohíban concentraciones, no serán eficaces ni ejecutivas ni pondrán fin a la vía administrativa (según el artículo 58.6 de la Ley). Porque la última palabra en estos procedimientos, que devienen así trifásicos y particularmente complejos, queda en manos del Gobierno de España a través del Ministerio de Economía, primero, y en su caso, del Consejo de Ministros, cuya intervención regula el artículo 60 de la Ley. El Consejo de Ministros podrá confirmar o alterar la resolución de la CNMC, o simplemente dejar transcurrir los plazos del artículo 36.4 (un mes) deviniendo entonces efectiva y ejecutiva la resolución anterior de la Comisión.

8. Derecho de la competencia y *due process*

Como se ha señalado en la introducción, la relación entre la aplicación del Derecho de la Competencia comunitario y la protección de los derechos fundamentales, así como la observancia de las debidas garantías procesales, es una cuestión que en la actualidad está siendo objeto de un vivísimo debate doctrinal y jurisprudencial.

Esta problemática no es, sin embargo, nueva, y sus antecedentes pueden resumirse brevemente en tres grandes etapas:

La primera comienza en 1974 a partir de la Sentencia *Nold*¹, considerada como la pionera en reconocer el Tribunal de Justicia la necesidad de proteger los derechos fundamentales en el contexto de un procedimiento sancionador derivado de un ilícito anticompetitivo.

La segunda puede situarse en torno a la década de los años ochenta del siglo pasado, cuando tuvieron lugar las primeras denuncias por entender que el sistema comunitario de aplicación del derecho de la competencia infringía el artículo 6 (1) de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), dado que la Comisión combinaba en un mismo órgano las funciones de fiscal y de juez, y su naturaleza administrativa distaba mucho de los rasgos jurisdiccionales que debería tener una institución que aplicaba un derecho sancionador.

Por último, la tercera etapa se sitúa hacia mitad de la década del año 2000, cuando en las denuncias se hace referencia no ya a una violación de los derechos fundamentales por parte del “sistema” de aplicación del derecho de competencia como tal, sino en lo referente a los individuos en concreto. Esta última fase tiene su punto de partida en la adopción del Tratado de Lisboa, que prevé la adhesión de la propia Unión Europea al sistema de garantías de la CEDH, y la Sentencia *Menarini*², del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que califica el derecho antitrust como de naturaleza cuasi-penal³, debido –entre otros motivos- al sensible aumento del número y cuantía de las multas impuestas por ilícitos anticompetitivos.

La cuestión a analizar es sencillamente si la actual aplicación del Derecho de la Competencia en la UE respeta las debidas garantías procesales, y si ello conlleva la conculcación de los derechos fundamentales de las empresas multadas. Los aspectos discutidos abarcan prácticamente todo el “sistema”: desde la naturaleza jurídica de la Comisión o la propia naturaleza cuasi-penal del derecho antitrust; la cuantía de las multas⁴; la falta de una revisión judicial efectiva; el juego entre la legislación nacional y comunitaria⁵; la misma colaboración entre autoridades en el marco de un expediente sancionador⁶; hasta aspectos ya más procedimentales⁷ como pueden ser el acceso al expediente, derecho a una vista oral, derecho a un proceso equitativo, la protección de la información confidencial, etc.

Una primera cuestión a plantearse es hasta qué punto a las “empresas” (en cuanto destinatarias de esta normativa y objeto de las sanciones) se les aplica, en toda su extensión, la protección otorgada por unos derechos que se predicen originariamente de las personas físicas. Un amplio sector doctrinal⁸ aboga por una completa aplicación de la CEDH a las corporaciones, mientras que otro⁹ –más minoritario- reclama un ajuste o recorte a la hora de

¹ Sentencia de 14 de Mayo de 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 4/73, [1974] P-ECR 491, nº 13.

² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de Septiembre de 2011, asunto *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*.

³ Vid., un interesante análisis de este importante pronunciamiento en BELLAMY, C.: “Menarini post ECHR and competition law: An overview of EU and national case-law” en *e-Competitions*, nº 47946, (5 Julio 2012).

⁴ Vid. en este sentido WILS, W.: “The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review and the ECHR” en *World Competition*, Vol. 33, nº 1, 2010, pp. 5-29.

⁵ Vid. en relación a este aspecto WILS, W.: “Powers of Investigation and Procedural Rights and Guarantees in EU Antitrust Enforcement: The Interplay between European and National Legislation and Case-law” en *World Competition*, Vol. 29, nº 3, 2006 pp. 19-21.

⁶ Vid. en este sentido ARAUJO, M.: ‘The Respect of Fundamental Rights Within the European Network of Competition Authorities’, en HAWK, B.E.(Ed.): *2004 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute – International Antitrust Law and Policy*, Juris Publishing 2005, pp. 511-531.

⁷ WILS, W.: “EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees” en *World Competition*, Vol. 34, nº 2, 2011, pp. 1-32.

⁸ Vid., por todos, FORRESTER, I.: “Due process in EC competition cases: A distinguished institution with flawed procedures” en *European Law Review*, Vol. 34, nº 6, 2009, pp. 817-843.

⁹ Muy principalmente, en nuestra doctrina, SANCHEZ-GRAELLS, A. y MARCOS, F., “Human Rights” *Protection for Corporate Antitrust Defendants: Are We Not Going Overboard?*, University of Leicester School of Law Research Paper No. 14-03, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2389715>.

trasladar esos derechos fundamentales.

Con carácter general la cuestión que estamos analizando aquí responde a la pregunta sobre si el actual sistema de ‘enforcement’ del Derecho de la Competencia satisface las debidas garantías procesales, salvaguarda de los derechos fundamentales de los individuos y las empresas; es decir, la protección de estos derechos y garantías desde la óptica del ‘due process’¹⁰.

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, la UE se ha adherido al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Esta adhesión¹¹ permitirá al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) controlar la conformidad de los actos de la UE con el CEDH, lo que contribuirá a reforzar la protección de los derechos fundamentales.

Además, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), texto complementario del anterior –y que no está incluida en el Tratado de Lisboa, simplemente se adjunta en forma de declaración- tiene por objeto proteger los derechos fundamentales de las personas frente a actos adoptados por las Instituciones de la UE y por los Estados miembros en aplicación de los Tratados de la Unión.

Ambos documentos, más pronunciamientos del TEDH como la Sentencia *Menarini*, deberían llevar a que la observancia de los derechos fundamentales en la aplicación del Derecho de la Competencia no sea meramente un “logro” a conseguir¹², sino un punto de partida esencial.

Esta parece ser la pauta que nuestros tribunales están siguiendo en la actualidad en su labor de revisión judicial de las decisiones de la autoridad de competencia, como por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de noviembre de 2012¹³, que anuló la Resolución *Navieras Baleares* de la CNC¹⁴, por entender que había infringido los derechos fundamentales de la imputada, violando el artículo 24 de la Constitución Española, al cambiar la calificación jurídica de la conducta infractora sin dar el oportuno trámite de alegaciones a la imputada, provocándole una evidente indefensión.

En el plano comunitario encontramos idéntica consecuencia de anulación por parte del Tribunal General¹⁵ de decisiones de la Comisión en las que la inobservancia de determinadas garantías procesales haya podido condicionar el curso del expediente en detrimento de la empresa infractora.

En concreto, la naturaleza¹⁶ de las multas impuestas por la infracción del Derecho comunitario de la Competencia exige que los procedimientos ‘antitrust’ respeten los derechos y garantías contenidos en el Título VI de la CDFUE (artículos 47 a 50):

¹⁰ Vid., una excelente aproximación a esta problemática en LENAERTS, K.: “Due process in competition cases”, *1(5) Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, (2013) 175-182.

¹¹ Sus implicaciones en el ámbito específico del Derecho de la Competencia ya se han puesto de manifiesto por la doctrina más atenta; SÁNCHEZ-GRAELLS, A., ‘The EU’s Accession to the ECHR and Due Process Rights in EU Competition Law Matters: Nothing New Under the Sun?’ (2012), en: <http://ssrn.com/abstract=2156904>.

¹² MÖLLMANN, M.: “Due Process in Antitrust Proceedings Before the European Commission: Fundamental Rights are not enough”, *CPI Antitrust Chronicle*, June 2014 (1).

¹³ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 8 de noviembre de 2012, rec. núm. 1/2012.

¹⁴ RCNC de 23 de febrero de 2012, Expte. S/0244/10, *Navieras Baleares*.

¹⁵ Asunto T-25/95, *Cimenteries CBR y otros c. Comisión* [2011] ECR II-491, párrafos 240-241; Asunto T-186/06, *Solvay SA c. Comisión* [2011] ECR II-378, párrafos 227, 237-238.

¹⁶ Sobre la discusión en torno a la naturaleza administrativa o penal del Derecho de la Competencia, baste recordar el pronunciamiento del TEDH en el asunto *Jussila c. Finlandia* (Sentencia de 23 de noviembre 2006, nº 73053/01, § 43, RJD 2006-XIV), calificándolo como no incluido en el núcleo duro del Derecho penal sancionador, por lo que tampoco se precisa que las garantías propias de dicha normativa se apliquen en el ámbito del Derecho de la competencia con todo su rigor.

8.1. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (artículo 47 CDFUE)

Esta cuestión se analiza en profundidad en los dos epígrafes siguientes, sobre la naturaleza jurídica de la Comisión y la combinación de funciones de investigación y decisión (§3) y cuando se hable de la revisión judicial de las decisiones administrativas (§4), que se ha convertido en la salvaguarda última de las garantías y derechos fundamentales de las empresas. Como ha señalado la mejor doctrina, “en relación tanto al artículo 6(1) CEDH como del artículo 47 CEDF, el test último de legalidad del régimen sancionador del Derecho comunitario de competencia es la posibilidad de una revisión judicial completa”¹⁷.

Así se desprende igualmente de multitud de asuntos relativos a inspecciones domiciliarias – sin duda uno de los ámbitos en los que más “descuidos” en el *due process* están teniendo lugar, como pone de manifiesto la Sentencia¹⁸ de 18 de junio de 2015, del TJUE en el asunto *Deutsche Bahn*, en la que se anula una investigación llevada a cabo por la Comisión Europea en la sede de la empresa, por entender que los poderes de inspección estaban configurados de forma demasiado amplia, no existía autorización judicial previa, y en el curso de la misma se encontró fortuitamente material incriminatorio relativo a otro asunto totalmente distinto. Se afirma –citando expresamente jurisprudencia del TEDH- que “*el aspecto esencial es la intensidad de la revisión judicial, que cubra todos los aspectos fácticos y legales*” (Párrafo n. 41).

8.2. Presunción de inocencia y derechos de defensa (artículo 48 CDFUE)

Para ilustrar esta problemática, y dar cuenta de cómo la inobservancia del ‘due process’ está llevando a que se invaliden expedientes sancionadores completos, con la consiguiente anulación de las multas impuestas, la reciente Sentencia¹⁹ del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014, anuló una inspección domiciliaria en la sede de UNESA, y por tanto el expediente sancionador y la cuantiosa multa que se siguió (casi 60 millones de euros, la tercera entonces más alta impuesta por la autoridad española), por considerar que la Orden de Investigación y su ejecución no reunían las exigencias constitucionales de respeto a los derechos fundamentales de la empresa.

En efecto, el auto de 4 de noviembre de 2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 15 de Madrid, en su parte dispositiva simplemente autorizaba a los funcionarios de la CNC para que “... a partir del día 5 de noviembre puedan entrar en la sede de la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) a fin de verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de esa entidad que puedan constituir prácticas anticompetitivas prohibidas por el artículo 1 de aquella LDC”. Y la fundamentación del referido auto no añadía ninguna concreción específica acerca del objeto y la finalidad de la inspección que allí se autoriza, pues únicamente aludía a “posibles prácticas anticompetitivas en el seno de UNESA”.

Esta insuficiente justificación se entiende contraria al artículo 24 CE, por no ajustarse a las exigencias del artículo 20.4 del Reglamento 1/2003, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia²⁰ comunitaria, que exige que se indique el objeto y la finalidad de una inspección, siendo esta concreción una ineludible garantía fundamental del derecho de

¹⁷ SCHWEITZER, H., “Judicial Review in EU Competition Law” en GERADIN, D. y LIANOS, I. (Edits.): *Research Handbook on EU Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing, agosto de 2012, p. 25. disponible en <http://ssrn.com/abstract=2129147>.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, Sala Segunda, de 18 de junio de 2015, Asunto C-583/13 P, *Deutsche Bahn AG. c. Comisión Europea*.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de diciembre de 2014, rec. núm. 4201/2011.

²⁰ Vid., entre otras, la Sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta), de 25 de noviembre de 2014, Asunto T-402/13.

defensa de las empresas afectadas.

En el propio Estrasburgo encontramos también un asunto reciente, la Sentencia²¹ del TEDH de 2 de abril de 2015, que estima que las inspecciones domiciliarias llevadas a cabo por la autoridad francesa de la competencia infringieron los derechos fundamentales de defensa y privacidad de las empresas constructoras investigadas, puesto que ni se les permitió –en el curso de la inspección- evitar que fueran incautados documentos confidenciales, ni el sistema de revisión judicial posterior hizo posible que fueran retirados del expediente.

8.3. Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas (artículo 49 CDFUE)

El primer principio contenido en el precepto, el clásico de *nulla poena sine lege*²² que las autoridades de defensa de la competencia delimiten con claridad el alcance de los ilícitos antitrust –los delitos- y la cuantificación de las sanciones económicas –las penas- a las que las empresas infractoras se enfrentan.

Esta cuestión ya se había planteado en la Sentencia *Degussa*²³ (2006), al hilo de la alegación del recurrente de que los artículos 23(2) y (3) del Reglamento 1/2003, que permitían a la Comisión imponer multas a empresas y asociaciones de empresas que habían infringido el Derecho comunitario de Competencia no respetaba el principio de legalidad.

En cuanto al segundo principio contemplado en el precepto, el de la proporcionalidad de las multas, la Comisión Europea adoptó en 2006 las *Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003*²⁴, que establece (Apartado nº 32) que por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior. Si se respeta este umbral, no parece que una multa vaya a infringir la regla de proporcionalidad, y así lo ha recogido la jurisprudencia comunitaria en asuntos como *E.ON Energy*²⁵.

8.4. Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción (artículo 50 CDFUE)

Este clásico principio del derecho penal, y por extensión, de cualquier procedimiento sancionador, del *ne bis in idem*, es especialmente problemático en el ámbito del Derecho de la Competencia, en el que coexisten –y se aplican simultáneamente- dos órdenes legales: el comunitario y el nacional.

Pese a que desde los orígenes mismos del Derecho antitrust en Europa se han hecho auténticos equilibrios para mantener esta aplicación “paralela” sin infringir este principio, a

²¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), de 2 de abril de 2015, *Vinci Construction et GMT Génie Civil et Services c. Francia*, Asuntos nº 63629/10 y nº 60567/10, disponible en la página web: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-153318>.

²² *Vid.*, entre otras, las Sentencias del TJUE: As. C-303/05 *Advocaten voor de Wereld* [2007] ECR I-3633, paras 49-50; As. C-266/06 P *Evonik Degussa v Comisión* [2008] ECR I-81, paras 38-39; As. C-352/09 *ThyssenKrupp Nirosta c. Comisión* [2011] ECR I-2359, para. 80.

²³ Sentencia del TG, As.T-279/02 *Degussa c. Comisión* [2006] ECR II-897, paras 42 et seq.

²⁴ D.O.U.E. C 210/2, de 1 de septiembre de 2006.

²⁵ Sentencia del TG, Asunto T-141/08 *E.ON Energie c. Comisión* [2010] ECR II-5761, párrafo nº 294; confirmada por Sentencia del TJUE de 22 de noviembre de 2012, As. C-89/11 P, *E.ON Energie v Commission*, párrafos nº 123 a 138.

partir de la clásica doctrina de la “doble barrera” de la Sentencia *Wilhelm y otros*²⁶, lo cierto es que tanto las normas sustantivas como el ‘enforcement’ de la Comisión Europea y los Estados miembros difieren, y sus respectivos ámbitos de aplicación a veces ni siquiera están bien delimitados.

En este sentido, y a la luz del artículo 50 CDFUE, ¿puede una autoridad nacional multar a una empresa que ya ha sido multada por participar en un cártel por la Comisión Europea, por su participación en el mismo cártel? Ésta fue la cuestión principal debatida en el asunto *Toshiba*²⁷, en relación con una práctica que fue sancionada por la autoridad checa de Competencia. Se elevó cuestión prejudicial al TJUE, que fue la que dio lugar a la referida sentencia, en la que se recuerdan las tres condiciones para aplicar el principio *ne bis in idem*: identidad de hechos, unidad del infractor, unidad del interés legal protegido.

Fue éste último –aplicable según el TJUE en este caso- el más controvertido, ya que en otras áreas del derecho no se había exigido; como señaló la Abogado General Kokott en sus conclusiones, usar el criterio dependiendo del área en que se trate genera confusión e inseguridad jurídica. Aunque es quizá coherente con la ya mencionada doctrina *Jussila*, conforme a la cual las garantías y derechos fundamentales del derecho penal no se aplican en todo su rigor al Derecho de defensa de la competencia.

8.5. Alcance de la revisión judicial de las decisiones administrativas

Ya hemos apuntado en la introducción a este tema que otra de las cuestiones polémicas, con más relevancia práctica debido a los matices a los que puede dar lugar, se plantea en el marco de la conjunción entre el régimen vigente en las multas derivadas de ilícitos anticompetitivos y el artículo 6 del CEDH, y partiendo de la base de que las multas derivadas de este tipo de ilícitos tienen una naturaleza cuasi-penal²⁸, en relación al alcance que tiene o ha de tener en la práctica la revisión jurisdiccional de estas multas imputadas por las autoridades de competencia, en caso de ser recurridas.

El derecho europeo, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, prevé dos tipos distintos de control que son trasladables al ámbito del Derecho de la competencia. El artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) contiene el denominado control de legalidad, mientras que la competencia jurisdiccional plena en relación a las multas se contiene en los artículos 261 TFUE y 31 del *Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado*²⁹.

²⁶ Sentencia del TJCE, As. 14/68 *Wilhelm and Others* [1969] ECR 1, párrafo nº 3; *Vid.*, también, entre otros, el As. C-137/00 *Milk Marque and National Farmers’ Union* [2003] ECR I-7975, párrafo nº 61; y los Asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04 *Manfredi and Others* [2006] ECR I-6619, párrafo nº 38.

²⁷ Sentencia del TJUE, de 14 de febrero 2012, As. C-17/10 *Toshiba Corporation and Others*, párrafo nº 82.

²⁸ Recordemos, así lo ha mencionado el TEDH en *Menarini* pero el TJUE hasta la fecha no lo ha confirmado, pero el TJUE destaca en jurisprudencia reiterada la importancia del respeto de las garantías procedimentales que dicho artículo 6 del CEDH ofrece. *Vid.* en este sentido LENAERTS, K.: “Due process in competition cases”, *op. cit.*, p. 2-3 y 22. disponible en <http://www.ikk-2013.de/pdf/Lenaerts.pdf>. Sobre la aplicabilidad de los principios del Derecho penal en los procedimientos derivados de ilícitos anticompetitivos, *vid.* TERHECHTE, J. P. y SCHILD, W.: “Strafrechtliche und strafprozessuale Prinzipien” en TERHECHTE, J. P. (Edit.): *Internationales Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht*, Bielefeld, 2008, pp. 245-270, p. 260 y ss.

²⁹ Artículo 261 TFUE: “Los reglamentos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, y por el Consejo, en virtud de las disposiciones de los Tratados, podrán atribuir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una competencia jurisdiccional plena respecto de las sanciones previstas en dichos reglamentos”. Artículo 31 del Reglamento 1/2003: “Control del Tribunal de Justicia: El Tribunal de Justicia gozará de competencia jurisdiccional plena para resolver los recursos interpuestos

El control de legalidad previsto en el artículo 263 TFUE se limita a las competencias del TJUE que son la base de los recursos que podrán interponer las personas físicas o jurídicas cumpliéndose determinadas condiciones. En este sentido el artículo 263 TFUE menciona expresamente que el TJUE será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, así como en situaciones de desviación de poder. Como consecuencia de un recurso en base al artículo 263 TFUE, los tribunales europeos pueden anular una Decisión de la Comisión europea total- o parcialmente, pero obviamente no podrán adoptar una Decisión *ex novo* sobre el fondo del asunto³⁰.

Por otra parte, la competencia jurisdiccional plena en relación a las multas les permite a los mismos tribunales europeos anular, reducir o incluso incrementar el importe de las multas impuestas por la Comisión europea en su faceta de poder ejecutivo europeo. En virtud del artículo 261 TFUE, los tribunales europeos pueden, por tanto, sustituir el criterio de la Comisión europea por el suyo propio. En la práctica los tribunales europeos asumen que la Comisión tiene un determinado margen de apreciación a la hora de fijar el importe de las multas derivados de la especificidad de las cuestiones económicas, lo que en la práctica no conlleva automáticamente un debilitamiento de las competencias de los tribunales a la hora de revisar estas multas³¹.

Se ha mencionado ya con anterioridad que el TEDH afirmó en *Menarini* que las sanciones – multas– derivadas de prácticas restrictivas de la competencia tienen naturaleza penal. Por ello, les es aplicable el artículo 6 CEDH en la medida en que, aunque puedan ser impuestas por una autoridad administrativa³², es decir, por las autoridades de competencia en la práctica, han de ser revisadas en su caso por un órgano jurisdiccional independiente que esté dotado de jurisdicción plena. Esta revisión incluye que el órgano jurisdiccional pueda corregir o reformar tanto los aspectos de hecho como los aspectos de derecho en relación a la decisión adoptada por la autoridad administrativa³³. Es importante subrayar que dicho control de plena jurisdicción ha de ejercerse efectivamente, lo que habrá de evaluarse en cada supuesto por separado. No es suficiente con la previsión legal mencionada de este control de legalidad.

En definitiva, se puede resumir afirmando que un órgano jurisdiccional cumple con dicho requisito de la revisión jurisdiccional plena únicamente cuando puede sustituir la opinión y decisión de la autoridad de competencia por la suya propia en relación a los hechos que subyacen a la decisión, la consideración de los mismos, incluyendo por tanto los aspectos complejos de carácter económico, así como en relación a la calificación jurídica que estos hechos han de tener en términos de la normativa de defensa de la competencia.

Esta interpretación amplia de los controles de legalidad contenidos en los artículos 263 y 261 del TFUE, éste último asimismo en relación con el artículo 31 del Reglamento 1/2003, concuerda con la jurisprudencia reciente de los tribunales europeos. En este sentido, aunque ciertamente se reconoce la “facultad de apreciación”, el “margen de apreciación sustancial” o el “amplio margen de apreciación” de la Comisión a la hora de decidir y fijar el importe de la multa derivada del ilícito anticompetitivo, también es cierto que se reconoce la obligación de

contra las Decisiones por las cuales la Comisión haya fijado una multa sancionadora o una multa coercitiva. Podrá suprimir, reducir o aumentar la multa sancionadora o la multa coercitiva impuesta”.

³⁰ Antes bien, en su caso, se podría plantear la situación hipotética de remitirlo a la autoridad administrativa para que ésta decidiera nuevamente.

³¹ Vid. en este sentido SCHWEITZER, H.: “Judicial Review in EU Competition Law” en GERADIN, D. y LIANOS, I. (Edits.): *Research Handbook on EU Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing, agosto de 2012, pp. 1-42, p. 2 y ss, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2129147>.

³² Vid. la Sentencia del TEDH de 23 de noviembre de 2006, recurso número 73053/01, asunto *Jussila* contra Finlandia, apartado 43.

³³ Vid. la Sentencia del TEDH de 27 de septiembre de 2011, recurso número 43509/08, asunto *A. Menarini Diagnostics S.R.L.* contra Italia, apartados 38 a 44 y 59. Vid., haciendo referencia a esta jurisprudencia del TEDH, la Sentencia del TJUE de 18 de julio de 2013, caso C- 501/11 P, asunto *Schindler Holding y otros/ Comisión*, apartados 33 y ss.

ejercer un control pleno y complemento, “de hecho y de Derecho”³⁴.

8.6. La cuantificación de las multas en España

En nuestro país, la Audiencia Nacional empezó a aplicar, desde marzo de 2013, una nueva doctrina³⁵ en relación a la aplicación del artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, de 3 de julio. En este sentido se observan múltiples sentencias en las que se revisa la cuantía de las multas fijadas por la autoridad de competencia española interpretando el concepto volumen total de negocios mencionado en la legislación española únicamente en relación al volumen total de negocios de la empresa en el mercado afectado por la infracción, además de interpretar el límite legalmente previsto del 10% como un arco sancionador superior y no como un umbral de nivelación.

Sin embargo, en una trascendental sentencia³⁶ de 2015, el Tribunal Supremo corrigió esta interpretación errónea de la AN, en cuanto al volumen de negocios, estableciendo al mismo tiempo que el límite máximo del 10% es un arco sancionador para la graduación de la multa y no un umbral de nivelación final de cara a establecer el tope que puede alcanzar la cuantía. Esta histórica sentencia sigue la línea adoptado hace dos años por el Tribunal Supremo alemán en un pronunciamiento similar.

En su interpretación del límite del 10% como parte de una escala o arco sancionador de acuerdo con los principios fundamentales que se aplican en el derecho sancionador, el Tribunal Supremo español llega a la misma conclusión que el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) en su auto de 23 de febrero de 2013, KRB 20/12, dictada en el marco del conocido como cártel del cemento alemán³⁷.

La doctrina sentada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de enero de 2015 ya está totalmente asumida por el ordenamiento, y como tal ha sido tenida en cuenta por parte de la autoridad española de defensa de la competencia (Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) a la hora de sancionar³⁸, además de en otros pronunciamientos tanto del Tribunal Supremo³⁹ como de la Audiencia Nacional, devolviendo un asunto a la CNMC para que recalcule la cuantía de la multa teniendo en cuenta la doctrina del TS, es decir, atendiendo a los criterios legales debidamente motivados⁴⁰.

³⁴ Vid. la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de diciembre de 2011, caso C-389/10 P, asunto *KME Germany* y otros/ Comisión, apartado 136, reconociendo dicha obligación por parte del Tribunal General en primera instancia.

³⁵ Vid. en sentido crítico CACHAFEIRO GARCÍA, F.: “El volumen de negocios como criterio para graduar las sanciones en el Derecho de la competencia” en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, nº 34, 2013-2014, pp. 153-175.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de enero de 2015, rec. Número 2872/2013, caso *BCN Aduanas y Transportes S.A.*

³⁷ La Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 26 de febrero de 2013 está disponible en <http://bit.ly/1HjYlpZ>.

³⁸ Vid. la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 11 de febrero de 2015, Expte. S/0464/13 *Puerto de Santander*, página 43; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 19 de febrero de 2015, Expte. S 474/13 *Precios Combustibles Automoción*, página 98 y siguiente, y Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 26 de febrero de 2015, Expte. S/0425/12 *Industrias Lácteas 2*, página 106 y siguientes.

³⁹ Vid. por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 5 de febrero de 2015, número de recurso 1567/2014.

⁴⁰ Vid. Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de febrero de 2015, número de recurso 139/2012, Fundamento Jurídico séptimo y fallo.