

# NOVEDADES EN LOS PLAZOS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE COMPETENCIA Y EN EL ROL DE LA CNMC EN LA APLICACIÓN DEL DIGITAL MARKETS ACT

## CONTEXTO DE LA REFORMA

El 29 de junio de 2023 se publicó en el Boletín Oficial del Estado ("BOE") el Real Decreto-ley 5/2023 ("RDL 5/2023")<sup>1</sup> que incluye, entre otras cuestiones, la reforma de determinados artículos de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia ("LDC").

Estas modificaciones son aplicables a procedimientos sancionadores y de control de concentraciones iniciados a partir del 30 de junio de 2023 y no afectan a los procedimientos ya en curso.

La reforma sale a la luz en forma de Real Decreto-ley tras dos intentos fallidos<sup>2</sup>, el último como resultado de la disolución de las Cortes por el adelanto electoral al 23 de julio de 2023.

## EXPEDIENTES SANCIONADORES

- **Plazos más amplios en los procedimientos sancionadores, tanto para la CNMC como para el administrado**

- **La reforma del artículo 36 LDC amplía el plazo máximo de resolución de los expedientes sancionadores de 18 a 24 meses**

La modificación del plazo máximo para resolver puede hallar su inspiración en la práctica europea, pues según narra la exposición de motivos del RDL 5/2023, la Comisión Europea ("CE") no cuenta con un plazo formal para la resolución de los procedimientos sancionadores. En este sentido, a pesar de que Portugal establece un plazo máximo de 18 meses para resolver, las autoridades de competencia de los principales países europeos (Francia, Alemania, Italia y Reino Unido) tampoco cuentan con plazos máximos de resolución.

## Aspectos clave

- Las modificaciones son aplicables a los procedimientos de control de concentraciones y sancionadores iniciados a partir del 30 de junio de 2023.
- En expedientes sancionadores, (i) el plazo máximo de resolución se amplía de 18 a 24 meses y (ii) se amplía el plazo para formular alegaciones al pliego de concreción de hechos y a la propuesta de resolución (pasa de 15 días hábiles a un mes; ampliable por la mitad de dicho plazo).
- En control de concentraciones: (i) se reduce de 1 mes a 15 días hábiles (+ prenotificación) el plazo para resolver operaciones mediante formulario abreviado; (ii) se reduce de 3 meses a un mes el plazo para resolver consultas previas y (iii) se amplía de 2 a 3 meses el plazo para resolver expedientes en segunda fase.
- Se clarifica el papel que desempeña la CNMC en la aplicación del DMA: la CNMC podrá investigar conductas que infrinjan el DMA, pero deberá informar a la CE y ésta será la única competente para resolver.
- Otras reformas que estaban en trámite, como el procedimiento de transacción, quedan a la espera.

<sup>1</sup> Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

<sup>2</sup> El primero con motivo de la transposición de la Directiva ECN+, y el segundo previsto por el Proyecto de Ley por el que se creaba la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes.

De facto, los procedimientos sancionadores de la CNMC se inician con el trámite de información reservada (es decir, desde que la CNMC empieza a investigar hasta la apertura formal del procedimiento). Durante este trámite de información reservada la CNMC no dispone de un plazo máximo legal para decidir si incoar o no un expediente sancionador. En este sentido, cabe precisar que tal y como ha señalado el Tribunal Supremo, "*el instituto de la caducidad no es aplicable a la fase preliminar, de investigación, de modo que las diligencias previas a la incoación del expediente no están sujetas a los plazos máximos aplicables al procedimiento sancionador propiamente dicho*"<sup>3</sup>, si bien la CNMC no puede extender el trámite de información reservada *sine die*.

Además, una vez incoado el procedimiento formal, ya era habitual encontrarse con procedimientos sancionadores que se prolongaban más allá de los 18 meses naturales desde la incoación del procedimiento. Las suspensiones venían siendo habituales, ya fuese por requerimientos de información, recursos ante el Consejo de la CNMC o la propia remisión, prevista en la LDC, del borrador de resolución a la CE.

Sin embargo, las empresas sancionadas suelen, en sede de recurso ante la Audiencia Nacional ("**AN**"), cuestionar las suspensiones del plazo máximo del procedimiento y, no son pocos los casos en los que la AN ha declarado la caducidad del procedimiento, anulando así las multas impuestas por la CNMC<sup>4</sup>.

Hasta el momento la reforma del plazo máximo no ha venido acompañada de una modificación del artículo 28 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia ("**RDC**"). Dicho artículo prevé que, de los 18 meses de plazo máximo de duración del procedimiento, 12 debían dedicarse a la instrucción del expediente por la Dirección de competencia y 6 meses a la resolución por el Consejo. En la práctica, la Dirección de Competencia venía extendiendo el plazo de 12 meses, impidiendo al Consejo contar con el tiempo suficiente para analizar los expedientes con el nivel de detalle que a muchas empresas sancionadas les gustaría. En este sentido, sería deseable que con la ampliación del plazo máximo para resolver se concediese un mayor plazo al Consejo de la CNMC para analizar los expedientes y así poder normalizar la figura de las vistas orales donde poder contraponer argumentos, tanto jurídicos como económicos. A este respecto, si bien la CNMC lanzó su comunicación sobre vistas orales<sup>5</sup>, la realidad es que, pese a la petición de las partes de los expedientes, la aplicación práctica ha sido limitadísima<sup>6</sup>.

- **Se amplía el plazo para formular alegaciones al pliego de concreción de hechos ("**PCH**") y la PR de la Dirección de Competencia, de 15 días hábiles a un mes (ampliable a un mes y medio en virtud del artículo 32 de la Ley 39/2015)**<sup>7</sup>

El plazo anterior de 15 días hábiles (ampliable a otros 7 días hábiles, en virtud del precepto citado *supra*) en ocasiones dificultaba el correcto ejercicio por el administrado de su derecho de defensa. En este sentido, la propia exposición de motivos del RDL 5/2023 indica que esta ampliación nace para "*reforzar las garantías de los interesados*". Esperemos que tal ampliación en el plazo inicial para responder a las alegaciones de la CNMC no implique una negativa a la admisión de solicitudes de ampliación de plazo para responder, puesto que tal ampliación debería seguir siendo un derecho del administrado. Esta reforma coincide además en el tiempo con la reciente comunicación de la CNMC sobre la aplicación de la prohibición de contratar<sup>8</sup>, donde se indica que será en la PR cuando las personas investigadas conocerán la propuesta de alcance y

<sup>3</sup> [Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de septiembre de 2014](#), recurso 4327/2011.

<sup>4</sup> Véanse, por ejemplo, [SAN 4210/2022](#), sobre la caducidad del expediente [S/0299/10, Consejo colegios odontólogos y estomatólogos](#); [SAN 4674/2018](#), sobre la caducidad del expediente [S/0469/13, Fabricantes de papel y cartón ondulado](#); y [SAN 716/2015](#), sobre la caducidad del expediente [S/0316/10, Sobres de papel](#).

<sup>5</sup> Comunicación 1/2022, de 24 de mayo, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre la celebración de vista en los procedimientos previstos en la Ley de Defensa de la Competencia.

<sup>6</sup> Según información disponible, hasta la fecha, no se ha celebrado ninguna vista en los procedimientos sancionadores ya resueltos por la CNMC en 2023.

<sup>7</sup> Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

<sup>8</sup> Comunicación 1/2023, de 13 de junio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre criterios para la determinación de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. A este respecto, véase nuestro [Client Briefing](#) de 7 de julio de 2023.

duración de la prohibición de contratar y podrán formular alegaciones al respecto. Por tanto, este plazo extra será más que bienvenido para las personas (tanto físicas como jurídicas) investigadas.

A nivel comparado, la CE no cuenta con un plazo formal al respecto, mientras que algunos países de nuestro entorno que sí tienen establecido un plazo cuentan con un margen mayor. Por ejemplo, en Portugal el plazo es de 30 días hábiles como mínimo, en Francia de dos meses (ampliable por un mes adicional) y en Reino Unido de 12 semanas como máximo.

- **Modificación de trámites**

Asimismo, se elimina el informe que la Dirección de Competencia debía remitir al Consejo una vez instruido el expediente por considerarse un trámite innecesario y se establece el contenido mínimo de la PR, que deberá incluir la propuesta de sanción y la valoración de las pruebas practicadas. Esta última modificación legislativa se limita a plasmar una realidad que ya venía materializando la Dirección de Competencia.

## CONCENTRACIONES

- **Nuevo plazo máximo para dictar y notificar las resoluciones en procedimientos de control de concentraciones**

En materia de control de concentraciones, las principales modificaciones introducidas por el RDL 5/2023 también son relativas a plazos. De nuevo, se reforma el artículo 36 LDC para otorgar al Consejo de la CNMC un nuevo plazo máximo para dictar y notificar las resoluciones en procedimientos de control de concentraciones:

- **De 15 días hábiles, cuando la operación se haya notificado utilizando el formulario abreviado (siempre que se haya cumplido el trámite previo de prenotificación con la Dirección de Competencia).**

De esta forma, se reduce una semana y media el plazo, ya que el plazo anterior era de un mes.

Se refuerza el uso de la prenotificación que, en la práctica viene siendo ampliamente utilizado en las operaciones de concentración en España (durante el 2021, 2020 y 2019 aproximadamente el 90% de procedimientos en materia de control de concentraciones ya habían utilizado este trámite).

Habrá que ver el impacto real de esta reducción de plazos, ya que, en la práctica, el plazo medio (desde su notificación) para tramitar los expedientes notificados mediante formulario abreviado ya venía siendo inferior a 15 días hábiles, en concreto de 11,3 días hábiles<sup>9</sup>. Será interesante observar si el hecho de recortar los plazos de resolución en las notificaciones vía formulario abreviado tiene, o no, un impacto real en el calendario de la operación desde que se prenotifica la misma. Todo dependerá de los tiempos que maneje la Dirección de Competencia en fase de prenotificación y si los mismos *de facto* se alargarán al recortarse el plazo del Consejo para resolver, o si realmente se agilizará la duración total del proceso.

- **De tres meses en la segunda fase, a contar desde la fecha en que el Consejo acuerde la apertura de la misma. Así, se amplía en un mes el plazo que anteriormente era de dos meses.**

En la práctica, durante la tramitación de expedientes en segunda fase, la CNMC viene suspendiendo sistemáticamente los plazos con la remisión de requerimientos, ya sea a la parte notificante, al negocio objetivo o a terceros. De hecho, en los últimos años, la media para resolver estos expedientes ha sido marcadamente superior a los 3 meses, aproximadamente de 8 meses<sup>10</sup>. De esta forma, si la CNMC continúa

<sup>9</sup> Aproximadamente 12 días hábiles para las operaciones notificadas en 2020; aproximadamente 12 días hábiles para las operaciones notificadas en 2021; y aproximadamente 10 días hábiles para las operaciones notificadas en 2022.

<sup>10</sup> Aproximadamente 9 meses para las dos operaciones notificadas en 2020 analizadas en segunda fase; casi 10 meses para la operación notificada en 2021 analizada en segunda fase; y 12 meses para las dos operaciones notificadas en 2022 y analizadas en segunda fase. El expediente [C/1052/19 Cimsa/Activos Cemex](#), notificado en julio de 2019 finalmente se autorizó, en segunda fase, con compromisos en septiembre 2020 (i.e. 14 meses después). Igualmente, el expediente [C/1086/19, Santa Lucía/Funespaña](#), se notificó el 20 de diciembre de 2019 y se autorizó, en segunda fase, con condiciones el 7 de septiembre de 2021 (i.e. más de 20 meses después).

suspendiendo los plazos y, cuenta adicionalmente, con un mes extra para resolver, las partes, especialmente en procedimientos muy complejos, podrán verse abocadas a procedimientos extenuantes en términos de tiempo y recursos humanos y económicos.

- **Igualmente, se establece un plazo máximo de un mes (desde la recepción en forma de la consulta) para que el Consejo de la CNMC responda a la consulta previa, prevista en el artículo 55.2 LDC (i.e. la consulta formal), formulada para determinar si una operación constituye una concentración y, en su caso, si esta debe ser notificada. Anteriormente el plazo era de tres meses.**

La reducción del plazo para resolver las consultas previas en dos meses (i.e. de tres meses a un mes) parece tener como objetivo fomentar el uso de este mecanismo de consulta, hasta ahora, muchas veces ignorado por el retraso que generaba sobre el calendario de las operaciones de compraventa. Hasta la fecha, cuando existían dudas sobre la existencia de una concentración y, en su caso, de la jurisdicción/competencia de la CNMC para analizarla, las partes, para mitigar el riesgo de *gun-jumping*, recurrían, pese a la falta de seguridad jurídica, a las consultas informales con la Dirección de Competencia. De nuevo, para valorar el impacto de la modificación, deberemos esperar a la praxis de la CNMC: ¿tendrá la Autoridad total libertad para suspender su plazo para resolver y, en la práctica, alargar el plazo legalmente establecido o, por el contrario, tendrán las partes certeza en el plazo de un mes de si la operación es o no notificable en España?

## DIGITAL MARKETS ACT ("DMA")

- **El nuevo apartado 3 del artículo 18 LDC clarifica el rol de la CNMC en la aplicación del DMA<sup>11</sup>.**

De esta forma, si bien la aplicación del DMA sigue siendo competencia exclusiva de la CE<sup>12</sup>, la modificación de la LDC prevé que, mediante trámites de información reservada, la CNMC pueda investigar conductas que puedan infringir el DMA siempre que informe por escrito de dicha investigación a la CE<sup>13</sup>. Asimismo, la CNMC deberá informar de las conclusiones alcanzadas, ya que la CNMC no tiene competencias para sancionar a las empresas por infracciones del DMA.

Entre las facultades de investigación de la CNMC en relación con las conductas cubiertas por el DMA se encuentran, por ejemplo, llevar a cabo inspecciones domiciliarias, tanto en las inmediateces de la empresa como en el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas, enviar requerimientos de información o realizar interrogatorios a las personas que puedan tener información relevante para la investigación.

A nivel de procedimiento y garantías del administrado, no deberían existir diferencias entre que tales facultades, en fase de información reservada, se ejerzan por la CE o por la CNMC<sup>14</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, en la práctica, las inspecciones de la CNMC no siempre están sujetas a los mismos criterios procedimentales que aquéllas de la CE. En cualquier caso, si la CE inicia una investigación sobre los mismos hechos, la CNMC se verá privada de continuar la investigación, debiendo informar a la CE de sus conclusiones preliminares. Sin embargo, pese a que la CNMC no tendrá competencia para continuar con la investigación y, por ende, imponer sanciones bajo el DMA, sí podría utilizar la información recabada a efectos de investigar infracciones de la LDC.

La reforma plantea los siguientes interrogantes: ¿Hasta dónde llegará la CNMC en sus labores de investigación cuando haya indicios de que una empresa sujeta a la DMA pueda estar infringiendo tal normativa? ¿Está la CNMC realmente preparada para investigar, aunque sea de forma preliminar, las infracciones que contempla el DMA cuando las mismas no son propiamente de Derecho de la Competencia?

<sup>11</sup> Ello, en línea con el artículo 38.7 del DMA.

<sup>12</sup> Considerando 91 del DMA.

<sup>13</sup> Se deberá informar en virtud del artículo 38.2. del DMA.

<sup>14</sup> Reglamento (CE) n°1/2003, de 16 de diciembre de 2002.

## CONCLUSIONES

La reforma de la LDC introduce plazos más amplios en los procedimientos sancionadores, tanto para la CNMC como para el administrado en su respuesta al PCH y a la PR, especialmente teniendo en cuenta que ahora deberán responder también a la propuesta de determinación del alcance y duración de la prohibición de contratar. Sería conveniente que la CNMC utilice este tiempo extra para que el Consejo analice los casos con mayor detalle y se acceda a la celebración del trámite de vista oral con asiduidad y no como excepción.

Las reformas en el campo de control concentraciones tienen por objetivo agilizar la autorización de las transacciones que, *a priori*, plantean menos problemas sustantivos (aquellas notificadas vía formulario abreviado), ampliar el plazo para un mayor análisis de aquellas que pueden plantear problemas de fondo y proporcionar seguridad jurídica de forma ágil sobre la necesidad de notificar o no determinadas operaciones.

Además, la reforma de la LDC clarifica el rol de la CNMC en la aplicación del DMA, recalcando que podrá realizar investigaciones *motu proprio* previo informe a la CE, quien siempre tendrá la última palabra al ser la única autoridad competente para la aplicación del DMA.

Habrà que esperar para la introducción de reformas de carácter más sustantivo entre las que se encuentran *inter alia*: la introducción del procedimiento de transacción, el homólogo "*settlement*" a nivel europeo o la elevación prevista de las multas a directivos implicados en un cártel hasta 400.000 euros.

## CONTACTOS



**Miguel Odriozola**  
Socio

**T** +34 91 590 9460  
**E** miguel.odriozola  
@cliffordchance.com



**Diego Doménech**  
Abogado

**T** +34 91 590 4103  
**E** diego.domenech  
@cliffordchance.com



**Paula Valenciano**  
Abogado

**T** +34 91 590 9414  
**E** paula.valenciano  
@cliffordchance.com



**Sara Selma**  
Abogado

**T** +34 91 590 7559  
**E** sara.selma  
@cliffordchance.com



**Luisa Morely**  
Paralegal

**T** +34 91 590 4186  
**E** luisa.morely  
@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

[www.cliffordchance.com](http://www.cliffordchance.com)

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110,  
28046 Madrid, Spain

© Clifford Chance 2023

Clifford Chance, S.L.P.

Abu Dhabi • Amsterdam • Barcelona • Beijing •  
Brussels • Bucharest • Casablanca • Delhi •  
Dubai • Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong •  
Houston • Istanbul • London • Luxembourg •  
Madrid • Milan • Munich • Newcastle • New  
York • Paris • Perth • Prague • Riyadh • Rome  
• São Paulo • Shanghai • Singapore • Sydney  
• Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

AS&H Clifford Chance, a joint venture entered  
into by Clifford Chance LLP.

Clifford Chance has a best friends relationship  
with Redcliffe Partners in Ukraine.