

EL TRÁMITE DE INFORMACIÓN Y OBSERVACIONES DEL ART. 11.4 DEL REGLAMENTO 1/2003 Y SU ENCAJE EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR ESPAÑOL

Francisco CANTOS BAQUEDANO
y Jonathan ENTRENA ROVERS *
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

1. INTRODUCCIÓN

El art. 11.4 del Reglamento 1/2003¹ (*art. 11.4*) regula el deber de las autoridades nacionales de competencia (*ANC*) de informar a la Comisión Europea (*Comisión*) cuando van a adoptar una decisión declarativa de infracción, de compromisos o de retirada de la cobertura de un reglamento de exención por categorías, en aplicación del Derecho comunitario de la competencia.

En España, la Comisión Nacional de Competencia (*CNC*) ha cumplido escrupulosamente con dicho trámite y la Comisión, por su parte, no ha mostrado gran interés en intervenir a raíz del mismo, por lo que la aplicación del art. 11.4 había pasado desapercibida para la práctica y la doctrina. Sin embargo, todo apunta a que recientemente ha existido una mayor actividad en torno a la aplicación de dicho trámite que ha abierto un interesante debate respecto de sus límites, su encaje en el procedimiento ante la CNC y el respeto a los derechos de defensa de las partes en el marco de procedimientos sancionadores.

En el presente artículo, a modo de introducción, analizaremos brevemente la razón de ser del art. 11.4 y su regulación en el Reglamento 1/2003 y en la Comunicación de la Comisión sobre la Cooperación en la Red de Autoridades de Competencia² (*Comunicación*). A continuación, expondremos las conclusiones que pueden extraerse de la práctica de la Comisión y

* Abogados, Freshfields Bruckhaus Deringer, Madrid.

¹ Reglamento 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, *DO L 1*, de 2003.

² Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia de 27 de abril de 2004 (2004/C 101/2003).

la CNC en relación con esta disposición, así como los riesgos que pueden resultar de la misma. Por último, se sugieren ciertas modificaciones de la actual práctica de la CNC, para que la realización de dicho trámite garantice el respeto a los derechos de las partes a un procedimiento justo y con todas las garantías.

2. RAZÓN DE SER DEL ART. 11.4

El Reglamento 1/2003 —la piedra angular del proceso de modernización del Derecho de la competencia comunitario— tuvo como objetivo principal la descentralización de la aplicación de los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Para ello, implantó un sistema de competencias concurrentes en donde la Comisión y las ANC pueden aplicar, en rango de igualdad, el Derecho comunitario de la competencia. Con dicho fin, facultó a las ANC para aplicar plenamente los arts. 101 y 102 TFEU³ y creó la Red Europea de Competencia (REC)⁴.

Para regular la aplicación concurrente de las normas de competencia comunitarias por las autoridades de la REC, el Reglamento 1/2003 estableció mecanismos de información y consulta entre las mismas. Dichos mecanismos tienen por objeto principal la óptima asignación de los asuntos en el seno de la REC y la aplicación eficaz y coherente del Derecho comunitario de la competencia.

El trámite de información establecido en el art. 11.4 puede calificarse como el último resorte que, en combinación con el art. 11.6 del Reglamento 1/2003 (art. 11.6)⁵, puede utilizar la Comisión para velar por la aplicación coherente de las normas de competencia comunitario por las ANC.

3. EL TRÁMITE DE INFORMACIÓN A LA COMISIÓN REGULADO EN EL ART. 11.4

El art. 11.4 establece la obligación de las ANC de informar a la Comisión al menos 30 días antes de la adopción de una decisión por la que se ordene la cesación de una infracción, se acepten compromisos, o se retire la cobertura de un reglamento de exención por categorías.

³ Además, el art. 3.1 del Reglamento 1/2003 obliga a las ANC a aplicar el Derecho comunitario de la competencia conjuntamente con el nacional en los casos en que las conductas analizadas puedan afectar al comercio entre los Estados miembros.

⁴ La REC es la red de autoridades de competencia formada por la Comisión y las ANC de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) que sirve como foro para la cooperación en la aplicación del Derecho de la competencia en la UE. Más información disponible en http://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html.

⁵ El art. 11.6 establece la posibilidad de que la Comisión incoe procedimiento y retire la competencia a las ANC que están instruyendo el mismo: «La incoación de un procedimiento por parte de la Comisión con vistas a la adopción de una decisión en aplicación del capítulo III privará a las autoridades de competencia de los Estados miembros de su competencia para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado. Si una autoridad de competencia de un Estado miembro está actuando ya en un asunto, la Comisión únicamente incoará el procedimiento tras consultar con la autoridad nacional de competencia».

«A más tardar 30 días antes de la adopción de una decisión por la que se ordene la cesación de una infracción, por la que se acepten compromisos o por la que se retire la cobertura de un reglamento de exención por categorías, las autoridades competentes de los Estados miembros informarán de ello a la Comisión. A tal efecto, le proporcionarán una exposición resumida del asunto y el texto de la decisión prevista o, en ausencia de ésta, cualquier otro documento en el que se indique la línea de acción propuesta [...]».

Del texto del art. 11.4 se extrae claramente que se trata de un deber de información y no de consulta, esto es, que el art. 11.4 no faculta a la Comisión para presentar observaciones respecto a los borradores de decisión transmitidos por las ANC. No obstante, como se indica más adelante, en la práctica, la Comisión sí realiza observaciones.

A este respecto, es interesante resaltar que en el proceso legislativo del Reglamento 1/2003, la Comisión propuso que el trámite del art. 11.4 fuese de consulta y no de mera información. En concreto, en la Propuesta de Reglamento 1/2003⁶ presentada por la Comisión se establecía «una obligación de consulta en relación con todas las decisiones adoptadas por las autoridades de los Estados miembros»⁷. Sin embargo, el hecho de que el Consejo de la UE no adoptase dicha propuesta sino que la modificase para establecer un mero trámite de información, demuestra que los Estados miembros querían para las ANC un trato «de igual a igual» frente a la Comisión y evitar injerencias en procedimientos nacionales a escasas semanas de su resolución.

También es importante indicar que el deber de información impuesto por el art. 11.4 es limitado, quedando restringido a las resoluciones que i) ordenen la cesación de una infracción; ii) acepten compromisos, y iii) que retiren la cobertura de un reglamento de exención por categorías, en aplicación del Derecho comunitario de la competencia. Por tanto, no debe informarse a la Comisión cuando se vaya a adoptar otro tipo de decisiones, como, por ejemplo, las que declaran no acreditada una infracción. Las ANC deben enviar a la Comisión i) una exposición resumida del asunto, y ii) el texto de la decisión que prevean adoptar. Si a raíz de su análisis la Comisión estimase necesario el estudio de documentos adicionales para evaluar correctamente el asunto, las ANC deberán ponerlos a su disposición. Toda esta documentación también puede intercambiarse entre las distintas ANC.

De lo anterior se deduce que el legislador quiso establecer en el art. 11.4 un mero trámite de información para que la Comisión, en caso de que es-

⁶ Propuesta de Reglamento del Consejo, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) núm. 1017/68, (CEE) núm. 2988/74, (CEE) núm. 4056/86 y (CEE) núm. 3975/87.

⁷ En concreto, el art. 11.4 de la Propuesta de Reglamento presentada por la Comisión rezaba: «En caso de que las autoridades de competencia de los Estados miembros se planteen adoptar, en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, una Decisión por la que se ordene el cese de una infracción, se acepten compromisos o se retire el beneficio de un Reglamento de exención por categorías, consultarán previamente a la Comisión. A tal efecto, le remitirán, a más tardar un mes antes de adoptarse la decisión, un resumen del asunto y copias de los documentos más importantes elaborados en el marco de su procedimiento. A instancias de la Comisión, le remitirán copia de cualquier otro documento del expediente».

time que el borrador de decisión de la ANC pone en peligro la aplicación coherente de la normativa comunitaria de competencia, pueda i) incoar procedimiento en virtud del art. 11.6 tras consultar con la autoridad de competencia que se encuentre instruyendo dicho asunto, y/o ii) discutir el contenido del borrador de decisión en el Comité Consultivo de la REC⁸.

La utilización del art. 11.6 a raíz del trámite de información del art. 11.4 tiene un claro carácter excepcional⁹. Tanto es así que, al menos ante la CNC, no se ha utilizado en ninguna ocasión¹⁰. Esto parece lógico, ya que la Comisión y las ANC tienen varias oportunidades a lo largo del procedimiento para acordar cuál es la autoridad mejor situada para investigar el asunto, así como para discutir sobre la coherencia de la decisión de la ANC con el Derecho comunitario de la competencia¹¹. Por tanto, el uso del art. 11.6 a escasas semanas de la resolución de un procedimiento nacional sería sintomático de una mala coordinación en el seno de la REC y puede causar un grave perjuicio a los administrados¹², al suspender un procedimiento que se encuentra a escasos días de finalizar y comenzar un nuevo expediente de duración indeterminada.

4. EL TRÁMITE DE OBSERVACIONES DE LA COMISIÓN A LAS ANC ESTABLECIDO EN LA COMUNICACIÓN

La Comunicación desarrolló lo establecido en el Reglamento 1/2003 ampliando los poderes de la Comisión. En concreto, el párrafo 46 de la Comunicación establece que la Comisión podrá realizar observaciones escritas respecto de un asunto antes de la adopción de la decisión por la ANC

⁸ Esta posibilidad se regula en el art. 14.7 del Reglamento 1/2003. No obstante, dado el plazo de 30 días que tiene la Comisión para realizar observaciones parece que en la práctica no será factible convocar e informar al Comité Consultivo y discutir el asunto en su seno en dicho plazo.

⁹ La Comisión solo puede incoar procedimiento en casos concretos, como se establece en el párrafo 54 de la Comunicación: «[...] la Comisión solo aplicará en principio el apartado 6 del artículo 11 del Reglamento del Consejo si se da una de las siguientes condiciones: a) Los miembros de la Red prevén adoptar decisiones contradictorias en el mismo asunto; b) los miembros de la Red prevén adoptar una decisión que entra obviamente en conflicto con la jurisprudencia consolidada [...]; c) los miembros de la Red alargan indebidamente el procedimiento en el asunto; d) es necesario adoptar una decisión de la Comisión para desarrollar la política comunitaria de competencia [...]; e) cuando la autoridad interesada no se opone».

¹⁰ Existe un precedente, la Resolución de la CNC de 6 de septiembre de 2011, *Marca Relojes Joya*, expediente 2786/07, en el que la Comisión utilizó el art. 11.6 para retirar la competencia a la CNC sobre un asunto que se encontraba instruyendo. No obstante, la Comisión incoó procedimiento antes de que la CNC diese cumplimiento al trámite del art. 11.4. En la Resolución de la CNC de 26 de febrero de 2013, *Oracle*, expediente S/0354/11, la Comisión solicitó la suspensión del procedimiento ante la CNC. El Consejo, previo trámite de audiencia a las partes, acordó «no suspender el procedimiento, sin perjuicio de la aplicación del artículo 37.2.a) de la LDC, para el caso en que la Comisión Europea procediese a incoar procedimiento por los mismos hechos».

¹¹ Entre otros, en virtud del art. 11.3 del Reglamento, cuando las ANC apliquen el Derecho comunitario deben informar a la Comisión antes de proceder a realizar las primeras diligencias formales de investigación o inmediatamente después de iniciar dichas diligencias. Del mismo modo, la Comisión puede, por iniciativa propia, llevar a debate en el Comité Consultivo de la REC los asuntos que esté instruyendo una ANC en aplicación del Derecho comunitario.

¹² En particular, al denunciante y/o los sujetos afectados por las conductas supuestamente anti-competitivas.

correspondiente, transformando el trámite de información en un trámite de consulta. De este modo, la Comisión reinstaura por medio de *soft law* el trámite de consulta que propuso en la redacción del proyecto de Reglamento 1/2003 y que fue rechazado por el Consejo de la UE.

«Cuando una autoridad nacional de competencia haya informado a la Comisión conforme al apartado 4 del artículo 11 del Reglamento del Consejo y el plazo de 30 días haya expirado, la decisión podrá ser adoptada siempre que la Comisión no haya incoado un procedimiento. La Comisión podrá hacer observaciones escritas con respecto al asunto antes de la adopción de la decisión por la autoridad nacional de competencia. La autoridad nacional de competencia y la Comisión harán los esfuerzos necesarios para garantizar la aplicación coherente de la normativa comunitaria».

De acuerdo con el párrafo 46 de la Comunicación, la Comisión debe realizar las observaciones por escrito, no contemplando la posibilidad, ni tan siquiera de manera excepcional, de que se presenten observaciones verbales¹³. La Comisión tendrá de plazo para presentar sus observaciones hasta «antes de la adopción de la decisión por la autoridad nacional de la competencia». Por tanto, no parece estrictamente limitado al plazo de 30 días desde que la ANC le da traslado de su borrador de decisión. Eso sí, al cabo de dicho plazo de 30 días, la ANC podrá adoptar la decisión sin necesidad de esperar a recibir las observaciones de la Comisión¹⁴.

Aunque el párrafo 46 de la Comunicación no indica nada respecto al objeto de las observaciones, del contexto se deduce que deben ir dirigidas y limitadas a garantizar la coherencia en la aplicación del Derecho comunitario de la competencia, por lo que se tratará de observaciones sobre los aspectos del borrador de decisión que puedan entrar en conflicto con el Derecho comunitario de la competencia tal y como lo interpreta la Comisión y los Tribunales de la UE. A este respecto, el párrafo 54.b) de la Comunicación establece que para decidir si el borrador de decisión contradice el Derecho comunitario se tomarán como guía «las normas establecidas en las sentencias de los tribunales comunitarios y las decisiones y reglamentos previos de la Comisión» indicando específicamente que «con respecto a la apreciación de los hechos (por ejemplo, la definición del mercado) solamente una divergencia significativa justificaría una intervención de la Comisión». Por tanto, parece que las observaciones de la Comisión, en caso de emitirse, deberán indicar la jurisprudencia, normativa o práctica previa que contradiga la decisión de la ANC.

Las observaciones de la Comisión no son vinculantes para las ANC, que tendrán la última palabra para decidir lo que estimen pertinente. Sin embargo, como indica el propio párrafo 46 de la Comunicación, sí deberán ser

¹³ A este respecto cabe indicar que para otro tipo de observaciones, como por ejemplo, las que pueden realizarse a los tribunales nacionales en virtud del art. 15.3 del Reglamento 1/2003, se estableció expresamente que pueden presentarse observaciones verbales. Lo que, a contrario, refuerza la conclusión de que en virtud del párrafo 46 de la Comunicación únicamente pueden presentarse de forma escrita.

¹⁴ Por otro lado, la Comunicación establece que si la ANC requiere la adopción de una decisión nacional en menos de 30 días, puede solicitar a la Comisión que se pronuncie en un plazo inferior.

tomadas en consideración seriamente por las ANC, al precisar que «la autoridad nacional de competencia y la Comisión harán los esfuerzos necesarios para garantizar la aplicación coherente de la normativa comunitaria».

De esta forma, la Comunicación amplía el procedimiento de información previsto en el Reglamento 1/2003 para convertirlo en un procedimiento de consulta, en el que la Comisión podrá realizar las observaciones escritas que estime pertinentes para la salvaguarda de la coherencia del Derecho comunitario de la competencia y las ANC deberán realizar los «esfuerzos necesarios» para adaptar su resolución a lo indicado por la Comisión¹⁵.

Al margen de que todo apunta a que la voluntad del legislador no era la creación de un mecanismo de consulta como el desarrollado por la Comunicación, entendemos es un mecanismo útil, aunque de aplicación muy excepcional, para garantizar la aplicación coherente del Derecho comunitario de la competencia. Además, no debe olvidarse que la Comunicación ha sido ratificada por cada una de las ANC¹⁶, por lo que existe un consenso en el seno de la REC en torno a su aplicación. En España, tanto la Ley de Defensa de la Competencia (*LDC*) como la práctica de la CNC asumen que el procedimiento del art. 11.4 contempla la posibilidad de que la Comisión realice observaciones escritas al borrador de decisión de la CNC¹⁷.

No obstante, al producirse una modificación del trámite de información previsto en el art. 11.4 y no regularse adecuadamente el procedimiento de consulta instaurado por la Comunicación, se produce un vacío jurídico en torno a su aplicación así como un desajuste del procedimiento ante la CNC que serán comentados más adelante y frente a los que propondremos algunas posibles soluciones.

5. TRÁMITE DE INFORMACIÓN Y OBSERVACIONES EN LA PRÁCTICA

No existen muchos datos disponibles respecto al trámite de información y observaciones, debido al tratamiento confidencial tanto de la información

¹⁵ En este sentido, la Comisión establece un trámite de consulta similar al propuesto en la redacción inicial del art. 11.4 y que el Consejo de la UE rechazó expresamente. De hecho, el trámite de información «ampliado» se sitúa más en línea con el establecido en el art. 15.3 del Reglamento relativo a la cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales, donde se establece que: «Cuando la aplicación coherente de los artículos 81 u 82 del tratado lo requieran, la Comisión, por propia iniciativa, podrá presentar observaciones por escrito a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Con la venia del correspondiente órgano jurisdiccional podrán presentar también observaciones verbales».

¹⁶ Todas las ANC han firmado la Declaración sobre la Comunicación de la Comisión sobre la Cooperación en la Red de Autoridades de Competencia. Disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/list_of_authorities_joint_statement.pdf.

¹⁷ Por ejemplo, el art. 42, párrafo 2.º de la LDC, establece que: «En todo caso, se formará pieza separada especial de carácter confidencial con la información remitida por la Comisión en respuesta a la remisión del borrador de resolución de la CNC previsto en el Artículo 11.4 del Reglamento». También en las notificaciones de la CNC relativas a la suspensión del procedimiento en virtud del art. 37.2.c) LDC, donde se establece que se suspende el plazo hasta la recepción de las observaciones de la Comisión o hasta que transcurra el plazo de 30 días que la Comisión tiene para realizarlas.

enviada por la CNC a la Comisión¹⁸ como de las observaciones emitidas por la Comisión¹⁹. No obstante, se pueden extraer ciertas conclusiones de la información pública, disponible en las resoluciones y memorias de la CNC así como de estadísticas, informes y manuales de procedimiento de la Comisión.

A. PRÁCTICA DE LA CNC RELATIVA AL TRÁMITE DE INFORMACIÓN A LA COMISIÓN

Del estudio de la práctica de la CNC se deduce que esta ha cumplido escrupulosamente con su deber de información a la Comisión. En relación con la utilización de dicho trámite, las estadísticas de la Comisión indican que desde el 1 de mayo de 2004 (fecha de entrada en vigor del Reglamento 1/2003) hasta el pasado 31 de julio de 2013, la CNC ha remitido 80 borradores de resolución a la Comisión, siendo solo superada por Francia (94), Alemania (87) e Italia (86). En cifras globales, las ANC han remitido en dicho periodo un total de 683 asuntos a la Comisión²⁰.

Normalmente la CNC procede a informar a la Comisión en el tramo final de la fase de resolución. Según lo establecido en el art. 37.2.c) LDC, la CNC suspende automáticamente el plazo máximo para resolver una vez procede a la remisión de la información en virtud del art. 11.4 «hasta que se dé respuesta por la Comisión a la información remitida o transcurra el término a que hace referencia el artículo 11.4»²¹. En la práctica, al no haberse pronunciado nunca la Comisión, al menos formalmente, el plazo se ha suspendido durante los 30 días estipulados en el art. 11.4.

De la información disponible en las resoluciones puede deducirse que mientras que en un principio el Consejo de la CNC (*Consejo*) remitía automáticamente la propuesta de resolución de la Dirección de Investigación (*DI*)²², ahora el Consejo envía a la Comisión bien el borrador de resolución que prevea adoptar, bien la propuesta de resolución de la DI, pero únicamente si tras valorarla está de acuerdo con la misma.

Lo anterior se puede deducir del asunto *Microsoft Tech*²³, donde el Consejo indicó que no remitió la propuesta de resolución de la DI al discrepar

¹⁸ Como así lo ha calificado la Sentencia de la Audiencia Nacional en el asunto *Unión de Almacénistas de Hierro de España*, de 17 de diciembre de 2012, SAN 5207/2012, en su fundamento de derecho 5.º

¹⁹ Confidencialidad *ex lege* declarada por el art. 42, párrafo 2.º LDC. Además, como indicamos más adelante, estas observaciones muy probablemente no serán accesibles mediante el Reglamento de Transparencia de las instituciones de la UE.

²⁰ Las estadísticas de la Comisión están disponibles en <http://ec.europa.eu/competition/ecn/statistics.html>. Los Informes de la CNC indican que esta ha hecho uso del trámite del art. 11.4 en 71 ocasiones entre los años 2007 y 2012.

²¹ Texto literal estándar del acuerdo de remisión de la CNC a la Comisión.

²² En particular con anterioridad a la LDC, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (*TDC*) enviaba a la Comisión el Informe Propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia (*SDC*) de manera cuasiautomática.

²³ Resolución de la CNC de 14 de marzo de 2013, *Microsoft Tech*, expediente S/0322/11.

con la misma. Igualmente, en el asunto *Unión Almacenistas de Hierros de España*, la Audiencia Nacional indicó que el Consejo envió a la Comisión el texto de la «decisión que se va a adoptar». Además, dado el momento procesal en el que se envían dichos documentos a la Comisión (a escasas semanas de la fecha en que debe adoptarse la resolución), parece más razonable que el Consejo envíe el texto de su propio borrador de resolución, como efectivamente exige el art. 11.4.

Por otro lado, recientemente, en el citado asunto *Microsoft Tech*, el Consejo confirmó que solo envía a la Comisión los borradores declarativos de infracción, de compromisos o de retirada de la cobertura de un reglamento de exención por categorías (esto es, en los casos tasados por el art. 11.4):

«El artículo 11.4 del Reglamento 1/2003 (CE) No 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE, establece que ante la adopción de una decisión por la que se ordene la cesación de una infracción, por la que se acepten compromisos o por la que se retire la cobertura de un reglamento de exención por categorías, las autoridades competentes de los Estados miembros informarán de ello a la Comisión. El Consejo, como se refleja en la presente Resolución, no consideró acreditada la existencia de una infracción a las normas de competencia reflejadas en el TFUE que hubiese requerido la orden de cesación de la conducta en cuestión, por lo que visto el fallo no concurren los requisitos para la aplicación del citado precepto».

Por último, de acuerdo con el Manual de Procedimiento de la Comisión²⁴, la ANC (en España el Consejo) envía el borrador de decisión por correo electrónico encriptado a la Comisión. Cuando se recibe en el registro electrónico, se envía, por un lado, una alerta a la Unidad A.4 (encargada de la REC) y a la unidad sectorial relevante y, por otro, un recibí a la ANC. El plazo de 30 días para realizar observaciones comienza tras la recepción del formulario electrónico estándar y el borrador de decisión.

B. PRÁCTICA DE LA COMISIÓN RELATIVA A LA APLICACIÓN DEL ART. 11.6 Y ENVÍO DE OBSERVACIONES A LA CNC

No tenemos constancia de que en procedimientos ante la CNC la Comisión haya hecho uso del art. 11.6 a raíz del trámite de información²⁵. Como adelantamos, la incoación del procedimiento en virtud del art. 11.6 tiene un carácter excepcional. A este respecto, el párrafo 54 de la Comuni-

²⁴ Manual de Procedimiento de la Comisión Europea, marzo de 2012. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0582:FIN:ES:PDF>.

²⁵ Existe un precedente en la Resolución de la CNC de 6 de septiembre de 2011, *Marca Relojes Joya*, expediente 2786/07, en el que la Comisión utilizó el art. 11.6 para retirar la competencia a la CNC sobre un asunto que se encontraba instruyendo. No obstante, la Comisión incoó procedimiento antes de que la CNC diese cumplimiento al trámite del art. 11.4. A nivel europeo, el último Informe de la Comisión relativo a la aplicación del Reglamento 1/2003 establece que ninguno de los asuntos informados a la Comisión por las ANC en virtud del art. 11.4 había dado lugar a que la Comisión incoara un procedimiento de conformidad con el art. 11.6.

cación establece que la Comisión solo puede incoar procedimiento en casos tasados y tras consultar con la autoridad que se encuentre instruyendo el asunto. Además, el Manual de Procedimiento de la Comisión establece que dicha decisión deberá i) ser adoptada de manera colegiada²⁶, y ii) no más tarde de 14 días después de haber recibido el borrador de decisión. Entendemos que estos requisitos tan estrictos se deben a las amplias facultades que tiene la Comisión para, desde el principio del procedimiento, conocer los asuntos que están tramitando las ANC, discutirlos en el seno de la REC e incoar un procedimiento en caso de que lo estime oportuno; así como al grave perjuicio que se causa tanto a la ANC que ha invertido sus recursos en la investigación del asunto como a las partes del procedimiento.

En relación con el envío de observaciones formales por parte de la Comisión en virtud del art. 11.4, solo conocemos dos resoluciones en las que la CNC reconoció expresamente que la Comisión había presentado dichas observaciones²⁷. En concreto, en el asunto *Empresas Estibadoras* la CNC indica en su resolución que «[l]a respuesta de los servicios de la Comisión recibida el 15 de junio de 2009 consta en pieza separada especial de carácter confidencial tal como dispone el párrafo 3.º del artículo 42 de la LDC». Sin embargo, recientemente, en la resolución en el asunto *Mensajes Cortos*²⁸ la CNC no especifica que dichas observaciones se hubieran realizado²⁹, aunque ello pueda deducirse de la argumentación que realiza el Consejo sobre la denegación del acceso a dichos documentos en el Fundamento de Derecho 4.º de la resolución. Si bien las observaciones de la Comisión tienen un tratamiento confidencial *ex lege* como indica la CNC en *Mensajes Cortos*, ello no debe ser obstáculo a que la CNC deba comunicar expresamente que la Comisión ha presentado dichas observaciones, así como de la apertura de pieza separada, pues ese dato es relevante para los derechos de las partes intervinientes en un procedimiento sancionador.

De acuerdo con el Manual de Procedimiento de la Comisión, la Unidad A.4 actúa como líder del proceso de revisión del borrador de decisión y preparación de la respuesta a la ANC. Para ello tendrá en cuenta, en su caso, el *input* de la unidad sectorial involucrada. El borrador de respuesta se envía al Servicio Jurídico de la Comisión para su revisión, que dará una respuesta en un máximo de cinco días. A lo largo de este proceso se involucra a funcionarios de la Comisión que hablen la lengua del procedimiento o, en caso de que no fuera posible, se contacta con los servicios de la Dirección General de Traducción de la Comisión.

²⁶ Entendemos que por el Colegio de Comisarios.

²⁷ Resolución de la CNC de 24 de septiembre de 2009, *Empresas Estibadoras*, expediente 2805/07 y Resolución de 9 de diciembre de 2008, *Fonogramas*, expediente 636/07.

²⁸ Resolución de la CNC de 19 de diciembre de 2012, *Mensajes Cortos*, expediente S/248/10.

²⁹ A diferencia de la resolución en el asunto *Empresas Estibadoras*, en *Mensajes Cortos* la CNC indica que «se acordó suspender el plazo máximo para resolver el expediente de referencia hasta que se diese respuesta por la Comisión Europea a la información remitida o transcurriera el término a que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003. Superado dicho plazo, procede levantar la suspensión acordada desde el día siguiente a la finalización del mismo...».

A pesar de que el Reglamento 1/2003 no establece la posibilidad de que la Comisión pueda realizar observaciones y que la Comunicación especifique que, de realizarse, deben ser formuladas por escrito, el Manual de Procedimiento de la Comisión indica que se podrán hacer de manera informal, por teléfono o por escrito. En concreto, la Comisión indica que cuando no tenga comentarios se informará informalmente a la ANC, cuando se realicen observaciones menores se tramitarán por conferencia telefónica y en caso de que tengan comentarios más relevantes, las observaciones se «podrán» realizar por escrito. Concluyendo sobre su práctica que «todas las observaciones se mantendrán internas en la red y no se transmitirán a las partes». En el mismo sentido, el Informe de la Comisión relativo a la aplicación del Reglamento 1/2003³⁰ establece que: «De conformidad con el artículo 11, apartado 4, se ha desarrollado una práctica de discutir con carácter informal la línea de acción propuesta por la autoridad nacional entre los servicios y dentro de los límites de la confidencialidad de la Red»³¹. Lo anterior viene a indicar que la práctica habitual de la Comisión es transmitir sus observaciones a las ANC de manera informal, ya sea verbalmente o por escrito, manteniéndolas en secreto frente a las partes involucradas en el procedimiento nacional.

De aplicarse lo anterior, el trámite de observaciones se estaría realizando al margen de lo establecido en el Reglamento 1/2003 e incluso en la Comunicación. Aunque la discusión de los asuntos en el seno de la REC esté permitida³², ni el Reglamento 1/2003 ni la Comunicación permiten el desarrollo de prácticas informales para que la Comisión transmita sus observaciones a las ANC al margen del procedimiento establecido. Al contrario, como se ha indicado, la exigencia legal es que las observaciones, si se realizan, se hagan por escrito y quede constancia de las mismas.

De no hacerse así, además de ir en contra de las mencionadas normas, la transmisión de manera extraoficial y secreta de las observaciones —que muy probablemente irán dirigidas a modificar el borrador de decisión— podría atentar gravemente contra los derechos de las partes a un procedimiento justo y con todas las garantías, a sus derechos de defensa, que podrían ser impunemente violentados, así como contra los principios de publicidad y contradicción.

Es probable que esta práctica informal y no permitida por el Reglamento 1/2003 ni por la Comunicación se haya producido en algunos expedientes recientes ante la CNC y que incluso hubiera podido influir decisivamente en la resolución final del Consejo. Por ejemplo, en los asuntos *Producción*

³⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Informe sobre el Funcionamiento del Reglamento 1/2003, de 29 de abril de 2009.

³¹ Aunque la Comisión se refiere a la discusión del asunto entre los servicios de la REC, al indicar que la práctica «informal» es relativa al trámite del art. 11.4, es muy probable que se refiera a contactos informales entre la Comisión y la ANC en relación con la coherencia del borrador de decisión con el Derecho comunitario de la competencia.

³² Los arts. 11, 12 y 14 del Reglamento 1/2003 establecen la cooperación entre autoridades de competencia, el intercambio y uso de información confidencial y la consulta con el Comité Consultivo de la REC.

*Fútbol*³³ y *Oracle*³⁴ el Consejo envió sendos borradores de resolución declarativos de infracción a la Comisión³⁵ y, sin que conste en las resoluciones que la Comisión haya realizado observaciones, ni que el Consejo haya realizado ningún trámite posterior, el Consejo resuelve en sentido contrario a lo indicado en el borrador de resolución que hizo llegar a la Comisión (*i. e.*, la no acreditación de infracción).

6. DIFICULTADES DE APLICACIÓN DEL TRÁMITE DE OBSERVACIONES ESTABLECIDO EN LA COMUNICACIÓN. LA CONFIDENCIALIDAD *EX LEGE*

Al margen de la mencionada actividad «informal» desarrollada alrededor del art. 11.4, el trámite de observaciones manifiesta ciertas dificultades de encaje en el procedimiento ante la CNC.

La LDC, el Reglamento 1/2003 y la Comunicación no regulan adecuadamente el procedimiento ni protegen los derechos de las partes en caso de que la Comisión realice observaciones. El plazo que se otorga la Comisión en el apartado 46 de la Comunicación para presentar las mencionadas observaciones, esto es, hasta «antes de la adopción de la decisión por la autoridad nacional de competencia», puede dar lugar a que la CNC reciba las observaciones de la Comisión a falta de escasos días (o incluso horas) de adoptar la resolución. Por su parte, la LDC únicamente establece la suspensión del procedimiento hasta la recepción de las observaciones [art. 37.2.c)] y el tratamiento confidencial de las mismas (art. 42).

Esta regulación parcial del trámite de observaciones genera un desajuste en el procedimiento ante la CNC, pero lo que es más grave, al imponer la confidencialidad de las observaciones «en todo caso», podría dar lugar a la infracción del derecho de defensa de las partes y del principio de contradicción del procedimiento.

A. LA CONFIDENCIALIDAD DE LAS OBSERVACIONES DE LA COMISIÓN

El art. 42, párrafo 2.º de la LDC establece la confidencialidad *ex lege* en todo caso de las observaciones de la Comisión: «En todo caso, se formará

³³ Resolución de la CNC de 17 abril de 2012, *Producción Fútbol*, expediente S/0242/10.

³⁴ Resolución de la CNC de 26 de febrero de 2013, *Oracle*, expediente S/0354/11. Además, hay un precedente más antiguo, *Tarjetas Prepago de Telefónica*, de 1 de marzo de 2007, expediente 610/06 en el que el extinto TDC envió a la Comisión un informe propuesta declarativo de infracción y finalmente decidió que no quedaba acreditada la infracción. Dicho asunto se diferencia de los más recientes en que el TDC envía a la Comisión el informe propuesta del SDC automáticamente, realizando posteriormente los trámites de prueba y audiencia, por lo que el cambio de opinión del TDC no puede relacionarse directamente con la posible intervención de la Comisión.

³⁵ Al evacuar el trámite del art. 11.4, conforme al texto del art. 11.4 y lo indicado por el Consejo en *Microsoft Tech*, la CNC solo pudo enviar un borrador de resolución declarativa de infracción a la Comisión. Ya que, por las circunstancias del procedimiento, no pudo ser ni de compromisos ni retirando la cobertura de un reglamento de exención por categorías.

pieza separada especial con carácter confidencial con la información remitida por la Comisión en respuesta a la remisión del borrador de resolución de la Comisión Nacional de la Competencia previsto en el artículo 11.4».

Resulta relevante mencionar que dicho párrafo no se encontraba en la redacción inicial del art. 42 del Anteproyecto de LDC³⁶. Fue tras el procedimiento de consulta pública cuando se añade para proteger específicamente las observaciones de la Comisión. Dado que entre las observaciones presentadas al Anteproyecto de LDC³⁷ no se encuentra ninguna que reclamase dicho cambio, pudo tratarse de una modificación solicitada por la Comisión a través de la REC u otros medios.

a) *El tratamiento confidencial «en todo caso» de las observaciones de la Comisión no está justificado*

El art. 37, apartados 4 y 5 de la Ley 30/1992 establece que el derecho de acceso a los documentos de un procedimiento administrativo³⁸ podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección, cuando se trate de expedientes relativos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial o cuando así lo disponga una ley³⁹.

Por tanto, solo se justifica en que así lo dispone el art. 42, párrafo 2.º de la LDC. Sin embargo, como hemos comentado, el aterrizaje de dicho párrafo en la LDC se produce en circunstancias poco claras y no está motivado, pudiendo ser fruto del resultado de una errónea interpretación del Reglamento 1/2003.

Efectivamente, es probable que a la hora de establecer la confidencialidad *ex lege* de las observaciones de la Comisión, el legislador nacional se haya basado equivocadamente en lo dispuesto en el art. 27.2 del Reglamento 1/2003 que establece que «el derecho de acceso al expediente no se extiende a los intercambios de correspondencia entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros o entre estas últimas, incluidos los documentos elaborados en virtud de los artículos 11 y 14». Sin embargo, debe recordarse que el art. 11.4 no menciona la posibilidad de que la Comisión realice observaciones al borrador de resolución de la CNC, por lo que dicha comunicación no puede entenderse cubierta por el art. 27.2 del Reglamento 1/2003. Además, no parece razonable que las observaciones de la Comisión reciban el mismo tratamiento que el envío de

³⁶ El Libro Blanco, el Anteproyecto y el Proyecto de Ley, así como las observaciones recibidas se encuentran disponibles en la página web de la CNC: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Publicaciones/tabid/188/Default.aspx?pag=2>.

³⁷ Las observaciones recibidas de autores que han consentido en su publicación se encuentran disponibles en la página web de la CNC: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Publicaciones/ObseralAnteproyectodeLeydeDefendelaComp/tabid/190/Default.aspx>.

³⁸ Establecido en los arts. 35.a) y 71.1 de la Ley 30/1992.

³⁹ La lista completa de posibilidades se encuentra en el apartado 5 del art. 37 de la Ley 30/1992.

correspondencia entre autoridades de competencia, ya que las observaciones contienen una valoración jurídica sobre la coherencia de la decisión de una ANC con el Derecho comunitario y pueden afectar a la resolución del procedimiento nacional de manera fundamental.

Aún en el caso en el que se entienda que las observaciones de la Comisión deben recibir el tratamiento de correspondencia, la Comunicación relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión⁴⁰ establece excepciones al tratamiento confidencial, no aplicándose a documentos que sean «pertinentes para la defensa de las partes». Dicho límite a la confidencialidad fue corroborado por la Audiencia Nacional en los asuntos *Almacenistas de Hierro*⁴¹ y *Empresas Estibadoras*⁴² donde se estableció que negar el acceso a los documentos intercambiados entre la Comisión y la CNC en aplicación del art. 11.4 no suponía una violación del derecho de defensa porque no eran documentos «pertinentes para la defensa de las partes»⁴³. Por lo que, a contrario, nosotros defendemos que declarar la confidencialidad de correspondencia entre autoridades de competencia que sí sea pertinente para la defensa de los intereses de las partes supondría una clara violación del derecho de defensa.

b) *Las observaciones que la Comisión realiza a los órganos jurisdiccionales no tienen tratamiento confidencial*

El art. 15.3 del Reglamento 1/2003 establece que, con el fin de garantizar la aplicación coherente del Derecho comunitario de la competencia, la Comisión podrá presentar por iniciativa propia observaciones por escrito a los órganos jurisdiccionales nacionales que se encuentren aplicando los arts. 101 y 102 TFUE. Por tanto, estas observaciones, que se realizan por escrito (o verbalmente con la venia del órgano jurisdiccional) tienen el mismo contenido y cometido que las observaciones que realiza la Comisión en virtud del art. 11.4.

No obstante, el procedimiento donde se enmarcan las observaciones a los órganos jurisdiccionales, regulado entre otros en el art. 15 bis de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, no otorga ningún tipo de tratamiento de confidencialidad a las mismas. Más bien al contrario, lo que se deduce de

⁴⁰ Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE, los arts. 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo (2005/C 325/07).

⁴¹ Sentencia de la Audiencia Nacional en el asunto *Unión de Almacenistas de Hierro de España*, de 17 de diciembre de 2012, SAN 5207/2012.

⁴² Sentencia de la Audiencia Nacional en el asunto *Empresas Estibadoras*, de 5 de julio de 2012, SAN 3267/2012.

⁴³ A modo de comparación, debe indicarse que mientras que la información que envía la CNC a la Comisión se trata de información interna de la CNC respecto a la resolución del asunto en función de los documentos que figuran en el expediente y que ya han tenido acceso las partes, las observaciones de la Comisión son las alegaciones de un tercero sobre el expediente al que las partes no han tenido acceso y deberían tener el derecho de opinar. No obstante, no podemos compartir el criterio de la Audiencia Nacional al denegar el acceso a la documentación solicitada por el recurrente, pues la documentación no está, strictu sensu, protegida *ex lege*.

las normas procedimentales de la jurisdicción civil es que las observaciones de la Comisión serán recibidas por el órgano jurisdiccional y se unirán a las actuaciones, pudiendo las partes del procedimiento acceder a ellas y alegar lo que estimen oportuno en Derecho⁴⁴. Pero sin duda lo que resulta más llamativo es que la propia Comisión publica las observaciones que realiza a los órganos jurisdiccionales nacionales⁴⁵ en su propia página web, mientras que mantiene en secreto las observaciones a las ANC.

En conclusión, las mismas observaciones de la Comisión reciben un tratamiento radicalmente opuesto en relación con su tratamiento confidencial según se realicen en el marco de un procedimiento administrativo o de un procedimiento judicial. Lo anterior no está justificado, dado que la finalidad perseguida es la misma, y pone de manifiesto la ausencia de fundamento jurídico alguno para establecer la confidencialidad *ex lege* de dichas observaciones en el procedimiento ante la CNC.

c) *El acceso al procedimiento nacional es necesario al resultar improbable el acceso a las mismas a través de la Comisión*

El Reglamento 1049/2001, de acceso al público de los documentos de las instituciones de la UE (*Reglamento de Transparencia*)⁴⁶, es la única opción viable a nivel comunitario para acceder a los documentos que contengan las observaciones de la Comisión. Dicho reglamento proclama un derecho casi universal de acceso a los documentos de las instituciones, por lo que en principio se podría aplicar a las observaciones de la Comisión. Sin embargo, este derecho se recorta mediante una serie de excepciones listadas en su art. 4.

En este sentido, Unión de Almacenistas de Hierros de España solicitó sobre la base del Reglamento de Transparencia el acceso a los documentos intercambiados entre la Comisión y la CNC en virtud del trámite del art. 11.4 en los asuntos S/106/08 y S/254/10. La Comisión otorgó acceso a los acuses de recibo de la Comisión pero denegó el acceso a la información enviada por la CNC a la Comisión sobre la base de las excepciones contenidas en el art. 4 del Reglamento de Transparencia. Esta decisión de la Comisión ha sido recurrida ante el Tribunal General el pasado 14 de agosto de 2013, en el asunto T-419/13, *Unión de Almacenistas de Hierros de España c. Comisión*. No obstante, debe recordarse que en este asunto la Comisión no presentó observaciones y que lo que reclama el recurrente es el acceso a la información que envió la CNC a la Comisión.

⁴⁴ En este sentido el art. 232 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que «1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento. 2. Excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones».

⁴⁵ Disponible en http://ec.europa.eu/competition/court/antitrust_amicus_curiae.html.

⁴⁶ Reglamento (CE) 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión.

Sin embargo, dada la más que probable reticencia de la Comisión a levantar la confidencialidad sobre sus observaciones, es muy probable que intente utilizar alguna excepción del art. 4 del Reglamento de Transparencia para evitar el acceso a las mismas. Aunque no hay una excepción directamente aplicable a la entrega de las observaciones de la Comisión, el art. 4.3 establece que «se denegará el acceso a un documento elaborado por una institución para su uso interno o recibido por ella, relacionado con un asunto sobre el que la institución no haya tomado todavía una decisión, si su divulgación perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución, salvo que dicha divulgación revista un interés público superior». Sobre la base de lo anterior, la Comisión podría intentar negarse a dar acceso a las observaciones esgrimiendo que i) el levantamiento de su confidencialidad podría perjudicar el proceso de toma de decisión de las autoridades de la REC, y ii) la valoración de la existencia de un interés público en el levantamiento de su confidencialidad debe realizarse por las instancias nacionales.

Por otro lado, debe manifestarse que la posibilidad de acceso a las observaciones puede ser insatisfactoria para las partes, ya que en virtud del art. 11.2 del Reglamento de Transparencia, el registro puede incluir una breve descripción del contenido del documento que podría perjudicar a los intereses de las partes⁴⁷.

B. DERECHOS QUE PUEDEN SER VIOLADOS DE MANTENERSE LA CONFIDENCIALIDAD ABSOLUTA DE LAS OBSERVACIONES DE LA COMISIÓN

Al establecer la confidencialidad absoluta de las observaciones de la Comisión, la LDC olvida que para salvaguardar los derechos de defensa puede resultar necesario que las partes puedan acceder a las mismas y presentar alegaciones. Efectivamente, de no dar acceso a un documento que puede alterar sustancialmente lo establecido en el borrador de resolución⁴⁸, la CNC podría conculcar el derecho de defensa y a un procedimiento con todas las garantías protegido por la Constitución Española y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

El art. 24 de la Constitución Española protege en su apartado segundo el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías. Estos principios y salvaguardas son aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores e incluyen el derecho de defensa, entendido como el conjunto de facultades de alegación y prueba de las partes⁴⁹. Asi-

⁴⁷ Además del deber de secreto que protege el procedimiento administrativo.

⁴⁸ Teniendo en cuenta que las observaciones de la Comisión irán dirigidas a establecer la incoherencia del borrador de resolución con el Derecho comunitario, es muy probable que tengan un impacto en la resolución final del expediente. Por ejemplo, las observaciones de la Comisión pueden dar lugar a que el Consejo estime que existen más infracciones que las detectadas por la CNC o bien, en sentido contrario, que no se ha acreditado la existencia de la infracción detectada por la CNC.

⁴⁹ La Sentencia del Tribunal Constitucional, de 1 de octubre, STC 1669/2012, donde se establece que: «Este Tribunal, en relación con una alegación idéntica resuelta en la STC 145/2011, de 26 de

mismo, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE protege el derecho a una buena administración, que incluye en particular el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en su contra una medida individual que le afecte desfavorablemente y la obligación de la administración de motivar sus resoluciones⁵⁰.

Lo anterior, como no podía ser de otra manera, se ha visto reflejado en la práctica de la CNC, que establece claramente que una información confidencial no puede utilizarse ni para condenar ni para exculpar a un interesado. Así fue establecido por el extinto TDC en *Radio Fórmula*⁵¹, doctrina que ha sido posteriormente confirmada en el asunto *Spain Pharma/Smithkline*⁵²:

«En todo caso, el derecho a la confidencialidad está limitado por los principios de contradicción e igualdad de armas entre las partes, además de por un principio general: nadie puede ser condenado basándose en un documento que no ha podido ser rebatido por haber sido declarado confidencial, pero tampoco un documento confidencial puede servir para exculpar a un interesado».

Por último, de no comunicarse a los interesados el hecho de que la Comisión ha realizado observaciones y lo que sería más grave, ni siquiera darse traslado a los interesados del cambio de calificación jurídica al que eventualmente diesen lugar las mismas, se estaría violando el art. 51.4 LDC. Dicho artículo impone al Consejo la obligación de notificar a las partes interesadas del expediente administrativo y a la DI cualquier cambio de calificación jurídica de las conductas, concediéndoles un trámite de alegaciones sobre el mismo. En concreto el art. 51.4 LDC establece que:

«Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de la Dirección de Investigación, someterá la nueva calificación a los interesados y a ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas».

Dicho artículo ha sido interpretado por la doctrina⁵³ y la jurisprudencia como un precepto que impone al Consejo la obligación de otorgar un

septiembre (RTC 2011, 145), ya ha recordado que las garantías procesales establecidas en el art. 24.2 CE son aplicables también a los procedimientos administrativos sancionadores, en cuanto que son manifestación de la potestad punitiva del Estado».

⁵⁰ En concreto el art. 41, apartados 1.º y 2.º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, establece respecto al derecho a una buena administración que «1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en su contra una medida individual que la afecte desfavorablemente; el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones [...]».

⁵¹ Resolución del TDC de 29 de junio de 1997, *Radio Fórmula*, expediente R 185/96.

⁵² Resolución del TDC de 20 de diciembre de 2002, *Spain Pharma/Smithkline*, expediente R/526/02. En el mismo sentido, Resolución del TDC de 28 de octubre de 1997, *Azucareras*, expediente 240/97.

⁵³ J. MASSAGER y J. FOLGERA (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 3.ª ed., Civitas, p. 892.

trámite de alegaciones a todas las partes personadas, inclusive, en el caso de que la nueva calificación jurídica fuera más favorable para la empresa investigada. Esta interpretación está fundamentada, además de en el tenor literal de dicho artículo, en que en un expediente sancionador en materia de Derecho de la Competencia concurren diversos intereses contrapuestos (denunciante/denunciado), lo que aconseja la necesidad de dar trámite de audiencia a todas las partes involucradas.

Por otro lado, la Audiencia Nacional también ha entendido en varios recursos contra resoluciones de la CNC que el principio establecido en el art. 51.4 LDC debe interpretarse de manera expansiva, ya que se trata de «un precepto dirigido a evitar cualquier vestigio de indefensión»⁵⁴. En dichos asuntos, la Audiencia Nacional decretó la nulidad de las actuaciones del Consejo de la CNC debido a que el Consejo modificó la calificación jurídica de la propuesta de resolución de la DI sin dar un trámite de alegaciones a las partes.

Por tanto, si las observaciones de la Comisión provocan un cambio de parecer en el Consejo frente a la calificación jurídica establecida en la propuesta de resolución, el Consejo está obligado a i) fundamentar su cambio de posición —sin perjuicio de que mantenga confidenciales las observaciones de la Comisión en aplicación del art. 42 LDC—, y ii) dar a las partes trámite de audiencia para permitirles alegar lo que estimen que a su derecho convenga. De no hacerlo, se estaría violando los derechos de defensa de las partes y, en concreto, el art. 51.4 LDC.

7. PROPUESTAS

A nuestro juicio existen dos formas de solventar los problemas detectados, bien mediante una aplicación finalista de la normativa relevante (la alternativa más sencilla y realista), o bien modificando la LDC para crear un marco procedimental respetuoso con los derechos de las partes y los principios informadores del Derecho administrativo sancionador.

A. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA RELEVANTE DE MANERA RESPETUOSA CON LOS DERECHOS DE LAS PARTES

Dejando al margen que el art. 11.4 no establece la posibilidad de que la Comisión realice observaciones, si dichas observaciones tienen lugar de-

⁵⁴ SAN en el asunto *Wella*, de 22 de febrero de 2012, SAN 946/2012, y SAN en el asunto *Balearia*, de 8 de noviembre de 2012, SAN 4494/2012. En concreto, en dichas Sentencias de la Audiencia Nacional se establece que: «En el ámbito del Derecho de la Competencia, también nos encontramos con un precepto dirigido a evitar cualquier vestigio de indefensión. Así cuando la LDC (en su artículo 51.4), con pleno respeto al derecho de defensa, y en previsión de un cambio de calificación por parte del Consejo de la CNC, prevé la sumisión de la nueva calificación a los interesados a fin de que aleguen lo que estimen oportuno, trámite que, y pese a la existencia de la expresa norma sectorial el Consejo de la CNC no ha hecho uso de la misma».

berían transmitirse por escrito a las ANC, tal y como especifica la Comunicación.

Asimismo, de mantener la confidencialidad «en todo caso» de las observaciones, si la Comisión realizase observaciones, el Consejo «en todo caso» también debería i) informar a las partes que se ha formado pieza separada confidencial con las observaciones de la Comisión⁵⁵; ii) ofrecer un resumen no-confidencial de los argumentos principales desarrollados por la Comisión, y iii) dar trámite de alegaciones a las partes para que puedan realizar alegaciones sobre las observaciones de la Comisión⁵⁶.

Finalmente, en caso de que a raíz de las observaciones el Consejo modifique en cualquier sentido la calificación jurídica establecida en la propuesta de resolución de la DI, en virtud del art. 51.4 LDC el Consejo estaría obligado a «someter la nueva calificación a los interesados y a ésta [la DI] en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas»⁵⁷. Solo tras la recepción de dichas alegaciones, el Consejo podrá resolver lo que estime más adecuado en Derecho.

Dicha práctica, que sería más ajustada a nuestro ordenamiento jurídico y garantista de los derechos de los administrados en procedimientos sancionadores, puede realizarse simplemente mediante la aplicación finalista de las normas relevantes y no chocaría con la aplicación de la LDC, ni en concreto, con la confidencialidad de las observaciones de la Comisión establecida en el art. 42, párrafo 2.º de la LDC.

B. MODIFICACIÓN DE LA LDC

Como hemos indicado, en nuestra opinión las observaciones de la Comisión no deben recibir tratamiento confidencial *ex lege* en todo caso, por lo que entendemos que sería apropiado eliminar o modificar el párrafo 2.º del art. 42 LDC. La supresión de dicho párrafo o al menos de la mención a «en todo caso», permitiría la valoración ponderada sobre la necesidad del tratamiento confidencial total o parcial de la información, atendiendo al contenido de las observaciones.

En este sentido, la información que contenga secretos de negocio, documentos internos de la Comisión, proyectos de decisiones, normativa de la Comisión o incluso comunicaciones (subjetivas) entre autoridades de competencia, podrían mantenerse confidenciales si no contravienen el derecho

⁵⁵ Como se indicó por la CNC en la resolución en el asunto *Empresas Estibadoras*. Sin embargo, en resoluciones recientes como *Mensajes Cortos* la CNC parece haber dejado de hacer referencia expresa a la recepción de las observaciones de la Comisión.

⁵⁶ Dado que cuando el Consejo recibe las observaciones de la Comisión el procedimiento está a punto finalizar y la LDC no prevé su suspensión a raíz de la recepción de las mismas, podría hacerse una interpretación extensiva del art. 37.2.c) LDC, que establece su suspensión «hasta que se dé cumplimiento al trámite del artículo 11.4», para parar el reloj hasta que las partes hayan podido presentar sus alegaciones al resumen no confidencial de las observaciones de la Comisión.

⁵⁷ En este caso el procedimiento se suspenderá conforme al art. 37.1.f) LDC para otorgar a las partes y la DI su derecho de audiencia.

de defensa de las partes. Por el contrario, observaciones objetivas respecto a la coherencia con el Derecho comunitario de un borrador de resolución u otras que pudieran ser «pertinentes para la defensa de las partes» deberán ser puestas en conocimiento de las mismas, máxime si como todo apunta, en la práctica la Comisión solo realizará observaciones sustanciales con el objeto de influir en la resolución del Consejo.

Del mismo modo, dado que la LDC no especifica que pueda suspenderse el procedimiento cuando se reciban las observaciones de la Comisión, dicho escenario debería añadirse a las circunstancias que dan lugar a la suspensión del procedimiento enumeradas en el art. 37 LDC.

8. CONCLUSIÓN

El art. 11.4 establece un deber de información a la Comisión que fue posteriormente ampliado por la Comunicación, creando un trámite de consulta.

Dicho trámite de consulta no se encuadra adecuadamente en el procedimiento establecido por la LDC, que además impone la confidencialidad absoluta de las observaciones de la Comisión. Por otro lado, las autoridades de competencia han desarrollado una práctica informal al margen de las partes, que no son informadas de la realización ni el contenido de las observaciones.

La actual práctica de las autoridades de competencia es contraria al Reglamento 1/2003 y la Comunicación. Además, teniendo en cuenta el impacto que pueden tener las observaciones en el resultado del procedimiento nacional, también podría vulnerar los derechos de las partes a un procedimiento justo y con todas las garantías.

Para evitar lo anterior, entendemos que, por un lado, la Comisión debe cumplir escrupulosamente con lo indicado en el art. 11.4 y su desarrollo en la Comunicación y, por otro, la CNC debe aplicar el procedimiento establecido en la LDC de forma respetuosa con los derechos de las partes protegidos por nuestro ordenamiento, en el sentido sugerido en el presente artículo.

