



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

EL PROCEDIMIENTO DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL EN EL MARCO DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

EL CASO MEDIAPRO/OBWAN

Autor

Adrián Sampietro Trallero

Director

Ángel Luis Monge

Facultad de Derecho / Universidad de Zaragoza

Curso 2017-2018

ÍNDICE

ÍNDICE	3
LISTADO DE ABREVIATURAS	4
I. INTRODUCCIÓN.....	5
1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO.....	5
2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA	6
3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN LA ELABORACION DEL TRABAJO.....	7
II. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA A TRAVES DEL PROCEDIMIENTO DE TERMIACIÓN CONVENCIONAL	9
III. EL PROCEDIMIENTO DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL.....	12
1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS AL ACTUAL SISTEMA DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL.	12
2. OBJETO E IMPLICACIONES.....	15
3. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN.	18
4. TRAMITACIÓN.....	21
5. COMPROMISOS.....	24
5.1 CONTENIDO DE LOS COMPROMISOS.....	24
5.2 PROCEDIMIENTO DE ACEPTACIÓN.....	24
5.3 SISTEMA DE VIGILANCIA DE LOS COMPROMISOS ACEPTADOS POR LA CNMC.	25
6. EFECTOS Y SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL.	26
7. PUBLICIDAD DE LOS ACUERDOS DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL	28
8. RECURSOS	29
IV.CASO MEDIAPRO/OBWAN	31
1. INTRODUCCIÓN	31
2. HECHOS OBJETO DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR.....	32
3. PROBLEMAS DE COMPETENCIA DETECTADOS	33
4. COMPROMISOS RELATIVOS A LA FINALIZACIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR.....	35
V. CONCLUSIONES.....	37
BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA	39
BIBLIOGRAFÍA.....	39
OTROS MATERIALES MANEJADOS	40
JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES	40
ANEXO 1.....	41

LISTADO DE ABREVIATURAS

- CE: Comisión Europea.
- CNC: Comisión Nacional de la Competencia.
- CNMC: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- LDC: Ley Defensa de la Competencia.
- OTT: Over the Top (Televisión de pago por internet)
- RD: Real Decreto.
- TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- TFG: Trabajo Final de Grado.
- TPI: Tribunal Penal Internacional.
- UE: Unión Europea.
- UEFA: Unión de Asociaciones Europeas de Fútbol.

I. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO

La aplicación del Derecho de defensa de la competencia en España se ha basado fundamentalmente en técnicas de Derecho público por parte de las autoridades administrativas o judiciales. En las últimas décadas, síntoma de acercamiento a la legislación *antitrust* de los EE.UU.¹, la normativa de la Unión Europea ha favorecido la aplicación nuevos métodos administrativos a las resoluciones de conflictos en materia de defensa de la competencia.

El interés por la participación de los sujetos privados en el Derecho de la competencia coincide con una corriente de reorientación del Derecho Público que trata de favorecer la aplicación de técnicas negociales que faciliten una mejor y más pronta terminación de los procedimientos. Los objetivos centrales que animan estos planteamientos son incrementar la efectividad del Derecho de la competencia y conseguir la satisfacción de intereses que no podrían de otro modo ser resueltos por los tribunales de justicia.

El legislador español, ante las importantes modificaciones normativas introducidas por el Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo de 16 de diciembre de 2002, desarrolló la vigente la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. En el marco del procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas, la reforma de la LDC ha supuesto la flexibilización del anterior régimen de terminación convencional como modo de finalización de los expedientes sancionadores de conductas restrictivas de la competencia, fomentándose un mayor uso de esta herramienta en comparación al uso dado durante la vigencia de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Como primera aproximación al procedimiento, hablar de terminación convencional significa, de acuerdo con la doctrina administrativista la realización de un acuerdo entre el interesado y la Administración, que tiene la consideración de acto finalizador del procedimiento administrativo dentro del que se adopta, o se fijan acuerdos con carácter vinculante². En la realidad práctica del Derecho de la Competencia, la terminación convencional se configura como una finalización atípica de los expedientes sancionadores en la que una vez cumplidas las fases del procedimiento administrativo, la autoridad competente que conozca del asunto

¹¹ DIÉZ ESTRELLA, F., Los Objetivos del Derecho Antitrust. Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia, nº224, 2003, págs. 32 a 52.

² GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las AA. PP. y PAC, Madrid 2004, p. 2167.

convierte en vinculantes los compromisos ofrecidos por el supuesto infractor si estos son considerados, a juicio de la autoridad competente, suficientes y adecuados para resolver los efectos sobre la competencia derivados de la conducta supuestamente objeto de expediente, a la vez que han de permitir que quede garantizado suficientemente el interés público.

Parece que nos encontramos ante un procedimiento con un promotor futuro teniendo en cuenta las corrientes normativas que orientan el Derecho actual, si a esto le añadimos que es un sistema ciertamente atractivo para las empresas imputadas:

- No se produce una declaración de culpabilidad.
- Se sustituye el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración por la aceptación de determinadas obligaciones.
- Reducción de gastos procesales.
- Flexibilidad del procedimiento.

Para la Administración Pública:

- Contribución a la descongestión administrativa y judicial.
- Celeridad del procedimiento y rápido restablecimiento de las condiciones de competencia.

Y para las empresas perjudicadas:

- Rápido restablecimiento de las condiciones de competencia.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA

Fenómenos como la globalización han favorecido que los ordenamientos jurídicos estén interconectados, de tal manera que los países reproducen aquellas normas que intuyen atractivas para el progreso económico y la búsqueda de una mayor eficiencia pública y privada.

En este contexto, existe un acuerdo generalizado con respecto de la importancia de la defensa de la competencia, que se ha consolidado como uno de los elementos principales de la política económica en la actualidad. Por ello a mi parecer resulta preciso disponer de un sistema que,

sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, con los instrumentos adecuados, garantice el buen funcionamiento de la competencia en el mercado³.

La introducción del procedimiento de terminación convencional como método para poner fin a situaciones que vulneran el buen funcionamiento del mercado pretende en su planeamiento teórico ser beneficioso para las empresas, para la administración y para los consumidores, por ello me parece muy interesante analizar el procedimiento desde el punto de vista teórico y práctico.

Aun tomado una posición favorable a los principios de la terminación convencional de los expedientes sancionadores en materia de defensa de la competencia, sería imprudente no realizar un análisis, desde mi humilde posición de estudiante de Derecho de la Universidad de Zaragoza, que proporcione una visión global al respecto. El procedimiento objeto de estudio parece ser una figura cada vez más atractiva para las empresas lo que hace prever un largo recorrido en nuestra legislación nacional y comunitaria.

La tendencia parece encaminada hacia el incremento de los sistemas de negociación entre la administración y las empresas, por ello es de interés más que notable saber que se un campo legislativo novedoso con un prometedor futuro.

3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN LA ELABORACION DEL TRABAJO.

La metodología seguida para la realización del trabajo, en inicio partió de la búsqueda de la normativa aplicable. Una vez dispuse de la legislación comencé la búsqueda de manuales, comentarios, así como artículos de revistas que me dieran una visión integral con el contexto adecuado.

Posteriormente, procedí a analizar las notas aclarativas que había realizado la administración encargada del procedimiento de Terminación Convencional. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en aquel momento la Comisión Nacional de la Competencia. Esta desarrolló una importante Comunicación en el año 2011 a modo de aclaración que me ha proporcionado no solo la solución a determinadas lagunas sino también la guía sobre la que trabajar con los expedientes resueltos por la CNMC.

³ En este mismo sentido la exposición de motivos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Mi objetivo ha sido primero, establecer el contexto normativo y material adecuado y finalmente desarrollar el Procedimiento de Terminación Convencional de los expedientes sancionadores en materia de defensa de la competencia.

Por último, analizo el reciente expediente de la CNMC de Terminación Convencional S/DC/0604/17: MEDIAPRO-FUTBOL

II. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA A TRAVES DEL PROCEDIMIENTO DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL

En los sistemas de economía de mercado se reconoce como uno de los principios básicos, el de libertad de empresa. Dicho principio aparece consagrado en la Constitución Española en el artículo 38 que establece «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación». A la vista de este texto interesa destacar la obligación de los poderes públicos de defender la libre competencia mediante mecanismos de mercado y procurando impedir que los agentes u operadores económicos desvirtúen el sistema mediante la realización de prácticas anticompetitivas⁴.

En el ámbito de la Unión Europea la libre competencia se ha configurado como un instrumento esencial para el logro de los objetivos de libre mercado del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Por eso el mencionado tratado impone tanto a la Instituciones comunitarias como a los Estados miembros la obligación de salvaguardar la libertad de competencia y que esta no se vea restringida o falseada para el que será necesario desarrollar políticas activas de defensa de la competencia⁵, entendida como el mejor medio para lograr que los operadores económicos utilicen de modo eficiente sus recursos productivos, reduzcan progresivamente sus costes para conseguir mayores cuotas de mercado e inventen nuevos productos para captar clientes.

En este marco se desarrolla el Derecho de la Competencia, que supone la intervención del Estado en el ámbito de las relaciones privadas en defensa de un interés general consistente en que el mercado funcione con el fin de preservar la libertad de competencia y limitando su intervención⁶.

Tanto en el Derecho español como en el de los países de la UE está prevista la intervención de la jurisdicción ordinaria para declarar la nulidad de decisiones y acuerdos contrarios a la competencia, así como otorgar indemnizaciones de daños y perjuicios a los afectados por la realización de prácticas restrictivas de la competencia, a esto se refiere el artículo 7 del Código

⁴ Sentencia 88/1086, de 1 de julio de 1986, del Tribunal Constitucional.

⁵ TFUE. Arts. 101 y 102.

⁶ Exposición de motivos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Civil cuando dice «La Ley no ampara el abuso del Derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un Derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

Pese a ello, la UE ha incrementado las potestades administrativas de la defensa de la competencia a través de autoridades públicas que no sólo investigan, sino que también declaran la existencia de cárteles y abusos de posición de dominio e imponen sanciones a los responsables⁷. A los tribunales se les atribuye el control de la legalidad de esas decisiones y la resolución de cuestiones entre particulares, fundamentalmente acciones por daños normalmente sobre la base de decisiones administrativas previas.

En este contexto me parece trascendental la articulación de mecanismos administrativos ágiles como la Terminación Convencional, por las razones que expondré a lo largo del trabajo.

Antes de comenzar con el análisis del procedimiento me parece de vital importancia analizar la legalidad del procedimiento de Terminación Convencional de los expedientes sancionadores en materia de defensa de la competencia, ya que de otro modo no tendría sentido que el legislador establezca dicho procedimiento y la cuestión objeto de análisis no tendría sentido.

No cabe duda de que en el Derecho público son admisibles los contratos sobre el ejercicio de determinadas potestades administras⁸ pues el TC ha admitido con naturalidad que la aceptación de la conducta típica del contribuyente puede determinar una rebaja automática de la sanción tributaria. Pero el artículo 52 de LDC propone un procedimiento de Terminación Convencional en la que la administración puede disponer, como alternativa a la sanción, del compromiso de los interesados de obligarse a poner término a las conductas colusorias y en determinados supuestos incluso indemnizar a los competidores afectados como forma de finalización del expediente sancionador.

La LDC prevé por un lado como supuestos de hecho del convenio, la existencia de acuerdos o prácticas colusorias y por otro, que los compromisos aceptados por las empresas deban ser

⁷ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

⁸ Sentencia 76/1990, de 26 de abril del Tribunal Constitucional.

suficientes para poner término a la situación anticompetitiva y no afecten al interés público⁹. Además, resulta clara la compatibilidad con el artículo 25.1 CE¹⁰, puesto que es un desarrollo normativo legítimamente aplicable por el legislador para resolver determinadas conductas típicas que pueden sustituirse por un acuerdo, sin necesidad de imposición de sanciones.

Diversos autores se han pronunciado a favor de la legalidad del procedimiento, como José María Baño León cuando dice «Al fin y al cabo si el Derecho penal admite también el pacto, en las llamadas sentencias de conformidad, no tiene ningún sentido negar la posibilidad de pactos en el seno del procedimiento administrativo sancionador, pues el Derecho sancionador es un instrumento más de la política de defensa de la competencia».

⁹ BAÑO LEÓN, J.M., - PASCUAL MARCILLO, A. “Comentario de la Ley de Defensa de la Competencia” (Dir. MASSAGUER FUENTES JOSE, GUTIÉRREZ ALFONSO, FOLGUERA CRESPO JAIME, SALA ARQUER JOSE MANUEL) Ed: Civitas. Quinta Edición Año 2017. Pág. 625.

¹⁰Artículo 25.1 CE: Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

III. EL PROCEDIMIENTO DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL.

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS AL ACTUAL SISTEMA DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL.

El procedimiento de terminación convencional aparece regulado por primera vez en el ordenamiento jurídico español dentro del marco general establecido por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹¹, en el artículo 88, como un procedimiento excepcional de terminación de los procedimientos administrativos¹². La normativa española contempla varios ejemplos de convenios en materia sancionadora, cuyo desarrollo normativo se ha limitado a actos de adhesión del particular a una propuesta de sanción que supone la reducción de la multa impuesta¹³. El marco general de la derogada Ley 30/1992 se estableció como guía sobre la que se debía desarrollar la normativa específica de los procedimientos de terminación convencional administrativos, entre ellos el procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia.

No fue hasta la entrada en vigor de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, cuando el legislador introdujo la posibilidad de terminación convencional de los procedimientos sancionadores de conductas anticompetitivas, con la finalidad de establecer el carácter especial del procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia sobre el general de la ley 30/1992 y de lograr una mayor eficacia de los órganos de defensa de la competencia¹⁴.

¹¹ Derogada por Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

¹² Artículo 88 Ley 30/1992

1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.

2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial.

¹³ Expedientes sancionadores en materia Tributaria o infracciones en materia de tráfico.

¹⁴ Ley 52/1999, de 28 de diciembre. Exposición de motivos. En cuanto al procedimiento sancionador, se introducen reformas concretas, tendentes a lograr una mayor eficacia de los órganos de defensa de la competencia. Se establece el carácter especial del procedimiento de aplicación de la normativa de defensa de la competencia y, en concreto, del procedimiento sancionador previsto en la misma. Las normas sobre procedimiento administrativo, contenidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sólo serán de aplicación con carácter supletorio.

Los requisitos previstos en la Ley 52/1999, a la hora de aplicar la terminación convencional resultaron en la práctica complejos y difíciles de aplicar. Se permitía la participación de distintos interesados, unos como imputados y otros como afectados supeditando obligatoriamente la aplicación de la terminación convencional al acuerdo con la administración y de todos los declarados por ella interesados en el asunto, en la práctica el mayor inconveniente a un procedimiento ya de por sí poco atractivo para la parte imputada por supuestas prácticas colusorias. Los afectados disponían de la capacidad de veto de los compromisos propuestos, quienes más que defender el interés público defendían sus propios intereses, impidiendo en algunos casos, el inicio de la terminación convencional y en otros de manera formal y expresa que esta llegara a su término una vez iniciado el procedimiento¹⁵.

Asimismo, la Ley 16/1989 establecía un límite temporal para poder aplicar la terminación convencional, que abarcaba cualquier momento del procedimiento antes de la notificación del pliego de concreción de hechos, es decir, antes de que la administración competente hubiera delimitado formalmente cuáles eran las conductas investigadas y su correspondiente calificación jurídica. Las empresas, sin conocer los hechos delictivos debían realizar propuestas suficientes que restauraran las condiciones de competencia, difícil para las empresas imputadas restaurar una situación que no había sido formalmente delimitada ni imputada.

Dos órganos eran los responsables del procedimiento, por un lado, el Servicio de Defensa de la Competencia y por otro el Tribunal de Defensa de la Competencia¹⁶. La potestad para adoptar el acuerdo de terminación convencional del expediente correspondía al Servicio de Defensa de la Competencia, sin que mediara intervención alguna del Tribunal de Defensa de la Competencia que, a pesar de ello, era el órgano competente para resolver sobre el incumplimiento del acuerdo, recursos y la adopción de multas coercitivas con el fin de hacer cumplir los términos del acuerdo. Es decir, dos órganos independientes debían conocer del proceso, asunto que en principio no tenía porque ser perjudicial si los dos órganos hubieran trabajado de forma sincronizada y eficiente. En cambio el tiempo entre el inicio del expediente y final del procedimiento en ocasiones dilató los plazos en exceso e impidió la finalización del expediente sancionador¹⁷.

¹⁵ Resolución de 10 de marzo de 2004, expediente 570/03, CERCASA, en la que se dice como por Providencia de 5 de mayo de 2003, el Servicio acordó el abandono de la vía de terminación convencional a consecuencia de las alegaciones en contra de la denunciante Cervezas Anaga, S.A.

¹⁶ Órganos precursores de la CNC, actual CNMC.

¹⁷ Resolución incidente de cumplimiento de acuerdo terminación convencional, de 24 de junio de 2008, expediente 630/07, DAMA/SGAE.

Es una realidad que los requisitos establecidos en la Ley 16/1989 y, sobre todo, la dificultad que implicaba la obligación de poner de acuerdo a denunciantes, denunciados y al Servicio de Defensa de la Competencia, fue responsable del escaso éxito de este instrumento. Así, durante los casi siete años de vigencia del sistema de terminación convencional previsto en la Ley 16/1989, sólo se culminaron tres Acuerdos de Terminación Convencional¹⁸ en los que el Servicio de Defensa de la Competencia se limitó a una posición de intermediario entre las partes, manteniendo contactos con las empresas implicadas para asegurar el acuerdo de todas.

El Ministerio de Economía y Hacienda señaló en el Libro Blanco para la reforma del sistema español de Defensa de la Competencia como “desalentador” el procedimiento de terminación convencional de expedientes sancionadores de la Ley 16/1989 y los achacó a la rigidez del procedimiento, y más concretamente a “la exigencia de que se produzca solo en primera fase, antes del Pliego de Concreción de Hechos, y la obligación de contar con el acuerdo de todas las partes, incluyendo a los denunciantes”.¹⁹

El 1 de mayo de 2004 entró en vigor el Reglamento 1/2003, (CE) del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE, en cuyo artículo 9 se establece la posibilidad de que las empresas puedan proponer compromisos a la Comisión Europea en el curso de un procedimiento sancionador, salvo cuando esta se disponga a imponer una sanción, pudiendo convertir los compromisos en obligatorios para las empresas afectadas mediante decisión, sin que en dicha decisión la CE deba pronunciarse sobre si se ha producido o existe infracción de los artículos del Tratado relativos a defensa de la competencia.

Consecuencia por un lado de las dificultades y escasos éxitos de la aplicación práctica del procedimiento de terminación convencional de acuerdo con la Ley 16/1989, y por otro lado la necesidad de incorporar a nuestro Derecho nacional el Reglamento comunitario, el legislador desarrolló la nueva y vigente Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

La nueva ley se configuró con el objetivo de una mayor aplicación práctica²⁰, además creó la autoridad nacional en materia de defensa de la competencia, la Comisión Nacional de la

¹⁸ Expedientes: 2457/03 SISTEMAS DE PAGO; 2458/03 ASEMPRE/CORREOS y 2398/02 DAMA/SGAE.

¹⁹ Libro Blanco para la reforma del sistema español de Defensa de la Competencia, Publicaciones del Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid 20 de enero de 2005.

²⁰ Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Exposición de motivos. Cabe señalar la flexibilización del régimen de terminación convencional, centrado en la propuesta de compromisos por parte del presunto infractor, la negociación con la Dirección de Investigación y la elevación al Consejo de una propuesta de resolución, siempre

Competencia²¹, sustituida por la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, unión de los dos organismos preexistentes, el Tribunal de defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. La creación de la CNMC en el año 2013 supuso que los órganos encargados del procedimiento de terminación convencional fueran renombrados como la Dirección de competencia y el Consejo de la CNMC.

Los cambios normativos introducidos por la Ley 15/2007, fueron calificados como “flexibilizadores”²² por gran parte de la doctrina como consecuencia del mayor uso del procedimiento de terminación convencional, obteniéndose un notable éxito en el sentido que durante los primeros cinco años de vigencia de la Ley 15/2007 el Consejo de la CNC resolvió 20 expedientes sancionadores mediante terminación convencional.

2. OBJETO E IMPLICACIONES

Con la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, en septiembre de 2007, y la extensión de la aplicación de la terminación convencional de los expedientes sancionadores en materia de defensa de la competencia, hubo cierta confusión entre la comunidad jurídica sobre cuál era el alcance y objeto de la terminación convencional. En este contexto, a partir de 2009 se produjo un incremento muy significativo de las solicitudes formales e informales de inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional de los expedientes sancionadores que estaba instruyendo la CNC.

Los sujetos infractores comenzaron a ver el procedimiento de terminación convencional como una vía para eludir la imposición de multas o para dilatar el procedimiento, a la que cualquier presunto infractor tenía Derecho con independencia de las circunstancias del caso. La CNC, en aquel momento como órgano responsable, delimitó de forma más clara el objeto y alcance de la terminación convencional a través de la Comunicación sobre la terminación convencional de 2011. De este modo, la CNC fijó definitivamente la terminación convencional como una forma atípica de finalizar los procedimientos sancionadores, cuyo ámbito de aplicación son los

antes del informe-propuesta, que podrá ser adoptada sin necesidad de contar con el acuerdo del resto de interesados del expediente. En cuanto a las medidas cautelares, la Ley flexibiliza y agiliza el sistema para su acuerdo, en cualquier momento del procedimiento y sin plazo máximo de duración.

²¹ Disposición adicional sexta. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

²² GUZMAN ZAPATER, C. y FORNELLS 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. 3 de diciembre de 2013. Working Paper IE Law.

expedientes sancionadores incoados por infracción de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, excluyendo a los incoados por infracción de otros preceptos de dicha norma²³.

En la medida que la forma normal de finalización de los expedientes sancionadores debe consistir en un pronunciamiento sobre la acreditación o no de una infracción de la norma y, en su caso, la imposición de la correspondiente sanción, la CNMC ha señalado que obtener la terminación convencional de un expediente sancionador sólo debe ser posible cuando se cumplen los criterios legales y se alcanzan los objetivos perseguidos por la autoridad de competencia.

La finalidad que pretende alcanzar la autoridad de competencia con esta figura es doble²⁴. En primer lugar, busca restituir las condiciones de competencia en el mercado puestas en peligro por las conductas restrictivas de la competencia detectadas, con unos compromisos que además deben salvaguardar el bienestar de los consumidores y el interés público. En segundo lugar, pretende minimizar el tiempo y los medios humanos que se deben dedicar a la instrucción y resolución de expedientes sancionadores con el fin de probar los hechos, optimizándose así el uso de los recursos públicos. Según la CNC, esto último facilita que se produzca una probable reducción del número de recursos que se interponen ante la justicia contencioso-administrativa contra las resoluciones del Consejo de la CNC.

En todo caso, no es posible el acceso al procedimiento cuando se hayan producido efectos negativos irreversibles sobre la competencia efectiva, causando daños irrecuperables que no son compensados por las posibles eficiencias derivadas de las conductas investigadas o por los compromisos susceptibles de ser presentados no es posible la terminación convencional²⁵. Tampoco puede servir para reducir o evitar una multa en los casos que quede acreditado que dicha sanción es necesaria. Como ocurre, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que las empresas hayan sido objeto ya de una resolución sancionadora por los mismos hechos²⁶.

En la medida que no es fácil determinar *ex ante* todos los supuestos que no son susceptibles de acogerse a la terminación convencional, la Comunicación dejó claro que dichos criterios son

²³ Comunicación sobre la Terminación Convencional de la Comisión Nacional de la Competencia. Párrafos 7 a 9.

²⁴ Comunicación sobre la Terminación Convencional de la Comisión Nacional de la Competencia. Párrafo 10.

²⁵ Acuerdos de precios y condiciones comerciales (0106/08 HIERROS ESPAÑA, 0105/08 CORRAL DE LAS FLAMENCAS, 0094/08 ALQUILER COCHES SIN CONDUCTOR).

²⁶ Expediente 0065/08 ECOVIDRIO.

generales y que la CNC siempre conserva un margen de apreciación a la hora de determinar si procede o no la terminación convencional en un caso específico.

Un aspecto muy controvertido es si caben o no las terminaciones parciales, ya sea por los sujetos infractores o por las conductas investigadas. La práctica ha demostrado que en el caso de que hayan varios sujetos infractores, la solicitud podrá hacerla uno de ellos y a la misma podrá adherirse el resto²⁷, en el caso que alguno de los supuestos infractores ni la solicitara ni se adhiriera, la Dirección de Competencia tendría que valorar si la posible terminación convencional resolvería “los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente” y si garantizaría suficientemente el interés público, dado que la terminación convencional puede ser adoptada “sin necesidad de contar con el acuerdo del resto de interesados del expediente”.

También podría suceder que el inicio del procedimiento de terminación convencional se propusiera únicamente sobre determinadas conductas, pero no sobre todas las que son objeto del expediente. En ambos supuestos la terminación convencional sería parcial (bien respecto de presuntos infractores o de determinadas conductas) y en estos casos la Dirección de Competencia podría proceder al desglose del expediente, dando por finalizado cada uno de ellos con su correspondiente Resolución, siendo una de ellas de Terminación Convencional.

La citada Comunicación no ha abordado directamente esta situación, en la medida en que es muy casuística, lo que dificulta extraer reglas generales. No obstante, la Comunicación si establece que en las solicitudes iniciales se deben cubrir todas las presuntas conductas prohibidas de las que sea responsable el solicitante, y que hayan sido identificadas en el acuerdo de incoación o en el pliego de concreción de hechos. De esta manera, la CNC en principio ha descartado una terminación convencional parcial para las conductas investigadas de un mismo infractor.

En mi opinión, esta decisión es lógica con los objetivos de la terminación convencional, pues de lo contrario se darían incentivos a las empresas que solicitan la terminación convencional a abrir procesos de negociación parciales y dilatados, que difícilmente permitirían un uso eficiente de los recursos públicos y una restauración rápida de las condiciones de competencia.

²⁷ Expedientes 0076/08, CONVENIO CONTACT CENTER y 0077/08, CONVENIO SEGURIDAD.

3. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN.

La Ley 15/2007, en su artículo 52²⁸ y posteriormente en su desarrollo mediante el Reglamento de Defensa de la Competencia, en su artículo 39²⁹ aborda la terminación convencional del procedimiento sancionador.

²⁸ Artículo 52 Ley 15/2007:

1. *“1. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público.*
2. *Los compromisos serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que ponga fin al procedimiento.*
3. *La terminación del procedimiento en los términos establecidos en este artículo no podrá acordarse una vez elevado el informe propuesta previsto en el artículo 50.4”.*

²⁹ Artículo 39 Reglamento de Defensa de la Competencia:

Terminación convencional de los procedimientos sancionadores.

1. *De conformidad con el artículo 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en cualquier momento del procedimiento previo a la elevación del informe propuesta previsto en el artículo 50.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación podrá acordar, a propuesta de los presuntos autores de las conductas prohibidas, el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional de un procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas. Este acuerdo de inicio de la terminación convencional será notificado a los interesados, indicándose si queda suspendido el cómputo del plazo máximo del procedimiento hasta la conclusión de la terminación convencional.*
2. *Los presuntos infractores presentarán su propuesta de compromisos ante la Dirección de Investigación en el plazo que ésta fije en el acuerdo de iniciación de la terminación convencional, que no podrá ser superior a tres meses. Dicha propuesta será trasladada al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia para su conocimiento.*
3. *Si los presuntos infractores no presentaran los compromisos en el plazo señalado por la Dirección de Investigación se les tendrá por desistidos de su petición de terminación convencional, continuándose la tramitación del procedimiento sancionador. Asimismo, se entenderá que los presuntos infractores desisten de su petición si, una vez presentados los compromisos ante la Dirección de Investigación y habiendo considerado ésta que los mismos no resuelven adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente o no garantizan suficientemente el interés público, los presuntos infractores no presentaran, en el plazo establecido a tal efecto por la Dirección de Investigación, nuevos compromisos que, a juicio de ésta, resuelvan los problemas detectados.*
4. *La propuesta de compromisos será remitida por la Dirección de Investigación a los demás interesados con el fin de que puedan aducir, en el plazo que se señale, cuantas alegaciones crean convenientes.*
5. *La Dirección de Investigación elevará al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia la propuesta de terminación convencional para su adopción e incorporación a la resolución que ponga fin al procedimiento. Recibida la propuesta de terminación convencional y, en su caso, informada la Comisión Europea de acuerdo con lo previsto en el artículo 11.4 del 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, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá:*
 - a. *Resolver el expediente sancionador por terminación convencional, estimando adecuados los compromisos presentados.*
 - b. *Resolver que los compromisos presentados no resuelven adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente o no garantizan suficientemente el interés público, en cuyo caso, podrá conceder un plazo para que los presuntos infractores presenten ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia nuevos compromisos que resuelvan los problemas detectados. Si, transcurrido este plazo, los presuntos infractores no hubieran presentado nuevos compromisos, se les tendrá por desistidos de su petición y el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia instará de la Dirección de Investigación la continuación del procedimiento sancionador.*
6. *La resolución que ponga fin al procedimiento mediante la terminación convencional establecerá como contenido mínimo:*

Para que pueda aplicarse el procedimiento de terminación convencional del expediente sancionador, deben concurrir los presupuestos:

1. Existencia de un expediente sancionador abierto de oficio o a instancia de parte.
2. El procedimiento abierto sea relativo a materia de acuerdos y prácticas prohibidas.

El primer término que utiliza el artículo 52 LDC para definir el ámbito objetivo del procedimiento sancionador "acuerdos prohibidos" es una referencia directa a lo que la LDC llama en su artículo primero "prácticas colusorias", es decir, los acuerdos, decisiones y recomendaciones colectivas y prácticas concertadas o conscientemente paralelas restrictivos de la competencia.

El segundo término, "prácticas prohibidas" dados los antecedentes españoles y comunitarios de la norma es una alusión a "abuso de posición de dominio" conducta ilícita de acuerdo con el artículo segundo de la LDC. La redacción amplia de la norma permite extender la aplicación a los actos de falseamiento de la competencia por actos desleales que se contempla en el artículo tercero³⁰. Por el contrario, queda fuera de este procedimiento, por contar con reglas específicas y equivalentes, la concentración de empresas.

3. No tiene que haberse producido el informe propuesta de la Dirección de Competencia.

La nueva norma flexibiliza los plazos elevando el límite temporal hasta el momento procesal anterior al informe propuesta de la Dirección de Competencia. De ser esta posterior se produciría una imputación que anticiparía la futura resolución del Consejo de la CNMV.

4. Tienen que proponerse compromisos por parte de los sujetos infractores.

-
- a. *la identificación de las partes que resulten obligadas por los compromisos,*
 - b. *el ámbito personal, territorial y temporal de los compromisos,*
 - c. *el objeto de los compromisos y su alcance, y*
 - d. *el régimen de vigilancia del cumplimiento de los compromisos.*
 7. *El incumplimiento de la resolución que ponga fin al procedimiento mediante la terminación convencional tendrá la consideración de infracción muy grave de acuerdo con lo establecido en el artículo 62.4.c de la Ley 15/2007, de 3 de julio, pudiendo determinar, asimismo, la imposición de multas coercitivas de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la Ley de Defensa de la Competencia y en el artículo 21 del presente Reglamento, así como, en su caso, la apertura de un expediente sancionador por infracción de los artículos 1, 2 ó 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.*

³⁰ LORENTE HURTADO.F, «la terminación convencional...», cit., pág. 164, y ARAUJO, «La terminación convencional...», cit., pág. 443.

La iniciativa de pedir la apertura del procedimiento corresponde exclusivamente a los presuntos infractores, tanto personas físicas como jurídicas³¹. Cuando haya varios presuntos infractores, bastará con que alguno de ellos solicite su inicio y, además, si finalmente algunos de los presuntos infractores no se suman a los compromisos negociados, el procedimiento sancionador debe continuar en relación con los que si se suman³², pero solo en el supuesto que los acuerdos corrijan efectivamente los problemas de Derecho de la competencia.

Finalmente, la petición debe acompañarse de compromisos. En opinión del Catedrático de Derecho Mercantil Luis Antonio Velasco San Pedro, se trata de «una exigencia excesiva que debería bastar con que los presuntos infractores manifiesten formalmente su interés de abrir una solución negociada». En este punto, el procedimiento se encuentra en fase preliminar y por ello, sería más adecuado y beneficioso iniciar conversaciones administración-empresa con el objetivo de que la empresa pueda proponer posteriormente compromisos que resuelvan los problemas de competencia detectados fruto de la negociación y con conocimiento de las peticiones de la administración.

Asimismo, la doctrina mayoritaria defiende esta postura al considerar que en la práctica lo más correcto sería que, antes de hacer una propuesta de acuerdo se mantuvieran contactos entre los denunciados y las autoridades de competencia y/o denunciantes, ya que estos últimos pueden sugerir modelos de acuerdo que finalizarían el asunto con éxito.

A ello apunta además el art. 39.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia, cuando únicamente exige, para la iniciación de las actuaciones tendentes a la terminación convencional, que haya una propuesta de los presuntos infractores, y, de manera aún más clara, cuando establece que la Dirección de Competencia, una vez acordado el inicio de esta vía, deberá establecer un plazo, que no excederá de tres meses, para que los presuntos infractores presenten sus propuestas de compromisos.

³¹ Aquí hay una diferencia importante con el anterior art. 36 bis de la LDC de 1989, en el que el SDC podía acordar por sí mismo la apertura de la terminación convencional.

³² A favor LORENTE HURTADO.F, «la terminación convencional...», pág. 165. En contra, IRISSARRY, en ODRIÓZOLA (Dir.) /IRISARRY (Coord.), Derecho español de la competencia. Comentarios a la Ley 15/2007, Real decreto 261/2008 y Ley 1/2002, Bosch, Barcelona 2008, pág. 978.

4. TRAMITACIÓN

En el año 2011 la CNC quiso a través de la Comunicación sobre Terminación Convencional, aclarar determinadas cuestiones sobre la tramitación del procedimiento que habían permanecido confusas en la Ley 15/2007 y en el Reglamento de Defensa de la Competencia.

Para reducir la incertidumbre sobre la viabilidad de la terminación convencional la Comunicación recomienda³³ que los presuntos infractores mantengan contactos informales con la administración en una fase previa a la solicitud de inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional de un expediente sancionador, al objeto de recabar su opinión sobre la procedencia de la solicitud del inicio del procedimiento de terminación convencional y, en su caso, sobre los posibles compromisos a ofrecer.

La tramitación del procedimiento ha quedado fijada de la siguiente manera:

Primero, los presuntos infractores deben elevar la petición de inicio a la Dirección de Competencia, órgano al que se le atribuye en el artículo 39 del Reglamento de defensa de la competencia la facultad de acordar la apertura de esta vía. La función de la Dirección de Competencia es valorar de acuerdo con la naturaleza y efectos de las conductas, la utilidad del procedimiento que culmine con un acuerdo que ponga fin al expediente sancionador, o siga por los cauces ordinarios.

La LDC solo establece el *dies a quo* a partir del que no puede acordarse la terminación convencional: una vez la Dirección de Competencia eleva el informe propuesta de resolución. La LDC estableció este límite, por un lado, para fijar un término temporal que fuera flexible con las empresas que deciden acudir al procedimiento y por otro lado, porque si se permite acceder a las empresas después del informe propuesta dispondrían de forma anticipada a la futura resolución del Consejo de la CNMV ya que pese a que son dos órganos independientes, como es normal basan sus decisiones en los mismos fundamentos de Derecho.

Como consecuencia, cualquier solicitud a la Dirección de Competencia de inicio de negociaciones registrada antes de la elevación del informe propuesta tiene que ser tramitada, suspendiendo los plazos del procedimiento sancionador³⁴ y dar traslado a los demás interesados, con lo que se garantiza el Derecho de los restantes imputados a poder también solicitar la terminación convencional.

³³ Comunicación sobre Terminación Convencional de la Comisión Nacional de la competencia. Párrafo 22 y 28.

³⁴ Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Artículo 37.1.g).

Los presuntos infractores disponen de tres meses para la propuesta de los compromisos. Por razones de economía procesal se entiende que no es necesario fijar este plazo si los solicitantes presentan dicha propuesta de compromisos en la solicitud inicial. En todo caso el acuerdo de iniciación tiene que ser notificado a los interesados de si queda suspendido el plazo máximo del procedimiento.

Segundo, una vez realizada la propuesta formal de compromisos, la Dirección de Competencia remite a los demás interesados para que realicen las alegaciones que crean convenientes en el plazo que esta establezca. El nuevo sistema se basa en el acuerdo exclusivamente entre los presuntos infractores y la CNMC, buen síntoma de la ansiada flexibilización del procedimiento. Por supuesto, no quiere decir que no se tengan en cuenta las alegaciones de los demás interesados, pues la administración para formar su decisión tiene en cuenta estas valoraciones. En determinadas ocasiones incluso puede considerar únicamente admisibles los compromisos que cuenten con la aceptación de todos los interesados si de otra manera no se resuelven adecuadamente los problemas de competencia³⁵.

La CNMC ha hecho públicos una serie de criterios sustantivos, en los que se recogen determinadas tipologías de casos (cárteles, conductas que se agotan en sí mismas, efectos sobre los mercados duraderos en el tiempo, reincidencia, etc.), para los que en principio nunca es admisible la terminación convencional, porque en estos casos nunca existirían compromisos suficientes que resolvieran los efectos sobre la competencia de las conductas investigadas.

Durante la instrucción la Dirección de Competencia puede solicitar a la parte que ha presentado los compromisos cuantas aclaraciones o modificaciones que estime necesarias en relación con los mismos³⁶. Así la Dirección de Competencia dispone de un margen de flexibilidad para solicitar la modificación de los compromisos, sin necesidad de pronunciarse formalmente sobre la adecuación de los mismos, lo que evita la desestimación de los mismos por haberse agotado las dos propuestas formales de compromisos que el artículo 39 del RDC contempla.

Si la primera propuesta formal de compromisos se considera adecuada y aceptada por la Dirección de Competencia, esta procede a elaborar la propuesta de terminación convencional y elevarla, junto con el expediente, al Consejo de la CNMC, para su resolución³⁷. Si por el

³⁵ Esta posición, en relación con el procedimiento paralelo del Derecho comunitario, es la que se recoge en la sentencia del TPI de 11/7/2007, asunto T 170/06, *Alrosa v. Comisión*.

³⁶ Comunicación sobre Terminación Convencional de la Comisión Nacional de la Competencia. Párrafo 39.

³⁷ Comunicación sobre Terminación Convencional de la Comisión Nacional de la Competencia. Párrafo 40.

contrario la primera propuesta de compromisos no es considerada suficiente por la Dirección de Competencia, ésta adoptará un acuerdo mediante el que se pondrá de manifiesto este hecho, indicando las causas y deficiencias que se consideren y dando un plazo para la presentación de nuevos compromisos que resuelvan los problemas detectados³⁸. En caso de no presentación de la primera o segunda propuesta de compromisos o estos últimos se consideran insuficientes por la Dirección de Competencia se entenderá por desistida a la empresa solicitante de la terminación convencional y se continuará con la instrucción del procedimiento sancionador³⁹.

Una vez analizados los compromisos por la Dirección de Competencia, y sólo si ésta considerara que con los mismos se solventan los problemas que sobre la competencia habían suscitado las conductas analizadas en el marco del expediente sancionador, salvaguardándose suficientemente el interés público, se procederá a elaborar la propuesta de finalización del expediente sancionador mediante terminación convencional, que habrá de ser elevada al Consejo de la CNMC para su resolución.

El Consejo realiza un análisis exhaustivo de los compromisos y de cómo éstos solucionan los problemas que las conductas objeto del expediente estaban causando sobre la competencia, el cual debe informar a la Comisión Europea en el caso que el expediente hubiera sido incoado por infracción del TFUE⁴⁰. En la práctica, tal y como se configuran los órganos, puede parecer que si la Dirección de Competencia eleva al Consejo los acuerdos es porque son adecuados para la finalización del expediente sancionador. Así es, dado que durante los 6 primeros años de vigencia del procedimiento el Consejo de la CNMC consideró adecuadas todas las propuestas de terminación convencional que le fueron elevadas por la Dirección de Competencia⁴¹.

El Consejo de la CNMC puede adoptar dos tipos de resoluciones en esta fase del procedimiento: resolver el expediente sancionador por terminación convencional, estimando adecuados los compromisos presentados o resolver que estos compromisos no son adecuados, en cuyo caso podrá conceder un nuevo plazo a los presuntos infractores para que se presenten nuevos compromisos en un plazo adicional⁴².

³⁸ Comunicación sobre Terminación Convencional de la Comisión Nacional de la Competencia. Párrafo 41 y 42.

³⁹ Ejemplo de ello, el Expediente 0006/07 FÚTBOL.

⁴⁰ De acuerdo con lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003.

⁴¹ El conjunto de expedientes ha sido extraído de la página web de la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia <https://www.cnmc.es/acuerdos-y-decisiones>

⁴² Véase art. 39.5.a y b Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia.

5. COMPROMISOS.

5.1 CONTENIDO DE LOS COMPROMISOS.

La LDC no especifica cual debe ser el contenido de los compromisos, limitándose como es razonable a señalar por un lado, que estos deben resolver los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y, por otro lado, debe quedar garantizado suficientemente el interés público. Estos compromisos pueden adoptar múltiples formas y configuraciones, que varían según las circunstancias de cada caso.

Algunos autores, ante la indeterminación de la norma han recurrido al régimen general del artículo 86 de la vigente Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de la Administración Pública⁴³. A este respecto, la doctrina mayoritaria considera inadecuado acudir al régimen general más allá de buscar orientación ya que en el régimen general, por más que los límites sean obvios y se recojan de alguna forma en el artículo 52 de la LDC, no es apropiado, no solo por la existencia de una norma especial que obviamente prevalece sobre la general, sino porque el procedimiento sancionador, que no es evidentemente discrecional, sino reglado, parece excluido de tal régimen general, contrariamente a lo que sucede en la terminación convencional.

5.2 PROCEDIMIENTO DE ACEPTACIÓN

Durante la tramitación de la terminación convencional la CNMC busca conjugar la flexibilidad que permita poder profundizar en el análisis y la negociación de los compromisos a presentar, con el objetivo de obtener una resolución lo más pronto posible que restituya cuanto antes las condiciones de competencia en el mercado y garantizar el interés público. De esta manera, en multitud de ocasiones la Dirección de Competencia permite e incluso facilita que se produzcan reuniones que ayuden a configurar los compromisos. Este tipo de actuaciones entre la CNMC, los supuestos infractores y los terceros afectados, tiene como única finalidad buscar de forma práctica y realista la configuración de unos compromisos suficientes y viables para garantizar

⁴³ Ley 39/2015 art.86.1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.

la preservación de la competencia efectiva, sin incurrir en una dilatación y entorpecimiento innecesario del procedimiento.

Hasta ahora, la experiencia práctica ha puesto de manifiesto que los compromisos más fáciles de implementar y vigilar han sido aquéllos relativos a las supresiones o modificaciones de determinadas cláusulas de acuerdos, reglamentos, estatutos, etc. que, por su redacción, pueden dar lugar a restricciones no justificadas de la competencia⁴⁴.

Sin embargo, en otros casos se han diseñado compromisos más complejos, que conllevan la asunción de determinadas obligaciones de comportamiento⁴⁵ y el establecimiento de garantías sobre comportamientos futuros⁴⁶. En estos casos, la principal problemática deriva de detallar suficientemente lo que puede y no puede hacer la empresa demandada, a fin de alcanzar un equilibrio para no restringir innecesariamente la libertad de empresa. Al mismo tiempo, debe evitarse que los compromisos sean tan excesivamente vagos, indeterminados o laxos como para no impedir los perjuicios a la competencia detectados que dieron lugar a la incoación del expediente sancionador.

5.3 SISTEMA DE VIGILANCIA DE LOS COMPROMISOS ACEPTADOS POR LA CNMC.

La creación de un sistema de vigilancia por la autoridad de competencia es vital para asegurar la eficacia del procedimiento. En este ámbito, como apoyo a la labor de vigilancia que encomienda el Consejo de la CNMC a la Dirección de Competencia, en algunos casos de terminación convencional se ha introducido la figura del supervisor⁴⁷ o auditor⁴⁸ cuya función es la de observar la actividad de la empresa sujeta a los compromisos, supervisar el coste imputable a determinados servicios, elaborar informes periódicos sobre el cumplimiento o mediar en la resolución de posibles disputas, sin perjuicio de que cualquier decisión final sobre la vigilancia y la valoración del grado de cumplimiento de los compromisos le corresponda, en exclusiva, al Consejo de la CNMC previo informe de la Dirección de Competencia.

⁴⁴ Entre otros Expedientes, 0127/09 PROCURADORES, 0189/09 CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE APAREJADORES Y ARQUITECTOS TECNICOS y 0203/09 COAPI.

⁴⁵ Entre otros Expedientes 2738 GALP ENERGIA, 2697 CEPSA, 2800 SIGNUS ECOVALOR y 0246/10 VOCENTO/GODÓ.

⁴⁶ Expediente 0020/07 TRIO PLUS.

⁴⁷ Expediente 2738 GALP ENERGIA y 2697 CEPSA.

⁴⁸ Expediente 2800 SIGNUS ECOVALOR.

6. EFECTOS Y SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL.

La resolución final por el Consejo de la CNMC supone la terminación del procedimiento sancionador, lo que implica para la CNMC la renuncia a imponer una sanción a los presuntos infractores⁴⁹. No obstante una parte de la doctrina no descarta que en determinados casos, el procedimiento finalice únicamente con una reducción de la posible sanción que podría haberse impuesto de continuar con las actuaciones por el cauce ordinario, ya que pese a que la norma nacional no dice nada al respecto, el procedimiento comunitario de terminación convencional en relación con los carteles si aplica multas.

Los compromisos ofrecidos por los presuntos infractores e incorporados a la resolución de la CNMC son de obligatorio cumplimiento, vinculantes y surten plenos efectos⁵⁰. El Reglamento de defensa de la competencia en su artículo 62.4.c)⁵¹ aclara que no sólo puede sancionarse el incumplimiento en sí de los compromisos sino que, además, podría volver a abrirse un nuevo procedimiento sancionador por vulneración de las prohibiciones de los arts. 1 a 3 de la LDC en sintonía con el art. 9.2 del Reglamento 1/2003.⁵²

El Consejo de la CNMC ha dicho en numerosas ocasiones “que el incumplimiento de los compromisos constituye una conducta antijurídica tanto formal como materialmente⁵³. Formalmente, porque implica el incumplimiento de una obligación libremente asumida; y materialmente, porque el cumplimiento de la resolución de terminación convencional es imprescindible para resolver los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y garantizar el interés público, de modo que, sensu contrario, su incumplimiento tiene un potencial manifiesto para poner en peligro ambos objetivos”. La CNMC por su lado también está vinculada por los compromisos aceptados, de manera que no podría desdecirse de lo resuelto, salvo que concurrieran circunstancias extraordinarias. Por ejemplo, si hay una

⁴⁹Vid supra. MASSAGUER, SALA, FOLGUERA y GUTIÉRREZ (Dir.), BAÑO.J.M. en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Civitas, Madrid 2017, sub. artículo. 52, pág. 621.

⁵⁰ Véase Art. 52.2 de la LDC.

⁵¹ Reglamento de la LDC. Art. 62.4.c) «el incumplimiento de la resolución que ponga fin al procedimiento mediante la terminación convencional tendrá la consideración de infracción muy grave de acuerdo con lo establecido en el art. 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, pudiendo determinar, asimismo, la imposición de multas coercitivas de acuerdo con lo establecido en el art. 67 de la Ley de Defensa de la Competencia y en el art. 21 del presente Reglamento, así como, en su caso, la apertura de un expediente sancionador por infracción de los arts. 1, 2 o 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio».

⁵² Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002. Relativo a la aplicación de las normas sobre competencias previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

⁵³ Expediente 2738 GALP ENERGIA y 2697 CEPASA.

modificación de la situación de hecho respecto a un elemento esencial de la decisión o si esta se basó en informaciones incompletas, inexactas o engañosas facilitadas por las partes⁵⁴.

Los terceros sujetos, de acuerdo con los cambios introducidos en la vigente ley, no pueden exigir vía civil la exigencia de los compromisos⁵⁵. Lo que sí pueden hacer es denunciar la situación a las autoridades competentes, reclamando que se exija a los proponentes de los compromisos su cumplimiento, así como la imposición de multas coercitivas. En la práctica, esta potestad ha funcionado como medio de presión para que el proponente cumpla sus compromisos. En este sentido, debe entenderse la sentencia del TPI de 11/7/2007, asunto T 170/06, *Alrosa v. Comisión*, que reconoció que estos compromisos «indirectamente (pueden comportar) efectos jurídicos *erga omnes*». Pese a la falta de efectos directos, en relación con el ejercicio de acciones privadas ante los tribunales, las terceras partes disponen de la potestad para reclamar indemnizaciones por daños y perjuicios.

⁵⁴ 55 art. 9.2 del Reglamento 1/2003,

⁵⁵ Vid supra. LORENTE, «La terminación...», cit., págs. 173 y ss.

7. PUBLICIDAD DE LOS ACUERDOS DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL

El legislador ha dotado al procedimiento de un sencillo pero efectivo sistema de transparencia que se basa en la publicidad través de los cauces oficiales y en la página web de la CNMC. Una de las exigencias más demandadas obviando la flexibilización del sistema era la dificultad para acceder a las resoluciones que ponían fin al expediente sancionador, por ello habida cuenta que la transparencia se ha convertido en un elemento primordial de la buena gobernanza de los órganos públicos resultaba esencial el acceso a la información de la actividad pública como mecanismo para facilitar el control de la actuación pública.

Así es que de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 19/2013⁵⁶ la CNMC publica las memorias, informes, análisis de propuestas normativas y documentos que deben ser sometidos a un periodo de información pública durante su tramitación.

Respecto de la materia que es de interés, las resoluciones que ponen fin al procedimiento sancionador, el Consejo de la CNMC tiene la obligación de publicar «todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las leyes que las regulan, una vez notificados a los interesados, tras resolver en su caso sobre los aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores⁵⁷». Por otro lado, estas resoluciones del Consejo de la CNMC son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁵⁶ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

⁵⁷ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Art. 37.1.

8. RECURSOS

Son recurribles mediante recurso administrativo las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Competencia si estos producen indefensión o perjuicios irreparables a derechos o intereses legítimos ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días⁵⁸.

Por otro lado, las resoluciones y actos del presidente del Consejo de la CNC no son recurribles vía administrativa, pero si mediante recurso contencioso-administrativo en los términos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁵⁹. Cabe destacar la excepción, en el caso que la resolución prohíba una concentración o la subordine al cumplimiento de compromisos o condiciones, esta no pondrá fin a la vía administrativa hasta que el Ministerio de Economía y Hacienda haya resuelto no elevar al en un plazo de 3 meses al Consejo de Ministros o este órgano no se pronuncie en el mismo plazo⁶⁰.

Por lo tanto, el acuerdo de denegación de la Dirección de Competencia no es en principio recurrible, al no cumplir con los requisitos del artículo 47 de la LDC, esto es, que se produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

En opinión del Consejo de la CNMC:

- La negativa a la terminación convencional debe considerarse un trámite dentro del procedimiento de infracción que continuará su tramitación con el habitual respeto a todas las garantías procesales y, en consecuencia, no puede considerarse como un acto administrativo generador de indefensión⁶¹.
- Como señala el Tribunal Supremo, recurso 6456/2002, «tratándose de actos administrativos, la protección inherente al Derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE solo opera en relación a los que tengan un contenido sancionador y solo

⁵⁸ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Art.47.

⁵⁹ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Art.48.

⁶⁰ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Art 48.2 en relación con el art. 58.6.

⁶¹ “El Tribunal Constitucional tiene establecido en su jurisprudencia que por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses, señalando que la indefensión a la que se refiere el art. 24.1 de la Constitución Española es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte. Por eso, el Tribunal Constitucional ha señalado que no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos o cuando no se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa”.

podrá ser invocada respecto a actos definitivos, y que por esta razón tengan en sí mismos un efectivo contenido sancionador».

- Respecto al perjuicio irreparable: no siendo la terminación convencional una obligación sino una potestad de la CNMC, delimitada por la propia Ley por una doble condición, la capacidad para solventar los problemas de competencia y la seguridad del interés público, la negativa a iniciarla o a adoptarla no puede considerarse como generadora de perjuicios irreparables.

El Consejo de la CNMC ha señalado que la LDC solo reconoce el Derecho a solicitar la terminación convencional, pero no a que se termine convencionalmente un procedimiento, por lo que no se puede apreciar una obligación de la CNMC a concluir de esta forma un procedimiento por el mero hecho de solicitarse.

IV.CASO MEDIAPRO/OBWAN

1. INTRODUCCIÓN

Las conductas a las que se hacen referencia en el expediente S/DC/0604/17: MEDIAPRO-FUTBOL, resuelto el 17 de febrero de 2018, son concernientes a la comercialización *premium* en España de derechos audiovisuales de futbol de primer nivel⁶² por parte de MEDIAPRODUCCIÓN. S.L.U.

En este sentido, la CNMC ha definido el mercado de comercialización mayorista de canales de televisión *premium* para su emisión en televisión de pago como aquellos que contienen eventos futbolísticos relevantes⁶³. En concreto se consideran canales premium los que incluyesen contenidos deportivos con difusión internacional que no sean gratuitos o de precio reducido, dejando un margen para que en función de las circunstancias del caso concreto se proceda a la delimitación de acuerdo con unas pautas básicas, como es entendible por la variedad del sector de los eventos deportivos.

Dada la creciente importancia de la distribución de contenido audiovisual a través de internet, estas conductas despliegan sus efectos en el mercado de plataformas de televisión de pago por internet (OTT) en España, en el que están presentes el denunciante y el denunciado. La CNMC ha concluido en anteriores resoluciones⁶⁴ que los operadores de televisión de pago que distribuyen sus contenidos a través de internet sobre la base de una plataforma estructurada y de calidad, forman parte del mercado de servicios de televisión de pago y en concreto se considera una continuación de los contenidos premium en una plataforma novedosa como es internet.

Respecto del ámbito territorial, la CNMC considera que el mercado de comercialización mayorista de canales *premium* de televisión tiene dimensión nacional cuando entre otras razones, la estrategia competitiva de los operadores tiene factores idénticos como las fronteras lingüísticas, culturales y regulatorias. El Consejo de la CNMC entiende de acuerdo con esto, el ámbito territorial afectado es el nacional pese a ello las conductas investigadas en el presente expediente son susceptibles de afectar al comercio intracomunitario, dado el elevado volumen

⁶² Derechos audiovisuales de la Liga y la Copa de S.M el Rey de futbol y de los correspondientes a las competiciones UEFA Champions League y Europa League.

⁶³ Expediente C/0612/14 de la Comisión Nacional de la Competencia.

⁶⁴ Expediente C/0612/14 de la Comisión Nacional de la Competencia.

de negocios de los derechos televisivos afectados en España como parte significativa de la UE, que además podría minorar la capacidad competitiva de potenciales entrantes de terceros países de la UE en el mercado de televisión de pago.

2. HECHOS OBJETO DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR

MEDIAPRODUCCIÓN, S.L.U (MEDIAPRO), es uno de los mayores poseedores y gestores de los derechos del fútbol en Europa. En relación con los derechos relativos a las competiciones nacionales, MEDIAPRO dispone de los derechos exclusivos del 80% de los partidos por jornada de Liga de primera división de fútbol, para clientes residenciales en televisión de pago, así como los derechos exclusivos de un partido por jornada de esta competición en televisión en abierto y de todos los partidos de pago de la S.M. El Rey de fútbol para las temporadas 2016/2017 a 2018/2019. Igualmente, dispone de los derechos exclusivos de emisión de las competiciones europeas de fútbol Champions League y Europa League para clientes residenciales y no residenciales durante las temporadas 2015/2016 a 2017/2018.

Los derechos del fútbol de MEDIAPRO son distribuidos en España mediante los canales “beIN Sports” (para las competiciones de fútbol europeas) y “beIN LaLiga” (para las competiciones nacionales). Actualmente, MEDIAPRO tiene firmados contratos de cesión de derechos de emisión de los canales beIN LaLiga y beIN Sports con varios operadores de televisión de pago. Estos representan el 87% de los ingresos totales obtenidos en el mercado de comercialización mayorista de canales Premium en España.

OBWAN NETWORKS AND SERVICES, S.L. (OBWAN), solicitó a MEDIAPRO las condiciones para comercializar en la modalidad OTT los partidos correspondientes a beIN LaLiga y posteriormente extendió su interés al canal beIN Sports. MEDIAPRO comunicó a OBWAN que se había reservado el derecho exclusivo a emitir beIN LaLiga en su plataforma OTT, y, por lo tanto, no le permitía licenciar el canal para su emisión. Respecto de beIN Sports, las partes no llegaron a un acuerdo económico. MEDIAPRO en sus ofertas propuesta solicitaba un mínimo garantizado mensual por abonado de 8 euros sin IVA multiplicado por los abonados que OBWAN pretendía alcanzar, cuando MEDIAPRO suministra directamente el canal a través de OTT por 9,99 euros con IVA.

Antes esta situación OBWAN formuló denuncia contra MEDIAPRO por supuestas conductas prohibidas por la LDC a fecha de 6 de enero de 2017.

A la vista de la citada denuncia, la Dirección de Competencia, en el marco de lo establecido en el apartado 2 del artículo 49 de la LDC, inició una información reservada (bajo el número de expediente S/DC/0604/17), con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de las circunstancias que justificasen la incoación de expediente sancionador.

3. PROBLEMAS DE COMPETENCIA DETECTADOS

La Dirección de Competencia en su informe consideró que MEDIAPRO podría estar incurriendo en una infracción tipificada como abuso de posición de dominio por el artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE.

Dicho informe identificó las conductas tipificadas como el establecimiento de condiciones inequitativas y discriminatorias a la hora de comercializar a nivel mayorista sus canales beIN LaLiga y beIN Sports, que excluirían injustificadamente a los operadores de televisión de pago OTT puros interesados en contenidos deportivos, que son los que compiten más directamente con la oferta de televisión de pago de MEDIAPRO.

De todo se deduce que MEDIAPRO habría utilizado su posición de dominio en el mercado de comercialización mayorista de canales *premium* de televisión de pago en España para reservarse, de forma injustificada, un segmento del mercado de televisión de pago, el de los servicios OTT puros especializados en contenidos deportivos. Añade la citada Dirección, que MEDIAPRO podría estar limitando el desarrollo y la implantación de una nueva tecnología de televisión de pago por internet en España, con elevadas perspectivas potenciales de futuro, al buscar reservársela para sí misma en el ámbito de los contenidos deportivos.

MEDIAPRO en un principio basó su argumentación en una supuesta reserva exclusiva de emisión mediante su plataforma OTT (televisión por internet) los canales antes citados. Esto es falso puesto que, en primer lugar, no existía tal reserva exclusiva de emisión a través de su plataforma OTT. MEDIAPRO tiene contratos firmados con TELECABLE, VODAFONE, ORANGE y DTS que permiten a estos operadores la explotación del canal beIN LaLiga a través de OTT.

Además, se ha demostrado que MEDIAPRO habría accedido a que alguna operadora minorista de telecomunicaciones pudiera comercializar beIN LaLiga de forma independiente a través de OTT al menos en la temporada 2016/2017. Ello implica que la exclusiva alegada por

MEDIAPRO no se ha hecho efectiva, ya que el contenido del canal se explota a través de OTT por otros operadores.

En todo caso, tampoco habría una justificación objetiva para que MEDIAPRO se reserve el canal de comercialización OTT en relación con beIN LaLiga, teniendo en cuenta que, a diferencia de lo que se analizó en el expediente S/0153/09:

- MEDIAPRO no es un nuevo entrante en el mercado de televisión de pago.
- La tecnología OTT no está pendiente de lanzamiento y desarrollo comercial, sino que esta forma de comercialización ya está consolidada y representa una vía de crecimiento y competencia en el mercado de televisión de pago muy relevante, especialmente desde el punto de vista de los consumidores.
- MEDIAPRO ha transferido todo su riesgo comercial a terceros, en la medida que tiene garantizados ingresos comerciales.

En lo que respecta al canal beIN Sports, se produjo una falta de acuerdo respecto al precio. MEDIAPRO reclamó un precio por abonado que supera el mínimo garantizado de 8 euros al mes y dos millones de euros fijos. OBWAN consideró que estas cifras le dejaban fuera de mercado, habida cuenta que como nuevo entrante carecía de abonados y además el precio mayorista variable, al superar el mínimo garantizado, no le permitiría replicar la oferta minorista de MEDIAPRO.

Me parece determinante para apreciar el abuso de posición dominante que MEDIAPRO exigiera un precio fijo a un operador que presenta una cuota de 0 abonados, lo que hacía poco viable la entrada de este, ya que debe actuar sobre la base de expectativas de crecimiento y no de datos reales, y adicionalmente los borradores de contratos que MEDIAPRO trasladó a OBWAN no habían establecido ningún mecanismo que permitiera recalcular el mínimo garantizado si el operador no cumplía con las expectativas de abonados fijadas contractualmente, lo que es evidente que ponía en riesgo la propia supervivencia económica de OBWAN.

Con fecha 30 de marzo de 2017, la Dirección de Competencia acordó, de conformidad con lo establecido en el apartado 1 del artículo 49 de la LDC, incoar expediente sancionador por existir indicios racionales de la comisión de una infracción de los artículos 1 y 2 de la LDC y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. COMPROMISOS RELATIVOS A LA FINALIZACIÓN DEL EXPEDIENTE SANCIONADOR

MEDIAPRO solicitó a la CNMC el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente. De esta manera, conforme al artículo 39.1 RDC, el Director de Competencia acordó el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional.

En el trascurso del procedimiento MEDIAPRO presento dos propuestas de compromisos. Con fecha 18 de septiembre de 2017, la Dirección de Competencia acordó rechazar los primeros compromisos presentados por MEDIAPRO por considerar que no resolvían adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente ni garantizaban suficientemente el interés público, e instó a MEDIAPRO para que presentase unos nuevos compromisos.

A la vista de lo anterior, MEDIAPRO presentó los siguientes compromisos:

- I. Para las temporadas 2017/2018 y 2018 y 2019, MEDIAPRO se compromete a negociar la concesión de una licencia no exclusiva del canal beIN LaLiga y beIN ESPORTS para la ventana OTT con OBWAN.
- II. La contraprestación por los derechos de emisión se calculará teniendo en cuenta los parámetros de anteriores contratos firmados de MEDIAPRO con distribuidores minoristas de similares características a OBWAN cuyo valor es confidencial. Para hacer el cálculo anterior tienen en cuenta los abonados del denunciante auditados por un tercero independiente (que será una firma de las que conforman en denominado *Big Four*⁶⁵), así como los abonados de cualquier tercer operador u operadores con el/los que el denunciante llegue a cualquier acuerdo de distribución conjunta o un importe fijo de 2.500.000 euros.

Un aspecto muy importante de los compromisos es que se permite OBWAN empaquetar el canal beIN LALIGA con otros productos o servicios de telefonía, fija o móvil, o de comunicaciones electrónicas o Internet, ofrecidos a través de los propios medios de OBWAN o mediante acuerdo con un tercero que ofrezca cualquiera de estos servicios siempre que se computen los abonados adicionales de la televisión de pago y los abonados de banda ancha de cualquier tercero con el que se llegue a acuerdos para llevar a cabo los empaquetamientos.

⁶⁵ Big Four (las cuatro grandes), es el término utilizado para referirse a las firmas más importantes del mundo en el sector de la consultoría y auditoría.

Dada la relevancia que este punto tiene para el correcto funcionamiento del modelo de distribución establecido por MEDIAPRO y para evitar discriminaciones entre operadores minoristas, esta mercantil junto con los compromisos requiere a la CNMC la vigilancia exhaustiva de los acuerdos, vigilancia sobre la actividad como distribuidor de OBWAN. Se hace patente la potestad de vigilancia de los acuerdos por parte de la CNMC que propaga esta facultad hacía todos los aspectos de los compromisos, afectando a todos los sujetos intervinientes en los compromisos.

Los compromisos no solo obligan a negociar a MEDIAPRO con OBWAN en los términos y condiciones señalados, si no que la obligación se extiende con toda empresa que formalmente así lo solicite un contrato de licencia en las mismas condiciones. Se consigue la restitución de las condiciones de competencia que se habían perdido y se protege el mercado ante la misma conducta por parte del mismo sujeto denunciado.

Ante estos compromisos, la Dirección de Competencia elevó al Consejo la propuesta de terminación convencional. El Consejo tras deliberar aceptó los compromisos aportados por MEDIAPRO y acordó la terminación convencional del expediente sancionador.

V. CONCLUSIONES

El funcionamiento eficiente de los mercados y la existencia de una competencia efectiva son principios básicos de la economía de mercado. Estos principios son fundamentales en el diseño y definición de las políticas regulatorias de las actividades económicas.

En este marco, los organismos supervisores tienen por objeto velar por el correcto funcionamiento de determinados sectores de la actividad económica. La existencia de organismos independientes como la CNMC se justifica por la complejidad que existe en determinados sectores caracterizados principalmente por la potencial existencia de fallos de mercado. Estos organismos supervisores poseen tareas de regulación y supervisión por la necesidad de contar con autoridades cuyos criterios de actuación se perciban por los operadores como eminentemente técnicos y ajenos a cualquier manipulación.

A la hora de plantear la defensa de la competencia, en primer lugar ha de tomarse en consideración algo que debe caracterizar, no solo cualquier ámbito jurídico, sino a todos los sectores de la actividad económica: la seguridad jurídica, en segundo lugar, un factor de gran importancia en el entorno de austeridad en el que se encuentra la Administración Pública⁶⁶, se deben aprovechar con eficiencia los recursos de la misma. En tercer lugar, las instituciones han de adaptarse a la transformación que tiene lugar en los sectores administrados. Debe darse una respuesta institucional al progreso tecnológico y de ideas modernizadoras que se están produciendo en el seno de la UE como es el procedimiento de terminación convencional.

En nuestro país, la Autoridad de Defensa de la Competencia ha ejercido lo que se denomina un control ex post de la libre competencia, investigando y sancionando las conductas contrarias a la normativa de defensa de la competencia, y un control ex ante, examinando las operaciones de concentración empresarial. Un aspecto muy positivo es que se ha dotado a la CNMC de misiones, objetivos y competencias concretas, con independencia y medios adecuados.

En este contexto, el legislador ha desarrollado un procedimiento de finalización atípica de los expedientes sancionadores de conductas restrictivas de la competencia con el que logra el restablecimiento de las condiciones de competencia, y lo que es más importante, en un plazo de tiempo que permite a los sujetos afectados acceder al mercado sin que se vean expulsados de él por la dilación de un procedimiento sancionador ordinario.

⁶⁶ Exposición de Motivos. Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En el caso analizado, desde que se presenta demanda hasta que se publica la resolución transcurre menos de un año, lo que permite a OBWAN competir en igualdad de condiciones en el mercado de emisión de eventos deportivos a través de internet en el plazo más breve posible para continuar su actividad. Teniendo en cuenta el mercado afectado, una conducta de posición de dominio sobre una empresa como OBWAN genera que esta pueda desaparecer y que la que permanece aumente precios como consecuencia de una menor competencia entre empresas.

Si concebimos el restablecimiento de las condiciones de libre competencia como el objetivo primordial, el procedimiento de terminación convencional conjuga eficacia en el uso de las herramientas administrativas, y celeridad de las actuaciones. Busca restituir las condiciones de competencia en el mercado puestas en peligro por las conductas restrictivas de la competencia detectadas, con unos compromisos que además deben salvaguardar el bienestar de los consumidores y el interés público. Y pretende minimizar el tiempo y los medios humanos que se deben dedicar a la instrucción y resolución de expedientes sancionadores con el fin de probar los hechos, optimizándose así el uso de los recursos públicos.

El interés general queda asegurado, ya que queda descartado el procedimiento a las empresas que quieran acceder al procedimiento solo para evitar sanciones, al no ser posible el acceso al procedimiento cuando se hayan producido efectos negativos irreversibles sobre la competencia efectiva que no son compensados por las posibles eficiencias de la terminación convencional.

Sin embargo, en mi opinión el artículo 53.1.c de la LDC deja un excesivo margen de actuación a la CNMC al dejar a su interpretación exclusiva los hechos para seguir o no determinadas conductas prohibidas por la LDC, aunque tal y como señala la doctrina más aceptada parece que las apreciaciones de oportunidad son intrínsecas al Derecho de la Competencia⁶⁷. A modo de fortalecer este ámbito considero necesario reforzar las herramientas de publicidad y recursos de los expedientes de la CNMC, sin perjuicio de que exista la posibilidad de control último por los Tribunales.

⁶⁷ BAÑO LEON J.M. Potestades administrativas y garantías de las empresas..., ob. cit., págs. 20 y ss.

BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA

BIBLIOGRAFÍA

- ARAUJO BOYD, M., “La Terminación Convencional de los procedimientos en la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, en CREUS, A., (coord.) La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, Ed. La Ley, Monografía nº 1/2008, Madrid, 2008.
- BAÑO LEON J.M. Potestades administrativas y garantías de las empresas, ed. McGraw-Hillpágs.
- BAÑO LEÓN, J.M., - PASCUAL MARCILLO, A. “Comentario de la Ley de Defensa de la Competencia” (Dir. MASSAGUER FUENTES JOSE, GUTIÉRREZ ALFONSO, FOLGUERA CRESPO JAIME, SALA ARQUER JOSE MANUEL) Ed: Civitas. Quinta Edición Año 2017.
- DIÉZ ESTRELLA, F., Los Objetivos del Derecho Antitrust. Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia, nº224.
- GONZALEZ PEREZ, J., Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las AA. PP. y PAC, Thomson-Civitas. Madrid 2004.
- GUZMAN ZAPATER, C. y FORNELLS 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. 3 de diciembre de 2013. Working Paper IE Law. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2407052>
- IRISSARRY, en ODRIOZOLA (Dir.) /IRISARRY (Coord.), Derecho español de la competencia. Comentarios a la Ley 15/2007, Real decreto 261/2008 y Ley 1/2002, Bosch, Barcelona 2008.
- LORENTE HURTADO.F, «La terminación convencional en los procedimientos sancionadores nacionales», (Dir.) MARTINEZ LAGE. S, Remedios y Sanciones en el Derecho de la Competencia, Ed. Marcial Pons. 2007. Madrid.
- TUDOR, C., “La transacción y terminación convencional de los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia”, en Velasco, L. A. (Dir.), *Acuerdos horizontales, mercados electrónicos y otras cuestiones actuales de competencia y distribución*, Ed. Lex Nova – Thomsom Reuters, Valladolid, 2014.
- VELASCO SAN PEDRO, L., “La terminación convencional del procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 4, 2009.

OTROS MATERIALES MANEJADOS

- Libro Blanco para la reforma del sistema español de Defensa de la Competencia, Publicaciones del Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid 20 de enero de 2005.
- Comunicación sobre Terminación Convencional de Expedientes Sancionadores de la CNC.

JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- Expediente de la CNC 0006/07, FÚTBOL.
- Expediente de la CNC 0020/07, TRIO PLUS.
- Expediente de la CNC 0065/08, ECOVIDRIO.
- Expediente de la CNC 0076/08, CONVENIO CONTACT CENTER.
- Expediente de la CNC 0077/08, CONVENIO SEGURIDAD.
- Expediente de la CNC 0094/08, ALQUILER COCHES SIN CONDUCTOR.
- Expediente de la CNC 0105/08, CORRAL DE LAS FLAMENCAS.
- Expediente de la CNC 0106/08, HIERROS ESPAÑA.
- Expediente de la CNC 0127/09, PROCURADORES.
- Expediente de la CNC 0189/09, CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE APAREJADORES Y ARQUITECTOS TECNICOS.
- Expediente de la CNC 0203/09, COAPI.
- Expediente de la CNC 0246/10, VOCENTO/GODÓ.
- Expediente de la CNC 2398/02, DAMA/SGAE.
- Expediente de la CNC 2457/03, SISTEMAS DE PAGO.
- Expediente de la CNC 2458/03, ASEMPRE/CORREOS.
- Expediente de la CNC 2697/06, CEPESA.
- Expediente de la CNC 2738/06, GALP ENERGIA.
- Expediente de la CNC 2800/07, SIGNUS ECOVALOR.
- Expediente de la CNC 570/03, CERCASA.
- Expediente de la CNC 630/07, DAMA/SGAE.
- Expediente de la CNMC 0604/17, MEDIAPRO- FUTBOL.
- Expediente de la CNMC 0612/14, TELEFONICA/DTS.
- Sentencia 76/1990, de 26 de abril del Tribunal Constitucional.
- Sentencia 88/1086, de 1 de julio de 1986, del Tribunal Constitucional.
- Sentencia del TPI de 11/7/2007, Asunto T 170/06, *Alrosa v. Comisión*.

ANEXO 1

Comunicación sobre Terminación Convencional de Expedientes Sancionadores de la CNC.

I. ALCANCE DE LA COMUNICACIÓN.

- (1) La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), regula en su artículo 52 la terminación convencional como forma de resolución del procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas. Adicionalmente, el artículo 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante RDC), aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, desarrolla lo previsto en el mencionado artículo 52 LDC.
- (2) La Disposición adicional tercera de la LDC establece que la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC) podrá publicar Comunicaciones aclarando los principios que guían su actuación en aplicación de la misma Ley. En las Comunicaciones que se refieran a los artículos 1, 2 y 3 LDC, será oído el Consejo de Defensa de la Competencia, en el que están representadas, entre otras, las autoridades de competencia de las Comunidades Autónomas.
- (3) Mediante esta Comunicación sobre terminación convencional, la CNC busca establecer unas Directrices que, con carácter general, guíen la actuación de la CNC y al mismo tiempo sirva a las empresas sobre cómo proceder a la hora de solicitar y tramitar la terminación convencional de sus expedientes sancionadores.
- (4) De esta manera, se mejora la transparencia y la previsibilidad de los supuestos y trámites para la resolución mediante terminación convencional de un expediente sancionador, favoreciendo la seguridad jurídica de los operadores económicos.
- (5) La presente Comunicación es de aplicación a la terminación convencional de los procedimientos sancionadores incoados por infracción de los artículos 1, 2 y/o 3 LDC y, en su caso, de los artículos 101 y/o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE).
- (6) A la luz de la experiencia acumulada durante la aplicación de esta Comunicación, la CNC podrá revisar la misma transcurrido un plazo de dos años desde su primera aplicación.

II. EL OBJETO DE LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL EN LA LDC

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

- (8) La LDC establece la prohibición de determinadas conductas anticompetitivas y regula el procedimiento sancionador de las mismas. La forma normal de terminación de estos expedientes sancionadores es el pronunciamiento expreso por parte del Consejo de la CNC sobre el fondo del asunto, declarando acreditada o no acreditada una infracción de los artículos 1, 2 y/o 3 LDC y, en su caso, de los artículos 101 y/o 102 TFUE.
- (9) Sin perjuicio de ello, la norma prevé la posibilidad de la terminación convencional del expediente. Se trata de una forma atípica de finalización del expediente sancionador, en la que la CNC resuelve poner fin al procedimiento sancionador haciendo vinculantes unos compromisos ofrecidos voluntariamente por el presunto infractor, sin necesidad de que se produzca una declaración sobre la acreditación de la infracción, ni consiguientemente, se imponga una sanción.
- (10) El objeto de la terminación convencional es doble. Por un lado, se busca lograr un restablecimiento rápido de las condiciones de competencia que se han puesto en riesgo con las conductas restrictivas detectadas, mediante unos compromisos que resuelvan los problemas de competencia o eliminen las restricciones de competencia injustificadas, salvaguardando el bienestar de los consumidores y el interés público. Por otro lado, permite cumplir con el principio de eficacia administrativa, posibilitando una utilización más adecuada de los recursos de la CNC, al facilitar una reducción de los trámites de instrucción y un acortamiento de los plazos de resolución del expediente sancionador en el que se acuerda la terminación convencional.
- (11) Por estos motivos, con carácter general, la terminación convencional de los expedientes sancionadores es más factible cuanto antes se presente en la fase de instrucción de los mismos, en la medida que conforme haya una mayor convicción fundada de la comisión de una infracción, más difícil es que la CNC observe y justifique que se salvaguarda el interés público sin necesidad de sancionar una conducta infractora. Además, cuanto más avanzada está la fase de instrucción de un expediente, más desdibujado queda el efecto de satisfacción del interés público que se obtiene mediante la pronta finalización del expediente y que permite una rápida implementación de los remedios que ponen fin a la situación de restricción de la competencia detectada.
- (12) Adicionalmente, en principio la terminación convencional no será admisible en los casos en que por norma general no existen compromisos viables a los efectos del artículo 52 de la LDC, bien de cara a resolver los efectos sobre la competencia de las conductas investigadas o bien para garantizar suficientemente el interés público.
- (13) Asimismo, a fin de salvaguardar el carácter disuasorio de la normativa de competencia, incluso aceptando la terminación convencional de un expediente sancionador y no pronunciándose sobre la acreditación de la infracción de la LDC, la CNC podrá entrar a valorar en la propia resolución de terminación convencional la compatibilidad con la normativa de competencia de las conductas analizadas.
- (14) Los compromisos que pueden dar lugar a la terminación convencional de un expediente sancionador podrán ser de comportamiento o estructurales, así como una mezcla de ambos tipos. Por ejemplo, compromisos de modificación de una conducta, de terminación de determinados acuerdos, de eliminación de cláusulas de acuerdos, contratos o estatutos, de desinversión, de no intervención en algunas actividades económicas, etc.

- (15) Por último, hay que tener en cuenta que la terminación convencional es una forma de finalización del expediente sancionador distinta del acuerdo transaccional de la normativa comunitaria, que no encuentra reflejo en la regulación española de competencia.

III. ¿EN QUÉ CASOS PROCEDE LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL?

- (16) Para acordar el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional de un expediente sancionador y para aceptar finalmente los compromisos presentados la CNC aplicará los criterios que se exponen a continuación.
- (17) Conviene recordar que las decisiones de inicio y aceptación tienen un carácter discrecional para la CNC, y que cada expediente sancionador presenta sus propias especificidades, por lo que la CNC debe aplicar caso a caso el margen de apreciación del que dispone.
- (18) La decisión de iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional corresponde a la Dirección de Investigación de la CNC, previa propuesta de los presuntos autores de las conductas prohibidas.
- (19) Sin perjuicio de lo anterior, la Dirección de Investigación podrá invitar a los presuntos autores a solicitar el inicio de la terminación convencional, si estima que las circunstancias del caso aconsejan la terminación convencional del mismo. Por regla general, esta invitación se produciría simultáneamente a la incoación del expediente sancionador, aunque también podría producirse con posterioridad a dicha incoación.
- (20) En este sentido, a la hora de adoptar la decisión de iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional se tiene en cuenta que la misma permita un ahorro de trámites de instrucción y acortar los plazos de resolución del expediente, a fin de posibilitar una rápida implementación de los remedios que ponen fin a la situación de restricción de la competencia detectada. Por este motivo, la CNC valorará muy positivamente que la propuesta de terminación convencional se presente cuanto antes una vez incoado el expediente sancionador, con el fin de que permita garantizar el interés público que reclama el art. 52 de la LDC.
- (21) Asimismo, para adoptar esta decisión de inicio, la Dirección de Investigación tiene en cuenta diversos factores, tanto de carácter sustantivo como de procedimiento, que son relevantes de cara a la salvaguarda de los criterios de admisibilidad de una terminación convencional recogidos en el art. 52 LDC, concretamente, la resolución de los efectos sobre la competencia y la garantía del interés público.
- (22) En lo que respecta a las cuestiones de procedimiento, por norma general la Dirección de Investigación acordará el inicio de la terminación convencional cuando:
- El solicitante del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional se haya puesto en contacto previo con la Dirección de Investigación para explorar la posibilidad de la terminación convencional del expediente sancionador.
 - La solicitud se produzca antes de la finalización del plazo de alegaciones al pliego de concreción de hechos previsto en el artículo 50.3 LDC.

- Esta solicitud contenga las líneas generales de los compromisos que el presunto infractor estaría dispuesto a presentar, así como una justificación de por qué estos compromisos se consideran adecuados y suficientes para posibilitar la terminación convencional del expediente sancionador.
- (23) En lo que se refiere a los aspectos sustantivos, por norma general NO se acordará el inicio de la terminación convencional cuando:
- Se investigue:
 - una conducta que se agota en sí misma;
 - una infracción del artículo 1 LDC en relación con un cártel.
 - Las conductas investigadas hayan tenido efectos irreversibles sobre la competencia durante un periodo de tiempo significativo o hayan afectado a una parte sustancial del mercado.
 - El/los presunto/s infractor/es hayan sido declarados con anterioridad por la CNC u otra autoridad de defensa de la competencia responsables de una práctica prohibida por conductas similares, o cuando hubieran sido parte de una terminación convencional previa por prácticas similares.
 - La no continuación del procedimiento sancionador ponga en riesgo la eficacia y el carácter disuasorio de la normativa de competencia. En particular, cuando la CNC estime necesario que exista un pronunciamiento expreso de infracción de la normativa de competencia.
- (24) Por otra parte, de cara a la aceptación de los compromisos propuestos, y a los efectos de que se cumpla el requisito legal de que los compromisos resuelvan los efectos sobre la competencia, la CNC valorará que las propuestas cumplan los siguientes requisitos:
- Los compromisos presentados efectivamente resuelvan de manera clara e inequívoca los problemas de competencia detectados.
 - Esos compromisos puedan implementarse de manera rápida y efectiva.
 - La vigilancia del cumplimiento y de la efectividad de los compromisos sea viable y eficaz.

IV. ¿CÓMO SE TRAMITA LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL?

IV.1. Inicio

- (25) Una vez incoado un expediente sancionador, cualquiera de los presuntos infractores puede solicitar a la Dirección de Investigación el inicio de las actuaciones tendentes a su terminación convencional.
- (26) Como se ha señalado anteriormente, la probabilidad de que una solicitud de terminación pueda prosperar será mayor cuanto antes se presente y, en particular, deberá producirse

por norma general antes de la finalización del plazo de alegaciones al pliego de concreción de hechos previsto en el artículo 50.3 LDC.

- (27) Para realizar esta solicitud, no es necesario que concurran en la misma todos los presuntos infractores del expediente, si bien la solicitud debe cubrir todas las presuntas conductas prohibidas de las que sea responsable el solicitante e identificadas en la incoación del expediente sancionador o, en su caso, en el correspondiente Pliego de Concreción de Hechos.
- (28) Con carácter previo a la presentación formal de la solicitud de inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente sancionador, es recomendable que el presunto infractor se ponga en contacto con la Dirección de Investigación, a fin de plantear las líneas generales de los compromisos que estaría dispuesto a presentar.
- (29) La solicitud de inicio de la terminación convencional debe contener las líneas generales de los compromisos que el presunto infractor estaría dispuesto a presentar, así como una justificación de por qué estos compromisos se consideran adecuados y suficientes para posibilitar la terminación convencional del expediente sancionador.
- (30) Una vez recibida la solicitud formal, la Dirección de Investigación acordará aceptar o denegar motivadamente el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente sancionador.
- (31) El Acuerdo de inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento sancionador establecerá, con carácter general, un plazo de quince días hábiles para que la parte solicitante presente la primera versión de sus compromisos, salvo que la primera versión de compromisos se haya presentado ya con la solicitud de inicio. Asimismo, en dicho Acuerdo se establecerá la suspensión del cómputo del plazo máximo para el procedimiento sancionador hasta la conclusión de las actuaciones tendentes a la terminación convencional. El Acuerdo será notificado a todos los interesados en el procedimiento.
- (32) La no presentación de primera propuesta de compromisos en el plazo indicado implica el desistimiento de la petición de terminación convencional, la continuación del procedimiento sancionador y el levantamiento de la suspensión del cómputo del plazo máximo para resolver el procedimiento sancionador.
- (33) El hecho de que la Dirección de Investigación acuerde iniciar la terminación convencional de un expediente sancionador no implica necesariamente la elevación de una propuesta de terminación convencional al Consejo de la CNC ni impide la continuación del expediente sancionador si la Dirección de Investigación estima que los compromisos finalmente presentados no son proporcionados o suficientes para resolver los efectos sobre la competencia de las conductas investigadas, garantizando el interés público.

IV.2. Tramitación

- (34) Las propuestas de compromisos identificarán los compromisos que se presentan, las partes sometidas a los mismos, su ámbito territorial de aplicación, los plazos de implementación de los mismos y su periodo de vigencia.

- (35) Toda solicitud de confidencialidad en relación con la propuesta de compromisos presentada ante la Dirección de Investigación deberá justificar motivadamente y punto por punto la confidencialidad solicitada, debiéndose aportar adicionalmente una versión no confidencial de la propuesta de compromisos, que podrá ser modificada por la Dirección de Investigación para incluir aquellos datos cuya confidencialidad desestime.
- (36) La Dirección de Investigación dará de forma inmediata traslado de cada propuesta de compromisos al Consejo de la CNC. Al mismo tiempo, la Dirección de Investigación trasladará la versión no confidencial de los primeros compromisos al resto de presuntos infractores y a los demás interesados en el expediente sancionador, a fin de que puedan alegar lo que crean conveniente, en un plazo de diez días hábiles.
- (37) En lo que se refiere al resto de presuntos infractores del expediente sancionador que también deseen solicitar la terminación convencional del procedimiento, los mismos podrán o bien adherirse a los compromisos presentados, o presentar compromisos propios respecto a las conductas detectadas. En este último caso, los compromisos adicionales seguirán la misma tramitación que los compromisos presentados por la parte que solicitó el inicio de la terminación convencional.
- (38) Adicionalmente, la Dirección de Investigación podrá remitir la versión no confidencial de los compromisos presentados a terceros que no son interesados en el expediente, en el marco de requerimientos de información conforme a lo previsto en el artículo 39.1 LDC, a fin de recabar elementos de valoración sobre la adecuación de dichos compromisos.
- (39) Por otra parte, la Dirección de Investigación podrá requerir a la parte que ha presentado compromisos cuantas aclaraciones o modificaciones estime necesarias en relación con los mismos.
- (40) La Dirección de Investigación elevará al Consejo de la CNC la propuesta de terminación convencional prevista en el artículo 39.5 RDC, si entiende que los primeros compromisos presentados son proporcionados y suficientes para resolver los efectos sobre la competencia de las conductas investigadas, garantizando el interés público.
- (41) En caso contrario, la Dirección de Investigación declarará motivadamente la inadecuación de la primera propuesta de compromisos y otorgará a la parte que ha presentado dichos compromisos un plazo de diez días hábiles para presentar una segunda propuesta de compromisos.
- (42) La no presentación de la segunda propuesta de compromisos en el plazo establecido implica el desistimiento de la petición de terminación convencional, la continuación del procedimiento sancionador y el levantamiento de la suspensión del cómputo del plazo máximo para el procedimiento sancionador.
- (43) Si la Dirección de Investigación entiende que los segundos compromisos presentados son proporcionados y suficientes para resolver los efectos sobre la competencia de las conductas investigadas, garantizando el interés público, elevará al Consejo de la CNC la propuesta de terminación convencional prevista en el artículo 39.5 RDC.
- (44) En el caso de que la Dirección de Investigación considere que los segundos compromisos presentados no son proporcionados o suficientes para resolver los efectos sobre la

competencia de las conductas objeto de expediente, garantizando el interés público, acordará de forma motivada tener a la parte que ha presentado los compromisos por desistida de su solicitud de terminación convencional, continuándose la tramitación del procedimiento sancionador y reanudándose el cómputo del plazo máximo para la resolución del expediente. Este acuerdo se notificará a todos los interesados en el expediente.

IV.3. Resolución

- (45) Una vez elevada la propuesta de terminación convencional al Consejo de la CNC por parte de la Dirección de Investigación, en los casos en los que se haya incoado también por una infracción de los artículos 101 y/o 102 TFUE en relación con las conductas que son objeto de la terminación convencional, el Consejo de la CNC acordará remitir a la Comisión Europea la propuesta de terminación convencional de la Dirección de Investigación, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002.
- (46) En relación con la propuesta de terminación convencional de la Dirección de Investigación, el Consejo de la CNC podrá acordar:
- Resolver el expediente sancionador por terminación convencional, estimando adecuados los compromisos finalmente presentados.
 - Que los compromisos presentados no son proporcionados o no resuelven adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente, garantizando el interés público, instando a la Dirección de Investigación para que continúe la tramitación del procedimiento sancionador.
 - Que se presenten nuevos compromisos que resuelvan los problemas detectados. Sobre estos nuevos compromisos el Consejo resolverá acordando la terminación convencional o instando a la Dirección de Investigación para que continúe la tramitación del procedimiento sancionador.
- (47) Cuando el Consejo de la CNC inste la continuación del procedimiento sancionador, la Dirección de Investigación acordará la reanudación del cómputo del plazo máximo para la resolución del expediente sancionador desde la fecha del acuerdo del Consejo de la CNC, y lo notificará a todos los interesados en el expediente.
- (48) La resolución del Consejo de la CNC mediante la que se finalice el procedimiento por terminación convencional recogerá el contenido mínimo expresado en el artículo 39.6 RDC

IV.4. Vigilancia

- (49) El incumplimiento de la resolución de terminación convencional dará lugar a la adopción de las medidas previstas en el artículo 39.7 RDC.

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