



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

EL CASO ADIDAS ESPAÑA EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL

Autor

Juan García Pons

Director

Dr. Pedro-José Bueso Guillén, LL.M. Eur.

Facultad de Derecho

Curso 2021/2022

ÍNDICE

<u>Lista de abreviaturas utilizadas</u>	4
<u>I. Introducción</u>	5
<u>1. Cuestión tratada en el trabajo</u>	5
<u>2. Razón de elección del tema y justificación de su interés</u>	5
<u>3. Planteamiento metodológico</u>	6
<u>II. La TC en el ordenamiento español</u>	8
<u>1. Marco normativo</u>	8
<u>2. Datos numéricos</u>	9
<u>2.1. España</u>	9
<u>2.2. Unión Europea</u>	11
<u>3. Regulación del procedimiento en España</u>	12
<u>3.1. Art. 52 LDC, regulación marco del procedimiento</u>	13
<u>3.2. Art. 39 RDC, desarrollo del procedimiento</u>	14
<u>3.3. Otras apreciaciones relevantes de la CTCES</u>	17
<u>3.4. Pronunciamientos del Tribunal Supremo</u>	18
<u>4. Diferencias con los procedimientos europeos</u>	18
<u>4.1. Ámbito material</u>	19
<u>4.2. Inicio del procedimiento</u>	19
<u>4.3. Iniciativa</u>	20
<u>4.4. Solicitud de inicio</u>	21
<u>4.5. Elaboración de los compromisos</u>	21
<u>4.6. Vigilancia y reacción ante el incumplimiento</u>	21
<u>III. El procedimiento de TC en la práctica: Caso Adidas España SAU</u>	22
<u>1. Inicio y cronología</u>	22
<u>2. Los problemas de competencia detectados, exposición y valoración jurídica de la CNMC</u>	23
<u>2.1. Sobre las restricciones a las ventas y a la publicidad <i>online</i></u>	24

<u>2.2.</u>	<u>Fijación de los precios de reventa</u>	25
<u>2.3.</u>	<u>Cláusula de no competencia postcontractual</u>	26
<u>2.4.</u>	<u>Prohibición de ventas cruzadas entre clientes</u>	26
<u>2.5.</u>	<u>Valoración bajo la normativa europea</u>	27
<u>3.</u>	<u>Los compromisos presentados</u>	31
<u>3.1.</u>	<u>Comunicación proactiva del marco contractual</u>	31
<u>3.2.</u>	<u>Eliminar la cláusula de competencia postcontractual de los dos contratos de franquicia</u>	32
<u>3.3.</u>	<u>Aclaración sobre el requisito de aprobación previa de las URL empleadas por los distribuidores</u>	32
<u>4.</u>	<u>Valoración jurídica de los compromisos</u>	32
<u>4.1.</u>	<u>Requisitos de la CNMC para la aplicación de la TC</u>	32
<u>4.2.</u>	<u>Verificación de que los compromisos solucionan los problemas de competencia</u>	33
<u>5.</u>	<u>Resolución de la CNMC</u>	36
<u>6.</u>	<u>Ejecución de compromisos y vigilancia del cumplimiento</u>	36
<u>6.1.</u>	<u>Garantías de cumplimiento acordadas para el caso</u>	37
<u>6.2.</u>	<u>Vigilancia</u>	37
<u>7.</u>	<u>Conclusiones del caso</u>	38
<u>7.1.</u>	<u>Las limitaciones de valoración para la CNMC</u>	38
<u>7.2.</u>	<u>Una crítica a la posición de ADIDAS</u>	38
<u>7.3.</u>	<u>Una terminación convencional modélica</u>	40
<u>IV.</u>	<u>Mejoras y cambios en la TC</u>	43
<u>1.</u>	<u>Las propuestas de la doctrina</u>	43
<u>1.1.</u>	<u>Dudas sobre el procedimiento ya abordadas</u>	43
<u>1.2.</u>	<u>Cumplimiento de los compromisos</u>	44
<u>1.3.</u>	<u>¿Es beneficiosa para la CNMC?</u>	44
<u>1.4.</u>	<u>Beneficios para las empresas</u>	45

<u>1.5.</u>	<u>Abuso por la autoridad de la competencia</u>	45
<u>1.6.</u>	<u>Compatibilidad TC y multa</u>	46
<u>1.7.</u>	<u>Pérdida del efecto disuasorio y reclamaciones de terceros</u>	47
<u>2.</u>	<u>Las respuestas del legislador</u>	51
<u>2.1.</u>	<u>Modificación del procedimiento de TC en el RDC</u>	51
<u>2.2.</u>	<u>Proyecto de Ley de modificación de la LDC</u>	52
<u>2.3.</u>	<u>¿Respuestas o nuevas ideas?</u>	59
<u>V.</u>	<u>Conclusiones</u>	62
<u>VI.</u>	<u>Bibliografía y documentación</u>	66
<u>1.</u>	<u>Bibliografía</u>	66
<u>2.</u>	<u>Normativa</u>	67
<u>3.</u>	<u>Resoluciones de la CNMC</u>	69

LISTA DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

CE	Comisión Europea
CNC	Comisión Nacional de la Competencia
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CTCES	Comunicación sobre Terminación Convencional de Expedientes Sancionadores de la CNC (ahora CNMC) de 2011
CVPI	Condiciones de Venta Para Internet
DC	Dirección de la Competencia (antigua Dirección de Investigación)
DRV	Directrices relativas a las Restricciones Verticales
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
PVP	Precios de Venta al Público
RDC	Reglamento de Defensa de la Competencia
REXCAV	Reglamento de Exención por Categorías de Acuerdos Verticales
SC	Sala de la Competencia (del Consejo de la CNMC)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Terminación Convencional
TCGV	Términos y Condiciones Generales de Venta
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
URL	<i>Uniform Resource Locator</i>

I. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO

Desde inicios de siglo viene produciéndose un cambio generalizado en los mecanismos destinados a articular la protección brindada por el Derecho de la competencia a nivel europeo y nacional, cambio que se manifiesta en el impulso de procedimientos para la restitución de la competencia de carácter negociado con los presuntos infractores, complementarios a los procedimientos sancionadores desarrollados de oficio por las autoridades que protegen los mercados.

En el presente trabajo se pretende mostrar la forma en que actualmente se instrumenta en la práctica la terminación convencional (en adelante, TC) regulada por la normativa de defensa de la competencia en España. A tal efecto, por una parte, se estudiará la TC del expediente sancionador incoado a Adidas España SAU¹, relacionándolo con la normativa que regula la materia y, para completar este estudio, se contrapondrá el caso con sus precedentes y otras terminaciones convencionales para ahondar en la realidad del procedimiento. Por otra parte, analizando la práctica de la TC, se expondrán datos de su casuística y se plantearán los problemas y áreas de mejora que la doctrina ha identificado en el procedimiento, así como posibles soluciones.

2. RAZÓN DE ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

El Derecho de la competencia es una disciplina que resulta de vital importancia en un sistema económico de mercado como es el español y con el tiempo no ha hecho sino crecer en relevancia. En un entorno de globalización que se acelera, en el que se atestigua un constante crecimiento de grandes empresas que sobrepasan las fronteras nacionales y se vuelven agentes de acción internacional, este crecimiento viene acompañado de un aumento de poder que se despliega en su internacionalización y en la forma en que compiten en todos los mercados, habitualmente reduciendo la competitividad en perjuicio del consumidor final de una forma u otra. Tal y como reflejan las normativas *antitrust* las empresas, por el propio carácter de la competencia, están

¹ Resolución (de TC), expediente S/DC/0631/18 (Adidas España SAU), Consejo de la CNMC, Sala de la Competencia, 6 de febrero de 2020.

tentadas, por grandes beneficios -que se reflejan en perjuicios para el consumidor y la libertad del mercado-, para aliarse entre ellas, realizar o imponer acuerdos que minan la libre competencia, o abusar de su poder o tamaño en el mercado.

Ante dichas actividades las autoridades de defensa de la competencia despliegan procedimientos de investigación y sanción, tendentes a la restitución de la situación de libre mercado. Frente a la que venía siendo tradicionalmente la única forma de proceder, prohibición y sanción de carácter disuasorio, en las últimas décadas se ha mostrado fructífero añadir una vía diferente: la colaboración de las empresas con la autoridad para la revelación y solución de las actividades lesivas de la competencia. Esto se viene entendiendo como algo de gran beneficio para todos los implicados: los infractores están incentivados por la reducción o descarte de las sanciones y unos procedimientos más rápidos que reducen costes y perjuicios para su imagen, la autoridad consigue una actuación más eficiente solucionando una mayor cantidad de infracciones con menos recursos y, a la vez, se entiende alcanzada una satisfacción del interés público más rápida y adecuada.

Entre los procedimientos negociales que pueden implantarse en nuestro país se han adoptado el de TC, más general, y el de clemencia, específico para los cárteles. El proceso de TC puede considerarse todavía relativamente nuevo y ha resultado durante mucho tiempo un desconocido del ordenamiento, con muy poca aplicación de las empresas -como se mostrará en adelante-. Reformado en la actualidad con respecto a su primera redacción, no está exento de crítica e incluso fue necesario el pronunciamiento de la entonces Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) para aclarar su funcionamiento. Por todo resulta de interés estudiar este procedimiento especialmente desde una perspectiva práctica de su aplicación, al margen de las ya numerosas apreciaciones teóricas de su redacción legal, pudiendo apreciar mejor cuál es su funcionamiento, su utilidad e incluso sus problemas. También se suma que sea uno de los escasos ejemplos de una TC para prácticas anticompetitivas en acuerdos verticales.

3. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

Por el tema tratado en este trabajo y su elemento central este se asemeja más a la modalidad de estudio de doctrina jurisprudencial y de órganos administrativos. Hay que considerar que se trata de un estudio de caso sobre una resolución particular, y el análisis de resoluciones más extenso se empleará de forma complementaria para ampliar la

información sobre el procedimiento en los extremos que no alcance aquel caso, o para evidenciar algunos de los problemas de la TC. Consecuentemente con la naturaleza del tema analizado y el objetivo y la modalidad del trabajo, la aproximación a su estudio debe realizarse desde una perspectiva metodológica plural.

Estructuralmente se seguirá un método sintético: a partir del análisis de un expediente particular se busca explicar los aspectos generales de proceso, cómo es su funcionamiento y cuál es la realidad práctica de este mecanismo de defensa de la competencia. Así, no solo se expondrá el caso concreto de ADIDAS, sino también, contrastadas con la práctica, las críticas que existen a este procedimiento, sus perspectivas de futuro y áreas de mejora tal y como ha manifestado la doctrina y ha quedado evidenciado en la práctica.

La investigación parte de una etapa exploratoria, en la cual se han reunido los materiales y referencias necesarios para desarrollar el trabajo o identificar las opiniones críticas de la doctrina, y continúa en otra etapa eminentemente descriptiva, puesto que el elemento central se basa en exponer un caso concreto de TC. No obstante, se trata de una investigación de vocación aplicada, por cuanto el trabajo analiza el estado de la cuestión, el proceso en la práctica y la de posibilidades de mejora, sin entrar al desarrollo de estas últimas. Pero es innegable que a través de este se realiza una aportación que puede servir para comprender las carencias del procedimiento de TC y trazar aunque el estudio no se extenderá hasta el análisis de efectividad de los cambios planteados.

Por último, cabe indicar que en su base la investigación es documental y en gran medida primaria, pues sus principales fuentes serán las resoluciones y expedientes de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), sus interpretaciones de la normativa y otros documentos. También el marco legislativo correspondiente y las normas que rigen el procedimiento de TC. Se complementará en lo que sea necesario con pronunciamientos de la doctrina, fuente secundaria, pero estas fuentes secundarias no son predominantes. Es coherente con el interés público que rige la materia, pues de las interpretaciones de los autores emanan las opiniones críticas con el procedimiento y las posibilidades de mejora e, incluso, la valoración de la adecuación de la TC al derecho de competencia promovido desde la UE.

II. LA TC EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

En este apartado se avanza en la delimitación y contextualización del caso objeto del resto del trabajo mediante la exposición de las cuestiones generales que suscita la TC. A tal efecto se comienza por exponer la normativa que regula el procedimiento en España y unos datos numéricos de su práctica y relevancia a nivel nacional y europeo. Sigue, después, la configuración de este proceso bajo la normativa española y, finalmente, su comparativa en aquellos extremos en los que resulte relevante con los procedimientos negociados que lleva a cabo la Comisión Europea (en adelante, CE).

1. MARCO NORMATIVO

La TC en el ordenamiento español se regula primordialmente en el artículo 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la competencia² (en adelante, LDC), y en el artículo 39 de su norma de desarrollo, el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia³ (en adelante, RDC). Ambas, tanto la redacción de los artículos como la configuración práctica del procedimiento actual son diferentes de las que existían bajo la anterior regulación de la Ley 52/1999 de 20 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia⁴. Complementariamente, merecen especial mención la comunicación de la CNC (ahora CNMC) de 2011⁵ en la cual interpreta y detalla los pormenores de la aplicación del proceso, y la STS 4126/2015, de 5 de octubre⁶, que establece la interpretación aceptada por los tribunales de ciertos extremos controvertidos de la norma.

Los anteriores preceptos suponen un acercamiento del Derecho español a la regulación de procedimientos de carácter negociado de la Unión Europea, elemento modernizador de la protección comunitaria de la competencia que emana del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁷ y el Reglamento (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 81 y 82 del Tratado⁸.

² BOE nº 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872; ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/07/03/15>

³ BOE nº 50, 27 de febrero de 2008, pp. 11575 a 11604; ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2008/02/22/261>

⁴ BOE nº 170, de 18 de julio de 1989, pp. 22747 a 22753; ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1989/07/17/16>

⁵ *COMUNICACIÓN SOBRE TERMINACIÓN CONVENCIONAL DE EXPEDIENTES SANCIONADORES*, Comisión Nacional de la Competencia, 2011 (En adelante CT CES).

⁶ STS 4126/2015 (Sala de lo contencioso, sección 3^a), de 5 de octubre de 2015 (recurso 3250/2012)

⁷ DOUE C 326/47 de 26.10.2012

⁸ DOUE L 1/1 de 4.01.2003

Se debe indicar que en 2021 fue promulgada una norma que modificaba un precepto regulador de la TC en el ordenamiento español. En concreto, el último apartado del art. 39 RDC. Debido a que esta modificación no afecta sustancialmente a la tramitación del proceso y, especialmente, que no habría supuesto ningún cambio en el desarrollo del expediente de ADIDAS, se ha decidido desplazar su análisis detallado a un epígrafe posterior (epg. VI). De esta manera se satisface también el objetivo del trabajo de presentar propuestas de mejora al procedimiento, que pueden provenir tanto de la doctrina como del legislador, y se facilita una argumentación comparativa al respecto. De igual forma se estudiará el anteproyecto de la nueva Ley de Defensa de la Competencia que, sin estar en vigor, sí que propone cambios notables para la TC y el procedimiento sancionador.

En la resolución de este caso la CNMC también invoca normas europeas superiores a nuestro ordenamiento y que influyen en la valoración de los perjuicios para la competencia, los compromisos presentados y en el procedimiento sancionador. Se aplican el Reglamento (UE) 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas⁹ (en adelante, REXCAV), y dos Comunicaciones de la Comisión: una en la que se establecen las Directrices relativas a las restricciones verticales¹⁰ (en adelante, DRV) -que detalla y desarrolla el anterior reglamento- y otra, de menor impacto en las decisiones estudiadas, que contiene las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado¹¹.

2. DATOS NUMÉRICOS

2.1. España

Por medio del análisis de las memorias anuales de la CNC se pueden extraer los datos relativos a la cantidad de expedientes de TC tramitados cada año. Esto permite conocer un poco mejor el contexto en que se desarrolla el procedimiento de TC por cuanto resulta una vía de resolución más o menos común en la práctica, conocida por las empresas y, por todo ello, una solución realmente efectiva.

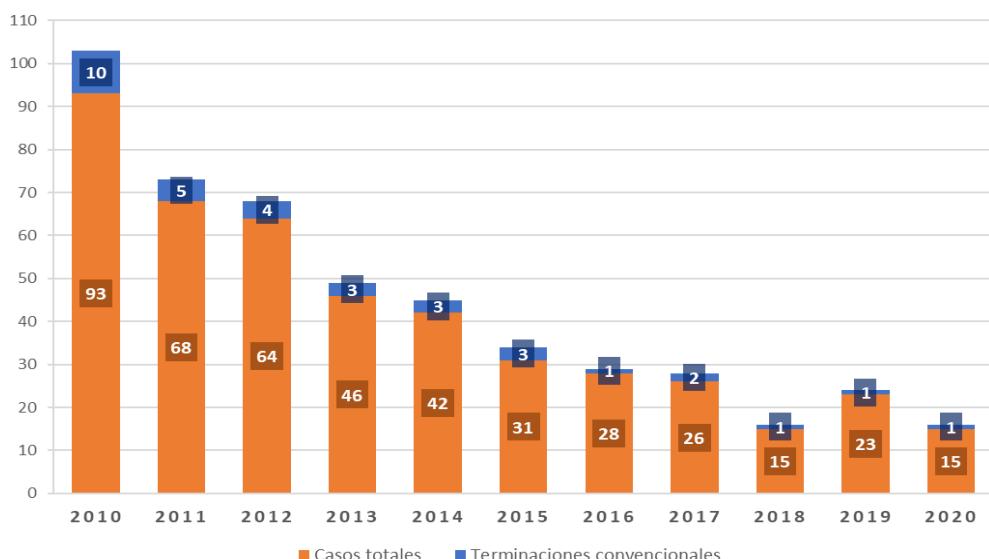
⁹ DOUE L 102/1 de 23.4.2010

¹⁰ DOUE C 130/1 de 19.5.2010

¹¹ DOUE C 101/81 de 27 de abril de 2004

Es necesario antes de reflejar estos datos diferenciar dos etapas en la recopilación de la información de las memorias, pues con la transformación de la CNC en la CNMC existe una diferente contabilidad de los expedientes tramitados: antes del cambio, sucedido en 2013, las terminaciones se contabilizaban en el formato de un “curso” entre dos años (ej: 2011/2012), y después en formato de períodos estrictamente anuales (del 1 de enero al 31 de diciembre de 2014). Por ello, y por otras variaciones interanuales de la contabilidad de las resoluciones, se van a emplear las contabilidades reflejadas en cada una de las memorias correspondientes a cada año posterior a 2013 y para el periodo previo a la transformación de la CNMC este se empleará la contabilidad comparativa de los años anteriores que contiene la memoria de la CNC de 2014.

Gráfico 1: Terminaciones convencionales en España



Fuente: elaboración propia.

El resultado que se obtiene muestra claramente como este proceso es todavía un “gran desconocido” por su escasa aplicación. Esto pone en duda aquella motivación que mostraba el legislador al regularlo cuando pretendía incorporar una vía con ventajas para todos los implicados que resultase ser una alternativa atractiva para las empresas y aún más para la autoridad.

Hay que tener en cuenta que los datos reflejados son de aquellos procedimientos llevados a término de manera satisfactoria para la autoridad, con lo cual pueden quedar expedientes de TC que, propuestos por la Dirección de la Competencia (en adelante, DC), son rechazados por la Comisión -esto apenas ocurre- o no tienen un desarrollo fructífero en la negociación de la DC con los presuntos infractores. En estos casos suele deberse a la actuación de los últimos que no ofrecen compromisos adecuados en los plazos fijados

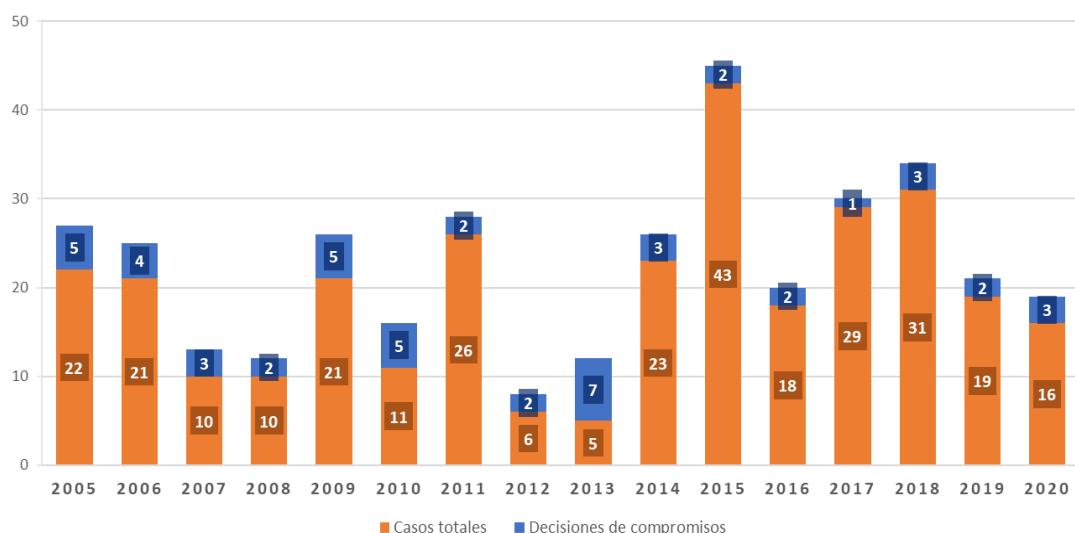
o realizan las solicitudes de TC de manera extemporánea, lo que resulta en la negativa de la DC debido a que se pierden los beneficios públicos que busca el procedimiento. No se han encontrado casos en los que, recurrida la negativa a iniciar la TC, la jurisdicción contencioso-administrativa haya fallado en contra de la autoridad de la competencia.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que es un procedimiento de considerable efectividad en aquellos casos en los que se alcanza su fin. En las memorias de la CNMC -y la antigua CNC- se refleja que lo normal es una solución rápida y sin sobresaltos de los expedientes de vigilancia y prácticamente no aparecen multas por incumplimiento de los compromisos pactados. Ello no quiere decir que nunca haya incumplimientos, pues se dan casos de empresas que no muestran reparos en vulnerar continuadamente las normas de competencia a pesar de las multas y que, en ocasiones, tratan de realizar un proceso de TC, aunque al final no vayan a tomarse en serio los compromisos. A pesar de ello parece que lo normal es encontrar casos como el de ADIDAS, en los que la empresa cumple correctamente y labor de vigilancia se ve reducida a un mero trámite.

2.2. Unión Europea

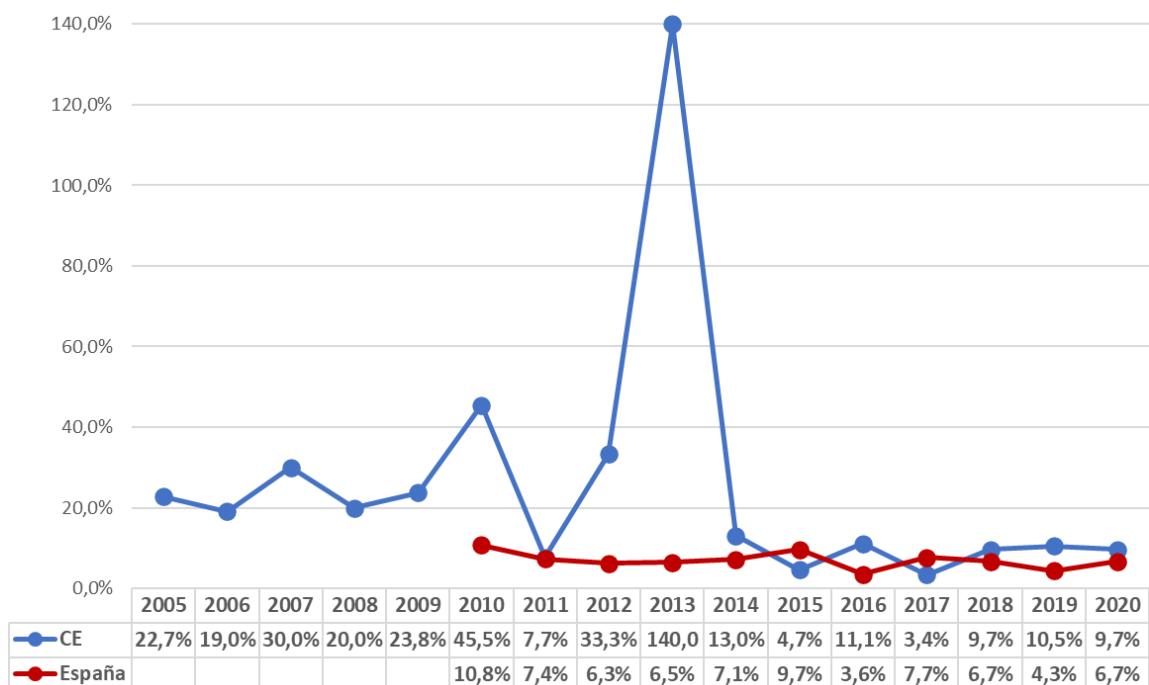
También se considera de interés hacer un análisis comparativo entre los datos anteriores y los que refleja la UE sobre la aplicación del proceso de acuerdo transaccional. De esta manera se puede fundamentar -hasta cierto punto- la futura exposición de críticas hacia el procedimiento con una base empírica que defienda las ventajas que pueden suponer las diferencias existentes a nivel comunitario.

Gráfico 2: Decisiones de compromiso de LA CE



Fuente: elaboración propia.

Gráfico 3: Decisiones negocias respecto del total – CE vs España



Fuente: elaboración propia

Gracias a la comparación en términos relativos del número de casos entre la CE y la CNMC se puede observar cómo, después de una etapa de mayor variación, en los últimos años hay una gran similitud entre los procesos negociados llevados a término en los dos niveles. Esto puede arrojar ya una conclusión referente a la efectividad del sistema: aún con las propuestas de mejora que se expondrán más adelante, parece que incluso con las diferencias que el proceso español muestra respecto al europeo ambos consiguen una eficacia y aceptación muy similares. A pesar de la insistencia de cierta parte de la doctrina puede que abandonar la TC española para copiar la europea no suponga tanta revolución en el Derecho de la competencia español.

3. REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN ESPAÑA

La regulación del procedimiento de TC se reparte en dos cuerpos normativos y la CTCES. Además, el propio Tribunal Supremo (en adelante, TS) se ha pronunciado al respecto de la interpretación de ciertos extremos de la norma. La base se encuentra recogida en el artículo 52 LDC, que define la figura y sus pautas generales. El procedimiento se recoge con detalle en el reglamento de desarrollo de la mencionada ley, el RDC, en su artículo 39. Posteriormente, a raíz de la experiencia práctica con el

procedimiento, en 2011 la CNC emitió una comunicación¹² que aclara y detalla el procedimiento, estableciendo pautas para la actuación de la autoridad y aportando seguridad jurídica a los interesados. Para una presentación más clara y por las diferencias en redacción y relevancia de los documentos, se explicarán las regulaciones de la LDC y RDC enriquecidas con las puntuaciones necesarias contenidas en la CTCES. Al final se exponen los pronunciamientos del TS sobre la figura.

Se advierte de que en este apartado se trata principalmente la regulación de la figura que se encontraba en vigor cuando se tramitó el caso de ADIDAS a fin de mantener una continuidad con la exposición del caso. Habiendo aparecido modificaciones que afectan al propio art. 39 RDC se pondrán de relieve pero se reserva la comparación detallada al apartado de modificaciones y mejoras en la norma y el procedimiento.

3.1. Art. 52 LDC, regulación marco del procedimiento

En primer lugar, la TC del art. 52.1 LDC define una posible vía de resolución del procedimiento sancionador. Como se precisa en la CTCES, núm. (9), es una forma atípica de terminación, en la que la CNMC finaliza el procedimiento sancionador sin declaración de la acreditación de la infracción ni culpabilidad ni sanción.

Este procedimiento se inicia a propuesta de los presuntos infractores, pero su aplicación es potestad de la autoridad de la competencia; conforme al núm. (18) CTCES, la decisión de inicio le corresponde completamente a la DC¹³. No obstante, la DC puede invitar a los investigados a realizar esa propuesta, tal y como prevé el núm. (19) CTCES.

Como requisitos básicos se exige que los compromisos resuelvan los efectos sobre la competencia de las conductas objeto del expediente y que se garantice el interés público (art. 52.1 LDC *in fine*). Y, una vez aceptados, los compromisos se incluyen en la resolución final del procedimiento y son vinculantes para quienes los emitieron (art. 52.2 LDC). La CTCES añade, en su núm. (24), que los compromisos se puedan implementar de manera rápida y efectiva y que su vigilancia sea viable y eficaz.

¹² CTCES, cit.

¹³ Nota: a pesar de la que LDC y RDC la denominan Dirección de Investigación se empleará en el trabajo la nomenclatura del órgano establecida por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Disposición adicional segunda. Extinción de organismos, apdo. 2 pº 2º: <<Las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia se entenderán realizadas a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia>>.

Por último, el apartado 3 fija el límite temporal para realizar la TC: no podrá acordarse una vez la DC eleve su informe-propuesta de resolución al consejo.

La CTCES contiene más aspectos generales: los núms. (5) y (7) indican que el procedimiento se aplica -exclusivamente- a una posible infracción de los arts. 1, 2 y/ó 3 de la LDC y, en su caso, de los arts. 101 y/o 102 TFUE. Y el párrafo (10) define los objetivos: primero, reestablecer rápidamente las condiciones de competencia. Esto sucede cuando los compromisos solventan los problemas detectados o eliminan restricciones, salvaguardando el interés público y el bienestar de los consumidores. Segundo, persigue la eficacia administrativa pues facilita un mejor aprovechamiento de los recursos de la CNMC, reduciendo trámites y la duración del expediente.

3.2. Art. 39 RDC, desarrollo del procedimiento

En primer lugar (art. 39.1 RDC), la TC puede comenzar en cualquier momento del procedimiento sancionador antes de que la DC eleve su informe-propuesta al Consejo. Exige una propuesta de los presuntos infractores (núm. (25) CTCES, cualesquiera de ellos si son varios) que solicitan proceder por esa vía. Si la DC acepta, acordará el inicio de actuaciones tendentes a una TC, lo notificará a los interesados y suspenderá el cómputo del plazo del procedimiento sancionador.

La solicitud, conforme al núm. (26) CTCES, deberá hacerse cuanto antes y generalmente antes del pliego de concreción de hechos. Aunque el límite formal es otro, se considera que la TC es más factible -y útil- cuanto antes se presente y, en cambio, cuanto más tarde sea, menos satisfacción de los objetivos ofrece y probabilidad de aceptarse (véase núm. (11) CTCES).

Es recomendable, aunque no obligatorio, que haya comunicación con la DC antes de la presentación formal de la solicitud (véase núm. (28) CTCES). Conforme al núm. (27) CTCES, para realizar la solicitud no tienen por qué concurrir todos los presuntos infractores, pero sí debe abarcar todas las conductas de las que el solicitante sea responsable o, al menos, las que se hayan identificado en la incoación del expediente o en el pliego de concreción de hechos. Y, tal y como se indica en el núm. (29) CTCES, esta solicitud de inicio ya debe incluir las líneas generales de los compromisos que se consideran adecuados de manera justificada.

De acuerdo con el art. 39.2 RDC, la DC fijará en el acuerdo de inicio de la TC un plazo no superior a tres meses para que los interesados presenten una propuesta de

compromisos que estén dispuestos a adoptar. Este umbral se acota en la CTCES (núm. (31) a quince días hábiles para presentar una primera versión de los compromisos (salvo que ya se presentase con la solicitud de inicio), la cual se notificará a todos los interesados.

Aparecen aquí tres caminos diferentes; i) no se presentan compromisos en plazo, con lo que se entiende que desisten de la TC (art. 39.3 RDC); ii) si se consideran adecuados los compromisos presentados, se traslada la propuesta directamente al Consejo como propuesta de TC (art. 39.2 RDC); iii) si los compromisos presentados no son adecuados para restituir la situación de competencia o no satisfacen el interés público, la DC solicitará la propuesta de unos nuevos compromisos, y si no se presentan compromisos en su nuevo plazo o tampoco son aceptables, se entiende que los interesados desisten del procedimiento (art. 39.3 RDC).

Nótese la amplia discrecionalidad técnica de la DC, pues el art. 39.3 *in fine* RDC establece que los compromisos deben ser adecuados para resolver los problemas detectados a juicio de la DC. La CTCES detalla, (véase núm. (39), que la DC puede requerir a la parte que presenta los compromisos <<cuantas aclaraciones o modificaciones estime necesarias en relación con los mismos>>. Si no está conforme con los primeros compromisos (véase núm. (40), declarará motivadamente la inadecuación de la propuesta y otorgará un plazo de diez días hábiles para presentar una nueva, conforme al núm. (41) CTCES.

Cuando se tiene por desistido al presunto culpable, en todo caso, se reinicia el procedimiento sancionador y se notifica el hecho a todos los interesados.

La DC remitirá a los demás interesados la propuesta de compromisos a efectos de que puedan realizar las alegaciones que consideren necesarias. Según el núm. (36) CTCES, también se traslada la propuesta al Consejo de la CNMC, y el plazo de alegaciones es de diez días hábiles, conforme al núm. (37) CTCES. El resto de presuntos infractores pueden adherirse a los compromisos ya presentados o proponer otros propios.

El art. 39.5 RDC recoge el final del procedimiento: aceptados los compromisos por la DC, ésta eleva una propuesta de TC al Consejo <<para su adopción e incorporación a la resolución que ponga fin al procedimiento>>. En determinados casos se exige también informar de ella a la CE. Así, en el núm. (45) CTCES, se establece que la remisión de la propuesta de TC a la CE se producirá en los casos en los que el expediente se hubiese incoado también por una infracción de los arts. 101 y/o 102 TFUE. El Consejo,

recibida esa propuesta, tiene dos opciones de actuación: i) resolver el expediente sancionador por TC, estimando adecuados los compromisos presentados; ii) resolver que los compromisos no son adecuados para dar solución a los problemas o no satisfacen el interés público, tras lo que solicitará que se redacten nuevos compromisos. Nuevamente, si se presentan estos podrán ser aceptados o rechazados. Si no se presentan o se rechazan se entiende que los presuntos infractores desisten de la TC y el Consejo instará a la DC a continuar el procedimiento sancionador.

El RDC, en su art. 39.6, indica el contenido mínimo de la resolución final de la TC: identificación de las partes que quedan obligadas por los compromisos; el ámbito personal, territorial y temporal de los compromisos; su objeto y alcance y el régimen de vigilancia al que se someterán.

Por último, se tipifica el incumplimiento de la resolución de fin del procedimiento de TC como infracción muy grave, de acuerdo con el art. 62.4.c) LDC, lo que puede acarrear una multa de los arts. 67 LDC y 21 RDC, así como la apertura -cuando corresponda- de un expediente sancionador por infracción de los arts. 1 a 3 LDC. Esto tiene una gran relevancia, al ser una alternativa al procedimiento sancionador, los actos lesivos de la competencia no han sido objeto de pronunciamiento de la CNMC y esta puede desarrollar nuevamente el procedimiento sancionador hasta el final, con un pronunciamiento expreso de culpabilidad y sanción; así, en el núm. (50) CTCES se establece expresamente que la CNMC podrá abrir un nuevo procedimiento sancionador contra las mismas conductas que fueron objeto de TC. Además, por sí mismo, el incumplimiento del acuerdo es una infracción muy grave y sancionable y, se debe recordar, que supone la imposibilidad de acceder nuevamente a un proceso de TC.

La promulgación del Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril¹⁴, modifica este último apartado 7 del art. 39 RDC ampliando la potestad sancionadora de la CNMC: ahora puede abrirse un procedimiento sancionador por las conductas observadas, además de en el caso de incumplimiento de los compromisos, cuando hayan acontecido cambios

¹⁴ Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. BOE nº 101, 28.04.2021, ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2021/04/27/7/con> (En adelante RDL 7/2021, de 27 de abril).

sustanciales en los hechos en que se basó la TC o cuando la resolución se hubiera basado en información incompleta, engañosa o falsa facilitada por las partes.

3.3. Otras apreciaciones relevantes de la CT CES

En primer lugar, en el númer. (33) se aclara que acordar el inicio de una TC no garantiza que se remita una propuesta de TC al Consejo ni impide continuar el expediente sancionador si la DC termina considerando que los compromisos no son adecuados. También el númer. (17) recalca el carácter discrecional de las decisiones de inicio de la TC y aceptación de compromisos. La CT CES reitera en numerosas ocasiones que el procedimiento es potestativo para la autoridad y en ningún momento se garantiza, ni mucho menos es un derecho, para los presuntos infractores.

Por otra parte, existe una particularidad en el númer. (13): aunque se acepte la TC, se permite que la CNMC valore en la resolución la compatibilidad de las conductas analizadas con la normativa de defensa de la competencia. Esto persigue el objetivo de mantener el carácter disuasorio de la normativa y no convertir la TC en una vía de escape que sirva para que las empresas barran debajo de la alfombra sus incumplimientos, sin que nadie pueda conocerlos. No obstante, esto ha generado cierta disonancia pues, por una parte, no se está declarando acreditada la infracción formalmente, pero se califica igualmente -puede generar la opinión de que sí se está acreditando-, por otra parte, se resuelve sobre una instrucción no finalizada, con conductas y averiguaciones inexactas, haciendo que en ocasiones los compromisos no puedan ser tan adecuados o que la valoración de las conductas sea distorsionada.

También se establecen algunos criterios para la valoración por los órganos de la CNMC de la solicitud del inicio de la TC¹⁵, que sirven al presunto infractor como guía de actuación, e incluso algunos factores que determinan el rechazo¹⁶ automático.

¹⁵ Númer. (22), <<por norma general>> se acordará el inicio cuando: el solicitante de la TC haya tenido contacto previo con la DC para explorar esta posibilidad de terminación del expediente; se realice la solicitud antes de finalizar el plazo de alegaciones al pliego de concreción de hechos: se acompañe la solicitud de las líneas generales de compromisos que estaría dispuestos a presentar y su justificación.

¹⁶ Númer. (23), por aspectos sustantivos no se acordará el inicio de la TC cuando se investigue una conducta que se agota en sí misma o una infracción del 1 LDC relacionada con un cártel, cuando las conductas hayan tenido efectos irreversibles durante un periodo de tiempo significativo o hayan afectado a una parte sustancial del mercado, cuando quienes sean presuntos infractores hayan sido declarados por una autoridad de defensa de la competencia como responsables de prácticas prohibidas por conductas similares o ya hubiesen sido parte en una TC previa por prácticas similares y, por último, cuando la CNMC considere necesario que exista un pronunciamiento expreso de la infracción, o se ponga en riesgo la efectividad y disuasión de las normas de la competencia por no seguir el procedimiento sancionador.

3.4. Pronunciamientos del Tribunal Supremo

A pesar de los esfuerzos de la CMNC por detallar y aclarar el procedimiento, las dudas -o la voluntad de forzar la norma- perduraron en el tiempo e hicieron necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre ciertos aspectos en la STS 4126/2015, de 5 de octubre, que principalmente refrenda la postura de la CNMC.

Por una parte, confirma que la CNMC (y especialmente la DC) tiene una potestad discrecional respecto a la aceptación del inicio del procedimiento. Primero, recalca que los supuestos infractores no gozan de un derecho a la TC, que esta no debe iniciarse por la mera solicitud de aquellos. Sino que la autoridad es la que puede, en base a diversos factores, decidir al respecto (FJ primero). Segundo, lo anterior no implica que las decisiones puedan ser arbitrarias y se exige que estén debidamente motivadas (FJ primero). Pero se reconoce que en base a ciertas razones la DC puede decidir perfectamente que el interés público está mejor defendido con el procedimiento sancionador que con la TC, o que esta última no procede en el caso concreto porque, por ejemplo, se trata de una conducta que se agota en sí misma (FJ segundo).

Por otra parte, defiende el carácter definitivo del límite máximo para presentar la solicitud que establece el art. 39.1 RDC y la importancia del componente temporal a la hora de satisfacer los objetivos de la TC. Por ello, acepta que se rechace el inicio de la TC tras una solicitud extemporánea -posterior a la elevación del informe propuesta- y también que existen razones de peso que la autoridad de la competencia debe valorar y que pueden fundamentar, según el caso, el rechazo de la TC conforme transcurre el tiempo de la instrucción, incluso antes de que se eleve el informe-propuesta (FJ segundo). Con ello fundamenta -y respalda- lo que ya dice la CTCES: entre el pliego de concreción de hechos y el informe-propuesta se miran al detalle los requisitos de los compromisos y el interés público.

4. DIFERENCIAS CON LOS PROCEDIMIENTOS EUROPEOS

La antigua CNC ya indicó con la CTCES que el procedimiento español de TC no es una reproducción del acuerdo transaccional que existe a nivel comunitario (véase núm. (15). Aunque muestran paralelismos en muchos niveles, también hay diferencias notables que exigen remarcar la distinción entre ambos procedimientos. Conocer esas diferencias resulta de interés para valorar la efectividad del procedimiento de nuestro país y las propuestas de mejora que se van emitiendo y considerando por la doctrina y el legislador.

Esta cuestión ha sido ampliamente estudiada, como queda reflejado *infra*, y, por ello, sin necesidad de hacer un análisis detallado se van a resumir en adelante las principales diferencias observadas.

Cabe indicar que en los procesos europeos existen diferentes vías de colaboración o transacción entre la autoridad y la parte investigada o acusada. Por esto no todas las comparaciones que hace la doctrina con la TC española son directas. Este apartado se va a centrar en la “decisión de compromisos” que resulta ser el procedimiento más similar al español y que está recogido en el artículo 9 del Reglamento 1/2003 (CE) del Consejo bajo la rúbrica “compromisos”. De esta similitud se hace eco ÁLVARO MONTERO, que afirma <<la LDC ha acogido un sistema de terminación convencional que ya había sido regulado en el art. 9 del Reglamento 1/2003>>¹⁷.

4.1. Ámbito material

El procedimiento europeo se aplica únicamente a conductas de infracción de los artículos 101 y 102 TFUE, mientras que en España el ámbito se amplía cubriendo las conductas de los artículos 1, 2 y 3 LDC. Lo que añade las conductas de falseamiento de la libre competencia por actos desleales¹⁸.

4.2. Inicio del procedimiento

La CE, tras conocer que se puede estar vulnerando la competencia, realiza una investigación muy básica para constatar cuál es la conducta causante y cuáles podrían ser sus efectos. Después, la CE convoca a la parte implicada a una reunión de evaluación (previa a la incoación formal del procedimiento) para recabar información. Ya desde ese momento puede la parte presunta culpable mostrar su voluntad de iniciar un proceso negociado. Si lo hace, se inicia un análisis preliminar de la situación y la CE decide respecto a la apertura de un proceso sancionador, uno de compromiso o el sobreseimiento, dependiendo de la magnitud de la conducta, la competencia de la CE o el interés de esos procedimientos (que la resolución siente precedente). Si se decide por el proceso de compromiso, se inicia un procedimiento llamado “de consideración negociada”, que -

¹⁷ DE ALVARO MONTERO, A., <<Capítulo VI. El régimen sancionador en la Ley de Defensa de la Competencia>> en Derecho de la competencia: Estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia, Parejo Alfonso et al. (dir.), La Ley, Las Rozas (Madrid), 2008, p. 432

¹⁸ OLMEDO PERALTA, E., *Las decisiones de compromisos (commitment decisions) y la terminación convencional de los procedimientos en el Derecho de la Competencia europeo y español*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 367.

como en España- exigirá la presentación de compromisos y simplificará en gran medida los trámites.

En cuanto al momento de la solicitud de inicio ante la CE durante el proceso sancionador, debe realizarse al inicio de este y antes del envío del pliego de cargos¹⁹. Excepcionalmente, <<cuando proceda>>, también podrá aceptarse después de la emisión del pliego de cargos, pero queda claro que el significado es que después de emitir dicho pliego las probabilidades de que la CE rechace el procedimiento son mucho mayores.

Se constata, por tanto, el dinamismo del proceso a nivel comunitario y cómo el objetivo es solucionar los problemas de la competencia y tomar el camino simplificado lo más pronto posible: lo ideal es orientarse a la negociación incluso antes de empezar el procedimiento sancionador pero también se puede solicitar por la investigada con facilidad hasta la emisión del pliego de cargos -ambos tipos de investigación se consideran intercambiables- y, después de emitir el pliego, solo en algunos procedimientos en los que revista considerable interés para la CE se aceptará la terminación negociada -empleando el pliego de cargos como análisis preliminar-.

En España, en cambio, no existe un nivel tan alto de comunicación con los investigados y se sigue una estructura más rígida de procedimiento en cuanto a etapas: siempre se da la incoación del procedimiento sancionador y se realizan las primeras fases de la investigación y, después, la solicitud de inicio de la TC puede realizarse hasta el momento de elevación del informe-propuesta al Consejo, lo cual entienden algunos autores²⁰ como una mayor flexibilidad que en el proceso de la CE.

4.3. Iniciativa

En ambos procedimientos las normas especifican que para iniciar el procedimiento convencional la solicitud debe partir de la presunta infractora y, en último término, no podrá existir sin esa iniciativa suya. No obstante, también se observa en ambos cierta influencia de la autoridad.

¹⁹ Así en la Comunicación 2011/C 308/06 de la Comisión sobre buenas prácticas para el desarrollo de los procedimientos relativos a los artículos 101 y 102 del TFUE. DOUE C 308/6 de 20.10.2011. núms 121, 123 y 126.

²⁰ IRISSARY, B., <<Artículo 52. Terminación convencional>>, en Derecho español de la competencia: comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002, Odriozola (dir.), Irisarray (coord.), t. II, Bosch, Barcelona, 2008, p. 978.

Ante la CE se habla de la manifestación de la voluntad de ir al proceso negociado en la reunión previa, por lo que es de esperar que en esta misma la CE recomiende a la otra parte que haga estas manifestaciones o al menos que exista un diálogo sobre abrir aquel proceso, pero no aparece textualmente en las normas. En cambio, la legislación española sí que se indica que la DC puede dirigir una invitación a la presunta infractora para que esta presente una solicitud de inicio de TC, pero no hay un diálogo equivalente.

4.4. Solicitud de inicio

A nivel europeo, como se deduce de lo anteriormente expuesto, puede indicarse la predisposición a negociar en la reunión previa o puede haber una solicitud, o manifestación de la voluntad, posterior que inicie el proceso pero que será independiente los compromisos presentados. En España se exige que, como mínimo, la propia solicitud de inicio vaya acompañada de una definición de las líneas generales de los compromisos que la empresa investigada estaría dispuesta a llevar a cabo y se ve más positivo cuando directamente se acompaña la solicitud por una propuesta de compromisos.

4.5. Elaboración de los compromisos

La principal diferencia recae en que en España solo pueden emitirse hasta tres propuestas formales de compromisos, en una suerte de proceso de dos oportunidades más una: una primera junto con la solicitud inicial o inmediatamente después, una segunda que puede exigir la DC si no está conforme con la anterior y, tras aceptar la DC una propuesta, puede ocurrir que el Consejo solicite una tercera versión si no está de acuerdo con la Dirección. Mientras tanto en Europa el carácter negociado del proceso deriva en que pueden iterarse los compromisos en forma, casi, de diálogo entre la Comisión y la empresa sin que exista ningún mecanismo expreso de oportunidades finitas.

4.6. Vigilancia y reacción ante el incumplimiento

En la normativa europea (art. 9.2(c) del Reglamento 1/2003 (CE) del Consejo), se recoge, expresamente la posibilidad de reapertura del procedimiento cuando las empresas incumplan los compromisos acordados. En España la previsión alcanza no solo a la reapertura del procedimiento sancionador que suspendió la TC, sino que añade una nueva sanción por infracción muy grave derivada del incumplimiento.

III. EL PROCEDIMIENTO DE TC EN LA PRÁCTICA: CASO ADIDAS ESPAÑA SAU

El expediente de la TC de ADIDAS resulta ser un ejemplo muy ilustrativo de lo efectiva y atractiva que puede ser la figura tanto para la CNMC como para las empresas presuntamente infractoras. Es, además, un caso “de manual” que permite estudiar la práctica de la TC en España: resulta de provecho para la empresa por solucionar sin apenas coste económico ni de imagen la que resulta ser una situación de incumplimiento; la CNMC arregla un fallo de mercado con beneficio para todos los implicados, de forma más rápida y fácil que con un proceso sancionador e incluso, *a posteriori*, sin necesidad de invertir recursos en vigilancia; por último, en lo que respecta los afectados por la vulneración de la competencia, reciben una solución rápida y efectiva a los problemas denunciados.

1. INICIO Y CRONOLOGÍA

El expediente se desencadena por la denuncia de BCINCOPE S.L., uno de los franquiciados de ADIDAS ESPAÑA S.A.U., contra dicha compañía por supuestas conductas prohibidas por la LDC, que la denunciante identificaba como prohibición de ventas y publicidad on-line, fijación de precios de reventa y venta a pérdida. Tras la denuncia, realizada originalmente el 4 de abril de 2017, la DC inicia una información reservada para determinar de manera preliminar la existencia de circunstancias que justificasen incoar un expediente sancionador.

El 6 de abril y el 18 de julio de 2018 se realizaron varios requerimientos de información a ADIDAS y a la denunciante. Con la información obtenida, la DC acordó en 14 de enero 2019 incoar expediente sancionador por conductas prohibidas en los arts. 1 LDC y 101 TFUE. En los meses siguientes la DC realizó una amplia cantidad de requerimientos de información a clientes, distribuidores y franquiciados de ADIDAS, correspondientes con las etapas iniciales del procedimiento sancionador.

El 5 de junio de 2019, ADIDAS solicitó el inicio de actuaciones tendentes a la TC junto con la exigida primera propuesta de compromisos (art. 52 LCD). En respuesta, el 14 de junio la DC acuerda el inicio de aquellas actuaciones, acompañadas de la suspensión del plazo máximo de resolución mientras se tramita la TC (art. 39.1 RDC, y art. 37.1.g) LDC).

A fecha de 8 de julio la DC acuerda (art. 39.3 RDC) considerar los compromisos presentados por ADIDAS como no satisfactorios, al no resolver adecuadamente los efectos que habían tenido sobre la competencia las conductas identificadas. De igual manera requiere a ADIDAS para que presente nuevos compromisos en el plazo de 10 días. El plazo quedó ampliado, con fecha 22 de julio, a petición de ADIDAS y, finalmente, la nueva propuesta queda presentada el 30 de julio de 2019. Dichos compromisos no recibieron ninguna alegación en contra por parte de la demandante.

Por último, el 20 de noviembre de 2019 la DC elevó al Consejo una propuesta de TC (50.5 LDC). La Sala del Consejo de la CNMC el 19 de diciembre acordó remitir a la CE la información prevista en el 11.4 de Reglamento (CE) nº1/2003 y aprobó el 6 de febrero de 2020 la resolución que cerraba el expediente de TC.

2. LOS PROBLEMAS DE COMPETENCIA DETECTADOS, EXPOSICIÓN Y VALORACIÓN JURÍDICA DE LA CNMC

Las conductas investigadas que fundamentan los diferentes motivos de incoación del expediente se agrupan en: i) restricciones a las ventas y la publicidad *online*; ii) fijación de los precios de reventa; iii) fijación de una cláusula de no competencia postcontractual; y iv) prohibición de ventas cruzadas entre los franquiciados y/u otros suministradores o distribuidores (del sistema o red de distribución selectiva de ADIDAS)²¹.

El origen de las presuntas vulneraciones de la competencia se encuentra en los contratos de ADIDAS con sus clientes. Estos clientes son todos aquellos que adquieren

²¹ A lo largo de este apartado se va a exponer el tratamiento que hace la CNMC de las prácticas restrictivas observadas y su compatibilidad con la normativa de la competencia sin desarrollar un estudio paralelo de mayor calado. Esto se debe a que el estudio de la naturaleza y casuística de las restricciones verticales queda fuera del objeto principal de este trabajo y, en esencia, a que las conductas que se dan en este caso resultan muy comunes y no se separan de los supuestos que ya ha analizado exhaustivamente un importante sector de la doctrina. Así mismo, la propia CNMC realiza una argumentación y estudio suficientemente detallados que permiten comprender fácilmente los hechos y que no se apartan de las consideraciones plasmadas por la doctrina. Entre la abundante literatura dedicada a analizar la materia pueden destacarse los trabajos de i) ARAUJO BOYD, M., <<Prohibición de prácticas colusorias (IV): Acuerdos verticales>>, en Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España, Beneyto et al. (dir.), t. I, 2^a edición, Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, en las pp. 407-427 por la detallada caracterización y delimitación de las restricciones verticales entre las que se encuentran las observadas en este caso y ii) WIJCKMANS, F. et al, *Contratos de distribución y Derecho de la competencia: UE – España*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, libro en el que los autores despliegan un estudio en gran profundidad de todo el sistema legal que rodea a los acuerdos verticales y con un importante detalle de la aplicación del REXCAV. No hay en la actuación de la CNMC tampoco ninguna novedad digna de mención en este último aspecto.

los productos de ADIDAS para su reventa: mayoristas, distribuidores, franquiciados, minoristas... Todas las relaciones entre esas partes se instrumentan en contratos escritos con un clausulado particular y a los que se anexan los llamados Términos y Condiciones Generales de Venta (TCGV) y las Condiciones de Venta Para Internet (CVPI).

Tanto los contratos como los otros cuerpos de cláusulas han sido objeto de modificaciones consecutivas, ya fuese por voluntad de ADIDAS o para adaptarse a la evolución normativa. El principal problema que se identifica es la falta de homogeneidad entre todos los contratos que convivían en un mismo momento temporal: ni la localización de las cláusulas (cuerpo principal del contrato, TCGV o CVPI) ni su texto era igual entre las diferentes versiones, llegando al extremo de que convivían versiones de TCGV y CVPI de distintos momentos de redacción que parecían mantenerse en vigor por los contratos a los que estaban anexos. Es a raíz de esta cuestión de donde han surgido gran parte de los problemas: las diferentes redacciones, las versiones actualizadas y no de los anexos y las variadas adaptaciones a cada normativa creaban en muchos casos situaciones de vulneración de la competencia bajo la óptica de la normativa en vigor más actual.

En adelante se detallan las acciones de vulneración de la competencia y su análisis por parte de la Sala del Consejo de la CNMC (en adelante, SC).

2.1. Sobre las restricciones a las ventas y a la publicidad *online*

Se tratan conjuntamente porque se consideran restricciones a la venta o reventa (núm. 52 DRV²²). Se identifican tres tipos de cláusulas: relativas a la posibilidad de vender *online*, a las condiciones exigidas por ADIDAS para la venta *online* y las relativas a la realización de publicidad *online* mediante motores de búsqueda.

El conflicto entre los contratos es la existencia de aquellos que especifican el permiso al uso de Internet para vender o realizar publicidad bajo ciertas condiciones, mientras que otros autorizan exclusivamente a la venta en el establecimiento físico.

A) *Posibilidad de realizar ventas online*

En concreto, para el caso de la denunciante BCINCOPE, el contrato de 2012 no tenía anexados ni TCGV ni CVPI, por tanto, regía exclusivamente lo redactado en el

²² En el número mencionado se establece que << (...) ciertas restricciones sobre el uso de internet se tratan como restricciones a la venta o reventa>>.

contrato que no recogía ninguna mención a la posibilidad de realizar ventas o publicidad por Internet. Con ello se entendía implícitamente prohibida la venta por ese canal.

El modelo de contrato de franquicia de 2014 contiene una cláusula 11.1 (se toma como ejemplo de redacción en la resolución) que reza: “*El Franquiciado venderá los Productos exclusivamente en el Punto de Venta y a los consumidores finales que se presenten en el mismo, de acuerdo con lo previsto en el presente Contrato, no pudiendo vender a otros minoristas*” (el subrayado es del autor). Esta es la cláusula que desencadena la interpretación antes mencionada de que únicamente se permite la venta en el local físico.

B) Condiciones para poder realizar ventas online

Las CVPI de 2012 establecían la posibilidad de que los clientes vendiesen vía internet sometidos a proceso de autorización de ADIDAS de la URL de la página web. Las CVPI 2014 modificaron la cláusula, pero mantuvieron la exigencia de la aprobación de la URL y posteriormente las CVPI 2016, 2017 y 2018 contenían previsiones similares.

C) Publicidad online

En las CVPI de 2012 aparece la cláusula 3.3 “Marketing *online* y publicidad”, en cuya letra (e) se establece que el cliente de ADIDAS tiene que solicitar autorización a ADIDAS para realizar determinadas acciones de publicidad *online*. En las CVPI de 2014, 2016 y 2017 y modelos de contrato de 2015, 2016, 2017 y 2018 la redacción se modifica, pero se mantiene las mismas exigencias. ADIDAS apunta que en 2018 modificó las CVPI en relación con las ventas y publicidad *online*, pero se observa que no se hicieron extensivas a todos los clientes: algunos contratos mantenían redacciones anteriores.

2.2. Fijación de los precios de reventa

Sobre esta cuestión, y respecto a las cláusulas redactadas en los TCGV en materia de precios, ADIDAS explica que nunca ha establecido ese tipo de obligaciones ni condiciona los precios finales de sus clientes. Simplemente incluye en la documentación compartida con sus clientes unos precios indicativos (los PVP recomendados), como es costumbre en el sector, pero que no suponen ninguna obligación para sus clientes.

Por otra parte, se establece como posible indicativo de incumplimiento en este sentido el que ADIDAS ofrece a los clientes que no tienen un programa informático de

caja propio su programa *Retail Pro*, en el que se carga de manera directa la información de los productos, incluido el PVP establecido por ADIDAS.

Al final, tras averiguaciones de la DC, queda patente que no existe ningún incumplimiento en este sentido: por una parte, quienes no usan el programa mencionado declaran que no existe ningún impedimento de ADIDAS para fijar unos u otros precios. Para quienes lo usan, existe mucha facilidad para cambiar el PVP que viene por defecto por otro. Y, finalmente, la propia DC comprobó -por comparación de los precios en los diferentes portales de venta *online* de los clientes- que hay una disparidad patente en los precios fijados por cada cliente. Esto desestima también la acusación de la demandante de que ADIDAS imponía a sus clientes la realización de ventas a pérdida.

2.3. Cláusula de no competencia postcontractual

La DC ha identificado, al menos, tres contratos que continuaban vigentes en los que se incluía una cláusula de prohibición de competencia postcontractual. Entre ellos se encontraba el de la denunciante BCINCOPE, suscrito en 2012 para 7 años, siendo los otros dos de 2013. El contrato de la denunciante quedó sin efecto durante la investigación, por lo que solo los otros dos se mantienen para la fijación y cumplimiento de compromisos.

2.4. Prohibición de ventas cruzadas entre clientes

La investigación de la DC revela que “a través de la combinación de diversas cláusulas contractuales, se obliga a adquirir los productos exclusivamente a ADIDAS y se impide que los miembros de la red suministren a otros miembros, permitiéndoles solo la venta a destinatarios finales”. Se identifica en concreto la cláusula 14.b de los TCGV, que impone la restricción a todos los clientes en general y, para el caso concreto de los franquiciados, se incluye esta restricción en el clausulado del contrato.

A) *Prohibición de carácter general*

Tras la revisión de múltiples versiones de los TGCV se constata que desde 2012 se incluye con carácter general la cláusula que impone esta restricción. Viene a decir que solo se permite vender los productos al consumidor final de los mismos, excluyendo cualquier otra persona física o jurídica que no se pueda prever razonablemente que es consumidor final de los productos. Por tanto, queda implícito que los clientes que

distribuyen el producto de ADIDAS únicamente pueden abastecerse de ADIDAS, al no existir la posibilidad de venderse unos a otros.

B) Prohibición para los franquiciados

En este caso en los varios contratos de franquicia se establece específicamente una “obligación de suministro exclusivo y prohibición de que los franquiciados se provean de operadores diferentes del franquiciador ADIDAS”.

Son dos las cláusulas que, surgiendo en un modelo de contrato de 2014, se encuentra también reproducida en diversos contratos posteriores, o con unas previsiones equivalentes. En concreto se encuentra en contratos de 2015, 2016, 2017 y 2019. Se reproducen a continuación porque muestran claramente la existencia de las restricciones y son prueba de la infracción que más adelante se concreta.

“10.7. Para la explotación de la Franquicia en el Punto de Venta, el Franquiciado únicamente podrá servirse de los Productos que le suministre, a tal fin, el Franquiciador...” (el subrayado es del autor).

“11.1. El Franquiciado venderá los Productos exclusivamente en el Punto de Venta y a los consumidores finales que se presenten en el mismo, de acuerdo con lo previsto en el presente Contrato, no pudiendo vender a otros minoristas” (el subrayado es del autor).

2.5. Valoración bajo la normativa europea

A) Regulación aplicable y procedimiento

En su resolución, la SC no se limita a estudiar únicamente los compromisos y su validez, sino que puede -y así lo hace- pronunciarse sobre las presuntas infracciones y valorar su adecuación a la legislación de la competencia correspondiente. Aunque no debe calificarlas, la valoración ayuda a definir el contexto de los compromisos y su idoneidad. Para el caso tratado la valoración exige analizar las conductas en relación no solo a la normativa española, sino también a la europea.

En palabras de la SC, <<[a]demás, dadas las características del mercado, de la empresa implicada, ADIDAS, de la cuantía de los contratos y del ámbito de aplicación de las cláusulas objeto del expediente a todo el territorio nacional en algunos casos, las conductas son susceptibles de tener un efecto apreciable sobre el comercio interior de la Unión Europea, lo que determina la aplicación del artículo 101 del TFUE. La conducta

afecta a una parte relevante del mercado interior lo que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de los Tribunales de la Unión Europea, determinaría por sí la aplicación del artículo 101 del TFUE a las prácticas objeto de este >>²³.

La referencia al 101 TFUE se debe a que es el artículo que establece el marco regulatorio de la defensa de la competencia en la UE. En su apartado primero establece la prohibición de prácticas que vulneran la competencia, en el segundo la nulidad de las cláusulas que las crean y en su apartado tercero una exención a la aplicación de sanciones y prohibiciones que, sintéticamente, nace de que en algunas circunstancias hay acuerdos que otorgan más beneficios que perjuicios al mercado y los consumidores. Para el caso tratado serían eficiencias y mejoras en la distribución y servicio al consumidor final, gracias a haber establecido ADIDAS un sistema de distribución exclusiva a través de acuerdos verticales con sus clientes. El régimen para dichos acuerdos se recoge en el REXCAV y las DRV que explican y detallan su procedimiento.

El REXCAV establece las situaciones en las que los acuerdos verticales pueden gozar de la exención del 101.3. En su artículo 2 se establece la exención general a los acuerdos verticales que contengan restricciones verticales. También contiene casos que no pueden gozar de la exención dependiendo de los participantes, uno de los cuales puede ser aplicado a la red de ADIDAS, pero, en último término, va a tener el beneficio de la exención por el 2.4.a): acuerdos verticales no recíprocos suscritos entre empresas competidoras, en los que una es fabricante y distribuidora de bienes y las demás distribuidoras que no pueden competir en la fabricación.

El REXCAV también contiene previsiones para ciertos tipos concretos de restricciones dentro de los acuerdos que les impiden recibir una exención automática por su gravedad. Así, el art. 4, “restricciones que retiran el beneficio de la exención por categorías (restricciones especialmente graves)”, impide que se aplique la exención al acuerdo en su totalidad por culpa de cláusulas que permiten a una parte imponer o controlar el precio de reventa de las demás; el mercado (geográfico o segmento de consumidores) a los que se pueden dirigir; la restricción de ventas activas o pasivas a consumidores finales; la restricción de suministros cruzados entre los miembros del sistema de distribución; y la restricción a la hora de proporcionar recambios y piezas y comerciar con ellos. El art 5, “restricciones excluidas”, en cambio, contiene restricciones

²³ Resolución ADIDAS ..., cit., p. 20.

que no están exentas en sí mismas y quedan fuera de la aplicación del REXCAV pero que no arrastran al resto del acuerdo a ese mismo destino. Refieren a diversas situaciones relativas a cláusulas de no competencia (durante la vigencia del contrato o posterior). La aplicación de estos artículos debe estudiarse en detalle en cada caso pues contienen varias excepciones a las situaciones recogidas que sí reciben la exención.

Por tanto, la CNMC debe estudiar si es posible que el acuerdo vertical de ADIDAS con sus clientes quede exento de prohibición a nivel comunitario gracias al 101.3 TFUE. Para ello analiza si las restricciones que contiene el acuerdo son aceptadas por el REXCAV (pudiendo entonces aplicar directamente el art. 2 de exención al acuerdo) o si por el contrario algunas, por las restricciones que contienen, quedan fuera de esta protección de forma individual (art. 5) o directamente excluyen la aplicación del REXCAV (y el 101.3 TFUE) a todo el acuerdo por su especial gravedad (art. 4), sin que sea preciso, en este caso, proceder a un análisis individualizado de las previsiones contractuales.

B) Posibilidad de exención de las presuntas vulneraciones

La prohibición de vender *online* se trata como prohibición de las ventas (generalmente pasivas), por impedir acceder a un canal que da acceso a un público mucho mayor que con solo los medios tradicionales. Se observa el incumplimiento en la existencia de contratos que terminan estableciendo la venta en exclusiva en la tienda física sin posibilidad de operar por internet. A la luz de la normativa es una restricción especialmente grave del art 4.c) REXCAV -prohibición de ventas- que excluye la aplicación de la exención del art. 2 REXCAV a todo el acuerdo. Aunque se afirme que esta limitación no era la voluntad u objetivo de las cláusulas, estas habían sido redactadas y organizadas de tal modo que la provocaban efectivamente y con un riesgo considerable de afectar al comportamiento de los clientes.

Respecto a la autorización previa de la URL de cliente, y también la publicidad *online*, aunque resulta comprensible que el proveedor necesite unos mínimos de calidad en el uso de Internet por sus revendedores, si la combinación de cláusulas y sus exigencias llega hasta el punto de reservar a ADIDAS la decisión de permitir o no el uso de internet -por completo, o solo para campañas de *marketing*-, volvería a suponer una restricción de ventas sin exención del 4.c) REXCAV como en el párrafo anterior. Se ha separado

porque, según se afirma en la sentencia, no se comprueba que ejecuten las restricciones de manera efectiva o con el riesgo suficiente de provocar un perjuicio a los clientes.

Por otra parte, no se acredita la fijación de precios observada por la denunciante, debido a la facilidad para cambiar los precios por defecto de su programa *Retail Pro* así como, en general, porque no existe ninguna exigencia relativa a los precios, no se imponen como vinculantes ni se ejecuta ninguna acción contra los cambios. De esta manera, queda descartado que se incurra en el caso de una restricción especialmente grave del art. 4 a) REXCAV, sobre restricción de la facultad del comprador de establecer sus propios precios, por cualquier vía directa o indirecta.

La prohibición de ventas cruzadas entre los clientes de ADIDAS es, en efecto, una restricción especialmente grave contemplada en el 4.c) REXCAV. Los distribuidores de una red selectiva deben poder adquirir los productos contractuales de otros participantes de la red. Este caso es el más claro y directo, pues se contiene la limitación expresa en varias cláusulas, a pesar de que la defensa de ADIDAS sea que se pretendía impedir la venta a distribuidores ajenos a la red. Esta última restricción, por cierto, si se encuentra amparada por la exención del 2 REXCAV, en virtud del art. 4 b) iii) REXCAV y podría haber sido la incluida en las cláusulas de manera expresa sin mucha complicación.

Por último, la cláusula de no competencia postcontractual sería una restricción que tampoco se encontraría exenta. Aunque no se proporciona el texto original de la cláusula incluida en los contratos se menciona a lo largo de la resolución que se trata de una cláusula de no competencia postcontractual por parte del cliente contra ADIDAS, con vigencia de un año tras la extinción del contrato. Le es aplicable el art. 5 .1 b) que excluye la restricción del art. 2 para <<cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador, tras la expiración del acuerdo, fabricar, comprar, vender, o revender bienes o servicios>>. Si se diese el caso de que esta cláusula resultase <<indispensable para proteger conocimientos técnicos transferidos por el proveedor al comprador>> cumpliría con los requisitos del 5.3 y sí obtendría la exención, pero la SC lo descarta por su redacción y alcance objetivo excesivamente amplios.

En conclusión, crean problemas de vulneración de la competencia las restricciones a la posibilidad de realizar ventas y publicidad *online*, la prohibición de ventas cruzadas entre distribuidores y la prohibición de competencia postcontractual, sin que quepa exención por los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE. Las dos primeras ya provocan la exclusión de todo el acuerdo de la exención.

3. LOS COMPROMISOS PRESENTADOS

A continuación, se recogen y reproducen los segundos compromisos que presenta ADIDAS encaminados a la solución de las vulneraciones de la competencia arriba determinadas y que, aceptados por la DC, pasan a ser deliberados en la SC para poner fin al procedimiento de TC o continuar con el sancionador.

Para evitar la reiteración se apunta ya en este momento que todas las referencias a comunicaciones entre ADIDAS y sus clientes se acuerda que se someterán a la aprobación de la CNMC y que se realizarán mediante un sistema acreditado de envío que permita la trazabilidad del envío y recepción.

3.1. Comunicación proactiva del marco contractual

Este compromiso se basa en garantizar la difusión de los TCGV y CVPI en su versión más actualizada para homogeneizar el clausulado que debe considerarse anexo a cada uno de los contratos individualmente suscritos con sus clientes. A tal efecto realizará una comunicación proactiva a todos sus distribuidores y franquiciados compartiendo la versión más moderna. También se compromete a comunicarles individualmente cualquier modificación adicional de los mismos y a mantener siempre disponible la versión más actualizada a través de *Click*, la plataforma de comunicación de ADIDAS con sus clientes.

Además, con esta carta se explicará que las modificaciones de los TCGV y CVPI se realizan en el marco del expediente CNMC S/DC/0631/18 y se resumen los puntos más importantes que instrumentan los compromisos para solucionar las presuntas vulneraciones de la competencia:

- i) Que ADIDAS sí permite a sus distribuidores realizar ventas por internet - tanto en sus propias páginas web, como a través de terceros o *marketplaces*- así como realizar publicidad *online* o emplear para esta las marcas Adidas, siempre que para ambas cuestiones se cumplan las condiciones de las CVPI (en lo referente a las URL se ahondará después).
- ii) Que todos los clientes podrán realizar ventas cruzadas entre clientes de la misma categoría o red selectiva pero no podrán vender a terceros revendedores ajenos a esa red. También se aclarará el concepto de consumidor final y el proceso para su identificación.

3.2. Eliminar la cláusula de competencia postcontractual de los dos contratos de franquicia

Al quedar el contrato antiguo de la denunciante sin efecto solo persisten dos en vigor con esta cláusula. Para eliminarla ADIDAS se compromete a enviar una comunicación formal a esos dos franquiciados para informarles de que desiste de esta cláusula de no competencia.

3.3. Aclaración sobre el requisito de aprobación previa de las URL empleadas por los distribuidores

En cuanto a las direcciones web para la venta *online* de los clientes. La empresa se compromete a la modificación de la cláusula en la cual se incluye la expresión “aprobaciones”, para reemplazarla, y que quede expresada con claridad conforme a su objeto: impedir que se use el nombre Adidas o Reebok -incluso con pequeñas variaciones o incluyendo signos de puntuación-, u otras marcas del Grupo Adidas, ni imitaciones o variaciones de estas, en el dominio de nivel superior en o subdominio de las tiendas *online*. Sí en el resto de niveles de los dominios.

A este respecto hay que considerar que el objetivo de la cláusula es, meramente, que no pueda confundirse la web del cliente distribuidor o franquiciado con las propias de las empresas del Grupo ADIDAS. Así, como se expresa por parte de la denunciada y otras partes, la previsión de una aprobación previa de ADIDAS refleja una voluntad de vigilancia de que no se incumple esta cláusula. Posteriormente afirman que apenas se ha exigido en la práctica la aprobación ni ha habido represalias por no solicitarla, simplemente se ha realizado desde ADIDAS la vigilancia del cumplimiento de la cláusula. Por lo tanto, para subsanar la presunta infracción se pretende aclarar este extremo y cambiar la redacción para reflejar adecuadamente la voluntad perseguida.

4. VALORACIÓN JURÍDICA DE LOS COMPROMISOS

Al mismo tiempo que observa la adecuación de las actuaciones, vulneraciones de la competencia y los compromisos a la normativa europea de la competencia, la CNMC debe valorar si los compromisos son aceptables de acuerdo con el ordenamiento europeo y español, y si resultan satisfactorios y efectivos para resolver los problemas de competencia creados por las actuaciones prohibidas de ADIDAS.

4.1. Requisitos de la CNMC para la aplicación de la TC

El requisito legal fundamental en el art. 52 LDC es que los compromisos resuelvan los efectos sobre la competencia. La CNMC amplía en la CTCES las exigencias a que deben establecerse garantías sobre el comportamiento futuro de los supuestos infractores y mitigar o resolver los efectos perniciosos de las conductas anticompetitivas. Más concretamente exige que: i) los compromisos presentados efectivamente resuelvan de manera clara e inequívoca los problemas de competencia detectados; ii) esos compromisos puedan implementarse de manera rápida y efectiva; y iii) la vigilancia del cumplimiento y de la efectividad de los compromisos sea viable y eficaz.

De acuerdo con lo anterior, lo que la CNMC estudia es la conveniencia de la TC del procedimiento o, en otras palabras, la posibilidad de solucionar los problemas de competencia observados mediante la adopción de unos compromisos negociados.

Primero se comprueba la adecuación de los aspectos formales o cuestiones procedimentales: i) ADIDAS tuvo contacto previo con la DC para explorar la posibilidad de TC del expediente; ii) la solicitud se produjo antes de la notificación del pliego de concreción de hechos; y iii) la solicitud contenía las líneas generales de los compromisos que ADIDAS estaría dispuesta a presentar, así como la justificación de por qué se consideran adecuados y suficientes para permitir la TC.

Después se toman en consideración los aspectos sustantivos: i) las conductas observadas no se agotan en sí mismas; ii) no puede considerarse que las conductas hayan afectado a una parte significativa del mercado ni que hayan tenido efectos irreversibles; y iii) el presunto infractor no ha sido declarado responsable de una práctica prohibida por conductas similares, ni por la CNMC ni otra autoridad de defensa de la competencia.

Visto todo lo anterior se considera que se cumplen los requisitos formales y materiales identificados en la CTCES y por ello deben tomarse en consideración los beneficios de solicitar y tramitar la TC para el caso: permite un ahorro de trámites de instrucción y una rápida aplicación de medidas negociadas que terminarán solucionando satisfactoriamente las restricciones a la competencia detectadas y, además la vigilancia del cumplimiento de los compromisos y su efectividad se podrá verificar de forma viable y eficaz. La SC coincide con el criterio de la Dirección y propone, en consecuencia, la TC del procedimiento.

4.2. Verificación de que los compromisos solucionan los problemas de competencia

Se considera que las posibles distorsiones sobre la competencia derivadas de las prácticas analizadas en el expediente son resueltas de forma inmediata, clara e inequívoca por los compromisos presentados:

A) *Restricciones a las ventas y publicidad online*

La restricción sobre las ventas *online* se establecía por cláusulas de ciertos contratos que imponían la venta exclusiva en el punto de venta físico, así como la ausencia de referencias a las ventas (o publicidad) por Internet en algunos contratos antiguos. En otros casos se interpretaba la restricción a través de la exigencia de ADIDAS de autorizar la URL del portal web del cliente: aunque se previesen las ventas *online* parecía depender de su voluntad que pudiesen hacerlas. Esta misma autorización previa restringía también en algunos casos la publicidad *online* al prohibir usar la marca en motores de búsqueda.

A pesar de que, en principio, estas restricciones solo son directamente aplicables a unos clientes concretos de ADIDAS, se considera que potencialmente podrían afectar a muchos más por estar contenidas en sus CVPI, extensivas a todos los contratos.

A la hora de valorar que los compromisos correspondientes puedan resolver estos problemas se plantea que, primero, las restricciones anteriores no han tenido un efecto generalizado en el mercado y tampoco afectan a todos los clientes de ADIDAS de forma homogénea porque dependen de la amplia variedad de contratos y condiciones anexas a ellos que se encontraban en vigor. A esta teoría la apoya la información recabada por la DC, que indica que ningún operador ha manifestado haber sufrido restricciones a la comercialización *online* de productos de ADIDAS: unos no lo hacían simplemente por no ser su modelo de negocio y otros, independientemente del clausulado de sus contratos, afirman no haber sufrido ningún impedimento.

Sobre la autorización previa la propia ADIDAS ha manifestado que no han existido casos de denegación de solicitudes y que, aunque los CVPI establecen la necesaria autorización, en la práctica ningún cliente ha realizado este proceso y, simplemente, ADIDAS cada cierto tiempo hace un chequeo de las webs de sus clientes para vigilar que cumplan los requisitos y si no lo hacen se comunican con el cliente para que lo subsane, sin aplicar mayores represalias.

Con todo ello, se determina que estas restricciones no han tenido un impacto significativo en el mercado. Además, cada nueva versión de los CVPI es menos restrictiva y en la versión más moderna de 2018 se han relajado la mayoría de los requisitos para

estas actuaciones *online*: no se exige la autorización previa de las URL, bastando el cumplimiento de algunos requisitos.

No obstante lo anterior y la voluntad subyacente en los modelos de clausulado de ADIDAS, la SC opina que, aunque ADIDAS afirme que solo la versión más moderna de estas normas sea la que está en vigor, no asegurar su conocimiento por los clientes mantiene el potencial restrictivo de las versiones no actualizadas. Se observa por tanto que el compromiso de comunicar las versiones más modernas de los CVPI y TCGV y sus actualizaciones cumple satisfactoriamente con evitar el potencial restrictivo de las cláusulas desactualizadas. Al extender la aplicación de la última versión a todos los clientes se pone fin satisfactoriamente a las restricciones identificadas que partían de redacciones anacrónicas de los contratos o interpretaciones erróneas y no aclaradas.

Por su parte, afirma que la autorización de la URL seguía generando problemas de coherencia entre cláusulas, pero se soluciona con la comunicación que aclara la redacción del clausulado correspondiente a la aprobación de la URL, sustituyéndola por la verificación del cumplimiento de unos requisitos. Esto elimina toda sospecha de que ADIDAS pueda llegar a denegar unilateral y arbitrariamente el uso de una URL, o que con ello impida a sus clientes acceder a internet como canal de venta y promoción.

B) No competencia postcontractual

Por los hechos probados se determina que el impacto que ha podido tener en el mercado es muy reducido, pues solo se contiene en dos contratos en vigor desde 2013, no encontrándose en ningún contrato posterior. Por otra parte, ningún cliente, ni siquiera los que antiguamente suscribieron la cláusula, ha declarado sufrir problemas en relación con ella o que ADIDAS exigiese su cumplimiento.

El compromiso de comunicar que se deja sin efecto la cláusula, la cual tampoco ha desplegado sus efectos, soluciona satisfactoriamente el problema, que básicamente dependía de su vigencia.

C) Ventas cruzadas

Es necesario aclarar que no existe una prohibición directa o textual de la venta cruzada, sino que es el efecto de dos cláusulas: la de suministro exclusivo a través del franquiciador y la prohibición de ventas a destinatarios que no son consumidores finales.

ADIDAS declara que la voluntad de estas cláusulas -cuyo efecto se considera que puede vulnerar las normas de competencia- es evitar que se pueda vender a terceros revendedores que no pertenezcan a la red de distribución selectiva. Como solución propone una nueva redacción que aclare que es esa la voluntad de la cláusula: prohibir la venta a terceros revendedores no autorizados, lo que, a criterio de la SC, solventa eficazmente la interpretada prohibición de reventa entre clientes autorizados de la red. Por tanto, elimina el actual y potencial perjuicio a la competencia.

En el caso concreto de los franquiciados (cuyos contratos incluían una cláusula con la prohibición textual), estos indican que apenas ha tenido repercusión sobre el mercado, pues no lo han encontrado un obstáculo al comprobar que apenas hay incentivos a adquirir los productos a otro franquiciado. Según dicen, en la práctica nunca han realizado -ni habrían tenido la necesidad de hacerlo- adquisiciones a otros miembros de la red, sino que siempre compraban directamente a ADIDAS.

En conclusión, estas previsiones tampoco habrían tenido ningún efecto práctico por no afectar a ninguna conducta del cliente ni ser exigidas en ningún momento por ADIDAS. Finalmente, se considera que el compromiso planteado es satisfactorio, al modificar las cláusulas problemáticas permitiendo las ventas cruzadas se soluciona el problema detectado adecuando los contratos a la normativa aplicable.

5. RESOLUCIÓN DE LA CNMC

Como puede comprenderse por todo lo expuesto en los apartados anteriores, la Sala del Consejo de la CNMC termina por acordar la TC del expediente, declarando adecuados y vinculantes los compromisos presentados por ADIDAS ESPAÑA S.A.U. y encomienda la vigilancia de la resolución, los compromisos alcanzados y las obligaciones contraídas a la DC.

6. EJECUCIÓN DE COMPROMISOS Y VIGILANCIA DEL CUMPLIMIENTO

La propuesta de compromisos incluye una descripción más detallada del proceso de ejecución y vigilancia, así en el caso de la comunicación general, antes de esa comunicación se facilitará a la CNMC una relación de los clientes a los que Adidas remitirá la comunicación. Una vez realizada la comunicación, se remitirá a la CNMC una copia de los envíos realizados y el acuse de recibo.

Tras la resolución de final del procedimiento de TC, se establece como uno de los últimos requisitos la necesidad de establecer unos mecanismos que, *a priori*, den seguridad de que se van a ejecutar los compromisos de la manera acordada y, *a posteriori*, permitan comprobar mediante un proceso de vigilancia simple y eficaz el cumplimiento de los objetivos y si han reestablecido la competencia.

6.1. Garantías de cumplimiento acordadas para el caso

Las garantías acordadas en este caso son:

- (1) Aportar copias de las últimas versiones en vigor del contrato de franquicia, los TCGV y los CVPI, tras las modificaciones propuestas en un plazo máximo de 3 meses desde el fin del expediente.
- (2) Aportar copias de las comunicaciones enviadas a todos los clientes de la red selectiva mediante el sistema que permita la adecuada trazabilidad de envío y recepción en el plazo de 3 meses.
- (3) Aportar copia con acuse de recibo de la comunicación hecha a los dos franquiciados de cuyos contratos se elimina la cláusula de no competencia postcontractual en un mes desde la resolución del expediente.
- (4) Aportar copia de la comunicación enviada a los franquiciados por el sistema que permite la trazabilidad de envío y recepción o acuse de recibo, que informa de la modificación del contrato y el nuevo clausulado a sus clientes en el plazo de 3 meses.

6.2. Vigilancia

Al margen de las actividades de comprobación de las copias de los documentos antes mencionados como garantías del cumplimiento se entiende, aunque no se especifique en la resolución, que la DC deberá realizar las acciones de vigilancia que tradicionalmente le competen tras cierto tiempo desde la resolución. Como se ha mencionado supondrá, además, comprobar que no se vulneran los compromisos y que estos han resuelto las situaciones que dieron pie al procedimiento.

Finalmente, a partir del expediente y de las memorias de la CNMC, se averigua que la vigilancia de ADIDAS finalizó en los plazos pactados en los compromisos y sin problemas ulteriores por la plena satisfacción del objetivo de la TC que ofrecen esos compromisos. Tampoco se observa ningún tipo de incumplimiento que deba dar lugar a

un proceso sancionador y queda finalmente cerrado y archivado el expediente de TC y su correspondiente vigilancia²⁴.

7. CONCLUSIONES DEL CASO

7.1. Las limitaciones de valoración para la CNMC

Un aspecto que resulta llamativo en lo tratado hasta ahora es como, en la valoración de las conductas investigadas y las restricciones contenidas en los varios contratos de ADIDAS, la CNMC ha identificado presuntas vulneraciones de la competencia que serían objeto de castigo si se hubiese seguido un procedimiento sancionador ordinario. Al no llevarse a cabo una instrucción plenamente detallada y una calificación exacta destinada a imponer una sanción, estos pronunciamientos no son llevados más allá, pero cumplen con el objeto de mantener el carácter disuasorio del procedimiento al emitir una valoración jurídica de los incumplimientos. Así, aunque ADIDAS evite la sanción, no hace de la TC una carta blanca, pues se sigue exponiendo que su conducta era reprochable y generaba perjuicios para la competencia.

Tampoco se hace una identificación definitiva de cuáles son los preceptos vulnerados y el marco sancionador aplicable entre el art. 1 LDC y el art. 101 TFUE. Esto se debe a que la CNMC parte de la suposición de que es muy posible que haya un riesgo de afectar al mercado suficientemente grande como para que se entre al ámbito del art. 101 TFUE. No obstante, no realiza los cálculos exactos que se llevarían a cabo en un procedimiento sancionador normal²⁵ y que estudian cuidadosamente la facturación, cuota de mercado y extensión geográfica de la actividad de ADIDAS y sus clientes de la red de distribución selectiva. A pesar de ello, y dado que la normativa española ha sido actualizada hasta ser paralela a la europea, no supone una diferencia a la hora de hacer esa valoración que en último término los cálculos arrojen que debe resolverse únicamente conforme a la LDC. En todo caso el estudio sobre qué restricciones pueden encontrarse exentas de castigo y cuales no sería muy posiblemente idéntico.

7.2. Una crítica a la posición de ADIDAS

²⁴ A pesar de no ser pública la documentación específica de la vigilancia, la CNMC no incoa ningún procedimiento sancionador por incumplimiento contra ADIDAS y expone en su portal público la decisión de cerrar finalmente el expediente acabando también con la vigilancia.

²⁵ DRV, cit., pp. 19-21, núms. (86) a (95).

No se puede ignorar que, si se hubiese decidido la cuestión por la vía del procedimiento sancionador, el caso, claramente, estaba perdido para ADIDAS.

En esencia, aunque benevolentemente se pueda interpretar como un caso de omisión, puede inferirse que el complejo y confuso entramado normativo que rodea los contratos de ADIDAS resulta desde su perspectiva de un afortunado accidente: por desidia, o voluntariamente, el equipo legal de ADIDAS -que siendo la multinacional que es resulta dudoso que pueda ser tan “despistado”- encuentra que, aunque la legislación va avanzando y siendo más garantista para los clientes y hay contratos que quedan sin efecto por las nuevas leyes, los clientes que los suscriben siguen rigiendo su comportamiento por ellos. Así, el despiste de estos clientes perpetúa una situación en la que ADIDAS desplegaba un poder y control superiores a lo debido en sus relaciones y se refugian en una laguna: ADIDAS argumenta que sus contratos, TCGV y CVPI se actualizan constantemente a las nuevas normativas, pero no lo notifica de manera expresa. Así se quitan la culpa mientras, por su desconocimiento, los clientes "voluntariamente" continúan comportamientos más estrictos que los que les corresponderían.

Siendo estrictos debería considerarse esta conducta de ADIDAS, al menos, como engañosa y aprovechada de una situación que la favorece y que demuestra poca transparencia por su parte. Aun con todo, y por fortuna, en la práctica la situación no ha sido grave para los clientes que afirman no haber visto constreñida su libertad de empresa por las restricciones de los contratos y, a la vez, ADIDAS indica que ha renunciado voluntariamente a imponer o ejecutar en la práctica muchas restricciones.

Pero, al final, las normas de la competencia no pueden ver limitado su efecto a únicamente los resultados probados de las restricciones vulneradoras. Por definición y objetivo están destinadas a prevenir los comportamientos que pretenden romper las reglas del juego. Por ello el procedimiento sancionador debe ser iniciado, en primer lugar, porque existe un riesgo para la competencia en estas prácticas y debe actuarse contra él. En segundo lugar, existen mecanismos, la TC, para arreglar aquellas situaciones en las que ese riesgo potencial, afortunadamente, no ha provocado daños graves o continuados sobre la competencia del mercado. Por ello podemos definir este caso como un ejemplo de manual que fundamenta la existencia de este procedimiento y sus beneficios para los implicados. Encontramos una situación que de entrada debía ser abordada por las autoridades por ir contra las normas que rigen la competencia en el mercado. Dicha situación, sea cual sea la motivación real que la provoca (dolosa o no), muestra riesgos

para la competencia que deben ser investigados en un procedimiento sancionador. Pero viendo con las averiguaciones que no se han producido daños graves al mercado se puede aceptar una solución de menor dureza para la investigada. Con ello se cumplen algunos de los requisitos que permiten desarrollar un procedimiento de TC, el cual queda fuera de la cuestión cuando los perjuicios para la competencia han sido graves, extendidos, o procedían de conductas que se agotan en sí mismas.

7.3. Una terminación convencional modélica

Como se introducía y puede extraerse del desarrollo del caso, el expediente de ADIDAS ejemplifica a la perfección la voluntad y las ideas del legislador español cuando diseñó el actual proceso de TC. Este caso resulta ideal desde los objetivos del procedimiento y la predilección de la CNMC por su aplicación: desde la incoación del procedimiento sancionador hasta la resolución final solo dura 12 meses y 23 días (frente a la duración máxima del procedimiento sancionador de 18 meses). A esta reducida duración debe sumarse el ahorro de costes que conlleva la reducción de actuaciones de la DC y la SC y la simplificación del procedimiento: después de recabar información la DC solo debe comprobar que los compromisos presentados pueden ser adecuados, y posteriormente la CNMC decide una única vez sobre el caso. Además, el carácter negociado del procedimiento asegura que, estando satisfechas las dos partes y habiéndose acordado la TC, no será necesario dedicar al caso más recursos públicos por actuaciones jurisprudenciales que deriven del expediente.

En lo que les concierne, los clientes de ADIDAS también se ven beneficiados porque se responde a sus intereses adecuadamente y se mejora rápidamente su situación. A pesar de que manifiestan no haber sufrido perjuicios por las actuaciones prohibidas, se consiguen aclarar todas las dudas respecto a la regulación de sus contratos y eliminar el alto riesgo de perjuicios futuros, sin que cada uno de ellos deba promover un procedimiento judicial en el momento en que sí le surja un problema.

La voluntad de colaboración y cumplimiento de ADIDAS -pueda o no ser incentivada por esquivar una sanción de alto coste- se muestra también en su rápida comunicación con la CNMC y el esfuerzo por emitir unos compromisos adecuados. Aunque la empresa no está exenta de crítica, este es un comportamiento loable que facilita el desarrollo satisfactorio de la TC y permite que los ahorros de costes procesales se extiendan también a la labor de vigilancia, que se reduce casi a un simple chequeo.

En el caso ADIDAS se muestra el potencial para solucionar unos problemas de la competencia de manera eficiente para todas las partes. Permite evitar un procedimiento sancionador que podría resultar desproporcionado ofreciendo una alternativa viable para los casos que cumplen sus requisitos. Así, resulta un ejemplo ideal y contrario a otros casos en los que los presuntos infractores usan la TC como treta, proponen unos compromisos que posteriormente incumplen o, a pesar de cumplirlos, reinciden en las actividades prohibidas pasado el tiempo.

Aunque existen ciertos riesgos de abuso, debe considerarse que el propio sistema es bastante efectivo para afrontarlos: i) por una parte solo se ofrecen dos oportunidades para presentar unos compromisos adecuados, solo hasta cierto momento del procedimiento y bajo la discreción de la DC, bajo la perspectiva de que no se hayan provocado costes superiores a los beneficios de aplicar la TC. Si una empresa no pretende verdaderamente comprometerse en la TC, es muy probable que el procedimiento se desestime y se vuelva al sancionador por no valer los compromisos o porque se observa su falta de iniciativa. ii) Si tras acordar la TC se incumplen los compromisos, se aplica automáticamente un procedimiento sancionador por infracción muy grave que puede acarrear una multa superior a la del procedimiento original, además de reiniciar el procedimiento sancionador original que dio lugar a la TC; iii) se impide utilizarlo indefinidamente para esquivar las multas, pues entre sus requisitos de aplicación se encuentra el de que no se haya promovido un procedimiento anterior por las mismas o similares acciones. Es decir, si se reincide es imposible acceder a la TC.

Gracias a los anteriores mecanismos, se puede considerar que el procedimiento está defendido contra intentos de algunos infractores de explotarlo. Además, resultaría exagerado pretender que deba reformarse para responder al fenómeno de empresas que sistemáticamente incumplen las normas de la competencia de manera que se vuelve parte de su modelo de negocio, lo que puede incluir en ocasiones pretender el abuso de la TC, puesto que para esa respuesta lo que sería necesario cambiar es el procedimiento sancionador al completo.

Un último aspecto que resulta curioso se puede observar comparando la TC de ADIDAS con otras posteriores: en los últimos expedientes se ha repetido siempre la fórmula de imponer a la empresa que promueve la TC que fije la resolución en su página web. Esto podría deberse a la multitud de relaciones que las otras empresas tenían, mientras que en el caso de ADIDAS el problema era exclusivamente con los clientes de

su red de distribución exclusiva: por ello, es muy probable que la comunicación de ADIDAS a todos sus clientes cumpliese satisfactoria y equivalentemente con el objetivo de informar a todos los posibles afectados o interesados como pretende la publicación en la página web. No obstante, este proceder evita que nuevos clientes aspirantes a participar en la red de adiadas y otras empresas o consumidores finales conozcan la mala praxis que desarrollaba la empresa y que se demuestra que es propensa a realizar. En realidad, se está protegiendo mucho más su imagen que en los otros casos, lo cual no debería ocurrir.

IV. MEJORAS Y CAMBIOS EN LA TC

En este trabajo se ha partido de la configuración legal del procedimiento de TC para después estudiar su funcionamiento en la práctica, a través del expediente de ADIDAS. Como se ha expuesto *supra*, este es un caso “de manual”, en el que todo el proceso ha funcionado como era de esperar y sin obstáculos o imprevistos, lo que permite hacerse una idea de las ventajas de la TC y cómo es su aplicación, pero que pierde la interesante perspectiva de poder observar las áreas o mecanismos que o bien no funcionan como deben, o pueden mejorarse para un proceso más eficiente y efectivo. Este es el momento de abordar esas cuestiones y tratar de averiguar qué mecanismos o elementos del procedimiento podrían modificarse para mejorarlo.

1. LAS PROPUESTAS DE LA DOCTRINA

1.1. Dudas sobre el procedimiento ya abordadas

Tras la publicación de la Ley, y también en tiempos más recientes, surgían bastantes dudas en cuanto al funcionamiento práctico de la TC y los requisitos que entraban en juego.

Las más comunes apuntaban a la potestad discrecional de la CNMC para abrir el procedimiento y en qué casos podía la administración aceptar o rechazar una TC²⁶, así como a la preocupación por la indeterminación jurídica que rodeaba a los compromisos y los requisitos que debían superar para ser aceptados, llegándose a preguntar los autores si no sería mejor definir una lista cerrada de los compromisos a presentar o los requisitos y puntos que debían satisfacer²⁷.

Todos estos interrogantes fueron abordados con la CTCES (que ciertos autores después recalcan como de gran ayuda para interpretar el procedimiento²⁸), y algunos,

²⁶ ARAUJO BOYD, M., <<La terminación convencional de los procedimientos en la nueva ley de defensa de la competencia>> La ley 15/2007, de defensa de la competencia, Creus Carreras (coord.), La Ley, Las Rozas (Madrid), 2008, p.455, se llega a indicar que <<El nuevo sistema, basado en el **derecho** de la parte a proponer soluciones en el expediente>>, la negrita es nuestra.

²⁷ IRISSARY, B., << Artículo 52. Terminación convencional >>, cit., p 977 <<Se echa en falta una precisión de qué requisitos concretos serían necesarios para cumplir este test en el desarrollo reglamentario de la LDC>>.

²⁸ GUZMÁN ZAPATER, C., y FORNELL DE FRUTOS, J., La terminación convencional en la Ley 15/2007 de defensa de la competencia a la luz de la comunicación de la CNC, Working Paper IE Law School, ref. AJ8-197, 2013, p. 32 <<(con la CTCES) se ha incrementado la previsibilidad y transparencia de las actuaciones de la CNC en la utilización de esta figura, lo que se espera ayude a aumentar la seguridad jurídica de todas las partes de los expedientes sancionadores, a reducir el número de peticiones de terminación convencional rechazadas, y a evitar un uso indebido de este instrumento>>.

como la potestad discrecional y el derecho a la TC, fueron incluso abordados por el TS. La CTCES llega a hacer un gran énfasis en la imposibilidad de definir una lista de compromisos modelo, o los requisitos que deben cumplir, (más allá de la solución adecuada de los problemas detectados, proteger el interés público...) debido a la gran diversidad de casos que pueden darse, para cada uno de los cuales la TC es diferente.

1.2. Cumplimiento de los compromisos

Una curiosa idea aportada por ARAUJO BOYD²⁹ reflexionaba sobre si sería posible que los compromisos incluyesen sus propias consecuencias por incumplimiento, diferentes al régimen del art. 39.7 RDC, que a juicio de los autores podría resultar desproporcionado o inadecuado para el caso de la TC. Planteaban que esto permitiría una sanción del incumplimiento de mayor dinamismo y mejor adaptada al caso concreto.

No obstante, tras años de experiencia en el procedimiento, queda claro que la autoridad se rige por el texto de la ley y la respuesta al incumplimiento que recoge el RDC. Merece la pena mencionar como quizá, de haber adoptado ese régimen de incumplimiento *ad hoc*, habrían surgido nuevas quejas relativas a la inseguridad jurídica y al tratamiento desigual de diferentes empresas en diferentes casos de TC.

1.3. ¿Es beneficiosa para la CNMC?

Debido a que cada TC depende fuertemente de las características del caso concreto, que ninguna es igual y que se necesita un análisis detallado de la situación y la adecuación de los compromisos, hay quienes ponen en duda que se puedan cumplir los beneficios de eficiencia y ahorro de recursos, en especial, para la CNMC³⁰. Además, añaden que el objetivo principal que debe seguir (reestablecer cuanto antes las condiciones de la competencia) obliga a acelerar el proceso y, también, a una elevada exigencia de la CNMC con las empresas e internamente para cumplir los plazos.

En conjunto, los argumentos anteriores pueden sugerir una preocupación por que, conforme se van dificultando los casos tratados, cada vez sea más improbable llevar una TC a buen puerto. Así como incidir en el hecho de que puede haber casos en los que la

²⁹ ARAUJO BOYD, M., <<La terminación convencional de los procedimientos ...>>, cit., p.446

³⁰ GUZMÁN ZAPATER, C., y FORNELL DE FRUTOS, J., <<La terminación convencional ...a la luz...>> p.32: <<el tiempo y los recursos que tanto las empresas como la CNC deben dedicar a estas negociaciones es cada vez más importante, incrementándose en aquellos expedientes de mayor complejidad, en los que resulta más difícil o laborioso definir unos compromisos adecuados, proporcionados y susceptibles de ser eficazmente vigilados en su cumplimiento>>.

TC se demore más, o requiera de más recursos, que un proceso sancionador normal. Es una cuestión relevante, pero apenas abordada por otras voces de la doctrina y puede adelantarse que en las revisiones de la normativa que se han llevado a cabo (anteproyecto de una nueva LDC y RDL 7/2021, de 27 de abril) no parece que se haya determinado necesaria su solución mediante la modificación de los procedimientos.

1.4. Beneficios para las empresas

A pesar de lo positivo que ofrece, principalmente evitar una sanción, hay quien afirma que la TC puede resultar un arma de doble filo para las empresas. Por cuanto <<puede suponer el riesgo de que empresas que pueden contar con sólidos argumentos de defensa y que hayan actuado dentro de la legalidad puedan precipitarse al optar por la terminación convencional. A resultas de lo anterior, es posible que dichas empresas puedan acabar asumiendo compromisos que les resulten muy onerosos habiendo, de hecho, renunciado a la defensa>>³¹.

El anterior factor se une, por un lado, a la posibilidad de que se solicite la TC antes de conocer las infracciones de las que se les podría acusar (e incluso las acciones o hechos concretos que les darían lugar), lo que empuja a las empresas a iniciar la TC sin suficiente información y llegar a terminarla cuando podrían haber salido indemnes del proceso sancionador. Por otra parte, se recalca el posible daño reputacional para la empresa si puede entenderse que, aunque no hay declaración de ilegalidad expresa, pedir la TC es un reconocimiento implícito de la infracción por la presunta culpable. El propio autor recomienda que estos escollos sean esquivados mediante un diálogo abierto con la DC respecto al proceso de TC y la investigación.

1.5. Abuso por la autoridad de la competencia

Esta es una importante cuestión que trata OLMEDO PERALTA: pone el foco sobre la posibilidad de un abuso de las autoridades si llegan a emplear el procedimiento con fines casi regulatorios. Esto se debe a que pueden conseguir que las empresas adopten compromisos que superan el principio de proporcionalidad y que, más allá de la reparación de los incumplimientos, pueden imponer nuevas maneras de actuar de cara al futuro, lo que supone un poder regulatorio sobre las empresas y mercados que no les

³¹ CALLOL, P., MANZARBEITIA, J., JUNYENT, R., <<La terminación convencional en procedimientos sancionadores por conductas restrictivas de la competencia: una consideración práctica>> en Práctica mercantil para abogados, Sebastián Quetglas, (coord.), La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012, p.346

corresponde. Esto se ve empeorado por las dificultades para obtener un pronunciamiento jurisdiccional que afirme que se ha excedido el criterio de proporcionalidad. En definitiva, es importante prestar atención y vigilar estos abusos de la autoridad que pueden permitirle <<alcanzar objetivos de política de la competencia y de disciplina de ciertos mercados que no se podrían haber conseguido por la vía de las decisiones de prohibición>>³².

También ha sido tratado por otros autores que incluso lo han relacionado con el mismo fenómeno a nivel europeo³³ y coinciden en que puede existir una extralimitación por parte de la CNMC que a través de los compromisos pactados consigue influir en el comportamiento de las empresas y modificar sus prácticas en el mercado y, por tanto, realizar acciones prácticamente regulatorias.

1.6. Compatibilidad TC y multa

Una de las propuestas más destacadas de la doctrina recae en sumar a la TC la imposición de una multa rebajada. Los principales argumentos se basan en que esto mejoraría el poder disuasorio del procedimiento y que el interés público, en ocasiones, se protege mejor con esas sanciones que eliminándolas, por muchos compromisos que se adopten³⁴.

El fundamento de esta postura es que si bien la LDC no lo prevé expresamente, tampoco lo prohíbe³⁵ y que la supuesta incompatibilidad es resultado de la costumbre que ha construido la CNMC a la hora de aplicar la TC, al no haber incluido en ningunos compromisos una multa reducida.

³² OLMEDO PERALTA, E., <<Las decisiones de compromisos...>>, cit., p. 483.

³³ CACHAFEIRO GARCÍA, F., <<Capítulo IV: Terminación convencional de los expedientes sancionadores por la infracción del derecho de la competencia>> en La lucha contra las restricciones de la competencia: sanciones y remedios del ordenamiento español, Martín-Laborda (coord.), Comares, Albolote (Granada), 2017, p. 190 <<Según ha establecido el Tribunal de Justicia en la sentencia Alrosa, los compromisos pueden incluir obligaciones para las empresas afectadas que van más allá de los remedios de comportamiento y/o estructurales contemplados para las decisiones del (procedimiento sancionador)>>.

³⁴ CREUS CARRERAS, A., VÁZQUEZ DE PRADA BENNÁSAR, E., <<Terminaciones convencionales>> en La ley 15/2007, de defensa de la competencia: balance de su aplicación Baches Opi (coord.), La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, p. 274: “y no hay razón para no admitirla, más aún cuando la multa se constituye, en ocasiones, como un elemento necesario para garantizar el interés público, y el reciente procedimiento comunitario de transacción en casos de cártel la prevé expresamente”.

³⁵ Por todos, y evitando menciones erradas, DÍEZ ESTELLA, F., <<La terminación convencional en el derecho de la competencia, ¿Una solución adecuada a un procedimiento sancionador?>>, en icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, nº 95 mayo-agosto 2015, p.29.

En algunas ocasiones también se defiende con argumentos algo equívocos³⁶: <<nada impide que la autoridad de la competencia española —al igual que su homóloga europea— puede adoptar dos tipos de terminación convencional de los expedientes sancionadores: a) sin declaración de la infracción y con la imposición de remedios distintos de la multa; y b) con declaración de la infracción e imposición de una multa pactada con las empresas.>> Esta afirmación, que también reproducen más autores, adolece de dar un significado demasiado amplio al concepto “terminación convencional”, como una finalización negociada o pactada entre ambas partes, sin ser el mismo que tiene en nuestro ordenamiento. El significado amplio estaría englobando a dos procesos, diferentes para nuestro ordenamiento, que son el de TC y el de transacción.

Al margen de las múltiples definiciones que se den al problema, este argumento no deja de ser extraño, pues llevaría a que se impusiera una multa sin base: en teoría el procedimiento de TC supone una investigación menos detallada y termina sin declaración de infracción alguna. Por tanto, sin fundamento formal para imponer ninguna sanción monetaria. Además, la imposición de esta sanción funcionaría bajo múltiples indeterminaciones jurídicas, por ejemplo, sobre el umbral aplicable ¿el mismo que en el procedimiento sancionador? o posibles fallos de cálculo cuando los hechos y acciones no han sido analizados en profundidad. Y si estos se analizasen en detalle ¿no desaparecería el ahorro que da sentido a la TC?

También se comenta en numerosas ocasiones³⁷ que esta solución, TC y sanción, sí se ha aplicado en algunas ocasiones por el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, el cual ha alcanzado el punto de redactar unas pautas para seguir una suerte de procedimiento convencional con sanción. Se emplea esta mención para argumentar acerca de la posibilidad de que la CNMC replique esta actuación, puesto que nuestro ordenamiento no la prohíbe. El proceso de este tribunal se recuperará más adelante en relación con los procedimientos de transacción.

1.7. Pérdida del efecto disuasorio y reclamaciones de terceros.

³⁶ CACHAFEIRO GARCÍA, F., <<Capítulo IV: Terminación convencional de los expedientes sancionadores ...>>, cit., p. 198.

³⁷ Estudiado en profundidad en ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M., <<La transacción como forma de finalización del expediente sancionador en derecho de la competencia>>, En Anuario de la competencia, nº 1 de 2016, pp. 459 y 460. También en CREUS CARRERAS, A., VÁZQUEZ DE PRADA BENNÁSAR, E., <<Terminaciones convencionales>>, cit., pp. 281 y 282 y DÍEZ ESTELLA, F., <<La terminación convencional en el derecho de la competencia ...>>, cit., p. 30.

Hay autores³⁸ que ven extraño <<que pueda terminarse de manera acordada, sin pronunciarse sanción alguna, en caso de un comportamiento claramente prohibido y frente al que la ley establece un remedio que sería evitado o al menos potencialmente debilitado a través de un acuerdo. (...) En estos casos, una terminación convencional de la que resultara un alivio en la sanción, y según los casos, un potencial debilitamiento de la reclamación civil, estaría a nuestro entender fuera de los límites de lo que la Ley permite a la Comisión acordar por vía convencional>>. Se refieren -por desgracia- principalmente a los casos de cartel y las infracciones más flagrantes, para los cuales ya aclaraba la CT CES que no se puede promover una TC. Precisamente porque los perjuicios a la competencia son excesivamente altos o no puede re establecerse la competencia con un simple cambio de comportamiento se rechaza la aplicación de la TC o un procedimiento completamente negocial, siendo la única opción posible los programas de clemencia o transacción que ofrecen una rebaja de la multa a cambio de la colaboración de la empresa³⁹. Aunque hablen de un fenómeno distinto al que se trata en este trabajo, introducen una problemática de gran importancia: tal y como sucedía con la solicitud de añadir una multa rebajada a la TC, se plantea con preocupación que este proceso sirva de carta blanca a las empresas y pueda suponer más perjuicios que beneficios al interés público a la larga por fomentar comportamientos infractores en vez de disuadirlos.

Otros argumentos en esta línea exploran la posibilidad de que <<[s]i las empresas piensan que los expedientes en materia de defensa de la competencia culminan habitualmente sin sanción, es más probable que incurran en comportamientos anticompetitivos que si tienen el convencimiento de que la intervención de competencia va acompañada habitualmente de sanciones significativas>>⁴⁰. El problema viene a ser que las empresas vean siempre la TC como una vía de escape rápida y sencilla, de muy bajo coste. Ante ello es vital que la CNMC valore adecuadamente si se produce una pérdida de efecto disuasorio a largo plazo y si se compensa con la solución a corto plazo de los problemas detectados gracias a la TC. Redunda en la necesidad de motivación de la CNMC de sus resoluciones de las TC.

³⁸ ARAUJO BOYD, M., <<La terminación convencional de los procedimientos ...>>, cit., p. 448.

³⁹ ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M., <<La transacción ...>>, pp. 441 y 442

⁴⁰ CACHAFEIRO GARCÍA, F., <<Capítulo IV: Terminación convencional de los expedientes sancionadores ...>>, cit., p. 206.

OLMEDO PERALTA⁴¹ desarrolla una argumentación muy detallada sobre varios frentes de mejora que la regulación de la TC podría abordar para salvaguardar el efecto disuasorio de la actuación de la CNMC (elemento básico del sistema de defensa de la competencia) incluso cuando se instrumenta mediante procedimientos negociales como la TC u otros similares que puedan surgir. Un factor importante es la posibilidad de esquivar la declaración de culpabilidad en la comisión de acciones ilegales y otro la posibilidad de esquivar la sanción completamente. Este planteamiento bifronte choca con el típico de que la disuasión solo se obtiene con una sanción amenazante.

El propio autor estudia a fondo estas críticas: por una parte, la disuasión puede obtenerse por otros medios, como son los perjuicios reputacionales o el deber acogerse a conductas de reparación que resulten gravosas en la práctica (el gravamen de la sanción no desaparece, sino que se alcanza de otra manera). Por otra parte, la TC no es un derecho de la investigada, sino una potestad de la CNMC, con lo cual las empresas no pueden prever si se les aplicará la TC y la autoridad puede decidir según el caso y los intereses subyacentes de la investigada. Para esto último se considera necesario que las autoridades no abusen de la figura ni la apliquen en todo caso por defecto, pues entonces sí permitiría pensar en la figura como una vía de escape siempre disponible.

Pero lo fundamental para mantener la efectividad del sistema es que los infractores no se beneficien por su conducta: para esto no es solo importante que se mantengan aquellos factores disuasorios adicionales, sino sobre todo que se facilite a los particulares o terceros perjudicados por la conducta ilegal el realizar acciones para obtener una reparación. Esta es una de las principales propuestas de este autor: asegurar los mecanismos para que se puedan llevar a buen puerto las correspondientes demandas civiles de reparación una vez se termina la TC. A este respecto, recalca el autor, la actual configuración ofrece problemas porque la resolución final siempre termina sin declaración de culpabilidad ni constatación de que se hayan realizado infracciones. Con ello los particulares se ven obligados a interponer las acciones y solicitar pruebas por su cuenta, sin el apoyo que la resolución podría otorgarles. Esto es notablemente pernicioso cuando la investigación de la DC puede ofrecer conclusiones sobre que efectivamente se realizaban las conductas prohibidas, pero se descarta la constatación oficial de las mismas porque no debe haber pronunciamiento de la culpabilidad. Se proponen, como mecanismos para facilitar el éxito de estas -bien fundadas- acciones, <<la obligación de

⁴¹ OLMEDO PERALTA, E., <<Las decisiones de compromisos...>>, cit., pp. 447-476

asumir las consecuencias privadas en los propios compromisos que se aprueben, dotar de valor jurídico en el proceso de aplicación privada a las resoluciones de TC o permitir un mayor acceso de los perjudicados a los expedientes de aplicación pública de la normativa>>⁴².

Muchos autores respaldan esta posición desde hace años y se han pronunciado al respecto. El consenso, muy bien ejemplificado en la postura de OLMEDO PERALTA, recalca también esa dificultad de reclamar por falta de información, de investigación detallada, o cierta oscuridad en los documentos y actos previos a los compromisos finales⁴³. También insisten en los problemas que derivan de una investigación tenga menos profundidad que en el procedimiento sancionador, que no haya declaración expresa de ilegalidad⁴⁴ ni determinación de las infracciones concretas, o que puede llegar a considerarse que las acciones están <<referidas a casos en los que no sería evidente la comisión de una conducta prohibida>>⁴⁵ y, por tanto, que la jurisdicción este menos predispuesta a satisfacer las acciones por daños y perjuicios privados.

Se recalca que, a pesar de que existen puntos positivos como la participación de los terceros en el proceso mediante las audiencias, la rapidez con la que termina y con la que los perjudicados pueden interponer sus acciones⁴⁶, al final⁴⁷ <<las empresas o consumidores perjudicados por la infracción de las normas de competencia no disponen de una declaración de la infracción y la imputación de responsabilidad de las empresas afectadas, con carácter previo a la interposición de la demanda, por lo que su eventual reclamación presenta similares inconvenientes a los que se predicen de las *stand alone claims*, en las que no hay precedente administrativo a la actuación judicial>>.

Hay, no obstante, garantías para los terceros que los autores reconocen: más allá de que su participación se prevé expresamente en el proceso legalmente establecido, siguen vigentes los principios de derecho a la tutela judicial efectiva y la TC sigue siendo una actuación de una administración sujeta a derecho administrativo. En conjunto, se

⁴² OLMEDO PERALTA, E., <<Las decisiones de compromisos...>>, cit., p. 484.

⁴³ DÍEZ ESTELLA, F., <<La terminación convencional en el derecho de la competencia...>>, p. 23: “al no haber pliego de concreción de cargos (y similares) se evita publicar material que luego pueda ser empleado en acciones de daños”.

⁴⁴ CALLOL, P., MANZARBEITIA, J., JUNYENT, R., <<La terminación convencional... consideración práctica>>, cit., p. 356.

⁴⁵ ARAUJO BOYD, M., <<La terminación convencional de los procedimientos ...>>, cit., p. 448.

⁴⁶ CREUS CARRERAS, A., VÁZQUEZ DE PRADA BENNÁSAR, E., <<Terminaciones convencionales>>, cit., p. 287.

⁴⁷ CACHAFEIRO GARCÍA, F., <<Capítulo IV: Terminación convencional de los expedientes sancionadores ...>>, cit., p. 220.

fundamenta que los interesados disconformes con el convenio pueden impugnarlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁴⁸ cuando a su juicio el procedimiento no se haya llevado adecuadamente a cabo o no se satisfagan sus intereses o se solucione su situación -requisito de la TC-. También se pone de relieve otra forma de protección de los intereses de terceros: la posibilidad de exigir judicialmente el cumplimiento de los compromisos. Cachafeiro García⁴⁹ afirma que la respuesta a esta cuestión es positiva, aunque puede haber dificultades a la hora de solicitarlo y que se imponga finalmente el cumplimiento.

A modo de comparación se invoca el proceso de transacción en el cual, en cambio, si hay pronunciamiento expreso sobre la existencia de la infracción e, incluso, un reconocimiento por parte de la infractora. Además, finaliza más rápido y permite incluso realizar una demanda de daños <<sucesiva a la declaración administrativa de infracción (*follow-on action*)>> (la transacción como forma de finalización...) que frente al caso de la TC partirá de la aventajada base de una resolución de la CNMC que constata unas infracciones y conductas prohibidas concretas que otorgan claramente el derecho al perjudicado por ellas de solicitar el resarcimiento de sus perjuicios.

2. LAS RESPUESTAS DEL LEGISLADOR

2.1. Modificación del procedimiento de TC en el RDC

En 2021 fue promulgada una norma cuyo objeto es actualizar múltiples aspectos de nuestro ordenamiento jurídico a los cambios que se han producido en la legislación europea de muchos sectores, entre los que se encuentra el Derecho de la competencia. Para esta área en particular las modificaciones suponen simplemente la obligatoria transposición al ordenamiento español de lo que dispone en la materia la nueva Directiva ECN+⁵⁰. Dicha norma es el RDL 7/2021, de 27 de abril, que contiene en su disposición final primera, apartado 6, una modificación del art. 39 del RDC que influye en el procedimiento de TC. El único apartado que se modifica sustancialmente es el 7.

⁴⁸ BAÑO LEÓN, J.M., PASCUAL MORCILLO, A., <<Artículo 52. Terminación convencional>> en Comentario a la Ley de defensa de la competencia: y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Massaguer Fuentes et al. (dir.), 6^a edición, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 1276.

⁴⁹ CACHAFEIRO GARCÍA, F., <<Capítulo IV: Terminación convencional de los expedientes sancionadores ...>>, p. 219.

⁵⁰ Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. DOUE L 11/3 de 14.1.2019.

Esta modificación responde claramente a la voluntad de evitar que el procedimiento de TC pueda ser objeto de abuso por los presuntos infractores para esquivar sanciones con compromisos que ignorarán o tratando de engañar a la CNMC. Es una decisión necesaria pues estas conductas no hacen sino desvirtuar el objetivo básico de la TC de potenciar la eficiencia del procedimiento y el ahorro de recursos. También, por afectar a un aspecto tan básico, se comprende que se haya endurecido el castigo.

Aunque es un régimen de infracción muy similar al anterior, en general ha sido aclarado y se han ampliado los supuestos para incluir esos casos de intento de abuso y engaño a la autoridad. Así, se especifica que se puede iniciar un nuevo procedimiento sancionador por las conductas observadas (arts. 1, 2 o 3 LDC, 101 o 102 TFUE) en los casos en que: i) se incumplan los compromisos asumidos -el antiguo supuesto-; ii) cuando se hayan producido cambios sustanciales en cualquiera de los hechos en los que se hubiera basado la resolución de TC; iii) cuando la resolución se hubiera basado en información incompleta, incorrecta, engañosa o falsa facilitada por las partes.

El segundo caso implica mayor dinamismo del procedimiento para adaptarlo, mientras se realiza o tras la resolución, a la nueva situación de los implicados. Para la que la TC puede devenir inútil o dejar de satisfacer el interés público. El tercer caso es una consecuencia lógica de la mayor relevancia del deber de colaboración transparente y veraz con la autoridad de la competencia en la normativa europea -y española-: incluye aquellos casos en que se trata de engañar a la CNMC.

Además, donde ya se preveía la compatibilidad del nuevo proceso sancionador con otro específico por incumplimiento de los compromisos y las correspondientes multas (art. 67 LDC), se han mantenido estas compatibilidades pero ampliando las infracciones que dan lugar a esta acción punitiva: ahora se trata de los arts. 62.4.c) LDC (incumplimiento de la resolución, eminentemente de los compromisos adoptados) y/o 62.3.c) LDC (modificado en el mismo RD-ley 7/2021, ahora sobre obstrucción a la labor de la CNMC y especialmente por ocultar o falsear información y otras conductas afines) de la LDC.

2.2. Proyecto de Ley de modificación de la LDC

El RDL 7/2021 abría el camino hacia la modificación de la legislación de defensa de la competencia en nuestro país, pero, debido a que su motivación solo alcanzaba a la transposición de la directiva ECN+, sus cambios resultan casi anecdóticos. Es por ello

que, en el marco de aprobación de este RDL, surgieron voces en el Congreso de los Diputados que abogaban por introducir nuevos cambios de mayor calado. Así, surge el documento que actualmente está en tramitación en la cámara: el Proyecto de Ley 121/000055 de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales, y defensa de los consumidores (procedente del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril), (en adelante, el proyecto) y que toma, hasta cierto punto, el relevo del Anteproyecto de Ley de modificación de la ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia (en adelante, el anteproyecto) que fue publicado el 31 de julio de 2020. Actualmente los distintos grupos parlamentarios han realizado una serie de enmiendas para extender el alcance de las reformas en la normativa o hacer correcciones que están pendientes de ser incorporadas o no al texto definitivo del proyecto.

El anteproyecto proponía, entre otras muchas modificaciones, algunos cambios de interés para el presente trabajo y, hasta cierto grado, suponía una respuesta del legislador a aquellas preocupaciones o críticas que venía manifestando la doctrina y que se han expuesto anteriormente. Algunas enmiendas se han hecho eco de él e introducen sus ideas, aunque no todas las modificaciones que contenía. Otras se apartan de él, con propuestas de cambio diferentes. No obstante, el proyecto parece ser por el momento el único medio por el cual algunas propuestas del anteproyecto podrán hacerse realidad, quedando para un momento futuro la revisión en profundidad de la LDC que se venía buscando.

En adelante se van a presentar y explicar las modificaciones que el proyecto pretende incluir en los artículos que afectan a las resoluciones negociadas. También se explicarán los cambios destacables frente al anteproyecto cuando aparezcan.

A) Enmiendas relativas a las resoluciones negociadas

Se identifican entre aquellas enmiendas que se dirigen a modificar la LDC: enmiendas sobre el Título I. Transposición de directivas de la Unión Europea en materia de defensa de la competencia. Encontramos que las hay tanto de modificación (de los artículos preexistentes), como de adición (de nuevos artículos).

Resulta curioso encontrar que una mayoría de las enmiendas, proveniente de los grupos parlamentarios Republicano, Plural y Vasco (EAJ-PNV), solo buscan corregir la

actual dicción de la LDC para adaptarla a los cambios normativos y el reparto de competencias entre órganos estatales y autonómicos, debido a que <<[l]a referencia preferente a la CNMC desvirtúa el sistema descentralizado en el que las competencias de las autoridades autonómicas de competencia vienen de un mandato constitucional (...), no tiene sentido personificar una institución concreta en la nueva LDC, existiendo un sistema estatal de defensa de la competencia conformado por distintos organismos>>⁵¹. Así, resultan en simples sustituciones o ampliaciones de las expresiones que usa la LDC: por ejemplo, “Consejo de la Comisión de los Mercados y la Competencia” se sustituye por “el órgano de resolución de la autoridad de competencia” o “Consejo de Ministros” por “Consejo de Ministros o el Consejo de Gobierno autonómico”.

Por su parte aparecen otras enmiendas que pretenden modificaciones de mayor calado y hacer efectivas las propuestas del anteproyecto. Proceden de los grupos parlamentarios Socialista y Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común. En general reproducen casi textualmente y sin cambios sustanciales las modificaciones, o artículos nuevos en su caso, que contenía el anteproyecto.

B) Modificaciones sobre los plazos de los procedimientos

Artículo 36. Plazo máximo de los procedimientos

La nueva redacción supone la ampliación el plazo máximo de resolución del procedimiento sancionador en materia de prácticas restrictivas de los actuales 18 meses hasta 24 meses, a contar desde la fecha de incoación.

Esto no hace sino aumentar la relevancia del proceso de TC que se ha descrito y hacerlo más atractivo por los ahorros que supone. Bajo el nuevo plazo la TC de ADIDAS habría reducido a la mitad el tiempo de duración del proceso sancionador.

De la motivación de la enmienda⁵² se deduce que la ampliación del plazo es, en cierto modo, un acercamiento a la normativa comunitaria y de otros países europeos: por una parte se afirma que en la mayoría de estas jurisdicciones no hay plazo máximo, en una porción destacable existe pero es prorrogable y la española es la única excepción. Por otra parte, se plantea útil para la autoridad de la competencia debido a que la complejidad

⁵¹ Por todas, justificación de la enmienda núm 139, firmada por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)

⁵² Enmienda núm. 255, firmada por Grupo Parlamentario Socialista y Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común.

creciente de los casos tratados hace necesaria la ampliación para mejorar la persecución de ciertas infracciones.

Artículo 37. Supuestos de ampliación de los plazos y suspensión de su cómputo

Pasa a incluir en su apartado segundo, letras d) y e) respectivamente, la suspensión del plazo del procedimiento sancionador <<cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un acuerdo de terminación convencional y cuando se inicie el nuevo procedimiento de transacción>>⁵³. En la vigente LDC, la suspensión depende del apartado primero, por el que el transcurso de los plazos máximos <<se podrá suspender, mediante resolución motivada>>, requiriendo una actuación de la autoridad, cuanto menos, superflua. La propia motivación de la enmienda reconoce que <<atendiendo a su naturaleza, se considera que el inicio de las negociaciones para la terminación convencional debe producir la suspensión automática del procedimiento>>, un proceder mucho más eficiente (valor fundamental de estos procedimientos) que el potestativo.

C) Modificación del proceso, de la TC y el nuevo procedimiento de Transacción

Artículo 50. Instrucción del expediente sancionador.

Se elimina el punto 5 y se reescriben el 3 y el 4. El cambio de redacción amplía el plazo para presentar alegaciones o proponer pruebas después de las notificaciones del pliego de concreción de hechos y el plazo para formular la propuesta de resolución. Ambos pasan de quince días a un mes, dando mayores garantías a los interesados.

Se elimina el apartado 5 y su integra su texto, modificado, en el 4. Las modificaciones simplifican el proceso a nivel de decisión del consejo y exige una actuación de mayor envergadura a la DC: el informe-propuesta ahora debe incluir <<de forma motivada los hechos que se consideran probados y su exacta calificación jurídica, determinando la infracción que, en su caso, aquellos constituyan, la persona o personas responsables, la sanción que se proponga [...] y la valoración de las pruebas

⁵³ Enmienda núm. 256, firmada por Grupo Parlamentario Socialista y Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común.

practicadas...>>⁵⁴. La sanción propuesta incluirá todas aquellas apreciaciones, o reglas cumplidas, que puedan llevar a la atenuación o exención de la sanción.

Artículo 50 bis. Procedimiento de transacción.

En resumidas cuentas, resulta un proceso a medio camino entre los procedimientos convencionales europeos y nuestra TC. Sobre el mismo ámbito material (prácticas prohibidas de los artículos 1, 2 y 3 LDC, o 101 y 102 TFUE⁵⁵), pero de objeto y procedimiento totalmente diferentes a la TC, este nuevo proceso ofrece a las presuntas infractoras una reducción en la multa que se les pudiera imponer a cambio de que reconozcan su responsabilidad en el ilícito.

Para comenzar este procedimiento, las partes interesadas deben informar a la DC de su interés por iniciarla, verbalmente o por escrito y tanto antes como después de la incoación del expediente. En este extremo parece haber un acercamiento a la decisión de compromisos europea⁵⁶, que planteaba que se podía mostrar la voluntad de seguir tal procedimiento desde la reunión previa. Paralelamente, parece que ahora las empresas en las primeras fases de la investigación podrán informar a la DC de su voluntad de transaccionar, si se llega a esa situación.

Se debe recalcar como advierte textualmente que no existe un derecho a la transacción, ni siquiera cuando se indica a la DC la voluntad de transaccionar: <<Sin perjuicio de lo anterior, esta manifestación de interés no implica que las partes interesadas dispongan de un derecho a transacción en expedientes incoados por prácticas restrictivas de la competencia >> (art. 50.bis.2 *in fine*, enmienda 269 del proyecto). Esta advertencia conecta con la dicción de que el Consejo de la CNMC, a propuesta de la DC, podrá reducir el importe de la multa. Se pretende eliminar toda duda sobre la facultad discrecional de la CNMC de aplicar este procedimiento.

⁵⁴ Enmienda núm. 268, firmada por Grupo Parlamentario Socialista y Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común.

⁵⁵ El único cambio destacable en la redacción de este nuevo artículo en el proyecto frente a la del anteproyecto es ampliar el ámbito material: es aplicable a las acciones prohibidas por los arts. 1, 2, o 3 de la LDC o, añade, los arts. 101 o 102 del TFUE.

⁵⁶ Es interesante ver como la motivación de la enmienda (núm. 269) reconoce que el procedimiento <<se incluye en la normativa de competencia española atendiendo a su buen funcionamiento a nivel europeo y en otros países de nuestro entorno>>.

Las reducciones pueden alcanzar los umbrales máximos del 15% si la solicitud de transacción se presenta antes de la notificación del pliego de concreción de hechos, o solo del 10% si se presenta después de esa notificación y hasta el cierre de la instrucción.

Por otra parte, se indica la compatibilidad de esta reducción con la que pudiese derivar de un proceso de clemencia. Esto es otra similitud con la regulación europea, que prevé la compatibilidad de los programas de clemencia y transacción al ofrecer la segunda a todos los integrantes de un cartel y no solo al primero que se comunique con la CE.

Además, y de acuerdo con la postura de ciertos autores⁵⁷, es notable que se establece que, art. 50.bis.4, enmienda 269 del proyecto, <<La reducción del importe de la multa concedida a una empresa será aplicable, en el mismo porcentaje, a la multa que pudiera imponerse a sus representantes legales o a las personas integrantes de los órganos directivos que hayan intervenido en la infracción, siempre y cuando éstos queden incluidos en la solicitud de transacción presentada por la empresa>>. Así se ofrecen aún mayores incentivos para acudir a él al apelar también al interés de los particulares involucrados a quienes les interesarán aún más los beneficios de un procedimiento rápido, de menor coste reputacional y con multas reducidas.

Por otra parte, en relación con las ya estudiadas críticas de la doctrina, este nuevo proceso parte de una idea que coincide con la de aquellos que abogaban por la compatibilidad de la TC y la imposición de una multa porque así se hacía en Europa y funcionaba bien. La respuesta del legislador parece insistir en que el procedimiento de TC es diferente a los procedimientos negociados de la CE y que, si bien se puede plantear la modernización del procedimiento sancionador con la posibilidad de reducir las multas, esto debe ser al margen del procedimiento de TC. Así, por una parte, se ofrece la reducción de la sanción en general a todos los investigados en un proceso sancionador o de clemencia, sin tener que circunscribir la opción únicamente al proceso de TC. Por otra, puede erigirse como una sustitución del proceso de TC cuando este último no llegue a término: dado que durante la TC se habrá suspendido el procedimiento sancionador, a su reapertura puede presentarse la solicitud de transacción -aunque previsiblemente siempre caerá al límite del 10%, pues será normal que las TC se inicien después del pliego de concreción de hechos-.

Artículo 52. Terminación convencional.

⁵⁷ ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M., <<La transacción...>>, cit., p. 469.

Con la nueva redacción del artículo se observa la intención de actualizar el artículo: sin introducir grandes cambios en el procedimiento se busca incorporar las aclaraciones hechas por la CNMC en la CTCES y aclarar las etapas, requisitos y efectos del procedimiento. Se puede imaginar que esto pretende incidir, por la mejor comprensión del proceso, en una mayor aplicación de la TC en el futuro.

Las modificaciones afectan al apartado 1 y al 3. En el 3 el cambio hace que el límite máximo para el inicio de una TC se traslade desde la elevación del informe-propuesta al cierre de la instrucción. Aunque prácticamente se trata del mismo momento, formalmente supone un adelanto: el cierre de la instrucción, como se menciona en el 33 RDC, se produce justo antes de que la DC comience a elaborar su propuesta de resolución, una vez considera que ha reunido todas las pruebas e información pertinentes. Así mismo, y en teoría, seguirá casi inmediatamente al final del plazo de alegaciones posterior al pliego de concreción de hechos.

Una razón para el cambio en el apartado se debe a que en la actual LDC hace referencia a la elevación del informe propuesta del artículo 50.4, ahora desaparecido (como dice la enmienda núm. 271). Por lo que tiene sentido que se fije un límite concreto y comprensible, que no pueda ser manipulado por las empresas -y que mejora la dicción actual-. Pero la razón clave es el aumento de competencias, o de trabajo, para la DC en el procedimiento sancionador: su propuesta de resolución debe ser completa, incluyendo las infracciones comprobadas con especial motivación de los hechos que las fundamentan e incluso la sanción que correspondería incluyendo cualquier tipo de rebaja. Esto supone que realiza un trabajo completo que solo debe ser refrendado por el Consejo, no como el exigido por la ley actual que lo deja un poco a medias: requiere que la propuesta incluya toda la información necesaria para que el Consejo decida definitivamente sobre el caso, las infracciones y su castigo, sin estudiar todo el caso a fondo. Así, la DC ya debería tener estudiada toda posibilidad de resolución alternativa (TC) o atenuada (Transacción) para cuando redacta esta propuesta. Además, esperar hasta la elaboración de este documento puede suponer que se vacíe el objetivo de eficiencia y ahorro de recursos perseguido con la TC o, como mejor expresaba Tudor⁵⁸, << [...] una vez que se obtiene certeza sobre la existencia de la infracción queda desdibujado el efecto de satisfacción del interés público

⁵⁸ TUDOR, E., <<La transacción y terminación convencional de los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia>> en Acuerdos horizontales, mercados electrónicos: y otras cuestiones actuales de competencia y distribución, Velasco San Pedro et al. (dir), Lex Nova, Valladolid, 2014, p. 299.

que se obtiene mediante la pronta finalización del expediente que permita una rápida implementación de los remedios que pongan fin a la situación de restricción de la competencia>>.

En definitiva, el plazo para presentar la TC se ve adelantado formalmente, pero, al mismo tiempo, puede decirse que se compensa con una ampliación suficiente del plazo de alegaciones posterior al pliego de concreción de hechos (ya se ha comentado que pasaría a ser de un mes). Es difícil determinar si esto supondría, en la práctica, un plazo menor, mayor, o equivalente al actual. En todo caso es consecuente con el planteamiento de la TC y la voluntad de la CNMC vista en la CT CES: lo ideal es presentar la solicitud de inicio tras el pliego de concreción de hechos (ya informa a la empresa sobre cuáles son las cuestiones de las que se van a deducir las infracciones), ahorrando tiempo y preservando el interés público; y las nuevas competencias de la DC, que cuenta con información y potestad suficiente como para decidir con mayor rigor si la TC presenta algún beneficio a perseguir, en vista de las infracciones que debe calificar.

El cambio más importante se introduce en el primer apartado y se reduce a añadir a la actual redacción de este unas precisiones que sirven para clarificar lo que es una TC (y según la enmienda, núm. 271, diferenciarla bien de la transacción). Así, define que el Consejo de la CNMC <<podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador [...] sin necesidad de que se produzca una declaración sobre la acreditación de la infracción en dicha resolución ni, consiguientemente, se imponga una sanción>>. Estos aspectos ya se conocían y fueron explicitados en la CT CES, pero su inclusión en el apartado ayuda a comprender mejor la figura y sus efectos y pueden hacer que más empresas se decanten por esta opción, al ser más claros los beneficios que les ofrece.

2.3. ¿Respuestas o nuevas ideas?

La primera norma abordada, claramente, no es una respuesta del legislador a las preocupaciones que emanaban de la doctrina, sino el simple traslado al ordenamiento español de la normativa europea. No obstante, sí que puede llegar a suponer un cambio que satisfaga a algunos sectores de la doctrina: en esencia, se han introducido medidas más duras para evitar los abusos del procedimiento y desincentivar comportamientos oportunistas, así como cambios para dotarlo de flexibilidad y dinamismo para adaptarse a las nuevas situaciones y dar respuestas más precisas a cada caso (cuando la situación cambie repentinamente, o impidiendo que pueda ser falseada a ojos de la CNMC).

Las enmiendas que incluyen propuestas del anteproyecto, por su parte, sí pueden estar inspiradas por algunas propuestas doctrinales. En primer lugar, aclararían considerablemente la regulación del procedimiento en la LDC: mejoran la comprensión de su objetivo y beneficios y, quizá, el número de casos en que se solicite; también establecen límites temporales claros, tajantes, y que concuerdan con el espíritu de la TC.

En segundo lugar, hasta cierto grado, responden a la repetida demanda de un procedimiento intermedio que recompense una actitud más colaborativa de los investigados con una reducción de multa, pero sin eliminar esta. Aunque no es exactamente la idea de compatibilizar multa y TC, para asegurar su carácter disuasorio, sí puede ser útil para resolver casos en los que el procedimiento sancionador actual excesivo y que, por otra parte, no pueden proceder adecuadamente por la TC. Lo que es seguro es que la nueva transacción puede suponer una satisfacción de esas posiciones que buscaban algo más de flexibilidad en el procedimiento sancionador. Nuevamente tiene el potencial de facilitar la tramitación de algunos casos y mejorar la eficiencia administrativa, y da más opciones a los investigados o presuntos culpables para colaborar y mejorar su situación ante una muy posible sanción.

Recuperando la argumentación de la compatibilidad con la TC, y la flexibilidad del proceso sancionador, desde el punto de vista de una empresa la tramitación ha mejorado: una vez se abre un procedimiento sancionador contra una empresa por presuntas vulneraciones tiene sentido para esta (si se cumplen los requisitos) el intentar solucionar el problema mediante una TC y, si esta no prospera, solicitar la transacción cuando se reabre el procedimiento sancionador original. Para intentar la TC habrá tenido que abordar los comportamientos y prácticas que presuntamente vulneraban la competencia, pero sin conseguir ofrecer unos compromisos adecuados. De ahí no hay un gran salto a reconocer su culpabilidad a cambio de una reducción de la sanción, pues las presuntas infracciones estudiadas durante la TC solo van a pasar a ser calificadas formalmente en el procedimiento sancionador una vez este se retoma.

Al final, sigue sin haber una compatibilidad expresa entre los procedimientos, y no es añadir una multa en las TC que puedan requerirlo, pero se intuye que aporta flexibilidad y puede mejorar la situación de algunos investigados: ofrece una alternativa a los casos que no cumplen los requisitos de la TC o en los que es muy complicado acordar unos compromisos suficientes, pero en los que sus responsables desean colaborar. Además, aún en los casos en que se quiera emplear como segunda oportunidad tras una

TC infructuosa, la reducción de multa es menor: al ser posterior -muy probablemente- al pliego de concreción de hechos ya no se sirve tan bien al interés público ni a la eficiencia del proceso, y se habrá podido demostrar que no había una voluntad plena de transaccionar en los investigados, que se han empeñado en tratar de evitar la sanción.

V. CONCLUSIONES

A través del caso ADIDAS se ha podido estudiar un ejemplo ideal de TC en el que todas las partes han trabajado por obtener un buen resultado, con facilidad en la tramitación, en los compromisos aplicados y en la vigilancia posterior. No obstante, es conocido que el proceso no es perfecto y surgen llamadas a la acción y la reforma e, incluso, se hace necesario recalcar como la buena actuación de la empresa proviene del obvio interés de evitar un procedimiento sancionador en el que tenía asegurada la culpabilidad. Aun así, esto no quiere decir que el procedimiento no resulte útil y beneficioso, por cuanto la autoridad obtiene rápidamente la satisfacción del interés general y el restablecimiento de la competencia que buscaba.

Podría argumentarse que el caso ADIDAS parte de una situación especialmente favorable para alcanzar un resultado de TC óptimo, pero viendo los casos más recientes parece que cada vez más empresas buscan sus beneficios. Así, en 2021 hubo tres TC, cifra que no se había alcanzado en los anteriores cinco años, lo que indica que tanto las empresas como la CNMC -quien decide si abre o no la TC- consideran que puede reportar beneficios en cada vez más casos. Además, la reforma del RDC de 2021 ha buscado blindar los intereses de los perjudicados y la autoridad, permitiendo castigar los comportamientos fraudulentos de las empresas investigadas o modificar las resoluciones y compromisos cuando surja información que era desconocida.

Por su parte, actualmente la normativa adolece de haber tenido una historia confusa, especialmente para los llamados a regirse por ella. Los necesarios cambios y aclaraciones de la CTCES son evidencia de ello y aunque corresponden a la situación de un procedimiento en su infancia, nuevo para todos, no deja de añadir complejidad al marco normativo. Es más, aun encontrándose a disposición del público, el propio TS tuvo que reiterar años después cuestiones que la CTCES dejaba muy claras pero que a las empresas investigadas se les escapaban. Con todo, una década después de la CTCES ya no parece que surjan tales dudas procedimentales pero está claro que puede ser un buen momento para ajustar el funcionamiento de la TC de acuerdo con toda la experiencia acumulada y, cuanto menos, podría beneficiarse de una actualización de los preceptos que la regulan que sea más clara, directa, y evite aquellas incertidumbres.

Durante los años que lleva vigente se han estudiado diversas áreas de mejora y las principales críticas se centran, primero, en las posibilidades de abuso por parte de la

autoridad, la cual puede emplear los compromisos con las empresas para imponerles ciertos comportamientos o actuar sobre el mercado, desplegando unas facultades casi regulatorias que no tiene en modo alguno otorgadas; segundo, en la pérdida del efecto disuasorio del procedimiento sancionador, si la TC resulta funcionar como una carta siempre disponible que libre a las empresas de toda sanción; y, tercero, la dificultad de realizar reclamaciones de daños civiles por los particulares o empresas afectados por la infracción de las reglas de la competencia objeto de la TC. Las dos primeras críticas, en esencia, exigen que el procedimiento se lleve a cabo de manera correcta y cumpliendo con la normativa: la CNMC no debería imponer unos compromisos que excedan los límites de la proporcionalidad o lo necesario para solventar los problemas detectados y tampoco debe acordar el inicio de la TC en todo caso, debiendo estudiar y justificar la utilidad de promoverla en un expediente concreto y, desde luego, atenerse a los criterios que excluyen las vulneraciones de la competencia más graves, o ya irreparables, de acudir a una TC. Los cambios normativos que podrían aplicarse al respecto deberían centrarse en el control -jurisdiccional- de la actuación de la CNMC y el respeto de aquellos límites.

La más importante es la tercera crítica, que requiere todavía de una respuesta adecuada en la normativa que ayude a proteger los intereses de los perjudicados y a mantener esa vertiente, indirecta, de la disuasión. Es necesario facilitar que las reclamaciones civiles partan de una base sólida y que no haya dudas sobre la ilegalidad de las acciones por las que se reclaman daños. Sin embargo, es una cuestión delicada por cuanto la propia TC se caracteriza por finalizar el procedimiento sancionador sin declaración de culpabilidad, acreditación de la infracción ni sanción. Quizá la vía más fácil para instrumentar esto provenga de la voluntad plasmada en la CTCES de mantener el efecto disuasorio mediante la valoración de <<la compatibilidad con la normativa de competencia de las conductas analizada>>⁵⁹, llevándola un paso más allá añadiendo que las acciones no compatibles pudieron generar perjuicios efectivos a terceros que deben ser reparados por lo civil. O quizás sea necesario prescindir de que la TC sea una finalización completamente sin culpabilidad y aceptar que va a haber una exigencia de responsabilidad civil por las acciones cometidas. La CNMC debería entonces determinar las acciones que vulneraron la competencia y que podían causar daños civiles -cosa que ya sucede-, permitir que la empresa alcance la TC sin mayor mención o publicidad al respecto y dejar que los tribunales civiles sean quienes determinen si en el caso concreto

⁵⁹ CTCES núm. (13), p. 2.

de cada presunto perjudicado las acciones anticompetitivas produjeron realmente un daño. Obviamente, ello exige que ambas jurisdicciones colaboren y comparten información y si no se articula bien puede crear otros problemas de eficiencia.

Al final la CNMC debe velar por que se mantenga una adecuada situación de competencia en el mercado y ante acciones que supongan un perjuicio a esa competencia o que sean contrarias a las normas que la definen, su prioridad no son las consecuencias civiles que haya podido tener aquella vulneración. Las sanciones que impone buscan castigar el comportamiento anticompetitivo detectado y disuadir de que se repita en el futuro. La TC se ha demostrado ser una alternativa útil al procedimiento sancionador que puede satisfacer aquel objetivo de restituir la competencia en el mercado y proteger el interés general, incluyendo el de los de los perjudicados, pero estos últimos solo se protegen a futuro, poniendo fin a las conductas que les provocan daño o evitando que se repitan en el futuro, no reparando directamente los daños que ya les causaron las acciones anticompetitivas. Esto último corresponde a la jurisdicción civil y es deseable mejorar su funcionamiento para que pueda cumplirse satisfactoria y adecuadamente.

Como referencia, en el caso de ADIDAS, se recuerda, la SC identificaba que se habían producido, en efecto, ciertas acciones contrarias a la normativa de la competencia: restricciones a las ventas y publicidad, prohibición de ventas cruzadas entre distribuidores y prohibición de competencia postcontractual. Destacaba, además, en qué contratos se encontraban las cláusulas problemáticas y con ello sería fácil identificar los concretos clientes afectados. Aunque no concluya con una acreditación formal de las infracciones ni una declaración de culpabilidad, la resolución incluye claramente que estas vulneraciones de la competencia, ilegales, se produjeron. Sería lógico que a partir de esta valoración de la SC los tribunales civiles pudiesen estudiar los daños y perjuicios causados a los afectados por las acciones de ADIDAS y determinar una cuantía que esta debe pagarles. En este caso, por ejemplo, los clientes declaraban no haber sufrido nunca un perjuicio por la limitación a las ventas cruzadas, pero alguno sí podría haberse visto afectado por las cláusulas de no competencia postcontractual, con claras consecuencias económicas, o no si resulta que, entre otras posibilidades, ADIDAS nunca ejecutó esta cláusula contra sus antiguos clientes. Quizá fuese más complejo analizar los casos en que se produjeron daños por la limitación a las ventas, pero, en todo caso, un tribunal civil no tendría que extralimitarse y valorar la conducta de ADIDAS, pues la SC ya ha determinado que no era legal. No parece, en vista de lo anterior, que sea descabellado ni

mucho más complejo extender el análisis de las conductas anticompetitivas hasta la determinación necesaria para su posterior reclamación (aunque en este caso no es necesario) o, al menos, favorecer la colaboración con la jurisdicción civil para que esta, conociendo que había incumplimientos, pueda después identificar con precisión en qué casos se causó daño y la cuantía que corresponde reparar. Es más, si esto llevase a herir de muerte a la TC porque las empresas dejan de acudir a ella, no resultaría sino una evidencia de que sí existía un problema desde el inicio y que funcionaba en detrimento de la disuasión y de los intereses particulares de los agentes del mercado.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN

1. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M., <<La transacción como forma de finalización del expediente sancionador en derecho de la competencia>>, En Anuario de la competencia, nº 1 de 2016, pp. 441-475.

ARAUJO BOYD, M., <<La terminación convencional de los procedimientos en la nueva ley de defensa de la competencia>> La ley 15/2007, de defensa de la competencia, Creus Carreras (coord.), La Ley, Las Rozas (Madrid), 2008, pp. 435-456

ARAUJO BOYD, M., <<Prohibición de prácticas colusorias (IV): Acuerdos verticales>>, en Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España, Beneyto et al. (dir.), t. I, 2^a edición, Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, pp. 393-427.

BAÑO LEÓN, J.M., PASCUAL MORCILLO, A., <<Artículo 52. Terminación convencional>> en Comentario a la Ley de defensa de la competencia: y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Massaguer Fuentes et al. (dir.), 6^a edición, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 1269-1278

CACHAFEIRO GARCÍA, F., <<Capítulo IV: Terminación convencional de los expedientes sancionadores por la infracción del derecho de la competencia>> en La lucha contra las restricciones de la competencia: sanciones y remedios del ordenamiento español, Martín-Laborda (coord.), Comares, Albolote (Granada), 2017, pp. 185-221.

CALLOL, P., MANZARBEITIA, J., JUNYENT, R., <<La terminación convencional en procedimientos sancionadores por conductas restrictivas de la competencia: una consideración práctica>> en Práctica mercantil para abogados, Sebastián Quetglas, (coord.), La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012, pp. 336-347.

CREUS CARRERAS, A., VÁZQUEZ DE PRADA BENNÁSAR, E., <<Terminaciones convencionales>> en La ley 15/2007, de defensa de la competencia: balance de su aplicación Baches Opi (coord.), La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, pp 267-288.

DE ALVARO MONTERO, A., <<Capítulo VI. El régimen sancionador en la Ley de Defensa de la Competencia>> en Derecho de la competencia: estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, Parejo Alfonso et al. (dir), La ley, Las Rozas (Madrid), 2008, pp. 377-435.

DÍEZ ESTELLA, F., <<La terminación convencional en el derecho de la competencia, ¿Una solución adecuada a un procedimiento sancionador?>>, en icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, nº 95 mayo-agosto 2015, pp 13-36.

GUILLÉN CARAMÉS, J., PASCUAL MORCILLO, A., <<El procedimiento sancionador por infracciones de los arts. 1, 2, y 3 de la LDC>>, en tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España, Beneyto et al. (dir.), t. I, 2^a edición, Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, pp. 931-985

GUZMÁN ZAPATER, C., y FORNELL DE FRUTOS, J., *La terminación convencional en la Ley 15/2007 de defensa de la competencia a la luz de la comunicación de la CNC*, Working Paper IE Law School, ref. AJ8-197, 2013.

IRISSARY, B., <<Artículo 52. Terminación convencional>>, en Derecho español de la competencia: comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002, Odriozola (dir.), Irisarray (coord.), t. II, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 974-981.

OLMEDO PERALTA, E., *Las decisiones de compromisos (commitment decisions) y la terminación convencional de los procedimientos en el Derecho de la Competencia europeo y español*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

TUDOR, E., <<La transacción y terminación convencional de los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia>> en Acuerdos horizontales, mercados electrónicos: y otras cuestiones actuales de competencia y distribución, Velasco San Pedro et al. (dir), Lex Nova, Valladolid, 2014, pp. 277-308.

WIJCKMANS, F. et al, *Contratos de distribución y Derecho de la competencia: UE – España*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.

2. NORMATIVA

Comunicación de la Comisión Europea: Directrices relativas a las restricciones verticales DOUE C 130/1 de 19.5.2010.

Comunicación de la Comisión Europea sobre buenas prácticas para el desarrollo de los procedimientos relativos a los artículos 101 y 102 del TFUE. DOUE C 308/6 de 20.10.2011.

Comunicación de la Comisión Europea: Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado DOUE C 101/81 de 27 de abril de 2004.

Comunicación sobre Terminación Convencional de Expedientes Sancionadores, Comisión Nacional de la Competencia, 2011.

Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia BOE nº 134 de 05/06/2013, pp. 42191 a 42243; ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2013/06/04/3>

Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la competencia BOE nº 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872; ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/07/03/15>

Ley 52/1999 de 20 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia BOE nº 170, de 18 de julio de 1989, pp. 22747 a 22753; ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1989/07/17/16>

Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia BOE nº 50, 27 de febrero de 2008, pp. 11575 a 11604; ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2008/02/22/261>

Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. BOE nº 101, 28.04.2021; ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2021/04/27/7/con>

Reglamento (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 81 y 82 del Tratado DOUE L 1/1 de 4.01.2003

Reglamento (UE) 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión

Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas DOUE L 102/1 de 23.4.2010

Sentencia del Tribunal Supremo 4126/2015 (Sala de lo contencioso, sección 3^a), de 5 de octubre de 2015 (recurso 3250/2012)

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea DOUE C 326/47 de 26.10.2012

3. RESOLUCIONES DE LA CNMC

Resolución (de TC), expediente S/DC/0631/18 (Adidas España SAU), Consejo de la CNMC, Sala de la Competencia, 6 de febrero de 2020.

Resolución (de TC), expediente S/DC/0573/16 Servicios Odontológicos, Consejo de la CNMC, Sala de la Competencia, 9 de febrero de 2021.

Resolución de Terminación Convencional, expediente S/DC/0605/17 Amarres Puerto de Algeciras, Consejo de la CNMC, Sala de la Competencia, 23 de febrero de 2021.

Resolución de Terminación Convencional, expediente S/DC/0006/20 Maquinaria Garrido, Consejo de la CNMC, Sala de la Competencia, 14 de septiembre de 2021.