

El control judicial de las sanciones impuestas por la Comisión en materia de competencia: los vicios de procedimiento (jurisprudencia reciente)

The judicial control of the sanctions imposed by the Commission in the field of competition law: the procedural flaws of the decisions (recent case law)

DR. ANGEL M. MORENO MOLINA

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad Carlos III de Madrid

Miembro sustituto de la Sala de Recursos de la Agencia de Sustancias Químicas de la Unión Europea

Recibido: 15.05.2024 / Aceptado: 07.11.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.9046

Resumen: Esta contribución explora el control (por motivos de forma) ejercido por los tribunales de la Unión Europea sobre las multas aflictivas que la Comisión puede adoptar contra los operadores económicos, en el marco de sus potestades y competencias para corregir los acuerdos y comportamientos de las empresas que se consideren contrarios a los arts. 101 y 102 del TFUE. Tras la interpretación de la estructura de fuentes y la identificación de los principios de actuación y de los derechos de las empresas en el marco de dichos procedimientos, la contribución da noticia analítica de algunos fallos recientes dictados por el Tribunal de Luxemburgo en este campo.

Palabras clave: Libre competencia, poderes de la Comisión, control judicial, recurso de anulación, vicios de procedimiento.

Abstract: This essay explores the control (on procedural grounds) exercised by the European Union courts over the fines and other sanctions that the Commission may impose on the economic operators, in the framework of its powers and competences to enforce the articles 101 and 102 of the TFEU (anti-dumping and other illegal agreements and conducts). First, this contribution interprets the structure of legal rules applicable in this field, and further identifies the principles of procedure and the rights of companies in the framework of these procedures. Finally, the author presents a selection of some recent judgments handed down by the Luxembourg Courts in this field.

Keywords: EU Competition Law, powers of the Commission, judicial review, actions for annulment, procedural defects/failures.

Sumario: I. Introducción. II. Poderes administrativos de la Comisión en el marco de la política europea de competencia. Mecanismos impugnatorios. III. La estructura de fuentes del procedimiento administrativo de competencia. IV. Principales derechos o garantías de las empresas en el marco de los procedimientos sancionadores instruidos por la Comisión en materia de competencia. V. Las infracciones de procedimiento y el recurso de anulación. VI. Jurisprudencia reciente: un balance.

I. Introducción

1. La defensa y garantía de la libre competencia entre empresas – un campo merecedor de la atención dilecta del por estos *Festschriften*¹ honorado maestro -- constituye una de las políticas sectoriales nucleares de la UE, y ha estado presente en el proyecto europeo desde sus inicios². Tras más de 60 años de fecundo desarrollo, en la actualidad la defensa de la competencia puede concebirse como una auténtica política pública transversal cuya realización descansa sobre los hombros de los organismos administrativos competentes de los EM y de la Comisión, según una distribución funcional-territorial de competencias³.

2. Cuando la Comisión lleva a cabo la aplicación *directa* del acervo comunitario sobre competencia, está por el Derecho de la Unión investida de potestades y competencias del más variado signo. En el ejercicio de las mismas puede adoptar varios tipos de decisiones y medidas de carácter restrictivo o de gravamen, que se proyectan sobre la esfera jurídica de los operadores económicos. Entre ellas destacan las sanciones económicas de amplio espectro, corporizadas en “decisiones”. El objeto de esta contribución es precisamente explorar el control ejercido por los tribunales de la Unión respecto de las sanciones impuestas por la Comisión sobre las empresas en materia de derecho de la competencia, por motivo de vicios de procedimiento. Nuestro análisis se contrae a los acuerdos y prácticas de empresas y a las concentraciones, dejando de lado las ayudas de Estado.

II. Poderes *administrativos* de la Comisión en el marco de la política europea de competencia. Mecanismos impugnatorios

3. Las competencias y potestades de la Comisión en este campo pueden clasificarse en normativas⁴ y ejecutivo-aplicativas. Nos interesan aquí las segundas.

La Comisión, en efecto, está por el Derecho de la Unión investida de potestades y competencias ejecutivas del más variado signo (*fact-finding*, *inspección*, *vigilancia*, *autorización* etc.), que van encaminadas a corregir los acuerdos y comportamientos de las empresas que se consideren contrarios a los arts. 101 y 102 del TFUE, así como al derecho derivado correspondiente, grupo normativo constituido esencialmente por el Reglamento 1/2003 del Consejo (en adelante, “Reg 1/2003”)⁵, el Reglamento 139/2004 del Consejo, sobre concentraciones empresariales (en adelante, Reg. “139/2004”)⁶ y el Reglamento de 773/2004, de la Comisión⁷ (en adelante, “Reg. 773/2004”).

¹ La producción científica del Prof. Calvo en este campo es muy amplia, como puede colegirse interrogando su CV, que figura en esta obra. Ciñéndonos a sus libros, es aquí ineludible la cita de los siguientes aportes: A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOA GONZÁLEZ: *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*. Ed. Colex, Madrid, 2003; A.L. CALVO CARAVACA; y P. BLANCO-MORALES LIMONES: *Derecho europeo de la competencia*. Ed. Colex, Madrid, 2000; A.L. CALVO CARAVACA: *Derecho antitrust europeo. Tomo I, parte general, la competencia*. Ed. Colex, Madrid, 2009.

² Sobre el derecho europeo de la competencia, vid. en general: J.M. BENEYTO *et al.*: *Tratado de derecho de la competencia: UE y España*. Ed. Bosch, Barcelona, 2017; R. BLASSELLE: *Traité de Droit Européen de la concurrence*. Vol I., ed. Publisud. París, 2004; W. FRANZ : *Handbook of EU competition law*. Ed. Springer, 2016; D. VAUGHAN: *EU Competition Law: General Principles*. Ed. Richmond, 2006; A. JONES & B.SUFRIN: *EC Competition Law. Text, cases and materials*. 3ª ed., Oxford Univ. Press, 2007; T. MÄGER (dir.): *Europäisches Kartellrecht*. Ed. Nomos, Baden-Baden, 2006.

³ Las autoridades nacionales de competencia (ora estatales, ora regionales) aplican también la normativa interna en materia de competencia (en España, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia). Sobre este reparto de competencias, vid.: M. J. FRESE: *Sanctions in EU competition law. Principles and Practice*. Ed. Hart, Portland, 2014, pp. 6 a 22.

⁴ Vid. por ejemplo, las previstas en el art. 33 del Reglamento 1/2003, tan relevantes en materia de procedimiento.

⁵ Reglamento 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 (DOCE de 4.1.2003)

⁶ Reglamento (CE) No 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas («Reglamento comunitario de concentraciones») (DOUE L 24, de 29.1.2004).

⁷ Reglamento (CE) No 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE (DOUE L 123/18, de 27.4.2004).

Como consecuencia del ejercicio de dichas competencias, la Comisión puede identificar en cada caso concreto el contenido material de qué es la “competencia”, en ejercicio de su discrecionalidad⁸. En uso de ese rol institucional, la Comisión puede determinar la existencia efectiva de una práctica, acuerdo, *entente* o actuación y que la misma es “incompatible” con el mercado interior (que es el término de referencia supremo)⁹. Alternativamente, puede considerar que una de las referidas situaciones es “compatible” con el mercado interior cuando se den las imprecisamente redactadas circunstancias del art. 101.2 del TFUE; puede declarar compatible con el mercado común una concentración cuando a su juicio no vaya a obstaculizar de forma “significativa” la competencia “efectiva” en el mercado común o en una parte “sustancial” del mismo¹⁰, etc.

4. En ese contexto legal, la Comisión puede adoptar varios tipos de medidas de carácter restrictivo o de gravamen que se proyectan sobre la esfera jurídica de los operadores económicos. Por ejemplo, puede dictar una orden de cesación de la previamente determinada infracción, e incluso adoptar medidas provisionales o cautelares para asegurar aquella.

A través de esta competencia interpretativo-aplicativa, la Comisión ejerce en realidad un papel de auténtica “creadora” del derecho material de la competencia, pues la competencia no deja de ser un concepto *platónico*, cuyos perfiles concretos y efectivos se conforman a través de la actuación y de las decisiones de la Comisión, supremo intérprete y definidor de tal valor¹¹.

5. Por otra parte, al ejercer sus competencias la Comisión actúa a la manera de un poder público *administrativo* (“*puissance publique*”), pues adopta sus decisiones¹² de modo unilateral, tras un procedimiento contradictorio que es instruido bajo su responsabilidad y dirección. Como resolución de esos expedientes, sus determinaciones y conclusiones gozan de “autotutela declarativa” (utilizando la terminología administrativa hispana), que solo puede ser destruida en sede judicial, y a través de los oportunos recursos¹³.

Las empresas pueden reaccionar en Derecho para contradecir o impugnar esas determinaciones materiales de la Comisión, atentas a la existencia de prácticas o acuerdos contrarios a la competencia.

6. Sin embargo, nos interesa aquí el ejercicio de otra potestad de la Comisión, concretamente la sancionadora, que es la que se proyecta con mayor poder aflictivo sobre los operadores económicos¹⁴. En uso de esa potestad, la Comisión puede imponer a las empresas sanciones de contenido económico, que en el terminología del derecho derivado son fundamentalmente de dos tipos: “multas “sancionadoras”¹⁵ y multas “coercitivas”¹⁶.

⁸ El Derecho de la Unión es menos sofisticado que el derecho administrativo interno en el sentido de que no establece diferentes grados o matices en la discreción con la que cuenta la Comisión en la aplicación e interpretación del Tratado (competencia reglada, concepto jurídico indeterminado, margen de apreciación, discrecionalidad técnica, discrecionalidad *fetén*). La diversidad lingüística añade además un plus de dificultad a la hora de alcanzar una mayor *finezza*. Los materiales jurisprudenciales en inglés nos dicen que la Comisión tiene un “margin of discretion” (que las versiones en castellano traducen -a nuestro juicio, incorrectamente - por “margen de apreciación”).

⁹ Art. 101.2 del TFUE

¹⁰ Art. 2.2 del Reg. 139/2004.

¹¹ Se podría decir, parafraseando a los iuspublicistas norteamericanos, que en este caso la Comisión lleva a cabo una suerte de “regulation through adjudication”. De ahí que un manual o tratado regular de derecho europeo de la competencia consista principalmente en dar cuenta de las decisiones y acuerdos adoptados por la Comisión en este campo y de la subsiguientes sentencias de los tribunales europeos que las mismas hayan podido desencadenar.

¹² De las previstas en el art. 288 del TFUE.

¹³ Esta semejanza funcional con el *modus operandi* de la Administración interna, pues actúa “a la manera de” un organismo de derecho administrativo interno, ha llevado a la doctrina administrativista a teorizar una suerte de “Derecho administrativo europeo” (vid.: J.B.AUBY & J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE: *Traité de Droit Administratif européen*. 2ª ed., Bruylant, 2014) y a concebir las medidas de la Comisión como “actos administrativos comunitarios”. Sobre esta noción, vid.: X. ARZOZ SANTISTEBAN: *El acto administrativo comunitario*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001.

¹⁴ Sobre las sanciones en el derecho europeo de la competencia, vid., en general: Michael J. FRESE: *Sanctions in EU competition law. Principles and Practice*. Ed. Hart, Portland, 2014.

¹⁵ Art. 23 del Reglamento 1/2003 y art. 14 del Reg.139/2004 (concentraciones)

¹⁶ Art. 24 del Reglamento 1/2003 y art. 15 del Reg.139/2004 (concentraciones)..

Por lo que hace a los remedios o mecanismos impugnatorios que están a disposición de las empresas cuando se ven sujetas a estos procedimientos y decisiones de la Comisión, destaca el hecho de que en el terreno de la defensa de la competencia no estén previstos mecanismos de revisión interna, a modo de los “recursos administrativos” que prevén los derechos administrativos de los EM. Esta ausencia es tanto más llamativa, por cuanto que en el derecho europeo existen numerosos mecanismos impugnatorios o de revisión interna, previstos en diferentes campos para variados supuestos de actuaciones “administrativas” o ejecutivo-aplicativas del “Poder Ejecutivo” de la Unión (compuesto esencialmente por la Comisión y por las Agencias independientes o “descentralizadas”).

Por ejemplo, en varias de estas agencias se ha creado un órgano dotado de independencia funcional que tiene competencias de tipo “cuasi-judicial” en el sentido de que tiene por misión resolver los recursos interpuestos contra las decisiones de aquellas agencias por las empresas destinatarias de las mismas. El mecanismo impugnatorio se denomina “recurso” a secas (*appeal*, *recours*), y el órgano que los resuelve se llama “sala de recurso” (*board of appeal*, *chambre de recours*)¹⁷. Si el recurso interno ante esa sala es desestimado (pero no antes) la empresa puede ya acudir ante el Tribunal General (en adelante, “TG”).

Igualmente relevante es el mecanismo de “revisión interna”, establecido por el Reglamento 1367/2006, conocido coloquialmente como “Reglamento Aarhus”¹⁸. Esta norma establece la posibilidad de que cualquier ONG que cumpla los criterios correspondientes puede efectuar una “solicitud de revisión interna” ante la institución u organismo comunitario que haya adoptado un *acto administrativo*¹⁹ con arreglo al Derecho ambiental. Este reglamento no puede aplicarse sin embargo en el ámbito de la competencia, puesto que está al alcance solo de las ONG ambientalistas, y solo se aplica a decisiones de la Comisión (o de las Agencias) que tengan que ver con la protección del ambiente.

7. Por lo tanto, ante la ausencia de estos mecanismos impugnatorios internos, los derechos de defensa y oposición de los operadores económicos deben canalizarse a través del recurso de anulación, que se debe interponer ante el TG²⁰. Este remedio procesal, amonedado sobre el *recours en annulation* del viejo contencioso francés²¹, puede ser interpuesto sobre la base de diferentes motivos (“moyens”), codificados actualmente en el art. 263, párr. 2º del TFUE²². En un recurso de anulación en el ámbito que aquí hemos acotado, el TG realiza un control de *legalidad* de la decisión de la Comisión, que se extiende a todos los elementos de dicho acto. Además, y al amparo del art. 261 del TFUE, el TG puede en esos procesos, a petición del actor, ejercer una competencia jurisdiccional plena respecto de las sanciones impuestas en este ámbito por la Comisión (recurso de *plena jurisdicción*). Es decir, el tribunal puede, por ejemplo, modificar por su propio imperio la cuantía de la sanción impuesta por la Comisión.

Las empresas pueden recurrir ante este órgano judicial europeo todas las decisiones y medidas que la Comisión adopte en el uso de sus competencias en este sector, y que se han identificado más arriba²³.

¹⁷ Es el caso, entre otras, de la Agencia de sustancia químicas de la UE (más conocida por sus siglas en inglés, “ECHA”) cuya “sala de recurso” (y los recursos que resuelve) se regulan en los arts. 89 a 93 del Reglamento 1907/2006 del Parlamento Europeo y del consejo de 18 de diciembre de 2006 relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH).

¹⁸ Reglamento 1367/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus.

¹⁹ El reglamento “Aarhus” (art. 2.1, g) ha acabado acogiendo e introduciendo explícitamente en el Derecho de la Unión el concepto de “actos administrativo de alcance individual” que son vinculantes y tienen efectos externos (*id est*, una decisión).

²⁰ Como es sabido, las sentencias desestimatorias del TG pueden ser recurridas por las empresas vencidas ante el Tribunal de Justicia, en un recurso que, desconociendo las razones, se denomina en español “Recurso de Casación” (art. 256.1 de TFUE). Nuestra sorpresa dimana del hecho de que en el resto de versiones lingüísticas se denomina simplemente “recurso” (*pourvoi* en Francés; *appeal* en inglés; *Rechtsmittel* en alemán, *impugnazione* en italiano, etc.)

²¹ Sobre esta cuestión, *vid.* la temprana y clásica obra de J.A. CARRILLO SALCEDO: *La recepción del recurso contencioso administrativo en la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*. Ed. Universidad de Sevilla, 1959.

²² “Incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder”

²³ En materia de competencia, son recurribles también resoluciones o determinaciones de la Comisión que no adoptan la forma de “decisiones” definitivas, como: (a) cartas de la Comisión, en las que rechaza una denuncia por falta de interés comunitario; (b) el rechazo de adoptar medidas cautelares, o (c) cartas por las que la Comisión reconoce que terceros pueden utilizar los documentos acopiados en un procedimiento comunitario ante las autoridades nacionales de competencia (*vid.*: M.GRAY *et al* : *EU competition law : procedures and remedies*. Ed. Richmond, 2006, pág. 59).

Por lo tanto, las sanciones y otras resoluciones de la Comisión (como las órdenes de cesación) pueden ser combatidas en primer lugar por razones de fondo o sustancia.

Así, en el marco de ese recurso judicial las empresas pueden oponerse a la por la Comisión declarada existencia efectiva de un acuerdo, entente o práctica; pueden reconocer que existe tal situación, pero objetar en cambio que no tiene dimensión comunitaria; pueden alegar que son prácticas excepcionales o autorizables; pueden aceptar que el acuerdo existe, pero que contribuye a mejorar la distribución de un producto sin que imponga a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; pueden alegar que la concentración fiscalizada por la Comisión no resulta afectada por el Reg. 139/2004; o que la Comisión definió erróneamente el mercado de referencia, etc.

A pesar de que esta es la litigiosidad más nutrida y posiblemente más relevante desde el punto de vista de la concreción “material” de la competencia²⁴, en esta contribución nos centramos en los recursos que se fundamentan en otro “*moyen d’annulation*”, cabalmente las infracciones de procedimiento, identificadas por el Tratado bajo la veste de “vicios sustanciales de forma”²⁵.

En efecto, no debe olvidarse que, en el ejercicio de sus formidables poderes unilaterales, la Comisión debe seguir un procedimiento “administrativo”, *id est*, un decurso rituario estrictamente establecido en el Derecho de la Unión (oportunamente interpretado y esclarecido por la jurisprudencia de Luxemburgo), que funge como garantía de las empresas en el marco de la relación jurídica que traban con la Comisión, cuando son sujetos pasivos de sus *pouvoirs d’enquête*²⁶. Por lo tanto, un “vicio sustancial de forma”, en el sentido del art. 263 TFUE puede consistir en diferentes supuestos, que incluyen (*i.a.*) la instrucción del procedimiento errado, la omisión de alguna fase o trámite determinando en la instrucción del procedimiento, o la conculcación de alguna garantía o derecho procedimental relevante, de los que asisten a las empresas en este ámbito. Ello nos lleva a identificar tal procedimiento y sus fuentes conformadoras.

III. La estructura de fuentes del procedimiento *administrativo de competencia*

8. La identificación de las fuentes normativas que regulan el procedimiento a través del cual la Comisión pone en práctica sus potestades y competencias de investigación y en su caso corrección de las conductas tipificadas en los arts. 101 y 102 del TFUE (y los correspondientes derechos de reacción y defensa de las empresas a aquellos sujetos) se enfrenta a un notable reto metodológico, que igualmente constituye (a nuestro modesto entender) una grave carencia del ordenamiento comunitario.

En efecto, en el Derecho de la Unión no ha existido hasta ahora (ni existe actualmente) una disposición que regule con carácter general y radio de aplicación universal el procedimiento administrativo que deben seguir los entes y organismos del *poder ejecutivo europeo* (principalmente la Comisión y las

²⁴ Pues ofrecen al TJUE la posibilidad de explicitar en qué consiste realmente la “competencia” entre empresas, confirmando o bien corrigiendo la interpretación que de este mega-concepto haya hecho anteriormente la Comisión. Igualmente tiene la oportunidad el TJ de “iluminar” y perfilar los contornos de la libre competencia a través de las cuestiones prejudiciales que le formulen los órganos judiciales internos. Para un ejemplo reciente de ello, *vid.* la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 18 de enero de 2024, *Lietuvos notary rūmai*, asunto C128/21, en las que interpreta el concepto de “empresa” y de “decisiones de asociaciones de empresas” en relación con unas decisiones del colegio notarial de Lituania por las que se establecían los métodos de cálculo de los honorarios de los notarios.

²⁵ No podemos dejar pasar en esta contribución (aunque es un tema lateral a su argumento central) la diferencia (acusada a nuestro juicio) entre las diferentes versiones lingüísticas del art. 263, párr. 2, del TFUE. En español la expresión de referencia es “vicio sustancial de forma”, mientras que en francés es *violation des formes substantielles*, que no es exactamente lo mismo y que puede traducirse literalmente por “violación de las formas sustanciales”. La versión inglesa es más larga: *infringement of an essential procedural requirement*, lo cual también es diferente de la versión francesa (que podemos considerar la “fetén” por razones históricas). El problema de esta versión es que se contrae a los requisitos procedimentales, pero en principio no afecta a los vicios de “forma” en sentido estricto (como los requisitos formales del documento-acto administrativo o las menciones obligatorias que tiene que contener la resolución definitiva, en el sentido, por ejemplo del art. 88.2 de nuestra LPAC). La versión alemana es *Verletzung wesentlicher Formvorschriften*, que está más próxima a la versión francesa que a la inglesa. La italiana, finalmente, recoge el sintagma *violazione delle forme sostanziali*, que replica la francesa y la alemana. Como puede apreciarse, el cotejo de las diferentes versiones lingüísticas puede deparar auténticas joyas jurídicas.

²⁶ Aún puede consultarse sobre esta asunto la magnífica monografía de J.M. TRAYTER JIMÉNEZ: *La defensa de las empresas frente a las sanciones de la administración europea*. Ed. Bosch, Barcelona, 1988.

“Agencias descentralizadas”) en la aplicación de sus poderes y competencias, a la manera que sí ocurre en un buen número de EM²⁷.

Como es sabido, en años relativamente recientes han existido notables esfuerzos (desde la academia, pero también desde la Comisión) por elaborar una suerte de norma procedimental general que fuera aplicable a ese poder ejecutivo europeo, pero finalmente no se vieron coronados por el éxito.²⁸

9. Las consecuencias prácticas son evidentes: cuando los organismos nacionales competentes en materia de competencia aplican las normas en la materia (por ejemplo, en el caso de España, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia) disponen de una normativa de aplicación pertinente (supletoria o incluso plena) que colma las lagunas que lógicamente padecen en materia de procedimiento administrativo aquellas normas reguladoras de la defensa de la competencia, dado que son normas *meramente* sectoriales y no suelen recoger una regulación exhaustiva del procedimiento formalizado que siguen aquellas autoridades. Ello hace posible integrar aquellas lagunas con la normativa general en materia de procedimiento administrativo, lo que confiere una sensación de complitud o de incrementada seguridad y predictibilidad jurídicas a las actuaciones de la Administración de competencia²⁹.

Sin embargo, en el caso de la *mise en oeuvre directe* del derecho de competencia por parte de la Comisión, tal “red de seguridad” normativa no existe. Por el contrario, la regulación del procedimiento administrativo europeo del que aquí hablamos³⁰ se encuentra principalmente recogida en las normas de derecho derivado que regulan la defensa de la competencia, que han sido identificadas al inicio del capítulo.

Con ser relevantes esos *mimbres*, no alcanzan para formar el *cesto* de un marco procedimental exhaustivo y digno de ese nombre. Así, aunque el Reg. 773/2004 regula con bastante detalle el despacho y tratamiento de las denuncias, el acceso al expediente y las audiencias, no dejan de ser piezas sueltas del procedimiento. Faltan en el Derecho de la Unión reglas más generales sobre la instrucción del procedimiento, sobre su ordenación, sobre el impulso de oficio, sobre la caducidad del procedimiento, sobre la revisión de oficio, sobre las nulidades del acto, y sobre otras tantas cosas que están presentes en el derecho administrativo de los EM.

Por estas razones, en el procedimiento del que estamos hablando se aplican además una serie de principios y de derechos, que se han ido formando poco a poco a golpe de sentencia del TJUE; esto es, tienen un origen eminentemente jurisprudencial (*vid infra*).

Muchos de esos principios han resultado “codificados” en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE)³¹, principalmente su art. 41 (derecho a la buena administración)³². Por lo tanto, desde

²⁷ Nuestra patria cuenta con leyes de procedimiento administrativo general desde 1958. La norma en vigor es la Ley 39/2015, de 1 de octubre, que regula el procedimiento administrativo común aplicable al conjunto de las administraciones públicas españolas.

²⁸ Vid, sobre esta cuestión: O. MIR PUIGPELAT: “Razones para una codificación general del procedimiento de la administración de la Unión”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Nº. 19, 2010, págs. 145-176.

²⁹ Buen ejemplo de ello lo constituye la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (sección 6ª) de 11 de julio de 2016 (sentencia nº 260/2016). En este asunto, la entidad Nestlé, que estaba siendo objeto de un procedimiento sancionador por parte de la CNMC por participar en el conocido como “cártel de la leche”, interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la modificación del pliego de concreción de hechos (PCH) acordada por la Dirección de Competencia del citado regulador, una vez emitido un primer PCH y estando ya cerrada formalmente la fase de investigación, y que la citada dirección justificó en sus poderes generales de “rectificación de errores materiales y de hecho” de los actos administrativos (antiguo art. 105.2 de la Ley 30/1992, actual art. 109.2 de la LPAC). La Audiencia anuló el acto de trámite cualificado impugnado, por infringir la Ley de Procedimiento Administrativo, pues la producción de un ulterior PCH iba más lejos de lo que el art. 105 de la ley procedimental permite. Recurrída en casación por el Estado dicha sentencia, el Tribunal Supremo lo desestimó, confirmando la corrección de la interpretación de la Audiencia Nacional: sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS (sección 3ª) de 24 de julio de 2018 (sentencia nº 1356/2018).

³⁰ Para un estudio detallado de ese procedimiento investigador-declarativo-sancionador, vid: Margaret GRAY *et al* : *EU competition law : procedures and remedies*. Ed. Richmond, 2006, pp. 6 a 54.

³¹ Recordemos que dicha Carta se dirige con carácter principal o primario a las instituciones y órganos de la UE (art. 51.1).

³² El TJ ha proclamado que la Comisión está obligada a respetar, en el marco de un procedimiento administrativo relativo a cárteles, el derecho a una buena administración consagrado en el artículo 41 de la Carta (sentencia de 11 de julio de 2013, *Ziegler c. Comisión*, C 439/11 P). Sobre este precepto de la CDFUE, vid.: A.MANGAS MARTÍN (dir.): *Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*. Comentario artículo por artículo. Ed. Fundación BBVA, 2008, pp. 664 a 678; A.LÓPEZ

su entrada en vigor la Carta arroja una potente luz (también) sobre el marco de la aplicación práctica del derecho derivado de la competencia por parte de la Comisión.

Además, algunos de estos principios han sido elevados incluso a la categoría de principio general del Derecho de la Unión por la doctrina.³³

IV. Principales derechos o garantías de las empresas en el marco de los procedimientos sancionadores instruidos por la Comisión en materia de competencia

10. A la luz de la estructura de fuentes anteriormente identificada, los principales derechos o garantías³⁴ que asisten a las empresas en el marco de los procedimientos de investigación y corrección instruidos por la Comisión en el campo de la competencia son los siguientes³⁵:

- 1) El derecho general de defensa³⁶, que engloba principalmente el derecho de audiencia o derecho a ser oído³⁷ antes de que se tome en contra de la empresa una medida individual que le afecte desfavorablemente³⁸. Esta garantía ha sido abundantemente elaborada por el TJUE³⁹. Implica el derecho a formular alegaciones escritas, e incluso a formularlas *oralmente*⁴⁰ y, aunque no lo citen las fuentes escritas, también conlleva aspectos como la posibilidad de alegar defectos de tramitación y otras reclamaciones semejantes. En ese contexto destaca especialmente la elaboración jurisprudencial del pliego de cargos, auténtica pieza central del procedimiento de competencia, cuyo contenido y requisitos aparecen desdibujados en los reglamentos europeos 1/2003 y 773/2004⁴¹. El TG entiende, por ejemplo, que los requisitos del pliego de cargos, y por ende el derecho a ser oído, se conculcan cuando la empresa es finalmente sancionada por cargos que no aparecían consignados en

CASTILLO (Dir): *Comentario sistemático a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1251 y ss.

³³ Vid, al respecto: T.TRIDIMAS: *The General Principles of EU Law*, 2ª ed. Oxford Univ. Press, 2006.

³⁴ A falta de una acaba categorización dogmática de estos extremos por parte del derecho derivado, estos aspectos se pueden concebir perfectamente como derechos o garantías de las empresas, pero también como obligaciones o deberes de la Comisión (por ejemplo, la obligación de motivar), e incluso como “principios” estructurantes.

³⁵ Dado que no existe una relación o identificación de estos derechos-principios en el Derecho escrito de la Unión, los distintos autores ofrecen distintas enumeraciones de los mismos. Por lo tanto, la relación que sigue es una presentación sincrética y personal de quien esto escribe.

³⁶ El Reg. 1/2003 se refiere hasta en siete ocasiones (la mayoría de ellas, en su exposición de motivos) a los “derechos de defensa” de las personas empresas pero no consagra ningún artículo a los mismos.

³⁷ Sobre la evolución jurisprudencial de este principio-derecho en el concreto sector del derecho de la competencia, durante el siglo pasado (sentencias *Nölle II*, *Al-Jubail*, etc). Vid: H.P. NEHL: *Principles of Administrative Procedure in EC Law*. Ed. Hart, Oxford, 1999, pp. 70 a 77.

³⁸ El art. 27.1 del reglamento 1/2003 recoge expresamente este principio-derecho:

“Antes de adoptar las decisiones la Comisión ofrecerá a las empresas o asociaciones de empresas sometidas al procedimiento instruido...la oportunidad de manifestar su opinión con respecto a los cargos que les sean imputados”. El Reg. 773/2004 le dedica varios artículos. Igualmente consagra este derecho el art. 41.2 (a) de la CDFUE: el derecho a la buena administración...”*incluye en particular... (a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente*”.

³⁹ En su sentencia de 16 de diciembre de 2003, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel/Comisión*, asuntos T-5/00 y T-6/00, el Tribunal de Primera Instancia dijo que “el respeto del derecho de defensa, que constituye un principio fundamental del Derecho comunitario y debe ser observado en todos los casos, especialmente en todo procedimiento que pueda dar lugar a la imposición de sanciones, aunque se trate de un procedimiento administrativo, exige que la empresa interesada haya tenido la posibilidad de manifestar oportunamente su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos, imputaciones y circunstancias alegados por la Comisión” (aptdo 32).

⁴⁰ La audiencia “oral” a la que se refiere el art. 12.1 del Reg. 773/2004 no es lo mismo que la “audiencia” de nuestro procedimiento administrativo patrio, que se sustancia por escrito. Tal vez habría sido más propio emplear la palabra “vista” en la versión española del reglamento, sospecha que confirma la lectura de su art. 14 .

⁴¹ El Reglamento 1/2003 solo se refiere en una ocasión al pliego de cargos, desde una perspectiva completamente lateral (art. 25.3,d), en cambio el Reglamento 773/2004 lo menciona en 23 ocasiones.

- el pliego, o si ha recibido una sanción que ha sido calculada con arreglo a criterios no consignados en el mismo.⁴²
- 2) El derecho de audiencia de las personas que no sean ni denunciantes ni empresas investigadas, y que acrediten interés suficiente para ello, quienes podrán aducir alegaciones escritas.⁴³
 - 3) El derecho de la empresa de acceder a la información relevante y específicamente el de acceder (íntegramente) al expediente que le afecta⁴⁴, debiendo la Comisión, al facilitar tal acceso, salvaguardar debidamente los secretos comerciales y otro tipo de información confidencial⁴⁵.
 - 4) El derecho de los denunciantes a acceder a los datos e informaciones que hayan sido tenidos en cuenta por la Comisión para desconsiderar su denuncia.⁴⁶
 - 5) El derecho a que la información recopilada en el marco de la ejecución del derecho de la competencia sólo sea utilizada para el fin para el que haya sido recabada.⁴⁷
 - 6) El principio de cuidado o diligencia de la Comisión.⁴⁸
 - 7) El principio de presunción de inocencia⁴⁹.
 - 8) El deber de la Comisión de motivar convenientemente sus decisiones y resoluciones. Este es un principio de amplio espectro, que se aplica no solo en materia de competencia⁵⁰, sino con carácter transversal en toda actuación del Poder Ejecutivo de la Unión⁵¹.
 - 9) El principio de prescripción de infracciones y sanciones⁵².
 - 10) El principio de duración razonable del procedimiento⁵³.

⁴² Vid. sobre este particular, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Quinta) de 26 de abril de 2007, *Bolloré y otros c. Comisión*, asuntos acumulados T-109/02 y otros (asunto *papel autocopiativo*).

⁴³ Recogido en el art. 13.1 del Reg. 773/2004.

⁴⁴ Recogido expresamente en el art. 27.2 del Reg. 1/2003 y en el art. 15 del Reg. 773/2004. Igualmente consagra universalmente este derecho el art. 41.2 de la CDFUE, con las mismas cautelas. Sobre la evolución jurisprudencial de este principio-derecho en el concreto sector del derecho de la competencia durante el siglo pasado (sentencias *Cement*, *Soda-Ash*, etc.), vid.: H.P. NEHL: *Principles of Administrative Procedure in EC Law*. Ed. Hart, Oxford, 1999, pp. 43 a 69. Con carácter más moderno, el TG ha resaltado la importancia de este principio en numerosas ocasiones. Por ejemplo, en su sentencia de 20 de marzo de 2002, *LR AF 1998/Comisión (asunto T-23/99)*, el antiguo Tribunal de Primera Instancia afirmó que “*para permitir a las empresas afectadas defenderse oportunamente de las imputaciones formuladas en su contra en el pliego de cargos, la Comisión está obligada a ponerles de manifiesto el contenido íntegro del expediente de la instrucción, con excepción de los documentos que contengan secretos comerciales de otras empresas u otras informaciones confidenciales y de los documentos internos de la Comisión*” (apdo 170).

⁴⁵ Vid., art. 16 del Reg. 773/2004.

⁴⁶ Consagrado en el art. 8.1 del Reg. 773/2004.

⁴⁷ Art. 28.1 del reglamento antecitado.

⁴⁸ Como es sabido, el TFUE admite abiertamente este concepto (art. 298.1). Sobre la evolución jurisprudencial de este principio-derecho en el concreto sector del derecho de la competencia (sentencia *Nölle I y II* y otras). Vid.: H.P. NEHL: *Principles of Administrative Procedure in EC Law*. Ed. Hart, Oxford, 1999, pp. 137 -142.

⁴⁹ Vid. art. 2 del Reg. 1/2003. Sobre el juego de este principio en el derecho de la competencia, vid., por todos: F. CASTILLO DE LA TORRE & E. GIPPINI-FOURNIER: *Evidence, proof and judicial review in EU Competition Law*. Ed Edward Elgar, 2017.

⁵⁰ Reconocido con carácter específico en materia de competencia en el art. 105.2 del TFUE. La violación de este principio o deber es uno de los que con más fruición y antigüedad se alegan en el escenario judicial de la defensa de la competencia. Por ejemplo, en su ya lejana sentencia de 14 de octubre de 1987, *República federal de Alemania c. Comisión* (asunto 248/84) el TJ anuló una decisión de la Comisión que había declarado incompatibles con el Tratado un programa de ayudas regionales concedidas por distintos *Länder* alemanes y que se había limitado a citar el antiguo art. 92.1 del antiguo TCEE como única motivación. El Tribunal entendió que al así hacerlo se estaba violando el art. 190 de dicho tratado, que recogía (como hace hoy el art. 296 del TFUE) la obligación de motivar los actos jurídicos comunitarios y por consiguiente decidió la anulación de la decisión *por vicios sustanciales de forma*. En tiempos más recientes, el TG se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la importancia y alcance del pliego de cargos en materia de competencia y su conexión con la obligación de motivación, como en la sentencia *Bolloré* (vid. nota 42).

⁵¹ Este principio-deber está reconocido con carácter general en el art. 41.2 de la CDFUE y en el art. 296 del TFUE (en este caso para cualquier “acto jurídico” de las instituciones).

⁵² En los términos previstos en los arts. 25 y 26 del Reg.1/2003.

⁵³ En los litigios sobre anulación, la duración del procedimiento administrativo previo puede tener como consecuencia la anulación de la decisión impugnada si se cumplen dos requisitos cumulativamente: (a) que esa duración haya resultado excesiva, y (b) que la superación del plazo razonable haya obstaculizado el ejercicio del derecho de defensa (sentencias de 21 de septiembre de 2006, *Technische Univ. c. Comisión*, C113/04 P, y sentencia de 8 de mayo de 2014, *Bolloré c. Comisión*, C414/12 P).

11. La recta comprensión de este catálogo de derechos exige que se formule un *caveat* importante: muchos de estos derechos, garantías o principios han sido elaborados por el TJUE en el marco de litigios desencadenados por empresas que impugnaron decisiones afflictivas (o aún sancionadoras) de la Comisión en el marco de la defensa de la competencia⁵⁴, pero también en el marco de otras normas sectoriales. Es decir, no existen unos principios procedimentales defensivos o reaccionales a disposición de las empresas que sean exclusivos de la materia de la libre competencia, sino que son principios generales, que se pueden aplicar desde luego al terreno de la libre competencia. Puede así decirse que son principios intercambiables.

En la práctica, los derechos o principios enumerados en el rubro anterior pueden ser aplicados “mutatis mutandis” de unos campos o sectores de la actuación comunitaria a otros. Por ejemplo, en el caso de la impugnación de una decisión adoptada por la Agencia europea “ECHA” en materia de registro de sustancias químicas, una empresa puede invocar su derecho de acceso al expediente, invocando jurisprudencia de Luxemburgo sobre dicho principio... dictada en el marco de la defensa de la competencia. La regla inversa también se aplica. Por lo tanto, en el marco de un recurso de anulación deducido por una empresa contra una decisión de la Comisión que le sancionó por vulnerar la competencia, la actora puede desde luego alegar que se violó en el expediente previo su derecho a ser oído (derecho a la audiencia), invocando para ello una sentencia del TG que haya perfilado dicho derecho procedimental... pero que fue dictada en el marco de la aplicación del Reglamento “REACH” por parte de la ECHA.

Otro ejemplo es el del derecho de acceso al expediente, que ha sido analizado y explicitado por el Tribunal en múltiples contextos de ejecución administrativa *directa* de diversos reglamentos y directivas por parte de la Comisión y de las Agencias descentralizadas de la Unión.

V. Las infracciones de procedimiento y el recurso de anulación

12. La identificación de lo que constituye un vicio de procedimiento, así como la entidad o relevancia de tal vicio, es algo que no viene regulado en el derecho escrito de la Unión. Por otra parte, es sabido que la omisión de ciertos trámites en la instrucción de un procedimiento administrativo, el incumplimiento de ciertas formas de los actos⁵⁵, o la infracción de las garantías y derechos procedimentales de las empresas no acarrea siempre la anulación del acto impugnado. Así, el derecho administrativo español conoce hasta tres situaciones o grados diferentes: (a) la nulidad radical o de pleno derecho; (b) la anulabilidad del acto; (c) las irregularidades no invalidantes.

Sin embargo, en el Derecho positivo de la Unión no existe una teoría general de las nulidades ni de los vicios de procedimiento (como la existente en el derecho administrativo de numerosos EM)⁵⁶. Por lo tanto, esas relevantes cuestiones han sido definidas por el Tribunal de Luxemburgo, que actúa aquí francamente como un pretor del *Common Law*.

13. Al TJUE le compete (a través de su jurisprudencia) determinar -caso por caso- qué vicio de procedimiento, en el ámbito de la defensa de la competencia, constituye realmente (a) un “vicio sustancial de forma” en el sentido del art. 263 del TFUE⁵⁷, y por tanto con fuerza suficiente para que el TG

⁵⁴ Las previsiones “procedimentales” contenidas en el Reg. 1/2003 y 773/2004 han sido interpretadas por la jurisprudencia del TJUE, a la hora de resolver los recursos de anulación (TG) o eventualmente de casación (Tribunal de Justicia) que han desencadenado las empresas sancionadas por la Comisión en el marco de la defensa de la competencia.

⁵⁵ Por ejemplo, el art. 297.2 del TFUE establece que las decisiones de la Comisión deben ser firmadas por su presidente.

⁵⁶ Entre nosotros, el art. 47 de nuestra LPAC enumera las causas o situaciones en que un acto es nulo de pleno derecho.

⁵⁷ Es caro a la doctrina francófona el enfoque de conceptualizar los vicios de forma (junto al de incompetencia) como vicios de legalidad “externa” (*légalité externe*), y como vicios de legalidad “interna” el resto de supuestos previstos en el art. 263 del TFUE. Sin embargo, la misma doctrina ha puesto de manifiesto que es porosa la distinción entre el puro “vicio de forma” y la violación “de cualquier norma jurídica” relativa a la ejecución de los Tratados (que es un vicio de fondo), cuando dicha norma jurídica consiste en una norma de procedimiento (vid.: N. DE SADELEER: *Manuel de droit institutionnel et de contentieux européen*. Ed. Bruylant, Bruselas, 2021, pág. 446). En efecto, la violación por parte de la Comisión del derecho a ser oído, en un expediente de competencia dado, consagrado en el art. 27 del Reg. 1/2003, constituye un supuesto claro de “vicio sustancial de forma”, pero también es evidentemente un caso claro de violación de una “norma jurídica relativa a la ejecución de los Tratados”.

dicte una sentencia de anulación de la decisión atacada, o (b) un vicio ciertamente, pero no sustancial y por tanto sin efectividad anulatoria, lo que nuestro derecho administrativo denomina “irregularidad no invalidante” o incluso un mero “defecto de tramitación” (como la omisión de algún detalle formal de menor importancia, o el ligero incumplimiento de un plazo que en ningún caso causa indefensión).

Es relevante resaltar, en cualquier caso, que los vicios graves de procedimiento constituyen un motivo de orden público, y que el TG puede o incluso debe constatarlos y suscitarlos de oficio y por su propio imperio, anudando las consecuencias correspondientes.⁵⁸

14. En la dinámica general del recurso de anulación, la doctrina indica que el TJUE no es en general excesivamente formalista, y solo determina la existencia de un vicio sustancial de forma cuando se violenta una pieza fundamental del procedimiento, y ello causa indefensión a la empresa (ese es sin duda un test clave) o cuando dicho vicio es susceptible de haber ejercido una influencia determinante sobre el contenido del acto⁵⁹. Aunque no versa directamente sobre el derecho de la competencia, conviene citar aquí como ejemplo un asunto interesante, concretamente la sentencia del TG (sala primera) de 13 de diciembre de 2013, *Hungría c. Comisión* (asunto T240/10). En este caso, la Comisión procedió a otorgar a la mercantil BASF una autorización de comercialización de un organismo modificado genéticamente (un tipo de patata), pero en el curso del procedimiento, ciertamente complejo y con varias versiones o proyectos de decisión, la Comisión no presentó los proyectos modificados de las decisiones de autorización a los comités de reglamentación competentes⁶⁰.

Por lo tanto, en el campo concreto de la defensa de la competencia, para que se determine la existencia de un “vicio sustancial de forma” o la “violación de una forma sustancial” tiene que haberse producido una infracción grave del procedimiento administrativo, tal como la conculcación del derecho de defensa, del derecho a ser oído, la ausencia total o irreconocible de motivación, etc. También se incluiría aquí la omisión de alguna fase o trámite esencial del procedimiento, tales como (a la luz del antecitado caso *Hungría c. Comisión*) la ausencia de consulta al tradicional comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes, regulado hoy en el art. 14 del Reg. 1/2003⁶¹.

VI. Jurisprudencia reciente: un balance

15. En los epígrafes precedentes hemos expuesto el sistema general, a la luz del derecho vigente y de la jurisprudencia consolidada sobre estas cuestiones⁶². Mas interesa conocer cuál ha sido la práctica y la realidad forense recientes, y extraer un balance de las mismas. Con el fin de comprobar la incidencia y relevancia de los vicios de procedimiento en los asuntos recientemente fallados por el TG y el TJ en materia de competencia, se ha llevado a cabo una búsqueda a través de los boletines y *newsletters*

⁵⁸ Así, en su sentencia de 2 de diciembre de 2009, *Comisión c. Irlanda y otros*, asunto C-89/08 P, el TJ afirmó que la falta de motivación o la motivación insuficiente de una decisión constituye un vicio sustancial de forma en el sentido del artículo 263 TFUE y constituye un motivo de orden público que el Tribunal de la Unión puede, o incluso debe, invocar de oficio (apdo 34).

⁵⁹ Vid.: N. de SADELEER: *Manuel de droit institutionnel...op. cit.*, pp. 445-6.

⁶⁰ En esta sentencia, el tribunal afirmó que “los vicios sustanciales de forma... constituyen un motivo denominado de orden público que debe ser examinado de oficio por el juez de la Unión(...). Constituye un vicio sustancial de forma la infracción de una norma procedimental si, de haber sido observada, el resultado del procedimiento o el contenido del acto adoptado hubiese podido ser sustancialmente distinto... Por consiguiente, dado queel contenido de decisiones de autorización adoptadas habría podido ser sustancialmente distinto si la Comisión hubiese observado el procedimiento establecido en (la decisión Comitología) cuando la Comisión adopta decisiones de autorización de comercialización sin presentar a los comités de reglamentación competentes los proyectos modificados de esas decisiones de autorización, incumple sus obligaciones procedimentales...(e) incurre consecuentemente en un vicio sustancial de forma en el sentido del artículo 263 TFUE...(por lo que) estas decisiones están íntegramente viciadas de nulidad” (parágrafos 84 y 87 de la sentencia).

⁶¹ Sobre la interpretación que de este *moyen d’annulation* ha hecho el TJUE, y además de las referencias doctrinales incluidas a lo largo de esta contribución, vid.: A. JONES & B. SUFRIN: *EC Competition Law. Text, cases and materials*. 3ª ed., Oxford Univ. Press, 2007, pp. 1257 a 1259; M. GRAY *et al* : *EU competition law : procedures and remedies*. Ed. Richmond, 2006, pp.71 a 76.

⁶² Sobre la jurisprudencia recaída hasta hace unos años 2017 pueden consultarse las referencias doctrinal-bibliográficas incluidas a lo largo de esta contribución.

electrónicos más usuales, y se han localizado una buena veintena de sentencias recaídas desde enero de 2022 hasta la primavera de 2024⁶³. El análisis de dichos fallos judiciales permite extraer las siguientes conclusiones:

- 1ª. Es inhabitual que la estrategia procesal de una empresa en el marco de un recurso de anulación en asunto de competencia gire exclusivamente sobre la invocación de un vicio de procedimiento. Desde luego, no se ha localizado ningún asunto en el que tal vicio sea el único *moyen d'annulation*. Normalmente, las empresas hacen estas invocaciones junto a las de carácter sustantivo o material, como argumento “a mayor abundamiento”.
- 2ª. La mayoría de los recursos de anulación fueron desestimados por el TG y, en ese contexto, las alegaciones de vicios de procedimiento no suelen tener demasiado éxito. Ahora bien, el TG hizo en tres ocasiones uso de sus potestad jurisdiccional plena para reformar (a la baja) la cuantía de las multas impuestas por la Comisión⁶⁴.
- 3ª. La jurisprudencia de los tribunales europeos en torno a los vicios de procedimiento parece asentada y no se ha detectado ningún desarrollo “revolucionario” en este campo.
- 4ª. El vicio de procedimiento más invocado es sin duda el de ausencia o insuficiente motivación de la decisión, que ha sido utilizado por el TG para anular total o parcialmente una decisión de la Comisión en alguna ocasión⁶⁵. Sin embargo, el nivel de exigencia del TG es alto, pues requiere que se haya producido un vicio patente de motivación o que sea claramente contradictoria, no bastando que la motivación sea simplemente insuficiente o mejorable⁶⁶.
- 5ª. También abundan los casos en los que las empresas invocan la violación del principio del “derecho de defensa”, bien por conexión con el punto anterior⁶⁷, o porque no se celebró una audiencia (“oral”), especialmente en los expedientes donde hay sucesivos pliegos de cargos y adición de nuevos fundamentos fácticos durante la instrucción del procedimiento⁶⁸. Igualmente se violan los derechos de defensa cuando la Comisión no consigna o

⁶³ Se trata de los siguientes fallos: sentencia del TJ (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2023, *International Skating Union c. Comisión*, asunto C124/21 P; Sentencia del TG (sala décima, ampliada) de 20 de diciembre de 2023, *JPMorgan Chase & Co y otros c. Comisión*, asunto T106/17; Sentencia del TG (sala décima aplicada) de 20 de diciembre de 2023, *Crédit agricole SA & Crédit agricole Corporate and Investment Bank c. Comisión*, asunto T113/17; Sentencia del TG (Sala cuarta ampliada) de 25 de octubre de 2023, *Bulgarian Energy Holding EAD y otros c. Comisión*, asunto T136/19; Sentencia del TG (Sala Tercera ampliada) de 14 de junio de 2023, *Polwax c. Comisión*, asunto T585/20; Sentencia del TG (Sala cuarta ampliada) de 17 de mayo de 2023, *EVH GmbH c. Comisión*, asunto T312/20; Sentencia del tribunal general (Sala Quinta ampliada) de 24 de mayo de 2023, *Meta Platforms Ireland Ltd c. Comisión*, asunto T451/20; Sentencia del TG (Sala Novena ampliada) de 7 de diciembre de 2022, *CCPL — Consorzio Cooperative di Produzione e Lavoro SC y otros c. Comisión*, asunto T130/21; Sentencia del TG (Sala cuarta, ampliada) de 9 de noviembre de 2022, *Ferriera Valsabbia SpA y otros c. Comisión*, asunto T655/19; Sentencia del TG (Sala Cuarta ampliada) de 9 de noviembre de 2022, *Feralpi Holding SpA c. Comisión*, asunto T-657/19; Sentencia del TG (Sala Cuarta ampliada) de 9 de noviembre de 2022 *Ferriere Nord SpA c. Comisión Europe*, asunto T667/19; Sentencia del TG (Sala Sexta ampliada) de 14 de septiembre de 2022, *Google y Alphabet c. Comisión*, asunto T604/18; sentencia del TG (Sala Sexta ampliada) de 15 de junio de 2022, *Qualcomm Inc. C. Comisión*, asunto T235/18; sentencia del TG (Sala sexta) de 18 de mayo de 2022, *Canon Inc c. Comisión*, asunto T609/19; sentencia del TG (Sala Cuarta ampliada) de 30 de marzo de 2022, *SAS Cargo Group y otros c. Comisión*, asunto T324/17; sentencia del TG (Sala cuarta, ampliada) de 30 de marzo de 2022, *Air France-KLM c. Comisión*, asunto T-337/17; sentencia del TG (Sala octava, ampliada) de 2 de febrero de 2022, *Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo c. Comisión*, asunto T399/19; sentencia del TG (Sala décima, ampliada) de 9 de febrero de 2022, *Sped-pro c. Comisión*, asunto T791/19.

⁶⁴ Ello sucedió en el asunto *Crédit Agricole*, en el asunto *Google y Alphabet*, y en el asunto *SAS* (vid nota 63).

⁶⁵ Por ejemplo, en su sentencia de 11 de julio de 2019, *CCPL y otros c. Comisión*, el TG anuló parcialmente una decisión de la Comisión por motivación insuficiente en lo que concernía a la determinación del porcentaje de reducción del importe de una multa (asunto T-522/15). En el asunto *Crédit Agricole* (vid nota 63) el TG entendió que no estaba suficientemente motivada la determinación del factor de reducción de la multa impuesta; y en el asunto *Sped-pro* (vid, nota 63), también anula el TG la decisión impugnada por motivación insuficiente.

⁶⁶ Vid la sentencia *International Staking Union*, del TJ (vid nota 63).

⁶⁷ En el asunto *Bulgarian Energy Holding* (vid. nota 63) el TG anuló la decisión, entre otras, por esa razón.

⁶⁸ Como ocurrió en el caso “Google y Alphabet” (vid nota 63). El TG sostuvo que “al haber comunicado dos escritos de exposición de los hechos en lugar de un pliego de cargos complementario, y al no acordar la celebración de una audiencia sobre las observaciones formuladas en respuesta a esos dos escritos de exposición de los hechos, la Comisión eludió el derecho de *Google* a poder desarrollar oralmente sus argumentos sobre tales observaciones y violó el derecho de defensa de dicha empresa” (par. 997).

- reproduce en su integridad en el expediente los intercambios de información o las entrevistas realizada con personas u organizaciones relevantes en los hechos.⁶⁹
- 6º. Como es sabido, el derecho europeo (a diferencia de, por ejemplo, el español) no establece una duración máxima del procedimiento sancionador que instruye y resuelve la Comisión. Ahora bien, las empresas alegan a veces la excesiva duración de ese procedimiento, como causa de anulación, sobre todo después de que la CDFUE haya recogido la obligación de que la Administración europea trate y disponga de los asuntos de los particulares “dentro de un plazo razonable” (art. 41.1)⁷⁰. Ahora bien, a juicio del TG, la superación de ese “plazo razonable” (*délai raisonable*) sólo constituye causa suficiente de anulación, si ello provocó una vulneración de los derechos de defensa de la empresa⁷¹. El TG utiliza ese “test” de manera bastante generosa con la Comisión⁷².
 - 7º. El TG ha sostenido de manera constante que la Comisión no es un “tribunal” en el sentido del art. 6 del CEDH⁷³.
 - 8º. Aunque el art. 23.5 del Reg. 1/2003 deja claro que las decisiones sancionatorias de la Comisión no revisten carácter penal, algunas empresas se obstinan en pretender que en la fase administrativa se les debe aplicar las mismas garantías que el CEDH reserva a los procesos penales. El TG ha negado en varias ocasiones este extremo.⁷⁴
 - 9º. Las violaciones de forma deben ser demostradas fehacientemente por el actor, no bastando ni mucho menos su mera invocación. Debe, al contrario probar la relación de causa a efecto entre el vicio padecido y la indefensión aducida (por ejemplo: cómo el no acceso a qué concretos documentos le privó de defenderse mejor).
 - 10º. Las violaciones más frecuentes de la CDFUE que se invocan por las empresas se refieren a sus arts. 41 y 48, y con menos frecuencia al art. 17⁷⁵.
 - 11º. EL TJUE sigue manteniendo la tesis de que el vicio de procedimiento solo tiene virtualidad anulatoria si produjo indefensión a la empresa, o si el contenido de la decisión hubiera sido diferente, de no cometerse la infracción procedimental. Es una concepción poco *ritualista* del procedimiento administrativo, que interpreta el Derecho de la Unión -a nuestro juicio- de manera favorable para la *Administración europea*, pues añade requisitos que no están en la letra del Tratado.
 - 12º. A nuestro juicio, el régimen actual es insatisfactorio, puesto que la mayor parte del sistema de garantías y principios procedimentales se apoya en decisiones judiciales “ad hoc” de los tribunales europeos. Urge una reforma que amplíe, profundice y concrete los aspectos más importantes del procedimiento ante la Comisión (*volcando* al Derecho positivo las líneas jurisprudenciales más consolidadas del Tribunal Luxemburgo), con el fin de dotar al marco legal de mayor certidumbre jurídica y conferir una acrecida objetividad y predictibilidad a la actuación del ejecutivo comunitario.

⁶⁹ En el asunto “Qualcomm” (vid nota 63) el TG afirmó que: “...cuando con arreglo al artículo 19 del Reglamento n.º 1/2003, la Comisión realice una entrevista a efectos de recopilar información en relación con el objeto de una investigación, tiene la obligación de registrarla del modo que elija... no es suficiente con que la Comisión efectúe un breve resumen de los temas abordados en la entrevista. Debe estar en condiciones de facilitar (a la empresa expedientada) una indicación sobre el contenido de las discusiones”.

⁷⁰ Como ocurrió en el asunto *Ferriera Valsabbia* (vid nota 63).

⁷¹ Vid. Sentencia del TG en el asunto *Ferriera Valsabbia* (vid nota 63), par. 181. Ahora bien, el incumplimiento de dicho plazo razonable puede motivar que el Tribunal de Justicia, “en el marco del ejercicio de su competencia jurisdiccional plena, corrija adecuadamente la infracción resultante de haber rebasado el plazo razonable del procedimiento administrativo, reduciendo en su caso el importe de la multa impuesta (sentencia del TG de 21 de septiembre de 2006, *Technische Unie c. Comisión*, C-113/04 P, pars. 202-204).

⁷² El plazo de tiempo excesivo entre la adopción de la decisión combatida y su publicación en el “Diario Oficial” (en ese caso, más de 400 días), fue suscitada por la actora en el asunto *EVH GmbH* (vid nota 63), sin embargo al TG, aunque le pareció objetivamente dilatado, no le pareció causa invalidante, remitiendo a la empresa, en su caso, a un procedimiento de responsabilidad extracontractual.

⁷³ Así lo hizo en el asunto *Crédit Agricole* (vid nota 63), parágrafo 42.

⁷⁴ *Ibid*, (ut supra), par. 47.

⁷⁵ Como sucedió en el asunto *SAS* (vid nota 63) parágrafos 640 y ss.