

---

## COMENTARIOS DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PARA LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA AL PROYECTO DE COMUNICACIÓN SOBRE LA CELEBRACIÓN DE VISTA EN LOS PROCEDIMIENTOS PREVISTOS EN LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA SOMETIDO A CONSULTA PÚBLICA

El presente documento contiene las observaciones de la Asociación Española de Defensa de la Competencia (en adelante, la “**AEDC**”) al proyecto de Comunicación sobre la celebración de vista en los procedimientos previstos en la Ley de Defensa de la Competencia publicada en la página web de la CNMC el pasado 27 de diciembre de 2021 bajo la referencia COMUNICACIÓN/AJ/010/21 (en adelante, el “**Proyecto**” o el “**Proyecto de Comunicación**”).

Los presentes comentarios han sido elaborados por un grupo de trabajo *ad hoc*, compuesto por miembros de la AEDC<sup>1</sup>, que incluye profesionales de distintos ámbitos especializados en la normativa de defensa de la competencia. No obstante, las reflexiones que incluye este documento no tienen por qué representar la opinión de todos los miembros de la asociación.

### 1. OBSERVACIONES GENERALES

La AEDC agradece la iniciativa para la eventual adopción de una comunicación en materia de vistas. Si bien las autoridades han recurrido a este instrumento en diversas ocasiones, la práctica no se encuentra suficientemente consolidada, lo que hace especialmente útil la comunicación que se propone.

Es adecuado observar que las vistas, entendidas como audiencias formales y contradictorias que tienen lugar tras finalizar la instrucción, pero antes de la decisión final, presentan una doble naturaleza. Son, de una parte, un medio de contraste de hechos a disposición de la autoridad en la última fase de los procedimientos que permite al órgano que adopta la decisión que pone fin al procedimiento administrativo clarificar cualquier duda que pudiera subsistir tras la instrucción del expediente. Pero, además y junto a ello, son manifestación de ejercicio de los derechos de defensa (singularmente, el derecho a ser oído por la autoridad) que caracteriza a todo procedimiento potencialmente restrictivo de derechos y que presenta una especial importancia en materia de competencia por la frecuente indefinición legal de las cuestiones debatidas y la complejidad técnica y económica de los expedientes.

Tanto desde una perspectiva como de la otra, las vistas son útiles al interés general, asegurando una mayor calidad en la instrucción y resolución de los expedientes, y permitiendo corregir posibles defectos, ya de procedimiento o de fondo, que podrían eventualmente debilitar la defensa de las resoluciones ante los Tribunales, reforzando la credibilidad del sistema de protección frente a conductas contrarias a la competencia. Por lo anterior, su correcto desarrollo no solo beneficia a la CNMC y a las partes, en tanto

---

<sup>1</sup> El grupo de trabajo lo componen: Eduardo Abril Fernández, Gonzalo Antón Tascón, Marcos Araujo Boyd, Oriol Armengol Gasull, Alba Gubía Benito, Joaquín Hervada Sierra, María López Ridruejo, Borja Martínez Corral, Diana Martínez Cobaleda, Irene Moreno-Tapia, Iliana Nuñez Osorio, Carlos Pascual Pons, Bárbara Rivera Méndez, Javier Torrecilla Pérez y Patricia Vidal Martín.

permite velar por el carácter equitativo, imparcial y objetivo de los procedimientos de competencia. De esta manera, se contribuye al interés general, lo que confirma su generalización ante las autoridades más relevantes en este campo y, singularmente, la Comisión Europea, cuyo modelo de aplicación pública inspira el sistema español de defensa de la competencia.

En particular, la AEDC comparte la propuesta de la CNMC de optar por el modelo de organización y celebración de vistas utilizado en el Tribunal de Justicia y en el Tribunal General de la Unión Europea, en detrimento de otros modelos alternativos y, singularmente, del procedimiento que sigue la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea (en adelante, "DG COMP"). No obstante, dicho procedimiento prevé un debate entre partes en posición de igualdad, situación que no concurre en el procedimiento ante la CNMC, lo que aconseja valorar la incorporación de algunos elementos de este último.

### **1.1 SOLICITUD DE VISTA Y DECISIÓN DEL CONSEJO**

Cabe primeramente observar que el apartado IV del Proyecto de Comunicación, en su primer párrafo, sugiere que la convocatoria de vista oral es un acto discrecional del Consejo, lo que entendemos incorrecto en el caso de los expedientes de control de concentraciones, por lo que sería conveniente una aclaración.

Por lo que respecta al procedimiento de conductas, la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, "LDC") sí reconoce a la autoridad un margen de apreciación, no siendo vinculante para la misma la solicitud planteada por las partes. Ahora bien, esta facultad de denegación, en la medida que incide sobre el ejercicio de un derecho esencial, se ve sujeta a límites, no pudiendo ser ejercida de manera arbitraria o inmotivada.

A este respecto, la AEDC observa que la celebración de vistas enriquece los procedimientos dando la posibilidad de un trámite de contradicción oral, garantizando a las partes su derecho a ser oídas, así como la oportunidad de que todos los miembros del Consejo conozcan, no solo las particularidades de cada asunto sino también del supuesto papel de las partes en el mismo. Por ello, la AEDC entiende que, como principio general, deberían aceptarse las solicitudes formuladas a este efecto, salvo cuando concurrieran razones precisas y congruentes para su rechazo. Dichas razones deberían expresarse tomando en cuenta los criterios que, acertadamente, el Proyecto ya contempla respecto de la solicitud planteada por las partes interesadas, esto es, valorar la utilidad de la vista en el caso concreto e indicar los aspectos fácticos, técnicos o jurídicos que hagan innecesaria o inconveniente su celebración, no bastando una motivación de carácter genérico. La eventual resolución acogiendo o rechazando la solicitud motivaría la concurrencia de estos elementos bajo el control de los Tribunales.

### **1.2 PARTICIPACIÓN DE TERCEROS EN LA VISTA Y CONFIDENCIALIDAD**

La segunda frase del apartado 2 del artículo 19 del Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, "RDC") prevé que: *"El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá también requerir la presencia en la vista de aquellas personas que considere oportunas, comunicando este hecho*

---

*a los interesados con indicación de su identidad, cargo y ocupación profesional, debiendo quedar garantizada en todo caso la confidencialidad de las actuaciones”.*

Cabe observar que el ejercicio de esta facultad puede desincentivar la celebración de vistas, al interferir con el derecho de las partes a presentar el caso de la manera que entiendan procedente. A fin de evitar este riesgo, cabe sugerir que la comunicación que se adopte explicita que la misma solo se ejercería de manera excepcional a la vista de elementos (p.ej., conocimientos o experiencia) que concurrieran en estas personas.

Por otro lado, observamos que el Proyecto no se refiere al tratamiento que debería darse a los terceros en este tipo de actuaciones, más allá de algunas referencias a “los interesados” y a la capacidad de la CNMC para “requerir a aquellas personas que considere oportunas”. Cabe proponer que se incluya alguna referencia, eventualmente inspirada en las normas de la Unión Europea (artículos 5, 11 y 13 del Reglamento (CE) no 773/2004 para casos relativos al art. 101 y 102 TFUE, y 11 y 16 del Reglamento (CE) no 802/2004 y artículo 18, apartado 4, del Reglamento (CE) no 139/2004 para las concentraciones, sin olvidar las “Best Practices” adoptadas por la Comisión Europea y los artículos 5 y 10 a 13 de la Decisión del Presidente de la Comisión Europea de 13 de octubre de 2011 relativa a la función y el mandato del consejero auditor en determinados procedimientos de competencia).

En especial, cabe proponer que se reclame de las personas físicas y jurídicas que deseen intervenir en el procedimiento acrediten un interés legítimo y, en cualquier caso, se informe de su eventual intervención a las partes con antelación suficiente a la celebración de la vista, permitiendo a las mismas formular alegaciones sobre la propuesta de concurrencia de estos terceros y/o en su caso, proponer alternativas al objeto de que sean valorados por el Consejo.

Preocupa especialmente a la AEDC el tratamiento y la confidencialidad de las grabaciones de las vistas en relación con terceros. Especialmente en relación con estos aspectos, puede resultar conveniente considerar la incorporación de una figura que tenga un mandato explícito de asegurar la corrección del procedimiento al modo del *Hearing Officer* o consejero auditor siguiendo el modelo de celebración de vistas de la Comisión Europea gestionando las eventuales controversias que puedan producirse en el marco del ejercicio de los derechos de las partes en relación con la participación de terceros en las vistas.

### **1.3 SUSPENSIÓN DE PLAZOS**

Observamos que el Proyecto no aborda el impacto que las vistas tendrían en los plazos para la resolución de los procedimientos, elemento este que también podría, incorrectamente apreciado, desincentivar su uso.

Por ello, la AEDC considera que, en los expedientes sancionadores, la celebración de una vista oral debería con carácter general suspender el cómputo del correspondiente plazo máximo de los procedimientos previsto, respectivamente, en los apartados 1 y 2 a) y b) del artículo 36 LDC, evitando su consideración como un obstáculo que pudiera comprometer la adopción de una resolución adecuada en plazo. Por lo que respecta a los expedientes en materia de control de concentraciones, sin embargo, la suspensión no debería imponerse de principio, al tratarse de un trámite obligado, sin perjuicio de que el

Consejo pudiera acordar discrecionalmente, a la luz de las circunstancias que concurran en cada caso, si procede la suspensión del plazo máximo de resolución.

En ambos casos, entendemos que la suspensión podría acordarse al amparo del apartado 4 del artículo 37 LDC, que faculta a la CNMC para suspender excepcionalmente los plazos máximos de resolución “mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes”. Dicho esto, sería deseable aprovechar la actual tramitación parlamentaria de la modificación de la LDC para incluir expresamente la celebración de vistas orales entre los supuestos de suspensión obligatoria de los plazos máximos contenidos en el segundo apartado del artículo 37.

En la práctica, la suspensión debería producirse en la fecha en la que la Secretaría del Consejo convoque a las partes interesadas a la vista, convocatoria prevista en el Apartado IV, y debería levantarse con efectos el día siguiente a la fecha en la que la vista se celebre o, si su celebración tiene lugar durante más de un día, el día siguiente al último día de vista.

## **2. TIPOS DE VISTAS ORALES**

### **2.1 INTRODUCCIÓN**

La Sección II del Proyecto de Comunicación se dedica a la finalidad de la vista oral, diferenciando con buen criterio entre expedientes sancionadores y de concentraciones. Esta diferenciación es pertinente, en la medida en que, siendo el objeto de los procedimientos completamente diferente, la finalidad de las vistas y, sobre todo, los principios jurídicos afectados, también lo son.

En el caso de los procedimientos sancionadores, el objeto del expediente es la investigación de una posible conducta restrictiva (que ya se ha producido o se está produciendo). Por ello, los elementos que deben ponderarse en todas las actuaciones son el interés público, encarnado en los poderes de investigación y sanción de la autoridad, y el derecho de las empresas investigadas a la presunción de inocencia.

En estos procedimientos, la posición de la autoridad ya está fijada en la Propuesta de Resolución (en adelante, la “PR”) y, en principio, las empresas imputadas ya han podido alegar y aportar prueba ante la Dirección de Competencia. Así pues, la vista oral se celebra en un momento en el que la instrucción ya se ha cerrado y en el que la práctica de nueva prueba -salvo que se considere que se ha rechazado indebidamente propuestas de prueba en la fase de instrucción- debería ser, en principio, la excepción. Sobre esta premisa, la vista debe ser útil para que el Consejo pueda contrastar debidamente los hechos y los argumentos planteados por todas las partes, contrastar las valoraciones económicas o técnicas que hayan podido realizar los expertos que hayan emitido informes en la fase de instrucción permitiendo al órgano decisorio realizar preguntas y comprender mejor estos informes, además de aclarar todas las cuestiones que precisen aclaración sobre aspectos relevantes, sobre todo, en situaciones novedosas o especialmente complejas, pero también en situaciones en las que las alegaciones de las partes a la PR cuestionen seriamente las premisas de la propuesta de resolución. En estos casos, la vista es útil para que los miembros del Consejo contrasten directamente la solidez de los argumentos de ambas partes y obtener una mejor comprensión de la realidad. La vista también

puede ser útil para discutir elementos relacionados con la determinación de la sanción.

En el caso de los procedimientos de control de concentraciones, las vistas en segunda fase tienen fundamentalmente por objeto el análisis de los obstáculos a la competencia puestos de manifiesto en la apertura de la segunda fase. Conviene recordar que, en este caso, no estamos ante una infracción cometida, sino ante una solicitud de autorización para la ejecución de una operación. Asimismo, podría aparecer en estos procedimientos una vertiente relativa a derechos de defensa toda vez que la concentración pudiera no autorizarse o autorizarse con compromisos más gravosos que los propuestos inicialmente por las partes. Así pues, en este caso se deben ponderar esencialmente el interés público, así como el derecho de defensa, por un lado, con la libertad de empresa y el derecho a la propiedad privada, por el otro.

Dado que la apertura de la segunda fase está relacionada con posibles obstáculos a la competencia planteados por la operación notificada, la vista es el momento en el que las empresas que se concentran pueden hacer valer ante el Consejo los argumentos económicos y jurídicos que apoyan su posición. A diferencia de los expedientes sancionadores, en el caso de las concentraciones económicas, la investigación no está todavía cerrada, por lo que las vistas deberían constituir, salvo renuncia de las partes, un elemento central en la investigación de la autoridad.

Las diferencias entre ambos tipos de procedimientos, por lo tanto, no deben quedarse en el plano teórico, sino que deberían tenerse en cuenta a la hora de acordar, programar y organizar las vistas.

Antes de entrar a valorar las diferencias que deberían considerarse en este sentido, nos gustaría plantear la utilidad que podría suponer el establecimiento de actos de instrucción orales en la fase de instrucción de los procedimientos sancionadores. Entendemos que, en este caso, el Consejo no debería estar implicado, pero estos actos, que permiten, por ejemplo, discutir elementos de prueba económica, pueden contribuir a la robustez de la instrucción y a la mejor protección de los derechos de las entidades investigadas. No sería necesaria ninguna reforma normativa, en la medida en que entendemos que los poderes de investigación de la CNMC ya permitirían este tipo de actuaciones.

En el caso de control de concentraciones, planteamos igualmente la posibilidad de celebrar actuaciones orales, ahora sí, con la intervención del Consejo, en el caso de que las empresas notificantes planteen compromisos y deseen defenderlos ante el Consejo sin necesidad de apertura de una segunda fase.

## **2.2 LAS DIFERENCIAS EN LA VISTA ORAL DE EXPEDIENTES SANCIONADORES Y DE OPERACIONES DE CONTROL DE CONCENTRACIONES**

### Papel de la prueba en las vistas

Como se ha anticipado, el papel de la prueba de la vista oral es diferente en el caso de los expedientes sancionadores y en el de operaciones de concentración. En el primero se trata de valorar estrictamente la prueba realizada por parte de la Dirección de Competencia durante la instrucción del procedimiento sancionador (o de las diligencias practicadas, en su caso, por el Consejo), con el objeto de poder verificar la exactitud y rigor de dicha prueba, en particular del Pliego de Concreción de Hechos (en adelante, el "PCH"). Se trata, en definitiva, de una oportunidad para que las empresas acusadas puedan presentar

sus principales argumentos respecto a los hechos concretados durante de la instrucción y rebatir los argumentos de la Dirección de Competencia en un formato de debate entre las partes, para tratar de que todos los hechos del caso queden establecidos de la manera más clara posible de cara a la decisión del Consejo de la CNMC. Por ello, lo más frecuente será que en las vistas no se aporten nuevas pruebas, sino que se examine la ya practicada por la CNMC (sin perjuicio -como se ha indicado- de que pueda debatirse la procedencia de pruebas no practicadas en la instrucción pese a haber sido solicitadas por las partes).

En el caso de operaciones de concentración, la vista, sin embargo, no se circunscribe a los hechos y cuestiones abordados por la Dirección de Competencia durante el procedimiento, sino que es el formato más adecuado para que las partes de la operación puedan contrastar y discutir la nueva prueba económica aportada al comienzo de la segunda fase del procedimiento de control de concentraciones. La prueba, en estos casos, por tanto, podría introducir elementos nuevos, en particular de carácter económico, aportados por las partes de la operación. Por ello, el peso de la prueba en las vistas de concentraciones económicas debe ser mayor y más garantista.

#### El momento de celebración de la vista oral

Dada la diferente finalidad de la vista en las operaciones de concentración y de la naturaleza de autorización administrativa que tiene el procedimiento de control de concentraciones, la AEDC considera que el momento relevante para la celebración de la vista sería tras la remisión a las partes del PCH, de modo que los notificantes puedan pronunciarse y contestar sobre aquellos extremos que discrepen, garantizándose su derecho a la última palabra.

En los expedientes sancionadores, la vista se celebra entre la presentación de alegaciones a la PR y la resolución del Consejo. La misma debería tener lugar una vez el Consejo haya tenido tiempo de familiarizarse con el expediente, es decir, lo más tarde posible, para que ésta aporte un mayor valor añadido y se resuelvan cuestiones que faciliten la toma de decisiones en la resolución del procedimiento sancionador.

#### El carácter suspensivo

Como se ha indicado en el primer apartado, en los expedientes sancionadores, consideramos que la vista oral debería tener efectos suspensivos para que no reduzca el tiempo que tiene el Consejo para deliberar.

Sin embargo, entendemos que, en las operaciones de control de concentraciones, la suspensión podría acordarse de forma discrecional por parte del Consejo, teniendo en cuenta la petición al respecto de los notificantes.

Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de llevar a cabo una vista o actuación similar en primera fase en caso de que haya que presentar compromisos, entendemos que el plazo adicional que ya incluye la normativa para la presentación de compromisos haría innecesario el efecto suspensivo de la vista.

### Asistencia de terceros interesados y gestión de aspectos confidenciales

En relación con los asistentes a la vista y la confidencialidad que debe guardarse respecto de ésta, consideramos que conviene, de nuevo, considerar las especialidades de ambos procedimientos.

Ello es así porque, si bien es cierto que la Comunicación recoge un deber de confidencialidad general para todos los asistentes, las concentraciones exigen, normalmente, mayores protecciones en este ámbito puesto que la información facilitada a la CNMC suele contener secretos de negocio de gran valor para las partes implicadas, así como otro tipo de información comercialmente sensible, que no debe ser conocida por otros operadores del mercado.

En consideración de lo anterior, creemos que la asistencia de terceros interesados a las vistas relativas a procedimientos de concentraciones debiera ser excepcional, permitiéndose únicamente cuando las cuestiones que se vayan a debatir en la vista hagan imprescindible la presencia del tercero en cuestión, y únicamente durante el tiempo estrictamente necesario. En particular, respecto de aquellas personas físicas o jurídicas que tuvieran la condición de interesados de conformidad con el artículo 66 del RDC, creemos que únicamente debería permitirse su asistencia a la vista cuando lo que se vaya a tratar en ella no suponga la revelación de información confidencial de ninguna de las partes involucradas en la notificación.

En lo que respecta a los procedimientos sancionadores, la presencia de terceros interesados en virtud del artículo 37 del RDC plantea retos distintos en materia de confidencialidad. Por un lado, puede existir una pluralidad de imputados respecto de los que la información de descargo de una parte sea confidencial. Por otro lado, en estos procedimientos pueden existir interesados no imputados (por antonomasia, el denunciante, pero también otras entidades, como empresas perjudicadas) cuya valoración de las actuaciones puede ser de gran relevancia. Finalmente, la sensibilidad de la información confidencial también es diferente. Mientras que en el caso del control de concentraciones lo normal es que la mayoría de la información sea confidencial (ya que incluye datos actuales y perspectivas futuras), en el caso de los expedientes sancionadores, la información de cargo que se discute ante el Consejo tiene, como mínimo, doce meses de antigüedad. Por ello, los elementos confidenciales serán, normalmente, menos sensibles.

La pluralidad de partes en los expedientes sancionadores plantea importantes retos en materia de confidencialidad, siendo necesario ponderar esta cuestión con los derechos de defensa de cada parte. En principio, este balance ya debería resultar de las decisiones sobre confidencialidad adoptadas en la fase de instrucción, pero es necesario que en la vista se trasladen esas cuestiones, estableciéndose métodos para garantizar que, si alguna parte desea presentar al Consejo información confidencial, solo estarán presentes los representantes de las entidades cuyo acceso a dicha información sea imprescindible.

Adicionalmente, si una parte deseara emplear información confidencial en la vista, debería poner esta circunstancia en conocimiento de la autoridad, a fin de que ésta adopte las decisiones pertinentes.

### Gestión de tiempos

En lo que se refiere a la gestión de los tiempos en la vista, consideramos que, nuevamente, conviene distinguir entre los procedimientos de control de concentraciones y los sancionadores. Ello es así porque, normalmente, en los primeros habrá un menor número de intervinientes (con frecuencia, únicamente los representantes de la parte o partes notificantes y del negocio adquirido), mientras que en un procedimiento sancionador podrían intervenir, como mínimo, tantos representantes como partes investigadas haya, que normalmente son numerosas.

Así, en el caso de los procedimientos de control de concentraciones, en la medida en que, como se ha expuesto en la introducción de esta sección, éstos pueden suponer una restricción de la libertad de empresa, las partes que se concentran deben contar con más tiempo para defender sus intereses y poder aportar todos los elementos de prueba que se consideren pertinentes para ello.

También tiene más sentido en el ámbito del control de concentraciones la previsión del Proyecto de Comunicación que recoge que el Consejo de la CNMC pueda instar a varias partes que defiendan la misma tesis para que realicen una exposición común, a fin de evitar repeticiones. Por lo general, en estos casos, los intereses de las partes están alineados.

En el ámbito sancionador, si bien es positivo que se prevea esta posibilidad, entendemos que debería hacerse siempre a libre criterio de las partes, ya que se encuentra en juego su derecho de defensa. En este sentido, el lenguaje del Proyecto de Comunicación puede ser innecesariamente duro (“instar”). Por ello, entendemos que el Consejo debe poder sugerir esta opción a las partes cuando considere que, por cuestiones de eficiencia, pueda resultar conveniente, ello solo será posible si las partes investigadas lo solicitan expresamente. Ello es así porque, aunque las partes investigadas pueden coincidir en la defensa de algún aspecto importante del expediente, también pueden diferir respecto de algunos extremos de ese mismo aspecto y, por tanto, su argumentación o defensa puede no ser plenamente coincidente.

Asimismo, en los casos en que se consienta por las partes la realización de dicha exposición común, entendemos que ello no debe cercenar el derecho de cada una de las partes investigadas a realizar una exposición individualizada de aquellos extremos que consideren relevantes para su defensa particular o al derecho de cualquier interesado de no unirse a la presentación común. Por tanto, sugerimos que, cuando se acuerde la realización de una exposición común por uno o varios representantes de las empresas, se conceda asimismo tiempo adicional a cada una de las partes para exponer aquellas cuestiones que sean particulares de su defensa individual.

### **3. ORDENACIÓN MATERIAL DE LAS VISTAS ORALES**

Como se ha adelantado, la AEDC acoge favorablemente la propuesta de la CNMC de inspirarse en el modelo de organización y celebración de vistas utilizado por el Tribunal de Justicia. No obstante, dado que las vistas ante la CNMC no se enmarcan en procedimientos de naturaleza jurisdiccional, la AEDC entiende que ciertos aspectos concretos de naturaleza procedimental contenidos en el Proyecto de Comunicación de la CNMC precisan ser aclarados con el fin ofrecer mayores garantías a las partes interesadas, así como de agilizar el acto de celebración de las vistas.



### **3.1 SOLICITUD DE CELEBRACIÓN DE VISTA ORAL**

Con carácter general, coincidimos con el Proyecto de Comunicación en la conveniencia de que tanto las partes como el Consejo deban especificar los motivos por los que solicita (o, en el caso del Consejo, acuerda) la celebración de vista oral, de forma similar a lo que establecen los apartados 2 y 3 del artículo 106 del Reglamento del Procedimiento del Tribunal General de la Unión Europea, así como el Reglamento del Tribunal de Justicia, que obliga a las partes a que manifiesten “si desean que se celebre una vista y, de ser así, por qué motivo”.

Ahora bien, la redacción del tercer párrafo exigiendo al solicitante de vista oral en el procedimiento de control de concentraciones que justifique la conveniencia de su celebración y delimite los aspectos sobre los que ésta debe versar nos suscita algún comentario. Así, dado que el apartado 3 del artículo 58 LDC establece que la vista oral debe necesariamente celebrarse si lo solicitan los notificantes (y, por tanto, que el Consejo no goza de discrecionalidad para acordarla, a diferencia de lo que sucede en el caso de los expedientes sancionadores), dicha exigencia parece contemplar que el Consejo podría no acordar la celebración de vista si los notificantes la solicitan sin especificar los motivos por los que consideran conveniente el trámite y/o no especifican los aspectos sobre los que debe versar. Ello es tanto más así cuanto que la primera frase del apartado IV siguiente viene a señalar que se dictará acuerdo de celebración de vista oral “cuando el Consejo de la CNMC considere de utilidad para el examen y resolución del procedimiento” que el trámite tenga lugar, sin distinguir entre el tipo de procedimiento, lo que podría sugerir que el Consejo goza de discrecionalidad para acordar la celebración de vista en ambos casos.

En estas circunstancias, creemos que debería aclararse la redacción del tercer párrafo de forma que, al menos en lo que respecta a los procedimientos de control de concentraciones, no resulte imperativo sino simplemente conveniente justificar la necesidad de vista y especificar los extremos sobre los que debería versar.

Por lo demás, quizás convendría aclarar qué sucede en el caso de que no haya coincidencia respecto a las razones por las que, particularmente en el caso de expedientes sancionadores, los distintos interesados solicitan la celebración de vista oral. La AEDC entiende que en tales casos todas las razones esgrimidas tendrían que ser consideradas por el Consejo.

### **3.2 CONVOCATORIA DE LA VISTA**

El Apartado IV del Proyecto de Comunicación se refiere a dos actos distintos; a saber (i) el acuerdo del Consejo acordando la celebración de vista oral (y, eventualmente, resolviendo sobre la proposición de prueba de los interesados), y (ii) la comunicación de la Secretaría del Consejo convocando a la vista.

El Proyecto de Comunicación establece que en el acuerdo de celebración de vista oral (i) se determinará la fecha y hora de su celebración, y (ii) si la vista tendrá carácter presencial, telemático o mixto. Se añade, asimismo, que el Consejo resolverá sobre la proposición de prueba de los interesados en ese mismo acuerdo “o en otro de fecha anterior a la vista”. Consideramos que es conveniente eliminar esta referencia dado que es previsible que gran parte de las pruebas (en particular, las que tengan que ver con peritos

y testigos) se practiquen durante el acto de la vista, por lo que conviene vincular ambos trámites y, por ello, que el Consejo se pronuncie sobre la proposición de pruebas formulada por las partes interesadas en el mismo acuerdo en el que decida si acuerda o no la celebración de vista oral. En el mismo sentido, convendría que en ese mismo acuerdo el Consejo emplazara a las partes para que citen a testigos, peritos o expertos que daban comparecer, por lo que debería redactarse el segundo párrafo in fine de tal modo que ello sea obligatorio y no potestativo.

Por otra parte, y como se comentará posteriormente, creemos que éste debe ser el momento adecuado y, salvo circunstancias excepcionales, único, en el que el Consejo pueda determinar los aspectos concretos sobre los que versará la vista, limitando las facultades del Presidente de la CNMC que en este sentido se contienen en el Proyecto de Comunicación para momentos posteriores a la convocatoria, como en el caso de la entrevista previa prevista en el apartado VI.3.

Por último, por una cuestión sistemática, sería conveniente trasladar a este apartado la referencia a que el acuerdo de celebración de vista podrá requerir la presencia en la vista de aquellas personas que el Consejo considere oportunas, con indicación de su identidad, cargo y ocupación, que el Proyecto de Comunicación incluye en el segundo párrafo del apartado VI.1. Cabe nuevamente observar que esta facultad del Consejo, prevista en el apartado 2 del artículo 19 RDC, puede operar como un fuerte desincentivo a la solicitud de vista por los interesados, que en el momento de formular su solicitud desconocerán si el Consejo va a hacer uso de la misma y cómo se concretará. Por ello, convendría que la Comunicación que en su día se apruebe especifique con claridad en qué situaciones y circunstancias el Consejo puede hacer uso de esta facultad, así como que la decisión respecto a la participación de las mencionadas en la vista se haga idealmente de forma consensuada con los interesados.

En lo que respecta a la convocatoria de la Secretaría del Consejo, esta comunicación debería referirse expresamente a la suspensión del plazo máximo de resolución del expediente en el marco del cual se realice, en línea con la sugerencia de que la celebración de vista tenga carácter suspensivo de los plazos máximos.

Por lo demás, en relación con la referencia a la solicitud de aplazamiento de una vista ya acordada por el Consejo, compartimos que esta situación debe ser verdaderamente excepcional, por lo que sugerimos añadir en la Comunicación que finalmente se adopte que las circunstancias que justifican una solicitud de aplazamiento deben ser (i) materialmente relevantes, y (ii) no haber podido ser previstas en el momento en el que se formuló la solicitud de celebración de vista por la parte que las invoca.

Finalmente, para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y evitar situaciones de indefensión, en el caso de las solicitudes de aplazamiento de una vista, entendemos que se puede recurrir por analogía a las causas establecidas en el artículo 188.1 apartados 3, 4, 5, 6, 7 y en el artículo 188.2 LEC, y a estas normas debería remitirse la Comunicación.

### **3.3 ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA CONVOCATORIA**

Este apartado nos suscita dos comentarios. En primer lugar, convendría que la CNMC aclarara a qué se refiere el Proyecto de Comunicación cuando exige, en relación con las otras personas que podrán

acompañar a los representantes, que se concrete su “relación con el objeto del procedimiento”. En segundo lugar, entendemos que la exigencia de que las partes comuniquen y remitan a la Secretaría del Consejo con dos días de antelación a la celebración de la vista aquellas inestructas o presentaciones que deseen emplear durante el acto de la vista carece de justificación en los procedimientos ante la CNMC. Entendemos que su origen se encuentra en la aportación del esquema de intervención que se produce ante los tribunales europeos para ayudar a los intérpretes, necesidad que aquí no concurre. Esta previsión es susceptible de afectar al derecho de defensa de las empresas interesadas, en particular en el marco de expedientes sancionadores, impidiendo a las mismas modificar, corregir o enmendar dichos elementos una vez ya hayan sido entregados. Cabe además observar que esa exigencia no se impone a la Dirección de Competencia. Propondríamos por ello transformar esta exigencia en un ofrecimiento a los interesados para que, si así lo desean, puedan entregar aquellas inestructas y/o presentaciones que se propongan utilizar durante la vista oral bien antes de su celebración, o bien una vez concluidas sus intervenciones, en línea con lo que parece apuntar el tercer párrafo del Apartado VI.4 (i) del Proyecto de Comunicación, que compartimos y que parece asumir que el acceso a esta documentación no se producirá con anterioridad a la vista.

### **3.4 DESARROLLO DE LA VISTA**

Este apartado contiene numerosos detalles de la regulación material del desarrollo de la vista que nos merecen una valoración globalmente favorable. Sin perjuicio de ello, consideramos oportuno realizar sugerencias a algunos aspectos concretos de la regulación que abordamos a continuación.

- a) En lo que respecta a las consideraciones generales (apartado VI.1), ya se ha señalado la conveniencia de regular en la parte correspondiente al acuerdo sobre la celebración de vista la facultad del Consejo de requerir la presencia de aquellas personas que considere oportunas.
- b) En el párrafo cuarto se establece que la vista se registrará en un soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, sin establecer ningún tipo de excepción a dicho registro. Dada la sensibilidad de los hechos o informaciones que pueden ser objeto de discusión en una vista en materia de competencia, tanto en el marco de expedientes sancionadores como de control de concentraciones, sería conveniente que el Presidente del Consejo tuviera la facultad de acordar, a solicitud de los interesados y siempre que exista una causa justificada (fundamentalmente confidencialidad), que todo o parte de la sesión no sea objeto de grabación. En tales casos, las grabaciones podrían ser sustituidas por un acta que elaborara el Secretario del Consejo. Asimismo, debería establecerse expresamente que solo tendrán acceso a las grabaciones las partes del expediente (salvaguardando en todo caso los aspectos confidenciales), excluyendo por tanto a los terceros que hayan participado en la vista (eventualmente podrían tener acceso al acta-resumen).
- c) Sugerimos que el último párrafo en el que se prevé que el acta y sus anexos sea foliada e incorporada al expediente y notificada a los interesados se complete con alguna previsión respecto al tratamiento confidencial de aquellos aspectos que merezcan tal carácter, en línea con lo expuesto en el apartado VII.

- d) El apartado VI.3 se refiere a la entrevista previa sobre la organización de la vista oral y, en particular, prevé que el Presidente del Consejo pueda instar a que los intervinientes ofrezcan explicaciones adicionales sobre cuestiones de interés para la resolución del procedimiento o que profundicen en uno u otro aspecto específico. La AEDC entiende que esta facultad del Presidente no puede contradecir el contenido del acuerdo de celebración de vista oral, en el que Consejo habrá determinado los aspectos concretos sobre los que versará la vista. A nuestro modo de ver, únicamente en el caso de concurrir circunstancias extraordinarias (por ejemplo, por haber ocurrido un hecho nuevo con posterioridad al acuerdo de celebración de vista) podrá el Presidente instar a los intervinientes a que centren sus intervenciones en extremos distintos de los señalados en el acuerdo de celebración de vista adoptado por el Consejo. Téngase en cuenta que, produciéndose esta entrevista pocos minutos antes de la vista, las partes no contarán con tiempo suficiente para modificar sus exposiciones (y eventuales materiales que hayan preparado de apoyo a sus informes orales) para adecuarse a las indicaciones del Presidente.
- e) En lo que respecta a los informes orales [apartado VI.4(i)], cabe señalar con carácter general que las previsiones del Proyecto de Comunicación introducen numerosas rigideces que limitan la potestad que la Ley reconoce al Presidente del Consejo para ordenar las vistas, y que sugerimos sustituir por una referencia más genérica a que el Presidente resolverá las cuestiones de orden procedimental en la entrevista previa prevista en el apartado VI.3 o conforme se vayan planteando durante la sesión. Se trataría de establecer una previsión similar a la que ya contiene el Proyecto de Comunicación respecto a la facultad del Consejo de alterar el orden general de intervención cuando así lo considere, de oficio o a instancia de parte, por concurrir razones justificadas para ello (que convendría atribuir al Presidente y no al Consejo), o a la referida a la limitación del tiempo de palabra (que asimismo convendría atribuir al Presidente y no al Consejo).
- Tal sería el caso de la exigencia de que los interesados realicen su informe oral “por orden alfabético”, lo cual, si bien constituye un criterio objetivo, puede no ser necesariamente útil o adecuado en todos los casos. Así, por ejemplo, no parece que este criterio tenga sentido cuando dé lugar a que, en una vista de un expediente sancionador en el que alguno o varios de los encausados lo estén en su condición de presuntos facilitadores de la conducta investigada, éstos intervengan antes que los presuntos autores a título principal.
- Lo mismo cabe decir respecto a la previsión de que los solicitantes de inmunidad intervengan en primer lugar mientras que los solicitantes de una reducción de multa lo hagan en último lugar. A nuestro modo de ver, no existe ningún motivo que justifique un tratamiento diferenciado entre ambas categorías de solicitantes de clemencia, siendo preferible dejar libertad al Presidente para que ordene este aspecto a la vista de la situación concreta.
- f) Idéntico comentario nos merece la previsión del Proyecto de Comunicación en el sentido de restringir la exposición del informe oral con carácter general a un único representante por cada uno de los interesados. Se trata de una limitación que no está justificada si los distintos representantes de un mismo interesado realizan sus respectivas intervenciones dentro del tiempo que el Presidente haya conferido a su representado. El reparto de intervenciones entre

---

distintos representantes de un mismo interesado es, por lo demás, práctica habitual en las vistas orales ante los tribunales de la Unión Europea en los que se ha inspirado la CNMC en la redacción del Proyecto de Comunicación. Creemos, por ello, que sería conveniente facultar al Presidente para que pueda autorizar, en el acuerdo de celebración de vista oral, la intervención oral de varios representantes, si así se lo solicitan las partes.

- g) En lo que respecta a las preguntas, sugerimos que se incluya alguna previsión en el sentido de que las partes no estarán obligadas a contestarlas cuando su respuesta pueda vulnerar su derecho constitucional a no confesarse culpable o a no declarar contra sí mismo. Asimismo, sugerimos que se prevea que, en el caso de que no resulte posible responder a alguna pregunta por falta de información o por cualquier otro motivo justificado, se permita a los interesados responder por escrito en un plazo determinado por el Consejo al final de la vista, tal y como se permite, por ejemplo, en las vistas que se desarrollan ante la DG COMP.

Asimismo, sugerimos que se prevea la posibilidad de que, a solicitud del interviniente al que se haya dirigido la pregunta, el Presidente pueda concederle un tiempo limitado para comentar su respuesta con su cliente o con un perito o testigo.

- h) Finalmente, en lo que respecta a la convocatoria de la vista, se recoge en la comunicación que el acuerdo del Consejo de la CNMC sobre la celebración de la misma recogerá si ésta será de carácter presencial, telemático o mixto.

En nuestra opinión, consideramos que, de conformidad con el principio de inmediación que rige en el desarrollo de actos de prueba en los procedimientos judiciales, la celebración de vistas telemáticas debiera aplicarse de manera subsidiaria cuando concurren circunstancias justificadas, más allá de la mera conveniencia, que impidan que los interesados y otros terceros que deban comparecer en la vista lo hagan presencialmente.

Lo anterior va en línea con la forma de proceder en el ámbito judicial y, en particular en los procesos penales. Así, por ejemplo, la STS 161/20152, de 17 de marzo recoge que:

“[...] [E]l ritmo al que se suceden los avances tecnológicos obliga a no descartar que en un futuro no muy lejano la opción entre el examen presencial de los testigos/peritos y su interrogatorio mediante videoconferencia, sea una cuestión que no se plantee en términos de principalidad y subsidiariedad. Sin embargo, en el actual estado de cosas, el entendimiento histórico-convencional del principio de inmediación sigue siendo considerado un valor que preservar, sólo sacrificable cuando concurren razones que, debidamente ponderadas por el órgano jurisdiccional, puedan prevalecer sobre las ventajas de la proximidad física y personal entre las fuentes de prueba y el Tribunal que ha de valorarlas. Es cierto, con carácter general, que tanto los arts. 229.3 de la LOPJ y 731 bis de la LECrim, evocan una idea de justificada excepcionalidad.”

---

<sup>2</sup> Id Cendoj: 28079130062015100052

Es por ello que creemos que el carácter por defecto de las vistas debe ser el presencial, salvo cuando concurren circunstancias excepcionales que requieran su celebración telemática. En ese último caso, es clave que el medio empleado para la celebración de la misma respete los siguientes elementos:

- Que permita comunicación bidireccional (emisor-receptor) y simultánea (ambos pueden emitir a la vez);
- que dicha comunicación se dé en sus tres aspectos básicos: visual, auditiva y verbal;
- que las partes tengan posibilidad de contradicción inmediata, en garantía del derecho de defensa; y,
- que el medio empleado cumpla unas garantías mínimas de seguridad que aseguren la confidencialidad del contenido de la vista y la presencia en la misma solamente de las personas convocadas.

#### **4. CONCLUSIONES**

Desde la AEDC agradecemos nuevamente a la CNMC la iniciativa adoptada y animamos a desarrollarla en mayor profundidad para cubrir los aspectos planteados en mayor detalle de manera que se logre el objetivo último de la comunicación aquí comentada de dotar de mayor transparencia y previsibilidad a la actuación de la CNMC en relación con las vistas orales ante el Consejo.

Por otro lado, confiamos que las observaciones aquí planteadas contribuyan a aprovechar al máximo - desde el equilibrio y la flexibilidad- los beneficios que las vistas orales proporcionan a la propia CNMC y a las partes de los procedimientos, tanto desde la perspectiva de la protección de los derechos de la defensa como del principio de buena administración.

Invitamos finalmente a la CNMC a fijar un plazo razonable para la revisión y, previa consulta pública, actualización de la comunicación a la luz de la experiencia adquirida.