EL SISTEMA SANCIONADOR ESPAÑOL DE DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL MARCO DEL MERCADO ÚNICO EUROPEO: ANÁLISIS CRÍTICO DEL EFECTO DISUASORIO DE LA NORMATIVA DE COMPETENCIA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

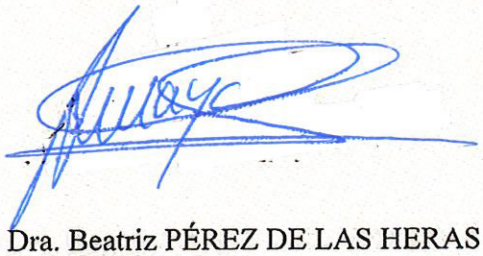
Amaya ANGULO GARZARO

Julio 2020

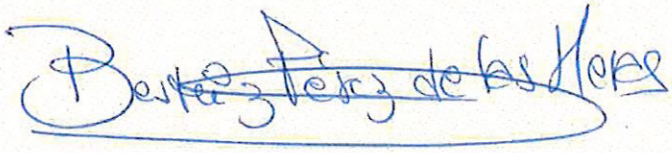
Universidad de Deusto
University of Deusto
Deusto

EL SISTEMA SANCIONADOR ESPAÑOL DE DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL MARCO DEL MERCADO ÚNICO EUROPEO: ANÁLISIS CRÍTICO DEL EFECTO DISUASORIO DE LA NORMATIVA DE COMPETENCIA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Doctoranda: Amaya ANGULO GARZARO



Directora: Dra. Beatriz PÉREZ DE LAS HERAS



Universidad de Deusto

Facultad de Derecho

"The development of . . . rules will . . . involve a continuous interaction between the rules of law and expectations: while new rules will be laid down to protect existing expectations, every new rule will also tend to create new expectation. As some of the prevailing expectations will always conflict with each other, the judge will constantly have to decide which is to be treated as legitimate and in doing so will provide the basis for new expectations. . . .[T]he judge will never be able to foresee all the consequences of the rule he lays down, and will often fail in his endeavor to reduce the sources of conflicts of expectations . . . . [I]t is only by their effects on [the] order of actions, effects that will be discovered only by trial and error, that the adequacy or inadequacy of the rules can be judged."

FRIEDRICH A. HAYEK - LAW, LEGISLATION AND LIBERTY: RULES AND ORDER 102 (1973)

Agradecimientos

Muchos son las personas que me han acompañado a lo largo del tortuoso camino que supone la elaboración de la presente tesis doctoral y poco es el espacio del que dispongo para mostrar mi agradecimiento.

Mi pilar básico en este camino ha sido, sin duda, Noe. Su paciencia infinita me ha acompañado en cada nueva redacción del texto, leyendo cada versión con dedicación y realizando certeros comentarios.

Junto con ella, debo reconocer que esta tesis hubiera sido imposible de realizar sin el apoyo de mi Directora Beatriz, quién confió en mí desde el primer momento concediéndome una oportunidad de oro para alcanzar el mayor grado académico. Sin duda, una directora de ensueño.

Finalmente, tampoco puedo olvidar a Andoni por cuidar de nuestras niñas para que yo pudiera escribir, a Izaskun Urien por estar a mi lado cada vez que me surgían inseguridades y a Juan Luis Crucelegui por dedicarme tiempo en su apretada agenda.

A todos vosotros, así como a todos los que habéis aportado vuestro granito de arena, gracias.

ÍNDICE

ABREVIATURAS 7

INTRODUCCIÓN 9

CAPÍTULO 1 – LA COMPETENCIA EN EL DERECHO ESTATAL A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA EUROPEA: LA NECESIDAD DE PROTEGER EL PROCESO COMPETITIVO DEL MERCADO COMO OBJETIVO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA 36

I. Introducción 36

II. Objetivo del Derecho de la competencia: la protección del sistema competitivo, como punto de partida, y la protección del consumidor, como fin último de la defensa de la competencia 36

III. Las conductas anticompetitivas: análisis comparado de las conductas que el Derecho de la competencia, tanto nacional como europeo, pretende disuadir 40

IV. Alternativas para lograr una efectiva protección del proceso competitivo del mercado: la educación y la sanción como mecanismos complementarios de disuasión 46

1. La educación: la labor educativa como medio de concienciación de la importancia de proteger la competencia 46

A. Competencia y concienciación: la labor de promoción de las autoridades de competencia 47

B. Competencia y compromiso: la adopción e implementación por parte de los operadores económicos de programas de cumplimiento o *compliance programs* 54

2. La sanción: la necesidad de imponer sanciones para garantizar el efecto disuasorio de la normativa de competencia 59

A. La naturaleza administrativa de la sanción por prácticas anticompetitivas y los factores que influyen en la optimización del cálculo de su cuantía 61

B. Límites a la autoridad de competencia: principios que modulan y condicionan la determinación e imposición de la sanción óptima 70

a. Principios que configuran el sistema sancionador: protección de la previsibilidad de la sanción 71

b. Principios que garantizan la aplicación del procedimiento sancionador establecido: prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos y establecimiento previo del procedimiento 75

V. La disuasión como finalidad de las autoridades de competencia: su preminencia, tanto en la labor de promoción como en la labor de defensa de la competencia, sobre la tesis de la retribución o la tesis de la rehabilitación 82

1. Beneficios de la disuasión para el consumidor, el mercado, el territorio y las autoridades de competencia nacional y europea 90

2. Límites de la disuasión: las dificultades para obtener un efecto disuasorio adecuado..... 95

CAPÍTULO 2 – ANÁLISIS JURÍDICO-PRÁCTICO COMPARADO DE LOS ASPECTOS SUBJETIVOS Y MATERIALES DEL SISTEMA SANCIONADOR ESPAÑOL Y EUROPEO DE DERECHO DE LA COMPETENCIA: LOS ELEMENTOS QUE NECESARIAMENTE DEBEN CONCURRIR PARA CONSIDERAR SUJETO RESPONSABLE A UN INFRACTOR 100

I. Introducción..... 100

II. El órgano sancionador: análisis de la pluralidad de autoridades de competencia que coexisten en el ámbito nacional y europeo 101

1. Descentralización: el incremento del efecto disuasorio de la normativa de competencia y la mejora de la labor de promoción de la competencia como beneficios de una aplicación descentralizada..... 111

2. Coordinación: la necesidad de articular mecanismos de colaboración como exigencia de una aplicación descentralizada..... 118

A. Entre las autoridades de competencia: la creación de una red, análoga a la Red Europea de Competencia, para favorecer el intercambio de información 121

B. Entre las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales: la indispensabilidad de garantizar la unidad de criterio en la interpretación y aplicación del Derecho de la competencia 130

III. La tipicidad de las conductas anticompetitivas: las diferencias entre la normativa europea e interna que inciden negativamente en la detección, incoación y sanción en el ordenamiento jurídico interno de las conductas anticompetitivas 139

1. Graduación de las infracciones: la limitación innecesaria de la discrecionalidad de la autoridad de competencia a la hora de valorar la gravedad de la infracción 139

2. Conducta tipificada en el artículo 1 LDC: la innecesaria redundancia en la redacción del tipo 143

3. Conducta tipificada en el artículo 3 LDC: la indeseada habilitación a las autoridades de competencia para conocer sobre conductas desleales a través de un tipo inexistente en el Derecho de la UE..... 144

4. Exención de las conductas potencialmente anticompetitivas: de la exención legal –artículo 4 LDC– y de las conductas de menor importancia –artículo 5 LDC–. 151

A. La exención del artículo 4 LDC: la necesidad, en tanto que excepción, de interpretarla restrictivamente..... 151

a. La existencia de un cierto margen de actuación por parte del operador económico, a debate 154

b. La inaplicabilidad de la exención si la conducta anticompetitiva afecta al comercio transfronterizo 157

B. Las conductas del artículo 5 LDC: la dudosa admisibilidad de la existencia de abusos de posición de dominio que no restrinjan de forma sensible la competencia 162

IV. El sujeto infractor: dificultades, dada la redacción actual de la normativa de competencia, en la determinación del sujeto infractor y su responsabilidad 164

1. Elemento personal: deficiencias derivadas de la discordancia, en algunos supuestos, en la calificación del sujeto infractor como sujeto responsable 164

A. La Administración pública como sujeto infractor responsable, sujeta, en su actuar, al Derecho de la competencia: de "sujeto infractor", en el ordenamiento interno, a "sujeto incitador o facilitador", en el ordenamiento europeo 166

B. La imputabilidad de la empresa matriz: modulaciones de la doctrina de unidad de comportamiento económico 175

C. El caso de asociaciones: la aptitud de estos sujetos para restringir o falsear la competencia 185

a. La responsabilidad concurrente de la asociación y sus asociados: supuestos que escapan a la aplicación del principio *non bis in idem* 186

b. La responsabilidad subsidiaria de la asociación y sus asociados: la necesidad de repensar –y, en su caso, derogar– el techo mínimo a la responsabilidad subsidiaria de los asociados cuando se desconoce su volumen de negocios 188

c. El programa de clemencia: circunstancias que imposibilitan a la asociación y a los asociados acudir al programa de clemencia 194

2. Elemento volitivo: la distinción entre una conducta apta para restringir la competencia y una conducta efectivamente querida para distorsionar la competencia 196

A. Inexistencia de una genuina voluntad infractora: la posibilidad de desarrollar una conducta anticompetitiva negligentemente 199

B. Ausencia de intencionalidad: requisitos para que, derivada de una intervención de la Administración, opere la confianza legítima como límite al reproche punitivo de una conducta 203

CAPÍTULO 3 – ANÁLISIS JURÍDICO-PRÁCTICO COMPARADO DE LA FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ESPAÑOL Y EUROPEO: ELEMENTOS QUE HACEN APETECIBLE LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN ANTICOMPETITIVA 207

I. Introducción 207

II. La prescripción y la caducidad: análisis de las instituciones que, por el transcurso del tiempo, suponen tener que poner fin al procedimiento sancionador 208

1. El plazo de prescripción de la potestad sancionadora: la difícil detección de las conductas anticompetitivas y la criticable vinculación en Derecho interno entre clasificación de la infracción y prescripción 208

2. El plazo de caducidad del procedimiento sancionador: diferencias irreconciliables del instituto de la caducidad en el procedimiento administrativo sancionador en la UE y el Estado español 212

III. La terminación convencional: los pretendidos beneficios y mitos encubiertos de aceptar una terminación anticipada del procedimiento sancionador 217

1. Los compromisos vinculantes: aspectos positivos y riesgos de la configuración de la terminación convencional en el ordenamiento jurídico español 220

2. Los acuerdos transaccionales: la imposibilidad para las autoridades españolas de competencia de acudir a un acuerdo transaccional 226

IV. La finalización ordinaria del procedimiento administrativo sancionador: las dificultades de las autoridades de competencia a la hora de determinar la sanción concreta 230

1. Las personas físicas como sujeto infractor: de la práctica inaplicación del artículo 63.2 LDC al reciente aumento de supuestos en los que se ha sancionado a personas físicas..... 232

2. Las Administraciones públicas como sujeto infractor: la necesaria plena sumisión de su operar en el mercado a la normativa de competencia 244

3. La cuantía de la sanción: la apriorística impredecibilidad de la cuantía en aplicación de los factores que se utilizarán para su cálculo 247

A. Determinación del tipo sancionador: la aplicación –no siempre consistente– de los criterios sancionadores en la práctica resolutoria de la autoridad nacional de competencia 257

a. Los tipos sancionadores general e individual: factores clave para la individualización del tipo sancionador aplicable..... 257

b. Comparativa de los criterios empleados por la CNMC y la Comisión Europea: la identificación de las divergencias para la determinación del tipo sancionador 274

B. Concurrencia de circunstancias modificativas: la imprevisibilidad en la concreta apreciación de la concurrencia de agravantes o de atenuantes 281

a. Circunstancias agravantes, o cuando los sujetos infractores luchan contra la aplicación de circunstancias que eleven el importe de su sanción 284

b. Circunstancias atenuantes, o cuando los sujetos infractores luchan por el reconocimiento de circunstancias que reduzcan el importe de su sanción 305

C. El incremento específico de la cuantía de la sanción para garantizar un efecto disuasorio: su desaconsejable ausencia en la normativa española 343

D. El techo máximo del importe de la sanción: el obligado cambio interpretativo, de “límite *a posteriori* de la sanción” a “arco sancionador” 345

E. La prohibición de contratar: una restricción de derechos potencialmente importante para la empresa infractora desde el punto de vista económico 357

4. El programa de clemencia: el tercer pilar, junto a la detección y la disuasión, para una efectiva lucha contra las perniciosas infracciones del artículo 1 LDC. 360

A. El solicitante de clemencia: la imprevisibilidad *ex ante* del sujeto infractor para eludir o ver ampliamente reducido el importe la sanción..... 363

B. El afectado por la conducta infractora: la incidencia de la solicitud de clemencia en el *private enforcement* de la normativa de competencia 376

C. La autoridad receptora de la solicitud de clemencia: la problemática de la potencial concurrencia temporal de una pluralidad de solicitudes de clemencia 380

5. La imposición de multas simbólicas: el cuestionable recurso a sanciones inusitadamente reducidas 383

V. La revisión en vía judicial: alternativas para incrementar el efecto disuasorio de las sanciones en un escenario donde está vedada la *reformatio in peius* 386

1. La postura de la autoridad de competencia: claves para garantizar el mantenimiento de las sanciones impuestas por la autoridad de competencia..... 388

2. La postura de los jueces: la participación de los titulares del órgano jurisdiccional en la creación del Derecho de la competencia 391

CONCLUSIONES 396

LISTADO DE TABLAS, ILUSTRACIONES Y FÓRMULAS..... 409

BIBLIOGRAFÍA 411

RESOLUCIONES NACIONALES..... 451

Resoluciones de la Sala de Competencia de la CNMC 451

Resoluciones del Consejo de la CNC 457

Resoluciones del TDC 467

Resoluciones de las autoridades autonómicas de competencia 469

JURISPRUDENCIA NACIONAL 469

Sentencias de la Audiencia Nacional..... 469

Sentencias del Tribunal Supremo 473

Sentencias del Tribunal Constitucional 475

Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia..... 475

DECISIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA 476

JURISPRUDENCIA EUROPEA 481

Sentencias del Tribunal de Justicia 481

Sentencias del Tribunal General 486

Sentencias del Tribunal de Primera Instancia 491

CONCLUSIONES DE LOS ABOGADOS GENERALES 493

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS..... 494

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CNC	Comisión Nacional de la Competencia
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
Ed.	Editorial
Expte.	Expediente
FJ	Fundamento Jurídico
ICN	International Competition Network (Red de Competencia Internacional)
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LRJAP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas
nº	Número
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
Op cit	Opus cit
p.	Página
PCH	Pliego de Concreción de Hechos
PIB	Producto Interior Bruto
PP.	Páginas
RDC	Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.
REC	Red Española de autoridades de la Competencia
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional

STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STG	Sentencia del Tribunal General
STJ	Sentencia del Tribunal de Justicia
STPI	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
UE	Unión Europea
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

I. Planteamiento del problema

1. La génesis de la preocupación por el Derecho de la competencia

La estrategia de desarrollar acuerdos anticompetitivos en la búsqueda de la maximización del beneficio no es una novedad de las sociedades desarrolladas[1]. Incluso quedan vestigios de acuerdos anticompetitivos desarrollados en la época del Imperio Romano. De hecho, ya en aquel entonces encontramos la *Lex Julia de Annona*, una de las primeras normas que trataban de proteger el proceso competitivo del mercado, previendo importantes multas para aquellos que, con la intención de mantener elevados los precios del maíz, deliberada e insidiosamente intentasen detener los buques de suministro de maíz[2].

No obstante, es innegable que, tras la modernización de la economía, tanto las propias conductas ilícitas, como la rama del Derecho que tiene por objeto sancionar esas conductas –el Derecho de la competencia–, han sufrido un importante desarrollo.

Con respecto a las primeras, encontramos a modo de ejemplo que los cárteles –que constituyen la conducta anticompetitiva más perniciosa para el mercado– se han refinado en sus técnicas operativas y, fruto de la globalización de la economía, han adoptado una proyección mundial como no se había conocido hasta la fecha[3]. De cualquier forma, aunque estos cambios obliguen a adaptar las formas de luchar contra las infracciones al Derecho de la competencia, las razones de la incesante ocurrencia de conductas anticompetitivas permanecen inalteradas: por todas, la búsqueda del "éxito permanente".

En lo referente al desarrollo del Derecho de la competencia, debemos partir de que inicialmente los economistas fueron muy críticos en lo concerniente a la aplicación del

---

[1] Así lo explica, entre otros, MCGOWAN «Whether Egyptian Pharaohs, Roman Emperors or whether medieval monarchs and feudal Lords, evidence can be unearthed of numerous anti-competitive agreements». MCGOWAN, L. *The antitrust revolution in Europe: exploring the European Commission's Cartel Policy*. Ed. Edward Elgar, Cheltenham, UK & Northampton, MA, USA, 2010, p. 26.

[2] Para más información sobre las intervenciones sobre los monopolios y otras conductas que afectaban a la libre competencia véase ZAMORA MANZANO, J. L. "Intervención y garantías a la libre concurrencia de los mercados en el Derecho Romano", en *Revista General de Derecho Romano*, nº 22, 2014.

[3] En este sentido se pronuncia CONNOR al hacer patente que «contemporary international cartels incorporate a refinement of operational techniques, a global perspective, a multicultural pluralism, a leadership style, a degree of longevity, and a scale of operation that the world has never before seen». CONNOR, J. M. "Private international cartels: effectiveness, welfare, and anticartel enforcement", en Purdue Agricultural Economics Working Paper, Vol. 03, nº 12, noviembre 2003, p. 1.

De todas formas, algunas de estas nuevas características, tales como la mayor longevidad de los cárteles señalada por CONNOR, no debería hacérsenos extraña. Respecto de dicha longevidad, el tiempo es un factor muy importante en la medida en la que para ser exitosos necesitan adaptarse al entorno y, para ello, es imprescindible examinar las fuerzas dinámicas que rigen el mercado a lo largo de un periodo de tiempo que puede ser prolongado. GEROSKI, P. A. y JACQUEMIN, A. "The persistence of profits: a european comparison", en *Economic Journal*, Vol. 98, nº 391, junio 1988, p. 375

Derecho de la competencia por la supuesta fragilidad de los cárteles y por los excesivos costes públicos y privados que suponía perseguirlos[4]. Sin embargo, hoy en día su persecución es un objetivo racional para los gobiernos[5]. De hecho, si no hubiera existido un fuerte posicionamiento por parte de las agencias de competencia, probablemente los cárteles hubieran dominado la mayor parte de las economías del mundo, como se pudo observar en el Estados Unidos antes de que en 1890 entrara en vigor el *Sherman Act*; en Alemania, antes de 1958, con el *Gesetz Gegen Wettbewerbsbeschrankungen;* y en Reino Unido, antes de 1956, con el *Restrictive Trade Practices Act 1956*[6]. Fechas hasta las cuales las empresas no tenían ningún inconveniente en aliarse para incrementar sus beneficios en perjuicio de los consumidores al eliminar la incertidumbre de las dinámicas del mercado.

Pese a este objetivo común –trabajar en favor de la competencia–, cada Estado optó por entender la competencia de una manera diferente en función de las características particulares de su mercado y de su sociedad[7]. En Europa, el modelo de competencia se articuló por primera vez en Austria, en la última década del siglo XIX, desde donde se extendió primero a Alemania y después al resto de Europa, favorecida por el descrédito del liberalismo económico[8]. El verdadero interés por la normativa de competencia surge, no obstante, tras la creación del mercado único, propiciado por el proceso de liberalización y, con él, el aumento del número de empresas privadas.

En España, la necesidad por conveniencia que tenía el país para poder firmar varios acuerdos con Estados Unidos le llevó, en el año 1953, a comprometerse con este

---

[4] CONNOR, J. M. "Global antitrust prosecutions of modern international cartels", en *Journal of industry, competition and trade*, Vol. 4, nº 3, septiembre 2004, p. 243

[5] Así, cuando MARGARET THATCHER entró en Downing Street en 1979 llevó el mensaje de "*don't plan, let the market decide*", favoreciendo claramente la irrupción de la competencia en el escenario político. En ese momento, Reino Unido estaba sumida en una crisis derivada de los intentos fallidos de los burócratas para determinar qué se debía producir, cuánto debía costar y quién debería obtenerlo. Ella trajo un nuevo mensaje: no planifique, deje que el mercado decida. Argumentaba que la competencia ofrecería los mejores resultados para el individuo y para el país. Así, defendía el principio económico de la eficiencia del mercado. Este mensaje, hoy en día, sigue plenamente vigente. BARNES, F. y TOMS, M. "Who is really regulating us?", en *Oxera Agenda*, julio 2011, p. 1

[6] XIAOWEI, C. "Antitrust agencies and hardcore cartels: a game theoretic perspective", en *Young Economists Journal*, vol. 9, nº 17, noviembre 2011, p. 150.

[7] La adopción de la primera norma que regulaba la competencia dentro de la UE no puede atribuirse simplemente a la necesidad de copiar lo que se estaba haciendo en Estados Unidos –quienes en 1890 ya habían iniciado el proceso regulador de algunas de las conductas anticompetitivas-, sino que obedece a los movimientos sociales e intelectuales que tuvieron lugar en el paisaje europeo de los siglos XIX y XX. En este sentido, resulta ilustrativo para entender la evolución de la política y la normativa de competencia en Europa, GERBER, D.J. *Law and Competition in Twentieth Century Europe: protecting Prometheus*. Oxford, Clarendon Press, 1998.

[8] En torno al año 1890 Austria se caracterizaba por gozar de un clima intelectual general y por el ímpetu por la regulación existente para abordar el problema de la cartelización. Un análisis de los problemas surgidos por la teoría del liberalismo y de su impacto en el nacimiento del primer modelo de competencia en un país europeo puede encontrarse en GERBER, D. J. "The Origins of European Competition Law in Fin-de-Siècle Austria", en *The American Journal of Legal History*, Vol 36, 1992, pp. 405-440.

país a adoptar las medidas necesarias para evitar determinadas conductas anticompetitivas; en esencia, los cárteles[9]. Este compromiso se materializó en la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia[10] y supuso la introducción en nuestro ordenamiento jurídico, por primera vez, de una normativa de competencia[11].

Sin embargo, las conductas anticompetitivas no se persiguieron de manera efectiva hasta la Adhesión de España a las Comunidades Europeas[12] –en vigor desde el 1 de enero de 1986–, que obligó a España a derogar la normativa anterior y a promulgar la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia[13].

Esta Ley, no obstante, está actualmente derogada por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia[14]. La necesidad de esta reforma trajo causa, principalmente, de las modificaciones operadas en el marco comunitario de aquellos años. En concreto, con ocasión de la promulgación del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas[15] y, sobre todo, del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002,

[9] En concreto, España se comprometió a «desalentar prácticas y arreglos comerciales que tengan un carácter de monopolio o cartel de los que resulte una restricción de la producción o un aumento de los precios o que ponga trabas al comercio internacional». TRILLO TORRES, R. "Revisión judicial de los actos administrativos en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed, La Ley, nº 1, enero-febrero 2008, p. 1.

Para un mayor conocimiento sobre los antecedentes legales en España en materia de competencia véase la Exposición de Motivos de la Ley estatal 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia.

[10] Ley estatal 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia. BOE nº 175, de 23 de julio de 1963.

[11] BERCOVITZ, A. "La Ley de Defensa de la Competencia como hito de un proceso histórico" en RUIZ PERIS, J. I. (dir). *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 27.

[12] Tratado (firmado el día 12 de junio de 1985) entre el Reino de Bélgica, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República Helénica, la República Francesa, Irlanda, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos, el Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Estados miembros de las Comunidades Europeas) y el Reino de España, la República Portuguesa, relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica. DOUE de 15 de noviembre de 1985.

[13] De acuerdo con su Exposición de Motivos, esta Ley respondía al objetivo específico de «garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo asimismo compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado». Ley estatal 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia. BOE nº 170, de 18 de julio de 1989.

[14] Ley estatal 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. BOE nº 159, de 4 de julio de 2007.

[15] Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Reglamento comunitario de concentraciones"). DOCE L 24/1, de 29 de enero de 2004.

relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea[16].

De esta forma, se procedió, por una parte, a actualizar la normativa en consonancia con las reformas operadas a nivel comunitario y, por otra, a actualizar el sistema institucional de aplicación de la normativa de acuerdo con la Ley 1/2002 de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia[17].

El resultado de que la aplicación de la normativa de competencia se haya empezado a producir más tardíamente que en otros países ha dado lugar a que todavía exista una falta de concienciación, tanto por parte de los empresarios y empleados de las empresas, como por parte de la sociedad en general, sobre la importancia de evitar estos comportamientos y sobre las consecuencias jurídicas que pueden derivarse del incumplimiento de la normativa[18]. Ante esta falta de concienciación, es indudable que existirá una mayor tolerancia hacia este tipo de infracciones. Ello, a su vez, implica que la autoridad de competencia nacional tiene una importante labor de concienciación y que debe trabajar arduamente para lograr la erradicación de estos comportamientos[19].

2. Evolución del reparto de competencias para aplicar la normativa europea y estatal entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia

Los comienzos del siglo XXI representan un punto de referencia en la transición en las relaciones económicas y políticas: el Derecho de la competencia se constituye como

[16] Reglamento (CE) n° 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 L 1/1, de 4 de enero de 2003.

[17] Ley estatal 1/2002 de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. BOE nº 46, de 22 de febrero de 2002.

[18] La importancia de esta crear una cultura de competencia radica en que las normas que prohíben y sancionan las conductas anticompetitivas parecen no ser suficientes para erradicar estas prácticas, dado que existen numerosas evidencias empíricas que demuestran que en las últimas décadas un número importante de cárteles ha estado en funcionamiento. VARELA GONZÁLEZ, A. "Características y situación actual de la política de clemencia", en *Cuadernos Europeos de Deusto*, Bilbao, nº 38/2008, 2008, p. 204.

Tras un estudio encargado por la Comisión Europea con el objetivo de observar la percepción de la población sobre los cárteles, el 48% de los europeos que respondieron y el 32% de los españoles que lo hicieron, estaban totalmente de acuerdo con la afirmación de que los acuerdos sobre precios deberían ser permitidos. THE GALLUP ORGANIZATION. "EU citizens' perceptions about competition policy. Analytical report.", en European Commission Flash Eurobarometer 264, noviembre 2009, http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_264_sum_en.pdf (último acceso: 06.05.2020)

[19] No obstante, sí que se aprecia que en su labor sancionadora, la autoridad nacional de competencia ha incrementado la cuantía de sus sanciones en los últimos años, lo que puede ser un indicio de una mayor seguridad en la aplicación de la normativa. Véase, a este respecto, ANGULO GARZARO, A; CAÑADAS BOUWEN, M y SUDEROW, J. "Spain", en KËLLEZI, P; KILPATRICK, B Y KOBEL P. (eds*) Liability for Antitrust Law Infringements & Protection of IP Rights in Distribution*, Ed. Springer, 2019, pp. 223-237.

base para contribuir a la satisfacción de las necesidades humanas y para enriquecer las oportunidades políticas y económicas en todo el mundo[20].

Sin embargo, la distribución de la competencia para la ejecución de la normativa de Derecho de la competencia no ha sido una cuestión pacífica en la UE.

En primer lugar, en 1951, con la Comunidad Europea del Carbón y el Acero se redactó un Tratado que, por primera vez, otorgaba la competencia para conocer de las infracciones anticompetitivas a un cuerpo ejecutivo supranacional: el *High Authority of the European Coal and Steel Community* (Alta Autoridad), cuyas decisiones podían ser revisadas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero[21].

En 1956, entró el vigor el Tratado de Roma, que fundó la Comunidad Económica Europea e incluyó tanto la prohibición de los acuerdos colusorios (artículo 85 TCE, actual artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–), como la proscripción del abuso de posición de dominio (artículo 86 TCE, actual artículo 102 TFUE), con la finalidad de promover el progreso económico y el bienestar de los ciudadanos europeos[22]. En él, el criterio recogido para el reparto competencial fue que recaería bajo la competencia del órgano comunitario toda práctica que «pudiera afectar al comercio entre los Estados miembros». De esta manera se enfatizaba la importancia del libre comercio y el objetivo de integración[23]. Sin embargo, no fue hasta 1969 cuando la Comisión Europea adoptó la primera decisión sancionadora en materia de Derecho de la competencia[24].

---

[20] GERBER, D. J. *Global Competition: Law, Markets, and Globalization*, Ed. Oxford Scholarship Online, mayo 2010, p. 1.

De hecho, un informe de la Red Internacional de Competencia del 2007 sobre los Objetivos de la Normativa sobre el Comportamiento Unilateral identificó diez objetivos de las normas de competencia: garantizar un proceso competitivo eficaz, promover el bienestar del consumidor, maximizar la eficiencia, garantizar la libertad económica, garantizar la igualdad de condiciones para las pequeñas y medianas empresas (PYME), la promoción de la equidad y la igualdad, la promoción de la elección del consumidor, lograr la integración del mercado, facilitar la privatización y la liberalización del mercado y la promoción de la competitividad internacional de los mercados. INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, & State-Created Monopolies. Presentado en la 6ª Conferencia anual de la ICN. Moscú, mayo 2007.

[21] BUDZINSKI, O. y CHRISTIANSEN, A. "Competence Allocation in the EU Competition Policy System as an Interest-Driven Process", en *SSRN*, febrero 2005, p. 11.

[22] DON, H; KEMP, R. y VAN SINDEREN, J. "Measuring the economic effects of competition law enforcement", en *De Economist*, vol. 156, nº. 4, diciembre 2008, p. 342. Sus orígenes tienen que ser entendidos en el contexto de tres factores (i) el imperativo de la realización de un mercado único, (ii) el contexto histórico que moldeó la política europea a partir de 1945, y (iii) la influencia y el papel principal de la experiencia de US en los regímenes de Europa MCGOWAN, L. *The antitrust revolution in Europe... op cit*, p. 15.

[23] BUDZINSKI, O. y CHRISTIANSEN, A. "Competence Allocation…", *op cit*, p. 11.

[24] En concreto, resolvió contra el cartel de la quinina y, una semana más tarde, contra el cartel de colorantes. Posteriormente, la Comisión europea siguió actuando con cautela puesto que durante la década de los 70 únicamente sancionó a cinco cárteles y durante los 80 a dieciséis. CONNOR, J. M. "Global antitrust prosecutions of…", *op cit*, p. 252.

Ahora bien, aunque existía un órgano que se iba a encargar de resolver los problemas anticompetitivos que pudieran surgir y afectaran al comercio entre los Estados miembros, no se limitó de ningún modo la capacidad de los Estados miembros para promulgar normativas nacionales, siempre que no contradijeran las normas comunitarias. Como es de suponer, las primeras normas nacionales en materia de competencia eran considerablemente diferentes entre sí, tanto en su exhaustividad como en su orientación básica[25]. Precisamente, a nivel jurisprudencial, en el caso *Walt Wilhelm* (1969)[26], el Tribunal de Justicia comunitario si bien defendió la centralización a nivel europeo, también confirmó que debían coexistir las normativas comunitarias y las nacionales.

Ello, no obstante, en *Masterfoods* (2000)[27], el Alto Tribunal conminó a los tribunales nacionales a que se abstuvieran de dictar resoluciones que pudieran entrar en conflicto con una decisión de la Comisión Europea, fortaleciendo así el papel de la Comisión Europea[28]. Además, la profundización en la integración económica y la construcción del Mercado común también se encargaron de potenciar una fuerte centralización en materia de política anticárteles[29]. Por ello, no debe de resultarnos extraño que hubiera quien opinara que quienes trabajaban en las autoridades nacionales de competencia debían "ir haciendo sus maletas" porque todo lo concerniente a las conductas anticompetitivas se acabaría resolviendo en Bruselas[30].

Al mismo tiempo que esta centralización iba teniendo lugar, las normativas nacionales fueron asemejándose más a las europeas, reduciéndose las diferencias entre ellas, pese a que ningún Tratado Europeo, ni ninguna otra normativa comunitaria, previó –y sigue sin preverse– una obligatoria armonización[31]. De hecho, para el año 1999, todos los Estados miembros, salvo Alemania, incluían en su normativa nacional disposiciones en materia de competencia similares a las contenidas en los artículos 81 y 82 TCE, y ocho de los quince Estados miembros (Bélgica, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Holanda,

---

[25] Así, por ejemplo, Alemania no solo desarrolló un sistema de competencia mucho antes que otros Estados Miembros, sino que también ha sido considerada como la más desarrollada y efectiva en la aplicación del derecho de la competencia en Europa. De hecho, muchos de los elementos de desarrollo de la normativa europea han sido extraídos de la experiencia germana, entre los que se encuentra, el énfasis en la concepción jurídica del derecho de competencia en vez de una mera concepción administrativa. HEINEMANN, A. "Part. II. Remedies in antitrust law" en Möllers, Thomas M.J. y Heinemann, A. "The enforcement of competition law in Europe" Ed. Cambridge University Press: UK, 2007. P. 445

[26] STJ de 13 de febrero de 1969, asunto 14/68, *Walt Wilhelm*, [1969] RJE 1967-1969/00289.

[27] STJ de 14 de diciembre de 2000, asunto C-344/98, *Masterfoods* [2000] RJE 2000 I-11369.

[28] MATEUS, A. M. "Ensuring a More Level Playing Field in Competition Enforcement throughout the European Union", en *SSRN*, noviembre 2009, p. 7.

[29] BUDZINSKI, O. y CHRISTIANSEN, A. "Competence Allocation…", *op cit*, p. 12.

[30] GERBER, D. J. *Law and Competition in Twentieth-Century Europe… op cit*, p. 4

[31] BERNATT, M. "Convergence of Procedural Standards in the European Competition Proceedings", en *Competition Law Review*, Vol. 8(3), diciembre 2012, p. 258.

Algunos autores ya empiezan a estudiar si sería posible. Véase al respecto, MALINAUSKAITE, J. *Harmonisation of EU Competition Law Enforcement*. Ed. Springer: Switcherland, 2020.

Portugal y España) otorgaban poderes a sus autoridades nacionales de competencia para aplicar los artículos 81 y 82 TCE[32]. En el caso concreto de España, el principal motivo de esta armonización fue su adhesión a la Comunidad Económica Europea[33]. En el caso de Italia o Irlanda, pudo influir el hecho de que no dispusieran hasta ese momento de normativa de competencia, por lo que se inspiraron en el texto comunitario[34].

Tras 40 años de aplicación centralizada de la política de competencia, en el año 2004, se decidió otorgar un papel más importante a las autoridades nacionales de competencia, en detrimento de la Comisión Europea: entró en vigor del Reglamento (CE) 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. De acuerdo con parte de la doctrina, una de las causas de esta descentralización fueron los limitados recursos de que disponía la Comisión Europea y la alta carga de trabajo que tenía[35]. Sin embargo, también hay quien opina que fue posible gracias a que algunas de las autoridades nacionales de competencia ya estaban aplicando la normativa en materia de competencia de tal forma que se asegurasen de que la aplicación de su normativa nacional era conforme a la aplicación del Derecho comunitario. En definitiva, el Reglamento (CE) 1/2003 complementó y reforzó la europeización preexistente de la normativa de competencia[36].

En este contexto, para permitir, de un lado, la coexistencia de las diferentes autoridades de competencia, y, de otro, la defensa del Mercado interior, la Comisión Europea se reservó para su conocimiento los asuntos más graves y con mayor incidencia a nivel comunitario[37]. En concreto, el Reglamento (CE) 1/2003 prevé que en los casos en que la Comisión Europea inicie un procedimiento para adoptar una decisión aplicando los artículos 101 y/o 102 TFUE, las autoridades nacionales de competencia se verán privadas de su competencia para conocer del asunto[38].

Además, unida a la entrada en vigor de dicho Reglamento, en 2004, la Comisión Europea procedió a publicar la *Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia*[39]. Esta Comunicación introdujo el concepto de

---

[32] MONTI, G. *EC Competition Law* Ed. Cambridge University Press, Nueva York, 2007, p.401.

[33] BUDZINSKI, O. y CHRISTIANSEN, A. "Competence Allocation…", *op cit*, p. 12.

[34] MONTI, G. EC Competition … op cit, p.401.

[35] GERBER, D. J. *Law and Competition in Twentieth-Century Europe… op cit*, p. 5.

[36] MONTI, G. *EC Competition… op cit.*, pp.403-404.

[37] Los objetivos perseguidos por el ordenamiento europeo y nacional son diferentes; por ello, pueden ser aplicados cada uno en su respectivo ámbito territorial sin que se esté afectado el principio del *non bis in ídem.* GUILLÉN CARAMÉS, J. "Régimen jurídico de la inspección en el Derecho de la Competencia" Ed. Aranzadi: Cizur Menor (Navarra), 2010 p. 77.

[38] Artículo 11.6 Reglamento (CE) 1/2003. En caso de que ya estuviera conociendo de un asunto, la Comisión únicamente incoaría el procedimiento tras consultar a la autoridad nacional de competencia.

[39] COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia.* DOUE C 101/03, de 27 de abril de 2004.

"autoridad mejor situada" y, de acuerdo con ella, se entiende que la Comisión Europea estará "particularmente bien situada" cuando se cumpla cualquiera de las siguientes condiciones: (1) cuando los acuerdos o las prácticas afecten a 3 o más mercados (punto 14)[40]; (2) cuando el asunto de que se trate esté relacionado con disposiciones comunitarias cuya aplicación tiene la Comisión Europea atribuida en exclusividad, o cuando se presuma una mayor eficacia en que la actuación se lleve a nivel europeo (punto 15) o (3) cuando el interés comunitario requiera la adopción de una decisión de la Comisión Europea para, a raíz de la aparición de un problema de competencia nuevo, desarrollar la política comunitaria de competencia o para velar por su observancia efectiva (punto 15)[41].

Por su parte, las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros serán competentes para conocer y sancionar una conducta anticompetitiva cuando la Comisión Europea y la autoridad nacional de competencia no se solapen[42].

Además, las autoridades nacionales de competencia podrán conocer y sancionar conductas colusorias cuando, pese a haber conocido previamente la Comisión Europea de algún aspecto relacionado con la infracción, nos encontremos ante[43]: (1) diferentes conductas a las ya sancionadas por la Comisión Europea, como por ejemplo, prácticas predatorias en el contexto general de un cártel de precios; (2) una conducta anterior o posterior a la que fue sancionada por la Comisión Europea (constituyendo una infracción diferente), salvo si ya ha sido objeto de un procedimiento sancionador y la Comisión Europea ha decidido que no constituía un incumplimiento (principio *non bis in idem*); o (3) una conducta similar pero en un ámbito geográfico diferente, o la misma conducta o muy similar en la UE y en un tercer Estado. No obstante, la misma conducta no puede ser perseguida bajo un aspecto legal diferente, es decir, por el artículo 102 TFUE en vez del 101 TFUE, puesto que esto entraría en conflicto con el principio de *non bis in idem*.

---

[40] Uno de los ejemplos que da la propia Comunicación sería el de dos empresas que acuerdan repartirse mercados o fijar precios para todo el territorio de la Comunidad. En este caso, se entiende que la Comisión está bien situada para tramitar el asunto.

[41] El hecho de que la Comisión rechace la existencia de un interés comunitario no va a implicar necesariamente que no exista una infracción de la normativa de competencia. SAN 3077/2011, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 13 de junio de 2011, FJ 9.

[42] No se produciría este solapamiento, por ejemplo, cuando es predecible que los acuerdos o conductas no afectarán al comercio intracomunitario; cuando se trata de conductas unilaterales anticompetitivas de empresas no dominantes o recomendaciones colectivas unilaterales; cuando se aplican disposiciones de la normativa nacional que persiguen un objetivo diferente al de los artículos 101 ó 102 TFEU (como las que hacen referencia a la competencia desleal); cuando se sanciona a empresas de terceros países que están llevando una conducta anticompetitiva diferente a las cometidas en el mercado intracomunitario; o con carácter más general la imposición de multas a personas naturales, a no ser que ya se haya sancionado la conducta a través de una multa a la compañía. Véase, a este respecto, LIANOS, L. y ANDREANGELI, A. "The European Union", en FOX, E. M. Y TREBILCOCK, M. J. (eds). The Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices, Ed. Oxford Scholarship Online, enero 2013, p. 3; RITTER, L.y BRAUN, W. D. *European Competition Law: a practitioner's Guide*. Ed.Kluwer Law International: the Hague, The Netherslands, 2004, 3rd ed. p. 90.

[43] RITTER, L.y BRAUN, W. D. *European Competition Law…. op cit*. p. 88-89

Además de las cuestiones que pueden suscitarse en torno a la concurrencia procesal, encontramos que puede existir una coincidencia material, en la medida en la que el Derecho de la competencia europeo puede ser aplicado tanto por la Comisión Europea como por las autoridades nacionales de competencia[44]. Esto es lo que se conoce como "teoría de la doble barrera" y es válido tanto para las prácticas colusorias como para el abuso de posición dominante.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento (CE) 1/2003, las autoridades de competencia de los Estados miembros pueden basarse, no sólo en su derecho nacional, sino también en los artículos 101 y/o 102 TFUE. De hecho, es obligatorio que apliquen estas provisiones cuando se vea afectado el comercio entre los Estados miembros (artículo 3.1 del Reglamento (CE) 1/2003)[45].

La normativa europea se aplica a las conductas empresariales que pueden afectar "al comercio entre Estados Miembros". Para determinar si existe ese efecto, de acuerdo con las *Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio* habrá que tener en cuenta los siguientes factores[46]: (1) la nacionalidad de las empresas participantes; (2) el destino de los productos o servicios afectados; y (3) el carácter nacional de determinados acuerdos. Es decir, lo importante para determinar la sumisión al Derecho europeo es si a través de la conducta anticompetitiva se está afectando a las relaciones económicas transfronterizas de tal manera que se esté poniendo en riesgo el comercio en el mercado único[47]. No obstante, la consideración sobre si se está dando una afectación del comercio entre los estados es una cuestión de hecho que queda en manos de la interpretación de las autoridades nacionales de competencia, sin ningún tipo de control por la Comisión Europea o los tribunales europeos[48].

---

[44] El artículo 5 del Reglamento (CE) 1/2003 faculta a las autoridades nacionales de competencia para aplicar los artículos 101 y 102 TFUE en asuntos concretos.

[45] BERNATT, M. "Convergence of Procedural Standards…", *op cit*, p. 258.

[46] COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión sobre las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado*. DOUE C 101/81, de 27 de abril de 2004.

[47] CACHAFEIRO, F. "Fundamentos del Derecho de la Libre Competencia", en BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (coords.), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Ed. Aranzadi: Cizur Menor, Navarra, 2009, p. 54.

Además, los artículos 101 y 102 TFUE son de carácter obligatorio, por lo que las partes no pueden excluir por acuerdo o renuncia los derechos y obligaciones derivados de ellos, ya que la protección de los derechos de origen europeo son una cuestión de orden público. Es decir, incluso si la ley aplicable al acuerdo es la de un Estado no europeo, el tribunal tendrá que aplicar las disposiciones de los artículos 101 y 102 TFUE si dicho acuerdo o conducta colusoria tiene una estrecha relación con un Estado miembro de acuerdo con lo establecido en la Convención de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (artículos 3.3, 7.2 y 16). HOWARD, A.; ROTH QC, P. y ROTH QC, P. "The enforcement of the competition rules in the Member States" en ROTH QC, P. y ROTH QC, P. (eds). European Community Law of Competition, Ed. Oxford University Press, Nueva York, 2008, 6ª edición, p. 1407.

[48] Así, por ejemplo, Italia ha considerado que aproximadamente la mitad de los casos tenían efectos en el comercio intracomunitario, mientras que Portugal y Hungría han interpretado que sólo entre un 20 y un 25% de ellos podían estar afectando a dicho comercio.

Esto implica que las empresas serán sometidas a un doble control por parte de las normas europeas y nacionales en la medida en que, si la conducta infractora alcanza una determinada dimensión, no sólo se aplicará el derecho nacional, sino que también el Derecho europeo resultará directamente aplicable.

El objetivo que se pretende a través de esta regulación es impedir que las autoridades nacionales de competencia, ante asuntos que afecten a las relaciones económicas transfronterizas, apliquen únicamente su Derecho nacional de tal forma que puedan surgir decisiones incompatibles entre los distintos Estados miembros[49]. De esta manera se establecen unas reglas para garantizar que los artículos 101 y 102 TFUE se aplican de manera homogénea[50]. Al mismo tiempo, la aplicación del Derecho europeo no excluye la aplicación simultánea de la normativa nacional en un determinado asunto[51].

Estas diferencias surgen porque no siempre se sigue por todos los Estados miembros el mismo criterio. Así, por ejemplo,en *Raiffeisen Zentralbank Osterreich AG,* se recoge que en los casos en los que un cártel ocupe todo el territorio de un Estado miembro, debe considerarse que éste es capaz normalmente de afectar al comercio entre estados, incluso si no se ha excluido a competidores extranjeros. Sin embargo, en el cartel de la sal portugués, el Tribunal Comercial de Lisboa que controla las decisiones de la autoridad de competencia Portuguesa consideró que el cártel de sal que ocupaba todo el territorio portugués, incluso con participación de empresas extranjeras, no tenía efectos en el comercio comunitario, por lo que redujo notablemente la sanción. MATEUS, A. M. "Ensuring a More Level Playing Field…", *op cit*, pp. 9-12

Véase, STPI (Sala Segunda) de 14 de diciembre de 2006, asuntos acumulados T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG y otros v. Comisión* [2006] RJE II-5169.

[49] Como señala CACHAFEIRO «El sometimiento al Derecho comunitario es una garantía para la aplicación uniforme de la legislación antitrust en toda la UE». CACHAFEIRO, F. "Fundamentos del Derecho …", *op cit*, p. 55

Véase, igualmente, GERARD, D. MB "Regulation 1/2003 (and beyond): balancing effective enforcement and due process in cross-border antitrust investigations", en BASEDOW, J.; FRANCQ, S. E IDOT, L. (eds). *International antitrust litigation. Conflict of laws and coordination*. Ed: Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2012, p. 365.

[50] En caso contrario, existe el riesgo de que se alcancen resultados distintos respecto de idénticas conductas como resultado de la aplicación de las veintiocho legislaciones nacionales de los Estados miembros. HOWARD, A.; ROTH QC, P. y ROTH QC, P. "The enforcement of the competition…" *op cit*, pp. 1404-1405

En otras palabras: la regulación de la Unión Europea fija el standard. De hecho, una conducta que está permitida bajo la normativa nacional puede ser prohibida bajo la comunitaria. Véase, a este respecto la STPI (Sala Tercera) de 30 de septiembre de 2003, asuntos acumulados T-191/98, T-212/98, T-213/98 a T-214/98, *Atlantic Container Line y otros v. Comisión* [2003] RJE II-03275, ap. 1406. Igualmente, puede ampliarse la información en, RITTER, L.y BRAUN, W. D. *European Competition Law…. op cit*. p. 90

[51] Su fundamento se puede encontrar en la sentencia del Tribunal de Justicia *Walt Wilhelm*. STJ de 13 de febrero de 1969, asunto 14/68, Walt Wilhelm, [1969] RJE 1967-1969/00289

En la medida en la que no se excluya expresamente la aplicación de la legislación nacional a las conductas restrictivas que afecten a los intercambios europeos, no se puede evitar la aplicación paralela de ambos ordenamientos porque las normas de competencia de la UE y de los Estados Miembros protegen intereses diferentes. CACHAFEIRO «El sometimiento al Derecho comunitario es una garantía para la aplicación uniforme de la legislación antitrust en toda la UE». CACHAFEIRO, F. "Fundamentos del Derecho …", *op cit*, p. 55; véase también NEBBIA, P. "Rapporti fra regole di concorrenza dell'unione e regole nazionali" en GALGANO, F. (dir.) *Trattato di Diritto Commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. *Disciplina della concorrenza nella UE*. Ed. Ceman-Casa Editrice, Padova, Vol. 64, 2012, pp. 124-126.

Cuando sean las autoridades nacionales de competencia quienes apliquen la normativa europea –en virtud del artículo 3.2 del Reglamento (CE) 1/2003 y para garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la competencia europeo– no podrán, sobre la base de su derecho interno, prohibir prácticas colusorias que estén permitidas por la normativa europea, cuando puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, pero no restrinjan la competencia. Dicho con otras palabras, no se pueden prohibir aquellas conductas que, si conociera de ellas la Comisión Europea por afectar al comercio en el Mercado único, estarían aceptadas[52].

Ahora bien, esta norma de convergencia prevista en el Reglamento (CE) 1/2003, únicamente cubre al actual artículo 101 TFUE, en la medida en que los Estados miembros retienen la competencia para aplicar normativas más estrictas para las violaciones del actual artículo 102 TFUE. En consecuencia, sí que será posible aplicar normas nacionales más restrictivas a conductas tales como el abuso de situaciones de dependencia económica[53]. No obstante, la práctica española no se ha separado sustancialmente de la europea.

Fijadas estas bases, sólo cabe reseñar que desde la UE se siguen realizando esfuerzos en aras a una aplicación conjunta que garantice el funcionamiento del Mercado único europeo, como demuestra la publicación de la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior[54].

---

[52] CACHAFEIRO, F. "Fundamentos del Derecho…", *op cit*., pp. 37-64

Al igual que las autoridades nacionales de competencia no pueden prohibir acuerdos que no restrinjan la competencia, tampoco podrán adoptar una decisión declarando la no infracción de estos artículos. BERNATT, M. "Convergence of Procedural Standards in the European Competition Proceedings", en *Competition Law Review*, Vol. 8(3), diciembre 2012, pp. 258-259.

[53] El mayor motivo para haber excluído esto se encuentra, probablemente, en la normativa alemana porque en su normativa interna se establece un marco mucho más amplio para perseguir los abusos de posición dominante, siguiendo una tradición ordo-liberal de la protección de la libertad de empresa. MATEUS, A. M. "Ensuring a More Level Playing Field…", *op cit*, p. 16.

Véase, igualmente, WRIGHT, K. "European Commission Opinions to National Courts in Antitrust Cases: Consistent Application and the Judicial-Administrative Relationship", en *ESRC Centre for Competition Policy Working Paper Series*, 31 de julio de 2008, p. 6; HOWARD, A.; ROTH QC, P. y ROTH QC, P. "The enforcement of the competition rules…", *op cit*, p. 1408; CRANE, D. A. *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, Ed. Oxford Scholarship Online, mayo 2011, p. 13.

El Staff Working Paper de la Comisión que acompañaba al informe sobre el funcionamiento del Reglamento (CE) 1/2003 recogía que «la exclusión del alcance de la regla de convergencia a la conducta unilateral es una cuestión que debe ser examinada de nuevo, tanto en términos de la evaluación de la magnitud de los problemas potenciales, como en evaluar la necesidad de actuar a nivel europeo» Traducción propia. COMISIÓN EUROPEA. *Commission staff working paper accompanying the communication from the Commission to the European Parliament and Council report on the functioning of Regulation 1/2003*. SEC(2009) 574 final. Bruselas, 29 de abril de 2009, ap. 179.

[54] Esta Directiva debe ser transpuesta al ordenamiento jurídico interno, a más tardar, el 4 de febrero de 2021, de conformidad con el artículo 34 de la misma. Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y

II. Estado de la cuestión

1. Objeto de investigación

La mera existencia de un sistema sancionador no evita, *prima facie*, la comisión de ilícitos anticompetitivos: si se desea que la normativa sea efectivamente disuasoria, es necesario que se verifique también una aplicación constante y efectiva de la misma.

El fenómeno por el que un operador económico trata de sacar la mayor rentabilidad posible a su intervención en el mercado –incluso si ello supone desarrollar prácticas prohibidas–, podría antojarse inevitable; sin embargo, los importantes beneficios que comporta garantizar un adecuado nivel de competencia –que permita a los operadores económicos competir en pie de igualdad– no pueden ser menoscabados por el deseo de uno o varios operadores jurídicos de ver incrementada la rentabilidad de su labor empresarial.

Pese a todo, debemos admitir que lo que se pretende no es una disuasión total y absoluta de cualquier comportamiento que pudiera generar dudas sobre su compatibilidad con la normativa, sino una disuasión óptima; es decir, se busca evitar el desarrollo de comportamientos manifiestamente anticompetitivos, permitiendo, en su caso, que las empresas colaboren, siempre y cuando no produzcan daños al proceso competitivo del mercado. Además, resulta imperativo admitir que el fomento de la competencia no debe ser tomado como un valor absoluto; esto es, la competencia en el mercado está, en efecto, condicionada por una pluralidad de políticas que, conformando los principios básicos del mercado, están encaminadas a modular la consecución de un nivel competitivo adecuado en cada mercado de referencia.

El sistema sancionador español, por lo que respecta al Derecho de la competencia, se ha demostrado insuficiente para proteger el proceso competitivo del mercado. En gran medida, ello se debe a que la cuantía de las sanciones no es adecuada para lograr ese efecto disuasorio que se persigue. En consecuencia, el objetivo es, de un lado, analizar la normativa de competencia española para detectar, sobre la base de sus diferencias con la normativa de la Unión Europea, las posibles deficiencias que adolece el Derecho de la competencia vigente en el Estado español; y, de otro lado, se pretende evaluar la práctica sancionadora de la autoridad nacional de competencia –haciendo referencia, en ocasiones, a las autoridades regionales de competencia–, para identificar qué soluciones ofrecidas por la práctica de la Comisión Europea –en tanto que autoridad de la Unión Europea de competencia– podrían ser trasladables a nuestro ámbito sancionador nacional.

En todo caso, como indicábamos, en lo relativo a la aplicación práctica de la normativa nacional de competencia nos centraremos principalmente en la práctica de la

---

del Consejo de 11 de diciembre de 2018 encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. DOUE L 11/3, de 4 de enero de 2019.

autoridad nacional de competencia, dado que, en primer lugar, el sistema de reparto de asuntos entre las diferentes autoridades de competencia del Estado ha conllevado que el conocimiento de las prácticas anticompetitivas cuantitativamente más perniciosas haya recaído en la autoridad nacional de competencia, puesto que, para que una conducta sea conocida por una autoridad regional de competencia, se precisa que los efectos de la misma se limiten al territorio de la Comunidad Autónoma de esa autoridad regional; en segundo lugar, la intensa colaboración entre las diferentes autoridades de competencia nos lleva a concluir que, habitualmente, las autoridades regionales de competencia suelen inspirar su práctica sancionadora en la labor de la autoridad nacional; y, en tercer lugar, reconocida la existencia de una amplia pluralidad de autoridades regionales de competencia, entendemos que el estudio pormenorizado de la práctica sancionadora de cada una de ellas puede ser objeto de subsiguientes estudios, realizados, habida cuenta de las peculiaridades inherentes a la práctica específica de cada una de ellas, a la luz de las pautas analíticas aportadas por la presente tesis.

Debemos conceder que existen numerosos estudios sobre la práctica sancionadora de la autoridad nacional de competencia, máxime tras la controversia que se ha suscitado en la doctrina tras la fusión operada por el legislador al aglutinar los diversos organismos preexistentes –de competencia y sectoriales– en un único organismo superregulador. Ello, no obstante, en la presente tesis, sin infravalorar la importancia de la labor de la autoridad en los sectores regulados, nos vamos a centrar en su práctica en el ámbito de la competencia. Además, vamos a ir más allá del análisis exclusivo de los asuntos que ha conocido y, en su caso, sancionado la autoridad nacional de competencia; vamos a demostrar si su práctica está abocada *ab initio* a adolecer un insuficiente efecto disuasorio por una deficiente técnica legislativa de la normativa de competencia. Ello supone que, de no operarse por parte del legislador una profunda revisión y modificación de las disposiciones normativas vigentes en materia de competencia, la labor de la autoridad de competencia no podrá aspirar a un adecuado nivel disuasorio que permita proteger el proceso competitivo del mercado.

Además, en el presente estudio no se ha desatendido la incidencia que tiene la consecución del mercado único en la aplicación de la normativa de competencia en los Estados miembros de la Unión Europea. Si bien el Derecho de la competencia aplicable será aquél del Estado miembro en cuyo ámbito geográfico haya desplegado sus efectos la conducta anticompetitiva –en determinadas circunstancias, conjuntamente con la normativa europea-, resulta imperativo que las autoridades de competencia existentes en los distintos Estados miembros guíen su práctica sancionadora de manera coordinada, puesto que, de otro modo, se dificultaría sobremanera garantizar el mantenimiento de un mercado único competitivo, donde la libre competencia no se vea discriminatoriamente viciada por tendencias proteccionistas. En definitiva, si bien se ha instaurado ya el mercado único, su mantenimiento exige que los operadores presentes en él compitan en pie de igualdad a nivel europeo, sin que las singularidades de los ordenamientos internos hagan o puedan hacer peligrar la existencia de una competencia real efectiva en dicho

mercado único. Por lo tanto, resulta obligado detenerse en la práctica sancionadora de la autoridad de competencia competente a nivel de la Unión Europea: la Comisión Europea.

2. Pregunta de investigación y objetivos

Siendo, de un lado, la necesidad de proteger el proceso competitivo del mercado el objetivo del Derecho de la competencia, y, de otro, la disuasión el objetivo de las autoridades de competencia, resulta necesario, transcurridos ya más de diez años desde la entrada en vigor de la actual Ley de Defensa de la Competencia, detectar aquellos aspectos que son susceptibles de mejora para la consecución de los referidos objetivos.

Por ello, la presente tesis doctoral tiene como objetivo realizar una propuesta encaminada a permitir maximizar el efecto disuasorio del sistema sancionador previsto en la normativa de competencia española, con vistas a permitir a las autoridades de competencia (nacional y regionales) y a los tribunales garantizar la protección del proceso competitivo del mercado.

No se pretende argumentar que la legislación en vigor sea errónea, sino simplemente analizar su adecuación para la consecución de los fines del Derecho de la competencia. Para ello, se proponen diversas modificaciones, siempre a la luz y en respeto de la normativa y práctica europea, de tal forma que siga evolucionando positivamente hacia la consecución de los objetivos en materia competitiva.

En consecuencia, en el presente estudio, se va a proceder a dar respuesta a las siguientes preguntas de investigación:

A. ¿En qué medida es eficaz el Derecho de competencia español para conseguir una disuasión efectiva y, en consecuencia, una preservación del proceso competitivo del mercado?

B. ¿Qué mejoras o innovaciones podrían hacer más efectiva la experiencia empírica de la aplicación de la normativa española partiendo de la práctica europea?

La hipótesis de partida y que se pretende verificar a través de la presente tesis doctoral es la posible mejora del sistema español para proteger el proceso competitivo en el marco del Mercado único a través de la imposición de sanciones suficientemente disuasorias adecuadas para este fin. A este respecto, tanto la normativa de la Unión Europea como la práctica de la autoridad de competencia europea –la Comisión Europea–, ofrecen soluciones que se podrían trasladar a nuestro ámbito sancionador nacional dado que, aunque la normativa española es conforme a la europea, su aplicación por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) no está resultando, por lo que respecta a su efecto disuasorio, tan eficaz.

En definitiva, pretendemos identificar qué aspectos del sistema sancionador de competencia en el Estado español deben ser mejorados en aras de conseguir un auténtico efecto disuasorio en la aplicación de la normativa de competencia. Ello implica el análisis de las deficiencias de, de un lado, la propia normativa de competencia; y, de otro lado, de la aplicación que de la misma hacen las autoridades de competencia en el Estado español. Todo ello a la luz de la práctica de la autoridad europea de competencia –la Comisión Europea–.

3. Marco teórico y conceptual

Una condición previa para una economía de mercado exitosa es la existencia de una **política de competencia** que sea efectiva[55]. Debemos entender por política de competencia los mecanismos adoptados, ya sea por los Estados o por entidades supranacionales, para garantizar que las empresas compitan entre sí de forma justa. En nuestro contexto, ello nos lleva a considerar englobado dentro de dicha política tanto los aspectos relativos a la formulación y aplicación de la normativa de competencia, como las labores de promoción de la misma[56].

Doctrinalmente, la competencia ha sido estudiada desde diferentes puntos de vista hasta llegar a la situación actual en la que se reconoce su importante valor en la creación

[55] DOERN,G. B. y WILKS S. "Comparative Competition Policy: Boundaries and Levels of Political Analysis", en DOERN,G. B. y WILKS S. *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*, ed. Oxford Scholarship Online, octubre 2011, p. 5 .

[56] Existe un amplio margen de acción en el que las autoridades de competencia pueden moverse. Véase, al respecto, CALVO CARAVACA, A.L. Derecho antitrust europeo - tomo I. Parte general, la competencia. Madrid, Colex, 2009., pp. 142-149.

La política de competencia, por tanto, reflejará los objetivos y valores de una sociedad, por lo que puede variar en función del contexto en el que se aplique. Así, por ejemplo, la política de competencia en la Unión Europea es diferente de la que se aplica en Estados Unidos. Véase, KERBER, W. "Should competition law promote efficiency? Some reflections of an economist on the normative foundations of competition law", en DREXL, J.; IDOT, L. y MONÉGER, J. *Economic Theory and Competition Law*. Cheltenham, Edward Elgar, 2009, [pp. 93-120] p. 119; WHISH, R. y BAILEY, D. *Competition Law*. Oxford, Oxford University Press, 2012, 7th ed, p. 20.

Los principales beneficios de una buena política de competencia serán un fomento de la actividad empresarial y la eficiencia, una oferta más amplia para los consumidores, una mejor calidad de los bienes y servicios ofertados para atraer a un mayor número de clientes y una disminución de los precios. Dicho con otras palabras, a través de la política de competencia se trata de promover la competencia. De hecho, la creación de una cultura de competencia es un objetivo que persiguen tanto la autoridad de competencia europea como la nacional.

Son símbolos de una cultura de competencia débil: una actitud de fácil rendición al abuso monopolístico de las empresas que abusan de su posición dominante o la existencia de productores complacientes con el *status quo* de sus privilegios. Por otra parte, la existencia de una sólida cultura de competencia se puede apreciar si: los consumidores buscan activamente mejores opciones o si la actitud del productor es trabajar duro en la prestación de más económicas y mejores opciones para los consumidores. INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ADVOCACY WORKING GROUP) "Advocacy and competition policy", en *ICN's Conference*, Italia, Nápoles, 2002, pp. 31-32

de un proceso competitivo en el mercado para alcanzar el bienestar social y se asume que el Estado debe intervenir para garantizarlo[57].

Así, la teoría clásica sobre la competencia defendía que, determinados acuerdos que hoy entenderíamos que están prohibidos, eran una expresión de la libertad individual de los empresarios. Los principales representantes de esta teoría fueron ADAM SMITH y JOHN STUART MILL. El primero de ellos ya habló de la existencia de los cárteles, si bien no propuso ninguna medida para combatirlos[58]. El segundo defendió que es la sociedad quien debe velar por el interés de las personas y no debe imponerse ningún tipo de restricción al comercio, puesto que la manera más efectiva de proporcionar bienes y servicios es dejar a los productores y vendedores elegir libremente la forma de comerciar[59]. Esta teoría defendía que en función de las variables naturales del mercado –que representan sus peculiaridades– se pueden determinar las ganancias que obtendrán los productores por cada unidad de producto. Es decir, se concibe una situación de referencia independiente de las propias fuerzas de la competencia[60].

Posteriormente, entre los años 1880 y 1890, surge la escuela neoclásica –con autores como EDWARD HASTINGS CHAMBERLIN, PIERO SRAFFA y JOAN ROBINSON– intentando solucionar algunas deficiencias encontradas a la teoría clásica. Esta escuela, a diferencia de la anterior, argumenta que la oferta y la demanda también influyen en la situación de equilibrio y que el bienestar total se maximiza cuando se producen y distribuyen bienes y servicios en mercados libres competitivos[61]. Dicho con otras palabras, creen en un mercado perfecto[62].

Paralelamente al desarrollo de estas escuelas, surge una corriente que defendía la intervención del Estado en la economía. Así, resulta el más relevante JOHN MAYNARD KEYNES, quien se opuso a las teorías de los clásicos y desarrolló una nueva línea de pensamiento –la teoría keynesiana–[63]. A través de ella se explica que el equilibrio al que tiende el libre mercado depende de numerosos factores, de tal manera que la competencia

[57] Para un conocimiento profundo de las diferentes escuelas, véase, PERDICES DE BLAS, L. (Coord). *Escuelas de pensamiento económico*. Ed. Ecobook-editorial del economista: Madrid, 2006.

[58] SMITH, A. *The Wealth of Nations*. Ed. The University of Chicago Press, 1776.

[59] STUART MILL, J. *On liberty* (1859). Reeditado por Cossimo Classics, 2005.

[60] KLIMOVSKY, E. A. "Las variables naturales en la teoría clásica de la competencia", en *Lecturas de Economía*, nº 32-33, 1990, pp. 9-17

[61] HOVENKAMP, H. "United States Competition Policy in Crisis: 1890-1955", en *Minnesota Law Review*, Vol. 94, 2009, pp. 317-320.

[62] No obstante, también aceptan, en determinadas situaciones, como en los mercados monopolísticos, está justificada la intervención del Estado, frente a la teoría del *laissez faire*.

[63] MAYNARD KEYNES, J. *Teoría General de la ocupación, el interés y el dinero (1936)*, ed. Fondo de cultura económica de España: Madrid, 2006.

perfecta acaba siendo una utopía, por deseable que sea[64]. Esta teoría condujo a una política económica intervencionista que le acarreó numerosas críticas y generó una importante oposición en su contra. Como consecuencia, fueron numerosas las empresas que decidieron cooperar entre ellas –en vez de competir– para poder mantener los precios y evitar tener que hacer frente a las dinámicas del mercado que, indudablemente, hubieran reducido sus beneficios e incluso hubieran expulsado del mercado a aquellas más ineficientes.

A su vez, en favor de reintroducir la intervención de los poderes públicos para garantizar la competencia en los mercados, entre 1960 y 1970 surge la escuela de Harvard. Los defensores de esta doctrina señalan que las empresas con poder de mercado tienden a actuar de forma anticompetitiva[65]. Por ello, para luchar contra esos comportamientos, debe aceptarse que el objetivo del Derecho de la competencia es la protección del proceso competitivo del mercado como vía para maximizar el bienestar total y que, en caso de adoptar cualquier otro objetivo –por ejemplo, la protección de los competidores que desean entrar al mercado–, esta normativa se verá sometida a importantes críticas[66].

Reaccionando en contra de esta teoría, entre los años 1970 y 1980 hubo una auténtica revolución en el ámbito del Derecho de la Competencia a través de la escuela de Chicago[67]. Los defensores de esta escuela –entre ellos, MILTON FRIEDMAN y GEORGE STIGLER–, adhiriéndose a la teoría neoclásica sobre la determinación de los precios, defienden que las leyes de competencia deben proteger el bienestar del consumidor permitiendo que la libre competencia sin interferencias, en vez de amparar a los competidores[68]. Estos pensadores creen en la eficiencia del mercado y en el *laissez faire.* Por tanto, no se tolera ninguna intervención por parte del Estado y rechazan la economía keynesiana y los modelos de competencia imperfecta. Exceptuando los monopolios, creen que no existen imperfecciones en el mercado. En su opinión, si existen grandes corporaciones es porque son más eficientes y sirven mejor a los intereses de los

[64] De hecho, incluso se argumenta en favor del carácter "especulativo" de la economía capitalista. IWAI, K., "The Second End of Laissez-Faire: The Bootstrapping Nature of Money and the Inherent Instability of Capitalism", en *SSRN*, 2011.

[65] HOVENKAMP, H., "The Rationalization of Antitrust", en *Harvard Law Review*, vol. 116, nº 3, 2003, p. 920

[66] GIOCOLI, N., "When Low is No Good: Predatory Pricing and US antitrust law (1950-1980)", en European Journal of the History of Economic Thought, diciembre 2011, p. 15.

[67] SCHMIDT I. L. O. y RITTALER, J. B. A Critical Evaluation of the Chicago School of Antitrust Analysis. Ed. Springer, 1989; PIRAINO JR., T. A. "Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New antitrust approach for the 21st Century", en *Indiana Law Journal*, Vol 82, nº 2, primavera 2007, pp. 352-363.

Para entender el impacto que tuvo esta teoría en la Unión Europea, véase BARTALEVICH, D. "The Influence of the Chicago School on the Commission's Guidelines, Notices and Block Exemption Regulations in EU Competition Policy", en *Journal of Common Market Studies*, Vol. 54, nº 2, marzo 2016, pp. 267-283.

[68] Ello implica, por ejemplo, el rechazo a la posibilidad de que puedan existir barreras de entrada que impidan que entren nuevos competidores.

consumidores que sus rivales[69]. A diferencia de los clásicos, que veían la competencia como un proceso dinámico, ellos la entienden como una situación estática –entre otros, igualdad de costes y rentabilidad– en la que, por ejemplo, no existen modificaciones de precios[70].

Partiendo de estas concepciones, en función del país y la importancia que decidieron otorgar a la competencia para proteger a los consumidores, los Estados iniciaron su regulación a través de los mecanismos que consideraron más adecuados.

En nuestro caso, optamos por defender la protección del **proceso competitivo del mercado** a fin de garantizar el bienestar del consumidor en una economía marcada por su mayor liberalización. Es decir, a diferencia de la escuela de Chicago, no creemos que los mercados sean capaces de gestionar ellos solos los recursos de la manera más eficiente posible. En consecuencia, corresponde a las autoridades de competencia –poderes públicos– conseguir una aplicación efectivamente disuasoria de las constricciones que impone el Derecho de la competencia. Se busca, en todo caso, que los operadores económicos se abstengan de diseñar y desarrollar prácticas que vulneren o restrinjan el libre juego de la competencia.

Dicha política de competencia, para hacerse efectiva, necesitará del respaldo de la normativa –el **Derecho de la competencia**– porque en ella se establecerán las prohibiciones concretas que permitan mantener el equilibrio del mercado. Es decir, debemos entender por Derecho de la competencia aquella rama del ordenamiento jurídico que se encarga de velar por el mantenimiento del libre juego del mercado.

Para proteger el proceso competitivo del mercado, nuestro ordenamiento se ha inclinado, tanto desde la perspectiva europea como española, por **disuadir** a las empresas de desarrollar conductas anticompetitivas que estén encaminadas a vulnerar el libre juego de la competencia[71]. O, dicho con otras palabras, la normativa de competencia pretende actuar antes incluso de que la infracción se desarrolle. No obstante, en este propósito

---

[69] Véase, para más información, KOBAYASHI, BRUCE H. y MURIS, TIMOTHY J., "Chicago, Post-Chicago, and Beyond: Time to Let Go of the 20th Century", en *Antitrust Law Journal*, Vol. 78, 2012, pp. 505-526.

[70] Los neoclásicos entienden la estructura del mércado como el número de empresas que componen un sistema productivo. GUERRERO JIMENEZ, D. "El enfoque dinámico en la teoría de la competencia", en *Cuadernos de Economía*, Vol. 22, nº 97-118, 1994, p. 98

[71] Señala BACHES que «En la política de la competencia se ha destacado que un sistema de defensa de la libre competencia es ineficaz sin un régimen sancionador lo suficientemente disuasorio» BACHES, S. "La prohibición de contratar con las administraciones públicas por infracciones del derecho de la competencia", en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 309/2018, parte varia, 2018.

Es primordial que las empresas perciban que el coste de infringir la normativa de competencia supera cualquier hipotético beneficio que pueda derivarse de su ilícito comportamiento. A su vez, también es imprescindible dotar a las autoridades de competencia de mecanismos eficaces y eficientes en su aplicación de la normativa de competencia; de otro modo, las normas de competencia quedarían vacías de contenido, convirtiendo la libre competencia en una mera aspiración, sin ejecutividad práctica.

todavía falta un gran camino por recorrer y existen sendas vías para trabajar en su consecución[72].

Las dos vías que se pueden explorar en aras a obtener una mayor disuasión, dentro de nuestro marco normativo, son la aplicación privada y la aplicación pública de la normativa.

Con respecto a la primera, recientemente se ha otorgado un papel preponderante a los afectados por las infracciones de la normativa de competencia, quienes, ante la percibida insuficiencia de las cuantías de las sanciones impuestas por las autoridades de competencia –al menos desde el punto de vista de la disuasión–, son animados a acudir a la reclamación de daños para resarcirse por los perjuicios sufridos por haber tenido que soportar perniciosas conductas anticompetitivas. Estas reclamaciones son el llamado ***private enforcement*** –aplicación privada– del Derecho de la competencia. En este contexto, se ha aprobado la Directiva 2014/104 como marco regulador armonizado a nivel europeo para fomentar precisamente esas reclamaciones civiles, que ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento interno a través del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen las directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores[73].

Con relación a la segunda, en el presente estudio se sostiene que es necesario revisar el propio ***public enforcement*** –aplicación pública–; esto es, para lograr una normativa de competencia efectivamente disuasoria es perentorio revisar el procedimiento sancionador de competencia español, lo que incluye analizar críticamente tanto la propia normativa de competencia como la aplicación que se hace de la misma por parte de las autoridades de competencia. Todo ello a la luz de los mandatos del Derecho de la Unión Europea y de la práctica de la autoridad de competencia europea.

Dentro de la aplicación pública de la normativa de competencia, encontramos que existen dos opciones: las sanciones penales y las sanciones administrativas. En la Unión Europea y en España se abogó por un sistema sancionador de **naturaleza administrativa**. La normativa de la UE no prohíbe que los Estados miembros puedan adoptar medidas

---

[72] Como señala el Parlamento Europeo, «even though the Commission has made progress in detecting cartels, finding an effective deterrent remains a challenge». PARLAMENTO EUROPEO. *EU competition policy - Key to a fair single market*. Ed. European Union: Bruselas, 2019, p. 1 del sumario ejecutivo.

[73] Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. DOUE L 349/1, de 5 de diciembre de 2014.

Real Decreto-ley estatal 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores. BOE 126, de 27 de mayo de 2017.

En este sentido, se ha señalado acertadamente que «The administrative system should be complemented by a private enforcement system in order to increase social welfare. While the US relies very heavily on private enforcement, the EU competition law enforcement system is still largely based on public enforcement», en MATEUS, A. M. "Ensuring a More Level Playing Field in Competition Enforcement throughout the European Union", en *SSRN*, 11 de noviembre de 2009, p. 5

penales para sancionar las conductas colusorias. Únicamente se recoge en el artículo 23.5 del Reglamento (CE) 1/2003 que las decisiones sancionadoras de la Comisión Europea «no tendrán carácter penal» [74].

Pese a que la normativa europea permita la criminalización a nivel estatal, en España no se ha hecho uso de esta posibilidad[75]. Por ello, únicamente se prevén sanciones administrativas y, más en concreto, **multas**; es decir, la obligación de pagar una cantidad determinada en dinero cuando así se acuerde por resolución de la autoridad nacional de competencia. A este respecto, no podemos dejar de señalar que la prohibición de contratar del artículo 71.1.b de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público[76], no es una sanción propiamente dicha a pesar de limitar derechos, sino que se trata de la pérdida de aptitud para contratar con la Administración[77].

Todo este sistema, en favor de la competencia, surge por un motivo. Como ya se ha anticipado, la razón subyacente es proteger el proceso competitivo del mercado, consecuentemente, a continuación, debemos explicar cuál es el mercado que busca proteger.

España es parte del **Mercado único europeo –**también conocido como Mercado interior de la Unión Europea– y que se caracteriza por la libre circulación de bienes, servicios, personas y capitales. Se trata de un mercado en el que «los ciudadanos europeos

---

[74] HAKOPIAN estudió si sería posible la criminalización de determinadas conductas anticompetitivas después de la entrada en vigor del del nuevo TFUE; sin embargo, llega a la conclusión de ello no es posible sin una enmienda del Tratado, porque el art. 83 TFUE prevé el uso de directivas, exclusivamente, en la adopción del derecho penal sustantivo y el art. 288 TFUE establece que las directivas no son vinculantes para los Estados miembros. De ahí que argumente que «if harmonisation measures are not in place, the adoption of criminal law measures cannot logically prove to be 'essential to ensure the effective implementation of a Union policy', since such a policy would not exist». HAKOPIAN, G. "Criminalisation of EU Competition Law Enforcement – A possibility after Lisbon?", en *The Competition Law Review*, Vol. 7, nº 1, diciembre 2010, [pp. 157-173], p. 165.

En este mismo sentido, algunos autores señalan que «la criminalización se adapta mejor al nivel nacional, al menos en el futuro previsible». WHELAN, P. "Contemplating the future: personal criminal sanctions for infringements of EC competition law ", en King's Law Journal , Vol. 19, nº 2, 2008, p. 376.

[75] A la hora de elegir el tipo de sanciones que se consideran adecuadas, debe recordarse que, en España, conforme al principio de intervención mínima del Derecho penal, resulta difícilmente justificable que deban incluirse estos comportamientos en el Código Penal. Por otra parte, en los países de nuestro entorno, se tiende a valorar únicamente la posible criminalización de los cárteles en sentido estricto porque son considerados los comportamientos más dañinos para el mercado y los consumidores.

Esta consideración de "conductas de mayor perjuicio", a nivel internacional y en los países que han implementado estas medidas, se realiza en el mismo texto de la ley (Reino Unido) o en la aplicación de la normativa (EEUU, Canadá, Israel, Japón, Irlanda). GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los carteles ante la Justicia penal" en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÒ JUAN, A. (dirs), "Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia" Ed. Marcial Pons: Madrid, 2008, [pp. 75-100], p. 77.

[76] Ley estatal 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOE 272, de 9 de noviembre de 2017.

[77] SAN 2068/2016, Sala de lo Contencioso, Sec 7ª, de 23 de mayo de 2016, FJ 1.

pueden vivir, trabajar, estudiar o hacer negocios con libertad»[78]. En este sentido, el mercado único se concibe, junto con la apertura de fronteras, como el principal motor del crecimiento en la UE[79]. Por lo tanto, a través de la labor de las autoridades de competencia –lo que incluye sancionar las conductas ilícitas– se pretende dotar a los poderes públicos de las herramientas necesarias para la protección de dicho mercado.

Así, la **libertad de empresa** en el marco de la economía de mercado que preceptúa el artículo 38 de la Constitución debe operar en un contexto de libre competencia[80]. No olvidemos que dicha libertad supone participar libremente en la creación, mantenimiento y producción de empresas, así como las facultades para decidir sobre sus objetivos y planificación[81].

En cualquier caso, la competencia no debe ser entendida en términos absolutos y, bajo determinadas premisas, pueden existir excepciones; se trata de supuestos en los que la ausencia de competencia está justificada. Sin embargo, dada su excepcionalidad, estos supuestos no serán abordados en el presente estudio. Este sería el caso, por ejemplo, de los monopolios naturales –como el de la distribución del agua– o de las conductas que se desarrollen al amparo de alguno de los Reglamentos (UE) de exención[82].

---

[78] Así lo señala la propia Comisión Europea en su página web sobre el mercado interior. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/internal_market.html?root_default=SUM_1_CODED%3D24&locale=es (última consulta: 19.02.2020)

Debemos recordar que, tras el Tratado de Roma en 1957, se impulsó la integración económica a través de la creación de la Comunidad Económica Europea. España, por su parte, firmó el Acta de Adhesión de a las Comunidades Europeas el 12 de junio de 1985 para entrar en vigor el 1 de enero de 1986. No obstante, no fue hasta 1993 que se empezó a hablar del "mercado único".

[79] COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Cocial Europeo y al Comité de las Regiones - Hacia un Acta del Mercado Único Por una economía social de mercado altamente competitiva Cincuenta propuestas para trabajar, emprender y comerciar mejor todos juntos*. COM(2010) 608 final. Bruselas, 27 de octubre de 2010, p. 2.

[80] Este principio se concreta en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en cuya Exposición de Motivos se señala que se trata de «uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes».

[81] Sobre la libertad de empresa se pronuncia el Tribunal Constitucional en su STC (Pleno) 208/1999, de 11 de noviembre de 1999.

[82] A nivel europeo, y al amparo del artículo 101.3 del TFUE se han publicado tres Reglamentos de exención para determinadas categorías de acuerdos. Éstos son: (i) el Reglamento (UE) 330/2010, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. DOUE L 102/1, de 23 de abril de 2010. (ii) el Reglamento (UE) 461/2010, de 27 de mayo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor. DOUE L 129/52, de 28 de mayo de 2010; y (iii) el Reglamento (UE) 267/2010, de 24 de marzo de 2010, relativo a la aplicación del ar tículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros. DOUE L 83/1, de 30 de marzo de 2010.

III. Metodología y la estructura de la investigación

Es obligado comenzar la investigación analizando el objetivo del Derecho de la competencia (Capítulo 1); así, tras una breve introducción (Capítulo 1, punto I), se detalla cómo mientras que el punto de partida es la protección del sistema de competitivo, el fin último de la defensa de la competencia es la protección del consumidor (Capítulo 1, punto II). En consecuencia, describiremos las conductas que el Derecho de la competencia sanciona: las conductas colusorias –artículo 1 LDC, en la normativa española; artículo 101 TFUE, en la normativa europea–, el abuso de posición de dominio –artículo 2 LDC, en la normativa española; artículo 102 TFUE, en la normativa europea– y el falseamiento de la libre competencia por actos desleales, con afectación del interés público –artículo 3 LDC, en la normativa española; no se contiene precepto análogo en la normativa europea– (Capítulo 1, punto III).

En cualquier caso, la sanción no es el único mecanismo para lograr una efectiva protección del proceso competitivo del mercado. Así, previamente a adentrarnos en el análisis práctico de la normativa de competencia y de la aplicación que de la misma hacen las autoridades de competencia, es necesario aludir a la vía de la educación, ya que ésta es un mecanismo complementario a la sanción que busca incidir en la concienciación sobre la importancia de proteger la competencia. Este mecanismo es desarrollado por las autoridades de competencia en ejercicio de su labor de promoción de la competencia (Capítulo 1, punto IV).

Además, concluiremos esta aproximación inicial poniendo de relevancia que la protección de un sistema competitivo efectivo es la condición previa para una economía de mercado exitosa. En consecuencia, la finalidad de las autoridades de competencia, tanto en su labor de defensa de la competencia como en su labor de promoción de la competencia, es disuadir a los operadores jurídicos de incurrir en prácticas anticompetitivas (Capítulo 1, punto V).

Con vistas al diseño de una propuesta de sistema alternativo en el que se dé solución a las deficiencias detectadas en el sistema sancionador de competencia español, se hace imprescindible realizar una comparación. Se ha optado por recurrir al sistema sancionador de competencia europeo y, por ende, a la práctica de la Comisión Europea, por varios motivos. El primero y principal reside en que la normativa nacional se inspira en la norma europea desde sus orígenes –la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia–, incluso antes de que España perteneciera a las Comunidades Europeas, a de pesar que sea desde su adhesión cuando verdaderamente se ha empezado a hacer uso de esta rama del Derecho. El segundo de ellos es la importancia, a nivel global, que tiene el trabajo de la Comisión Europea en materia de detección y sanción de ilícitos anticompetitivos. Así, la Comisión Europea es una de las autoridades de competencia más fuertes a la hora de aplicar la normativa de competencia. Además, esto también ha generado que sea uno de los sistemas más estudiados y que de las críticas que se le realizan puedan derivarse sugerencias que podrían ser aplicables en el sistema nacional.

Es preciso incidir en que se han evaluado conjuntamente tanto la propia normativa como la aplicación que de la misma realizan las autoridades de competencia, sin olvidar la aplicación que, en su caso, realizan los organismos jurisdiccionales. Pretendemos, por tanto, determinar si las deficiencias en la consecución de una disuasión efectiva se derivan bien de la redacción dada a la propia normativa por el legislador, o bien de una interpretación y/o aplicación inadecuada de la misma.

Así, para el análisis práctico de las resoluciones –administrativas y judiciales–, se ha aplicado el método inductivo para concluir qué aspectos son aquellos a los que, por su reiterada trascendencia, se debe prestar una mayor atención. La mayor parte de las resoluciones de las autoridades de competencia y de las sentencias de los tribunales son posteriores al año 2007, por ser ésta la fecha de entrada en vigor de la actual Ley de Defensa de la Competencia española. Esto no impide que en ocasiones se haya tenido que recurrir a resoluciones anteriores (incluso notablemente anteriores), pero siempre con el objetivo de entender e interpretar de un modo más adecuado la regulación vigente.

Con relación a la estructura del análisis práctico-jurídico, se ha optado por analizar, en primer lugar, los aspectos subjetivos y materiales que necesariamente deben concurrir para considerar sujeto responsable a un infractor, tanto en el sistema sancionador de competencia español, como en el europeo; dejando, para un segundo momento, la finalización del procedimiento.

Así, en el Capítulo 2 pretendemos analizar, desde un punto de vista comparado, en qué medida un sujeto infractor es considerado responsable de haber cometido un ilícito anticompetitivo; para ello, estudiaremos tras una somera introducción (Capítulo 2, punto I) lo siguiente: (a) el sujeto encargado de la aplicación de la normativa de competencia –esto es, las distintas autoridades de competencia, su descentralización y su necesaria coordinación– (Capítulo 2, punto II), (b) las diferencias en la tipicidad de las conductas anticompetitivas entre la normativa europea y la española –desde la graduación de las infracciones, hasta la exención de la antijuridicidad de las conductas, pasando por la concreta tipificación de las prácticas– (Capítulo 2, punto III), y, por último, (c) el sujeto activo de la conducta tipificada –esto es, el infractor–, y los elementos que deben concurrir para concluir que es responsable de llevar a cabo una conducta anticompetitiva tipificada (Capítulo 2, punto IV).

En segundo lugar, en el Capítulo 3, analizaremos, como anunciábamos, la finalización del procedimiento sancionador y, en concreto, nos centraremos en aquellos elementos que, en prueba del carente efecto disuasorio de la normativa de competencia, hacen apetecible la comisión de infracciones anticompetitivas. Así, de un lado, y tras la correspondiente introducción (Capítulo 3, punto I) nos encontramos (a) la prescripción y la caducidad, instituciones éstas que suponen tener que poner fin al procedimiento sancionador (Capítulo 3, punto II); por otro, (b) la terminación convencional, que supone una terminación anticipada del procedimiento sancionador (Capítulo 3, punto III); y, finalmente, nos detendremos en (c) la finalización ordinaria del procedimiento administrativo sancionador español, haciendo referencia expresa a los extremos que

dificultan la tarea de las autoridades de competencia a la hora de determinar la cuantía concreta de la sanción (Capítulo 3, punto IV). Por último, sobre la base de la consecución de una disuasión efectiva, y dado que recientemente son numerosas las sanciones que, impuestas por la autoridad nacional de competencia, están siendo anuladas por los tribunales, hemos detectado la necesidad de incluir un último apartado relativo a la revisión de las sanciones en vía judicial, por el innegable impacto en el efecto disuasorio de las sanciones (Capítulo 3, punto V).

Dado el objetivo netamente práctico de la presente tesis, se ha considerado necesario recurrir frecuentemente a lo largo del estudio a elementos visuales explicativos, con el objetivo de ilustrar de una manera pedagógicamente óptima –bien mediante tablas, bien mediante gráficos– las diversas problemáticas.

Igualmente, destaca que a lo largo de todo el texto se ha procurado incluir referencias a resoluciones de la autoridad de competencia nacional o decisiones de la Comisión Europea para poner de relieve la existencia, no sólo teórica, de las afirmaciones que se realizan.

IV. Relevancia científica

La política de competencia diseñada en el ámbito europeo ha venido centrando sus esfuerzos en lograr la efectiva preservación del proceso competitivo del mercado a través de una mayor disuasión. Ya hemos adelantado la importancia que tiene el Mercado interior e, inevitablemente, las conductas anticompetitivas impactan de modo muy negativo en su consecución.

En este contexto, por medio de la presente investigación se ha demostrado que la práctica de la autoridad de competencia adolece ciertas carencias y, en consecuencia, se han identificado los aspectos que habrían de mejorarse para lograr una efectiva disuasión. En definitiva, se pretende dotar a la CNMC de herramientas que permitan incrementar el efecto disuasorio de emprender conductas que vulneren la competencia. Ahora bien, a diferencia de la amplia mayoría de estudios, que se centran en la posibilidad de recurrir a sanciones de naturaleza penal –a semejanza del sistema estadounidense–, se ha concluido que el sistema sancionador actual, de naturaleza administrativa, es adecuado para el fin pretendido, pero es perentorio introducir ciertas mejoras que ya están siendo eficazmente implementadas por la Comisión Europea.

En relación con ello, y en aras de demostrar la necesidad de garantizar a nivel europeo la observancia de los mandatos del Derecho de la competencia, en una primera investigación relacionada se ha abordado un análisis sobre el sector del gas natural en el ámbito de la UE; en concreto, se ha pretendido demostrar, a la luz de la perniciosa influencia que tienen las conductas anticompetitivas en el mantenimiento del mercado interior, la importancia de la labor de las autoridades de competencia. Se ha demostrado que este sector en concreto presenta peculiaridades que favorecen la adopción de prácticas

anticompetitivas por los operadores económicos activos en mercados conexos; en concreto, la libre comercialización de la energía convive con el monopolio natural de la distribución de la energía, por lo que la actividad de las comercializadoras se ve, en ocasiones, sometida a las vicisitudes que acontezcan –o que generen los operadores económicos activos– en el mercado regulado de la distribución.

En conclusión, se ha evidenciado que, por lo que al sector del gas natural se refiere –que también es extrapolable al resto de sectores de la economía–, las autoridades de competencia han de primar la detección y sanción de las conductas anticompetitivas que, por vulnerar el proceso competitivo del mercado, amenazan el propio mercado único europeo.

Este artículo puede consultarse en: ANGULO GARZARO, A. "La competencia en el sector del gas natural: el mercado regulado de la distribución del gas natural a la luz de la política energética de la Unión Europea", en *Revista Vasca de la Administración Pública*, nº 113, enero-abril 2019, pp. 431-454, ISSN 0211-9560

La *Revista Vasca de la Administración Pública* en el año 2019 tuvo un ICDS de 6.5.

En la presente tesis se ha optado por centrar la investigación en la autoridad nacional de competencia. Ello no obstante, reviste un alto interés científico analizar el reparto de las competencias de ejecución de la normativa de competencia entre las diferentes autoridades de competencia que coexisten en el Estado español.

A diferencia de lo que sucede en la Unión Europea entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia, en esta investigación el análisis de los mecanismos de gestión de conflictos reveló que existen importantes desigualdades en lo que a la ejecución de la normativa de competencia se refiere, puesto que la CNMC suele ocupar una posición injustificadamente preponderante con relación a la posición que ocupan las autoridades regionales de competencia. Ha de concluirse que, comparativamente, el Reglamento (CE) 1/2003 y la *Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia* abordan de manera mucho más adecuada los problemas que puedan surgir en la ejecución de la normativa de competencia por parte de la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia.

Este artículo puede consultarse en ANGULO GARZARO, N. y ANGULO GARZARO, A. "The Spanish decentralized competition enforcement system: when David met Goliath", *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, nº 95, 2019, ISSN 0213-3865, pp. 254-273.

La revista *Ekonomiaz: Revista vasca de economía* está indizada en Scopus. En el año 2019 tuvo un ICDS de 10.0.

Por otra parte, un correcto análisis de la normativa de competencia no puede dejar desatendida la aplicación privada de la misma, dada la importante repercusión que ha tenido desde la publicación de la Directiva 2014/104/UE. Es cierto que en la presente tesis nos centramos en buscar cómo optimizar la aplicación pública, pero no debemos olvidar el objetivo mismo del Derecho de la competencia no es otro que salvaguardar el proceso competitivo del mercado, por lo que todos los esfuerzos en esa dirección han de ser vistos con muy buenos ojos.

Ciertamente, el *public enforcement* precede al *private enforcement*, o, dicho de otro modo, estas reclamaciones de indemnización –*private enforcement*– se producirán, con carácter general, únicamente tras la resolución o decisión de la autoridad de competencia –ya sea nacional o europea–. Partiendo, por tanto, de la previa existencia de una sanción impuesta que traiga causa de una conducta prohibida y, eligiendo como campo de estudio la Administración pública como sujeto perjudicado por la conducta anticompetitiva, se investigó y concluyó que es imprescindible –incluso para la propia Administración pública, cuando ésta ocupa la posición de sujeto perjudiciado– hacer uso de los mecanismos que nos ofrece el *private enforcement* para conseguir la máxima eficacia de las normas de competencia. En caso contrario, si no se utilizan todos los mecanismos disponibles –recordemos que la aplicación pública aún tiene un largo recorrido de mejora en el que pretendemos avanzar–, es muy probable que haya empresas que consideren que es económicamente ventajoso desarrollar conductas anticompetitivas. Esto, como defendemos, no se puede permitir que suceda cuando quien debe reclamar los daños, en tanto que perjudicada, es la Administración.

Este artículo puede consultarse en ANGULO GARZARO, A. "La reclamabilidad de daños por parte de la Administración pública por infracciones de la normativa de competencia en los procedimientos de contratación pública", *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 50, enero 2019, ISSN-e 1696-9650

La *Revista General de Derecho Administrativo* tiene el Sello de calidad FECYT y está indizada en Scopus. En el año 2019 tuvo un ICDS de 4.7.

Finalmente, realicé una colaboración en una investigación, propuesta por la *International Ligue of Competition Law*, de cuyo fruto fui la autora principal, con relación a quién es o debe ser responsable de las infracciones de la ley de competencia y qué reglas deben regir la atribución de responsabilidad administrativa a la empresa matriz, a su administración y a sus empleados. Mi colaboración es consecuencia del profundo conocimiento que sobre el tema he podido adquirir gracias a encontrarme inmersa en la elaboración de la presente tesis.

Este capítulo de libro puede consultarse en ANGULO GARZARO, A; CAÑADAS BOUWEN, M y SUDEROW, J. “Spain”, en KËLLEZI, P; KILPATRICK, B Y KOBEL P. (Eds) *Liability for Antitrust Law Infringements & Protection of IP Rights in Distribution*, Ed. Springer, 2019, pp. 223-237. Online ISBN 978-3-030-17550-4.

CAPÍTULO 1 – LA COMPETENCIA EN EL DERECHO ESTATAL A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA EUROPEA: LA NECESIDAD DE PROTEGER EL PROCESO COMPETITIVO DEL MERCADO COMO OBJETIVO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

> «The most beautiful thing we can experience is the mysterious. It is the source of all true art and science» (Albert Einstein)

I. Introducción

En el presente capítulo delimitaremos, en primer lugar, el objetivo del Derecho de la competencia en los sistemas español y europeo[83]: la protección del proceso competitivo del mercado y, en especial, la protección del consumidor (II.). Partiendo de este objetivo, analizaremos las conductas que se pretenden evitar (III.), las vías para lograr una efectiva protección del proceso competitivo del mercado (IV.) y, finalmente, concluiremos que la disuasión es el instrumento adecuado para lograr esa protección (V.), por encima de otros medios tales como el castigo o la rehabilitación.

La dificultad de nuestro análisis reside, por tanto, en abandonar la concepción formalista tradicional de la competencia en favor de la búsqueda de unos principios de solución jurídica operativos que garanticen la consecución del objetivo del Derecho de la competencia[84].

II. Objetivo del Derecho de la competencia: la protección del sistema competitivo, como punto de partida, y la protección del consumidor, como fin último de la defensa de la competencia

La eficacia de la legislación de defensa de la competencia parte del presupuesto de que no se puede admitir que la economía de mercado quede o pueda quedar al arbitrio de los intereses privados de quienes concurren como oferentes y demandantes en el

[83] El término «comunitario» se utilizará de manera indistinta junto con el término «europeo» a lo largo del presente estudio. La entrada en vigor del Tratado de Lisboa supuso la desaparición de la «Comunidad Europea» como entidad jurídica. Como consecuencia, desaparece el adjetivo «comunitario» al significar «Perteneciente o relativo a la Comunidad Económica Europea» (segunda acepción de la DRAE). No obstante, según numerosos intérpretes y traductores de las instituciones de la Unión Europea es probable que se siga utilizando este término. TORRE SUSTAETA. M. V. *La aplicación del Derecho de la Competencia en Europa. Intereses en juego y vías de tutela*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 33-34.; VIDAL, M. "Lisboa o el fin de la Comunidad", en *puntoycoma*, *Boletín de las Unidades Españolas de traducción de la Comisión Europea*, nº 115, enero-febrero 2010; VALDIVIESO, M. "El Tratado de Lisboa: más novedades terminológicas", en *puntoycoma*, *Boletín de las Unidades Españolas de traducción de la Comisión Europea*, nº 116, enero-febrero 2010.

[84] Los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ manifiestan esta necesidad en los siguientes términos: «procurar el tránsito de una concepción de la competencia formal a unos principios de solución jurídica operativos». Véase CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Mercado único y libre competencia en la Unión Europea", Colex, Madrid, 2003, pp. 267-268 en TORRE SUSTAETA. M. V. *La aplicación del Derecho de la Competencia…, op cit*, p. 37.

mercado[85]. Frente a esta situación, el Derecho de la competencia permite, precisamente, mantener la libre competencia como escenario más aconsejable para el desarrollo económico[86]. Como recogió FRIEDRICH A. HAYEK –y nosotros reproducimos a modo ilustrativo– «nuestra libertad de elección en una sociedad en régimen de competencia se funda en que, si una persona rehúsa la satisfacción de nuestros deseos, podemos volvernos a otra. Pero si nos enfrentamos con un monopolista, estamos a su merced»[87].

Tanto el Derecho de la competencia europeo como el español comparten un objetivo y finalidad común: la protección del sistema competitivo efectivo como condición previa para una economía de mercado exitosa[88]. La competencia funciona

[85] Nos recuerda BERCOVITZ, que «En España, al igual que en la Comunidad o Unión Europea, rige un sistema de economía de mercado, esto es, un sistema basado en la libre competencia». BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. "Protección de la libre competencia" en *Manuales Universitarios. Apuntes de Derecho Mercantil*, Ed. Aranzadi, julio 2018.

Véase, en este sentido, la Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 646/08 – *Axion/Abertis*, de 19 de mayo de 2009, FJ 9; «el derecho y la política de la competencia solamente pueden producir los efectos deseados si se aplican de un modo eficaz. Una ley que sólo existe sobre el papel no tiene un gran valor» en CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. *Sanciones y recursos apropiados*. Sexta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas. Nº del documento. TD/RBP/CONF.7/5, Ginebra, 8 a 12 de noviembre de 2010, p. 3; «La fundamentación económica de la PDC [Política Defensa Competencia] debe encontrarse, por tanto, en esa vinculación entre la práctica de la competencia y la obtención de ciertos efectos o consecuencias económicas positivas. Ello nos lleva al estudio de la competencia como actividad básica y fundamental de las economías de mercado» VARELA CARID, F. "Economía y defensa de la competencia: una visión general", en *Ekonomiaz*, nº 61, primer cuatrimestre 2006, p. 60; para un análisis sobre qué significa "competencia efectiva" y cómo puede medirse véase BISHOP, S. y WALKER, M. *The economics of EC Competition Law: Concepts, application and measurement*. Ed. Sweet&Maxwell, UK, 2010, 3ª edición.

[86] BERENGUER GIMENEZ, L. "El Derecho de la Competencia en un marco de crisis global", en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Vol. I, nº 6, marzo de 2010, p. 12.

[87] HAYEK, F. A. *Camino de servidumbre*. 1944, en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*. Ed. Colex, Madrid, 2001, p. 145.

[88] «En las modernas economías desarrolladas, los gobiernos proclaman su interés por el mercado como mecanismo de asignación eficiente de los recursos y como medio para maximizar el bienestar del conjunto de la economía» en BERENGUER FUSTER, L.; GINER PARREÑO, C. A. y ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la Competencia.* Ed. Marcial Pons, 2010, p. 15; cuando nos referimos a la protección del sistema competitivo efectivo, hay que destacar que «la confianza en la eficiencia del mercado no es otra cosa que confianza en la capacidad de adaptación inteligente y original de las distintas empresas a las oportunidades y necesidades de los ciudadanos», en LORCA MORALES, T. "El intercambio de información en las asociaciones empresariales: hasta dónde es posible llegar sin incurrir en una infracción del derecho de la competencia", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 18, noviembre-diciembre 2010, p. 14; el derecho de la competencia afecta, de forma indirecta, a otras áreas como por ejemplo la laboral. CRANE, D. A. *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, Ed. Oxford Scholarship Online, mayo 2011 p. 6; no obstante, no todos los sistemas persiguen exactamente el mismo objetivo. Para más información véase DÍEZ ESTELLA, F. "Los objetivos del Derecho antitrust" en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224, marzo/abril 2003, pp. 32-52; DOERN, G. B. y WILKS S. "Comparative Competition Policy: Boundaries and Levels of Political Analysis" en *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*, Ed. Oxford Scholarship Online, octubre 2011, p. 5.

como garantía y principio estructural del sistema económico desarrollado por la Constitución[89].

La competencia está configurada, principalmente, por dos elementos básicos: de un lado, la libertad de acceso al mercado para una pluralidad de empresarios; y, de otro, la libertad para la determinación de las condiciones a través de las cuales se ha de desenvolver la actividad económica en el mercado (tanto en el lado de la oferta, como en el de la demanda). Para poder respetar ambas libertades es necesario que los operadores económicos que concurren en el mercado no lleven a cabo prácticas susceptibles de vulnerar la libertad de empresa mediante la adopción de medidas que impidan, restrinjan o falseen la competencia; esto es, es necesario que los operadores no amenacen la «operatividad del orden concurrencial»[90].

No obstante, y pese a la importancia que tiene en la economía de mercado**,** tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la protección de la competencia frente al falseamiento ya no aparece en Derecho de la Unión Europea entre los objetivos del Tratado; sin embargo, el Protocolo nº 27 sobre mercado interior y competencia recoge que «el mercado interior tal como se define en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea incluye un sistema que garantiza que no se falsea la competencia»[91]. Por tanto, debemos concluir que la competencia no es sino un presupuesto para el mantenimiento y la salvaguarda del mercado interior[92].

Si bien, como hemos apuntado, la protección de un sistema competitivo efectivo es percibida, tanto por el Derecho español como por el Derecho de la UE, como una condición previa para el desarrollo de una economía de mercado exitosa, la finalidad principal, aunque no única, de su protección es alcanzar el bienestar del consumidor[93]. En

---

[89] Como recoge el Prof. GUILLÉN CARAMÉS, la competencia funciona «como principio inspirador de la denominada Constitución económica». GUILLÉN CARAMÉS, J. *Libre competencia y Estado autonómico*. Ed. Marcial Pons Ediciones y Universidad Rey Juan Carlos, Madrid y Barcelona, 2006, pp. 50-64.

[90] CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE. *La igualdad en el Derecho de Defensa de la Competencia*. Ed. Tirant Monografías, Valencia, 2008, p. 29.

[91] Protocolo (nº 27). Sobre mercado interior y competencia. DOUE nº 306, de 17 de diciembre de 2007; «President Sarkozy was openly critical of competition as an ideology or dogma and succeeded in removing from the objectives of the Union the words 'and an internal market where competition is free and undistorted'» WILKS, S. "The impact of the recession on competition policy: amending the economic constitution?", en *International Journal of the Economics of Business*, Vol. 16, nº 3, noviembre 2009, p. 274.

[92] Como señala HONNEFELDER: «El objetivo fundamental de la legislación comunitaria en materia de competencia es proteger la competencia frente al falseamiento. Sin embargo, una competencia no falseada no es un fin en sí mismo, sino una condición para la realización de un mercado interior libre y dinámico, y representa uno de los instrumentos que contribuyen al bienestar económico general». HONNEFELDER, S. "La política de competencia", en *Fichas técnicas sobre la Unión Europea*, abril 2014, p. 1.

[93] «El incremento del bienestar de los consumidores se puede considerar como el fin primordial del derecho de la competencia y también de la legislación sobre protección de los consumidores», en GÓMEZ POMAR, F. "La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia", en *InDret*, nº 113, enero 2003, p. 7.; GERBER, D. J. *Global Competition: Law, Markets, ... op cit*, pp. 38-39.

definitiva, la competencia, de acuerdo con la OCDE, es percibida como «un importante proceso en el que las empresas son forzadas a ser eficientes y ofrecer una gran variedad de productos y servicios a precios reducidos»[94]. Las conductas prohibidas son perjudiciales para la competencia en general y para los consumidores en particular, dado que el beneficiario último de las políticas de defensa de la competencia ha de ser el consumidor[95].

Así las cosas, si bien la normativa de la UE de defensa de la competencia tiene como uno de sus objetivos centrales la lucha por el bienestar del consumidor, éste no puede ser el único objetivo[96]. El derecho europeo también debe tener en cuenta el contexto

---

Ello, no obstante, el derecho de la competencia protege tanto a consumidores como a competidores, porque «junto a la defensa de los consumidores, la defensa de la competencia es una manifestación fundamental del derecho de empresa», en PALMA MARTOS, L. A. "Fundamentos económicos y claves de aplicación de la Política de Defensa de la Competencia", *Cuadernos de Administración*, Universidad del Valle, nº 34, enero 2006, p. 35.

No obstante, hay una parte de la doctrina que ya aboga por abandonar el estándar del bienestar del consumidor, centrándose más en la consecución del mercado competitivo y la equidad que ello conlleva. ORBACH, B. "The Consumer Welfare Controversy", en *CPI Antitrust Chronical*, noviembre 2019, ap. 22

[94] Traducción propia. Original: «Competition is viewed as an important process by which firms are forced to become efficient and offer greater choice of products and services at lower prices» OECD. "Glossary of industrial organisation and competition law", en *OCDE*, 2002.

Sin la existencia de una competencia real, existe el riesgo de que se produzca una alineación automática de precios gracias a las herramientas que se han desarrollado con la irrupción de las nuevas tecnologías. PÉREZ HERNÁNDEZ, A. "Algoritmos y derecho de la competencia: un estudio sobre la alineación automática de precios", en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 311/2019 parte varia, 2019.

[95] ARROYO APARICIO, A. "Consumidores y normativa protectora de la libre competencia: algunos antecedentes y las recientes iniciativas sobre "acciones por daños"", en VÁZQUEZ PENA, M. J. (dir y coord). *El derecho de la libre competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores*. Ed. Tirant lo Blanch, valencia, 2013, pp. 33-45. La protección del consumidor es la prioridad. El robo no es una conducta objetable porque robar sea ineficiente; sino que robar, al igual que fijar precios, es una transferencia injusta de riquezas. Robar es ilegal porque el ladrón no tiene derecho a coger el dinero; de manera similar, el cartelista no tiene derecho a las riquezas obtenidas a través de su conducta ilícita. Como manifiesta la CNMC en su página web, apartado consumidores, «la eficiencia productiva que se logra en un contexto de competencia efectiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad. La competencia, de hecho, permite que determinados servicios que antes eran considerados un lujo puedan ser usados por personas con menor renta gracias a que sus precios se reducen notablemente». Disponible en: **http://www.cnmc.es/es-es/competencia/consumidores.aspx**. (Último acceso: 06.05.2020)

Como recoge TORRE SUSTAETA, «[L]a política de Defensa de la Competencia debe constituir principalmente un instrumento jurídico cuya función primera consista en velar por una economía "procompetitiva" protegiendo, consecuentemente, los intereses de todos los operadores económicos que participan en el mercado y, en especial, a los consumidores, a los cuales "beneficia (o debe beneficiar) igual que lo hace la legislación sobre protección al consumidor». TORRE SUSTAETA. M. V. La aplicación del Derecho de la Competencia…, op cit, p. 42.

[96] «It is incontestable that, generally speaking, consumers have always been part of the raison d'être of antitrust provisions in some way» y continua más adelante «generally speaking non-economic, non-market related issues are more prominent on the European agenda, even more so after the Lisbon Treaty. Citizenship is more prominent and citizens are consumers», en PARRET, L. *Side effects of the modernisation of EU competition law. Modernisation as a challenge to the enforcement system of EU competition law and EU law in general*. Ed. Wolf Legal Publishers, Nijmegen, The Netherlands, 2011, p. 132 y p. 147.; La relación entre la política de competencia europea y sus ventajas para consumidores aparece claramente explicada en COMISIÓN EUROPEA. *La política de competencia de la UE y los consumidores*.

especial de integración del mercado[97]. Esto implica que la normativa de la Unión Europea irá dirigida hacia un objetivo político más amplio que el contenido en la regulación nacional[98].

Una vez establecidos sus objetivos, es necesario conocer qué conductas son reprochables desde el punto de vista del Derecho de la competencia, tanto de la UE como nacional, con el fin de proteger el proceso competitivo del mercado, en general, y al consumidor, en particular.

III. Las conductas anticompetitivas: análisis comparado de las conductas que el Derecho de la competencia, tanto nacional como europeo, pretende disuadir

La normativa española sanciona tres conductas diferentes que vienen recogidas en los artículos 1 a 3 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC): las conductas colusorias, el abuso de posición de dominio y las prácticas desleales que afecten al interés público[99]. Por otro lado, la normativa europea únicamente sanciona dos supuestos de acuerdo con lo establecido en los artículos 101 y 102 del Tratado de

Ed. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2005; aunque la normativa de protección del consumidor también busque su bienestar, existen importantes diferencias entre ambas regulaciones. Para más información véase GÓMEZ, F. "EC Consumer Protection Law and EC Competition Law: How related are they? A Law and Economics perspective", en *InDret*, working paper nº 113, enero 2003.

A diferencia de lo que sucede en otros países, no puede perseguirse únicamente el objetivo del bienestar del consumidor y de la eficiencia del mercado porque, en ese caso, se afectaría negativamente a otras políticas del Tratado. JONES, A. "Analysis of agreements under US and EC antitrust law: convergence or divergence?", en *The Antitrust Bulletin*, nº 51, nº 4, invierno 2006, p. 741; «The system of European competition law has always had and still has different objectives. A unitary goal is not desirable and not realistic», en PARRET, L. *Side effects of... op cit*, p. 154; DABBAH, M. M. *International and Comparative Competition Law* Ed. Cambridge University Press: UK, Cambridge, 2010, p. 164; JONES, A. y SUFRIN, B. *EU Competition Law*. Ed. Oxford University Press, UK, 2011, 4ª ed, pp. 51-54.

[97] GERBER, D. J. *Global Competition: Law, Markets, ... op cit*, p. 2.; DOERN, G. B. y WILKS, S. "Competition Policy in the European Union: Creating a Federal Agency?", en *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*, octubre 2011, p. 2..; LIANOS, L. y ANDREANGELI, A. "The European Union", en FOX, E. M. Y TREBILCOCK, M. J. (eds). *The Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices*, Ed. Oxford Scholarship Online, enero 2013, p. 2.

[98] DABBAH, M. M. *International and Comparative Competition Law*. Ed. Cambridge University Press: UK, Cambridge, 2010, p. 165; para un análisis entre el debate sobre el bienestar total y el bienestar del consumidor, véase EVANS, P. "The consumer and competition policy: welfare, interest and engagement" en EZRACHI, A. *Resarch handbook on international competition law*. Ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham (UK), Northampton, MA (USA), 2012, pp. 547-555.; REYNA, A. "Why Competition Law Must Protect Democracy - A European Welfare Perspective", en *OECD 16th Global Forum on Competition*, diciembre 2017.

[99] Ley estatal 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE nº 159, de 4 de julio de 2007. Esta Ley se desarrolla a través del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, BOE nº 50, de 27 de febrero de 2008.

Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE): las conductas colusorias y el abuso de posición de dominio[100].

Es importante subrayar que el hecho de que exista una normativa europea aplicable en materia de infracciones competitivas no supone que los sistemas internos en materia de Derecho de la competencia queden sin efecto en favor de la aplicación exclusiva de las normas de competencia de la UE[101]. Para posibilitar la aplicación conjunta de las normas europeas y las propias de cada Estado Miembro ha sido formalizada la teoría de la doble barrera[102]. Esta teoría implica que a una misma práctica se le puede aplicar la regulación de la UE y, cumulativamente, la normativa interna de defensa de la competencia, dada la existencia de dos intereses jurídicamente protegidos diferentes en ambas normativas[103].

Dicho esto, a continuación, analizaremos las tres conductas anticompetitivas que están tipificadas en la LDC, comparándolas con sus equivalentes en Derecho de la UE cuando estén previstos en la normativa de competencia europea.

En primer lugar, la normativa española prohíbe en el artículo 1 de la LDC «todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional»[104].

---

[100] Un análisis de los artículos 101 y 102 TFEU se puede encontrar, entre otros, en los siguientes manuales generales: BELLAMY, G. y CHILD, G. *European Community Law of Competition*. Ed. Oxford University Press, UK, 2007, 6ª edición; KORAH, V. *An introductory guide to EC competition law and practice*. Ed. Hart Publishing, Oxford, 2007, 9ª edición. Un análisis de los artículos 1 a 3 LDC se puede encontrar, entre otros, en CREUS CARRERAS, A. (Coord). *La ley 15/2007, de defensa de la competencia. Jornada de estudio de la asociación española de defensa de la competencia*. Ed. Asociación Española de Defensa de la Competencia, Madrid, 2008; ORTÍZ BLANCO, L.; MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J; IBÁÑEZ COLOMO, P. *et al*. *Manual de derecho de la competencia*. Ed. Tecnos, Madrid, 2008; PAREJO ALFONSO, L.; PALOMAR RAMÓN, F.; COLOMER HERNÁNDEZ, I.; *et al. Derecho de la competencia: estudios sobre la ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia*. Ed. La Ley, Madrid, 2008.

[101] Sirva de ejemplo que el apartado 8 del Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, permite adoptar y aplicar legislaciones de competencia nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o impongan sanciones sobre conductas unilaterales de las empresas.

[102] NEBBIA, P. "Rapporti fra regole di concorrenza dell'unione e regole nazionali" en GALGANO, F. (dir.) *Trattato di Diritto Commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. *Disciplina della concorrenza nella UE*. Ed. Ceman-Casa Editrice, Padova, Vol. 64, 2012, pp. 124-126

[103] GUTIÉRREZ, A. y MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. "Nuevas perspectivas en la aplicación de las norms de defensa de la competencia por la jurisdicción civil", en *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, nº 1/2002, pp. 39-55

[104] No todas las conductas que puedan englobarse dentro de este artículo podrán ser denominadas como "cárteles". Para más información véase RINCÓN GARCÍA-LOYGORRI, A. "Acuerdos restrictivos de la competencia: la lucha contra los cárteles duros en España. Prevención, detección, prueba y sanción. Cuestiones previas ¿qué es un cártel para la CNC?" en *Serie Política de la Competencia*, Universidad San Pablo CEU, Documento de Trabajo nº 32/2012, 2012, pp. 17-19

Esta prohibición es análoga a la del artículo 101 TFEU, ya que el legislador nacional de 1989 decidió inspirarse en el artículo 81 TCE cuando se promulgó la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia[105]. Además, desde la entrada en vigor del Reglamento CE 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, el legislador nacional está privado de autonomía para diseñar una prohibición interna que pueda dar lugar a una aplicación incompatible con la normativa europea[106].

Los elementos que configuran esta prohibición son, por lo tanto, tres[107]:

- La existencia de la figura de *conducta tipificada* en la norma, ya se trate de un acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada o conscientemente paralela.
- El *propósito o efecto de restringir la competencia*, es decir, la aptitud de la conducta para limitar la competencia en el mercado. Es suficiente la adopción del acuerdo sin que sea necesaria su puesta en práctica porque también se sanciona la "potencialidad" de la conducta para integrar el tipo.
- El *efecto sobre el mercado* concreto. El hecho de que afecte a todo o solo a parte del mercado nacional únicamente influirá en la determinación del órgano competente para conocer de la prohibición.

No obstante, esta prohibición no se aplicará cuando se cumplan los supuestos recogidos en tercer párrafo del artículo 1 LDC –cuando resulte de aplicación la normativa nacional- o en el artículo 101.3 TFEU –cuando resulte de aplicación la normativa de la UE-[108].

---

[105] Del mismo modo, el legislador nacional también se inspiró en el artículo 82 TCE para la redacción del artículo referente al abuso de posición de dominio en la Ley 16/1989, y ninguno de los dos artículos ha variado desde su redacción en las sucesivas modificaciones legislativas nacionales. Véase COSTAS COMESAÑA, J. "Prohibición de acuerdos colusorios" en BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (coords.), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Ed. Aranzadi: Cizur Menor, Navarra, 2009, p. 67.; ALLENDESALAZAR CORCHO, R. y MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, P. "Las conductas prohibidas en la nueva Ley de Defensa de la Competencia", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 1, enero-febrero 2008, p. 2.; para un análisis del artículo 101 TFEU véase JONES, A. y SUFRIN, B. *EU Competition Law*, *op cit*, pp. 118-259; de hecho, «since the date of accession all new Member states had national competition legislation based on the EC model.» PARRET, L. *Side effects of... op cit*, p. 58.

[106] COSTAS COMESAÑA, J. "Prohibición de acuerdos…", *op cit*, p. 67.; en contra de esto se pronuncia, por ejemplo, Christopher Towley en TOWNLEY, C. "Co-ordinated Diversity: Revolutionary Suggestions for EU Competition Law (and for EU Law too)" en *King's College London Law School Research Paper* nº 2014-13, julio 2013.

[107] PASCUAL Y VICENTE, J. "Procedimiento sancionador español en materia de conductas anticompetitivas" en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia,* Ed. La Ley, noviembre-diciembre 2008, p. 2.

[108] Recoge el artículo 1.3 LDC, en igual sentido que el 101.3 TFEU, que la prohibición no será aplicable cuando «los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que: a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas; b) No impongan a las empresas

En segundo lugar, el artículo 2 de la LDC prohíbe «la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional»[109]. Además, el abuso realizado por quien se encuentra en posición de dominio conjuntamente con otras empresas constituye la misma infracción que quien realiza el abuso individualmente[110]. Esta prohibición también se extiende, incluso, a los casos en los que la posición de dominio haya sido establecida por disposición legal[111].

El abuso de posición dominante, también denominado explotación abusiva, es utilizado por el operador económico para obtener ventajas que no serían alcanzables en caso de existir una mayor competencia[112].

Nuevamente, esta disposición se asemeja a la recogida en el artículo 102 TFEU. En concreto, ambas exigen (i) que la empresa ostente una *posición de dominio* en un determinado mercado, y (ii) que realice conductas que constituyan una *explotación*

---

interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados». En los casos en los que se cumplan estas circunstancias los beneficios serán suficientemente sustanciales como para justificar la conducta que, en otras circunstancias, estaría prohibida. COMISIÓN EUROPEA. *Compliance matters. What companies can do… op cit*, p. 11.

[109] Por ejemplo, la CNC en los fundamentos 1 y 3 de su resolución en el asunto *Artistas, intérpretes o ejecutantes, sociedad de gestión, AIE*, estima que existe abuso de posición de dominio puesto que se imponen tarifas generales por los derechos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales no equitativas entre todos los operadores. Como recoge la CNC, estas tarifas «tienen efectos discriminatorios, en la medida en que son muy superiores a la remuneración acordada con el resto de operadores, lo que ha supuesto reclamar a SOGECABLE contraprestaciones económicas sustancialmente superiores a las reclamadas a otros operadores, por las mismas prestaciones». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 2785/07 - *Artistas, intérpretes o ejecutantes, sociedad de gestión, AIE*, de 23 de febrero de 2011, FJ. 1 y 3; es necesario hacer constar que bajo este artículo también se hace referencia al «abuso de situación de dependencia económica»; véase también SAN 493/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª. de 15 de febrero de 2012, FJ 5.

Es importante resaltar que, a diferencia de en otras jurisdicciones, en España y en la Unión Europea se exige que exista posición de dominio. Véase, a este respecto y para un análisis pormenorizado de los abusos de posición de dominio, DI PORTO, F. "Abuses of Dominant and Non-Dominant Position. A Tale of (Ir)Reconcilable Views?", en DI PORTO, F. Y PODSZUN, R. (eds) *Abusive Practices in Competition Law*, Ed. Edward Elgar, Ascola Series, 2018.

[110] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 643/08 - *Centrica/Electra de Viesgo,* de 2 de abril de 2009, FJ. 15; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0248/10 – *Mensajes Cortos*, de 19 de diciembre de 2012, FJ. 8.

[111] «Ese principio de monopolio natural de las distribuidoras en sus propias redes, establecido por ley, obliga a una especial responsabilidad de los agentes distribuidores en la gestión de sus redes frente al resto del mercado», en la Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 644/08 - *Centrica/Iberdrola,* de 2 de abril de 2009, FJ. 4; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 642/08 - *Centrica/Unión Fenosa,* de 2 de abril de 2009, FJ. 4; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0089/08 - *Unión Fenosa Instalación,* de 20 de septiembre de 2011, FJ. 6; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0208/09 – *Aisge,* de 19 de diciembre de 2011, FJ. 4. Por otra parte, la Audiencia Nacional ha establecido que, en los casos de monopolio legal, el operador que lo disfrute estará sujeto a obligaciones de transparencia y separación funcional en SAN 2605/2011, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 26 de mayo de 2011, FJ 5.

[112] PASCUAL Y VICENTE, J. "Procedimiento sancionador español.", *op cit*, p. 2.; ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. y GINER PARREÑO, C. A. "Infracción de las normas de Defensa de la competencia", en *Derecho de los Negocios*, Ed. La Ley, nº 232, enero 2010, p. 5.

abusiva de ese poder de mercado[113]. Lo que se reprocha no es, por tanto, la existencia de dominio por parte de un operador económico, sino el abuso de esa posición de dominio[114]. Es más, la empresa que ostenta la posición de dominio «tiene la responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada»[115].

Para considerar que existe dicho abuso, tanto la autoridad de competencia española como la europea, partiendo del concepto establecido en *Hoffman La Roche,* deberán determinar si se verifican las siguientes seis circunstancias[116]:

- Se trata del comportamiento llevado a cabo por una empresa con posición dominante.
- Es un comportamiento que puede afectar a la estructura del mercado.
- Consiste en el empleo de métodos distintos de la competencia basada en los méritos.
- El empleo de estos métodos no sería posible o efectivo de no existir la posición dominante.
- Se trata de un comportamiento que puede impedir o dificultar el nivel de competencia existente o su incremento.
- Provoca un perjuicio a los consumidores, proveedores o a los competidores de la empresa dominante.

No obstante, el artículo 2 LDC y el 102 TFEU se diferencian en que el primero contiene dos supuestos prohibidos más: (a) el contenido en la letra c), donde se recoge «la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de

[113] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 2785/07 - *Artistas, intérpretes o ejecutantes, sociedad de gestión, AIE*, de 23 de febrero de 2011 FJ. 2; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0089/08 - *Unión Fenosa Instalación,* de 20 de septiembre de 2011, FJ. 2; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0557/15 - *Nokia*, de 8 de junio de 2017, FJ. 4; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0540/14 - *Istobal*, de 30 de junio de 2016, FJ 5.

Para un análisis del artículo 102 TFEU véanse, entre otros, IBAÑEZ COLOMO, I. "The law on abuses of dominante and the system of judicial remedies", en *Yearbook of European Law*, Vol. 32, nº 1, 2013, pp. 389-431; ETRO, F y KOKKORIS, I. *Competition Law and the Enforcement of Article 102*. Ed. Oxford University Press, diciembre 2010; ETRO, F. "The EU Approach to Abuse of Dominance", en *International Think-Tank on Innovation and Competition*, Milán, febrero 2006; GERADIN, D.; PETIT, N.; WALKER, M. *et al* "The Concept of Dominance in EC Competition Law", en *SSRN*, julio 2005.

[114] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0003/07 – *E.On*, de 8 de noviembre de 2011, FJ. 4; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0157/09 – *Egeda*, de 2 de marzo de 2012, FJ. 4; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0220/10 - *SGAE, Sociedad General de Autores y Editores,* de 3 de julio de 2012, FJ. 4.; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0580/16 - *Criadores de Caballos 2*, de 21 de noviembre de 2017, FJ. 4.

[115] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0089/08 - *Unión Fenosa Instalación*, de 20 de septiembre de 2011, FJ. 5.

[116] HERNÁNDEZ, F. "Prohibición del abuso de posición dominante en el mercado", en BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (coords.), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*. Ed. Aranzadi: Cizur Menor, Navarra, 2009, pp. 127-130.

prestación de servicios»; y (b) el dispuesto en el apartado 3, donde se señala que la prohibición del abuso de posición dominante también «se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal». La inclusión de este último supuesto trae causa de la escasa tradición de competencia en España, donde, en consecuencia, existían numerosos monopolios en sectores clave como la energía o las comunicaciones[117].

Finalmente, debe hacerse referencia al artículo 3 LDC que prohíbe el falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

A este respecto, debe señalarse que la Constitución, en su artículo 38, reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado e impone a los poderes públicos la protección de su ejercicio. Para ello, existen dos modalidades de legislación[118]:

- la legislación de libre competencia: sanciona los comportamientos contrarios a la libre competencia.
- la legislación de competencia desleal: sanciona los comportamientos contrarios a las normas de lealtad que deben regir las relaciones concurrenciales en el mercado.

El artículo 3 de la LDC hace confluir ambas cuando prohíbe «los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público». De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando con una conducta no se afecte el interés público, o cuando tal afectación no se presente relevante y sí más bien de baja intensidad, no competerá a la Administración Pública su conocimiento; es decir, dicha conducta no será reprochable desde el punto de vista de la Ley de Defensa de la Competencia[119]. En esos casos, «corresponde a los propios particulares defender sus intereses ante la jurisdicción del Orden Civil, ya que de lo que se trata es de relaciones entre particulares de naturaleza estrictamente privada»[120].

---

[117] Como apunta, en este sentido, el prof. HERNÁNDEZ, «era importante que la Ley de Defensa de la Competencia estableciese de forma que expresa que, aunque la Ley amparase la existencia de un monopolio, e incluso aunque el monopolio sea una empresa pública, éste debe respetar ciertos límites en su actuación en el mercado». *Ibid*., p. 120.

[118] PASCUAL Y VICENTE, J. "Procedimiento sancionador español…", *op cit*, p. 3.

[119] FONT GALÁN, J. I. y MIRANDA SERRANO, L. M. *Competencia desleal y antitrust. Sistemas de iícitos*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 37; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0184/09- *Gas Natural*, de 29 de julio de 2011, FJ. 5; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0213/10 – *Iberdrola Sur,* de 24 de febrero de 2012, FJ. 2; dicho con otras palabras, son necesarios «tres elementos, cumulativos aunque estrechamente relacionados: a) un acto o actos de competencia desleal b) con aptitud para falsear la competencia c) de modo tal que afecte al interés público.» Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0304/10 – *Endesa,* de 11 de junio de 2012, FJ. 3.

[120] STS 5383/2003, Sala de lo Civil, Sec. 1ª, de 27 de julio de 2003, FJ 2. Véase también la Resolución del TDC en el Expte. R 264/97 – *Cementerio Coruña*, de 19 de enero de 1998.

A diferencia de lo que sucede con los artículos 1 y 2 LDC, en el derecho de la UE no existe ninguna prohibición similar a la recogida en el artículo 3 LDC[121]. De hecho, tampoco existe una legislación general en la UE sobre competencia desleal. Por ello, la restricción o falseamiento de la competencia por actos de competencia desleal sólo resultará prohibida si tiene origen concertado en los términos del artículo 101 TFEU, o si la conducta es susceptible de ser calificable como abuso de posición de dominio conforme a lo dispuesto en el artículo 102 TFEU[122].

IV. Alternativas para lograr una efectiva protección del proceso competitivo del mercado: la educación y la sanción como mecanismos complementarios de disuasión

La educación sobre la necesidad de respetar la normativa y la sanción por los incumplimientos de la normativa de competencia son dos caminos diferentes para lograr la disuasión, pero complementarios, dado que, como demostraremos, el uno sin el otro no pueden existir.

1. La educación: la labor educativa como medio de concienciación de la importancia de proteger la competencia

La protección del Derecho de la competencia es bastante reciente. De hecho, no fue sino hasta el colapso de la Rusia comunista, la caída del muro de Berlín, la liberalización de las economías desde Chile hasta Indonesia y el "Washington *consensus*" que se pudo empezar a hablar de una adopción a nivel global de medidas potenciadoras y protectoras de la competencia[123]. Como consecuencia, es innegable la falta de concienciación, tanto por parte de los empresarios como de los empleados de las empresas, hacia las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de conductas claramente anticompetitivas. Además, el sobrevenimiento de crisis financieras no ha hecho sino potenciar que empleadores y empleados intenten escapar a sus efectos a través

[121] El Tribunal de Justicia declinó toda competencia jurisdiccional en materia de competencia desleal en la STJ de 17 de enero de 1984, asuntos acumulados 43/82 y 63/82, *VBVB y VBBB v. Comisión* [1984] RJE 19. ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. *Libre competencia y competencia desleal*. Madrid, Ed. La Ley, 2001, p. 162 y ss.

[122] COSTAS COMESAÑA, J. "Prohibición de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal" en BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (coords.), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2009, p. 214.

[123] FOX, E. M; SULLIVAN, L. A. y PERITZ, R. J. R. *Cases and materials on U.S. Antitrust in Global Context*. Ed. Thomson West, Nueva York, 2004, 2ª ed. p. 1.

de medios ilícitos[124]. Por ello, la labor educativa para disuadir a las empresas y a sus empleados de llevar a cabo conductas anticompetitivas adquiere aún más importancia, dado que, como ya hemos mencionado, el Derecho de la competencia busca garantizar la libre competencia dado que ésta permite garantizar el escenario más favorable para el desarrollo económico[125]. Lo cual beneficia, especialmente, al consumidor.

La labor de educación se puede realizar desde las autoridades de la competencia hacia la sociedad en general (administraciones públicas, empresas y ciudadanos) haciendo uso de su labor de promoción, o desde las propias empresas hacia sus empleados de manera más local e individualizada a través de los programas de cumplimiento o *compliance programs*[126].

A. Competencia y concienciación: la labor de promoción de las autoridades de competencia

A través de la labor de promoción, las autoridades de competencia actúan de forma proactiva como un "abogado por la competencia" (*competition advocacy*) con el objetivo de mejorar el funcionamiento competitivo de los mercados[127].

De acuerdo con la definición adoptada por la International Competition Network (ICN):

> "La *competition advocacy* se refiere a aquellas actividades desarrolladas por la autoridad de competencia en relación con la promoción de un entorno competitivo para las actividades económicas mediante mecanismos de no-aplicación [de la normativa],

[124] La crisis global ha generado consecuencias para el derecho de la competencia, entre ellas se encuentra un mayor número de prácticas anticompetitivas. BERENGUER GIMENEZ, L. "El Derecho de la Competencia…", *op cit,* p. 6.

[125] *Ibid*., p. 12.

[126] De acuerdo con BACHMAIER WINTER «El alcance y significado del término «cultura de cumplimiento» varía, pero con carácter general se identifica con la voluntad de actuar dentro del marco legal y, específicamente, con la adopción de un sistema de incentivos para el cumplimiento, así como de un sistema de sanciones en caso de incumplimiento» BACHMAIER WINTER, L. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de compliance", en *Diario La Ley*, Ed. La Ley, nº 7938, 5 de octubre de 2012, p. 5; DEL ROSAL BLASCO, B. "Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa", en *Diario La Ley*, nº 7670, 11 de julio de 2011.

Para un análisis sobre la alternativa que suponen estos programas para lograr evitar los incumplimientos de la normativa de competencia, véase, ANGULO GARZARO, A. Los "compliance programmes" en el derecho de la competencia como medida preventiva de futuros procedimientos sancionadores" en ABEL LLUCH, X. (coord.) *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, Ed. Bosch, 2014, pp. 625-637.

[127] RISCOS GÓMEZ, J. F. "La promoción de la Competencia en Andalucía", en *Slideshare*, Sevilla, enero 2014. **http://www.slideshare.net/CompetenciaAnd/xix-seminario-j-felix-riscos** (Último acceso: 06.05.2020)

principalmente a través de sus relaciones con otras entidades gubernamentales y el incremento de la concienciación pública sobre los beneficios de la competencia"[128].

La labor de promoción de las autoridades de competencia se manifiesta, por tanto, de dos maneras: (a) a través de su participación en redes conformadas por entidades gubernamentales, y (b) a través del incremento de la concienciación pública sobre los beneficios de la competencia[129]. En relación con la disuasión de los potenciales infractores de llevar a cabo prácticas anticompetitivas, cobra especial importancia la búsqueda por parte de las autoridades de competencia de modos de incrementar la concienciación pública.

Uno de estos mecanismos es la publicidad de las sanciones[130]. El artículo 69 LDC recoge que ésta se producirá «en la forma y condiciones que se prevea reglamentariamente». Sin embargo, ningún artículo del RDC desarrolla específicamente este precepto. Aún así, de cara a dar publicidad a la sanción y finalizar las posibles ramificaciones de la conducta ilícita, en determinados expedientes en los que la infractora era una asociación, la autoridad nacional de competencia ha obligado a las empresas

[128] Traducción propia. Original: «Competition advocacy refers to those activities conducted by the competition authority related to the promotion of a competitive environment for economic activities by means of non-enforcement mechanisms, mainly through its relationships with other governmental entities and by increasing public awareness of the benefits of competition». INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ADVOCACY WORKING GROUP) "Advocacy and competition policy", *op cit*, p. 25.

[129] Una forma de aumentar la concienciación es a través de la publicidad de la labor de las autoridades de competencia y del porqué de su actuación. Especialmente, si ello es reflejado por la prensa. De hecho, como señala la Red de Competencia Internacional «the press coverage of the sanctioning proceedings may also constitute a very effective penalty» INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. "Defining Hard Core Cartel Conduct. Effective Institutions. Effective Penalties", en *ICN 4th Annual Conference*, Bonn, Alemania , 6 - 8 June 2005, **http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc346.pdf**, p. 54 (Último acceso: 06.05.2020)

[130] Dado que las empresas suelen valerse también de su reputación en el mercado, el hecho de tener que informar de que son unos "incumplidores" de la ley puede ayudar a disuadirles de llevar a cabo estos comportamientos. La Red Internacional de Competencia remarca que «la cobertura de prensa de los expedientes sancionadores también puede constituir una sanción muy eficaz»[130]. De acuerdo con RICHMAN, vivimos en un mundo donde el cotilleo puede ser muy perjudicial y una buena reputación es muy importante para el éxito comercial. RICHMAN, B. D. "The antitrust of reputation mechanisms: institutional economics and concerted refusals to deal", en *Virginia Law Review*, Vol. 95, nº 2, abril 2009, p. 338.

No obstante, este efecto puede verse mermado si después se publican noticias en contra de las sanciones impuestas. Sirva de ejemplo lo sucedido con la multa impuesta a varias industrias lácteas, frente a la que la Ministra de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, Dña. Isabel García Tejerina, señaló su preocupación por cómo podría afectar a la viabilidad de la industria y, con ello, que pudiera repercutir negativamente también en los ganaderos. Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0425/12- *Industrias lácteas 2*, de 26 de febrero de 2015; El País "Tejerina teme que la multa de CNMC afecte a la viabilidad del sector lácteo", 4 de marzo de 2015. **http://economia.elpais.com/economia/2015/03/04/actualidad/1425464252_880367.html** (Último acceso: 06.05.2020)

sancionadas a emitir un comunicado entre todos los miembros al considerarlo necesario para el cese de la conducta y la remoción de los efectos[131].

La importancia de incluir este tipo de pronunciamientos en las resoluciones sancionadores es muy elevada, tanto de cara a aumentar el efecto disuasorio de la labor de la autoridad de competencia, como a solucionar los efectos perniciosos que estas conductas generan. Sobre todo, si se tiene en cuenta que es una medida muy apropiada para dificultar su continuación

En definitiva, la labor de promoción (*advocacy*) de las autoridades de competencia complementa su labor de defensa de la competencia (*enforcement*) mediante la creación de mercados competitivos en los que es menos probable que se produzcan disfunciones anticompetitivas; y, además, contribuye a la creación de una cultura de competencia[132]. La labor de *enforcement* se beneficia, por tanto, de la de *advocacy* puesto que, si se crea cultura de competencia[133]:

- de un lado, las empresas cumplirán más fácilmente con la ley de competencia de forma voluntaria;
- y, de otro lado, las empresas y el público en general se mostrarán más favorables a cooperar con la autoridad de competencia aportando pruebas y evidencias; y los responsables políticos apoyarán con más entusiasmo la labor de la autoridad de competencia concediendo más recursos a la misma.

En todo caso, como podemos ver en el siguiente esquema, la labor de promoción y la de defensa de la competencia coinciden en un destinatario común: el sector privado,

---

[131] Así sucedió, por ejemplo, en *Asociación Editores Diarios Españoles*, expediente en el que también se exigió la publicación del contenido de la resolución en su página web de forma visible. Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 2761/07 - *Asociacion Editores Diarios Españoles*, de 10 de mayo de 2011, FJ. 8

Otro ejemplo puede encontrarse en *Consejo Colegios Odontólogos y Estomatólogos* donde se justificó de la siguiente manera: «Conforme a lo dispuesto en el art. 53.2.c) de la LDC en relación con la remoción de los efectos de las conductas prohibidas, y atendiendo a la amplia difusión que el Consejo ha dado a las conductas que en esta Resolución son sancionadas, el Consejo considera necesario imponer al Consejo General de Odontólogos la obligación de comunicar esta resolución a todos los Colegios que lo integran, con el fin de contribuir a la efectiva cesación de la conducta». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0299/10 - *Consejo Colegios Odontólogos y Estomatólogos*, de 9 de enero de 2013, FJ. 7

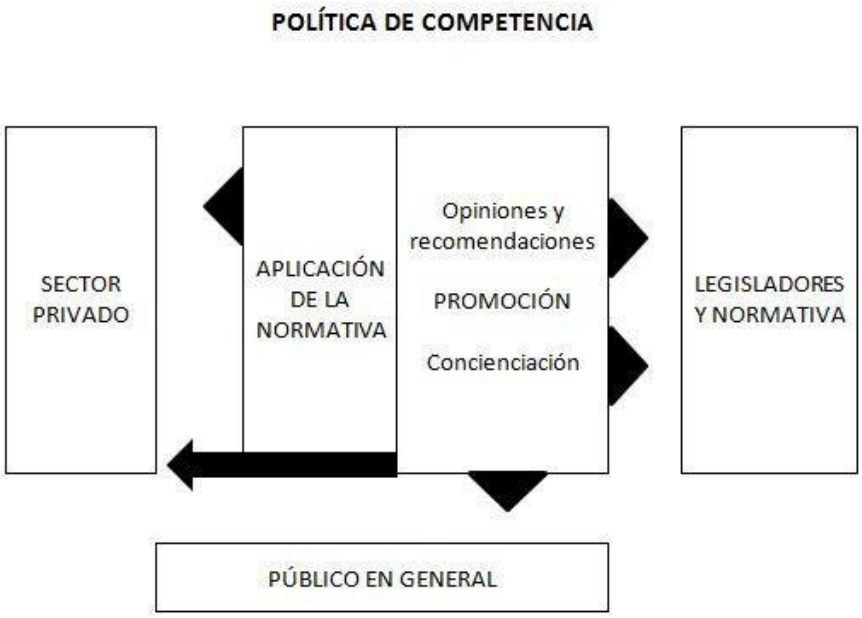
Por otra parte, como señala MARTÍNEZ SÁNCHEZ «Es cierto que el artículo 23 del RDC ("*Publicidad*") establece que "*los acuerdos, resoluciones e informes*" de la CNC serán publicados en la página web de este organismo, si bien lo hace expresamente en desarrollo de lo previsto en el citado artículo 27 de la LDC, que prevé un régimen de publicidad más amplio que el artículo 69 de la LDC», en MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. "Del régimen sancionador", en MASSAGUER, J.; FOLGUERA, J.; SALA ARQUER, J. M. et al. (dirs). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Ed. Civitas y Thomson Reuters, 2012, 3ª edición, pp. 1057-1058.

[132] CLARK, J. "Competition advocacy: challenges for developing countries", en *OECD Journal*, 2004, p. 9; INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ADVOCACY WORKING GROUP) "Advocacy and competition policy", *op cit*, p. 32..

[133] *Ibid,* p. 9.

es decir, los operadores económicos –ya sean empresas privadas o públicas-, que son susceptibles de infringir la normativa competitiva y, en consecuencia, recibir una sanción.

Ilustración 1.- Política de competencia: aplicación de la normativa y promoción



FUENTE: Advocacy Working Group (ICN) "advocacy and competition policy" ICN's Conference, Naples, Italy, 2002, p. 26.

Por otra parte, para que la labor de promoción sea efectiva la autoridad de competencia, ya sea la europea o la nacional, debe gozar de credibilidad. Por lo tanto, al igual que el *enforcement* se complementa con el *advocacy*, el *advocacy* necesitará del *enforcement*. Ello es así porque la credibilidad de la autoridad de competencia se refuerza a través del éxito en la aplicación de la ley de competencia. La reputación de la autoridad de competencia será construida, en gran parte, en función de su trayectoria en la aplicación de la normativa de competencia y esta reputación afectará significativamente a su influencia como defensor *advocate* en otros foros[134].

En concreto, la autoridad de competencia puede dar a conocer la importancia de su labor de promoción a través de:

- Actividades de divulgación: elaboración de estudios y folletos informativos, guías; declaraciones públicas en prensa; informes sectoriales con propuestas

[134] *Ibid*, p. 9.

para corregir o mejorar los fallos detectados; celebración de cursos, jornadas y conferencias para dar a conocer las ventajas asociadas a la libre competencia

- Actividades de carácter consultivo: elaboración informes y dictámenes sobre disposiciones normativas del sector público, en especial, de los anteproyectos de ley; así como efectuar un seguimiento de los actos y disposiciones de la administración.

A través de estas actividades de promoción se intenta explicar la normativa de forma coherente para que los operadores puedan entender cuál es su verdadero alcance y se abstengan de desarrollar conductas anticompetitivas[135]. Asimismo, también se busca poner en conocimiento de la sociedad las multas impuestas y a las que se arriesgan aquellos que incumplen la normativa de competencia.

Dentro de todas las tareas que desarrollan en el ámbito de la promoción, se ha empezado a crear una nueva categoría denominada *shunshine enforcement instruments* en la que se engloban tanto los pronunciamientos informales (notas de prensa, declaraciones orales, etc), como los instrumentos de *soft law* (Directrices, Comunicaciones, etc.), que empiezan a utilizarse por las autoridades de competencia de forma complementaria a otras iniciativas más tradicionales[136].

Sus principales ventajas son: proporcionan orientación, ayudan a aumentar el número de comportamientos anticompetitivos detectados, reducen la carga administrativa de la autoridad de competencia al proporcionar orientación a jueces y tribunales,

[135] MUÑOZ DURÁN, I. "La promoción de la competencia: estudios e informes", en *XVIII Seminario Análisis económico de la política de competencia*, noviembre 2012-enero 2013, **http://congreso.us.es/catedrapc/images/I._Mu%C3%B1oz.pdf** (Último acceso: 06.05.2020)

[136] PETIT, N. y RATO, M. "From hard to soft enforcement of EC Competition law. A bestiary of "sunshine" enforcement instruments", en GHEUR C. Y PETIT, N. (eds). *Alternative enforcement techniques in EC competition law. Settlements, commitments and other novel instruments*. Ed. Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 183 y ss..

Sobre la importancia del *soft law*, afirma Parret lo siguiente: «The soft law created by the Commission in this area also has a harmonising effect because its rules frequently serve as a source of inspiration for the application of national competition law. This increases its importance for daily competition practice even more. The term "soft law" indeed applies to the type of act but no to its content». PARRET, L. *Side effects of... op cit,* p. 19.; la importancia del soft law también destaca porque como recoge OANA ANDREEA ŞTEFAN, «first that soft law instruments feature in the case law of the European Courts at an increasing rate during the last two decades. Second, soft law instruments are acknowledged as a specific and important part of the body of European norms that the Courts should use when deciding on cases submitted to their judgment. Third, the case law of the Courts reflects the distinction between legally binding force and legal effects. Thus, it recognizes legal effects to non binding documents such as the notices and guidelines of the Commission, only when this serves the enforcement of certain superior principles of law, common to the European legal order and the national legal orders. Taking soft law instruments into consideration is, ultimately, a matter of hard principles», en STEFAN, O. A. "European Competition Soft Law in European Courts: A Matter of Hard Principles?", en *European Law Journal*, Vol. 14, nº 6, noviembre 2008, p. 772.

aumentan la eficiencia de la toma de decisiones al simplificar los procedimientos y contribuyen a desarrollar una cultura de defensa de la competencia[137].

No obstante, también presentan ciertas desventajas, siendo las más importante las siguientes: a nivel sustancial, su calidad es mejorable porque suelen ir diseñados hacia categorías abstractas de comportamientos anticompetitivos y a veces es difícil aplicarlos al caso concreto; la toma de decisiones es más opaca, puesto que no suelen estar sujetos a un escrutinio semejante al de otros instrumentos; pueden aparecer inconsistencias normativas porque se fragmentan las fuentes legales o incluso podría suceder que dos instrumentos de aplicación recogieran diferentes posiciones; en tanto que no son decisiones finales, no están sujetos a revisión judicial; pueden aumentar la inseguridad jurídica si las opiniones expresadas no encajan con las decisiones adoptadas por las autoridades de competencia; se procede a disciplinar a los agentes que operan en el mercado sin adoptar una decisión formal; pueden ser interpretados como instrumentos para "comprar tiempo" hasta que se decida cómo solucionar un determinado problema[138].

Esta labor educativa realizada por la propia autoridad de competencia es muy importante ya que son ellas quienes disponen de los mecanismos necesarios para analizar qué sectores son más proclives a desarrollar conductas anticompetitivas y que, por tanto, merecen una especial atención. En muchas ocasiones, puede darse el caso de que se desarrollen conductas anticompetitivas por el mero desconocimiento de la normativa. También puede ser que la Administración Pública realice actuaciones, adopte decisiones o redacte disposiciones normativas que puedan impedir o restringir el funcionamiento competitivo de los mercados; o bien, que entre en vigor una disposición legal que incluya restricciones a la competencia. En este último supuesto, los operadores económicos podrían estar exentos de su responsabilidad en aplicación del artículo 4 LDC, que dispone que: «[…] las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley».

Por ello, proporcionar información adecuada a tiempo es básico y fundamental para disuadir a los operadores económicos de desarrollar conductas ilícitas, lo que incluye que no puedan alegar confianza legítima por el mero hecho de que aparezca la Administración; y, además, para evitar que la propia Administración Pública infrinja, fruto de su desconocimiento, la normativa de competencia.

Ahora bien, para que las autoridades de competencia cumplan correctamente con su labor de promoción deben, por lo menos, disponer de[139]:

---

[137] PETIT, N. y RATO, M. "From hard to soft enforcement…", *op cit*, pp. 207-210.

[138] PETIT, N. y RATO, M. "From hard to soft enforcement…", *op cit*, pp. 210-216.

[139] CLARK, J. "Competition advocacy: challenges…", *op cit*, pp. 1-3; RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A. "Promoción versus defensa de la competencia en España: una visión de conjunto", en *Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, vol. 19, nº 2, 2010, p. 57.

- Un alto grado de *independencia* de la influencia política, tanto del gobierno interno como de cualquier presión externa[140].
- Suficientes *recursos* para mantener tanto la función de promoción, como la de defensa de la competencia[141].
- *Credibilidad* como defensor eficaz e imparcial de la competencia.

De esta manera, todos los esfuerzos que realicen las autoridades de competencia en favor del conocimiento y comprensión de las normas competitivas serán positivos para la creación de una cultura de competencia[142].

Estos tres requisitos (independencia, recursos y credibilidad) se satisfacen correctamente si analizamos el trabajo de la Comisión Europea. Sin embargo, a nivel interno, la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) ha generado dudas sobre su independencia[143]. El artículo 1 de la Ley 3/2013 dispone que la CNMC es un organismo público de los previstos en la Disposición Adicional 10.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado[144]. A pesar de haberse derogado dicha ley, estos

[140] A este respect, ha señalado ITALIANER que «If NCAs are not independent, if they do not have the staff, finances or enforcement powers to fulfil their tasks, or cannot impose adequate fines, then this affects their credibility, their impartiality, and their capacity to properly enforce competition law». ITALIANER, A. "Completing convergence" en *European Commission - speeches*, 10 de octubre de 2014, p. 6.

Por su parte, ALMUNIA ha argumentado que «Managers and board members should always be appointed on merit and never dismissed for decisions taken as they carry out their tasks.» en ALMUNIA, J. "Honing the Instruments of EU Competition Control", en *21st St.Gallen International Competition Law Forum ICF*, nº SPEECH 14/378, 15 y 16 de mayo de 2014.

En este mismo sentido, véanse, LOWE. P. "The Design of Competition Policy Institutions for the Twenty-first Century: The Experience of the European Commission and the Directorate-General for Competition" en VIVES, X. *Competition Policy in the EU: Fifty Years on from the Treaty of Rome*. Ed. Oxford Scholarship Online, septiembre 2009, p. 23; el requisito de independencia viene recogido en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos LAMADRID DE PABLO, A. y BUENDÍA SIERRA, J. L. "El procedimiento sancionador en materia de cárteles", en *Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia,* Universidad San Pablo CEU, nº 46, 2014., p. 7-9. Para analizar cómo ha podido afectar a esta independencia la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible véase SORIANO GARCÍA, J.E. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. G. "Reflexiones sobre la incidencia de la Ley de Economía Sostenible en las disposiciones de la Ley de Defensa de la Competencia", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 22, julio-agosto 2011.

[141] ALMUNIA ha señalado la importancia tanto de que las Autoridanes nacionales de competencia dispongan de su propio presupuesto, como de recursos suficientes para desarrollar su trabajo. ALMUNIA, J. "Honing the Instruments …", *op cit*.

[142] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ADVOCACY WORKING GROUP) "Advocacy and competition policy", *op cit*, p. 3

[143] Para un análisis de la importancia que tiene la independencia de la autoridad de competencia como mecanismo de "soft accountability" véase BAVASSO, A. F., "Independence in Competition Policy and Enforcement", en CHARBIT, N.; MALHADO, C.S. Y YANG. E. (eds) *Douglas H. Ginsburg - An Antitrust Professor on the Bench Liber Amicorum*, Ed. Concurrences. Antitrust publications & events, 2018, p. 1.

[144] Norma derogada, con efectos desde el 2 de octubre de 2016, por la disposición derogatoria única.c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

organismos públicos pueden entenderse aún englobados entre los que son bautizados por nuestra doctrina como "Administraciones independientes"[145]. Sin embargo, la abogada GÓMEZ ALESSANDRI ha señalado que:

> "lo que ya es una realidad es que la independencia del nuevo «súper-regulador» español está en entredicho desde su propia creación. Se desconoce si esta circunstancia tendrá un impacto negativo concreto sobre los operadores de telecomunicaciones, los consumidores y el interés público general aunque, a priori, no parece que estemos ante un punto de partida muy brillante"[146].

Esta crítica, además, puede verse acentuada con los problemas internos existentes dentro del propio regulador y que han quedado patentes, haciéndose públicos, en algunos de los votos discrepantes emitidos por la Sala de Competencia[147]. En todo caso, será necesario esperar a que haya transcurrido un tiempo prudencial desde su entrada en funcionamiento para analizar si realmente el desarrollo de sus funciones no se está desarrollando de manera independiente.

B. Competencia y compromiso: la adopción e implementación por parte de los operadores económicos de programas de cumplimiento o *compliance programs*

Un programa de cumplimiento es «un mecanismo de control interno que adopta la empresa para detectar y prevenir conductas delictivas»[148]. Estos programas están encaminados a colaborar en la labor disuasoria por los siguientes motivos:

---

[145] MONTERO PASCUAL, J. J. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la competencia. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 74-75.

[146] GÓMEZ ALESSANDRI, J. "La Comisión Nacional de los Mercados y la competencia: planteamientos iniciales y resultado", en *Diario La Ley*, Ed. La Ley, nº 8168, 11 de octubre de 2013, p. 11.

[147] Sirva de ejemplo la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0445/12 - *Equipos contra incendios*, de 26 de junio de 2014.

[148] GIMENO SENDRA, V. y GIMENO BEVIÁ, J. Dictamen realizado a petición del Consejo General de la Abogacía para la elaboración de un "Código de buena conducta de las personas jurídicas", en Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid, 12 de abril de 2012, p. 3

No obstante, a pesar de que son una opción positiva para lograr el cumplimiento de la normativa de competencia, hay autores que se han posicionado en contra de su consideración como circunstancia mitigante, porque la supremisión o disminución de la cuantía de la sanción a través del programa de clemencia ya es suficiente para promover el fin de las conductas anticompetitivas tan pronto como son detectadas. GÜRKAYNAK, G; İNANILIR, Ö Y AYSE GIZEM, Y. "Leniency and the Recognition of Compliance Programs as a Mitigating Factor: Can They Co-Exist in Competition Law Policy?", en *Juriste International*, nº 2015-2, 2015, pp. 59-61.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que quien acude al programa de clemencia ya ha vulnerado la normativa y está acudiendo *a posteriori* a la autoridad administrativa, pero que quien hace uso de los *compliance programs* ha invertido una cantidad importante de dinero y medios en la prevención de comportamientos anticompetitivos. PÉREZ FERNÁNDEZ, P. "¿Qué importancia han de tener los programas de cumplimiento – compliance- en la política sancionadora de la CNC?", en *Medio siglo de aplicación de las normas de Competencia en España*, Ed. CNC, julio 2013, p. 16.

- Ayudan a las empresas a prevenir violaciones futuras[149]. Los empleados serán capaces de detectar con mayor facilidad si los competidores están intentando inmiscuirles en conductas colusorias que, sin ninguna duda, perjudican a los intereses de la empresa[150]. Y no sólo los empleados, sino también el propio departamento legal puede verse beneficiado si tiene que analizar una propuesta de acuerdo. El Derecho de competencia es una especialidad en la que generalmente no están versados los abogados internos de las empresas; por ello, incluso abogados de alto nivel pueden ser incapaces, sin el entrenamiento adecuado, de detectar los signos que delatan una conducta colusoria y de saber cómo protegerse de ella[151].
- Sirven para formar en las nociones básicas de Derecho de la competencia a los trabajadores que no tienen un previo conocimiento sobre esta materia[152]. Es la herramienta más efectiva de que disponen los empleadores para evitar incumplimientos de la normativa de competencia por desconocimiento[153]. Evitan que se pueda dar el caso de que, siendo plenamente conscientes de que están llevando a cabo una conducta anticompetitiva, desconozcan las consecuencias jurídicas que eso puede conllevar[154]. Además, este rol educativo es necesario porque los incumplimientos y sus consecuencias raramente aparecen en los titulares de prensa[155].
- Funcionan como medida de ahorro. El ahorro que suponen a nivel de multas y/o sanciones es mucho mayor que cualquier inversión realizada en estos programas gracias a la prevención de ilícitos anticompetitivos o, en su defecto, rápida detección[156]. Deben valorarse: las conductas que no llegan a cometerse, las que cesan gracias a la existencia de estos programas, y las que son puestas

[149] SCHINKEL, M. P. "Forensic economics in competition law enforcement", en *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 4, nº 1, marzo 2008, p. 10.

[150] COMISIÓN EUROPEA. Compliance matters. What companies can do… op cit. p. 10 y ss.

[151] ABRANTES-METZ, R. M.; BAJARI, P. y MURPHY, J. E. "Antitrust Screening: Making Compliance Programs Robust", en SSRN, 26 de julio de 2010, pp. 1-11

Por ello, como recoge la CNMC en el *expediente Montaje y mantenimiento industrial*, «la principal recompensa derivada de la introducción de tales programas, si se revelan eficaces, será la inexistencia de conductas contrarias a la competencia o, en el peor de los casos, su inmediata detección». Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0612/17 – Montaje y mantenimiento industrial, de 1 de octubre de 2019, FJ 5.

[152] LITTLE, D. R. "The case for a primary punishment rationale in EC anticartel enforcement", en *European Competition Journal,* vol. 5, nº 1, abril 2009, p. 52.

[153] GERADIN, D. "The EU competition law fining system: a reassessment", en *TILEC Discussion Paper*, nº. 2011-052, octubre 2011.

[154] ABRANTES-METZ, R. M.; BAJARI, P. y MURPHY, J. E. "Antitrust Screening: Making Compliance Programs Robust", en *SSRN*, 26 de julio de 2010.

[155] GERADIN, D. "Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement: A Reply to Wouter Wils", en *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 1, nº 1, abril 2013, p. 7.

[156] WILS, W. P. J. "Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement", en *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 1, nº 1, abril 2013.

en conocimiento de la autoridad permitiendo beneficiarse del programa de clemencia.

La puesta en marcha de los programas de cumplimiento también conlleva una serie de problemas que no pueden ser desconocidos:

- Desde el punto de vista de la empresa: (i) es prácticamente imposible dar con un modelo que sirva de aplicación para varias empresas, lo que obliga a cada una de ellas a tener que ir adaptando el propio; (ii) los empleados podrían tener miedo de consultar a sus superiores por si una determinada conducta pudiera exponerles a medidas disciplinarias; y (iii) otro problema a considerar podría ser la aversión que se tiene al "delator" o "chivato"[157].

[157] GIMENO SENDRA, V. y GIMENO BEVIÁ, J. Dictamen realizado a petición del Consejo General de la Abogacía para la elaboración de un "Código de buena conducta…", *op cit*. p. 3 y ss.

Según una encuenta llevada en US donde se prevén estos incentivos «In 45 percent of the cases, the employee blowing the whistle does not identify him or herself individually to avoid the penalties associated with bringing bad news to light. In 82 percent of cases with named employees, the individual alleges that they were fired, quit under duress, or had significantly altered responsibilities as a result of bringing the fraud to light. Many of them are quoted saying, "If I had to do it over again, I wouldn't."» SOKOL, D. "Detection and compliance in cartel policy", en *CPI Antitrust Chronicle*, Vol. 2, septiembre 2011, p. 3.

Siguiendo las ideas que expone NIETO MARTÍN, es necesario que dentro del programa de cumplimiento aparezcan cuáles son los compromisos que la empresa adquiere con él y los derechos que le asisten. El Derecho del trabajo y la normativa de protección de datos proporcionan una normativa básica. Sin embargo, en ninguna de ellas pueden encontrarse indicaciones claras sobre las denuncias de buena y mala fe, y la posibilidad de optar por un sistema de denuncias anónimas o confidenciales

Esto puede generar dudas e incertidumbre en el empleado que no está seguro sobre qué sucederá si acude al responsable del programa de cumplimiento a denunciar lo que cree haber descubierto. Por ello, será necesario regular ambos aspectos.

En el caso de las denuncias de buena fe, es necesario establecer si se determinará en función del grado de veracidad que ostente la denuncia o si estará sujeto a un reasonable belief de que existe un hecho irregular. Si se requiere que el denunciante «esté plenamente seguro de los hechos en los que se basa la información, con el fin de no denunciar falsos rumores, las denuncias serán bastante escasas y además no afectarán generalmente a las altas jerarquías que son las que tienen más poder para ocultar la información». Sin embargo, sí que será necesario que existan unos mínimos indicios, puesto que los empleados deben saber que las denuncias falsas, hechas con ánimo de venganza o de acoso laboral, van a ser sancionadas, así como que cualquier denuncia va a ser investigada preliminarmente antes de adoptar decisión alguna que perjudique a una tercera persona.

Acerca de la posibilidad de realizar denuncias confidenciales o anónimas, el grado de riesgo que entraña para el empleado la segunda es mucho menor. Ahora bien, las denuncias confidenciales resultan *per se* más creíbles que las anónimas, en cuanto que hay una persona que se responsabiliza de sus contenidos y se arriesga a ser sancionado, al menos disciplinariamente, en caso de que la denuncia sea absolutamente falsa

La opción por una u otra dependerá de lo que se quiera potenciar: un mayor número de denuncias o más certeza en las denuncias y la consiguiente necesidad de dedicar menos recursos a la investigación.

Finalmente, si se quiere promover la denuncia de los empleados de las conductas detectadas deberá preverse algún tipo de amnistía interna. Lo más probable es que los empleados que acuden a denunciarlo ante el responsable del programa de cumplimiento hayan tenido algún tipo de participación en la infracción. La empresa no puede prometer que la autoridad de competencia no tomará medidas contra estas personas, sin embargo, «en la medida en que las "zanahorias internas" sean más apetitosas que las públicas, la empresa puede adquirir esta información y utilizarla después a su conveniencia dentro de su estrategia de defensa»

- Desde el punto de vista de la autoridad de competencia nacional o europea: (i) como consecuencia de los programas de cumplimiento, los empleados podrían aprender cómo evitar ser detectados y castigados; y (ii) podrían dar lugar a la destrucción de la poca documentación que haya generado en estas infracciones[158].

En todo caso, desde el punto de vista del sistema de competencia, si se lograse crear una cultura de competencia que funcione de manera efectiva, las ventajas que reportan estos programas son más importantes que los inconvenientes que puedan derivarse. Gracias a la cultura de competencia, probablemente, no llegarían a surgir algunos de los problemas que pueden presentarse actualmente en el seno de la empresa cuando se valora si incurrir en el gasto que puede suponer tratar de implementar estos programas, tales como el miedo a consultar a los superiores o la aversión al chivato; por el contrario, se asumiría que es algo incorrecto en la organización y que se quiere evitar, por lo que la consulta estaría justificada en la medida en la que no quiere infringirse la política de la empresa y el acudir a denunciarlo, al menos al superior, estaría excusado puesto que así se evita, de un lado, un daño a la reputación de la empresa y, de otro, la exposición a importantes sanciones[159].

Todo ello podría reflejarse a través de tres mecanismos muy claros de actuación: prevención, detección y finalización[160].

El primero de estos objetivos, la prevención, encajaría con la creación de una cultura de competencia, o al menos, con el miedo a la sanción disciplinaria: un empleado que sepa que puede perder su trabajo si es detectado, es poco probable que

---

NIETO MARTÍN, A. "Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal", en *Diario La Ley*, Ed. La Ley, nº 8120, 5 de julio de 2013, p. 4-5

A estos efectos, resulta de interés que un denunciante anónimo presentó una denuncia que terminó en sanción, dando como resultado la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0545/15 - *Hormigones de Asturias*, de 23 de febrero de 2017 (véase, en concreto, el FJ 5).

[158] WILS, W. P. J. "Antitrust Compliance Programmes…", *op cit,* p. 7.

[159] Ahora bien, para que un empleado decida denunciar a alguien de la empresa, el sistema de cumplimiento no puede ser un trámite que se ha introducido por la compañía para obtener una eventual reducción. A este respecto, debe señalarse que «Un sistema de denuncias no funciona cuando los empleados piensan que el sistema de cumplimiento es un mero escaparate. Si la opinión generalizada en la organización es que el sistema de compliance es una fachada, es difícil que alguien corra el riesgo de denunciar unos hechos que sabe que no irán a ninguna parte. Por esta razón, el primer requisito para que un sistema de denuncias funciones es que los empleados y directivos se sientan verdaderamente comprometidos con la implantación de una cultura de la legalidad» NIETO MARTÍN, A. "Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal", en *Diario La Ley*, Ed. La Ley, nº 8120, 5 de julio de 2013, p. 4.

Sobre la reputación de la empresa, hacer uso de ella esta no sería una táctica novedosa en nuestra historia. Julio César solía avergonzar a soldados amotinados con una sola palabra; de hecho, sofocó el motín de un ejército llamando a los soldados desobedientes «Quirites». Hoy en día, los consumidores descontentos podrían utilizar Internet para avergonzar a las empresas que infrinjan la normativa. STUCKE, M. E. "Morality and Antitrust", en Columbia Business Law Review, nº 2006, 2006, p. 515.

[160] GUNDERSON, J. L. "Exposure of Non-U.S. Companies to U.S. Prosecution for Conduct Outside the U.S.: Implications for Compliance Programs", en *SSRN*, 31 de diciembre de 2008, p. 7.

voluntariamente decida arriesgarse a desarrollar un comportamiento anticompetitivo, especialmente si no le va a reportar ningún beneficio. La finalidad básica sería evitar que se comenzara ninguna nueva actividad contraria al Derecho de la competencia.

El segundo de ellos, la detección, se utilizaría para detectar aquellos supuestos en los que ya se estuviera llevando a cabo una conducta anticompetitiva, por tanto, su objetivo sería su pronta detección para ponerle solución. Para ello se valdría de los mecanismos recogidos en el manual de cumplimiento, permitiendo a los responsables del programa y al resto de empleados conocer si se está respetando la normativa. Además, la eficacia de su funcionamiento podría verse reforzada si se añadiera el uso de auditorías, monitorización y revisiones periódicas. Aunque estos tres últimos elementos podrían ocasionar hostilidad entre los empleados hacia la compañía y su forma de administración[161].

En tercer y último lugar, la finalización, podría dar lugar a la apertura de un expediente sancionador interno y/o a la solicitud para acogerse al programa de clemencia, en función del momento en que se haya detectado el comportamiento anticompetitivo. Consecuentemente, tendría como objetivo otorgar los mecanismos necesarios para saber cómo poner fin lo antes posible a una conducta anticompetitiva que se hubiera detectado.

En España, a pesar de que la reforma del Código Penal de 2015 introdujo en el artículo 31 quater la posibilidad de aplicar como atenuante la introducción de un programa de cumplimiento con anterioridad al comienzo del juicio oral[162], en el ámbito administrativo y, en concreto, en materia de competencia, no se ha abordado la posibilidad de utilizarlos con carácter generalizado para reducir la cuantía de la sanción hasta junio de 2020[163]. Por ello, aunque todavía no ha habido oportunidad de aplicar la

[161] ABRANTES-METZ, R. M. "Why and How to Use Empirical Screens in Antitrust Compliance", en *CPI Antitrust Chronicle*, Vol. 1, febrero 2012, pp1-8.

[162] En el ordenamiento jurídico interno, la primera normativa de competencia fue promulgada en 1963. Como recoge TORRE SUSTAETA, «sin perjuicio de las referencias que puedan hallarse en "La Suma de Tratos y Contratos" de fray Tomás de Mercado, que data de 1571, y la "Guía de alcaldes y Ayuntamientos" de Jorge Torres de 1847, sobre animonopolios y pacto de precios, oficialmente el primer texto legal en el mercado español fue la Ley 11/1963, de 17 de julio de Defensa de la Competencia» en TORRE SUSTAETA. M. V. La aplicación del Derecho de la Competencia en Europa. Intereses en juego y vías de tutela. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 90.

Sin embargo, las conductas anticompetitivas no se han perseguido de manera efectiva hasta muy recientemente. Ello ha dado lugar a una falta de concienciación, tanto por parte de los empresarios como de los empleados de las empresas, sobre la importancia de evitar estos comportamientos y sobre las consecuencias jurídicas que pueden derivarse del incumplimiento de la normativa. Por ello, el que no se incentive el uso de estos programas tiene un impacto negativo en el efecto disuasorio.

[163] CNMC. *Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia*. 10 de junio de 2020.

nueva guía de la CNMC, desde el punto de vista de la promoción de la competencia deben ser valorados muy positivamente[164].

2. La sanción: la necesidad de imponer sanciones para garantizar el efecto disuasorio de la normativa de competencia

La labor educativa, por sí sola, no será capaz de disuadir a las empresas de desarrollar conductas anticompetitivas. El Presidente de la CNMC, MARÍN QUEMADA, decía textualmente ante la Comisión de Economía del Congreso de los Diputados: «creo que la CNMC no está para poner sanciones…»[165]. A través de estas palabras trataba de transmitir la idea de que las sanciones representan un fallo en el sistema de defensa de la competencia[166]. Sin embargo, hay que discrepar con esta idea por dos motivos:

- En ausencia de sanción, las prácticas anticompetitivas resultan rentables: a no ser que las conductas anticompetitivas sean detectadas y suficientemente castigadas, éstas resultan económicamente beneficiosas para las compañías[167].

[164] No obstante, esporádicamente la CNMC ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre ellos. Así, en *Nokia*, resuelve que su introducción no puede significar, automáticamente, que sea merecedora de una circunstancia atenuante. Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0557/15 - *Nokia*, de 8 de junio de 2017, FJ 5.

Misma respuesta que se le había dando, anteriormente, en la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0544/14 - *Mudanzas internacionales*, de 6 de septiembre de 2016, FJ. 6.; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. SNC/0036/15 – *Mediaset*, de 17 de septiembre de 2015; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0482/13 - *Fabricantes de automóviles*, de 23 de julio de 2015.

Sin embargo, en otros países como Italia se contempla como circunstancia atenuante su existencia. Véase, a este respecto, Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, ap. 23.

[165] MARÍN QUEMADA, J. M. Comparecencia ante la Comisión de Economía y Competitividad, Sesión nº 52, 13 de mayo de 2014 **http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/CongresoTV/HistEmisionFecha?_piref73_2824053_73_2140072_2140072.next_page=/wc/audiovisualdetalledisponible&codSesion=52&codOrgano=306&fechaSesion=13/05/2014&idLegislaturaElegida=10** (Último acceso: 06.05.2020)

[166] JOSÉ MARÍA MARÍN ha afirmado en varias ocasiones que imponer sanciones a las empresas por la CNMC constituye «un cierto fracaso de todos, del modelo, del mercado y del sistema» véase, por ejemplo, EUROPAPRESS "La CNMC abre sus puertas a los sectores porque multar es "un fracaso"" 22 de noviembre de 2013, **http://www.europapress.es/economia/noticia-cnmc-luchara-mas-contra-carteles-abre-puertas-sectores-20131122125832.html** (Último acceso: 06.05.2020)

No obstante, su persecución no es únicamente un problema local, si no que los cárteles contituyen uno de los inconvenientes de la globalización, dado que algunos se constituyen a nivel internacional CONNOR, J. M. "The Private International Cartels (PIC) Data Set: Guide and Summary Statistics, 1990-2013", en *SSRN*, agosto 2014.

[167] Como recoge VARELA, «fue también Adam Smith uno de los primeros en señalar que los mercados por sí solos no alcanzarán un funcionamiento competitivo correcto, pues las empresas tienen claros incentivos para convertirse en monopolistas o llegar a acuerdos con otras empresas y así alterar los precios

No sólo incrementan los beneficios y disminuyen las pérdidas, sino que, en algunos casos, pueden llegar a evitar que empresas deficitarias tengan que cerrar[168]. Esto es, precisamente, lo que diferencia a estas conductas de otras que son también cometidas en el seno de una empresa, como por ejemplo, la malversación[169]. Mientras que con una conducta anticompetitiva se benefician tanto la empresa como el empleado, con la malversación únicamente obtendría beneficios la persona infractora.

- Sin sanción no hay ningún perjuicio para las compañías: en caso de que no fueran sancionadas, las compañías se estarían beneficiando de una conducta que no les acarrea ningún perjuicio, por lo que no sólo no intentarían prevenirlas, sino que además se verían fuertemente incentivadas a promover violaciones de la normativa concurrencial, ya sea a través de incentivos o fijación de objetivos, provocando una situación totalmente injusta[170]. En este sentido, donde mayores beneficios obtienen las empresas infractoras en detrimento de los consumidores es en aquellos países donde no existe o es muy débil la normativa de competencia[171].

La sanción, por tanto, no sólo será necesaria, sino que en palabras de NORGREN, antiguo Director General de la Autoridad de Competencia Sueca, «el nivel de sanciones aplicado por las autoridades y los tribunales es el factor individual más importante que determina el efecto disuasorio»[172]. Si los individuos no encuentran una motivación interna que les conmine a cumplir con la normativa, las sanciones cumplirán esa función actuando como factor externo disuasorio[173].

---

o los niveles de producción. Esas prácticas pueden y, en muchos casos, consiguen alterar el funcionamiento de la "mano invisible" del mercado». VARELA CARID, F. "Economía y defensa…", *op cit*, p. 61.

Aún teniendo en cuenta las importantes sanciones que se pueden imponer en Estados Unidos, según una encuesta telefónica llevada a cabo en ese país entre profesionales del Derecho, la mayoría afirmaba que existían mayores incentivos para fijar los precios que para no hacerlo. SOKOL, D. "Cartels, Corporate Compliance and What Practitioners Really Think About Enforcement", en *Antitrust Law Journal*, Vol. 78, nº 2012, 6 de junio de 2012.

[168] WILS, W. P. J. "Antitrust Compliance Programmes…", *op cit*, p 9.

[169] *Ibid*, p. 9.

[170] *Ibid*, p. 11-12.

[171] CONNOR, J. M. "Effectiveness of antitrust sanctions on modern international cartels", en Journal of Industry, Competition and Trade, nº 3-4, Vol. 6, diciembre 2006, p. 210 .

[172] Traducción propia. Original: «the level of sanctions applied by authorities and courts is the most important single factor that determines the deterrent effect», en NORGREN, C. "Criminal enforcement of antitrust laws", en *Fordham Law Seminar, New York*, September 14, 2006, p. 3

[173] La sanción por haber desarrollado una conducta anticompetitiva no es una situación nueva. Como recoge MCGOWAN: «Whether Egyptian Pharaohs, Roman Emperors or whether medieval monarchs and feudal Lords, evidence can be unearthed of numerous anti-competitive agreements. One of the earliest recorded examples of competition law is generally held to have been enacted (Lex Julia de Annona) under the rule of Julius Caesar by the Roman Republic around 50 BC to protect the corn trade. In this case heavy fines were imposed against anyone directly, deliberately and insidiously stopping supply ships to maintain high prices», en MCGOWAN, L. The antitrust revolution in Europe, *op cit*, p. 26. ; en el mismo sentido,

A continuación, nos detendremos en cuál es la naturaleza jurídica de las sanciones existentes y cómo debe realizarse el cálculo de una hipotética sanción óptima (A.) y cuáles son los límites de la autoridad de competencia –ya sea la nacional o la europea- para imponer las sanciones (B.).

A. La naturaleza administrativa de la sanción por prácticas anticompetitivas y los factores que influyen en la optimización del cálculo de su cuantía

En primer lugar, debemos detenernos en la naturaleza jurídica de las sanciones impuestas por la Comisión Europea, la CNMC y las autoridades autonómicas de competencia. No todos los sistemas de competencia prevén sanciones de la misma naturaleza, existen algunos que incluyen sanciones penales (como Reino Unido, Australia o Estados Unidos)[174], otros que las complementan con importantes sanciones civiles (como Estados Unidos y sus *treble damages*) y otros sistemas –como es el caso de la UE y de España- que imponen únicamente sanciones administrativas dejando expédita la vía civil para que los interesados puedan acudir a ella a reclamar los perjuicios sufridos.

A este respecto, el término "sanción" tiene un sentido más amplio que "multa". Como bien define la Real Academia Española (en adelante, RAE), el término "sanción" hace referencia a la «pena que una ley o un reglamento establece para sus infractores», mientras que la multa es la «sanción administrativa o penal que consiste en la obligación de pagar una cantidad determinada de dinero». Aunque algunos sistemas sancionadores únicamente prevean multas, ello no es óbice para que mediante una reforma legislativa se puedan incluir otro tipo de sanciones; ya sean civiles, administrativas o penales.

En el Derecho de la competencia español y europeo, como ya se ha adelantado, únicamente se prevén sanciones administrativas y civiles[175]. Dentro de las primeras, las

recoge Boskovic que «As Kush Makkar points out, the tradition of prohibiting price-fixing is a particularly long-standing one, and can be traced back to 326 BC, where a cartel formed by grain merchants in Greece resulted in the imposition of the death penalty for raising grain prices. Less drastic punishment, such as seizure of goods, fines and imprisonment was also frequent. In addition, price-fixing was a crime in XIII Century England, where hard-core cartels were criminalized by 1548. Even the Bible censures the restriction of supply», en BOSKOVIC, L. R. "The wolfe must die…", *op cit*, p. 10.

[174] Puede leerse un análisis económico sobre la imposición de sanciones penales en KOBAYASHI, B. H. "Antitrust, Agency and Amnesty: An Economic Analysis of the Criminal Enforcement of the Antitrust Laws Against Corporations", en *George Washington Law Review*, Vol. 69, nº 5-6, octubre-diciembre 2001

[175] ALONSO SOTO, R. "La nueva Ley de Defensa de la Competencia", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Ed. La Ley, nº 1, julio-diciembre 2007, p. 7.

La normativa europea no prohíbe que los Estados miembros puedan adoptar medidas penales para sancionar las conductas colusorias. Únicamente se recoge en el artículo 23.5 del Reglamento (CE) 1/2003 que las decisiones sancionadoras de la Comisión "no tendrán carácter penal". En otros países, como Estados Unidos, se prevén sanciones penales que incluyen las penas privativas de libertad. A este respecto, se suele argumentar que «El fundamento de la criminalización de los cárteles –nacida en EEUU y promovida por la OCDE- obedece a la necesidad de garantizar el efecto disuasorio que asegure el incremento en el nivel de cumplimiento de las normas de competencia por temor a la sanción penal derivada de su infracción», en

sanciones administrativas, sólo se recogen las multas como posible consecuencia jurídica de la infracción; si bien, esto no obsta a que en el futuro puedan regularse sanciones penales similares a las que existen en otros países (por ejemplo, en Estados Unidos, Israel o Reino Unido) o bien, a que se incluyan sanciones administrativas diferentes a las pecuniarias (por ejemplo, la inhabilitación)[176].

Dentro de las segundas, las sanciones de carácter civil, está prevista la nulidad de pleno de derecho de los acuerdos anticompetitivos (artículos 1.2 LDC y 101.2 TFUE), impidiéndose, de esta manera, que pueda solicitarse en vía judicial el cumplimiento de los acuerdos[177].

Sin embargo, en la esfera civil también deberán tenerse en cuenta las posibles solicitudes de indemnización por daños y perjuicios que puedan presentarse[178]. Aunque las cantidades que puedan tener que satisfacerse por este concepto no puedan ser consideradas como "sanción" en sentido estricto, las empresas deberán sumárselas a la multa que se les imponga para valorar el "gasto total" que les ha supuesto infringir la normativa y, por tanto, deberán tenerlas en cuenta si se plantean obtener beneficios ilícitos a través de prácticas anticoncurrenciales[179].

MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. y MILLA MARÍN, P. "50 años de lucha contra los carteles en españa y perspectivas de futuro", en *Medio siglo de aplicación de las normas de competencia en España*, Ed. Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad San Pablo CEU, 14 de junio de 2013, p. 22.

Para un análisis sobre su posible criminalización véase GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. "¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los carteles ante la Justicia penal", en MARTÍNEZ LAGE, S. Y PETITBÒ JUAN, A. (dirs), *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, Ed. Marcial Pons: Madrid, 2008; BAKER, D. I. "An enduring antitrust divide…", *op cit*, p. 193; WHELAN, P. "Contemplating the future: personal criminal sanctions for infringements of EC competition law" en *King's Law Journal*, nº 19-2, 2008.

[176] El cambio podría producirse porque, aunque todavía administrativo, en opinión de algunos autores el derecho de la UE de competencia ha comenzado a ser más "americano" en su enfoque inflexible hacia los cárteles, centrado en el impacto económico negativo que tienen sobre los consumidores. SHAFFER, G. C. y NESBITT, N. H. "Criminalizing cartels…", *op cit*, p. 6.

[177] En este sentido, compartimos la idea expresa por MCCULLOCH, cuando explica que «For a cartel to be successful there must be some mechanism to ensure that all the members of the cartel are keeping to the agreement. The most obvious way of doing so is through a formal, and legally enforceable, cartel agreement; the cartelists would all know that if any member stepped out of line there would a legal sanction for non-compliance. Obviously that mechanism is denied to them», en MACCULLOCH, A. "National criminalisation of international cartels", en *Lancaster University Working Paper*, 1 de septiembre de 2009, p. 6; COMISIÓN EUROPEA. *Compliance matters. What companies can do… op cit,* p. 10 y ss; LEVENSTEIN, M. C. y SUSLOW, V. Y. "What determines cartel success?", en *Journal of Economic Literature*, nº. 1, Vol. 44, 2006, p. 3.

[178] En España, en los últimos años, ha comenzado a hacerse uso de esta posibilidad. De hecho, como señala PASTOR MARTÍNEZ, «los tribunales españoles se enfrentan a una litigiosidad creciente por el ejercicio de acciones para la compensación de los daños causados por las prácticas restrictitivas de la competencia». PASTOR MARTÍNEZ, E. "Nada ha cambiado para el cártel de camiones. La competencia internacional en la STJUE de 5 de julio de 2018, C-27/17, Lithuanian Airlines", en *La Ley mercantil*, nº 51, octubre 2018, p.3.

[179] Al observar el derecho de la competencia [...] podemos ver que se extiende tanto al derecho público, como al privado, creando así una especie de campo de derecho interdisciplinario. KANNINEN, H. "Administrative law under the pressure of competition law - Some reflections on their interplay", en

A la hora de determinar la sanción óptima, su cálculo debe partir de que la sanción derivada de una violación de la normativa de competencia debe imponer un coste al infractor, ya sea pecuniario o no pecuniario, que iguale el coste que su incumplimiento ha supuesto para la sociedad.

Este criterio no deriva de una idea retributiva por el daño causado, sino que es un criterio de eficiencia[180]. Si la sanción excede el coste social del incumplimiento, el valor de la conducta ilegal será igual a cero[181]. En otras palabras, si la sanción óptima pudiera expresarse en unidades monetarias, la multa óptima mínima sería igual a la ganancia ilícita esperada derivada de la colusión[182]. Es decir, representado matemáticamente, la fórmula aplicable desde la perspectiva de la autoridad que esté conociendo del asunto quedaría de la siguiente forma[183]:

Fórmula 1. Cálculo matemático para obtener la multa óptima desde el punto de vista de la autoridad de competencia

$$\text{Multa óptima} = \frac{\text{Sobrecoste + pérdida de bienestar + costes de aplicación}}{\text{Probabilidad de detección y condena}}$$

KANNINEN, H; KORJUS, N. y ROSAS, A. (eds). *EU competition law in context. Essays in honour of Virpi Tiili*. Ed. Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 261

No obstante, las solicitudes presentadas en el ámbito civil tendrán que hacer frente a numerosos obstáculos. FERNANDO DÍEZ ESTELLA, F. y DE PRADA RODRÍGUEZ, M. "Acciones de reclamaciones de daños derivados de ilícitos antitrust: principales problemáticas sustantivas y procesales", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 2/2019, parte legislación, 2019.

[180] WEHMHÖRNER, N. "Optimal fining policies" en *Remedies and Sanctions in Competition Policy Conference*, Amsterdam Centre for Law and Economics, 2005, p. 8

[181] GINSBURG, D. H. y WRIGHT, J. D. "Antitrust sanctions", en *Competition Policy International*, nº 2, Vol. 6, otoño 2010, p. 5

[182] COMBE Y MONNIER nos explican que la ganancia ilícita es el beneficio adicional que recibe un miembro del cártel y que depende de cuatro factores: (1) el aumento de los precios debido a la colusión (2) la elasticidad del precio de la demanda (3) el mercado total afectado, y (4) el entorno competitivo. COMBE, E. y MONNIER, C. "Fines against hard core cartels in Europe: the myth of overenforcement", en *The Antitrust Bulletin*, nº 2, vol. 16, verano 2011, p. 247.

[183] BOLOTOVA, Y. y CONNOR, J. M. "Cartel sanctions: an empirical analysis", en *SSRN*, 2008, p. 3; para ver cómo debería procederse a realizar el cálculo de la sanción óptima desde un punto de vista matemático véase BAGUERI, V. y KATSOULACOS Y. "A simple quantitative, methodology for the setting of "optimal fines" by antitrust and regulatory authorities", en *European Competition Journal*, Vol. 10, nº 2, 1 de agosto de 2014, pp. 253 - 278.

- Sobrecoste[184]: es la diferencia entre el precio de mercado observado y el precio que habría tenido en ausencia de colusión (*but-for price*)[185]. De acuerdo con POSNER, el sobrecoste medio suele rondar el 38%; según WERDEN, el 18%; y según la OCDE, alrededor del 12,75%[186]. LANDE y CONNOR, tras realizar un análisis más específico, llegaron a la conclusión de que el sobrecoste medio teniendo en cuenta todo tipo de cárteles era del 25%, porcentaje que disminuía hasta el 17-19% en caso de cárteles nacionales y aumentaba hasta el 33% cuando se trataba de cárteles internacionales[187].
- Pérdida de bienestar[188]: es el coste para la sociedad creado por la ineficiencia del mercado[189]. Esto sucede, por ejemplo, si la elevación de los precios hace que la producción se reduzca, los consumidores son obligados a pagar mayores precios por los mismos productos, se desincentiva la innovación y el desarrollo tecnológico, y así sucesivamente[190].

En los casos de fijación de precios es muy clara la pérdida de bienestar. La curva de la demanda se desplazará hacia la derecha, de tal manera que con la misma cantidad

---

[184] La Comisión Europea ha publicado unas directrices sobre cómo calcular este sobrecoste. COMISIÓN EUROPEA. *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto* (2019/C 267/07). DOUE C-267/4 de 9 de agosto de 2019.

[185] En este sentido, explica CONNOR que «when demand is normal, an overcharge is always accompanied by deadweight social losses. Neither fines nor damage suits can recoup these losses». CONNOR, J. M. "Optimal Deterrence and Private International Cartels", en *SSRN*, 9 de abril de 2007, p. 21; HOLT, D. "Damages actions: the European Commission White Paper", en Oxera Agenda, julio 2008, p. 3.; WHITE, L. J. "Lysine and Price Fixing: How Long? How Severe?" en *New York University Center for Law and Business Working Paper*, nº. 99-001, febrero 1999, pp. 5-6.; CONNOR, J. M. "Global Cartels Redux: The Amino Acid Lysine Antitrust Litigation (1996)" en *SSRN*, 15 de marzo de 2007, p. 6.

[186] LANDE, R. H. y CONNOR, J. M. "Optimal cartel deterrence: an empirical comparison of sanctions to overcharges", en *ExpressO*, agosto 2011, Appendix 1.

[187] Un elevado número de cárteles internacionales operan en lo que se conoce como "Tríada" de las economías industrializadas de Norte América, Europa Occidental y el Este Asiático. MACCULLOCH, A. "National criminalisation of international…", *op cit*, p. 2; no obstante, al menos hasta 2003, «nearly all the government fines imposed on international cartels have been confined to only three competition-law jurisdictions. U.S., EU, and Canadian fines accounted for 81% of all corporate monetary sanctions imposed on international cartels during 1990-2003. Of the remaining fines, nearly all were imposed by national antitrust authorities of the Member states of the EU». CONNOR, J. M. "Optimal Deterrence and Private…", *op cit,* p. 18.

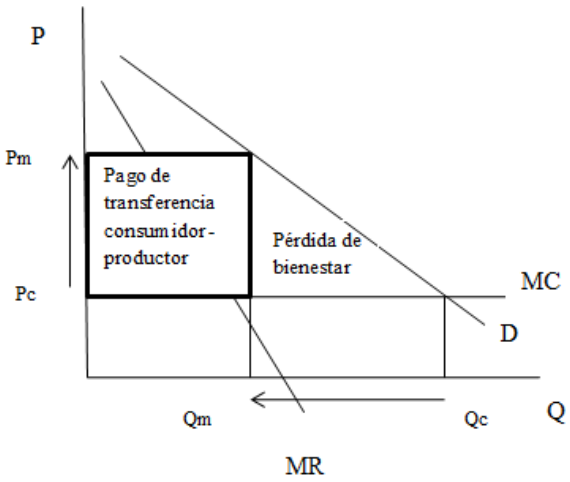
[188] Aquí nos referiremos a bienestar entendido según las definiciones de la Real Academia Española que lo definen como «conjunto de las cosas necesarias para vivir bien» y «vida holgada o abastecida de cuanto conduce a pasarlo bien y con tranquilidad». No obstante, los estándares de bienestar varían en función del sistema en el que nos encontremos. Una comparativa entre el sistema norteamericano y europeo se puede encontrar en BLAIR, R. D. y SOKOL, D. D. "Welfare Standards in U.S. and EU Antitrust Enforcement", en *Fordham Law Review*, Vol. 102, nº 81-145, 2013.

[189] Los tres principales tipos de ineficiencia son: la ineficiencia asignativa, la ineficiencia productiva y la insuficiencia del mercado. KATE, A. T. "Efficiency and competition policy: an unconventional view" en *Oxera Agenda*, noviembre 2005, p. 1.

[190] RAMOS GÓMEZ, Á. y CABRERA MAQUEDA, E. "El programa español de clemencia. Análisis y cuestiones prácticas" en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 2, marzo-abril 2008, p. 3; CONNOR, J. M. "The great global vitamins conspiracy: sanctions and deterrence" en *SSRN*, marzo 2008, p. 5.

de unidades monetarias se podrán adquirir menos bienes o servicios[191]. Gráficamente se puede representar de la siguiente forma:

Ilustración 2. Consecuencias en la producción y los precios de la fijación de precios

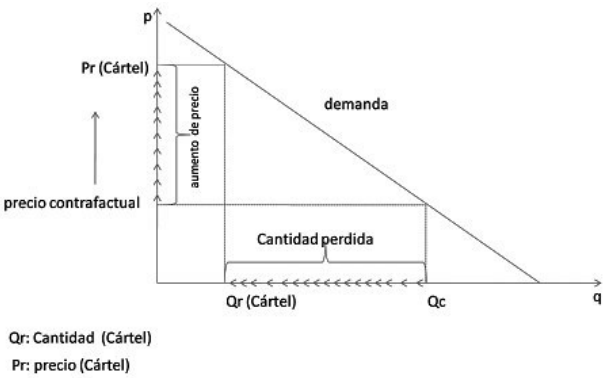


P = Precio; Q = cantidad; D = Demanda monopolística; MC = Coste Marginal; MR = Ingreso Marginal.

FUENTE: CALVANI, T. "Competition penalties and damages in a cartel context: criminalization and the case for custodial sentences", p. 3. (Traducción propia).

Si nos quedamos únicamente con la curva de la demanda que se generará por la fijación de precios el resultado sería el siguiente:

Ilustración 3. Relación entre precio – cantidad en un producto cartelizado



[191] MELERO RAMOS, R. "Cuantificación de daños de los cárteles duros. Una visión económica", en *Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia,* Universidad San Pablo CEU, nº 44, 2014, pp. 9 – 23; CALVANI, T. "Competition penalties and damages in a cartel context: criminalization and the case for custodial sentences", en *Papers Thursday Workshop - Amsterdam Center for law*, diciembre 2004, p. 3.

FUENTE: MELERO RAMOS, R. "Cuantificación de daños de los cárteles duros. Una visión económica", p. 10

Como podemos observar en el gráfico, la conducta anticompetitiva generará una transferencia de riqueza de los consumidores a las empresas. Esta pérdida para los consumidores representa el daño que les ha sido ocasionado[192]. Su cálculo exacto, no obstante, será difícil porque tanto el precio como el coste marginal que se hubiera producido en ausencia de colusión tienen que ser estimados[193].

- Costes de aplicación: la consecución de un mercado competitivo tiene unos costes independientes del objetivo de la normativa, ya sea disuadir u obtener justicia correctiva. Estos costes son: la sobredisuasión como efecto colateral de las sanciones –conductas beneficiosas que no se llevan a cabo– y los costes administrativos soportados por el sector público –autoridades de competencia, tribunales, etc.– y las partes privadas –abogados y expertos, gestión del tiempo, etc.–[194].
- Probabilidad de detección y condena: el riesgo que asumen las empresas de ser detectadas y sancionadas tiene un impacto en la eficiencia del sistema[195]. Primero, la conducta tiene que ser detectada; luego procesada y finalmente, sancionada[196]. Dependiendo de la conducta este riesgo aumentará o

[192] ASHTON, D. y HENRY, D. *Competition damages actions in the EU. Law and Practice*. Ed. Edward Elgar, Cheltenham UK; Northampton, MA, USA, 2013, p. 215. Para más información sobre la introducción de la posibilidad de reclamar daños civiles, véase ASHURST LONDON "EU-wide framework for antitrust damages claims agreed: national implementation to follow", en *Competition briefing*, noviembre 2014; DIEZ ESTELLA, F. y ESTRADA MERAY, C. "Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de jurisprudencia reciente", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº. 15, 2014; SEGAL, I. R. y WHINST, M. D. "Public vs. Private enforcement of antitrust law: a survey", en *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*, nº 335, diciembre 2006, pp. 2-5.

[193] WEHMHÖRNER, N. "Optimal fining policies", *op cit*, p. 18

[194] DÁVILA PHILIPPON, S. "¿Cómo establecer sanciones óptimas para la disuasión de infracciones?, en *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 9, nº 35, invierno 2012, pp. 94-95; WILS, W. P. J. "Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?" en *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 26, nº. 3, 2003, p. 10; LANDE, R. H. y CONNOR, J. M. "Optimal cartel deterrence…", *op cit*, p. 18.

[195] En este sentido, «si la probabilidad de detección es baja, la multa óptima debe ser más alta y viceversa. En la práctica, la probabilidad de detección está determinada en gran medida por la capacidad institucional (recursos humanos y económicos) de la autoridad y por el tipo de infracción» DÁVILA PHILIPPON, S. "¿Cómo establecer sanciones óptimas…", *op cit*, p. 92.; NORGREN, C. "Criminal enforcement of…", *op cit*, p. 3.; «And we know that – apart from the level of sanctions – deterrence depends on the likelihood that the illegal behaviour is discovered and punished.», en ALMUNIA, J. "Compliance and Competition policy", en *Businesseurope & US Chamber of Commerce. Competition conference*, nº SPEECH/10/586, 25 de octubre de 2010.

[196] Para ilustrar ésto, ORMOSI hace una comparación entre los animales y nosotros. «For example some animals are never caught because they live in an area where traps cannot be placed out" and then continues "the capturability of animals may also vary within the sub-population of capturable individuals. For example some animals are younger or larger than others, which has an impact on their survival and capture probabilities and is treated by accounting for this heterogeneity. Firms are similar in the sense that some may be more likely to be captured simply because of their size or the different duration of their illegal behaviour» Finalmente, aunque reconoce que las empresas son más inteligentes que los animales, defiende que esto significa que existe, sistematicamente, una desviación positiva. ORMOSI, P. L. "How big is a tip

disminuirá: mientras que la probabilidad de detectar, por ejemplo, una fusión o *joint venture* es prácticamente del 100%, detectar una fijación de precios es mucho más difícil[197]. A modo de ejemplo, BRYANT & ECKARD, la OCDE y TERRY CALVANI estiman el intervalo de confianza para la probabilidad de detección de cárteles entre un 13% y 17%, POSNER y WERDEN lo establecieron en un 25%, mientras que WILS afirmó ser menos del 33%[198]. Sin embargo, también podría darse el caso de que la conducta anticompetitiva nunca fuera detectada[199].

Algunos autores opinan que la manera de calcular la sanción óptima debería reducirse a considerar el daño neto ocasionado a personas diferentes del infractor; es decir, la transferencia de riqueza al infractor (el daño neto a los compradores, aunque no sea necesariamente un coste social) y la pérdida de bienestar[200]. No obstante, en la medida en el que las autoridades de competencia incurren en unos gastos al tener que exigir el cumplimiento de la normativa, se ha considerado adecuado el hecho de tenerlos en cuenta por el gasto social que ello supone. De esta manera se obtiene una imagen más completa del "coste global para la sociedad" que conllevan las conductas anticompetitivas.

Por su parte, desde la perspectiva del infractor, los cálculos para la valoración de la posible sanción se realizarían de la siguiente manera:

---

of the iceberg? a parsimonious way to estimate cartel detection rate" en *ESRC Centre for Competition Policy Working Paper Series*, nº 11-6, 9 de mayo de 2011, p. 10.

[197] También dependerá de la forma de organizarse, así por ejemplo un cartel con docenas de miembros será más fácilmente detectable que uno con dos o tres miembros. Otros factores que también influirían serían si se trata de una conducta internacional, si existe un esquema de compensación, etc. en HOVENKAMP, H. "A Primer on Antitrust Damages" en *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, 28 de febrero de 2011, pp. 17-18; LEVENSTEIN, M. C. y SUSLOW, V. Y. "Breaking Up is Hard to Do: Determinants of Cartel Duration" en *Ross School of Business Paper*, nº 1150, septiembre 2010, pp. 2, 29; BOLOTOVA,Y. y CONNOR, J. M. "Cartel sanctions: an empirical analysis", *op cit*, p. 3 .; ORMOSI, P. L.: "A tip of the iceberg? The probability of catching cartels", en *Journal of Applied Econometrics*, Vol. 29, nº 4, 2014, pp. 549–566.

[198] LANDE, R. H. y CONNOR, J. M. "Optimal cartel deterrence…", *op cit*, Appendix 3. Estos porcentajes se aplican únicamente a las posibilidades de detección en la Unión Europea o en Estados Unidos. Dado que en las jurisdicciones con una nula o escasa cultura de competencia es presumible que los esfuerzos dedicados a su detección serán menores, con lo cual el porcentaje aumentará.; en este mismo sentido, señala Peña Castellot que «existen voces autorizadas que opinan que no se detecta más de uno de cada siete cárteles y que la mayoría de los que se descubren están en fase terminal o incluso ya desaparecieron» PEÑA CASTELLOT, M. A. "La reforma del sistema español de defensa de la competencia Régimen sancionador y clemencia: comentarios al título quinto del anteproyecto de ley de defensa de la competencia" en *Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia*. Ed. Instituto Universitario de Estudios Europeos. Universidad San Pablo CEU, nº 18, 2006, P. 19.

[199] CHEN, Z. "Cartel organization and antitrust enforcement" en *CCP Working Paper*, nº 08-21, 11 de abril de 2008, p. 1

[200] PAGE, W. H. "Policy choices in defining the measure of antitrust damages" en *OECD Journal: Competition Law and Policy*, Vol. 2, 2009, p. 50.

Fórmula 2. Cálculo matemático para obtener la multa óptima desde el punto de vista del infractor del infractor

$$\text{Perspectiva de la sanción} = \frac{\text{Coste esperado de la condena}}{\text{Probabilidad de ser sancionado}}$$

Desde el punto de vista del infractor hay que hacer dos precisiones. La primera, dentro del término "coste" es necesario incluir tanto las sanciones que puedan imponer las autoridades de competencia, como las reclamaciones civiles que puedan presentarse por los perjudicados, dado que la empresa deberá hacer frente a ambos conceptos si así se determina por las autoridades competentes[201].

La segunda es que el infractor no otorgará el mismo valor o coste a una sanción que se imponga a la persona jurídica cuya voluntad externaliza, pero que no tiene ninguna repercusión personal, que aquella que va dirigida precisamente a disuadir su comportamiento contrario a la normativa. En el segundo caso, el coste real de la sanción será mayor.

De estos cálculos económicos podemos inferir que disuasión, probabilidad de detección y sanción están interrelacionados de tal forma que una variación en la detección o en el castigo impuesto acabará influyendo en el efecto disuasorio del sistema. No obstante, en ningún caso estaremos ante un ejercicio matemático preciso que nos permita calcular con exactitud la sanción óptima[202].

Sin perjuicio de ello, un sistema normativo bien diseñado debe contener los instrumentos necesarios para[203]: (i) detectar y poner fin a los comportamientos anticompetitivos existentes; (ii) castigar a quien haya cometido la infracción y, en su caso, obligarle a resarcir a quien ha sufrido daños civiles; y (iii) disuadir futuras conductas anticompetitivas, tanto mediante la prevención de la reincidencia, como desalentando que

[201] Es necesario tener en cuenta las reclamaciones en vía civil, aunque su objetivo no sea el castigo por haber infringido la normativa. LIANOS, I., JENNY, F., WAGNER VON PAPP, F., et al "An Optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law: a Comparative Analysis" en *CLES Research paper series* 3/2014, UCL Faculty of Law, London, 2014, p. 25. Véase también, a este respecto, ROSOCHOWICZ, P. H. "Deterrence and the relationship between public and private enforcement of competition law", en *Papers Thursday Workshop - Amsterdam Center for law*, 2004.

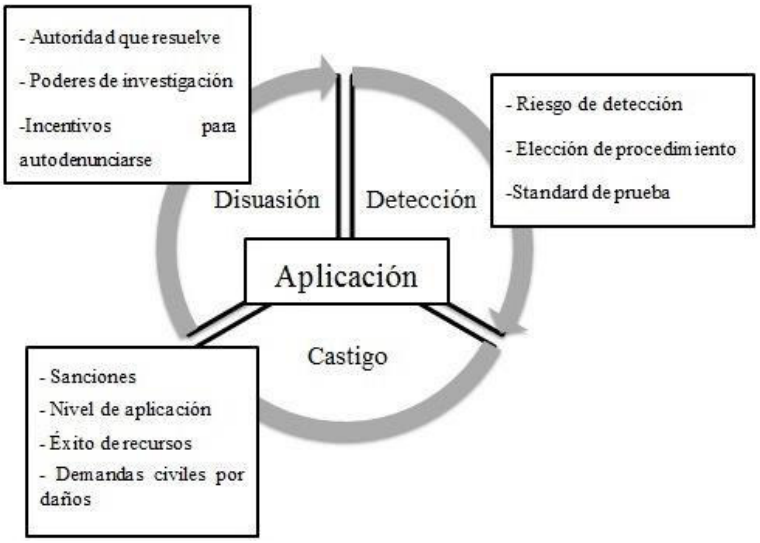
Además, debe tenerse en mente que existe responsabilidad solidaria de los miembros de un cártel frente a los demandantes de indemnizaciones civiles. CARRASCO PERERA, A. "Responsabilidad civil solidaria de los miembros de un cártel", en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 1/2018 parte Doctrina.

[202] GILLIAMS, H. "Proportionality of EU Competition Fines: Proposal for a Principled Discussion", en *World Competition*, Vol. 37, nº 4, 2014, p. 15.

[203] TIERNO CENTELLA, M. L. "An Optimal Enforcement System against Cartels", en LIANOS, I. y KOKKORIS, I. (eds). *The reform of EC competition law: New challenges, Kluwer Law International,* The Hague, 2010, p. 503.

otras empresas lleven a cabo comportamientos similares o alentando el abandono de cárteles en curso.

Ilustración 4. Interrelación entre la detección, el castigo y la disuasión



FUENTE: TIERNO CENTELLA, M. L. "An Optimal Enforcement System against Cartels", en LIANOS, I. y KOKKORIS, I. (eds). *The reform of EC competition law: New challenges, Kluwer Law International,* The Hague, 2010, p. 503 (Traducción propia).

Cada uno de estos tres factores contendrá varios criterios que deberán funcionar correctamente. Así, por ejemplo, si los riesgos de detección son muy elevados, pero los estándares de prueba hacen prácticamente imposible demostrar que se está llevando a cabo una conducta anticompetitiva, se detectará un número bajo de conductas anticompetitivas. Como ya se ha explicado, a menor detección, más elevada debe ser la sanción para que disuada con éxito a las empresas. Se puede obtener prácticamente el mismo resultado con (a) sanciones elevadas y una baja probabilidad de que tales sanciones se impongan que con (b) sanciones más reducidas y una alta probabilidad de ser detectadas y castigadas[204].

Ahora bien, no se puede potenciar únicamente uno de estos factores porque existen determinados principios –límites– que deben respetarse y que analizaremos en el siguiente apartado. Supongamos, por ejemplo, que la probabilidad de detección es sólo del 20% y que cada conducta anticompetitiva produce un daño de 1.000 euros. En este caso una multa por valor de 1000 euros es demasiado baja porque sólo se recuperan 200 euros de media por cada infracción que cuesta 1.000 euros. En su lugar, la multa óptima sería de 5.000 euros, de tal manera que con sólo ese 20% de conductas detectadas se

[204] WILS, W. P. J. "Optimal antitrust fines: theory and practice", en *World Competition*, Vol. 29, nº 2, junio 2006, p. 17

estaría cubriendo todo el coste para la sociedad[205]. Sin embargo, es notorio que una sanción tal sería contraria al principio de proporcionalidad. Por ello, a la hora de determinar la sanción óptima habrá que modularla dentro de unos límites preestablecidos, de tal manera que no se haga responsable a la empresa infractora de las ineficiencias del sistema.

B. Límites a la autoridad de competencia: principios que modulan y condicionan la determinación e imposición de la sanción óptima

Un enfoque únicamente económico asume que el objetivo de la sanción es disuadir a los operadores económicos de llevar a cabo las conductas. Sin embargo, desde la perspectiva jurídica, pueden existir y existen otros objetivos que no tienen por qué entrar en conflicto con el primero. Lo importante, desde el punto de vista jurídico, es que la sanción se "adapte" a la infracción[206].

Por ello, la imposición de una sanción administrativa requiere que las autoridades de competencia respeten determinados principios, propios de la potestad sancionadora del Estado y, por tanto, comunes con el Derecho penal, aunque su aplicación no sea completamente idéntica en ambos campos[207]. El incumplimiento de uno de estos principios podrá acarrear la no imposición de la sanción.

Por tanto, los principios constituyen límites a la sanción que puede imponerse, bien a través de la protección de la previsibilidad de la sanción (legalidad, tipicidad, irretroactividad de la ley sancionadora más desfavorable y protección de la confianza legítima); bien estableciendo requisitos que impidan la arbitrariedad de los poderes públicos (culpabilidad, proporcionalidad, igualdad de trato, *non bis in idem*); o bien a través de un procedimiento previamente establecido (principio acusatorio y presunción de inocencia). A continuación, se explicará brevemente cada uno de ellos.

[205] NIELS, G. "Crime doesn't (always) pay: what determines the level of fines?", en *Agenda Oxera*, octubre 2011, p. 2

[206] LIANOS, I., JENNY, F., WAGNER VON PAPP, F., et al "An Optimal and Just Financial Penalties…", *op cit*, p. 29.

[207] El Tribunal Supremo ha establecido que en la medida en la que exista «una infracción administrativa, a ésta y a la sanción correspondiente han de aplicarse los principios penales: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad (dolo o culpa)». STS 12681/1991, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 4ª, de 25 de octubre de 1991, FJ 2; en el mismo sentido, véase también, entre otras, STS 1419/1992, Sec. 1ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de febrero de 1992, FJ 4; y STS 1449/2005, Sec. 3ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de marzo de 2005, FJ 7.

a. Principios que configuran el sistema sancionador: protección de la previsibilidad de la sanción

Los principios que regulan la protección de la previsibilidad de la sanción son, básicamente, tres: los principios de legalidad y tipicidad (1), el principio de la irretroactividad de la ley sancionadora más desfavorable (2) y el principio de confianza legítima (3). A continuación, se procederá a un breve análisis de los tres.

En primer lugar, el principio de legalidad (1) rige todas las actuaciones de las Administraciones públicas sometiéndolas a la Ley y al Derecho (artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución). En su vertiente positiva, implica que la Administración sólo puede hacer lo que está permitido por ley; en su vertiente negativa, que podrá hacer todo aquello que no esté prohibido por ley. Al estarnos refiriendo a la potestad sancionadora, en este caso se refiere a su vertiente positiva, lo que lo une estrechamente al principio de tipicidad.

El primero, el principio de legalidad, debe regir en materia sancionadora impidiendo a las Administraciones públicas con potestad reglamentaria usurpar una competencia que, en materia sancionadora, se reserva al legislador[208]. El segundo, el principio de tipicidad, «impide a los órganos administrativos y judiciales la imposición de sanciones fuera de los supuestos y de los límites que determinen las normas»[209].

El principio de tipicidad es, por tanto, una de las manifestaciones esenciales del principio de legalidad. De acuerdo con él, la conducta objeto de reproche jurídico debe encuadrarse en la descripción que el legislador realiza de un ilícito determinado (*nullum*

[208] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0211/09 – *Endesa instalación*, de 21 de febrero de 2012, FJ. 4.

Este principio también se respeta en la práctica de la Unión Europea como nos explica el Tribunal General, entre otras, en la STG (Sala Quinta) de 18 de octubre de 2018, asunto T-640/16 - *GEA Group v. Comisión* [2018] RJE 0000, ap. 114-116.

[209] SAN 859/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 20 de febrero de 2012, FJ 5; SAN 2434/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 31 de mayo de 2012, FJ 6.

En palabras del Tribunal Supremo, «Constituye doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el principio de legalidad, en relación con el de tipicidad, no es una exigencia exclusiva, pero sí muy característica del derecho sancionador, por la especial relevancia que tiene en este ámbito el principio de seguridad jurídica, que constituye su fundamento (STC 194/2000, de 19 de julio). Principio que comporta, además de la reserva de Ley, una garantía material que impone una previa determinación normativa de los ilícitos administrativos con suficiente grado de certeza, lo que conecta con la tipicidad, que exige esa predeterminación normativa de las conductas constitutivas de infracciones administrativas (artículo 129.1 de la Ley 30/1992), y de las sanciones aplicables a las mismas (artículo 129.2 de la expresada Ley). Y que desempeña una función de garantía mediante la cual se tiene una predicción razonable de la conducta ilícita y de las consecuencias jurídicas que lleva aparejada la comisión de dicha conducta, dicho de otra forma, la tipicidad es suficiente si consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra (STS de 5 de diciembre de 1990)» STS 7079/2011, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sec. 5ª, de 4 de noviembre de 2011

crimen, nulla poena sine lege), por lo que la legislación debe definir claramente las infracciones y las sanciones que castigan las conductas anticompetitivas[210].

La conjunción de ambos debe ayudar a garantizar la seguridad jurídica general, es decir, debe permitir que el público pueda predecir cómo se aplicará la ley ante circunstancias similares. Esto es especialmente importante en la aplicación del Derecho de competencia porque los litigios suelen ser vistos como la opción de último recurso debido a la tensión entre el tiempo requerido por la revisión judicial y el "tiempo real" que exigen las decisiones empresariales[211].

La diferencia entre el principio de legalidad y el de tipicidad reside en que, mientras el primero se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, el de tipicidad constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como infracción. Esto no obsta a que, en Derecho de la competencia, a diferencia de otras áreas, se hayan mantenido abiertos los tipos por el consenso acerca de la necesidad de un tipo vago y abierto que no responde al principio de tipicidad habitual[212]. Como señala WILS, esto permite evolucionar al contenido de las prohibiciones, siguiendo al desarrollo de la teoría económica y a las fluctuaciones en las preferencias políticas o sociales sobre los límites de las relaciones entre poder público y privado[213]

A continuación, debemos hacer referencia al principio de irretroactividad de la ley sancionadora más desfavorable (2). Este principio impide que una conducta pueda ser sancionada *a posteriori* cuando el acto realizado no estaba prohibido o, si lo estaba, las consecuencias jurídicas eran menos perjudiciales. Permitir lo contrario iría en contra del principio de seguridad jurídica[214].

---

[210] Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/38.344 - *Prestressing steel*, de 30 de junio de 2010, ap. 923; STJ (Gran Sala) de 29 de marzo de 2011, asunto C-352/09 P, *ThyssenKrupp Nirosta GmbH v. Comisión* [2011] RJE I-2359, ap. 80.

[211] La importancia de este objetivo se refleja en el uso extensivo de la Comisión Europea de directrices consolidando la jurisprudencia de los Tribunales europeos en una serie de áreas importantes de la aplicación de la ley de competencia. MARC, J. "The Court of First Instance and the Management of Competition", en KANNINEN, H; KORJUS, N. y ROSAS, A. (eds). *EU competition law in context. Essays in honour of Virpi Tiili*. Ed. Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 6.

[212] Las normas de defensa de la competencia (artículos 1 a 3 LDC) no son especialmente claras. Por ejemplo, en la compraventa se fijan los precios, pero este comportamiento no está prohibido, aunque encajaría dentro del tenor literal del artículo 1 LDC. Como consecuencia se acepta el riesgo del error de prohibición.

[213] WILS, W. P. J. "Optimal antitrust fines…", *op cit*, p. 5

[214] En España, de acuerdo con la jurisprudencia consolidada de la Audiencia Nacional, este principio de retroactividad de la ley más favorable, «constituye una garantía implícitamente consagrada en el art. 9.3 CE, el cual limita la prohibición de la retroactividad de las normas sancionadoras a las "no favorables" y, con ello, admite que la seguridad jurídica, en relación con el principio de legalidad penal y en materia sancionadora (artículo 25 de la Constitución), suponga la retroactividad de la norma sancionadora más favorable al infractor». SAN 4567/2011, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 13 de octubre de 2011, FJ 7;

Esto no prohíbe la clarificación gradual de las reglas de imputación de delitos, sino que únicamente se opone a la aplicación retroactiva de una nueva interpretación de dichas normas, cuyo resultado no era razonablemente previsible, especialmente a la luz de la jurisprudencia anterior[215].

Este principio juega un papel muy importante porque cuando una conducta se extienda durante el plazo de vigencia de dos normas, es decir, que se inicie bajo la Ley 16/1989, pero continúe bajo la Ley 15/2007, de acuerdo con la Ley 39/2015 habrá que optar por aplicar una de ellas[216]. La Ley 16/1989 y la Ley 15/2007 recogen del mismo modo la regulación sustantiva en materia de acuerdos, decisiones o recomendaciones entre empresas, por lo que la aplicación de cualquiera de las dos llevaría a la misma calificación jurídica; lo mismo sucede en lo respectivo a los abusos de posición de dominio. Ahora bien, existirán diferencias en las consecuencias jurídicas que se puedan derivar, por lo que es importante determinar cuál será la ley aplicable[217.]

En derecho europeo, a diferencia de la normativa nacional, pueden variar los umbrales dentro de los que se establece la sanción sin infringir el principio de irretroactividad de la ley sancionadora más desfavorable. Los Tribunales han declarado que este principio no se incumplirá en ninguna de las dos circunstancias siguientes: (i) cuando se imponga una multa en virtud de nuevas directrices[218]; y (ii) cuando una empresa decide cooperar con la Comisión Europea en virtud de la Comunicación de

véase, en el mismo sentido, SAN 859/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 20 de febrero de 2012, FJ 5

[215] STG (Segunda Sala) de 3 de marzo de 2011, asuntos acumulados T-117/07 y T-121/07, *Areva y otros y Alstom v. Comisión* [2011] RJE II-633, ap. 133; STJ (Gran Sala) de 28 de junio de 2005, asuntos acumulados C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P y C-213/02 P, *Dansk Rørindustri y otros v. Comisión* [2005] RJE I-5425, ap. 217-218.

[216] «La supletoriedad de la Ley 30/1992 en el procedimiento administrativo de Defensa de la Competencia, implica que sus preceptos serán de aplicación en ausencia de una regulación específica de cada concreta cuestión por la normativa de Defensa de la Competencia» SAN, 1118/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 15 de marzo de 2012, FJ. 4. La Ley 30/1992 ha sido expresamente derogada y sustituida por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, BOE nº 236, de 2 de octubre de 2015.

[217] «El artículo 1 de la Ley 16/1989 y de la Ley 15/2007 prohíben la misma conducta anticompetitiva: los acuerdos que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0006/07 - *AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de Fútbol de 1ª y 2ª División*, de 14 de abril de 2010, FJ. 1; Por otra parte, respecto del abuso de posición de dominio, «ambas normas prohíben en sus respectivos artículos 6 y 2 la misma conducta: la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional» Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 2795/07 - *Hidrocantábrico Instalación*, de 20 de septiembre de 2011, FJ. 1.; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 2748/06 - *Axion Abertis II*, de 30 de marzo de 2011, FJ. 1.

[218] STG (Sala Quinta) de 29 de junio de 2012, asunto T-370/09, *GDF Súez v. Comisión* [2012] RJE 00000, ap. 397; STJ (Gran Sala) de 28 de junio de 2005, asuntos acumulados C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P y C-213/02 P, *Dansk Rørindustri y otros v. Comisión* [2005] RJE I-5425, ap. 213 – 232.

Clemencia y después se adopta un nuevo método para el cálculo de las sanciones que le es aplicado[219].

El motivo aducido es que era previsible que cambiase el método utilizado para el cálculo de la sanción porque las empresas participantes en un procedimiento sancionador no pueden confiar legítimamente en que la Comisión Europea no sobrepasará el nivel de las multas impuestas anteriormente ni en que seguirá aplicando un determinado método de cálculo de las multas[220]. En este sentido, «el alcance del concepto de previsibilidad depende en gran medida del contenido del texto de que se trate, del ámbito que cubra y del número y condición de sus destinatarios»[221].

En definitiva, las empresas infractoras deben tener en cuenta la posibilidad de que la Comisión Europea decida en cualquier momento aumentar el nivel de las multas con respecto al que se aplicaba anteriormente[222].

Finalmente, encontramos el principio de protección de la confianza legítima (3). Este se extiende a todo particular que se encuentre en una situación en la que las autoridades europeas o españolas, al darle garantías concretas, le han hecho concebir esperanzas legítimas[223]. De acuerdo con lo establecido reiteradamente por el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, este principio se aplicará cuando la confianza «se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le [al particular beneficiado] induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de actuación administrativa»[224].

---

[219] Decisión de la Comisión en el asunto COMP/38.589 - *Heat stabilisers*, de 22 de noviembre de 2009, ap. 691.

[220] STPI (Sala Tercera) de 27 de septiembre de 2006, asunto T-329/01, *Archer Daniels Midland Co. v Comisión* [2006] RJE II-3255, ap. 48.

[221] STPI (Sala Tercera) de 27 de septiembre de 2006, asunto T-329/01, *Archer Daniels Midland Co. v Comisión* [2006] RJE II-3255, ap. 44.; STJ (Gran Sala) de 28 de junio de 2005, asuntos acumulados C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P y C-213/02 P, *Dansk Rørindustri y otros v. Comisión* [2005] RJE I-5425, ap. 215-223.

[222] De hecho, ha establecido la jurisprudencia europea que, «el hecho de que la Comisión haya aplicado, en el pasado, multas de cierto nivel a determinados tipos de infracciones no puede privarla de la posibilidad de elevar dicho nivel dentro de los límites indicados por el Reglamento nº 17, si ello resulta necesario para garantizar la aplicación de la política comunitaria de la competencia, sino que, por el contrario, la aplicación eficaz de las normas comunitarias de la competencia exige que la Comisión pueda en todo momento adaptar el nivel de las multas a las necesidades de dicha política» STPI (Sala Tercera) de 27 de septiembre de 2006, asunto T-329/01, *Archer Daniels Midland Co. v Comisión* [2006] RJE II-3255, ap. 47; STJ (Gran Sala) de 28 de junio de 2005, asuntos acumulados C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P y C-213/02 P, *Dansk Rørindustri y otros v. Comisión* [2005] RJE I-5425, ap. 227; STJ de 7 de junio de 1983, asuntos acumulados 100 a 103/80, *Musique Diffusión française y otros v. Comisión* [1983] RJE 1825, ap. 109; STJ de 2 de octubre de 2003, asunto C-196/99 P, *Aristrain v. Comisión* [2003] RJE I-11005, ap. 81; STPI de 10 de marzo de 1992, asunto T 12/89, *Solvay v. Comisión* [1992] RJE II-907, ap. 309, STPI de 14 de mayo de 1998, asunto T-304/94, *Europa Carton v. Comisión* [1998] RJE II-869, ap. 89

[223] STG (Sala Sexta) de 27 de septiembre de 2012, asunto T-370/06, *Kuwait Petroleum y otros v. Comisión* [2012] RJE I-00000, ap. 38.

[224] STS 6868/2009, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 3 de noviembre de 2009; STS 2216/2010, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 12 de mayo de 2010; STS 3490/2010, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 1

El derecho a invocar la aplicación del principio de la protección de la confianza legítima surge del cumplimiento cumulativo de tres requisitos[225]:

- la concesión a la persona interesada de garantías incondicionales y coherentes emanadas de fuentes autorizadas y fiables;
- que estas garantías sean capaces de crear una expectativa legítima a la parte a quien van dirigidas;
- que las garantías dadas sean conformes con las normas aplicables.

Por tanto, se deberán examinar las circunstancias concretas de cada caso para poder analizar si se ha producido un incumplimiento. Ello incluirá, entre otras, el comportamiento de la autoridad competente, la conducta sancionada, y los intereses generales y los particulares en juego; sin que sea suficiente su alegación frente a cualquier acto de la administración que haya podido generar error en el particular para entenderlo aplicable[226].

b. Principios que garantizan la aplicación del procedimiento sancionador establecido: prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos y establecimiento previo del procedimiento

Los principios que deben quedar garantizados en la aplicación del procedimiento sancionador son, principalmente, seis: el principio de responsabilidad personal (1), el principio de proporcionalidad (2), el principio de igualdad de trato (3), el principio non bis in idem (4), el principio acusatorio (5) y el principio de presunción de inocencia (6).

El primero, el principio de responsabilidad personal (1) se encuentra vinculado a los de responsabilidad subjetiva y culpabilidad[227]. En el ámbito administrativo estos principios se encuentran recogidos en el artículo 28 de la Ley 40/2015 del Régimen Jurídico del Sector Público, donde se establece, en su primer apartado, que «sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas

---

de julio de 2010; SAN 4494/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 8 de noviembre de 2012, FJ 7.; SAN 859/2012, SAN, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 20 de febrero de 2012, FJ 6.; SAN 71/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 21 de enero de 2013 - "Forde reederei", FJ 4. Este principio ya venía aplicándose en este sentido por la CNC, por ejemplo, en la Resolución del Consejo de la CNC en el expte. 652/0 - *BP / Cepsa / Repso*l, de 30 de julio de 2009, FJ. 6.

[225] STG (Sala Tercera) de 5 de octubre de 2011, asunto T-39/06, *Transcatab SpA v. Comisión* [2011] RJE II-06831, ap. 289.

[226] SAN 1053/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 26 de febrero de 2013, FJ 7.; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0544/14 - *Mudanzas internacionales*, de 6 de septiembre de 2016, FJ 5; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0519/14 - *Infraestructuras ferroviarias*, de 30 de junio de 2016, FJ. 4.

[227] ÚBEDA TARAJANO, F. E. "Algunas consideraciones en torno a la aplicación de los principios rectores del derecho penal al ámbito administrativo sancionador", en *Actualidad Administrativa*, Ed. La Ley, nº 16, septiembre 2008, p. 18.

y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa». La sanción, para ser eficaz, requiere que a quien le sea impuesta haya tenido una participación esencial en la lesión a un bien jurídico[228].

El principio de responsabilidad subjetiva significa que únicamente se responderá de la infracción si existe dolo o culpa, no si los hechos se han producido por caso fortuito o fuerza mayor. El principio de culpabilidad implica que el fundamento que da lugar a la imposición de la sanción –y que ayuda a garantizar el principio de responsabilidad– es la existencia del elemento subjetivo de culpa[229]. Por tanto, la conducta, para ser sancionada, debe implicar al menos culpa o negligencia; de tal manera que la conducta podrá ser o bien dolosa, o bien culposa, «siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida»[230].

Es decir, es suficiente para entender que se cumple el requisito de culpabilidad que se aprecie una actuación negligente o carente de atención y de cuidado en la empresa perjudicada por la conducta anticompetitiva[231]. En derecho de la UE tampoco es necesario que las partes fueran conscientes de que estaban infringiendo las normas de competencia recogidas en el Tratado[232].

---

[228] *Ibid*, p. 18

Así, por ejemplo, la Audiencia Nacional anula la sanción impuesta a Talleres Pita SA por considerar que no se acreditó su participación en el cártel sancionado por la CNMC, en SAN 3322/2019, Sala de lo Conseccioso, Sec. 6ª, de 23 de julio de 2019, FJ 5. Véase, en el mismo sentido, SAN 2100/2019, Sala de lo Conseccioso, Sec. 6ª, de 27 de mayo de 2019, FJ 6.

[229] STC 129/2003, Sala Segunda, de 30 de junio de 2003; SAN 5680/2010, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 10 de noviembre de 2011, FJ 7.

[230] SAN 5680/2010, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 10 de noviembre de 2011, FJ. 6.; SAN 160/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, 25 de enero de 2012, FJ 5; SAN 317/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 1 de febrero de 2013, FJ 6.; SAN 557/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 4 de febrero de 2013, FJ 5.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Audiencia Nacional, «el tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. La conducta ha de ser apta para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia» SAN 317/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 1 de febrero de 2013, FJ 6.; SAN 557/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 4 de febrero de 2013, FJ. 6; SAN 493/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 15 de febrero de 2012, FJ. 5

[231] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 2795/07 - *Hidrocantábrico Instalación*, de 20 de septiembre de 2011, FJ. 7.

[232] Decisión de la Comisión en el asunto COMP/38.543 - *International Removal Services*, de 11 de marzo de 2008, ap. 564. No obstante, entre la información que debe aparecer en el Pliego de Cargos se encuentra la consideración de si la infracción fue cometida negligente o dolosamente, en STG (Sala Segunda) de 17 de mayo de 2011, asunto T-343/08, *Arkema France v. Comisión* [2011] RJE II-2287, ap. 54.

En segundo lugar, también debe respetarse el principio de proporcionalidad (2). Este exige que las medidas adoptadas por las autoridades de competencia no superen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa[233]. Significa también que, cuando se pueda elegir entre varias medidas adecuadas, se deberá elegir la menos onerosa, siempre y cuando las desventajas ocasionadas no sean desproporcionadas a los objetivos perseguidos[234]. A la hora de sancionar, esto implica que las multas impuestas no deben ser desproporcionadas con respecto a sus objetivos y, al mismo tiempo, deben ser proporcionales a la infracción, que debe ser valorada en su conjunto y, en particular, teniendo en cuenta su gravedad[235].

Por ello, la discrecionalidad de que dispone la autoridad de competencia debe ser ejercida de tal manera que se ponderen las circunstancias concurrentes en la infracción[236].

Es decir, a la hora de imponer la sanción no sólo se tendrá en cuenta la gravedad de la infracción, sino también todas las circunstancias concurrentes a la misma[237]. En todo caso, no hay que confundir la gravedad de los efectos de la práctica en el mercado con la gravedad de la infracción.

---

[233] HOUBA, H.; MOTCHENKOVA, E. y WEN, Q. "The Role of Legal Principles in the Economic Analysis of Competition Policy", en *TILEC Discussion Paper*, nº 2014-002, enero 2014, pp. 4-5.

Véase, igualmente, STG (Sala Tercera ampliada) de 24 de septiembre de 2019, asunto T-466/17 - *Printeos, S.A., y otros v Comisión* [2019] RJE 0000, ap. 147 y ss.

[234] STG (Sala Séptima) de 24 de mayo de 2012, asunto T-111/08, *MasterCard y otros v. Comisión* [2012] RJE II-000, ap. 323; véase también la STG (Sala Octava) de 13 de julio de 2011, asunto T-141/07, *General Technic-Otis v. Comisión* [2011] RJE II-000, ap. 366; STJ de 5 de mayo de 1998, asunto C-180/96, *Reino Unido v. Comisión* [1998] RJE I-2265, ap. 96, y STJ de 12 de julio de 2001, asunto C-189/01, *Jippes y otros v. Comisión* [2001] RJE I-5689, ap. 81.

[235] Conclusiones del AG Bot enviada el 21 de junio de 2012, en el asunto C-89/11, *E.ON Energie AG v Comisión*, ap. 113; véase también STG (Sala Segunda) de 17 de mayo de 2011, asunto T-343/08, *Arkema France v. Comisión* [2011] RJE II-2287, ap. 63.

[236] Reconoce la propia autoridad nacional de competencia que se deben ponderar «en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 632/07 - *Feriantes Ayuntamiento de Peralta*, de 7 de mayo de 2008, FJ. 5; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 634/07 - *MDC Ingeniería/Productos Haller*, de 21 de julio de 2008, FJ. 7; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 626/07 - *Canarias de Explosivos*, de 12 de febrero de 2008, FJ. 17; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 627/07 - *Estación Sur de Autobuses*, de 31 de marzo de 2008, FJ. 7; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 636/07 – *Fonogramas*, de 9 de diciembre de 2008, FJ. 14; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 641/08 - *Centrica/Endesa*, de 2 de abril de 2009, FJ. 16; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 650/08 - *Funerarias Baleares*, de 3 de marzo de 2009, FJ. 10.

En el mismo sentido se había pronuncaido con anterioridad el Tribunal Supremo, por ejemplo, en la STS 7688/2001, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 8 de octubre de 2001.

[237] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0064/08 - *Veterinarios Especialistas Équidos*, de 27 de mayo de 2009, FJ. 6; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0185/09 - *Bombas de fluidos*, de 24 de junio de 2011, FJ. 9.

En tercer lugar, el principio de igualdad (3) aparece consagrado en los artículos 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 14 de la Constitución. De acuerdo con este principio, situaciones comparables no deben ser tratadas de manera diferente y situaciones diferentes no deben ser tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté objetivamente justificado[238]. Es decir, la igualdad contiene un doble significado:

- obliga tanto a los poderes públicos como al legislador a tratar por igual a todos los ciudadanos de manera no discriminatoria; y
- exige a estos poderes públicos que hagan todo lo posible para conseguir que quienes estén en situación de inferioridad puedan conseguir una posición de igualdad real.

En definitiva, se recoge la obligatoriedad de un trato paritario ante las normas, que determina un tratamiento igual para todos que no sea discriminatorio, pero no impide una diferenciación basada en causas objetivas y razonables[239].

En virtud de este principio, la autoridad de competencia no está obligada a producir siempre el mismo tipo de pruebas o el mismo número de elementos de prueba en contra de todas las empresas participantes en una práctica anticompetitiva; pero tampoco se puede usar esto para aplicar dos normas cualitativamente diferentes en relación con un único cartel porque eso sí supondría una violación del principio de igualdad de trato[240].

Con relación a este principio, como ha establecido el Tribunal Constitucional en la Sentencia 27/2001, sólo podrá alegarse su incumplimiento ante situaciones de

[238] STG (Sala Tercera ampliada) de 24 de septiembre de 2019, asunto T-466/17 - *Printeos, S.A., y otros v Comisión* [2019] RJE 0000, ap. 70 y ss; STG (Sala Quinta) de 18 de octubre de 2018, asunto T-640/16 - *GEA Group v. Comisión* [2018] RJE 0000, ap. 97; Conclusiones de la AG Kokott, presentadas el 12 de enero de 2012, asuntos acumulados C-628/10 P y C-14/11 P, *Alliance One International y Standard Commercial Tobacco v Comisión*, ap. 50.; véase también STG (Sala Tercera) de 5 de junio de 2012, asunto T-214/06, *Imperial Chemical Insdustries v. Comisión* [2012] RJE I-000, ap. 223; STG (Sala Segunda) de 17 de mayo de 2011, asunto T-299/08, *Elf Aquitaine SA v. Comisión* [2011] RJE II-2149, ap. 196; STJ de 10 de enero de 2006, asunto C-344/04, *IATA y ELFAA v. Comisión* [2006] RJE I-403, ap. 95; STJ de 16 de diciembre de 2008, asunto C-127/07, *Arcelor Atlantique et Lorraine y otros v. Comisión* [2008] RJE I-9895, ap. 23; y STJ de 14 de septiembre de 2010, asunto C-550/07 P, *Akzo y Akcros Chemicals v. Comisión* [2010] RJE I-0000, ap. 55.

[239] GARCÍA MORILLO, J., "La cláusula general de igualdad", en LÓPEZ GUERRA, L. *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 177.

[240] Conclusiones de la AG Kokott, presentadas el 12 de enero de 2012, asuntos acumulados C-628/10 P y C-14/11 P, *Alliance One International y Standard Commercial Tobacco v Comisión*, ap. 56-57. Véase, en ese mismo sentido, STG (Sala Segunda) de 17 de mayo de 2011, asunto T-299/08, *Elf Aquitaine SA v. Comisión* [2011] RJE II-2149, ap. 97.

legalidad[241]. Ello implica que la ausencia de sanción a una empresa no podrá ser justificación para que otra solicite que no se le imponga ninguna multa.

En cuarto lugar, debemos analizar el principio *non bis in idem* (4). Este aparece consagrado en el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y establece que «[n]adie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley»[242].

En derecho interno, deriva directamente del principio de proporcionalidad y de los artículos 9.3 (seguridad jurídica) y 25 (principio de legalidad) de la Constitución[243].

Este principio está sujeto a un triple requisito de identidad de sujetos, hechos y fundamentos jurídicos con un expediente previo[244]. Su objetivo es prohibir que la misma persona pueda ser sancionada más de una vez por un mismo comportamiento ilícito con el fin de proteger a un mismo bien jurídico[245]. Consecuentemente, en Derecho de la competencia está prohibido tanto (i) declarar a una empresa culpable; como (ii) iniciar

[241] Señala el Tribunal Constitucial que «desde nuestra temprana STC 37/1982, de 16 de junio, hemos venido afirmando (FJ 3) que la equiparación en la igualdad ha de ser dentro de la legalidad y sólo entre actuaciones idénticas que sean conformes al ordenamiento jurídico, pero nunca fuera de la legalidad. En definitiva (SSTC 17/1984, de 7 de febrero, FJ 2; 1/1990, de 15 de enero, FJ 2, y 157/1996, de 15 de octubre, FJ 4), no existe un derecho a que se dispense un trato igualitario en la ilegalidad, pues el carácter individual e intransferible de la responsabilidad disciplinaria exige que cada cual responda por su propia conducta, con independencia de lo que haya de suceder con otros». STC 27/2001, Sala Primera, de 29 de enero de 2001, FJ 7.

[242] Este principio no es impedimento para que el Derecho de la Unión y el Derecho nacional en materia de competencia se apliquen paralelamente. Véase, en este sentido, STJ (Sala Cuarta) de 3 de abril de 2019, asunto C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie* [2019] RJE 000 ap. 25

[243] STC 177/1999, Sala 1ª, de 11 de octubre de 1999, FJ 4.; STS 1891/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 23 de marzo de 2012, dice en su Fundamento Jurídico 4º que «el Tribunal Constitucional entiende que el principio de legalidad penal del artículo 25.1 de la Constitución, se configura de forma multifacética y a él quedan asimilados otros principios, garantías y reglas de alcance y si dispares, como son el principio de garantía formal o reserva de ley, la garantía material o principio de tipicidad, la proscripción de la analogía, el de la retroactividad en la aplicación de las normas sancionadoras, el de culpabilidad, el non bis in idem y también el de proporcionalidad; así por ejemplo la STC 24/2004 (Pleno), de 24 febrero, principios que también encuentran acomodo en el ámbito del Derecho administrativo».

[244] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 2785/07 - *Artistas, intérpretes o ejecutantes, sociedad de gestión, AIE*, de 23 de febrero de 2011, FJ. 2; en *Axion Abertis II* se apreció que existían los requisitos para declarar la aplicación del principio non bis in idem. Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 2748/06 - *Axion Abertis II*, de 30 de marzo de 2011, FJ. 4.; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0505/14 - *Concesionarios Chevrolet*, de 28 de abril de 2016, FJ. 5; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. SAMAD/09/2014 - *Concesionarios Nissan*, de 28 de julio de 2016, FJ. 5.

[245] De acuerdo con el Tribunal Constitucional «(...) dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente». STC 2/2003 (Pleno), de 16 de enero de 2003, FJ 3.

En el mismo sentido se pronuncian los tribunales europeos, véase STG (Sala Sexta) de 16 de junio de 2011, asunto T-235/07, *Bavaria NV v. Comisión* [2011] RJE II-3229, ap. 186.

procedimientos contra ella una segunda vez basándose en los motivos que ya se han utilizado para sancionarla o declararla no responsable por una decisión previa firme[246].

El único supuesto en el que no será de aplicación este principio es cuando los ordenamientos jurídicos y las autoridades de competencia de Estados no miembros intervengan en el ejercicio de sus propias competencias[247]. La justificación es que los bienes jurídicos protegidos son diferentes[248]. No obstante, la Comisión Europea, haciendo uso de su discrecionalidad, puede decidir tener en cuenta las sanciones impuestas por Estados no miembros por motivos de proporcionalidad y justicia, aunque no está obligada a ello[249]. Esto supone un elemento de imprevisibilidad a la hora de que una empresa haga sus cálculos sobre cuál podría ser la sanción final a satisfacer.

En quinto lugar, el principio acusatorio (5) debe respetarse. Este principio, tanto en derecho europeo como nacional, implica el derecho a conocer de los hechos materiales que se imputan y sobre los que se basa la acusación, así como la calificación jurídica que se les atribuye. Por ello, cuando se estime durante la fase de instrucción que los hechos pueden ser constitutivos de infracción de la normativa de competencia, en Derecho de la Unión Europea, la Comisión Europea emitirá un Pliego de Cargos ("*Statement of Objections*") y, en el caso español, la CNMC, un Pliego de Concreción de Hechos (PCH).

No obstante, es importante señalar que estos documentos únicamente vinculan a las autoridades de competencia en cuanto al hecho punible –los hechos imputados-, de cara a que las partes puedan ejercitar su derecho de defensa[250]. Dicho con otras palabras,

---

[246] STJ (Gran Sala) de 14 de febrero de 2012, asunto C-17/10, *Toshiba Corporation y otros v. Comisión* [2012] RJE I-000, ap. 94; STG (Sala Segunda) de 17 de mayo de 2011, asunto T-343/08, *Arkema France v. Comisión* [2011] RJE II-2287, ap. 80; STPI (Sala Quinta) de 1 de julio de 2009, asunto T-24/07, *ThyssenKrupp Stainless AG v. Comisión* [2009] RJE II-2309, ap. 178; STJ de 15 de octubre de 2002, asuntos acumulados C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-251/99 P, C-252/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros v. Comisión* [2002] RJE I-8375, ap. 59.

[247] STPI (Sala Quinta) de 18 de junio de 2008, aunsto T-410/03, *Hoechst GmbH v. Comisión* [2008] RJE II-4451, ap. 601; STJ (Sala Segunda) de 29 de junio de 2006, asunto C-308/04 P, *SGL Cargbon AG v. Comisión* [2006] RJE I-5977, ap. 32.

[248] STPI (Sala Quinta) de 18 de junio de 2008, aunsto T-410/03, *Hoechst GmbH v. Comisión* [2008] RJE II-4451, ap. 604.; STPI (Sala Tercera) de 27 de septiembre de 2006, asunto T-329/01, Archer Daniels Midland Co. v Comisión [2006] RJE II-3255, ap. 49 y 52.

[249] STJ (Sala Segunda) de 29 de junio de 2006, asunto C-308/04 P, *SGL Cargbon AG v. Comisión* [2006] RJE I-5977, ap. 36; véase también STJ (Sala Segunda) de 29 de junio de 2006, asunto C-289/04 P, *Showa Denko KK v. Comisión* [2006] RJE I-5859, ap. 60.

[250] El Tribunal Constitucional ha declarado que el principio acusatorio «no exige la vinculación estricta del juzgador a las calificaciones jurídicas de las partes sino, únicamente, al hecho punible objeto del juicio, el cual debe permanecer inalterado entre el señalado por la acusación y aquél sobre el que recae la nueva calificación y la propia Sentencia, puesto que el objeto del proceso no es un "crimen" sino un "facturo" (STC 134/86 y Auto 84/91 de 11 de marzo), siendo pues que, desde la perspectiva constitucional, lo que es exigible en todo caso es el conocimiento de los hechos imputados, para poder defenderse sobre los mismos y tal exigencia puede ser cumplida suficientemente si tales hechos se reflejan en el pliego de cargos, y si son sólo esos hechos contenidos en el pliego de cargos los que se le imputan». ATC 84/91, Sección Primera, de 11 de marzo de 1991; recogida posteriormente en SAN 5394/2011, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 16 de noviembre de 2011, FJ 4

como ha señalado el Tribunal Constitucional, lo importante será posibilitar a las partes la defensa ante unos determinados hechos y no ante su calificación[251]. Esto significa que, si el interesado se ha podido defender de la imputación de dichos hechos, no se infringirá su derecho al conocimiento de la acusación o la defensa aunque posteriormente se subsuman en una infracción más grave, más leve o si se suprime una calificación[252].

La posibilidad de modificar la imputación en cuanto al tipo sancionador aplicable es importante dado el carácterter provisional del PCH. Por otra parte, si la modificación se quiere realizar en cuanto a los hechos, ello es factible a través de un nuevo PCH; puesto que ni la LDC, ni la regulación del procedimiento administrativo sancionador, ni la jurisprudencia constitucional «avalan una concepción tan extremadamente formalista del procedimiento administrativo sancionador»[253]. De hecho, recoge el Tribunal Supremo y comparte la Audiencia Nacional que «los procedimientos administrativos sancionadores no están sujetos a todas las garantías, más estrictas, que se requieren en los procesos penales»[254] y cita, expresamente, el principio acusatorio como un ejemplo de garantía que «no rige en toda su extensión, ni por lo que respecta a la aportación de pruebas ni a la calificación de los hechos»[255].

Finalmente, debe respetarse el principio de presunción de inocencia (6) y el correlativo *in dubio pro reo.* Este se encuentra recogido en el artículo 48.1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[256].

---

[251] STC 12/1981, Sección Primera, de 10 de abril; STC 105/1983, Sección Segunda, de 23 de noviembre; STC 104/1987, Sección Primera, de 17 de junio, entre otras muchas Sentencias.

En derecho interno, el artículo 50.4 LDC prevé que el Consejo –órgano resolutorio en derecho nacional– pueda efectuar una nueva calificación; por tanto, como ya se ha adelantado, no se infringirá el principio acusatorio si «no se han incluido hechos no recogidos en el PCH, ni se ha modificado la imputación, ni las personas imputadas [puesto que] la calificación jurídica contenida en el PCH no es definitiva» SAN 472/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 5 de febrero de 2013, FJ 5.

[252] Señala la Audiencia Nacional que «si el interesado se ha podido defender, porque los ha conocido plenamente y desde un principio, de los hechos que se le imputaban, el que tales hechos se subsuman luego en una infracción más grave, o en otra más leve, o desde luego se suprima una calificación, deja incólume los derechos constitucionales al conocimiento de la acusación o la defensa» SAN 5394/2011, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 16 de noviembre de 2011, FJ 4

[253] SAN 472/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 5 de febrero de 2013, FJ 5; STS 665/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, 30 de enero de 2012. Véase también SOPEÑA BLANCO, V. y BAYO ÁLVAREZ, R. "Comentario sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2012 (expte. 601/05, IBERDROLA CASTELLÓN)" en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 29, septiembre-octubre 2012.

[254] STS 943/2006, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 21 de febrero de 2006; STS 1051/2007, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, 27 de febrero de 2007; SAN 472/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 5 de febrero de 2013, FJ 5.

[255] STS 943/2006, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 21 de febrero de 2006; STS 1051/2007, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, 27 de febrero de 2007; SAN 472/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 5 de febrero de 2013, FJ 5.

[256] En el en el artículo 6.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales ya se señalaba que «Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada».

En España, este principio encuentra base legal en la aplicación de las garantías previstas en el artículo 24.2 de la Constitución al procedimiento administrativo sancionador, de manera que «se preserve el derecho de defensa sin indefensión, con posibilidades de alegar y probar y partiendo de la presunción de inocencia y de la inversión de la carga de la prueba»[257].

No se podrá considerar como probada de manera jurídicamente suficiente la existencia de un incumplimiento de la normativa si aún se albergan dudas[258]. Si estas dudas surgieran cuando está conociendo la autoridad de competencia, no debería imponerse una multa y, en el caso de que se albergaran ante el Tribunal, no podría concluirse que se ha establecido la existencia de la infracción de forma suficiente en Derecho; especialmente cuando estamos ante procedimientos de anulación de una decisión que impone una multa[259].

V. La disuasión como finalidad de las autoridades de competencia: su preminencia, tanto en la labor de promoción como en la labor de defensa de la competencia, sobre la tesis de la retribución o la tesis de la rehabilitación

Es innegable que el escenario óptimo es aquel en el que no se infringe la normativa sobre competencia. Por ello, y para procurar que los operadores económicos se acojan a lo dispuesto en ella, se han establecido una serie de mecanismos –principalmente sanciones–, aunque cada vez va adquiriendo más notoriedad la labor de *advocacy*.

La labor de promoción tiene una clara finalidad disuasoria por su propia naturaleza educativa, por lo que, con relación a ella, no es necesario detenerse más justificando la preminencia de dicho carácter disuasorio.

Sobre la labor de defensa de la competencia, externalizada a través de la potestad sancionadora de las autoridades de competencia, pueden albergarse más dudas acerca de

---

Por los tribunales europeos se ha analizado, por ejemplo, en la STG (Sala Segunda ampliada) de 10 de noviembre de 2017, asunto T-180/15 - Icap y otros v. Comisión [2017] RJE 0000 ap 116.

[257] SAN 946/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 22 de febrero de 2012, FJ. 4

[258] STG (Sala Octava) de 15 de diciembre de 2010, asunto T-141/08, *E.On Energie AG v. Comisión* [2010] RJE II-5761, ap. 51; STPI (Sala Cuarta) de 27 de septiembre de 2006, asuntos acumulados T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP, *Dresdener Bank AG y otros v. Comisión* [2006] RJE II-3567, ap. 60; STJ de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, *United Brands y otros v. Comisión* [1978] RJE 207, ap. 265.

[259] Conclusiones del AG Bot enviada el 21 de junio de 2012, en el asunto C-89/11, *E.ON Energie AG v Comisión*, ap. 19; véase también STG (Sala Quinta), de 29 de junio de 2012, asunto T-360/09, *E.On Ruhrgas y E.ON v. Comisión* [2012] RJE I-000, ap. 176; STG (Sala Octava) de 24 de marzo de 2011, asunto T-385/06, *Aalberts Industries y otros v. Comisión* [2011] RJE II-1223, ap. 44; STG (Sala Quinta) de 13 de julio de 2011, asunto T-45/07, *Unipetrol v. Comisión* [2011] RJE II-4629, ap. 48; STG (Sala Octava) de 15 de diciembre de 2010, asunto T-141/08, *E.On Energie AG v. Comisión* [2010] RJE II-5761, ap. 51.

la finalidad que persigue el legislador al decidir recoger una medida y no otra para ejercitar esa labor de defensa. Existen principalmente tres teorías que justifican la sanción: disuasión, retribución y rehabilitación[260]. Adelantaremos, no obstante, que tanto en el sistema español como en el europeo, el objetivo principal será lograr la disuasión.

Estas tres teorías deben ordenarse jerárquicamente porque, aunque no es necesario seguir una lógica única, un enfoque de *pick-and-mix* resultaría inapropiado[261].

De las tres, la disuasión es la teoría legal-económica más comúnmente aceptada que justifica tanto la aprobación de leyes de competencia, como la base práctica de las sanciones en este ámbito en la mayoría de las jurisdicciones del mundo[262]. De hecho, compartimos la afirmación de BUCCIROSSI y SPAGNOLO al argumentar que las leyes de competencia existen para disuadir los cárteles y, por tanto, para proteger y promover la competencia en todas las industrias, ahora y en el futuro[263].

La disuasión mira al futuro intentando que no se produzcan conductas anticompetitivas ni por el mismo infractor, ni por otros que puedan verse tentados a ello

[260] No todos los países prevén el mismo tipo de normas y sanciones para quienes obstaculizan la competencia. Para un análisis sobre lo que entienden diferentes países como sanciones adecuadas véase CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. *Compilation of the responses to the UNCTAD questionnaire*. Ed. United Nations Conference on Trade and Development, Geneva, 2010

[261] LITTLE, D. R. "The case for a primary…", *op cit*, p. 61

[262] La importancia de la disuasión queda reflejada en el hecho de que un sistema de defensa de la competencia se considerará ineficaz, si es incapaz de disuadir suficientemente las conductas anticompetitivas. BACHES, S. "La prohibición de contratar con las administraciones públicas por infracciones del derecho de la competencia", en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 309/2018, parte varia, 2018.

Véase, en el mismo sentido, HARDING, C. "Cartel deterrence: the search for evidence and argument", en *The Antitrust Bulletin*, Vol. 56, nº 2, verano 2011, pp. 345-376; CONNOR, J. M. "Global antitrust prosecutions of…", *op cit*, p. 239; Sin embargo, sólo cumplirá esa función disuasoria si disminuye la tasa de formación de cárteles, acorta su esperanza de vida y disminuye su impacto en los precios de mercado y el bienestar del consumidor. BOLOTOVA, Y. y CONNOR, J. M. "Cartel sanctions: an empirical analysis", *op cit*, p. 2; «en aquellos sectores en los que se pueda achacar la aparición de prácticas anticompetitivas a la falta de una verdadera tradición competitiva, sería esperable que la actividad sancionadora tuviera un efecto de disciplina» ALONSO NUEZ, M. J. Y ROSELL MARTÍNEZ, J. "Desregulación y política de competencia. Un análisis empírico", en *El trimestre económico*, Vol. 78-1, nº 309, enero-marzo 2011, p. 102.; MARCO COLINO, S. "El valor disuasorio de las sanciones impuestas a los cárteles en el Derecho español de la competencia", en PORRAS BELARRA, J.; MAÍLLO GONZÁLEZ O. Y JERÓNIMO, BENEYTO PÉREZ, J. M. (Eds), *La Lucha contra los Cárteles en España.* Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

En España, sirva de ejemplo la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte S/0454/12 - *Transporte frigorífico*, de 25 de junio de 2015, en cuyo Fundamento de Derecho 8º se refiere a «la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora» y la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0471/13 - *Concesionarios Audi/Seat/VW*, de 28 de mayo de 2015.

[263] Este objetivo se persigue tanto en nuestro sistema, como en otros tales como el norteamericano. BUCCIROSSI, P. y SPAGNOLO G. "Optimal fines in the era of whistleblowers. Should price fixers still go to prison?", en *Lear Research Paper*, nº. 05-01, diciembre 2005, p. 13.

(ámbitos especial y general, respectivamente)[264]. Las sanciones deben generar en la práctica un riesgo suficientemente elevado para las empresas que les lleve a frenar o paralizar sus acciones infractoras por miedo a las sanciones que les pudieran ser impuestas[265].

La voluntad de la autoridad de competencia nacional de dar importancia al carácter disuasorio se puede observar en numerosas resoluciones, dado que en una amplia mayoría de ellas refleja dicho objetivo en sus Fundamentos de Derecho. Sirvan de ejemplo: *Transportes Barcelona*[266], *PROPOLLO*[267], *Colegio de Odontólogos*

[264] Como recogen LIANOS, JENNY, WAGNER *et al* "Specific deterrence can be defined as the impact of the remedy or penalty on the incentives of those apprehended (the infringers) to adopt similar illegal behaviour in the future. General deterrence focuses on the public at large" en LIANOS, I., JENNY, F., WAGNER VON PAPP, F., *et al* "An Optimal and Just Financial Penalties…", *op cit*, p. 18.; no obstante, y como recoge WERDEN, a diferencia de lo que sucede con otras infracciones, cuando estamos ante conductas colusorias es más importante la disuasión general. WERDEN, G. J. "Sanctioning cartel activity…", *op cit*, pp. 19-36.

[265] Además, se considera que el efecto disuasorio de las sanciones puede llegar a ser incluso más importante que el trabajo de las autoridades de competencia DON, H.; KEMP, R. y VAN SINDEREN, J. "Measuring the economic effects of competition law enforcement" en *De Economist*, nº 156-4, diciembre 2008, p. 346; BERGMAN, M. A. "Quis custodiet ipsos custodes? Or measuring and evaluating the effectiveness of competition enforcement" en *De Economist*, Vol. 156, nº 4, diciembre 2008, p. 406.

[266] En *Transportes Barcelona* se recoge, a la hora de establecer la sanción que: «el importe de la multa debe reflejar la gravedad de la conducta, la importancia de los mercados afectados sobre la economía en su conjunto y el efecto que este tipo de conductas produce. Por ello, debe basarse en criterios que aseguren la debida proporcionalidad entre la sanción y la conducta y logren el efecto disuasorio que toda sanción persigue». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 623/07 – *Tranportes Barcelona*, de 1 de abril de 2008, FJ. 13.

[267] En *PROPOLLO* se dice claramente que «el objeto del expediente [es] disuadir a las asociaciones de la realización de este tipo de actuaciones». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0044/08 – *Propollo* de 29 de septiembre de 2009, FJ. 8

Se añade en el asunto *Iberdrola* que «Este efecto disuasorio se consigue aproximando el importe de la sanción al exceso de ingreso obtenido en restricciones con respecto al que se hubiera obtenido de colocar esa misma cantidad en el mercado en condiciones supuestamente competitivas» Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 624/07 – *Iberdrola* de 14 de febrero de 2008, FJ 12; en el mismo sentido Resoluciones del Consejo de la CNC en el Expte. S/0086/08 – *Peluquería Profesional* de 2 de marzo de 2011, FJ. 12 y en el Expte. S/0003/07 – *E.On* de 8 de noviembre de 2011, FJ 5.

Estomatólogos de Las Palmas[268], *Licitaciones de Carreteras*[269], *Espuma de Poliuretano*[270], *Manipulado de papel*[271], *Gestión residuos sanitarios*[272] o, más recientemente, *Atresmedia/Mediaset*[273].

La práctica de la UE también busca la disuasión a través de su sistema sancionador[274]. Este objetivo queda confirmado, tanto por las resoluciones de la Comisión

[268] En *Colegio de Odontólogos Estomatólogos de Las Palmas* se recuerda que las sanciones deben ser «suficientemente disuasorias para que al infractor [no] le resulte o pueda resultarle más beneficiosa, en términos económicos, el pago de la multa o sanción, que la cesación de la conducta *in se*». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte 635/07 - *Colegio de Odontólogos Estomatólogos de Las Palmas* de 27 de diciembre de 2007, FJ 4.

Por ello, la sanción «debe basarse en criterios que aseguren la debida proporcionalidad entre la sanción y la conducta y logren el efecto disuasorio que toda sanción persigue. Principios, éstos, que son también los propios de la legislación general, que, además, resulta supletoria, y más en concreto el principio de proporcionalidad […] las sanciones pecuniarias deberán prever que la comisión de una infracción no resulte para el infractor más beneficioso que el cumplimiento de las normas infringidas» Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 624/07 – *Iberdrola* de 14 de febrero de 2008 FJ. 12.

En el mismo sentido, Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0060/08 – *Sintrabi* de 26 de octubre de 2011, FJ 7; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0155/09 – *Stanpa* de 7 de febrero de 2011, FJ 9; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0305/10 - *Uvas denominación origen Valdepeñas* de 29 de noviembre de 2012, FJ 6; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte S/0454/12 - *Transporte frigorífico*, de 25 de junio de 2015, FJ 8; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0471/13 - *Concesionarios Audi/Seat/VW*, de 28 de mayo de 2015, FJ 8.

[269] En *Licitaciones de Carreteras*, en Consejo explica que «se trata de evitar que la sanción no pueda ser en ningún caso inferior al beneficio ilícito obtenido y asegurar su carácter disuasorio». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0226/10 – *Licitaciones de Carreteras*, de 19 de octubre de 2011, FJ 7.

[270] En *Espuma de Poliuretano*, se señala que la situación de crisis «afecta a muchos de los clientes de las infractoras a lo que debe sumarse el daño que las infracciones de cartel provocan en consumidores y clientes de las empresas que coluden, de ahí que sea necesario adoptar medidas disuasorias para erradicar este tipo de prácticas». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0342/11– *Espuma de Poliuretano*, de 28 de febrero de 2013, FJ 7.

[271] En *Manipulado de papel* se recuerda que el cálculo de la multa contemplado en la Comunicación sobre sanciones pretende cumplir «con los principios de proporcionalidad y disuasión que se espera de las mismas y que el Tribunal Supremo ha recordado en numerosas sentencias (entre otras, de 24 de noviembre de 1987, 23 de octubre de 1989, 14 de mayo de 1990 y 15 de julio de 2002)». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0343/11 – *Manipulado de papel,* de 15 de febrero de 2013, FJ 6.

En el mismo sentido, en *Devir Iberia* y en *Autores literarios medios audiovisuales* el Consejo de la CNC recoge que la multa debe imponerse «con el propósito de que la cuantía de la sanción respete los principios de proporcionalidad y disuasión que informan el régimen sancionador de competencia» Resoluciones del Consejo de la CNC en el Expte. S/0309/10 – *Devir Iberia* de 18 de octubre de 2012, FJ. 6 y en el Expte. S/0371/11 - *Autores literarios medios audiovisuales* de 3 de octubre de 2012, FJ. 5.

[272] En *Gestión residuos sanitarios*, el Consejo de la CNC, señala que «por lo que se refiere al pacto de no competencia de que es responsable CESPA, por su solo existencia dicho pacto merece reproche y una multa que disuada de acciones similares». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0014/07 - *Gestión residuos sanitarios*, de 18 de enero de 2010, FJ. 11.

[273] En *Atresmedia/Mediaset* señala la Sala de Competencia de la CNMC que «para realizar cualquier valoración de la proporcionalidad de la sanción es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que cada entidad infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes, y aplicarle un factor incremental de disuasión» Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0617/17 - *Atresmedia/Mediaset*, de 12 de noviembre de 2019, FJ 6.

[274] «Fines against companies are exclusively set as a deterrent against cartels: there are no treble damages» ITALIENER, A. "Fighting cartels in Europe and the US: different systems, common goals", en

Europea y las sentencias de los tribunales europeos, como por el lenguaje utilizado en sus Directrices para la imposición de multas[275]. En sus decisiones, cada vez que recurre a la aplicación de un "importe de entrada", está procediendo a imponer «un importe adicional a la base de la sanción para disuadir a las empresas de participar en prácticas de coordinación de precios», como se recoge, entre otras, en *Steel abrasives*[276]. A dicha tasa debe añadírsele la posibilidad de incrementar la sanción a través de lo que tanto las Directrices, como la propia Comisión Europea denominan «incremento específico para garantizar un efecto disuasorio»[277].

Annual Conference of the International Bar Association (IBA) Boston, 9 de octubre de 2013, **http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_09_en.pdf** (Último acceso: 06.05.2020); «la Comisión Europea en la imposición de sanciones se rige por unos criterios claramente encaminados a potenciar el efecto disuasorio de las sanciones». WARD, A. y HERNÁNDEZ SASETA, C. "Clemencia y sanciones" en BACHES OPI, S. (Coord). *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación*, Ed. La Ley, Madrid, noviembre 2010, p. 6; «imposing fines that have a deterrent effect is a legitimate objective of Regulation 1/2003 and, more generally, the Union's competition policy», en GILLIAMS, H. "Proportionality of EU Competition Fines…", *op cit*, p. 3.

[275] COMISIÓN EUROPEA. Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003. DOUE C 210/02, de 1 de septiembre de 2006.

En las Directrices europeas de 2006 se puede apreciar esta finalidad disuasoria en los siguientes apartados:

- Apartado 4: «la Comisión debe velar por el carácter disuasorio de su actuación» y «procede fijar las multas en un nivel suficientemente disuasorio, no sólo para sancionar a las empresas en cuestión (efecto disuasorio específico), sino también para disuadir a otras empresas de adoptar o mantener conductas contrarias a los artículos 81 y 82 del Tratado (efecto disuasorio general)».

- Apartado 7: «Asimismo, se considera conveniente incluir en la multa un importe específico, independiente de la duración de la infracción, con el fin de disuadir a las empresas de iniciar siquiera conductas ilícitas».

- Apartado 25: «Además, independientemente de la duración de la participación de una empresa en la infracción, la Comisión incluirá en el importe de base una suma comprendida entre el 15 % y el 25 % del valor de las ventas, tal y como se define en la sección A anterior con el fin de disuadir a las empresas incluso de participar en acuerdos horizontales de fijación de precios, de reparto de mercados y de limitación de la producción. La Comisión podrá aplicar también este importe adicional en el caso de otras infracciones».

- Apartado 30: «La Comisión prestará especial atención a la necesidad de garantizar que las multas presenten un efecto suficientemente disuasorio».

Apartado 37: «Aunque las presentes Directrices exponen la metodología general para la fijación de las multas, las características específicas de un determinado asunto o la necesidad de alcanzar un nivel disuasorio en un caso particular podrán justificar que la Comisión se aparte de esta metodología o de los límites fijados en el punto 21».

[276] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39792 – *Steel Abrasives*, de 2 de abril de 2014.

Este importe de entrada ha sido del 25%, por ejemplo, en la Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39406 - *Marine Hoses*, de 28 de enero de 2009, del 15% en la Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/139611 - *Water Management Products*, de 27 de junio de 2012 y del 16% en la Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40136 — *Capacitors*, de 21 de marzo de 2018.

[277] Así, por ejemplo, en el asunto *Capacitors*, la Comisión Europea aplicó un «incremento específico para garantizar un efecto disuasorio» del 1,2 a Sanyo. Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40136 — *Capacitors*, de 21 de marzo de 2018

Por otra parte, el Tribunal General ha señalado que «según constante jurisprudencia, la disuasión constituye una finalidad de la multa y una exigencia general que guía a la Comisión durante toda la fase de cálculo de ésta»[278].

Además, en este sentido se han expresado los anteriores comisarios del Directorio de Competencia de la Unión Europea, NEELIE KROES (2004-2010)[279] y JOAQUÍN ALMUNIA (2010-2014) [280] y esta idea sigue aún vigente en las declaraciones de la actual comisaria de competencia MARGRETHE VESTAGER[281].

Ahora bien, aunque se acepte la disuasión como finalidad preeminente, no debe entenderse como objetivo absoluto. Prueba de ello es que, como hemos demostrado en el apartado anterior, deberá sujetarse a unos límites.

De ahí que la principal crítica que la perspectiva de la disuasión puede sufrir es el argumento Kantiano de que los individuos no deben ser castigados con el fin de transmitir un mensaje a una audiencia más amplia. Es cierto que en la mayoría de los casos es una empresa quien resulta sancionada, y una empresa no es más que una entidad puramente legal que comprende un nexo de contratos individuales en lugar de una persona física[282]. Sin embargo, también es verdad que las sanciones que se les impongan deberán ser

[278] STG (Sala Segunda) de 27 de marzo de 2014, asunto T-56/09, *Saint-Gobain Glass France y otros v. Comisión* [2014] TJE 0000, ap. 380.

En el mismo sentido, se pronuncia el Tribunal de Justicia señalado que la Comisión debe velar por el carácter disuasorio de su actuación en la STJ de 7 de junio de 1983, asuntos acumulados 100 a 103/80, *Musique Diffusión française y otros v. Comisión* [1983] RJE 1825, ap. 106

[279] NEELIE KROES se pronunción en este sentido, por ejemplo, haciendo referencia a la multa impuesta por la Comisión Europea en el asunto *Flat Glass,* sobre el que recogió que «lo importante es que la multa en su conjunto sea suficiente para disuadir, de tal forma que ninguna de estas empresas se vea tentada a infringir las normas de nuevo» Traducción propia. Original: «the important thing is that the fine as a whole is sufficiently deterrent, so that none of these companies will be tempted to infringe the rules again.», en Financial Times, 29 de noviembre de 2007 en MEROLA, M. Y WAELBROECK, D. *Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe: Time for a Review of Regulation 1/2003?,* Ed. Bruylant, 2009, p. 213.

[280] Así lo señaló en el discurso a través del que hizo balance de sus cinco años como comisario de la Unión Europea en el Directorio de Competencia, expresó que «nuestro enfoque general es disuadir a través de multas y usar nuestro programa de clemencia para animar a las empresas a cooperar con nosotros para descubrir e investigar los cárteles». Traducción propia. Original: «Our general approach is to deter through fines and use our leniency programme to encourage companies to cooperate with us to uncover and investigate cartels» ALMUNIA, J. "Looking back at five years of competition enforcement in the EU European Commission" en *European Commission Press Releases database*, nº SPEECH/14/588, 10 de septiembre de 2014.

[281] Véase, a modo de ejemplo, la entrevista realizada a MARGRETHE VESTAGER y publicada en COMISIÓN EUROPEA. *EU competition policy in action*, ed. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016, p. 9. Ella señala cómo las multas deben ser utilizadas para disuadir a las empresas de verse envueltas en conductas anticompetitivas. En concreto, a la pregunta de cuál es el acercamiento estratégico de las multas responde lo siguiente: «The ultimate aim of our cartels and antitrust policies is not to levy fines. In a perfect world, there would be no need for fines at all because everyone would follow the rules. But until that degree of compliance is achieved, the Commission and national authorities in the European Competition Network will have to use fines to sanction infringers. Fines must deter others from engaging in anticompetitive conduct and they should of course also be proportionate».

[282] LITTLE, D. R. "The case for a primary…", *op cit*, p. 39.

proporcionales a la infracción cometida y ajustarse a todas las circunstancias concurrentes.

La segunda limitación que debe tenerse presente es la dificultad de medir el efecto disuasorio de la normativa. Es prácticamente imposible o particularmente difícil conocer cómo se hubiera comportado una empresa o grupo de empresas en ausencia de la normativa de competencia o con una legislación y práctica diferentes[283]. Es por ello que, en caso de duda, debe aplicarse el principio *in dubio pro reo*.

Al hacer referencia a la preeminencia de la disuasión sobre las otras teorías –retributiva y rehabilitadora–, es necesario detenernos en ellas para analizar hasta qué punto pueden jugar un papel en la actividad sancionadora de la autoridad de competencia.

Como hemos venido anunciando, la segunda teoría que podría justificar la potestad sancionadora de la autoridad de competencia es la teoría retributiva (punitiva o de castigo)[284]. Esta teoría mira al pasado y justifica la sanción por el hecho cometido[285].

En Derecho de la competencia, la intención de asegurar el cumplimiento general de las normas de competencia, sobre todo cuando la infracción es intencionada, sugiere que a veces se tenga en cuenta también esta finalidad de la sanción. Así, por ejemplo, en la práctica de la UE, el Tribunal de Justicia declaró en *Chemiefarma v Comisión* que las multas tienen por objetivo tanto reprimir la conducta ilegal, como evitar que se repitan[286]. En España, la Dirección de Investigación de la CNC ha manifestado en alguna ocasión que el objetivo del expediente que se estaba tramitando era ejemplificar, de tal manera que al aludir al importe de la sanción lo relevante «es que se ponga de manifiesto la ilicitud de la misma»[287]. No obstante, una evidencia de que no busca ejemplificar con carácter general a través de sanciones de cuantía elevada, la encontramos el caso de *Centrica Hidrocantábrico* donde la sanción únicamente supuso el 0,0391% de los ingresos ordinarios[288].

[283] HUSCHELRATH, K.; LEHEYDA, N. y BESCHORNER, P. "The deterrent effect of antitrust sanctions: evidence from Switzerland", en *The Antitrust Bulletin*, Vol. 56, nº 2, verano 2011, p. 430.

[284] Algunos autores entienden la retribución como la razón principal que justifica la sanción en casos de cártel, y la disuasión como la justificación para ajustar las multas LITTLE, D. R. "The case for a primary…", *op cit*, p. 61

[285] De acuerdo con FALCÓN Y TELLA, se basa «en la noción de merecimiento y justicia, en la idea de la libertad de la voluntad humana: es justo y merecido que el hombre pague por sus delitos si era libre a la hora de cometerlos y en un mal uso de esta libertad decidió realizarlos». FALCÓN Y TELLA, F. "Educación, derechos y sanción: entre la retribución y la prevención" en *Diario La Ley*, nº 6401, 17 de enero 2006, p. 2.

[286] STJ 15 de julio de 1970, asunto 41/69, *Chemiefarma v. Comisión* [1970] RJE 661, ap. 173; WILS, W. P. J. *Efficiency and justice in European antitrust enforcement*, Ed. Hart Publishing, 2008, p. 80

[287] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0053/08 – *Fiab y Asociados y Ceopan* de 14 de octubre de 2009, FJ. 9

[288] SAN 1532/2011, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 29 de marzo de 2011, FJ 6

Además, MARÍN QUEMADA ha manifestado que «la multa es la expresión última de un fracaso»[289]. El objetivo de las autoridades de competencia no es perseguir a los operadores económicos, sino ayudarles a que no cometan infracciones. No obstante, el hecho de que el objetivo principal no sea sancionar, no es óbice para que se persigan y sancionen las infracciones de la normativa de acuerdo con la legislación de competencia.

La principal diferencia entre la teoría disuasoria y la retributiva es que la primera interpreta la sanción como un mecanismo de utilidad, en el sentido de que únicamente debe emplearse cuando resulta más provechosa su imposición por su efecto disuasorio, que prescindir de su uso[290].

El motivo de que se considere que esta teoría debe ocupar un plano secundario a la hora de imponer una sanción radica en que, dadas las dificultades de las autoridades de competencia para detectar las conductas anticompetitivas y los importantes perjuicios de difícil reparación que conllevan para los consumidores, es más deseable conseguir un efecto *ex ante* a través de la función pedagógica y de valoración de los costes/beneficios que supone su infracción, que *ex post* a través de la represión[291].

Finalmente, dada la naturaleza de las infracciones anticompetitivas, no se considera que la rehabilitación sea una función que el Derecho de la competencia deba perseguir a través de sanciones. Esta finalidad es más típica de las infracciones penales tradicionales y, en el presente caso, los infractores son personas perfectamente adaptadas e integradas en la sociedad. Además, como ya se ha mencionado, la sanción irá dirigida con carácter general a una persona jurídica, carente de voluntad propia en el sentido estricto de la palabra, puesto que ha de ser suplida por las personas físicas que integran su órgano de dirección.

Por tanto, y aceptando como presupuesto la preeminencia del carácter disuasorio de la actividad sancionadora de las autoridades de competencia sobre la retribución y la rehabilitación, analizaremos los beneficios que se derivan de la consecución del objetivo disuasorio y las dificultades que pueden surgir para lograrlo.

---

[289] MARÍN QUEMADA, J. M. "Discurso de clausura del presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia con motivo de las VII Jornadas Nacionales de Defensa de la Competencia", en *Ficheros CNMC*, Valencia, 11 de abril de 2014.

[290] Señala WHELAN que «deterrence does not attempt to reward those who make the right moral choices and punish those who do not. Rather, it sees punishment as a method of maximising utility, to be employed only when the disutility of imposition is less than the utility to society secured by its deterrent effect». WHELAN, P. M. "A Principled argument for personal criminal sanctions as punishment under EC cartel law" en *Competition Law Review*, Vol. 4, nº 1, noviembre 2007, p. 11

[291] Esto es así porque, como explica WARDHAUGH, «The objective of a public cartel control system is to provide an ex ante deterrent against economic collusion. An ideal public programme sets the expected costs of participating in a cartel to be greater than the benefits; consequently a rational actor will avoid such activity», en WARDHAUGH, B. "Cartel Leniency and Effective Compensation in Europe: The Aftermath of Pfleiderer", en *Queen's University Belfast Law Research Paper*, nº 23, 24 de septiembre de 2013, p. 2.

1. Beneficios de la disuasión para el consumidor, el mercado, el territorio y las autoridades de competencia nacional y europea

De forma previa es importante subrayar que en la presente sección usaremos el término "disuasión" para referirnos, con carácter general, tanto a sus efectos de prevención general –actuación de la sanción sobre la colectividad–, como a los de prevención especial –actuación de la sanción sobre la persona física para evitar la reincidencia–[292].

La disuasión es beneficiosa para el consumidor, para el mercado, para el territorio que evita dichas conductas y para cualquier autoridad de competencia que tenga encomendada la labor de detectar y sanción y estas conductas.

En primer lugar, es beneficiosa para el consumidor porque persuade a las empresas de incurrir en prácticas anticompetitivas.

La disuasión actúa en el momento en el que surge la tentación de llevar a cabo una conducta anticompetitiva. Algunas de las conductas, en especial los cárteles, son "creados", es decir, no es una conducta que de repente "surja espontáneamente". Son el producto de una reflexión deliberada, calmada y, en muchos casos, negociada.

La existencia de las normas que los prohíben pretende influenciar a las empresas que desarrollan dichas conductas anticompetitivas para que prefieran competir en el mercado, pese a las ventajas potenciales de coludir o abusar de una posición de dominio que les permita obtener, por ejemplo, mayores beneficios al subir los precios. No obstante, la tentación de incumplir las normas no desaparecerá. JOAQUÍN ALMUNIA a través de las normas de tráfico, puso un ejemplo muy claro:

> "Sabemos que las normas de tráfico existen por nuestro propio bien, somos perfectamente conscientes del riesgo al que nos exponemos a nosotros mismos y a otros si conducimos demasiado rápido o nos saltamos un semáforo en rojo. Pese a ello, siempre existe la tentación de ignorar los límites de velocidad u otras señales de tráfico"[293]

Por tanto, la finalidad del sistema sancionador será que esta tentación se disuelva a la hora de valorar los riesgos derivados de valorar incurrir en una práctica anticompetitiva.

---

[292] FRESE, M. J. "Fines and damages under EU competition law. Implications of the accumulation of liability", en *World Competition Law and Economics Review*, nº 2011-05, septiembre 2011, p. 5.

[293] Traducción propia. Original: «You know that traffic rules are in your own best interest, you are well aware of the risk to which you expose yourself and others if you drive too fast or through a red light. Nevertheless the temptation is always there to ignore the speed limits or other traffic signs» COMISIÓN EUROPEA. *Compliance matters. What companies can do… op cit*, prólogo.

Una vez que se inicie la conducta anticompetitiva será prácticamente imposible escapar de sus efectos adversos y las víctimas de dicha conducta no podrán autoprotegerse[294]. Incluso un hipotético consumidor "perfecto", *consumer--all-knowing, all-rational, and supremely intelligent*, es vulnerable a las infracciones de la normativa de competencia[295].

Por ello, es importe que exista una normativa adecuada para disuadir estos comportamientos. Si no existieran estas reglas con sus correspondientes sanciones, el juego incontrolado del mercado podría desembocar en la distorsión o incluso en la eliminación de la competencia[296].

En segundo lugar, es positiva para el mercado para evitar la vulneración del proceso competitivo del mercado. En el ámbito económico, la ausencia de conductas anticompetitivas conlleva, entre otros, los siguientes beneficios: precios más bajos, más posibilidades donde elegir, mayor productividad y mayor innovación[297]. Podría pensarse que, una vez detectada y sancionada una conducta, estos beneficios tendrían un impacto inmediato en el mercado porque pasa a ser más competitivo. Así, por ejemplo, tras la sanción, debería producirse una reducción de los precios que, durante el abuso de posición de dominio o el reparto de mercado, habían sido incrementados de manera artificial. Sin embargo, la experiencia práctica demuestra que los precios rara vez alcanzan los niveles que podría presumirse que habrían tenido en caso de que esa conducta no se hubiera producido nunca.

Igualmente, es poco probable que una empresa que no ha invertido en innovación, en el desarrollo de nuevos productos o en mejorar su productividad durante un medio o largo plazo pueda, a corto plazo, adaptar su política económica a la nueva situación competitiva, teniendo en cuenta todas las inversiones y fuertes desembolsos que

[294] BAKER, J. B. "The Case for Antitrust Enforcement" en *SSRN*, 23 de septiembre de 2003, p. 2.

[295] Señalan LANDE y AVERITT que «The model economic consumer--all-knowing, all-rational, and supremely intelligent--is not vulnerable to consumer protection violations. But even this hypothetical "perfect" consumer could be vulnerable to antitrust violations. No consumers, no matter how astute, experienced, or well-informed, can protect themselves against a cartel or illegally acquired monopoly. Except on rare occasions, ultimate consumers have no choice but to deal with a widget cartel or monopoly» LANDE, R. H. y AVERITT, N. W. "Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law" en *Antitrust Law Journal* , nº 65, 1997, p. 6.

[296] Incluso la Comisión Europea reconoce que «in certain circles, infringing the most essential rules of a market economy is still considered a rational way of doing business and maximising revenue» COMISIÓN EUROPEA. *Compliance matters. What companies can do… op cit*., p. 11; Se cree que sin la existencia de la normativa de competencia una parte sustancial de la economía de cada país industrializado estaría completamente cartelizada. LANDE, R. H. y CONNOR, J. M. "Optimal cartel deterrence…", *op cit*, p. 1.

[297] «At its simplest –and it is sensible in considering competition law and policy not to lose sight of the simple propositions- the benefits of competition are lower prices, better products, wider choice and greater efficiency than would be obtained under conditions of monopoly» WHISH, R. y BAILEY, D. *Competition Law*. Ed. Oxford University Press, New York, 7ª edición, 2012, p. 4.

supondría tener que acometer de repente todo aquello que no se ha llevado a cabo durante años.

Por tanto, el objetivo de la normativa de competencia y de la pretendida disuasión no es reducir los beneficios ilícitamente obtenidos a través de las conductas anticompetitivas, sino tratar de evitar o minimizar el daño causado evitando las conductas anticompetitivas[298]. Esto no obsta a que, con la intención de hacer menos rentables estos comportamientos, la multa concreta busque eliminar cualquier beneficio que los infractores hayan podido obtener[299].

Lo que es indiscutible es que la mejor forma de eliminar los perjuicios derivados de la práctica anticompetitiva, así como el mayor beneficio que puede ofrecer la disuasión, es que se previenen los comportamientos que vulneran el proceso competitivo del mercado.

En tercer lugar, debe tenerse en cuenta el beneficio para el territorio que ve protegido el proceso competitivo de su mercado. Es decir, no se protege un proceso abstracto, sino el concreto de un mercado geográfico[300].

Toda normativa de competencia tiene un ámbito de aplicación territorial en cuyo ámbito geográfico pretende evitar el desarrollo de conductas anticompetitivas. Por ello, desde la perspectiva de quien tiene un sistema sancionador fuerte, puede ser considerado ventajoso para dicho sistema el hecho de que se eviten sus fronteras[301]. De esta manera, se estaría evitando dañar la economía local, aún a costa de los perjuicios que puede suponer en otros territorios[302]. Un ejemplo claro de la tensión entre los ámbitos de aplicación global y nacional serían los cárteles de exportación, dado que en algunos

[298] HOUBA, H.; MOTCHENKOVA, E. y WEN, Q. "Antitrust enforcement and marginal deterrence", en *TILEC Discussion Paper*, nº. 2011-056, diciembre 2011, p. 11.

[299] No obstante, últimamente se está haciendo patente que las empresas puede preferir sacrificar un beneficio económico instantáneo a costa de crecer más rápidamente -a través de una conducta anticompetitiva-, lo cual, a largo plazo, les permitiría obtener mayores ganancias que las que hubieran alcanzado de haber competido en el mercado. BHATTACHARYA, S. "Management studies, firm rationality and the law of predatory pricing", en *SSRN*, noviembre 2019.

[300] A este respecto, recordar que el mercado de un producto es diferente al mercado geográfico. El primero, hace referencia a los productos o servicios intercambiables o sustituibles entre sí; el segundo a la "dimensión del mercado" o, dicho con otras palabras, a las zonas que constituyen una fuente de suministro alternativo para los consumidores.

[301] La existencia de un sistema sancionador fuerte no implica que las conductas anticompetitivas vayan a desaparecer, simplemente se trasladarán a otros lugares. STUCKE, M. E. "Morality and Antitrust", en *Columbia Business Law Review*, nº 2006, 2006, p. 470. No obstante, cuantas más dificultades encuentren los potenciales infractores, es menos probable que desarrollen la conducta anticompetitiva.

[302] Las conductas anticompetitivas desarrolladas por empresas occidentales pueden ser especialmente perjudiciales para países que están en vías de desarrollo.

sistemas no se persiguen simplemente porque se ha considerado que no afectan a la economía doméstica[303].

No existe un aspecto concreto de una normativa o del conjunto de un sistema sancionador que haga que los infractores decidan alejarse de un territorio determinado. Son un conjunto de factores los que convertirán a dicho territorio en "evitable" o no. La literatura suele poner a Estados Unidos como ejemplo de país en cuyo territorio se evita llevar a cabo reuniones con finalidades anticompetitivas por miedo a ser descubiertos y enjuiciados en la jurisdicción norteamericana[304]. Autores como WHELAN lo justifican alegando que las sanciones privativas de libertad contempladas bajo la normativa norteamericana son rigurosas, no financieras, no indemnizables y eficaces[305]. De hecho, se ha comprobado que existe un elevado número de personas que huyen de ese territorio antes de haber concluido el procedimiento, convirtiéndose en fugitivos[306].

No obstante, es incorrecto pensar que esto puede ser debido únicamente a la potestad del *Department of Justice* (en adelante, DoJ) para imponer sanciones penales, incluyendo penas privativas de libertad, y que el resto de sistemas debieran emularlo[307]. Son varios los factores que influyen en esta consideración (mayores recursos invertidos, mayores poderes de investigación, sanciones más agresivas…). Por tanto, es necesario tener en cuenta el sistema en su conjunto[308].

En un estudio desarrollado por los Profesores PARKER y NIELSEN se demostró que incrementar las sanciones no significa necesariamente una mayor disuasión[309]. Estos autores contactaron con 2300 empresas australianas para realizar una encuesta sobre su experiencia con el cumplimiento y la aplicación de la normativa de competencia. El

[303] Señala MACCULLOCH que «it will best be able to sanction and punish the domestic element of the cartel, but imposing such penalties has consequences for the domestic economy; particularly if equivalent sanctions are not imposed on equally culpable conspirators outside the jurisdiction» en MACCULLOCH, A. "National criminalisation of international…", *op cit*, p. 8.

[304] CALVANI, T. y CALVANI, T. H. "Cartel sanctions and deterrence" en *The Antitrust Bulletin*, Vol. 56, nº 2, verano 2011, p. 193.; BOSKOVIC, L. R. "The wolfe must die…", *op cit*, pp. 5-6.

[305] WHELAN, P. "Contemplating the future…", *op. cit*, p. 366.

[306] En Estados Unidos, entre 1990 y 2010, de un total de 325 ejecutivos enjuiciados por haber desarrollado cárteles internacionales huyeron aproximadamente 47. A este respecto, puede encontrarse un gráfico que relaciona las acusaciones, las declaraciones de culpabilidad, los archivos de las actuaciones, los fugitivos y otros en CONNOR, J. M. "Cartels portrayed: a 21-year perspective, 1990 to 2010", en *International Cartels Presentation and Audio from AAI Annual Conference*, 23 de junio de 2011, p.27

Como consecuencia, al huir da la impresión de que son culpables, en vez de personas inocentes que no fueron capaces de demostrar su inocencia. CONNOR, J. M. "Private international cartels: effectiveness, welfare, and anticartel enforcement", en *Purdue Agricultural Economics Working Paper*, Vol. 03, nº 12, noviembre 2003, p. 17; LANDE, R. H. y CONNOR, J. M. "Optimal cartel deterrence…", *op cit*, p. 41.

[307] WILKS, S. "The impact of the recession…", *op cit*, p. 4

[308] Puede ser igual de importante el hecho de que el DoJ pueda utilizar métodos de investigación más duros que los de la Comisión Europea, que el que pueda imponer penas privativas de libertad; mejores poderes de investigación aumentarán las posibilidades de detección y sanción. BUCCIROSSI, P. y SPAGNOLO G. "Optimal fines in the …", *op cit*, p. 18

[309] CALVANI, T. y CALVANI, T. H. "Cartel sanctions…", *op cit*, p. 202

resultado fue que las variaciones en el riesgo de ser detectados y las variaciones entre los costes y beneficios de respetar la normativa eran percibidas como más importantes que la severidad de la sanción[310].

Ello significa que a la hora de analizar el nivel de disuasión de un sistema sancionador será necesario analizarlo en su conjunto en lugar de limitarse únicamente al "castigo" impuesto por la autoridad de competencia.

En cuarto lugar, la autoridad de competencia también se beneficia porque se produce un ahorro de costes en la detección, la investigación y la sanción de las prácticas anticompetitivas.

El ahorro de costes para la autoridad de competencia es claro: si el efecto disuasorio del sistema produce que se lleven a cabo menos conductas anticompetitivas, la autoridad de competencia podrá centrar sus esfuerzos en perseguir aquellas que son más graves o más difíciles de detectar, reduciendo los costes que supondría perseguir otros comportamientos más leves o que estén mejor ocultados.

Generalmente, los acuerdos anticompetitivos no se reflejan en documentos escritos, sino que se realizan en reuniones secretas y son extremadamente difíciles de detectar. De hecho, los cárteles –y en especial los que son internacionales– incluyen un refinamiento de técnicas operacionales, una perspectiva global, un pluralismo multicultural, un estilo de liderazgo, un grado de longevidad y una escala operacional que el mundo nunca antes había visto[311].

No obstante, las pymes, que no son conscientes de la ilicitud de sus conductas o que disponen de menos medios para ocultar este tipo de pactos, sí que suelen acostumbrar a dejar más rastros y por ello resultan más detectables, pese a no ser las conductas más perjudiciales para el funcionamiento de la economía[312].

Lo óptimo sería que la autoridad de competencia pudiera investigar todos aquellos mercados en los que hipotéticamente podría estarse produciendo una infracción de la normativa de competencia. Sin embargo, es imposible que una autoridad de competencia

---

[310] Por ello recogen que «draconian sanctions may not be useful if there is little risk of detection and punishment» *Ibid*, p. 202.

[311] CONNOR, J. M. "Private international cartels: effectiveness…", *op cit*, p. 1. Además, hoy en día no existe ninguna duda acerca de que «combating international cartels is one of the central goals of this transnational legal order, and there appears to be greater normative convergence on this antitrust issue than any other among governments» SHAFFER, G. C. y NESBITT, N. H. "Criminalizing cartels…", *op cit*, p. 2.

[312] Señala BERENGUER que «estos cárteles de pequeñas empresas con algunas excepciones (los cárteles entre panaderos han sido frecuentemente sancionados por las autoridades de la competencia y resultan especialmente graves por afectar a un producto de primera necesidad) no resultan ser los más dañinos para el funcionamiento de la economía». BERENGUER FUSTER, L. "Reflexiones en torno al programa de clemencia", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 28, julio-agosto 2012, p. 2.

investigue y persiga todos los casos en los que existen sospechas sobre el incumplimiento de la legislación. La asignación de recursos limitados implica necesariamente el establecimiento de prioridades para la acción administrativa[313].

Por tanto, surge la duda sobre qué es mejor: sancionar las conductas menos lesivas y fácilmente detectables o arriesgarse a tratar de detectar otras que estén mejor escondidas y que sean más difíciles de probar. Para los consumidores, es mejor que sea detectada la que produce mayores efectos adversos; sin embargo, la autoridad de competencia se enfrenta al problema de que, si no consigue sancionarla, puede perder credibilidad por no haber castigado ninguna.

2. Límites de la disuasión: las dificultades para obtener un efecto disuasorio adecuado

El efecto disuasorio de la normativa no será igual de efectivo frente a todos los potenciales infractores, ni será siempre 100% eficaz. Ambas características dependerán, en primer lugar, de la actitud de aquellos a quienes se dirige; y, en segundo lugar, de los errores que puedan producirse en su cálculo.

En primer lugar, respecto de la actitud del infractor frente al riesgo, es necesario evaluar la postura del infractor hacia la sanción en la decisión de llevar a cabo la práctica anticompetitiva.

El sistema sancionador, y la correspondiente adopción de las medidas adecuadas para disuadir el comportamiento ilícito, deben partir de la premisa de que la infracción ha sido fruto de una decisión racional[314]. El progreso psicológico de elección del

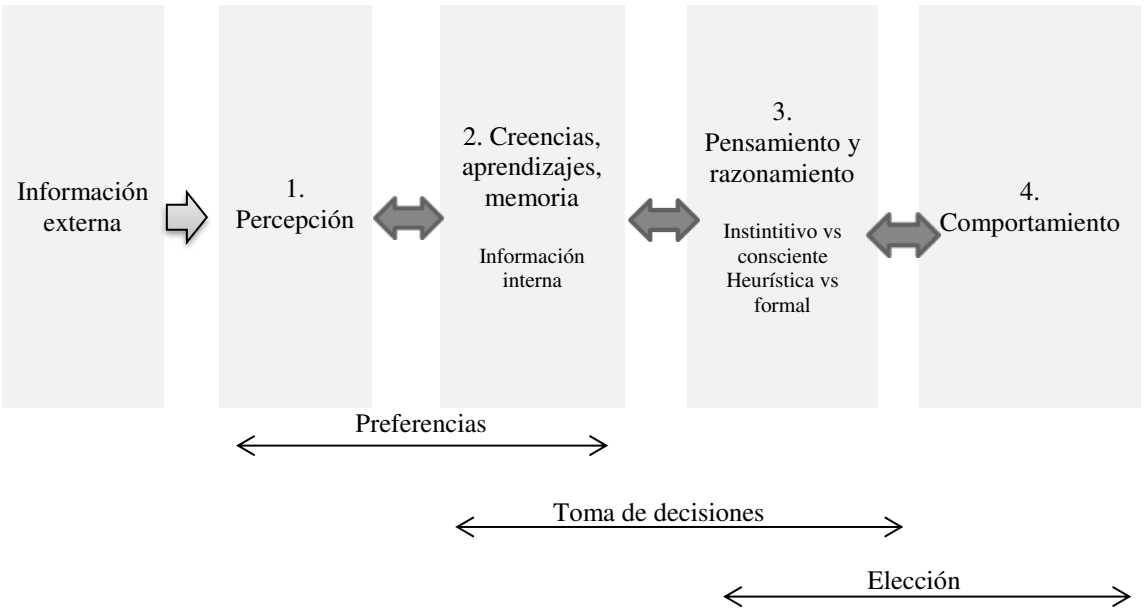
[313] WILS, W. P. J. "Discretion and Prioritisation in Public Antitrust Enforcement, in particular EU antitrust enforcement.", en *World Competition: Law and Economics Review*, nº 3, Vol. 34, septiembre 2011, p. 27; «antitrust enforcement becomes interesting because in real situations the authority has informational constraints, limited resources and bounded penalties», en POLO, M. "The Optimal Prudential Deterrence of Price Fixing Agreements", en *IGIER Working Paper*, nº. 120, noviembre 1997, p. 2.

[314] COMBE, E. y MONNIER, C. "Fines against hard core cartels…", *op cit*, p. 245.; «firms are rational profit-maximizers, endeavoring to make as much profit as they can. Since their profits come from sales, they must be attuned to shifts in consumer demand, the need for new products, the actions of their rivals, and the possibility of making greater profits in some new market. And they must respond correctly to all of these forces if they are to become and remain profitable» DEVLIN, A. J. y JACOBS, M. S. "The Empty Promise of Behavioral Antitrust", en *SSRN*, septiembre 2013, p. 2.; este proceso racional no tiene por qué ir dirigido a aumentar los beneficios, puede tener cualquier otro objetivo. Como recogen Whish y Bailey «Directors of a company may not think that earning large profits for their shareholders is the most important consideration they face: they may be more interested to see the size of their business empire grow or to indulge themselves in the quiet life that monopolists may enjoy» WHISH, R. y BAILEY, D. *Competition Law, op cit*, p. 8. En el mismo sentido, GUNNAR, N. "Behavioural economics, competition and remedy design", en *Oxera*, noviembre 2010, p. 2.

Merece la pena destacar el análisis sobre los sesgos conscientes o inconscientes que pueden llevar a cometer una conducta anticompetitiva, a raíz de una de las sanciones impuestas a Google por la Comisión Europea en BERGKAMP, P. A. "The European Commission's Google Shopping decision. Could bias have

comportamiento que desarrollará el infractor podría resumirse esquemáticamente de la siguiente manera:

Esquema 3. Representación simplificada de los procesos psicológicos cognitivos y conductuales involucrados en la elección.



FUENTE: GUNNAR, N. "Behavioural economics, competition and remedy design", noviembre 2010, p. 2.

Esta racionalidad causa que la disuasión esté influenciada por las actitudes del infractor hacia el riesgo[315]. A su vez, esta actitud está influenciada por factores externos (pasos 1 y 2 del esquema) e internos (paso 3).

Externamente, este umbral de riesgo en el que las empresas pueden estar dispuestas a moverse –actitud positiva frente al riesgo– no se mantendrá estable a lo largo del tiempo. En general, las principales variables son la situación financiera de la empresa, la actitud de su alta dirección, el comportamiento de otros competidores y el nivel de incertidumbre económica en el mercado[316]. Así, por ejemplo, las empresas serán más proclives a adoptar estrategias de negocio que supongan un riesgo alto de ser sancionadas –ejemplo: un reparto de mercado– durante los períodos de incertidumbre económica[317].

anything to do with it?" en *Maastricht journal of European and comparative law*, vol. 26, nº 4, 2019, pp. 524-539

[315] BLAIR, R. D. y PIETTE DURRANCE, C. "Antitrust sanctions: deterrence and (possibly) overdeterrence.", en *The Antitrust Bulletin*, nº. 3, Vol. 53, otoño 2008, p. 650

[316] GERADIN, D. "The EU competition law fining system…", *op cit*, p. 32.

[317] LITTLE, D. R. "The case for a primary…", *op cit*, p. 54

De esta manera estarían logrando artificialmente una seguridad que no les proporciona el mercado.

Internamente, se puede distinguir entre quienes se apartan del riesgo, quienes son neutrales y quienes buscan ese riesgo[318]. Los primeros, a quienes no les gusta el riesgo, únicamente estarán dispuestos a correrlo si les resulta "rentable". Los segundos, por el contrario, sólo serán disuadidos si, tomando el promedio de infracciones competitivas, éstas no resultan rentables en términos económicos y de utilidad[319]. Finalmente, para los terceros, no es necesario que la infracción resulte beneficiosa en términos monetarios[320]. Consecuentemente, quienes se aparten del riesgo se verán disuadidos por una pena inferior de la normalmente contenida en los modelos económicos, mientras que quienes lo buscan necesitarán sanciones más elevadas[321]. Estas diferentes actitudes frente al riesgo serán de importancia a la hora de tener en cuenta circunstancias atenuantes y agravantes. Así, la reincidencia puede ser una señal de que el infractor tiene tendencia a buscar el riesgo y, por ello, para ser disuadido, merece una sanción más elevada[322]. Sin embargo, para establecer el nivel medio de las multas o el tipo de sanción adecuado, la actitud del infractor será una dificultad añadida dado que es imposible predecir de manera individualizada la postura que un infractor concreto tiene frente a la sanción.

En segundo lugar, el efecto disuasorio está limitada por la respuesta de la autoridad de competencia frente a una práctica anticompetitiva, debido a que pueden producirse errores en el cálculo del nivel de disuasión necesario para proteger el proceso competitivo del mercado.

---

[318] Con carácter general los cartelistas buscarán el riesgo porque cuando deciden desarrollar un acuerdo anticompetitivo saben que se arriesgan a ser detectados y sancionados; incluso en las jurisdicciones en las que saben que se arriesgan a penas privativas de libertad. BLAIR, R. D. y PIETTE DURRANCE, C. "Antitrust sanctions…", *op cit*, p. 649.

[319] *Ibid*, p. 647.

[320] *Ibid*, p. 649.

En otras palabras «The fact that crime does not pay does not mean that there will be no violations. Some risk-seekers may still want to engage into violations on the off-chance that they might escape punishment (just like the fact that the expected gain from buying a lottery ticket is negative does not deter some people from buying lottery tickets but discourages risk averse people from doing so). But the number of violations will definitely be smaller than it would have been if the level of sanctions had been such that "crime pays"». LIANOS, I., JENNY, F., WAGNER VON PAPP, F., et al "An Optimal and Just Financial Penalties…", *op cit*, pp. 28-29.

[321] WHELAN, P. M. "A Principled argument for…", *op cit*, p. 13

[322] La reincidencia puede tener causa en motivos psicológicos. A este respecto, señala CONNOR lo siguiente: «The psychopath is defined by an uninhibited gratification in deviant, criminal, or aggressive impulses and the inability to learn from past mistakes. Individuals with this disorder gain satisfaction through their antisocial behavior and lack remorse for their actions» CONNOR, J. M. "Recidivism Revealed: Private International Cartels 1991-2009" en *SSRN*, 25 de septiembre de 2010, p. 4

Existe amplio consenso acerca de que la disuasión completa ni es deseable, ni es posible[323]. Por ello, con el objetivo de disuadir, no se puede ni considerar detectada, ni sancionar toda aquella conducta que tenga un matiz anticompetitivo. En caso contrario nos podemos encontrar con lo que se conoce como "errores de tipo I, II y III".

En general, los errores en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia dañan el bienestar social (1) directamente, mediante la adopción de decisiones erróneas e (2) indirectamente, a través de la consiguiente reducción del efecto disuasorio de las multas[324]. Por ello es necesario saber reconocer los tipos de errores que existen para tratar de evitarlos.

Cuando nos referimos a los errores de tipo I, estamos hablando de los problemas de sobredisuasión, la cual, según algunos autores, es un supuesto más teórico que frecuente[325]. Implica que las corporaciones evitan conductas beneficiosas por miedo a ser sancionadas, de tal forma que terminan con un exceso de inversión en la prevención de la colusión. No obstante, según un estudio llevado a cabo por COMBE Y MONNIER, al menos la mitad de las empresas terminan con un beneficio neto positivo tras la sanción por la colusión[326]. Por tanto, en la práctica, al menos si analizamos la política sancionadora de la Comisión Europea, está muy lejos de tener ese efecto de sobredisuasión.

Los errores de tipo II son todo lo contrario. Se trata de problemas de insuficiente disuasión, lo que provoca un enriquecimiento injusto de las empresas y una ineficiencia asignativa de recursos[327]. Únicamente no se produciría esta ineficiencia asignativa en las raras situaciones en las que la demanda del producto objeto de la violación fuera completamente inelástica.

---

[323] COMBE, E. y MONNIER, C. "Fines against hard core cartels…", *op cit*, p. 266; GERADIN, D. "Antitrust Compliance Programmes…", *op cit*, p. 14.; WILS, W. P. J. "Antitrust Compliance Programmes…", *op cit*, p. 21.

[324] HÜSCHELRATH, K. y PEYER, S. "Public and Private Enforcement of Competition Law - A Differentiated Approach", en *ZEW - Centre for European Economic Research Discussion Paper*, nº 29, 2013, p. 12; «As noted originally by Ehlrich and Posner, "due to the inherent ambiguity of language and the limitations of human foresight and knowledge" decision errors will occur, that is, legal rules will in practice suffer from problems of "over-inclusion" (benign actions are prohibited) and "underinclusion" (harmful actions are permitted)», en KATSOULACOS Y. S. y ULPH D. "Welfare-Based Optimal Legal Standards: A Brief Review of Theory and Applications", en LIANOS, I Y KOKKORIS, I. (eds). *The reform of EC competition law: New challenges*. Ed. Kluwer Law International, The Hague, 2010, p. 6.

[325] LANDE, R. H. y CONNOR, J. M. "Optimal cartel deterrence…", *op cit*, p. 17.

[326] COMBE, E. y MONNIER, C. "Fines against hard core cartels…", *op cit,* p. 259.

[327] Los cárteles generan la ineficiencia asignativa reduciendo la producción para aumentar el precio de mercado. De esta manera se obliga a los consumidores a pagar más por los productos. LESLIE, C. R. "Trust, Distrust, and Antitrust", en *Texas Law Review*, nº. 3, vol. 82, febrero 2004, p. 517; «According to Chicago-School thinking, type I errors pose a greater threat to welfare than type II errors because it is believed that the markets will self-correct the latter type of error. Error costs are likely to increase if less precise information is available to decision makers» HÜSCHELRATH, K. y PEYER, S. "Public and Private Enforcement…", *op cit*, p. 11.

Finalmente, los errores de tipo III aparecen cuando el sistema creado conduce a un aumento de costes para las empresas, los consumidores, las autoridades o para quienes toman las decisiones. Ello incluye: los gastos de litigio, los costes derivados de los retrasos, los efectos indeseables de la incertidumbre empresarial, costos adicionales para los contribuyentes, etc.[328].

En conclusión, es primordial que la autoridad de competencia pondere, en su acción disuasoria, los beneficios que se derivarán, tanto para los consumidores, para el mercado y para el territorio, de la reprobación adecuada de la práctica anticompetitiva por medio de la sanción, absteniéndose de incurrir en alguno de los errores de disuasión descritos, que, lejos de proteger el proceso competitivo del mercado, son susceptibles de dañar el bienestar social.

[328] LANDE, R. H. y CONNOR, J. M. "Optimal cartel deterrence…", *op cit*, pp. 17-18

CAPÍTULO 2 – ANÁLISIS JURÍDICO-PRÁCTICO COMPARADO DE LOS ASPECTOS SUBJETIVOS Y MATERIALES DEL SISTEMA SANCIONADOR ESPAÑOL Y EUROPEO DE DERECHO DE LA COMPETENCIA: LOS ELEMENTOS QUE NECESARIAMENTE DEBEN CONCURRIR PARA CONSIDERAR SUJETO RESPONSABLE A UN INFRACTOR

> «People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices» (Adam Smith, 1723-1790).

I. Introducción

La protección de del proceso competitivo del mercado es el objetivo del Derecho de la competencia en el sistema sancionador español, siendo, en todo caso, la disuasión el instrumento adecuado para lograr esa protección.

En el presente capítulo analizaremos desde un punto de vista jurídico-práctico qué aspectos subjetivos y materiales del sistema sancionador español pueden ser mejorados de cara a lograr una mayor disuasión de las conductas anticompetitivas, a la luz de la práctica competitiva en el ámbito europeo. Para ello es necesario señalar que la coherencia de todo el sistema es de suma importancia, ya que todos los elementos están estrechamente relacionados entre sí, y el cambio de un parámetro es probable que incida en todo el sistema[329].

En primer lugar, analizaremos el órgano encargado de velar por el cumplimiento de la normativa de competencia en el ordenamiento jurídico europeo y en el español, para identificar qué aspectos adolecen de ciertas deficiencias que dificultan la efectividad de la labor disuasoria de las autoridades de competencia –europea, nacional y autonómicas – (II.). Seguidamente, nos detendremos en evaluar la normativa interna de competencia con el objetivo de identificar las deficiencias que, derivadas de la redacción actual de los textos normativos aplicables, condicionan una aplicación unívoca de la normativa de competencia (III.). Y en tercer lugar, examinaremos en qué medida la actual normativa de defensa de la competencia impide que ciertos sujetos infractores sean considerados responsables y, en consecuencia, sancionados por haber infringido la normativa de competencia, así como las dificultades para apreciar la concurrencia del elemento volitivo para fundamentar o, en su caso, modular la imposición de la sanción (IV.); en concreto, analizaremos el caso de las Administraciones públicas, de las sociedades matrices y de las asociaciones.

[329] LIANOS, I., JENNY, F., WAGNER VON PAPP, F., et al "An Optimal and Just Financial Penalties…", *op cit*, p. 25.

II. El órgano sancionador: análisis de la pluralidad de autoridades de competencia que coexisten en el ámbito nacional y europeo

La política de competencia tiene entre sus finalidades la protección del mercado competitivo, es decir, busca promover la competencia, como si de una competición se tratara, de tal forma que las empresas se esfuercen al máximo en beneficio último de los consumidores. Como toda competición, necesitará de (1) reglas competitivas –que identifiquen qué conductas no se pueden desarrollar–, (2) sanciones para los que no actúen conforme a esas reglas y (3) un árbitro independiente que aplique las reglas competitivas y, si fuera necesario, imponga las respectivas sanciones –en este caso, las autoridades de competencia–[330].

La aplicación constante y coherente de la normativa de competencia exige, de un lado, la existencia de un órgano fuerte, capaz de aplicar la normativa de competencia –estatal y/o europea– de manera efectiva, y, de otro, dado que coexiste una pluralidad de autoridades de competencia, la coordinación de todos aquellos organismos que podrían ser competentes para aplicar la normativa de competencia, de tal forma que no surjan discrepancias.

En efecto, una conducta anticompetitiva desarrollada en España puede ser analizada por tres autoridades de competencia diferentes en función de: si trasciende las fronteras y afecta a tres o más Estados miembros (Comisión Europea)[331], si se limita al ámbito estatal (CNMC) o si su afección es meramente autonómica (autoridades autonómicas de competencia).

Teniendo en cuenta esta subdivisión competencial, a continuación, nos referiremos brevemente a las tres autoridades de competencia, empezando por la supranacional, pasando por la autoridad nacional, para terminar con las autonómicas.

En la UE, de acuerdo con el artículo 105 TFEU, será la Comisión Europea la que se encargue de implementar y aplicar la política de competencia[332]. De acuerdo con autores como BAKER, «la Comisión Europea parece claramente haberse convertido en la

[330] RISCOS GÓMEZ, J. F. "La promoción de la Competencia…", *op cit*, diapositiva 32.

[331] Punto 14 de la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia. COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia*. DOUE C 101/03, de 27 de abril de 2004

[332] La Comisión actúa como garante del cumplimiento de los artículos 101 y 102 TFUE y, si detecta que puede haberse cometido una infracción de cualquiera de ambos artículos, iniciará una investigación que podrá terminar con la imposición de una sanción. Véase LIANOS, L. y ANDREANGELI, A. "The European Union", *op cit*, p. 5. No obstante, su labor no es nada fácil. SITTENREICH, M. A. "The Rocky Path for Private Directors General: Procedure, Politics, and the Uncertain Future of EU Antitrust Damages Actions", en *Fordham Law Review*, Vol 78, nº 5, 2010, pp. 2713-2715.

agencia de aplicación de la política de competencia más importante en el mundo»[333]. Por otra parte, los autores norteamericanos, sirva de ejemplo CONNOR, señalan que la Comisión Europea es la segunda autoridad de competencia más fuerte; siendo el Departamento de Justicia norteamericano (*Department of Justice*) la primera[334]. En todo caso, independientemente de su posición –en primer o segundo lugar–, no hay duda de su papel preeminente en el desarrollo de la política de competencia y persecución de las conductas que infringen la normativa. Por ello, las autoridades nacionales de competencia, como la española, podrían buscar inspiración en la práctica de esta autoridad de competencia a la hora de realizar su labor.

La autoridad encargada de resolver los posibles incumplimientos de la normativa de competencia en España es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)[335]. Es la sucesora de la Comisión Nacional de Competencia (en adelante, CNC) y tiene encomendada la función de supervisión y control de todos los mercados y sectores económicos[336].

La CNMC es el resultado de integrar a la CNC con la mayoría de organismos sectoriales, dado que este nuevo organismo integra, con excepción del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a todas las comisiones y organismos de supervisión económica del país: la Comisión Nacional de Competencia (CNC), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), la Comisión Nacional de Energía (CNE), el Comité de Regulación Ferroviaria (CRF), la Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP), la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria (CREA) y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA).

La CNMC entró en funcionamiento el 7 de octubre de 2013, envuelta en numerosas críticas por su fusión con los reguladores sectoriales[337]. Como recoge ALLENDESALAZAR:

---

[333] Traducción propia. Original «the European Commission clearly appears to have become the politically most important competition enforcement agency in the world» BAKER, D. I. "An enduring antitrust divide…", *op cit*, p. 149.

[334] CONNOR, J. M. "Global antitrust prosecutions of..., *op cit*, p. 248.

[335] El iter de aprobación de la Ley de Creación de la CNMC puede encontrarse en MONTERO PASCUAL, J. J. *La Comisión Nacional de los Mercados… op cit*, pp. 57-70.

[336] Artículo 5.1.a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE nº 134, de 5 de junio de 2013.

[337] «Las posiciones contrarias a la unificación en una utoridad de ambas competencias han sido comparidas por la mayor parte de la doctrina, profesionales y autoridades reguladoras», en MONTERO PASCUAL, J. J. *La Comisión Nacional de los Mercados… op cit*, p. 217. Algunas de estas críticas han aparecido reflejadas en la prensa: MUÑOZ, R. "El regulador europeo pide que se garantice la independencia de la CMT", en *El País*, 4 de marzo de 2013, http://economia.elpais.com/economia/2013/03/03/actualidad/1362341538_093852.html (Último acceso: 06.05.2020); MUÑOZ, R. "El Gobierno cambiará el regulador único ante el ultimátum de Bruselas", en *El País*, 25 de febrero de 2013, http://economia.elpais.com/economia/2013/02/25/actualidad/1361808060_183503.html (Último acceso: 06.05.2020); COSTAS, A. "Una fusión explosiva. Juntar a los defensores de la competencia con los

> "Debemos recordar y subrayar que pocos proyectos de ley, al menos en los últimos años, han sido tan mal recibidos como éste, remitido por el Consejo de Ministros a las Cortes Generales el 27 de septiembre de 2012. Tanto los informes elaborados por los organismos afectados como las opiniones vertidas por varios profesores universitarios y por reconocidos profesionales del Derecho, así como el dictamen del Consejo de Estado, plantearon serias reservas, primero al anteproyecto y después al proyecto de ley"[338].

Las razones de que se ha valido el legislador para justificar esta reforma han sido, principalmente, cuatro[339]:

- Una mayor seguridad jurídica: cuantos más organismos existan, más posibilidades hay de que se generen duplicidades innecesarias y decisiones contradictorias en la misma materia.
- El aprovechamiento de economías de escala: esto es posible, según el legislador, porque las funciones, metodologías y procedimientos de actuación son similares.
- El tratar de evitar la captura del regulador: el legislador considera que el riesgo es menor en las autoridades multisectoriales.
- Una mayor eficiencia en el control de la competencia: permite supervisar la competencia de modo más eficaz porque se puede disponer de forma inmediata del conocimiento de los reguladores sectoriales, que ejercen un control continuo sobre sus respectivos sectores.

No obstante, como señalaremos más adelante, los perjuicios que puede acarrear para la política de competencia hacen necesario analizar con más detalle si, efectivamente, el balance de los potenciales beneficios-perjuicios es positivo.

---

reguladores sectoriales es mezclar churras con merinas", en *El País*, 3 de marzo de 2013, **http://economia.elpais.com/economia/2013/03/01/actualidad/1362144382_919892.html** (Último acceso: 06.05.2020); PÉREZ, C. "Bruselas da un ultimátum a España por la fusión de los reguladores", en El País, 25 de febrero de 2013, **http://economia.elpais.com/economia/2013/02/24/actualidad/1361736846_167142.html** (Último acceso: 06.05.2020); CALVAR, C. "Competencia alerta de la incertidumbre que acarrea fusionar organismos reguladores y supervisores", en *El Correo*, 5 de febrero de 2013, **http://www.elcorreo.com/vizcaya/rc/20130205/economia/competencia-alerta-incertidumbre-fusiones-201302051411.html** (Último acceso: 06.05.2020); BROKELMANN, H. "Competencia y regulación en la nueva CNMC", en *Cinco Días*, 27 de febrero de 2013, **http://cincodias.com/cincodias/2012/02/27/economia/1330458944_850215.html**. (Último acceso: 06.05.2020)

[338] ALLENDESALAZAR, A. "Pistoletazo de salida a la creación de la cnmc (Comentario a la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia)", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, 12 de junio de 2013, p. 4.

[339] MENDOZA LOSANA, A. I. "La nueva macro-Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia" en *Análisis GAPO*, junio 2013, **http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/la-nueva-macro-comision-nacional-de-los-mercados-y-la-competencia.pdf**, (Último acceso: 06.05.2020), p. 1.

Antes de esta integración en un único organismo, las funciones y objetivos de los órganos supervisores y las funciones de la CNC estaban claramente delimitadas[340]. De un lado, los organismos sectoriales contribuían a la liberalización de sectores económicos regulados. Se encargaban de facilitar la prestación de servicios universales y eliminar barreras de entrada en infraestructuras consideradas esenciales para la competencia efectiva de los operadores. De otro lado, la CNC protegía la competencia efectiva en todos los sectores económicos. Para lograr este objetivo ejercía tanto un control *ex post* de la libre competencia, investigando y sancionando las conductas restrictivas, como un control *ex ante* de la estructura de los mercados en el marco de la normativa de control de concentraciones[341].

Actualmente, ambas funciones se integran en la CNMC[342]. En los países de nuestro entorno, el único precedente es el caso de los Países Bajos donde desde el 1 de enero de 2013 opera la Autoridad Neerlandesa para los Consumidores y Mercados que ha unificado tanto a la autoridad de competencia como a los anteriores órganos reguladores de los sectores de energía y transportes, telecomunicaciones y postal, así como a la agencia de protección de los consumidores[343]. Por ello, resulta inadecuada –por imprecisa– la reflexión contenida en la Exposición de Motivos del Real Decreto 657/2013 cuando se refiere a «la existencia de precedentes a nivel internacional, que muestran cómo se ha iniciado una tendencia en los países de nuestro entorno a la simplificación de estructuras […]»[344].

---

[340] ARMENGOL, O. "Régimen jurídico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia", en *Nota Informativa Contencioso, Público y Regulatorio*, Ed. Pérez-Llorca, septiembre 2013, p. 1.

[341] La CNC «en modo alguno puede ser considerada como organismo regulador. Y es que la función de la CNC es eminentemente «sancionadora o represiva»» Siguiendo la terminología empleada por el Consejo de Estado en su dictamen de 13 de septiembre de 2012 relativo al Anteproyecto de Ley de 26 de julio de 2012 de Creación de la CNMC, en GÓMEZ ALESSANDRI, J. "La Comisión Nacional de los Mercados…", *op cit*, p. 2.

[342] Un resumen de todas las funciones atribuidas a la CNMC se puede encontrar en GARRIDO DE LAS HERAS, S. y GONZÁLEZ-PÁRAMO RODRÍGUEZ, C. "La nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia" en *Hogan Lovells*, junio 2013, **https://www.hoganlovells.com/es/publications/la-nueva-comision-nacional-de-los-mercados-y-la-competencia** (Último acceso: 06.05.2020); un análisis más exhaustivo puede encontrarse en MONTERO PASCUAL, J. J. *La Comisión Nacional de los Mercados… op cit*, pp. 123-182.

[343] ARMENGOL, O. "Régimen jurídico de la Comisión…", *op cit*, p. 2.; No obstante, en el panorama internacional global sí que encontramos más reguladores formados por diferentes tipos de agencias. Como se señala en los resultados una encuesta realizada por la UNCTAD, «The results of the survey show that many regulators are involved in multi-sector agencies, or in regulating several subsectors within a same sector (e.g. an energy regulator active in the electricity and gas subsectors). Furthermore, many indicate that they are involved in dealing with competition issues. These results reflect both the inter-linkages between sectors and subsectors as well as between work of sector regulators and competition authorities». CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. *UNCTAD surveys of infrastructure regulators and competition authorities*. Documento nº UNCTAD/DITC/TNCD/2013/5, New York and Geneva, 2014, p. 16

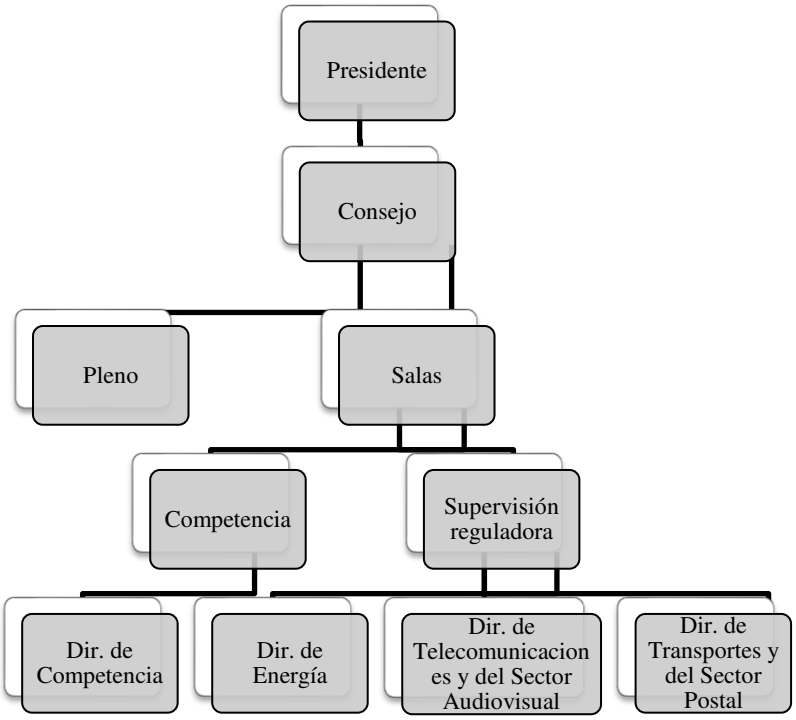
[344] No obstante, no se desconoce que en otros países que no son de nuestro entorno, tales como Australia y Nueva Zelanda, recientemente se han fusionado sus respectivas autoridades de competencia con órganos reguladores de otros sectores.

En Alemania, aunque sí que están integrados todos los organismos sectoriales en una única agencia, no se puede utilizar como ejemplo de unificación porque el modelo existente es diferente del existente en España con anterioridad a la implantación de la CNMC. El modelo alemán está compuesto por autoridades reguladoras especializadas por sectores y por una autoridad de competencia diferenciada. Sin embargo, su modelo mantiene la separación entre sectores regulados y autoridad de competencia a través de la existencia de dos Agencias[345]:

- *Bundesnetzagentur*: Agencia Federal para los sectores de red, que actúa como regulador en electricidad, gas, telecomunicaciones, correo y transporte ferroviario
- *Bundeskartellamt*: Oficina Federal Alemana de Competencia.

A través de la siguiente ilustración, por tanto, podemos ver cómo queda organizado el Consejo de la CNMC[346].

Ilustración 5..- Organigrama del Consejo la CNMC



[345] ALLENDESALAZAR CORCHO, R. "Una reforma arriesgada", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 31, enero-febrero 2013, p. 2.

[346] El organigrama detallado de la CNMC se puede encontrar en la página web de la CNMC. **http://www.cnmc.es/es-es/cnmc/organigrama.aspx** (Último acceso: 06.05.2020); para más información sobre sus órganos véase MONTERO PASCUAL, J. J. *La Comisión Nacional de los Mercados… op cit*, pp. 89-105.

FUENTE: MENDOZA LOSANA, A. I. "La nueva macro-Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia" p. 3

La primera observación que debe hacerse con relación a este organigrama es que el Consejo de la CNMC se encarga de resolver tanto los expedientes de los antiguos sectores regulados, como los de competencia[347]. La segunda es que, como es de suponer, también se encargará de realizar las labores de promoción de ambos.

El hecho de que sea el Consejo de la CNMC quien resuelve tanto los expedientes de regulación, como los de competencia, puede constituir un fallo estructural del nuevo modelo. En primer lugar, porque al tener que conocer sobre todos los sectores regulados, es poco probable que pueda dedicar los mismos esfuerzos que su antecesora a la defensa de la competencia[348].

Esta crítica que ha recibido el nuevo "superregulador" trae causa del recorte de recursos, dado que menos empleados deberán hacer frente a más tareas. Entre estas nuevas tareas destaca que a la CNMC se le ha encargado velar por el correcto funcionamiento de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado[349]. Por tanto, la falta de recursos, humanos o de capital, que impida un correcto desempeño de las labores de la autoridad de competencia puede afectar a su credibilidad. Esto dañará tanto a la creación de la cultura de competencia –si afecta a sus labores de *advocacy*–, como al efecto disuasorio que se pretende –si afecta al *enforcement*–.

En segundo lugar, con carácter previo a su entrada en funcionamiento, se han dado casos en los que una conducta que ha sido aceptada por un organismo sectorial ha constituido una infracción de la normativa de competencia, dando lugar a la correspondiente sanción. Sirva de ejemplo el asunto *Wanadoo*[350]. Por ello, la Ley 3/2013,

[347] Además de las críticas que merece esta integración, debe añadirse que el nombramiento de los "expertos independientes" genera dudas en cuanto a su "independencia" y su "conocimiento"; especialmente si se compara con el nombramiento de los expertos para la Competition and Markets Authority (CMA), la nueva autoridad de competencia británica. Estos nombramientos pueden consultarse en la página web del Gobierno de UK. **https://www.gov.uk/government/news/new-competition-authority-completes-leadership-team** (Último acceso: 06.05.2020). Acerca de la dudosa idoneidad de los Consejeros de la CNMC puede leerse el siguiente artículo de opinión: CABRALES, A.; LLOBET CODINA, G. y GANUZA FERNÁNDEZ, J. J. "Superregulador: ¿expertos independientes?", en *El País*, 12 de septiembre de 2013, **http://elpais.com/elpais/2013/09/11/opinion/1378893667_253607.html**. (Último acceso: 06.05.2020)

[348] Como recoge MARTÍNEZ CORRAL, «Aunque, en teoría, la creación de la CNMC no afecta a los poderes de investigación y sanción, el hecho de que el órgano de decisión (Consejo) deba pronunciarse igualmente sobre todas las materias actualmente sometidas a los diferentes reguladores plantea dudas sobre la posibilidad de que pueda dedicar a la defensa de la competencia la misma atención que la CNC». MARTÍNEZ CORRAL, B. "Cinco años de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia", en *Actualidad Jurídica*, Ed. Uría Menéndez, nº 33, 2012, p. 83.

[349] WARD, A. "Spain's CNMC: the story so far", en *Competition Policy International*, 2013, p. 2.

[350] La Comisión Europea impuso una sanción de 151,8 millones a Telefónica por sus precios de banda ancha a pesar de haber contado con el beneplácito de la CMT. Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 29 de marzo de 2012, asunto T-336/07, *Telefónica, SA y Telefónica de España, SA contra Comisión*

en su Exposición de Motivos, justificando la creación de este organismo recoge que «cuanto mayor sea la proliferación de organismos con facultades de supervisión sobre la misma actividad, más intenso será el riesgo de encontrar duplicidades innecesarias en el control de cada operador y decisiones contradictorias en la misma materia».

Es indudable que iría en contra del principio de confianza legítima que el mismo órgano que actualmente regula una conducta le diese el beneplácito y a la misma vez sancionase ese mismo comportamiento. A diferencia de los órganos sectoriales, la legislación de competencia no regula precios, sino que busca salvaguardar el proceso competitivo. Además, los mismos términos empleados por las regulaciones sectoriales o por el Derecho de la competencia no tienen en mismo significado. No es lo mismo referirnos a la "empresa dominante" en el mercado de las telecomunicaciones que a efectos del Derecho de la competencia. En el primer caso, la mera existencia de una posición de dominio conllevará el despliegue de unos efectos jurídicos concretos, mientras que, en el segundo, deberá verificarse que existe un abuso de dicha posición.

Si lo que se pretende es eliminar el riesgo de interpretación divergente, ésta no es la solución adecuada. En la medida en que el sistema de aplicación de normas esté descentralizado, el riesgo de interpretaciones divergentes subsistirá –por ejemplo, entre Comisión Europea y CNMC–. En todo caso, esta divergencia no tiene por qué ser negativa, siempre y cuando las distintas opciones estén debidamente razonadas, dado que, de esta manera, se evita petrificar la interpretación de las normas o mecanizar su aplicación[351]. La clave, por lo tanto, no es la descentralización o la centralización, sino una adecuada coordinación entre los distintos órganos que interpreten y apliquen la normativa que permitan al interesado prever las consecuencias de sus acciones[352].

Además, si es posible encontrar mecanismos de cooperación entre los órganos administrativos y los judiciales para evitar posibles divergencias (*amicus curiae*), también es posible dar con una solución «menos disruptiva para el sistema de regulación y vigilancia de la competencia que la extinción de todos esos organismos y su fusión en la CNMC»[353].

La entrada en funcionamiento de la CNMC ha generado la sensación de que los asuntos se resuelven de diferente manera a como lo hacía su predecesora. Aunque se ha continuado iniciando nuevos procedimientos y desarrollando inspecciones, sí que se aprecia una disminución global del número de sanciones impuestas y del montante que

Europea [2012] Recopilación electrónica. Un resumen de este asunto puede encontrarse en MONTERO PASCUAL, J. J. *La Comisión Nacional de los Mercados… op cit*, pp. 254-259.

[351] ALLENDESALAZAR CORCHO, R. "Una reforma arriesgada", … *op cit*, p. 3

[352] Como recoge ALLENDESALAZAR CORCHO «la seguridad jurídica no exige, pues, que exista una autoridad única, sino que los distintos órganos, al adoptar y aplicar las normas, lo hagan teniendo en cuenta el conjunto de normase interpretaciones aplicables, y en su caso, coordinándose para evitar que el administrado tenga que arrastrar los efectos de las eventuales divergencias» *Ibid,* p. 3.

[353] *Ibid*, p. 4.

suman todas ellas[354]. Esta disminución puede perjudicar al efecto disuasorio de las sanciones, porque llevar a cabo conductas anticompetitivas puede parecer más atractivo para los potenciales infractores, puesto que estiman que es poco probable que finalmente se les sancione o, en caso de recibir una multa, que ésta será reducida. De hecho, parece claro que, por alguna razón, ha disminuido la intensidad de la aplicación de la competencia en España y que gran parte del impulso creado por la CNC se ha perdido[355].

Con relación al hecho de que las labores de promoción se realizarán desde un organismo multidisciplinar, si bien puede conllevar ventajas tales como la posibilidad de realizar informes y estudios de mercado más completos, las desventajas en el área de la competencia deben hacer que nos decantemos por defender el modelo anterior donde sectores regulados y autoridad de la competencia estaban separados. En primer lugar, porque cualquier discrepancia que pueda surgir entre competencia y sectores regulados se resolverá internamente. Eso significa que no será visible para legisladores y políticos, que recibirán un único informe con una única opinión. En segundo lugar, porque la promoción de la competencia podría pasar a un segundo plano en favor de otros objetivos regulatorios[356].

Por todo ello, se considera adecuado considerar que, si se quería implementar una reforma, deberían haberse reforzado las competencias de los reguladores en los mercados que supervisan y, a la misma vez, haberles hecho asumir la responsabilidad de su buen o mal funcionamiento[357]. No obstante, esta conclusión no debe entenderse como absoluta, dado que es necesario esperar a que hayan pasado unos años desde la entrada en funcionamiento de la CNMC para cerciorarse si ha sido favorable o no para la política de competencia. Al final, lo determinante debe ser únicamente si la autoridad es capaz de implementar la ley de manera suficiente y adecuada.

Por otra parte, y como se anticipó al principio, además de la CNMC, debe recordarse que existe un tercer nivel de autoridades de competencia conformado por las autoridades autonómicas[358].

---

[354] WARD, A. "Spain's CNMC…", *op cit*, p. 3.

[355] Traducción propia. Original: «it seems clear that for whatever reason the intensity of competition enforcement in Spain has been diminished and that much of the momentum established by the CNC has been lost» *Ibid*., p. 4.

[356] DELGADO, J. y MARISCAL, E. "Integrating Regulatory and Antitrust Powers: Does It Work? Case Studies from Spain and Mexico", en *Competition Policy International*, vol. 10, nº 1, 2014, p. 139.

[357] Esta responsabiidad podría articularse de diferentes formas. Un ejemplo podría ser que, ante un deficiente cumplimiento de sus fines, los órganos de dirección debieran renunciar a sus cargos.

[358] A nivel estatal, los órganos sancionadores de competencia están establecidos a dos niveles: nacional y autonómico –o regional–. Cataluña fue la primera Comunidad Autónoma que creó órganos propios para la Defensa de la competencia. FRANCO I SALA, L. "La defensa de la competencia en el modelo autonómico: el modelo catalán", en *Ekonomiaz*, nº 61, primer cuatrimestre 2006, p. 216; Para un análisis del proceso descentralizador en el derecho de la competencia español, véase RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. "La reforma del sistema español de defensa de la competencia. La descentralización

La Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre, estableció que la defensa de la competencia es una materia que no se encuentra expresamente atribuida al Estado[359]. Como consecuencia de esta Sentencia, tres años más tarde se procedió a la aprobación de la Ley 1/2002, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia[360].

De acuerdo con lo que se establece en ella, las autoridades autonómicas son competentes para conocer de una conducta anticompetitiva cuando el mercado afectado sea el correspondiente al ámbito geográfico de su Comunidad Autónoma, sin afectar al mercado supra-autonómico; y, además, los Estatutos de Autonomía tengan competencias de ejecución de la legislación estatal en materia de defensa de la competencia[361]. En el resto de casos, la competencia corresponderá a la autoridad de competencia estatal (CNMC). Como recoge el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 16 de abril de 2012:

> "De la STC 208/1999 (FFJJ 6 y 7), confirmada posteriormente por las SSTC 12/2003, de 19 de junio, y 157/2004, de 23 de septiembre, se desprende por tanto que, como alega el Abogado del Estado, las facultades en materia de defensa de la competencia corresponden al Estado siempre que la práctica restrictiva pueda alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tal acto se realice en el territorio de una Comunidad Autónoma"[362].

---

administrativa de la aplicación del Derecho de la competencia en España", en *Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia*, Universidad San Pablo CEU, nº 22, 2006.

[359] STC 208/1999, Pleno, de 11 de noviembre de 1999. Un análisis sobre el período comprendido desde 1978 hasta la STC 208/1999, el impacto de esta Sentencia del Tribunal Constitucional y la posterior reacción del legislador, puede encontrarse en GUILLÉN CARAMÉS, J. *Libre competencia y Estado autonómico, op cit*, pp. 95-186.

[360] Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, BOE nº 46, de 22 de febrero de 2002.

[361] Es decir, las Comunidades Autónomas tienen competencias ejecutivas, pero no legislativas, en materia de Defensa de la Competencia. Como recoge Pascual y Vicente, «al entender el Tribunal Constitucional que la "defensa de la competencia" es materia de "comercio interior" y haber apreciado que en los Estatutos de Autonomía existen referencias más o menos generalizadas de atribución competencial ejecutiva, pero no legislativa, a las Comunidades Autónomas en materia de comercio interior, la mencionada sentencia concluye que las Comunidades Autónomas que así lo hayan previsto en sus Estatutos tienen competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia» en PASCUAL Y VICENTE, J. "Procedimiento sancionador español…", *op cit*, p. 6.; La competencia legislativa pertenece, en todo caso, al Estado. HERNÁNDEZ SASETA, C. "Las autoridades autonómicas de defensa de la competencia", en *Iberforo Madrid*, segundo trimestre de 2003, **http://www.iberforomadrid.com/descargas/revista/rev_03_02_d.pdf**. (Último acceso: 06.05.2020).

Para un análisis más profundo de la distribución de competencias según la STC 208/1999 y posterior Ley 1/2002, en el que se concluye que es positiva la descentralización autonómica véase REBOLLO PUIG, M. "Competencia sobre competencia", en FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M. *Estudios de Derecho de la Competencia*. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid y Barcelona, 2005, pp. 69-98 y COSTAS COMESAÑA, J. "La coordinación entre la comisión nacional y las autoriddades autonómicas en materia de defensa de la competencia", en VÁZQUEZ PENA, M. J. (dir y coord). *El derecho de la libre competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores*. Ed. Tirant lo Blanch, valencia, 2013, pp. 57-66.

[362] STC 71/2012, Sala Primera, de 16 de abril de 2012. En el mismo sentido, SAN 224/2003, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 31 de enero de 2013.

Por tanto, en su vertiente administrativa, el conocimiento de los asuntos de competencia se encuentra descentralizado: existe una Autoridad Nacional –la CNMC– y autoridades autonómicas de competencia[363].

Actualmente de las 17 Comunidades Autónomas que hay en España, un total de ocho tienen una autoridad de competencia con competencias para instruir los expedientes que les han sido asignados: Cataluña (Autoritat Catalana de la Competència), País Vasco (Autoridad Vasca de la Competencia), Galicia (Consello Galego da Competencia), Castilla y León (Tribunal para la Defensa de la Competencia de Castilla- León), Extremadura (Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura), Comunidad Valenciana (Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana), Aragón (Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón) y Andalucía (Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía).

En el caso de Madrid, Canarias, Murcia y Navarra, instruyen los expedientes y la CNMC los resuelve.

Entre las Comunidades Autónomas que no tienen autoridad de competencia constituida ni en funcionamiento, hay cuatro que disponen de un convenio firmado con la CNMC con el objeto de lograr «la mejor aplicación de la normativa de defensa de la competencia a través del intercambio recíproco de información y conocimientos en materia de defensa de la competencia»[364]. Estas cuatro Comunidades Autónomas son: Asturias (desde junio 2010), Illes Balears (desde noviembre 2011), Castilla la Mancha (desde diciembre 2011) y la Rioja (desde mayo 2016). Aunque es positivo que existan estos acuerdos, sería óptimo que existieran organismos autónomos encargados de velar por la competencia, dado que, en su ausencia, no existe una Administración autonómica encargada y especializada en detectar, investigar y sancionar las infracciones, ni en promover la competencia a nivel autonómico y local.

En algunas Comunidades Autónomas, como por ejemplo Madrid o Castilla la Mancha, los órganos de competencia, aunque llegaron a constituirse, desaparecieron posteriormente. Estas desapariciones se han justificado en motivos de racionalidad económica.

Sin embargo, como se explicará en los siguientes apartados, la existencia de las autoridades regionales de competencia está justificada como apoyo efectivo de la labor de la CNMC en la defensa de la competencia. Por tanto, no se comparte la propuesta que se realizó por la Subcomisión de Duplicidades Administrativas para traspasar a la CNC

[363] Podrán crear estas autoridades autonómicas de defensa de la competencia aquellas Comunidades Autónomas con competencias en la materia recogidas en sus Estatutos de Autonomía. «No obstante, el ejercicio de esas competencias ejecutivas por las Comunidades Autonómicas no puede acarrear la ruptura de la unidad de la economía y del mercado nacional que es principio consitucionalmente garantizado», en HERNÁNDEZ SASETA, C. "Las autoridades autonómicas de defensa…", *op cit,* p. 1.

[364] CNMC. "Aplicación de los mecanismos de asignación de expedientes CNMC/CCAA y novedades", en *CNMC*, 2013, p. 4.

las funciones de defensa de la competencia desarrolladas por las Comunidades Autónomas en virtud de la Ley 1/2002, en el que se recoge que:

> "Muchas CCAA han asumido las funciones de defensa de la competencia reconocidas por la Ley 1/2002 y han desarrollado una estructura administrativa para llevarlas a cabo. Esas CCAA podrían traspasar esas funciones a la CNC y desmantelar las estructuras creadas, bien en su totalidad o al menos las correspondientes a la fase de resolución de expedientes sancionadores"[365].

A continuación, demostraremos, por tanto, la importancia de la existencia de autoridades autonómicas de competencia dentro del procedimiento de descentralización (Comisión Europea – CNMC – autoridades autonómicas), tras lo que procederemos a analizar la necesidad de que estén coordinadas, tanto entre sí, como con los órganos judiciales, dado que corresponde a estos revisar en última instancia que las decisiones de las autoridades de competencia sean ajustadas a Derecho.

1. Descentralización: el incremento del efecto disuasorio de la normativa de competencia y la mejora de la labor de promoción de la competencia como beneficios de una aplicación descentralizada

A nivel europeo, la aplicación del Derecho de la competencia está descentralizada[366]. En el año 2004, tras 40 años de aplicación centralizada de la política anti-cártel, la Comisión Europea decidió otorgar un papel más importante a las autoridades nacionales de competencia[367]. Esta descentralización se produjo a través del Reglamento (CE) n° 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

[365] SUBCOMISIÓN DE DUPLICIDADES ADMINISTRATIVAS. Propuesta de traspasar a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) las funciones de defensa de la competencia desarrolladas por las CCAA en virtud de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia. Borrador 18/11/2013, medida nº 1.13.002, p. 684.

[366] «El Reglamento 1/2003 establece un sistema de competencias concurrentes para la aplicación de los artículos 101 y 102 TFEU por parte de la Comisión y de las autoridades nacionales de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros», en RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A. "Acuerdos restrictivos de la competencia: la lucha contra los cárteles duros en España. Prevención, detección, prueba y sanción. Cuestiones previas: autoridades responsables de la lucha contra los cárteles en España y en la Unión Europea" en *Serie Política de la Competencia*, Universidad San Pablo CEU, Documento de Trabajo nº 34/2012, 2012, p. 9.; ARROYO APARICIO, P. "La aplicación descentralizada de los arts. 81 y 82 del Tratado CE según el Reglamento CE Núm. 1/2003", en FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M. *Estudios de Derecho de la Competencia*. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid y Barcelona, 2005, pp. 249-272.

De hecho, con el objetivo de dotar de mayor poder a las autoridades nacionales de competencia, se ha redactado la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo encaminada a facultar a las autoridades de competencia de los Estados miembros para aplicar la normativa con más eficacia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. Bruselas, 22 de marzo de 2017, COM(2017) 142 final

[367] BUDZINSKI, O. Y CHRISTIANSEN, A. "Competence Allocation…", *op cit*, p. 1.

(en adelante, Reglamento (CE) 1/2003), que complementó y reforzó la europeización preexistente de la normativa de competencia, otorgando más facultades a las autoridades nacionales de competencia y tribunales nacionales[368].

De acuerdo con algunos autores, esta descentralización estuvo propiciada por los limitados recursos que poseía la Comisión Europea y la enorme carga de trabajo que tenía debido a la alta complejidad de los procedimientos de decisión[369]. No obstante, el cambio de modelo también estuvo influenciado por el nuevo contexto legal, institucional, económico y político surgido después de cuatro décadas de aplicación centralizada[370].

Esta descentralización se caracterizó por la libertad que se otorgó a los Estados miembros a la hora de elegir cómo articular sus autoridades nacionales para que ejercieran las funciones que, tras la descentralización, les eran propias. El artículo 35 del Reglamento (CE) 1/2003 faculta a cada Estado miembro de la UE para designar y modelar libremente su propia autoridad nacional de competencia, asentando así el principio de autonomía institucional[371]. A través de la distribución de funciones, no se pretende ningún tipo de unificación o armonización en este aspecto.

El Reglamento (CE) 1/2003, en su considerando 6, establece que «con el fin de garantizar la aplicación eficaz de las normas comunitarias de competencia, es conveniente fomentar una mayor participación en la misma de las autoridades nacionales de competencia». Con esta finalidad, el artículo 5 del Reglamento (CE) 1/2003 habilita a las autoridades nacionales de competencia para tomar cualquiera de las siguientes decisiones cuando estén conociendo de una infracción de los artículos 101 ó 102 TFEU: a) orden de cesación de la infracción; b) adopción de medidas cautelares; c) aceptación de

[368] MONTI, G. *EC Competition Law*. Ed. Cambridge University Press, Nueva York, 2007, pp. 403-404; «The main effect of this reform was the broader application of EC competition rules by Member State courts and competition authorities», en DEPOORTER, B y PARISI, F. "The modernization of European antitrust enforcement: the economics of regulatory competition" en *George Mason Law Review*, Vol. 13, nº 2, 2005, p. 311.

[369] En parte debido al aumento de la carga de trabajo cada vez mayor, originada por la entrada de nuevos Estados Miembro. GERBER, D. J. *Law and Competition in Twentieth-Century Europe: Protecting Prometheus*. Ed. Oxford Scholarship Online, enero 2010, p. 5. Por su parte, la reforma de la normativa de control de concentraciones supuso cambios más pequeños en relación al reparto de competencias, ya que iban dirigidos básicamente a reforzar el principio de «one stop shop» BUDZINSKI, O. Y CHRISTIANSEN, A. "Competence Allocation…", *op cit*, p. 6.

[370] «The lack of an "antitrust culture" required a central authority engaged in creating a uniform body of rules, promoting integration in EU level and filling the institutional and regulation gaps in several Member States. More than four decades later the scene is considerably different. New characters, and new scenery, need a new script» en RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. "Decentralised Application of EU Competition Law: A Strategic Approach", en *CLaSF Workshop*, Working Paper nº 05, 22 de abril de 2004, p. 4.

[371] CALVO CARAVACA, A. L. Derecho antitrust europeo. Tomo I. Parte General. La Competencia. Ed. Colex, Madrid, 2009, p. 442.

compromisos; d) imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional[372].

Esta descentralización ha supuesto importantes beneficios desde la perspectiva sancionadora.

Así, ha permitido a la Comisión Europea liberar recursos para poder centrarse en aquellos asuntos que tienen mayor trascendencia europea –por afectar al comercio entre Estados miembros– y que afectan a un mayor número de consumidores. Es por ello que consideramos que el ordenamiento jurídico nacional podría aprovechar lo aprendido de la experiencia descentralizadora de la UE favoreciendo la creación de autoridades de la competencia en todas las Comunidades Autónomas. Ello supondría un refuerzo a las actividades de detección, investigación y sanción de la CNMC. Por un lado, permitiría a la CNMC centrarse en los asuntos más graves, mientras que las autoridades autonómicas siguen detectando, investigando y persiguiendo aquellas que únicamente afectan a su ámbito geográfico.

Además, de acuerdo con WILS, el aumento de las sanciones daría lugar a que las corporaciones sobreestimasen la probabilidad de ser multado, lo que sería beneficioso desde el punto de vista de disuasión[373].

En favor de esta interpretación de que la actividad sancionadora de la autoridad de competencia puede reforzarse a través de aplicación descentralizada del Derecho de la competencia también se ha pronunciado la doctrina española. Como recoge REBOLLO PUIG:

> "si se multiplican los servicios y los Tribunales de defensa de la competencia es muy posible que se controlen mejor las prácticas contrarias y que haya una aplicación más efectiva de la LDC. Incluso que se repriman conductas a las que los órganos estatales no atendían"[374].

Esto se confirma si analizamos, a modo de ejemplo, la actividad desarrollada por algunas de estas autoridades autonómicas, especialmente la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, que entre el año 2007 y el 2019 ha resuelto 129 expedientes, y la Autoridad Vasca de la Competencia, que en el mismo periodo y contando también

[372] Este artículo no regula, ni armoniza, las normas procedimentales. Es decir, las autoridades nacionales de competencia aplicarán las mismas normas sustantivas, pero dentro de un procedimiento diferente que puede llevar también a la imposición de diferentes sanciones. CSERES, K. "Comparing laws in the enforcement of EU and National Competition Laws" en *European Journal of Legal Studies*, Vol. 3, nº 1, 2010, p. 17.

[373] WILS, W. P. J. "Optimal antitrust fines…", *op cit*, p. 17

[374] REBOLLO PUIG, M. "Competencia sobre competencia", *op cit*, p. 97.

los expedientes del extinto Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, ha analizado 87 conductas[375].

Aunque no todos ellos han terminado en sanción, el hecho de que se hayan instruido 216 expedientes sancionadores desde el 2007 en tan solo dos Comunidades Autónomas ya implica para las empresas infractoras un importante riesgo de ser sancionadas.

Como ya se ha explicado en el capítulo I, la sanción es un importante elemento disuasorio, por lo que podría ser recomendable instaurar autoridades de competencia en el resto de Comunidades Autónomas como medida disuasoria. En aquellas donde no exista es más probable que se perpetúen comportamientos anticompetitivos que no sean de suficiente entidad como para atraer la atención de la CNMC, pero que perjudiquen al consumidor; o bien, que la CNMC tenga que reservar recursos para sancionar estas conductas anticompetitivas de incidencia autonómica, en vez de dedicarlos a investigar otras posibles violaciones que afecten al mercado supra-autonómico[376].

A través de las competencias compartidas en esta materia se persiguen de manera efectiva tanto las infracciones a nivel nacional como las autonómicas. Además, cuantas más Comunidades Autónomas dispongan de autoridad propia, menos recursos tendrá que dedicar la CNMC a evitar que el territorio de una determinada comunidad sea adecuado para desarrollar actividades anticoncurrenciales en comparación con otros[377]. A este respecto, de haber existido autoridad autonómica, los recursos invertidos por la CNMC en su detección y sanción podían haber sido utilizados para perseguir sanciones más

[375] Se ha tenido en cuenta los expedientes sancionadores, las terminaciones convencionales y los archivados. La división, por años, es la siguiente:

AÑO	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Autoridad Vasca de la Competencia (incluyendo el extinto Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia)	2	6	11	9	8	8	1	8	5	5	11	9	4
Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía	0	2	2	11	11	12	5	17	13	16	18	11	11

Fuente: elaboración propia con los datos de sus páginas webs.

[376] Como recoge RODRÍGUEZ MIGUEZ «de no existir autoridades autonómicas de la competencia, los expedientes, muy probablemente se hubieran centrado únicamente en las asociaciones de dimensión nacional, lo que además de dejar sin sanción conductas relacionadas con las realizadas por éstas, eran perfectamente sancionables como conductas separadas». RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. "Libre competencia y Tribunales Superiores de Justicia: recomendaciones colectivas de precios y aplicación uniforme del Derecho de la competencia", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 32, marzo-abril 2013, p. 3.

[377] Sirva de ejemplo que entre 2008 y 2012 (durante 5 años), se resolvieron 26 expedientes sancionadores que hubieran correspondido a una autoridad autonómica de haber estado constituida. CNC. "Aplicación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la Competencia 2008-2012", p. 36.

graves, más difíciles de detectar y que afectan a todo el territorio nacional; mientras que la Comunidad Autónoma sí que estaría aprovechando una partida de sus presupuestos para "autoproteger" su mercado y los beneficios derivados de su no manipulación.

Una vez establecida la sanción por la CNMC, ésta también puede requerir la colaboración de la autoridad de competencia autonómica. Así, por ejemplo, en *Taxis Tenerife* la CNMC instó al Servicio Canario de Defensa de la Competencia, para que vigilase el correcto y fiel cumplimiento de lo acordado en la Resolución sancionadora[378]. Si no hubiera existido la autoridad autonómica de competencia, esta labor hubiera recaído sobre la CNMC, aumentando su carga de trabajo.

No obstante, es importante subrayar con relación a la labor de sanción tanto de la CNMC como de las autoridades autonómicas que desde que una conducta es sancionada por la autoridad de competencia hasta que finalizan los recursos que se hayan podido interponer ante la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo pasará un espacio prolongado de tiempo –en el caso de que se recurra una resolución de una autoridad autonómica el recurso contra la resolución de la autoridad de competencia se interpondrá ante el Tribunal Superior de Justicia, y en segunda instancia ante el Tribunal Supremo–. Dado que iniciar la vía de recurso implica que la ejecutividad de la sanción queda suspendida, el efecto disuasorio derivado de tener que hacer frente a la sanción tardará varios años en ser efectivo desde la resolución sancionadora, puesto que no será ejecutiva hasta que recaiga sentencia firme. Además, no puede obviarse el hecho inevitable de que algunas de las resoluciones sean anuladas o modificadas. Es por ello que resulta especialmente relevante tener presente la potencial postergación del efecto disuasorio de la sanción, ya que es posible que ni el operador económico infractor, en particular, ni la sociedad, en general, perciban el efecto disuasorio de una sanción impuesta hasta que ésta haya sido judicialmente confirmada y efectivamente ejecutada.

Otro beneficio de la aplicación descentralizada es que se refuerzan las tareas de promoción. En el ámbito europeo, la descentralización europea ha permitido el desarrollo de autoridades nacionales de competencia que trabajan promoviendo la competencia en aquellos sectores donde, a nivel estatal, hay un mayor riesgo de que los operadores económicos desarrollen conductas anticompetitivas por las características específicas del país. Por ello, como recoge ITALIANER «la participación de las autoridades nacionales de competencia ha permitido cubrir muchos más asuntos anticompetitivos que los que la Comisión habría sido capaz de analizar ella sola»[379].

[378] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. SACAN/0018/12 - *Taxis Tenerife*, de 21 de marzo de 2014, FJ 8.

[379] Traducción propia. Original: «The involvement of the NCAs has made it possible to cover many more antitrust cases than the Commission would have been able to do on its own». Además, añade que «Simple numbers make this clear: according to our latest data (30 Sept [2014]), we have taken "only" 134 decisions out of a total of 870. The NCAs an impressive 736» en ITALIANER, A. "Completing convergence", *op cit*, p. 2.

Aplicado ello al caso nacional, la descentralización permitiría disponer de mayores recursos para las tareas de promoción de la competencia desde una autoridad de competencia más cercana al consumidor y con mejor conocimiento de los mercados locales. Todo ello sin que necesariamente aumente la burocracia y el gasto público. En el caso de la burocracia, ésta resulta contrarrestada por los beneficios de la aproximación y por la mayor agilidad de la inscripción de los casos que se planteen; y, en el caso del gasto público, éste hay que ponerlo en relación con los beneficios sociales o eficiencia macroeconómica que genera, así como con la eficiencia y austeridad que siempre guían su ejecución[380]. Asimismo, el gasto público es contrarrestado porque los ingresos derivados de su actividad sancionadora pasan de la hacienda estatal a la hacienda autonómica[381].

De hecho, se puede constatar que la aparición de autoridades autonómicas de competencia supuso un importante refuerzo de las labores de promoción que viene realizando la CNC, actual CNMC[382]. Como recoge BERASATEGI,

> "la promoción de la competencia es el campo en el que las autoridades autonómicas tienen un mayor margen de actuación, situándose, dentro de su ámbito territorial autonómico, prácticamente al mismo nivel competencial que la propia CNC o incluso superándolo, si así lo dispone la normativa autonómica"[383].

Las autoridades autonómicas están, en opinión de MÍGUEZ, «llamadas a trabajar por su propia visibilidad», por lo que colaboran en la apertura del panorama de la libre competencia tanto en la labor de defensa como en la de promoción[384]. Además, el hecho de que la labor de promoción pueda realizarse desde una institución más cercana al consumidor, como son las autoridades autonómicas, «no debe ignorarse ni pasarse por alto en un contexto social como el español que, como ya hemos apuntado ha sido tradicionalmente no sólo refractario sino incluso hostil con la protección de la libre competencia»[385].

---

[380] FRANCO I SALA, L. "La defensa de la competencia…", *op cit*, p. 229.

[381] BERASATEGI TORICES, J. "Las autoridades autonómicas de defensa de la competencia: ¿quo vadis?" en BACHES OPI, S. (Coord). *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación*. Ed. La Ley, Madrid, noviembre 2010, pp. 1-2.

[382] RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A. "Promoción versus defensa…", *op cit*, p. 61

[383] BERASATEGI TORICES, J. "Las autoridades autonómicas…", *op cit*, p. 8.

[384] RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A. "Promoción versus defensa…", *op cit*, p. 61-62; «Su experiencia [de la autoridad catalana de competencia] demuestra la importancia de estos órganos, cuya cercanía y conocimiento del mercado, facilita la persecución de las conductas trictivas de la competencia, impulsa una mayor liberalización de los diferentes mercados y promueve con eficacia la cultura de la competencia en el conjunto de la sociedad» FRANCO I SALA, L. "La defensa de la competencia…", *op cit*, p. 261.

[385] RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. "Libre competencia y Tribunales…", *op cit*, p. 3.

A nivel autonómico, esta labor de promoción ya aparece recogida en los nuevos Estatutos de Autonomía[386]. Sirvan de ejemplo:

- Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, cuyo artículo 154 se titula precisamente, "Promoción y defensa de la competencia".
- Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, en su artículo 58 ("Actividad Económica"), apartado 1.5º señala que la Comunidad Autónoma de Andalucía asume competencias exclusivas en: «5º Promoción de la competencia en los mercados respecto de las actividades económicas que se realizan principalmente en Andalucía y el establecimiento y regulación de un órgano independiente de defensa de la competencia».

La promoción y la defensa de la competencia constituyen, en definitiva, dos realidades inseparables. Por ello sería recomendable tanto que se incluyera esta labor de promoción en todos los Estatutos de Autonomía, como que se crearan autoridades autonómicas en todas las Comunidades Autónomas que estén dispuestas a asumir estas competencias.

Finalmente, también debe señalarse que un mayor número de autoridades de competencia puede ayudar a enriquecer su labor, siempre y cuando existan mecanismos y foros de colaboración y cooperación adecuados, al favorecer sus posibilidades de aprendizaje y favorecer la innovación y las buenas prácticas[387].

Ahora bien, no todo serán ventajas, dado que también es posible que entre ellas se produzcan discrepancias –al igual que en el ámbito jurisprudencial encontramos votos particulares- sin que ello suponga un peligro para la unidad de mercado[388].

Al mismo tiempo, no puede obviarse que la cercanía al mercado puede facilitar la presión política y su actuación puede verse influenciada por los intereses empresariales locales[389]. Por ello será necesario, una vez más, la creación de mecanismos de cooperación que ayuden a reforzar su actividad de tal manera que no pueda verse capturada por influencias políticas, ni empresariales; así como evitar que los nombramientos de las personas que ocuparán cargos en estas autoridades se inspiren en razones políticas, sin conocimientos técnicos o experiencia alguna en esta materia[390]. Si

[386] RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A. "Promoción versus defensa…", *op cit*, pie de página núm. 26.

[387] Como recoge MARCOS, «la descentralización y multiplicación de autoridades administrativas encargadas de aplicar las normas puede introducir cierta competencia entre ellas, favoreciendo el aprendizaje mutuo y la innovación». MARCOS, F. "Autoridades autonómicas de defensa de la competencia en vías de extinción", en *SSRN*, 1 de febrero de 2012, p. 5.

[388] RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. "Libre competencia y Tribunales…", *op cit*, p. 3.

[389] MARCOS, F. "Autoridades autonómicas de defensa de la competencia…", *op cit*, p. 6.

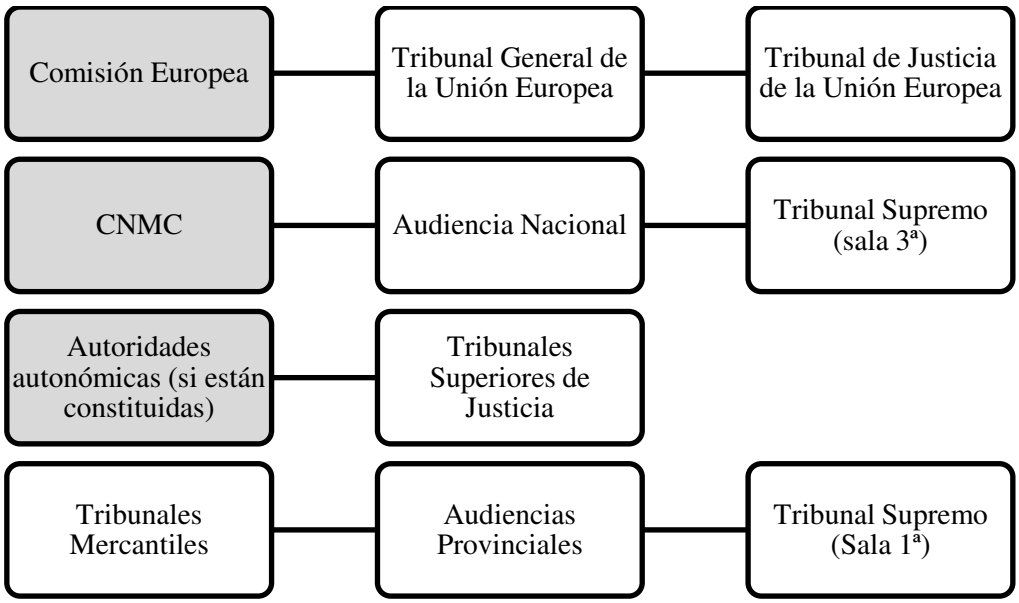
[390] Tómese como ejemplo el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana en su creación. Como se recoge en una nota de prensa «El Tribunal valenciano (…) está gobernado por un

existe una pluralidad de autoridades, será más difícil la captura simultánea de todas ellas[391].

2. Coordinación: la necesidad de articular mecanismos de colaboración como exigencia de una aplicación descentralizada

Una aplicación descentralizada de la normativa de competencia exige la coordinación entre los distintos órganos encargados de velar por su cumplimiento; ello conlleva, por tanto, la necesidad de articular mecanismos de colaboración, tanto entre autoridades de competencia –por medio, por ejemplo, de redes–, como entre éstas y los órganos jurisdiccionales. En el siguiente gráfico podemos todos aquellos órganos que pueden aplicar la normativa de competencia.

Ilustración 6.- Órganos que pueden tener que aplicar la normativa de competencia



FUENTE: Elaboración propia.

Pleno, compuesto por tres personas con un pasado común: haber sido altos cargos públicos con el Partido Popular" "Tribunal de la Competencia: un órgano de baja actividad y asilo de ex-altos cargos públicos», MOHORTE, A. "Tribunal de la Competencia: un órgano de baja actividad y asilo de exaltos cargos públicos", en *Valencia Plaza*, 16 de septiembre de 2011, ***http://www.valenciaplaza.com/ver/32396/tribunal-de-la-competenciaun-organo-de-baja-actividad-y-asilo-de-exaltos-cargos-publicos.html*** (Último acceso: 06.05.2020)

[391] YANES YANES, P. "Génesis y opciones de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia", en MARCOS, F. "Autoridades autonómicas de defensa de la competencia en vías de extinción", en *SSRN*, 1 de febrero de 2012, p. 6.

Como podemos observar en el esquema, existen dos tipos de órganos: administrativos (en el esquema, fondo de color gris claro) y judiciales (en el esquema, fondo de color blanco). Esta pluralidad de actores obliga a que sea necesario establecer mecanismos de cooperación con vistas a alcanzar los objetivos previstos en la normativa y, al mismo tiempo, garantizar, en la medida de lo posible, que todos ellos trabajan de manera coordinada.

La STC 32/1983, de 28 de abril, recoge que la coordinación «persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema»[392].

Esta voluntad de coordinación se hace notoria en la existencia de un importante trasvase de información y una colaboración continua desde las autoridades autonómicas que sirve de apoyo a la labor de la CNMC, así como una importante labor formativa desde la CNMC hacia las autoridades nacionales de competencia[393].

Con el objetivo de que esta coordinación CNMC-autoridades autonómicas funcione correctamente y para evitar la duplicidad de esfuerzos y acciones divergentes en el objetivo único y común de la eficacia en la defensa de la libre competencia, los mecanismos de coordinación y colaboración entre la CNMC y las autoridades autonómicas de competencia se recogen en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia[394].

En el artículo 5.2.b. de dicha Ley 1/2002, se establece lo siguiente:

> "La Comisión Nacional de la Competencia remitirá a los órganos autonómicos una nota sucinta de las actuaciones practicadas de oficio y copia de todas las denuncias, respecto de las que existan indicios racionales de infracción, que se refieran a conductas que afecten a su respectiva Comunidad Autónoma".

Esto permite a la CNMC no tener que dedicar sus recursos a comportamientos anticompetitivos que pueden ser perfectamente investigados desde la autoridad de competencia autonómica, que a la vez está más próxima al mercado afectado, pudiendo

[392] STC 32/1983, Pleno, de 28 de abril de 1983, FJ. 2.

[393] Este interés de la CNMC en colaborar con la autoridad de competencia autonómica se hace patente en el gasto que invierte en formación de los instructores autonómicos, organizando cursos dirigidos al personal de los órganos de instrucción de las autoridades autonómicas de competencia. Sirva de ejemplo que durante el año 2016 participaron un total de 20 inspectores de las distintas Comunidades Autónomas. CNMC. *Aplicación de los mecanismos…,* 2016, op cit. Así mismo, la importancia de este curso también se refleja en CNMC. "Aplicación de los mecanismos de asignación de expedientes CNMC/CCAA y novedades", en *CNMC*, 2013, p. 14.

[394] CNC. "Aplicación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la Competencia 2008-2012" en *CNC*, p. 7.

centrarse la CNMC en perseguir conductas más dañinas y que distorsionan la competencia a nivel nacional.

Además, en los casos en los que sea necesaria una inspección, la CNMC podrá solicitar la colaboración de la autoridad autonómica de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio deba desarrollarse dicha labor inspectora[395]. Sin embargo, en aquellas Comunidades Autónomas en las que no se dispone de autoridad de competencia, esta remisión no podrá realizarse y la CNMC deberá encargarse de estudiar si realmente existe infracción y, en su caso, de realizar las inspecciones[396].

La efectiva labor de apoyo de las autoridades autonómicas a la hora de perseguir comportamientos anticompetitivos también se puede apreciar en el hecho de que un porcentaje muy elevado de los expedientes de asignación que caen bajo la aplicación de la Ley 1/2002 acaban siendo asignados a una Comunidad Autónoma[397]. Esto puede ser debido a dos motivos[398]:

- Se presentan más casos ante las autoridades de competencia autonómicas: existe una mayor proximidad de la autoridad autonómica al mercado donde se producen las conductas y un mayor conocimiento por parte de los usuarios y empresas de las autoridades autonómicas[399].
- De acuerdo con la aplicación de la Ley 1/2002, las Comunidades Autónomas han de someter al mecanismo de asignación todas las denuncias recibidas, mientras que la CNMC sólo aquellas que puedan afectar a la respectiva Comunidad Autónoma.

[395] Sirva únicamente como ejemplo que entre el año 2008 y el 2012 se cursaron 25 solicitudes de colaboración desde la CNC a las autoridades autonómicas. Además de las solicitudes de la CNC a las autoridades de competencia, también se solicitó la colaboración de la CNC para el desarrollo de una inspección organizada por la autoridad catalana de competencia. CNC. "Aplicación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la Competencia 2008-2012" en *CNC*, p. 47.

[396] A la hora de realizar las inspecciones es necesario tener presente la doctrina de los hallazgos casuales. Ello supone que, si la orden de investigación tenía una finalidad distinta y se encuentran pruebas de una conducta anticompetitiva de manera casual y fortuita, no podrían utilizarse para sancionar dicha conducta. STS 3256/2019, Sala de lo Contencioso, Sec.3ª, de 22 de octubre de 2019, FJ 2; SAN 2595/2018, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 21 de junio de 2018, FJ 4.

[397] Pueden encontrarse tablas que representan cuantitativamente tanto sobre el número de expedientes sometidos al mecanismo de asignación previsto en la Ley 1/2002, como un ejemplo del número de asuntos finalmente asignados a cada autoridad de competencia en *Aplicación de los mecanismos…,* 2016, *op cit.* En ellas puede apreciarse que el número asignado a las Comunidades Autónomas con un órgano de competencia es claramente superior al que termina conociendo la autoridad nacional.

[398] CNC. "Aplicación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la Competencia 2008-2012" en *CNC*, p. 20

[399] Así, por ejemplo, la CNMC tuvo conocimiento del cártel sancionado en *radares meteorológicos*, a través de la Autoritat Catalana de la Competència (ACCO). Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0626/18 – *Radares meteorológicos*, de 4 de marzo de 2020.

El primero de los motivos demuestra que la existencia de una autoridad autonómica ayuda a la mayor detección de las conductas anticompetitivas. El segundo de los motivos nos proporciona las herramientas para poder comprobar que un porcentaje muy elevado de conductas detectadas a nivel autonómico no afectan al conjunto del territorio nacional, y que, por ello, la autoridad autonómica sigue reteniendo la competencia para conocer del asunto.

Junto con lo recogido en la Ley 1/2002, además, se producen numerosas colaboraciones no regladas, entre las que destacan[400]:

- La puesta en conocimiento del resto de autoridades autonómicas de una conducta que está analizando y considera que puede repetirse en el resto del territorio nacional.
- El traslado a la autoridad competente de información pública encontrada por una autoridad en el desarrollo de sus actuaciones.

Esto facilitará, nuevamente, la rápida detección de determinadas conductas anticompetitivas y su mejor tramitación al no estar centralizado en una única autoridad, sino repartido en función del mercado afectado. También dificultará que, una vez detectado un incumplimiento a nivel autonómico, pueda seguir ocultándose en otras Comunidades Autónomas. Ahora bien, para poder beneficiarse de ello, es imprescindible una correcta coordinación.

Por ello, partiendo de dicha finalidad de actuar de manera coordinada, a continuación, se analizará la necesidad de mejorarla tanto entre las autoridades de competencia, como entre éstas y los órganos jurisdiccionales.

A. Entre las autoridades de competencia: la creación de una red, análoga a la Red Europea de Competencia, para favorecer el intercambio de información

La colaboración entre las distintas autoridades de competencia es imprescindible de cara a una aplicación uniforme de la normativa de competencia. Al igual que, a nivel europeo, debe velarse por una aplicación coordinada de la normativa entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia, si, a nivel interno, se creasen autoridades de competencia en todas las Comunidades Autónomas, sería necesario cerciorarse de que los mecanismos de colaboración son adecuados y funcionan correctamente, para que no se produzcan discrepancias.

[400] CNC. "Aplicación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la Competencia 2008-2012" en *CNC*, p. 27 y ss.

Para valorar si los mecanismos de colaboración internos son adecuados, tomaremos como ejemplos los mecanismos y redes que se utilizan en la UE tras la entrada en vigor del Reglamento (CE) 1/2003.

Los primeros instrumentos de colaboración a nivel europeo aparecen en el propio Reglamento (CE) 1/2003, que sustituyó al antiguo Reglamento UE 17/1962. Este Reglamento supuso un importante cambio con relación a cuatro puntos[401]:

- Se suprimió el sistema de autorización previa;
- Se instauró un sistema descentralizado de aplicación del Derecho de la competencia;
- Se creó la Red Europea de Competencia; y
- Se estableció la prevalencia de la Comisión Europea frente a las autoridades nacionales.

De estos cuatro puntos, y a los efectos de nuestra investigación, debemos destacar la Red Europea de Competencia, porque es la que podría utilizar como modelo para lograr una coordinación y colaboración efectiva entre las autoridades regionales de competencia, y entre ellas y la CNMC[402].

Su función principal es la de servir de mecanismo de coordinación para la aplicación de la normativa europea de defensa de la competencia[403]. Los principios que rigen el funcionamiento de la Red Europea de Competencia se encuentran recogidos en la Declaración común del Consejo y de la Comisión sobre el funcionamiento de la Red de Autoridades de Competencia[404]. De ellos destacan: (a) las autoridades nacionales de competencia tienen plenas competencias para aplicar los actuales artículos 101 y 102 TFEU «y de esta forma contribuirán activamente al desarrollo de la política, el derecho y

[401] LOMA-OSORIO, D. *Tratado de Derecho de la Competencia*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 296.

[402] A través de ella, se está habilitando un mecanismo integrado por autoridades administrativas de la competencia. Para un análisis de las ventajas que ha significado la creación de la REC véase WILS, W. P. J. "Ten Years of Regulation 1/2003 - A Retrospective", en *Conference - 10 years of Regulation 1/2003*, Mannheim Centre for Competition and Innovation, 7 de junio de 2013, pp. 7-9

[403] SÁNCHEZ GRAELLS, A. "Protección del mercado y defensa de la competencia" en VEIGA COPO, A. (Coord). *Fundamentos de Derecho Empresarial, Tomo 1: Empresa, Empresario y Mercado*, Ed. Thomsom Reuters Civitas, 2011, p. 7; hasta la fecha ha tenido éxito en la satisfacción de esta función, dado que como recoge Cengiz «The network has been successful particularly in terms of accelerating communication between the competition authorities of Europe and increasing their contribution to the design of European competition policy», en CENGIZ, F. "The European Competition Network: structure, management and initial experiences of policy enforcement", en *EUI Working Papers*, nº MWP 2009/05, 2009, p. 1.

[404] Esta es una declaración de carácter meramente política, por lo que no crea derechos ni obligaciones jurídicas. Las obligaciones surgen de la trasposición por los Estados miembros de la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. DOUE L 11/3, de 14 de enero de 2019. Como se señala en su artículo 34, los Estados miembros tienen de fecha límite para su transposición a más tardar el 4 de febrero de 2021.

las prácticas en materia de competencia» (considerando 6); (b) las autoridades nacionales de competencia son independientes unas de otras, por lo que la cooperación entre ellas deberá llevarse a cabo sobre la base de los principios de igualdad, respeto y solidaridad (considerando 7); y (c) los instrumentos de la Comisión Europea y de las autoridades nacionales de competencia no serán idénticos; no obstante, ambas son responsables de desarrollar la política y de salvaguardar la eficacia y la coherencia, por lo que las competencias adicionales de la Comisión Europea se ejercerán teniendo esto en cuenta (considerando 9).

Estos tres principios se respetarán también en caso de crear una red nacional española porque las autoridades regionales tienen facultades para aplicar los artículos 1 y 2 LDC (son los correlativos a los artículos 101 y 102 TFEU dentro de la legislación nacional), porque son independientes unas de otras y porque no dispondrán de los mismos instrumentos que la CNMC.

Estructuralmente, la Comisión Europea ostenta una posición privilegiada dentro de la Red Europea de Competencia, dado que puede controlar las decisiones de las autoridades nacionales de competencia por dos motivos[405]: (1) las autoridades nacionales de competencia no pueden adoptar ninguna decisión contraria a otra de la Comisión Europea (artículo 16.2 del Reglamento (CE) 1/2003); y (2) antes de adoptar una decisión, las autoridades nacionales de competencia deben enviar un borrador a la Comisión Europea, sobre el que la Comisión podrá hacer comentarios o incluso remover a la autoridad de competencia para iniciar ella misma un procedimiento (artículo 11 del Reglamento (CE) 1/2003)[406].

A nivel nacional, en el caso de que empezara a hacerse uso efectivo de una red de cooperación similar, dada la independencia de las autoridades regionales de competencia *vis-à-vis* la autoridad nacional de competencia, no podría –ni debería– establecerse una relación jerárquica parecida a la de la Red Europea de Competencia[407]. Aunque esto no

[405] MONTI, G. EC Competition Law, op cit, p. 417.

[406] Ello no evita que los tribunales europeos hayan tenido que resolver, puntualmente, sobre las consecuencias de que la Comisión prive a una autoridad de competencia nacional de sus atribuciones para tramitar el asunto y finalmente estime que no tiene interés de la Unión. En estos casos, recuerda, que las autoridades nacionales de defensa de la competencia recuperan sus atribuciones tan pronto como concluye el procedimiento incoado por la Comisión. STG (Sala Cuarta) de 26 de septiembre de 2018, asunto T-574/14, *EAEPC v. Comisión* [2018] RJE 0000, ap. 136.

Igualmente, ha habido supuestos en los que alguna de las partes no ha estado conformes con que la Comisión Europea estimase que el asunto no tenia interés de la Unión. STJ (Sala Novena) de 20 de septiembre de 2018, asunto C-373/17 P, *Agria Polska y otros v. Comisión* [2018] RJE 0000, ap. 60-65.

[407] «The ECN sits on a juridified and a hierarchical structure; it incorporates a formal work allocation regime which minimises the number of network members involved in each investigation; and it functions through largely compulsory cooperation mechanisms in order not to leave any room for antagonistic behaviour between the network members. Therefore, as a strategic choice, the entire network design pursues the aim of preventing conflicts to the possible extent, rather than accommodating diversity of preferences and producing policy outcomes based on consensus», CENGIZ, F. "The European Competition Network…", *op cit*, p. 476.

obsta a que sí parezca apropiado dejar en manos de la CNMC la coordinación de sus actividades.

En vez de establecerse una relación jerárquica, debería partirse de la cooperación entre iguales porque la posición de la CNMC no es similar a la de la Comisión Europea.

La justificación de esta afirmación reside, en primer lugar, en el hecho de que, en caso de conflicto de la CNMC con las autoridades regionales de competencia, la CNMC no atrae la competencia para conocer del asunto: en estos casos, debe recurrirse a la Junta Consultiva en materia de conflictos, que será quien se encargue de resolver la controversia[408]. Es decir, no puede excluirse la competencia de una autoridad regional por el mero hecho de que la CNMC vaya a conocer del asunto, ni puede elegir autónomamente apartar a la autoridad que esté investigando una posible infracción para iniciar ella un procedimiento.

[408] LÓPEZ BENÍTEZ, M. "La defensa de la competencia en el Estado de las autonomías: del Tribunal de Defensa de la Competencia estatal a los tribunales autonómicos", en FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M. *Estudios de Derecho de la Competencia*. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid y Barcelona, 2005, pp. 125-127.; COSTAS COMESAÑA, J. "La coordinación entre la comisión nacional…", *op cit*, pp. 72 – 75.

- La Junta de Conflictos se ha reunido en al menos en cinco ocasiones:

  1. El 29 de marzo de 2017 sobre el conflicto de competencias suscitado entre, de un lado, la Autoritat Catalana de la Competéncia y la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía y, de otro lado, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a propósito de supuestas conductas conscientemente paralelas de Abogados consistentes en recomendaciones de precios, mediante la elaboración y publicación de criterios orientativos a efectos de tasación de costas.
  2. El 20 de noviembre de 2013 en relación con el conflicto de competencias suscitado entre la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía y la Administración General del Estado (CNMC) respecto de la denuncia presentada el 7 de septiembre de 2011 ante la extinta Dirección de Investigación de la CNC por la Unión de Pequeños Agricultores y Ganaderos de Andalucía contra Algodonera del Sur, S.A., Desarrollo y Aplicaciones Fitotécnicas, S.A, Eurosemillas, S.A., Surcotton, S.A., Industria desmotadora andaluza, S.L. y Colectivo Algodoneras del Sur de Andalucía S.L. por supuestas conductas prohibidas por la LDC.
  3. El 6 de mayo de 2008 por el conflicto de competencias suscitado entre el Servicio de Defensa de la Competencia Vasco y la Administración General del Estado respecto de la denuncia presentada el 17 de diciembre de 2008, ante el Servicio vasco, por Euskaltel, S.A. contra Telefónica de España SAU y Telefónica Móviles, respectivamente, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 2 LDC.
  4. El 26 de junio de 2007, en relación con el conflicto de competencias suscitado entre el Tribuanl de Defensa de la Competencia de la Comunidad Autónoma de Madrid (TDC-Madrid), y la Administración del Estado respecto de la denuncia presentada el 8 de marzo de 2006 ante el Servicio de Defensa de la Competencia estatal por Anibal, S.L. contra la empresa concesionaria de la Estación Sur de Autobuses de Madrid (ASAMSA), por supuestas conductas prohibidas por la LDC.
  5. El 21 de diciembre de 2005, en relación con el conflicto de competencias entre la Comunidad Autónoma de Madrid y la Administración del Estado respecto de la denuncia de Spanair, S.A. contra el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) por abuso de posición dominante al resolver la utilización de la nueva Terminal 4 del Aeropuerto de Madrid-Barajas.

Sin embargo, esto no obsta para que sí se reconozcan ciertas facultades a la CNMC de las que no pueden hacer uso las autoridades regionales. Así, por ejemplo, la CNMC, de acuerdo con el artículo 5.3 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, puede, por un lado, personarse en calidad de interesado en los procedimientos administrativos tramitados por los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas; y, por otro, puede ejercer, en su caso, el recurso contra los acuerdos y resoluciones adoptados por las autoridades regionales que pongan fin al procedimiento.

En segundo lugar, también debemos subrayar que tanto la CNMC como las autoridades regionales de competencia aplican la misma normativa, a diferencia de lo que sucede a nivel europeo, donde el derecho nacional sustantivo y procesal variará en función de la autoridad que conozca.

En todo caso, la posición preeminente de la Comisión Europea se justifica por el riesgo de que se genere inseguridad jurídica derivada de la aplicación de diferentes normativas nacionales y por el riesgo de que se aplique una política de competencia inconsistente; es decir, la prerrogativa de la Comisión Europea viene a representar una "válvula de seguridad" dentro del diseño de la Red Europea de Competencia[409].

La principal función de la Red Europea de Competencia es el intercambio de información. A nivel europeo, el artículo 12.1 del Reglamento (CE) 1/2003 otorga amplios poderes a la Comisión Europea y a las autoridades nacionales de competencia para el intercambio y uso de cualquier elemento de hecho o de derecho, incluyendo información confidencial[410].

No obstante, la información que se puede revelar está limitada si tiene su origen en un programa de clemencia. En estos casos, la Comisión Europea no transmitirá nada a ninguna autoridad nacional de competencia sin el consentimiento de la parte solicitante de la clemencia, excepto, de acuerdo con el artículo 31.6 de la Directiva 2019/1, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior[411] «cuando la autoridad nacional de competencia que recibe la declaración de clemencia también haya recibido del mismo solicitante una

[409] CENGIZ, F. "The European Competition Network…", *op cit*, p.10.

[410] HOWARD, A.; ROTH QC, P. y ROTH QC, P. "The enforcement of the competition rules in the Member States" en ROTH QC, P. y ROTH QC, P. (eds). *European Community Law of Competition*, Ed. Oxford University Press, Nueva York, 2008, 6ª edición, p. 1383; GERADIN, D.; REYSEN, M. y HENRY, D. "Extraterritoriality, Comity, and Cooperation in EU Competition Law" en GUZMAN, A. T. *Cooperation, Comity, and Competition Policy*. Ed. Oxford Scholarship Online, enero 2011, pp. 12-13.

[411] Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. DOUE L 11/3, de 14 de enero de 2019.

solicitud de clemencia relacionada con la misma infracción que la autoridad nacional de competencia que remite la declaración de clemencia, siempre y cuando, en la fecha de transmisión de la declaración de clemencia, el solicitante no pueda retirar la información que haya facilitado a la autoridad nacional de competencia que recibe la declaración de clemencia»[412].

Esta protección de los documentos presentados en el programa de clemencia, además y de acuerdo con la nueva Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, también será absoluta en las solicitudes de indemnización[413]. No obstante, las decisiones de las autoridades nacionales de competencia tendrán efecto probatorio en demandas posteriores por daños y perjuicios, siempre que se presenten ante los tribunales nacionales del Estado miembro cuya autoridad de competencia conoció del asunto.

Esta limitación es muy importante porque a la hora de realizar la solicitud de clemencia no existe un "*one stop shop*". Ello implica que, al analizar el programa de clemencia, la solicitud presentada ante la Comisión Europea o cualquier autoridad nacional de competencia no surtirá ningún efecto en otra jurisdicción[414]. Es decir, si estuviera permitida su transmisión, cualquier jurisdicción podría hacer uso de la

[412] Esta misma protección es la que se veía concediendo con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Directiva. Véase, COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE. DOUE C-101, de 27 de abril de 2004, ap. 27; HOWARD, A.; ROTH QC, P. y ROTH QC, P. "The enforcement of the competition rules…", *op cit*, p. 1390.

[413] Su justificación se señala en el considerando 26 de dicha Directiva al explicar que «Las empresas podrían verse disuadidas de cooperar con las autoridades de la competencia en el marco de programas de clemencia y procedimientos de transacción, si se exhibieran las declaraciones autoincriminatorias, como las declaraciones en el marco de un programa de clemencia y las solicitudes de transacción, que se presentan solo a efectos de cooperar con las autoridades de la competencia. Esa exhibición entrañaría el riesgo de exponer a las empresas cooperantes o a su personal directivo a una responsabilidad civil o penal en peores condiciones que las de los coinfractores que no cooperan con las autoridades de la competencia. Para garantizar la buena disposición continuada de las empresas para acudir voluntariamente a las autoridades de la competencia y presentar declaraciones en el marco de un programa de clemencia o solicitudes de transacción, esos documentos deben quedar excluidos de la exhibición de pruebas. Dicha exclusión debe aplicarse también a las citas literales de una declaración en el marco de un programa de clemencia o de una solicitud de transacción que figuren en otros documentos. Las limitaciones impuestas a la exhibición de pruebas no deben impedir que las autoridades de la competencia publiquen sus decisiones de conformidad con la normativa aplicable de la Unión o nacional. Para garantizar que dicha exclusión no menoscabe indebidamente el derecho de las partes perjudicadas al resarcimiento, la misma debe limitarse a esas declaraciones voluntarias y autoincriminatorias en el marco de programas de clemencia y solicitudes de transacción».

[414] PERETZ, G; WARD, T. Y KREISBERGER, R. "Enforcement and Procedure" en ROTH QC, P. y ROTH QC, P. (eds). *European Community Law of Competition*. Ed. Oxford University Press, Nueva York, 2008, 6ª edición, p. 1319; GAUER, C. y JASPERS, M. "Designing a European Solution for a 'One Stop Leniency Shop'", en *European Competition law Review*, nº 12, 2006, pp.685-692; CARMELIET, T. "How lenient is the European leniency system? An overview of current (dis)incentives to blow the whistle ", en *Jura Falconis Jg. 48*, nº 3, 2011-2012, p. 463.

información para imputar la autoría de los hechos a la empresa que la presenta, lo que perjudicaría a los derechos de defensa y a la presunción de inocencia.

A nivel nacional no habrá tantos problemas porque todas las conductas que excedan el ámbito supra-autonómico se investigarán y resolverán por la CNMC, sin que quepa entender que la autoridad regional de otra Comunidad Autónoma está mejor situada. Además, recordemos, el artículo 53.3 RDC establece que «si en aplicación del artículo 2.4 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, se produjera un cambio de asignación de autoridad competente, se reconocerá la exención condicional previamente acordada».

Respecto de la información que no quede englobada dentro de la protección del programa de clemencia, aquella intercambiada en el marco de la Red Europea de Competencia sólo podrá ser utilizada como evidencia para la aplicación de los artículos 101 y 102 TFEU respecto del mismo sujeto y objeto por la que fue recabada por la autoridad nacional de competencia que la transmite[415]. Además, si la información transmitida es utilizada para imponer una sanción individual en un Estado miembro, la normativa del Estado que está transmitiendo dicha información debe prever una sanción del mismo tipo en relación con los artículos 101 ó 102 TFEU o, si esa condición no se cumple, al menos debe ser demostrable que ha recabado la información con el mismo nivel de protección de los derechos de defensa que los que se hubieran utilizado en el Estado que está recibiendo la información (apartado 16 del Reglamento (CE) 1/2003), siempre y cuando no se utilice para imponer una pena privativa de libertad[416].

Este último requisito es muy importante porque no todos los Estados miembros prevén el mismo tipo de sanciones, y una gran parte de ellos –entre los que se encuentra España– no prevé sanciones penales. No obstante, no supondría ningún problema dentro de una red nacional porque las sanciones que se podría imponer serían las mismas independientemente de quien conociera del asunto.

La importancia de este intercambio, incluso aunque existan limitaciones, reside en que en muchas ocasiones una autoridad de competencia puede haber sido informada de la existencia de una conducta anticompetitiva, pero no encontrarse suficientemente bien situada para conocer del asunto. En estos casos, puede transmitir la información a la autoridad competente para que analice si efectivamente se está infringiendo la normativa y es necesaria la imposición de una sanción[417].

---

[415] HOWARD, A.; ROTH QC, P. y ROTH QC, P. "The enforcement of the competition rules…", *op cit*, p. 1384.

[416] HOWARD, A.; ROTH QC, P. y ROTH QC, P. "The enforcement of the competition rules…", *op cit*, p. 1386-1387; GERARD, D. MB "Regulation 1/2003 (and beyond): balancing effective enforcement and due process in cross-border antitrust investigations", en BASEDOW, J.; FRANCQ, S. E IDOT, L. (eds). *International antitrust litigation. Conflict of laws and coordination*. Ed: Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2012, p. 376-378.

[417] El expediente de la CNMC S/0428/12 – *Palés,* pudo iniciarse gracias a la información remitida por la Comisión Europea sobre supuestas conductas anticompetitivas, a raíz de la cual se inició una

Además, resulta interesante que se informen recíprocamente de los mercados en los que han detectado prácticas potencialmente anticompetitivas. La detección de una conducta anticompetitiva en un determinado mercado puede servir como punto de partida para que el resto de autoridades nacionales de competencia analicen si en ese mismo mercado, pero dentro de su territorio nacional, se están produciendo comportamientos ilícitos semejantes.

De forma similar, pero en el ámbito nacional, la detección de una conducta anticompetitiva en una Comunidad Autónoma puede servir como indicador de que en otros territorios pueden estarse desarrollando las mismas conductas, ya sean las mismas u otras empresas las que estén operando. Por ello es importante que se desarrollen instrumentos que les permitan estar en contacto continuo; especialmente, si se crean autoridades regionales de competencia en todas las Comunidades Autónomas.

Dicho con otras palabras, de la relación de la CNMC *vis-à-vis* las autoridades autonómicas de competencia, debe concluirse que impera la necesidad de potenciar su trabajo en red.

La principal justificación se haya en que, a nivel administrativo, de acuerdo con el sistema de competencias excluyentes sobre el que se apoya todo el sistema de relaciones Administración General del Estado/Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, no existe relación de jerarquía o dependencia en las relaciones entre la CNMC y las autoridades autonómicas[418].

No obstante, el artículo 5.3 de la Ley 1/2002 atribuye a la CNMC la facultad de comparecer, en calidad de interesado, en los procedimientos tramitados por las autoridades de defensa de la competencia autonómicas, tanto en fase de instrucción, como de resolución, pero no al revés. De esta manera, lo que se pretende es evitar que la autoridad nacional de competencia tenga que acudir a los tribunales para discutir sobre la aplicación correcta de la normativa de competencia[419].

Ello no ha evitado, no obstante, que la CNC (actual CNMC) haya recurrido ante el Tribunal Superior de Justicia dos resoluciones[420]:

---

investigación que finalizó, con la imposición de una sanción, en la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0428/12 - *Palés*, de 22 de septiembre de 2014.

[418] RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. "Libre competencia y Tribunales…", *op cit*, p. 11.

[419] Como recoge COSTAS COMESAÑA «se trata de un mecanismo relativamente invasivo de la competencia objetiva de la Autoridad Autonómica de Competencia, que tiene por objeto evitar en último término la impugnación por la CNC de la resolución de aquélla ante el órgano de la jurisdicción de lo contencioso competente». COSTAS COMESAÑA, J. "La coordinación entre la comisión nacional…", *op cit*, p. 81.

[420] *Ibid*, pp. 82-83.

- La Resolución de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía en el Expte. 11/2010 – *Compañías Aseguradoras de Córdoba*, de 10 de noviembre de 2010[421].
- La Resolución del Tribunal de la Competencia de la Comunidad de Madrid en el Expte. 02/2010 – *Centros sociosanitarios*, de 22 de diciembre de 2010[422].

El hecho de que existan impugnaciones significa que no existe una coordinación efectiva entre las autoridades de competencia para la aplicación uniforme de la LDC. Para evitarlo, podría ser conveniente que la CNMC hiciera uso de la facultad por la que la Dirección de Investigación puede personarse como interesada en todos los expedientes incoados por las autoridades autonómicas[423]. No obstante, es preciso matizar que, aunque esta posibilidad ayudará a disminuir el riesgo de que se produzcan más impugnaciones como las dos mencionadas, es importante ser conscientes de que recurrir a este tipo de mecanismos genera una imagen pública de conflicto en vez de unidad.

El mecanismo previsto por la Ley 1/2002 para la coordinación entre la CNMC y las autoridades autonómicas de competencia es el Consejo de Defensa de la Competencia. En concreto, el artículo 5.1.1 de la Ley 1/2002 señala que «es el órgano de colaboración, coordinación e información recíproca entre el Estado y las Comunidades Autónomas para promover la aplicación uniforme de la legislación de competencia». Para desarrollar su función como organismo de colaboración e información, ha auspiciado la constitución de diversos grupos de trabajo: de asignación de asuntos, de coordinación, de la Red Española de Competencia, de promoción y de reforma normativa y de coordinación en materia resolutoria[424]. Aunque estos esfuerzos son muy importantes, si se produjera una descentralización a nivel estatal, podría resultar más conveniente que todas las autoridades trabajasen en red de manera que la colaboración y cooperación se realizase de manera continua.

Sería importante crear también una red efectiva de colaboración entre las diferentes autoridades autonómicas y no únicamente entre la CNMC y ellas. Aunque existe una red de cooperación de los órganos españoles de defensa de la competencia (la Red Española de Autoridades de la Competencia, REC), no hay constancia de que se realice un uso habitual y continuado de ella. Trabajar en red permitiría a las autoridades autonómicas poder aprender las unas de las otras y ayudarse en las tareas de elaboración

[421] Recurso contencioso-administrativo nº 245/2011, Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª.

[422] Recurso contencioso-administrativo presentado ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 8ª. Resuelto por Sentencia de 11 de julio de 2012.

[423] CNC. Informe anual sobre la aplicación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia 2011, p. 12.

[424] COSTAS COMESAÑA, J. "La coordinación entre la comisión nacional…", *op cit*, pp. 78-81.

y realización de actividades de investigación y formación conjuntas sobre la aplicación de la normativa.

B. Entre las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales: la indispensabilidad de garantizar la unidad de criterio en la interpretación y aplicación del Derecho de la competencia

En la práctica europea, la cooperación entre las autoridades de competencia y los jueces nacionales es aún más importante que la coordinación entre las autoridades nacionales de competencia y la Comisión Europea, puesto que la Comisión Europea no puede excluir que, paralelamente a su investigación, se inicie otra ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro afectado. Esto podría dar lugar a la existencia de dos procedimientos paralelos: el judicial, llevado en el Estado miembro; y el administrativo, de la Comisión Europea[425].

Además, hay que tener en cuenta que, mientras las autoridades nacionales de competencia se vinculan a través de la Red Europea de Competencia, no existe ningún mecanismo similar para los tribunales nacionales, ya que esto violaría los principios de independencia judicial y autonomía procesal[426].

Ésta es la misma situación que nos podemos encontrar en la práctica nacional: un procedimiento judicial abierto en los tribunales mercantiles y otro administrativo ante la CNMC. Por ello es necesario exista una red de cooperación entre jueces y autoridades administrativas.

La respuesta que ha dado la Comisión Europea para evitar resultados contradictorios y así lograr la aplicación uniforme del Derecho de la UE que pretende el artículo 16 del Reglamento (CE) 1/2003 reside en que no sólo las autoridades nacionales de competencia, sino también los tribunales nacionales, deben abstenerse de adoptar

[425] LOMA-OSORIO, D. Tratado de Derecho de la Competencia, *op cit*, p. 302; De acuerdo con la STJ de 27 de marzo de 1974, asunto 127/73, *Belgische Radio en Televisie y otros v. SV SABAM y otros* [1974] RJE 313, los actuales Arts. 101-102 TFUE son directamente efectivos y confieren derechos individuales que los tribunales deben proteger. En concreto, en BRT v. SABAM se abrió el camino para que las empresas privadas puedan solicitar la reparación del daño causado por infracción de la normativa de competencia; WRIGHT, K. "European Commission Opinions to National Courts in Antitrust Cases: Consistent Application and the Judicial-Administrative Relationship", en *ESRC Centre for Competition Policy Working Paper Series*, 31 de julio de 2008, p. 5.; GERBER, D. J. *Law and Competition in Twentieth-Century Europe… op cit*, p. 36

[426] WRIGHT, K. "European Commission Opinions…", *op cit*, p. 3.

Puede encontrase un análisis de la autonomía procesal y los derechos de defensa de las partes ante una infracción de la normativa de competencia en KOWALIK-BAŃCZYK, K. "Procedural autonomy of Member States and the EU Rights of Defence in antitrust proceedings", en *2012 yearbook of antitrust and regulatory studies*, Vol 2012, nº 5(6), 2012 pp. 215-234.

cualquier tipo de decisión que pueda resultar incompatible con las adoptadas previamente por la Comisión Europea[427].

En este mismo sentido, posteriormente, el artículo 9.1 de la Directiva 2014/104 ha recogido lo siguiente:

> "Los Estados miembros velarán por que se considere que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia.".

Por ello, cuando los tribunales estén resolviendo sobre presuntas infracciones de los artículos 101 y 102 TFEU, no pueden adoptar decisiones contrarias a las previamente adoptadas por la Comisión Europea[428].

La unidad de criterio entre autoridades judiciales y administrativas es indispensable, en especial, si se quieren promover las reclamaciones de daños y perjuicios.

No existe ninguna relación jerárquica entre el juez nacional y la Comisión Europea como institución, en la medida en que los tribunales nacionales también forman parte de la planta judicial europea. Es decir, *Masterfoods* o la Directiva 2014/104 no están estableciendo la primacía de la Comisión Europea respecto de los tribunales nacionales,

---

[427] Véase, en este sentido, CACHAFEIRO GARCÍA, F. "Fundamentos del derecho de la libre competencia" en BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (coords.), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Ed. Aranzadi: Cizur Menor, Navarra, 2009 pp. 37-64.; en caso de dudas se podrá interponer una cuestión prejudicial. No sólo los tribunales nacionales, sino también las autoridades nacionales de competencia españoles pueden elevarla porque presentan una estructura dualista y cumplen con los criterios *Schmid.* «Según jurisprudencia reiterada, para apreciar si el órgano remitente es un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia (véanse, en particular, las sentencias Dorsch Consult, antes citada, apartado 23, y jurisprudencia citada, y de 21 de marzo de 2000, Gabalfrisa y otros, asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, Rec. p. I-1577, apartado 33)», en STJ (Sala Quinta) de 30 de mayo de 2002, asunto C-516/99, *Schmid* [2002] ECR I-4573, ap. 34; STJ (Gran Sala) de 31 de mayo de 2005, asunto C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) y otros v. GlaxoSmithKline plc y otros* [2005] ECR I-4609.

[428] Idea que ha sido confirmada por el TJUE, en Sentencia de 14 de diciembre de 2000, en el asunto C-344/98, *Masterfood v HB*, donde dispone en su párrafo 52 lo siguiente «cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los arts. 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Deberán evitar asimismo adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado. A tal fin, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si procede suspender su procedimiento. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones que establece el art. 234 del Tratado (actual 267)» STJ de 14 de diciembre de 2000, asunto C-344/98, *Masterfoods Ltd. v. HB Ice Cream*, Ltd. [2000] RJE I-1136, ap. 52; en el mismo sentido STJ de 28 de febrero de 1991, asunto C-234/89, *Delimitis v. Henninger Braeu* [1991] RJE 935.

sino que imponen deberes a estos últimos para aplicar el Derecho europeo de una manera coherente bajo el control firme del Tribunal de Justicia de la UE[429]. Aunque, en el fondo, sí se puede observar que subyace una defensa de la primacía de la Comisión Europea en la interpretación y aplicación de las normas europeas de competencia[430].

Además de establecer que los órganos jurisdiccionales deben abstenerse de adoptar cualquier tipo de decisión que pueda resultar incompatible con las previamente adoptadas por la Comisión Europea, en la normativa de la UE se han recogido varios mecanismos procesales de colaboración para tratar de evitar que se adopten decisiones contradictorias. Estos mecanismos de cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales aparecen recogidos el artículo 15 del Reglamento (CE) 1/2003 y son los siguientes[431]: (1) cuando los órganos jurisdiccionales apliquen el Derecho de la competencia podrán solicitar a la Comisión Europea que les remita la información que obre en su poder o que emita dictámenes; (2) los Estados miembros enviarán una copia a la Comisión Europea de las sentencias de sus tribunales nacionales en las que se apliquen los artículos 101 y 102 TFEU; y (3) tanto la Comisión Europea como las autoridades nacionales de la competencia podrán intervenir como *amicus curiae* cuando los órganos jurisdiccionales apliquen los artículos 101 y 102 TFEU.

En este artículo, por tanto, podemos encontrar dos mecanismos de *soft-law*: (a) los dictámenes no vinculantes de la Comisión Europea y (b) los escritos de *amicus curiae* a los tribunales nacionales en los procedimientos de defensa de la competencia. En Derecho español también podemos encontrar esos dos mecanismos recogidos en el artículo 16 LDC.

No obstante, el régimen de aportación de observaciones o información es diferente en la legislación de la UE de competencia de la española. El artículo 15.3 del Reglamento (CE) 1/2003 permite a las autoridades de competencia la presentación de observaciones a los órganos jurisdiccionales por propia iniciativa o si éstos las han solicitado[432]. Sin embargo, la información que obre en su poder o la emisión de dictámenes sólo se producirá previa solicitud de los órganos jurisdiccionales

La LDC y la LEC, sin embargo, dejan a la discrecionalidad de las autoridades administrativas la posibilidad de aportar la información –no sólo observaciones–[433]. No

[429] WRIGHT, K. "European Commission Opinions…", *op cit*, p. 8.

[430] ARRIBAS HERNÁNDEZ, A. "La aplicación paralela por los jueces y las autoridades administrativas: posibles contradicciones y formas de evitarlas" en MARTÍNEZ LAGE, S. Y PETITBÒ JUAN, A. (dirs) *El derecho de la competencia y los jueces*. Ed: Fundación Rafael del Pino. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales SA. Madrid, 2007, p. 26.

[431] BERENGUER FUSTER, L.; GINER PARREÑO, C. A. Y ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. *La nueva legislación española ante la evolución del derecho de la competencia*. Ed. Marcial Pons: Madrid, 2010, p. 266.

[432] PARRET, L. Side effects of… op cit, p. 19

[433] «La LDC y la LEC amplían el ámbito objetivo de la colaboración a la aportación de información. De este modo la legislación española deja a la decisión discrecional de las autoridades administrativas una

obstante, la existencia de esta discrecionalidad no implica que el órgano judicial tenga que aceptar la información presentada, dado que la ayuda prestada no puede menoscabar su independencia[434].

El poder aportar información u observaciones sin necesidad de ser requerido a ello es muy importante de cara a conseguir la aplicación coherente de la normativa porque puede poner de relieve los aspectos más importantes que deben ser tenidos en cuenta por el órgano jurisdiccional, de tal manera que se aporten unos mismos comentarios a todos los jueces que se sepa que están conociendo de un asunto.

Pese a esta diferente regulación, la utilización de los mecanismos previstos en el sistema europeo y español proporciona los mismos beneficios.

En primer lugar, si los tribunales nacionales deciden resolver siguiendo el sentido de la información aportada por la autoridad de competencia, esto podría ayudar a lograr consistencia en la aplicación de la normativa de competencia, sobre todo, si lo que se emite como opinión de la Comisión Europea se acaba convirtiendo en un precedente en la jurisprudencia nacional[435].

En segundo lugar, su potenciación podría contribuir a la mejora del sistema sancionador. Especialmente, si se empiezan a interponer demandas civiles por daños y las partes demandantes pueden utilizarlos para apoyar sus argumentos[436]. Como recoge GUILLÉN CARAMÉS, las autoridades de competencia

> "se encuentran capacitadas para definir con una mayor exactitud el alcance y significado de determinados conceptos de naturaleza eminentemente económica que pueden ser extraños a los jueces mercantiles, como la delimitación de determinados mercados o para el cálculo de los posibles daños y perjuicios que deban resarcirse"[437].

Pese a las importantes ventajas que aporta el intercambio de información, podría ser interesante crear también –como proponíamos– una red de cooperación entre las

---

posibilidad –la aportación de información- que, en cambio en el ámbito comunitario se supedita a la petición de los órganos jurisdiccionales». GUILLÉN CARAMÉS, J. "La cooperación entre jueces y autoridades administrativas en la aplicación privada del derecho de la competencia", en FONT RIBAS, A Y GÓMEZ TRINIDAD, S (coords.). *Competencia y acciones de indemnización actas del Congreso Internacional sobre Daños Derivados de Ilícitos Concurrenciales, Ed. Marcial Pons*, 2013, p. 15.

[434] *Ibid*, p. 15.

[435] WRIGHT, K. "European Commission Opinions…", *op cit*, p. 52

[436] La colaboración de la CNC con los órganos judiciales podría ser especialmente útil ante cuestiones eminentemente económicas. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J. "Acciones de responsabilidad por daños anticompetitivos y la responsabilidad de las autoridades públicas. La Figura del AMICUS CURIAE en España", en ORDOÑEZ SOLÍS, D. *Daños antitrust, derecho europeo de la competencia y jueces: acciones públicas y privadas en aplicación de los artículos 101, 102 y 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por los jueces nacionales*. Ed. Red Europea de Formación Judicial, Barcelona, 20, 21 y 22 de junio de 2012, p. 9.

[437] GUILLÉN CARAMÉS, J. "La cooperación entre jueces y autoridades administrativas…", *op cit*, p. 14.

autoridades administrativas y los órganos judiciales. A diferencia de la finalidad de la red entre autoridades de competencia, en este caso sería únicamente a efectos informativos y de actualización; es decir, esta red podría funcionar como mecanismo de intercambio de información sobre los asuntos que ha resuelto cada órgano y las resoluciones o sentencias que se han dictado. De esta manera, se crearía una base de datos donde ambos pudieran conocer qué soluciones se les está dando a los problemas anticompetitivos encontrados en las diferentes jurisdicciones.

Por lo que respecta al caso español, en la relación de las autoridades de competencia *vis-à-vis* los jueces nacionales debe destacarse la figura del *amicus curiae*, así como el tratamiento deparado a promover una estrecha coordinación entre, de un lado, los organismos administrativos y los órganos judiciales, y, de otro, las distintas jurisdicciones.

Para poder llevar a cabo la protección de los intereses tanto públicos como privados, la competencia para conocer de las conductas anticompetitivas se otorga tanto a órganos administrativos como judiciales[438]. A través de la Ley 15/2007, se pasa a reconocer la aplicación judicial del Derecho de la competencia. En concreto, en la Disposición Adicional 1ª se atribuye a los Juzgados de lo Mercantil la competencia para aplicar tanto los artículos 1 y 2 de la LDC, como los artículos 101 y 102 TFEU[439]. No obstante, la ausencia de mención del artículo 3 LDC no puede interpretarse como la falta de capacidad de los jueces de lo Mercantil para conocer de los actos de competencia desleal que falseen la libre competencia[440].

Esta competencia para conocer sobre las infracciones de la normativa competencial les ha sido otorgada porque, además del interés público, existe un interés privado, representado por el derecho subjetivo de los particulares a no ver vulnerados sus derechos, que merece ser protegido[441]. Es más, la exigencia de conocimientos de índole económico-contable, así como de la jurisprudencia europea, propició que se considerase

[438] QUINTANS EIRAS, R. "Órganos y procedimiento en el Derecho Español de Defensa de la Competencia" en BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (coords). *Derecho de la libre competencia comunitario y español*. Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2009, p. 269.

[439] Además de reconocerse en la DA 1ª la competencia de los Juzgados de lo Mercantil, en el artículo 16 LDC se establecen los mecanismos de cooperación. ALONSO SOTO, R. "La nueva Ley de Defensa…", *op cit*, p. 4.; hasta la aplicación de la Ley 15/2007 los Juzgados de lo Mercantil podían conocer de conflictos privados que aplicaran el derecho comunitario de la competencia per ono podían aplicar la normativa española en la materia. BERENGER FUSTER, L. "El nuevo sistema español de Defensa de la Competencia" en RUIZ PERIS, J. I. (dir) *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 17.; BENAVIDES VELASCO, P. "Aplicación de las normas de Defensa de la Competencia por la jurisdicción ordinaria. La competencia atribuida a los Juzgados de lo Mercantil", en FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M. (coords.). *Estudios de Derecho de la Competencia*. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid y Barcelona, 2005, pp 273-286.

[440] BERENGUER FUSTER, L.; GINER PARREÑO, C. A. y ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. *La nueva legislación española ante la evolución del derecho de la competencia*. Madrid, Ed. Marcial Pons, 2010, p. 265

[441] QUINTANS EIRAS, R. "Órganos y procedimiento…", *op cit*, p. 274.

que otorgar el conocimiento de los asuntos de competencia a los Juzgados de lo Mercantil mejoraría la calidad de su tratamiento[442].

En todo caso, los jueces mercantiles no imponen sanciones, sino que se limitan «a resolver las disputas patrimoniales asociadas a las vulneraciones de la normativa de defensa de la competencia»[443]. No obstante, éstas pueden afectar al patrimonio de la empresa, por lo que es necesario coordinarlas con las acciones públicas.

El correcto funcionamiento del sistema en el que los ámbitos público y privado se complementan necesitaría de una coordinación y colaboración entre los órganos jurisdiccionales y las autoridades de competencia que de momento no se ha logrado y puede generar problemas. De hecho, ya existen ejemplos concretos en los que la jurisdicción y la CNC han discrepado, como en el litigio entre estaciones de servicios y suministradores (SAPM, Sección 28.ª, de 4 de octubre 2010, núm. de recurso 16/10)[444]. Sin embargo, también hay asuntos que se han resuelto satisfactoriamente a través de la colaboración entre los jueces civiles y la autoridad de competencia. Así, por ejemplo, para resolver el expediente que dio lugar a la Sentencia de 3 de marzo de 2009, el Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca nº 2, que estaba conociendo de una reclamación por daños y perjuicios, solicitó el asesoramiento de la CNC en relación con la fórmula de cuantificación del daño propuesta para su revisión; que finalmente fue aceptada[445].

Para tratar de evitar discrepancias, lo que se recomienda es hacer uso de la facultad otorgada por el artículo 434.3 LEC, que permite la suspensión del procedimiento civil si hay constancia de la tramitación de un expediente administrativo sobre un ilícito competencial; y, una vez finalizado el procedimiento administrativo, debe tratar de mantenerse la unidad de criterio entre los órganos del Estado.

El problema es el siguiente: hasta la entrada en vigor de la Directiva 2014/104, los jueces nacionales no estaban vinculados por las resoluciones de la autoridad nacional de competencia (principio de independencia)[446]. Por tanto, cuando los jueces debían resolver

---

[442] ECHARANDIO HERRERA, E. "La articulación en el proceso judicial español de los mecanismos de cooperación entre jueces y autoridades de la competencia" en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÒ JUAN, A. (dirs). *El derecho de la competencia y los jueces*. Madrid, Ed. Marcial Pons, p. 39.

[443] SÁNCHEZ GRAELLS, A. "Protección del mercado…", *op cit*, p. 5.

[444] JULIÀ INSENSER, J. M. y MUÑOZ RUIZ, I. "Limitaciones a la aplicación del Derecho de la Unión Europea en el procedimiento. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 28 de septiembre de 2010 (núm. de recurso 1226/2006)" en *Anuario Contencioso para Abogados*, Ed. La Ley, nº 1, mayo 2011, p. 10

[445] «Se trataba de un supuesto en el que el dueño de dos gasolineras en Mallorca propuso una fórmula para el cálculo del lucro cesante, fórmula que —a petición del Juzgado— fue revisada por la CNC y finalmente aceptada por el Tribunal» FERNÁNDEZ TORRES, I. "Los programas de clemencia y la interacción con las demandas de indemnización por daños y perjuicios a propósito de la resolución de la cnc, de 21 de enero de 2010 (expte. 5/0084/08 fabricantes de gel)", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 8, enero-junio 2011, p. 11.

[446] Únicamente están vinculados por las decisiones de la Comisión Europea aplicando derecho europeo (artículo 16 del Reglamento (CE) 1/2003); STJ de 14 de diciembre de 2000, asunto C-344/98, *Masterfoods Ltd. v. HB Ice Cream, Ltd*. [2000] RJE I-1136, ap. 51 y 56-57 y STJ de 28 de febrero de 1991,

sobre las cuestiones que se les presenten, podían separarse del criterio seguido por la autoridad de competencia. Para mitigar este problema, en la legislación anterior a dicha directiva se prevé la figura del *amicus curiae* (artículos 16 LDC y 15 bis LEC), a través de la cual la CNMC y las autoridades autonómicas podrán aportar información o presentar observaciones a los órganos jurisdiccionales sobre cuestiones relativas a la aplicación de la normativa de competencia[447]. Como recoge GUILLÉN CARAMÉS «conviene dejar claro desde un primer momento que las facultades de intervención de este tipo de autoridades administrativas se concretan y circunscriben a una única finalidad que no es otra que la aplicación coherente del Derecho de la competencia»[448]. Esta voluntad de coherencia se puede apreciar también en la Ley 3/2013, en cuyo artículo 5.2.b) se recoge entre las funciones de la CNMC la de:

> "Informar sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, deban satisfacer a los denunciantes y a terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas, cuando le sea requerido por el órgano judicial competente".

No obstante, estas intervenciones pueden ser insuficientes porque únicamente se limitan a aportar información en un procedimiento concreto. Por ello, existe el riesgo de que aparezcan discrepancias en la aplicación de la normativa de competencia por la CNMC (u órganos autonómicos) y los tribunales civiles, especialmente en el sector de los carburantes porque es donde más se centra la aplicación privada de la normativa[449].

Ahora bien, este problema lo trata de solucionar el artículo 9.1 de la Directiva 2014/104 al recoger lo siguiente:

> "Los Estados miembros velarán por que se considere que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia.".

---

asunto C-234/89, *Delimitis v. Henninger Braeu* [1991] RJE 935, ap. 47. Véase también, MARCOS, F. "Competition law private litigation in the Spanish courts (1999-2012)", en *Instituto de Empresa Law School*, nº AJ8-202, 18 de junio de 2013, p. 33

[447] CORTESE analiza el amicus curiae de varios países europeos. En concreto, la referencia al funcionamiento del amicus curiae en el sistema español puede encontrarse en CORTESE, B. "Defining the Role of Courts and Administrative Bodies in Private Enforcement in Europe: United in Diversity?" en CORTESE, B. (ed.). *EU Competition Law Between Public and Private Enforcement*. Ed. Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2014, pp. 160-162.

[448] GUILLÉN CARAMÉS, J. "La cooperación entre jueces y autoridades administrativas…", *op cit,* p. 14.

[449] GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J. "Acciones de responsabilidad por daños anticompetitivos…", *op cit*, p. 9 y ss.

Pese a que ahora se regule la vinculación que impide decisiones contradictorias, constatada la concurrencia del doble interés público-privado, la cooperación entre autoridades de competencia y jueces nacionales persiste siendo, sin duda, necesaria. Debe evitarse que surjan tensiones innecesarias: aunque ahora los jueces estén obligados a apreciar los hechos –constitutivos de infracción– como probados, la colaboración será necesaria para, por ejemplo, un mejor cálculo de los daños.

Además, la coordinación de la jurisdicción contencioso-administrativa (en los recursos contra las decisiones de la autoridad de competencia) y la jurisdicción civil (en las reclamaciones contractuales y extracontractuales) será importante porque son Salas distintas del Tribunal Supremo las que conocen de los recursos en última instancia, por lo que existe un riesgo de generación de jurisprudencia contradictoria en esta materia[450]. De todas formas, actualmente, las acciones privadas interpuestas son aún muy limitadas por lo que es difícil valorar si efectivamente existe este peligro. En todo caso, el Tribunal Supremo parece haber encontrado una solución a este concreto problema a través de un mecanismo que encaja con lo recogido en el artículo 9.1 de la Directiva 2014/104[451]. En concreto, la STS de 7 de noviembre de 2013 (*Cártel del azúcar 2*) recoge lo siguiente:

> "no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas […] afirmada la existencia de los hechos por los propios Tribunales de Justicia, no es posible separarse de ellos sin acreditar razones ni fundamentos que justifiquen tal apartamiento"[452].

[450] SÁNCHEZ GRAELLS, A. "Protección del mercado…", *op cit*, p. 8. «la rígida separación entre órdenes jurisdiccionales e incluso las distintas vías procesales implicaron una diversidad de enfoques y un diferente alcance del enjuiciamiento en uno y otro orden jurisdiccional. No obstante, la preponderancia del control contencioso-administrativo debe matizarse y debe propugnarse un control jurisdiccional más integrado», en ORDÓÑEZ SOLÍS, D. "La reclamación ante los tribunales españoles de los daños sufridos en violación del Derecho europeo de la competencia", *en Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 19, enero-febrero 2011, p. 7.

[451] El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre este aspecto. Puntualiza en la STC 160/2008, Sala Primera, de 12 de diciembre, que «Ya desde la STC 77/1983, de 3 de octubre, declaramos que "unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado", lo que sucede cuando la contradicción no deriva de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (SSTC 30/1996, de 26 de febrero, FJ 5, 50/1996, de 26 de marzo, FJ 3), sino que reside precisamente en que "unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue", pues ello vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva (por todas, STC 109/2008, de 22 de septiembre, FJ 3)».

A nivel europeo también nos encontramos con que pueden existir acciones concertadas para interponer denuncias ante diferentes autoridades. Véase, por ejemplo, las interpuestas ante las autoridades administrativas y penales austriacas y polacas y a las que se hace referencia en la STG (Sala Primera) de 16 de mayo de 2017, asunto T-480/15 - *Agria Polska y otros v. Comisión* [2017] RJE 0000.

[452] STS 5819/2013, Sala de lo Civil, Sec. 1, de 7 de noviembre de 2013, FJ. 3. Recoge Cachafeiro en este sentido que «Spanish case law considers that civil jurisdiction is bound only by the findings of facts of final administrative decisions. In other words, there is no *res judicata* effect when the previous decision has been taken in a different jurisdiction. Therefore, a civil court hearing a claim for damages arising from antitrust infringement cannot contradict the facts set out in the administrative decision, but may disagree with the legal assessment thereof. In practice, there is little scope for the appreciation of civil courts, which

Es decir, aunque los jueces civiles pueden examinar los hechos enjuiciados por la jurisdicción contencioso-administrativa, no podrán separarse de ellos una vez que la resolución sea firme, especialmente en el caso de *follow-on actions*, porque como establece la mencionada Sentencia, el escenario fáctico de ambas resoluciones es el mismo[453].

A través de esta resolución, por tanto, se rechaza la interpretación realizada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8ª) de 3 de octubre de 2011, en la que se contradicen los hechos probados por la jurisdicción contencioso-administrativa y la valoración realizada, de acuerdo con la LDC y el TFEU, sobre ilicitud de los mismos.

La cuestión que puede surgir ahora es cómo se resolvería un asunto del que se está conociendo a la misma vez en la vía administrativa y en la vía judicial. Aunque se prevé en el artículo 434.3 LEC la suspensión del procedimiento civil si hay constancia de la tramitación de un expediente administrativo sobre un ilícito competencial, esta es una facultad potestativa del Juez[454]. Además, cuando la decisión no es firme, los tribunales civiles no están obligados por el escenario fáctico señalado por la autoridad de competencia. Ello significa que el Tribunal puede no apreciar la existencia de un cártel o un abuso de posición de domino. Ello no obstante, la experiencia demuestra que en la mayoría de los casos la declaración de una autoridad administrativa especializada –como lo es la de competencia– a menudo desempeña un papel importante en la decisión del juez[455].

normally underscore the competition authority decision when an administrative court has already affirmed it»

[453] Señala el Tribunal Supremo que «el escenario fáctico sobre el que se dictan las resoluciones de una y otra jurisdicción es, en cuanto a la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, el mismo, porque en la jurisdicción civil se solicita la indemnización de los daños y perjuicios causados por el cártel cuya actuación fue el objeto de la sentencia dictada por la jurisdicción contencioso- administrativa, que enjuició la conducta anticoncurrencial desde el punto de vista del Derecho administrativo sancionador» STS 5819/2013, Sala de lo Civil, Sec. 1, de 7 de noviembre de 2013, FJ. 3.

[454] Recoge el artículo 434.3 LEC, primer apartado, que «Se podrá suspender el plazo para dictar sentencia en los procedimientos sobre la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia cuando el tribunal tenga conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo. Dicha suspensión se adoptará motivadamente, previa audiencia de las partes, y se notificará al órgano administrativo. Este, a su vez, habrá de dar traslado de su resolución al tribunal», en CACHAFEIRO, F. "Damages Claims for Breach of Competition Law in Spain", en ROSENAU, H y NGHIA, T. V. (eds), *Competition Regime: Raising Issues and Lessons from Germany*, Ed. Nomos Verlag, Germany, 2014, p. 5.

[455] *Ibid*, p. 7.

III. La tipicidad de las conductas anticompetitivas: las diferencias entre la normativa europea e interna que inciden negativamente en la detección, incoación y sanción en el ordenamiento jurídico interno de las conductas anticompetitivas

Las infracciones del Derecho de la competencia son acciones u omisiones típicas, antijurídicas, culpables y punibles para las que el ordenamiento impone mediante una norma de rango legal –en el caso español, a través de la LDC– una sanción administrativa.

Los operadores económicos deben poder conocer la gravedad de su conducta y la exacta tipificación que recibirá en caso de elegir llevarla a cabo. Solamente si son conscientes de la calificación que recibirán, con su correspondiente multa en función de dicha calificación, podrán ser disuadidos adecuadamente.

Las diferencias existentes entre la normativa de Derecho de la competencia en la UE y en el estado español hace necesario repensar la idoneidad de la tipificación actual de las conductas a nivel interno.

1. Graduación de las infracciones: la limitación innecesaria de la discrecionalidad de la autoridad de competencia a la hora de valorar la gravedad de la infracción

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de enero de 2014 nos recuerda que «constituye un principio esencial del derecho punitivo sancionador español la división de las sanciones en grados (mínimo, medio y máximo) dependiendo de la fijación de la cuantía de la multa en la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad»[456]. El artículo 62 LDC clasifica las conductas anticompetitivas en leves, graves o muy graves.

Empezando por las infracciones leves, sería necesario distinguir entre las aplicables a las concentraciones y las aplicables a las conductas colusorias porque las primeras no son malas *per se,* mientras que las segundas son un prototipo de infracción[457]. Cuando el artículo 62.c) indica que es una infracción leve no haber suministrado a la CNMC la información requerida por ésta o haber suministrado información incompleta, incorrecta, engañosa o falsa, es obligado distinguir entre concentraciones y prácticas. En el caso de las concentraciones, existe un deber de colaboración con la Administración con vistas a proporcionar a ésta todos los elementos de juicio necesarios para que evalúe si una determinada concentración debe autorizarse. En el caso de las prácticas anticompetitivas, no podrá interpretarse la frase «haber suministrado información incompleta, incorrecta, engañosa o falsa» en el sentido de que el operador económico está

[456] SAN 553/2014, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 30 de enero de 2014, FJ. 6.

[457] SORIANO, J. E. *La defensa de la competencia en España*. Madrid, Iustel, 2007, p. 204.

obligado a autoinculparse, dado que ello violaría el principio de no autoinculpación, dado que nadie puede estar obligado a acusarse a sí mismo[458].

Con relación a las infracciones graves, el falseamiento de la libre competencia por actos desleales siempre será tipificada como infracción grave –salvo que pueda quedar exenta en virtud del artículo 5 LDC–, sin necesidad de entrar a valorar las circunstancias concurrentes. Ello significa que, mientras las otras dos conductas pueden dar lugar a infracciones que alcancen hasta el 10% del volumen de negocios total –infracciones muy graves–, el tipo recogido en el artículo 3 LDC –independientemente de la afectación al interés público que suponga– nunca podrá superar el 5%. En principio, no existe ninguna justificación objetiva para que exista esta diferenciación entre los artículos 1 y 2 LDC y el artículo 3 LDC, por lo que, con el objeto de delimitar la gravedad de la infracción, a nuestro parecer, debieran valorarse las circunstancias que concurren junto con la práctica susceptible de ser tipificada como constitutiva del tipo contenido en el artículo 3 LDC.

Por otra parte, con carácter residual se establece que «el abuso de posición dominante será grave cuando no sea muy grave». Pero, en contraste, el artículo 5 LDC permite que ciertos abusos de posición de dominio puedan quedar exentos cuando, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. De esta manera, de un lado, la LDC refleja que se trata de una infracción severa, pero, de otro, admite que, en aplicación del artículo 5 LDC, puede ser una infracción *de minimis* –*ex* artículo 5 LDC– y, por tanto, no ser merecedora de sanción. Sin embargo, lo que no contempla es que se pueda tratar de una infracción leve.

Finalmente, respecto de las infracciones muy graves, la delimitación de cuándo debe considerarse como tal el abuso de posición de dominio resulta problemático. El artículo 62.4.b) LDC dispone que «Son infracciones muy graves: El abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la Ley cuando el mismo sea cometido por una empresa que opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos».

De la redacción dada al precepto extraemos las siguientes conclusiones. En primer lugar, el concepto de "mercado recién liberalizado" es un concepto jurídico indeterminado, por cuanto no aporta una definición clara e inequívoca sobre qué debe entenderse por reciente con relación a la apertura de un mercado[459].

[458] En palabras del prof. SORIANO «en un caso de conducta prohibida y no ofrecida respuesta alguna quedando en silencio, no cabe en modo alguno, puesto que se trata de Derecho sancionador, de exigir a la empresa u organización en cuestión que responda, por lo que si se le sanciona por este motivo, deberá recurrirse por violación de un derecho fundamental y solicitar del Juez que plantee directamente contra este artículo la cuestión de inconstitucionalidad» *Ibid*, p. 206.

[459] Se pueden encontrar ejemplos de acuerdos anticompetitivos en un mercado recientemente liberalizado (el ferroviario) en VICENTE MAMPEL, C. "Derecho antitrust en el mercado ferroviario español: a propósito de la Resolución de la CNMC de 28 de febrero de 2017", en *Revista Doctrinal*

En segundo lugar, esta misma crítica debe recibir la expresión "una cuota de mercado próxima al monopolio"[460]. La Comunicación de la CNC sobre sanciones[461], derogada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, recogía que los mercados recientemente liberalizados son «aquellos mercados en proceso de liberalización supervisados por autoridades regulatorias o mercados objeto de un proceso normativo tendente a favorecer la entrada de nuevos operadores»[462]. Esta definición es excesivamente amplia porque da lugar a que la conducta sea calificada como muy grave en los siguientes dos supuestos[463]: (a) cuando un mercado esté supervisado por un regulador independientemente de la cercanía en el tiempo de la liberalización; o (b) cuando exista un proceso normativo tendente a favorecer la entrada de nuevos operadores.

Consecuentemente, se comparten las consideraciones de que la Comunicación de la CNC sobre sanciones trataba «de forma dura, quizás excesiva, a los abusos de posición dominante»[464.] El resultado es que las conductas de abuso de posición de dominio eran susceptibles de ser castigadas con los importes más elevados que permitía la Comunicación sobre sanciones. De hecho, de un análisis de la práctica sancionadora de la autoridad de competencia se concluye que se castigaban con mayor o igual dureza los abusos de posición dominante que los cárteles, cuando estos segundos son mucho más perniciosas para el mercado y no generan dudas sobre su carácter anticompetitivo[465].

Por ello, sería deseable una modificación legislativa en la que el legislador acometiera una revisión íntegra del texto normativo con vistas a definir los conceptos jurídicos indeterminados cuya presencia puede conllevar que ciertas prácticas, cuyos efectos anticompetitivos no son tan netamente perniciosos, sean desproporcionadamente sancionadas[466].

Aranzadi Civil-Mercantil, nº 11/2017 parte Doctrina, 2017. SORIANO, J. E. *La defensa de la competencia… op cit*, p. 209.

[460] ALLENDESALAZAR, R. y VALLINA, R. "Artículo 2 de la LDC: el abuso de posición dominante" en BACHES OPI, S. (Coord). *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación*, Ed. La Ley, nº 1, noviembre 2010, p. 18.

[461] COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia y de los artículos 81 y 82 del tratado de la comunidad europea. Madrid, 6 de febrero de 2009. BOE de 11 de febrero de 2009, p. 14654.

[462] STS 112/2015, Sala de lo Contencioso, Sec 3º, de 29 de enero de 2015; Para un análisis sobre la liberalización y las medidas de transición hacia la competencia adoptadas, véase GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R. *La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones*. Un estudio crítico. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2003, pp. 23-177.

[463] ALLENDESALAZAR, R. y VALLINA, R. "Artículo 2 de la LDC…", *op cit*, p. 18.

[464] *Ibid*, p. 18.

[465] Señalan ALLENDESALAZAR y VALLINA que los cárteles «son infracciones más perniciosas que los abusos de posición dominante y en las que apenas existen ambigüedades o dudas en cuanto a su carácter anticompetitivo, mientras que los abusos de posición dominante exigen un análisis mucho más sofisticado y, en ocasiones, menos claro» *Ibid*, p. 19.

[466] Es necesario señalar que la CNMC no tiene potestades normativas sobre esta materia. Como recoge la STS 112/2015, Sala de lo Contencioso, Sec 3ª, de 29 de enero de 2015 en su FJ 9 "corresponde a la ley

Por último, interesa subrayar que la redacción actual del precepto favorece una clasificación estática de las conductas muy graves; es decir, tomando como ejemplo el abuso de posición dominante, no se toma en consideración ni la intensidad de los efectos del abuso, ni si inciden directamente sobre los consumidores o sólo sobre los competidores[467]. Ello podría resultar, en determinadas circunstancias, contrario al principio de proporcionalidad. La SAN de 2 de abril de 2014, por su parte, señala que la graduación de las infracciones es uno de los motivos que hacen más favorable la Ley 15/2007 que la 16/1989[468]. Si bien se comparte esta apreciación, porque permite imponer multas proporcionales en función del comportamiento desarrollado, no se cree acertada la clasificación del artículo 62 LDC. Dada la redacción actual, surge la duda sobre si se podría aplicar a una infracción tipificada como muy grave un porcentaje sancionador propio de las infracciones tipificadas como graves, e incluso de las tipificadas como leves[469]. De acuerdo con VALDÉS DÍAZ «una interpretación afirmativa no resulta compatible con el esforzado empeño del legislador del 2007 por tipificar tan detalladamente las diferentes infracciones, así en lo referente a su gravedad como a las sanciones correlativas»[470]. Por ello, estimamos que sería recomendable regresar al sistema de la Ley 16/1989 donde la autoridad de competencia podía calificar la conducta en función de las circunstancias concurrentes en el caso, o bien establecer la clasificación en función de factores concurrentes y no por conductas.

De este análisis se puede deducir la existencia de una limitación innecesaria de la discrecionalidad de la autoridad de competencia a la hora de valorar la gravedad de la infracción.

En primer lugar, en el ordenamiento jurídico español se recoge una clasificación predeterminada de infracciones, graduándolas en leves, graves y muy graves (artículo 62 LDC). Esta graduación predeterminada de las infracciones es desconocida en Derecho de la competencia de la UE, donde las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) 1/2003, recogen en su apartado 20, que «la valoración de la gravedad se hará caso por caso para cada tipo de infracción, considerando todas las circunstancias pertinentes».

-y no a quien la ejecuta o la interpreta- establecer las modalidades de sanciones y los límites cuantitativos, fijos o porcentuales, que el legislador considere oportuno para cumplir la finalidad disuasoria de las sanciones en este área del ordenamiento jurídico".

[467] «Es cierto que alguno de estos factores puede entenderse subsumido dentro de los elementos de ponderación de la sanción mencionados en el art. 64.1 de la LDC, pero no es menos cierto que no afectarán a la calificación de la conducta como infracción muy grave». ALLENDESALAZAR, R. y VALLINA, R. "Artículo 2 de la LDC…", *op cit*, p. 19.

[468] SAN 1589/2014, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 2 de abril de 2014, FJ. 8.

[469] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0444/12 - *GEA*, de 12 de junio de 2014, voto particular discrepante del Consejero Benigno Valdés Díaz.

[470] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0444/12 - *GEA*, de 12 de junio de 2014, voto particular discrepante del Consejero Benigno Valdés Díaz.

Poder valorar las circunstancias concurrentes en una determinada infracción para calificar la conducta de uno u otro modo parece más adecuado que una graduación predeterminada porque evitaría problemas de calificación, así como que una incorrecta calificación conlleve la prescripción de la conducta. Sirva de ejemplo que las infracciones del artículo 3 LDC siempre son calificadas como "graves", lo que implica que, independientemente de las circunstancias que concurran en la infracción, prescribirá a los dos años. Además, permitiría adecuar la sanción a cada comportamiento. Y, por último, evitaría que se dieran supuestos tan llamativos como que a una conducta calificada como muy grave se le impusiera una sanción simbólica, como sucedió en *Unión de Correctores*[471].

2. Conducta tipificada en el artículo 1 LDC: la innecesaria redundancia en la redacción del tipo

El artículo 1 LDC prohíbe cualquier «práctica concertada o conscientemente paralela». La utilización de la conjunción "o" genera dudas con relación a su interpretación. Si implica que ambos conceptos son equivalentes –de un lado "práctica concertada" y, de otro, "práctica conscientemente paralela"–, la utilización de ambas expresiones sería una mera redundancia, por lo que debería haberse suprimido para evitar confusiones[472].

Sin embargo, el problema surge si se establece que, al tratarse de una conjunción disyuntiva, implica oposición, por lo que debería interpretarse en el sentido de que las prácticas conscientemente paralelas no exigen necesariamente un elemento consensual[473]. Los motivos para rechazar esta interpretación son dos[474]: la teoría económica demuestra que, en mercados competitivos, lo que cabe esperar es precisamente que las empresas actúen de forma conscientemente paralela; y el TJUE ha considerado compatible con el artículo 81 TCE, actual 101 TFEU, las prácticas conscientemente paralelas puras –es decir, aquellas en las que las empresas no han establecido un elemento facilitador del paralelismo– porque las empresas deben poder adaptarse inteligentemente al comportamiento comprobado o previsible de los competidores, por lo que su prohibición infringiría el artículo 3.2 del Reglamento (CE) 1/2003[475].

---

[471] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0352/11 – *Unión de correctores*, de 14 de diciembre de 2012, FJ. 5.

[472] ALLENDESALAZAR CORCHO, R. y MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, P. "Las conductas prohibidas …", *op cit*., p. 3.

[473] Resolución del TDC en el Expte. 306/91 – *Detergentes*, de 8 de junio de 1992

[474] ALLENDESALAZAR CORCHO, R. y MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, P. "Las conductas prohibidas …", *op cit*, p. 3.

[475] STJ de 14 de julio de 1972, asunto 54/69, *Sa Francaise des Matières Colorantes v. Comisión* [1972] RJE 851.

Por tanto, dado que debe ser interpretado como una redundancia, la seguridad jurídica y la necesidad de claridad en la normativa aconseja su supresión. En definitiva, como recoge BERCOVITZ, «no debe olvidarse que en un mercado competitivo, los competidores tienen que esforzarse por ofrecer sus productos o servicios a precio y en condiciones de mercado»[476]. Esto puede suponer que lo que hagan las empresas sea reaccionar, como es de esperar en un mercado competitivo, ante las actuaciones de los competidores; sin que ello tenga que significar, necesariamente, que ha existido una concertación de voluntades en esa dirección. Es necesario conseguir que exista un consenso moral con la normativa; si se prohíben cosas lícitas o es difícil la comprensión de la prohibición existirá una opinión pública contraria a ella[477].

No obstante, a pesar de que puedan surgir dudas al respecto, también se puede entender que lo que el legislador pretende, a diferencia de la práctica concertada, donde la carga de la prueba reside en la autoridad de aplicación, en que a través de la conducta conscientemente paralela la prueba de descargo corresponda a las empresas que deben justificar la ejecución de una práctica sin existencia de previo acuerdo. Es decir, se trataría únicamente de una cuestión de matiz.

3. Conducta tipificada en el artículo 3 LDC: la indeseada habilitación a las autoridades de competencia para conocer sobre conductas desleales a través de un tipo inexistente en el Derecho de la UE

En Derecho europeo de la competencia, como veremos más adelante, no se incluye ninguna prohibición similar a la recogida en el artículo 3 LDC. Sin embargo, el Derecho de la UE no se opone a que los Derechos nacionales contengan prohibiciones de conductas unilaterales más estrictas o severas que la resultante del ilícito de abuso de posición dominante[478]. Por ello nuestro legislador ha podido tipificar esta conducta dentro de la normativa de competencia.

---

[476] BERCOVITZ, A. "La Ley de Defensa de la Competencia como hito de un proceso histórico" en RUIZ PERIS, J. I. (dir). *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 37.

[477] Como se señalará más adelante, el consenso moral es necesario para la creación de una cultura de competencia y sin cultura de competencia será mucho más difícil un cumplimiento generalizado de la normativa.

[478] COSTAS COMESAÑA, J. "Los actos desleales contrarios al interés público", en RUIZ PERIS, J. I. (dir). *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 72.; en Derecho de la Competencia el aspecto "moral" para luchar en contra de las conductas anticompetitivas se centra en la explotación del consumidor y/o en su equivalencia al robo. DUNNE, N. "The Role of Private Enforcement within EU Competition Law", en *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, nº 36/2014, 1 de junio de 2014, p. 3.

En el artículo 3 LDC confluyen dos disciplinas: el derecho contra la competencia desleal y el derecho de la competencia. Señalan FONT GALÁN y MIRANDA SERRANO, que este artículo puede ser interpretado como:

> "una especie de *minotauro concurrencial* –mitad desleal y mitad *antitrust*- que, a diferencia de los clásicos ilícitos *antitrust*, no se construye de forma autónoma en el mismo seno del Ordenamiento *antitrust*, sino *per* relationem con el Derecho de la deslealtad concurrencial en cuyo tronco se injerta y del que toma los *nutrientes de deslealtad*"[479].

No obstante, nos decantamos por interpretar que el legislador lo que puede haber pretendido a través del artículo 3 LDC, es crear un tercer ilícito *antitrust* para tratar de evitar que escapen del control anticompetitivo conductas que, sin encajar en las prohibiciones de los artículos 1 y 2 LDC, son aptas para restringir la competencia efectiva[480].

A la hora de integrar las disposiciones recogidas en la Ley de Defensa de la Competencia y en la Ley de Competencia desleal, para dar lugar a este ilícito mixto, se puede optar entre dos perspectivas[481]:

- Todo acto desleal falsea la libre competencia (interpretación "cuantitativa"). El interés público que tutela la Ley de Competencia Desleal es el interés público a una competencia no falseada. Desde el punto de vista de la

[479] FONT GALÁN, J. I. y MIRANDA SERRANO, L. M. *Competencia desleal y antitrust. Sistemas de ilícitos*. Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2005, p. 75.; «Esa especie de monstruos o monstruosidd concurrencial –a la que cabría llamar ilícitud mixta o bifronte- es aplaudida por la doctrina mayoritaria, pese a lo irreconocible de la figura en la dogmática concurrencial clásica y moderna –de ayer y de hoy-» en FONT GALÁN, J. I. y MIRANDA SERRANO, L. M. "Defensa de la competencia y competencia desleal: conexiones funcionales y disfuncionales", en FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M. *Estudios de Derecho de la Competencia*. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid y Barcelona, 2005, p. 21.

[480] COSTAS COMESAÑA, J. "Los actos desleales contrarios…", *op cit*, p. 84.; FONT GALÁN, J. I. y MIRANDA SERRANO, L. M. "Defensa de la competencia y competencia desleal…", *op cit*, p. 29.

Existen tres teorías que interpretan cómo debe ser entendido el artículo 3 LDC: (1) que se trata de una norma de atribución de competencias por medio de la cual, cuando un acto de competencia desleal afecta al interés público, puede ser perseguido por los órganos de defensa de la competencia; (2) estamos ante un ilícito antitrust que no se construye de manera autónoma, sino *per relationem* con el Derecho de la competencia desleal y (3) el ilícito contenido en el art. 3 LDC se configura como un ilícito antitrust único, desligado de la constatación de un ilícito de deslealtad como presupuesto previo. CASADO NAVARRO, A. "El controvertido asunto de la función normativa del falseamiento de la competencia por actos desleales (Art. 3 LDC)", en *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº 22, 2018.

[481] GARCÍA PÉREZ, R. "Falseamiento de la libre competencia por actos desleales e infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial (A propósito de la Resolución del Consejo de la CNC de 24 de febrero de 2012, IBERDROLA SUR)", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Ed. La Ley, nº 11, segundo semestre de 2012, p. 6

competencia, «la grave distorsión de las condiciones de competencia en el mercado equivale a la restricción de la misma»[482].

- No todos los actos desleales falsean automáticamente la libre competencia (interpretación "cualitativa"), sino sólo aquellos que vulneren intereses ligados a la competencia. Como recoge ROBLES: «la gravedad que el artículo [3 LDC] exige de esa distorsión vendría determinada por el carácter "masivo" de dicha deslealtad; es decir, por el grado de difusión que la conducta haya alcanzado en el mercado»[483]. Sirva de ejemplo un anuncio de un champú infantil que presenta a una niña sonriente a la que, estando dentro de la bañera –llena de agua–, su madre o padre le seca el pelo con un secador conectado a la red eléctrica. La publicidad constituiría un acto de competencia desleal, pero el anuncio no falsearía la competencia[484].

En el ordenamiento jurídico español se opta por la segunda perspectiva: únicamente infringirán la normativa de competencia aquellos actos desleales que puedan afectar al interés público[485]. Esto significa que la autoridad de competencia deberá emplear las normas sobre competencia desleal con una función auxiliar al Derecho de la competencia[486].

Ahora bien, puede ser conveniente para el conjunto del sistema desligar ambas disciplinas de manera que cada una de ellas persiga los ilícitos que le son propios. En opinión de ROBLES MARTÍN-LABORDA, el hecho de que la autoridad de competencia pueda conocer de conductas desleales «resulta no ya innecesario, sino incluso indeseable, puesto que supone la intervención de un órgano administrativo en la actividad económica en defensa de un interés esencialmente privado o, en todo caso, colectivo»[487]. La jurisdicción ordinaria es la competente para decretar la lealtad o deslealtad de los

[482] ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. "Libre competencia y competencia desleal: de nuevo sobre el artículo 7 LDC", en FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M. *Estudios de Derecho de la Competencia*. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid y Barcelona, 2005, p. 236.

[483] *Ibid*, p. 236.

[484] GARCÍA PÉREZ, R. "Falseamiento de la libre competencia por actos desleales…", *op cit*, p. 6

[485] A la hora de valorar la afectación al interés público, la STS 349/2017 de 3 de febrero de 2017, pone énfasis en la condición de servicio esencial del suministro eléctrico a la hora de apreciar la "afectación del interés público". Igualmente, en la resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 20 de junio de 2019 se tiene en cuenta que afecta a un servicio de primera necesidad para los consumidores domésticos para poder afirmar que sí se daña el interés público. Véanse, a este respecto, la STS 349/2017, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 3 de febrero de 2017 y la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0552/15 -*AGIC*, de 20 de junio de 2019.

[486] ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. "Libre competencia y competencia desleal…", *op cit*, p. 236.

Esto encajaría con una parte de la doctrina señala que quizás, el artículo 3 LDC «se trata de una norma de habilitación o de atribución de competencias por medio de la cual, cuando un acto de competencia desleal afecta al interés público, puede ser perseguido por los órganos de defensa de la competencia». CASADO NAVARRO, A. "El controvertido asunto…", *op cit*, p. 4.

[487] ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. "Libre competencia y competencia desleal…", *op cit*, p. 315.

comportamientos concurrenciales en aplicación de la Ley de Competencia Desleal[488]. Sin embargo, el artículo 3 LDC habilita a las autoridades de competencia estatal y autonómicas, *incidenter tantum*, para conocer de la deslealtad.

La admisión de un doble procedimiento (jurisdiccional y administrativo) para un mismo comportamiento concurrencial puede generar incertidumbre sobre quién debe conocer del asunto. Nada impide que un mismo comportamiento pueda ser perseguido por la jurisdicción ordinaria y por la autoridad de competencia[489]. El riesgo, por tanto, es que existan divergencias entre las autoridades de competencia y los juzgados y tribunales en torno a la interpretación de la LCD[490].

De hecho, esto sucedió en los casos relativos a acciones de promoción de ventas relacionadas con libros de texto, cuyo enjuiciamiento de la deslealtad de la práctica analizada por la autoridad de competencia no fue compartida por numerosas sentencias, hasta que finalmente fue respaldada por el Tribunal Supremo[491].

La separación de la capacidad para conocer de estas conductas en función de si es un ilícito competencial o desleal evitaría esta incertidumbre y eliminaría cualquier posible discrepancia sobre la consideración de una determinada conducta como desleal. La LDC sólo prevé la suspensión del procedimiento cuando exista una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para dictar la resolución o que condicione directamente el contenido (artículo 46 LDC).

El apartado 88 del Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia ("Libro Blanco") recoge como principio inspirador de la reforma de la Ley de 1989 el de integrar adecuadamente los planos administrativo y judicial a fin de permitir a las autoridades administrativas centrarse en aquellas infracciones que afecten

[488] FONT GALÁN, J. I. y MIRANDA SERRANO, L. M. *Competencia desleal y antitrust. Sistemas de ilícitos*. Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2005, p. 79.

[489] MASSAGER, J. "De la defensa de la competencia", en MASSAGUER, J.; FOLGUERA, J.; SALA ARQUER, J. M. et al. (dirs). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Ed. Civitas y Thomson Reuters, 2012, 3ª edición, p. 228; FONT GALÁN, J. I. y MIRANDA SERRANO, L. M. *Competencia desleal y antitrust. Sistemas de ilícitos*. Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2005, pp. 76-78.

[490] Como señala MASSAGUER «siendo esto así, no pueden descartarse divergencias entre los pronunciamientos de los órganos de defensa de la competencia y los de los juzgados y tribunales, aunque es de esperar que los órganos de defensa de la competencia no se separen de la jurisprudencia elaborada con ocasión de la interpretación y aplicación de la LCD». MASSAGER, J. "De la defensa de la competencia", *op cit*, p. 228.

[491] Véase RTDC en el Expte. R 50/93- *Gremio de Libreros de Valencia*, de 17 de febrero de 1993, y SAP Asturias 11 de abril de 1997, *Asociación de Librerías de Oviedo c. Pryca, SA Azabache*, SAP A coruña 26 de febrero de 1999, *vale de 500 ptas por cada 2.000ptas. abonadas en la combra de libros*, SAP Sevilla 4 de octubre de 2000, *venta de libros de texto con vale canjeable por otros productos* y, por todas, STS, Sala Primera, de 31 de marzo de 2000, *Asociación Provincial de Librerías y Papelerías de la Provincia de lugo c. Continente*, S.A. en MASSAGER, J. "De la defensa de la competencia", *op cit*, nota a pie de página nº 24 de la p. 228.

al interés general[492]. La supresión de la prohibición recogida en el artículo 3 de la LDC permitiría que los actos de competencia desleal fueran fiscalizados exclusivamente por los Juzgados de lo Mercantil, por lo que la CNMC podría concentrar sus recursos en perseguir las restricciones más graves para la competencia y consecuentemente, para el interés público[493]. No obstante, entre 2007 y 2019 la autoridad de competencia únicamente ha sancionado conductas desleales en los cinco asuntos que se señalan en la siguiente tabla[494]:

Tabla 1. Conductas desleales sancionadas (2007-2019)

Fecha	Asunto
29/07/2011	S/0184/09 Gas Natural
24/02/2012	S/0213/10 Iberdrola Sur
11/06/2012	S/0304/10 Endesa
17/09/2013	S/0410/12 Ascensores 2
20/06/2019	S/DC/0552/15 -AGIC

FUENTE: Elaboración propia

Si se opta por su supresión, las empresas que llevan a cabo estas infracciones, no tendrían por qué quedar impunes. En primer lugar, el afectado puede acudir a la jurisdicción civil. En segundo lugar, cuando una empresa tiene entidad suficiente para afectar significativamente tanto a la competencia como al interés público, a través de una actuación desleal, puede ser porque dicha empresa ostenta un poder de mercado sustancial. Por tanto, gozará de una posición de dominio en el mercado de referencia y podrá ser sancionada si abusa de dicha posición de dominio, por ejemplo, para expulsar

[492] Para un análisis de los principales cambios que sugería el Libro Blanco véanse MARCOS, F. "Comentarios sobre el Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia" en CASES, LL. *Anuario de la Competencia 2005*. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, madrid, 2006, pp. 351-374; GONZÁLEZ LÓPEZ, M. J. "El proceso de reforma del sistema español de Defensa de la Competencia: del Libro Blanco a la nueva Ley" en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 1, enero-febrero 2008.

[493] ALLENDESALAZAR CORCHO, R. y MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, P. "Las conductas prohibidas…", *op cit*, p. 8.

[494] No obstante, algunos autores señalan que también podríamos estar ante una infracción del art. 3 LDC cuando la Administración recurre a medios propios que no son verdaderos entes instrumentales. En estos casos, el acto anticompetitivo se enmarcaría en el ilícito del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal "violación de normas", y la conducta consistiría en prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. LÓPEZ SANTANA, N. "La actuación de los medios propios de la Administración como operadores privados desde la perspectiva del Derecho de la competencia", en *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, nº 50, 2019.

En contra de esta interpretación, hay autores que señalan que el artículo 15 LCD no puede ser utilizado para la sanción de ilícitos anticompetitivos. En este sentido, véase MARTÍN MARTÍN, G. A. "La relación entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia en Derecho español tras la trasposición de la Directiva 2014/104/UE y los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo", en *Revista Electrónica de Direito (RED*), Vol. 15, nº 1, 2018.

del mercado a un competidor[495]. En estos casos, la *lex specialis* absorbería a las conductas desleales reguladas en el artículo 3 LDC[496].

No obstante, debido a las opiniones contradictorias sobre si debe suprimirse o no, antes de proceder la drástica opción de la supresión, puede optarse por una revisión del tipo, con vistas a reducir la discrecionalidad de la autoridad de competencia a la hora de determinar la existencia de la conducta típica. En este caso, debería especificarse que el interés público protegido por el artículo 3 LDC es evitar las conductas que puedan reputarse desleales al mercado[497].

El objetivo de esta lógica delimitación sería evitar que la autoridad de competencia pudiera terminar considerando que casi cualquier tipo de competencia desleal –sin, *a priori*, excluir ninguna conducta desleal– es susceptible de provocar una grave distorsión de las condiciones de competencia en el mercado, como sucedió, en opinión de ROBLES MARTÍN-LABORDA, bajo la práctica del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia[498].

Además, en aras a promover la seguridad jurídica podría incluirse una lista no exhaustiva de conductas que pueden ser consideradas como desleales al mercado desde el punto de vista de la competencia. Doctrinalmente se han considerado como tales las siguientes: el boicot, la discriminación, la explotación del poder de la demanda y, en general, de una situación de dependencia económica, la venta a pérdida y los precios predatorios, la infracción de normas, y la publicidad o venta con regalos[499]. Igualmente, se aconsejaría prever la suspensión del procedimiento para los supuestos en los que la jurisdicción civil se planteara investigar si la conducta realizada es susceptible de haber

[495] ALLENDESALAZAR CORCHO, R. y MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, P. "Las conductas prohibidas…", *op cit*, p. 9.

[496] MÁRQUEZ LOBILLO, P. "Falseamiento de la libre competencia por actos desleales", en FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M. *Estudios de Derecho de la Competencia*. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid y Barcelona, 2005, p. 220

[497] Como recoge ROBLES MARTÍN-LABORDA «A la hora de clasificar los distintos actos de competencia desleal nuestra doctrina atiende a las tres funciones que el denominado modelo social del Derecho de la competencia desleal asigna a la disciplina: proteger el interés de los empresarios en que se les asegure la posición adquirida en el mercado, el interés del consumidor en que no se desvirtúe su capacidad de decisión, y el interés público en el mantenimiento de un orden concurencial libre y no falseado. […] Resulta claro, por lo tanto, que son estos últimos –los actos de deslealtad de mercado- los actos de competencia desleal susceptibles de afectar al interés público mediante la grave distorsión de las condiciones de competencia en el mercado; es decir, los actos de competencia desleal contemplados en el art. [3] LDC». ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. "Libre competencia y competencia desleal…", *op cit*, p. 239.

[498] «El Tribunal ha examinado a la luy del art. 7 LDC [actual art. 3 LDC], como susceptible de provocar una grave distorsión de las condiciones de competencia en el mercado, casi cualquier tipo de acto de competencia desleal, sin excluir ninguno *a priori*; como debería haber hecho, según la interpretación "cualitativa", con los actos de deslealtad frente a los competidores y frente a los consumidores», *Ibid*., p. 242.

[499] *Ibid*., p. 239.

infringido la Ley de Competencia Desleal. Al menos, de cara a evitar que tribunal y autoridad de competencia pudieran llegar a decisiones contradictorias.

A mayor abundamiento, para justificar su innecesariedad debe recordarse que a diferencia de lo que sucede con los artículos 1 y 2 LDC, en el Derecho europeo no existe ninguna prohibición similar a la recogida en el artículo 3 LDC[500]. Las conductas desleales que afecten al Derecho de la competencia únicamente se perseguirán si tienen su origen en un comportamiento del artículo 101 TFUE o si representa un abuso de la posición dominante conforme lo dispuesto en el artículo 102 TFEU. En ningún caso se sancionarán como desleales, sino como conductas colusorias o como abuso de posición de dominio. Las prácticas comerciales desleales, ya sean prácticas comerciales engañosas, agresivas, o se trate ventas forzadas, se regularán y sancionarán de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 2005/29/CE y el Reglamento 2006/2004[501].

La normativa española, aunque contempla como infracción autónoma la deslealtad que, por anticompetitiva, afecte el interés público, no la ha utilizado con frecuencia. Entre el 2007 y el 2019 se ha utilizado, para imponer una sanción, únicamente en cinco asuntos: *Gas Natural* –se consideró que también existía un abuso de posición de dominio-, *Iberdrola Sur*, *Endesa*, *Ascensores 2 y AGIC*[502].

Por ello, se considera que debería optarse por cualquiera de las siguientes dos opciones: (a) suprimir esta prohibición de la normativa interna, de tal forma que exista un paralelismo entre las conductas prohibidas en la normativa nacional y en la europea; o bien, (b) modificar su regulación para dejar claro que la deslealtad que se sanciona es únicamente aquella que va dirigida al mercado.

Lo positivo de la primera opción es que permitiría a la autoridad de competencia centrarse en las infracciones que sólo ella puede perseguir. Es más probable que un competidor acuda a la jurisdicción civil a denunciar la existencia de una práctica desleal –y conseguir que se le ponga fin–, que esperar que un consumidor acuda a esa misma jurisdicción a reclamar la indemnización por los daños producidos por una conducta

[500] El Tribunal de Justicia declinó toda competencia jurisdiccional en materia de competencia desleal en la STJ de 17 de enero de 1984, asuntos acumulados 43/82 y 63/82, *VBVB y VBBB v. Comisión* [1984] RJE 19. Véase en este sentido, ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. *Libre competencia y competencia desleal*, *op cit*, p. 162 y ss.

[501] Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica las Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE, y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 ("Directiva sobre las prácticas comerciales desleales"), DOUE L149/22, de 11 de junio de 2005; esta Directiva está explicada, entre otros, en MASSAGER, J. *El nuevo Derecho contra la Competencia Desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*. Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2006.

[502] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0184/09- *Gas Natural,* de 29 de julio de 2011; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0213/10 – *Iberdrola Sur*, de 24 de febrero de 2012; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0304/10 – *Endesa* de 11 de junio de 2012; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0410/12 – *Ascensores 2*, de 17 de septiembre de 2013; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0552/15 -AGIC, de 20 de junio de 2019

anticompetitivamente desleal. El lado negativo es que, en caso de no acudirse a la jurisdicción civil a poner de manifiesto la práctica desleal, determinadas conductas perjudiciales para el mercado podrían quedar impunes y seguir perjudicando a los consumidores.

La segunda opción, por otra parte, sería un camino intermedio entre el mantenimiento y la supresión del artículo 3 LDC: permitiría que la normativa de competencia continuara complementando a la de competencia desleal, pero limitando su aplicación. Si se optase por esta segunda vía, no obstante, sería imprescindible definir claramente cuál es la conducta concreta objeto de reproche, ya que el muy limitado recurso al artículo 3 LDC puede deberse, en nuestra opinión, a la necesidad de identificar la conducta que, con su aplicación, se pretende perseguir.

4. Exención de las conductas potencialmente anticompetitivas: de la exención legal –artículo 4 LDC– y de las conductas de menor importancia –artículo 5 LDC–

La existencia de una circunstancia eximente implica una ausencia de responsabilidad y, por tanto, de antijuridicidad. La diferencia entre justificación y exculpación consiste en que la primera es legal y debe ser soportada por terceros; mientras que la segunda, aunque está prohibida, no se castiga[503].

En derecho de la competencia esta falta de antijuridicidad puede deberse a cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 4 y 5 LDC.

A. La exención del artículo 4 LDC: la necesidad, en tanto que excepción, de interpretarla restrictivamente

El artículo 4 de la LDC de 2007 recoge lo siguiente:

> "1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de aplicación de una ley.
>
> 2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean

[503] Como señala BAÑO FOS «una conducta justificada es reconocida como legal por el legislador, está permitida y ha de ser soportada por todos, mientras que una conducta exculpada no es aprobada y por ello sigue estando no permitida y prohibida. Únicamente no se castiga, pero por regla general no tiene porqué ser tolerada por quien es víctima de una conducta antijurídica». BAÑO FOS, J. M. "El principio de culpabilidad y las eximentes por amparo legal, confianza legítima o interpretación razonable de la norma: un análisis de la sentencia de la Audiencia Nacional en el cartel del Mosto de Jerez a la luz de la jurisprudencia comunitaria" en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 32, marzo-abril 2013, p. 5.

> causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal".

Por tanto, el artículo 4 LDC establece una exención legal para aquellas "conductas que resulten de la aplicación de una ley". La relevancia de esta exención es notable, puesto que incentiva a las empresas a buscar o propiciar un soporte legal para evitar ser sancionadas[504].

Estas situaciones –tendentes a proteger comportamientos anticompetitivos- también serán habituales cuando el sector esté en crisis o cuando el cambio tecnológico lo ponga en peligro. Además, es por todos conocido que las crisis suelen despertar tentaciones intervencionistas en los Estados[505].

Si el operador económico dispone de influencia suficiente, puede suceder que a través de la regulación trate de obtener lo que no puede conseguir compitiendo en el mercado, esto es, mantener sus ingresos y su posición[506]. Los legisladores, al fin y al cabo, son políticos –aunque no estén en el Gobierno– y no es la primera vez que se tiene en cuenta la actitud de un Ministerio a la hora de valorar una infracción. En el recurso interpuesto a la resolución de la CNC *Compañías de seguros decenal*, la Audiencia Nacional manifestó que:

> "En el análisis de los hechos probados, la resolución considera irrelevantes determinados hechos que, a juicio de esta Sala, si lo son y deben tenerse especialmente en cuenta: […] El Ministerio de Fomento no sólo era consciente de la necesidad de la cooperación entre las aseguradoras y las reaseguradoras para hacer viable el SDD que introdujo la LOE, sino que alentó y amparó los contactos reconocidos por las empresas"[507].

Por tanto, es necesario que la interpretación de este artículo sea lo más restringida posible si se pretende lograr un eficaz efecto disuasorio de las conductas anticompetitivas.

---

[504] Su importancia «es mayúscula pues la experiencia demuestra cómo, a medida que aumenta la aplicación de las prohibiciones de defensa de la competencia, multiplicándose los procedimientos y las sanciones, las empresas se esfuerzan en conseguir que las restricciones al funcionamiento competitivo del mercado se introduzcan o incorporen en normas jurídicas o intervenciones públicas para evitar la aplicación de las prohibiciones». MARCOS FERNÁNDEZ, F. "La reforma del sistema español de defensa de la competencia. El tratamiento de las restricciones públicas a la competencia. La exención legal en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia", en *Serie Política de la Competencia*, Universidad San Pablo CEU, Documento de Trabajo nº 24, 2007, p. 7

[505] Los autores ya han señalado, cuando estaban inmersos en la crisis anterior, lo siguiente: «en el marco de la actual crisis económica, en muchos países retornan las tentaciones intervencionistas pese a que la experiencia ha demostrado, casi siempre, sus efectos perversos». BERENGUER FUSTER, L.; GINER PARREÑO, C. A. y ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la Competencia*. Ed. Marcial Pons, 2010, pp 15-16.

[506] Este comportamiento es humanamente comprensible, aunque sea a la misma vez reprochable. CABRALES, A. "La 'tasa Google': un clásico cártel de Estado", en *Nada es gratis*, 2 de junio de 2014, **http://nadaesgratis.es/?p=37923**. (Último acceso: 06.05.2020)

[507] SAN 5232/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 18 de diciembre de 2012, FJ 4.

Por otra parte, en su segundo apartado establece que serán sancionables «las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal». Es decir, aquellas conductas que en principio resulten prohibidas por ser anticompetitivas quedarán exentas de la prohibición si están amparadas por una norma de rango legal, pero no por normas reglamentarias o por la actuación de la administración[508].

Los requisitos para que pueda aplicarse este artículo, por tanto, son los siguientes:

- Conducta restrictiva bajo los términos de los artículos 1 a 3 LDC.
- Norma de rango legal (exclusión de las disposiciones de rango inferior a la Ley).
- Vínculo entra la conducta y la norma con rango legal: "conducta que resulte de la aplicación de una Ley".

La razón de ser de este artículo reside en que una Ley puede tener un objetivo lícito diferente a la protección competencia que haga que, en aras a un mayor bienestar social, pueda afectarse a al proceso competitivo ideal. El Derecho de la competencia no es un fin absoluto y valioso que deba perseguirse en todo caso[509]. Por el contrario, como recoge MONTERO PASCUAL, «estas normas protegen el juego competitivo en cuanto el mismo resulta beneficioso para el interés general»[510]. Cuando exista un fin que tenga preeminencia sobre la competencia, de acuerdo con lo recogido en el artículo 4 LDC, una empresa que realiza un comportamiento anticompetitivo no puede ser sancionada. Ahora bien, en todo caso, habrá que verificar que este lícito objetivo no convierte en imposible o muy difícil el objetivo de lograr una competencia no distorsionada en el mercado.

[508] Un ejemplo de una conducta amparada por una normativa legal es la exigencia de formación y especialización para formar parte del turno de oficio en el Colegio de abogados, pero no lo sería la exigencia de un número mínimo de años trabajados. En este sentido se ha pronunciado la CNMC en *Colegio de Abogados de Guadalajara*: «A diferencia de este último requisito [el referente a la formación y especialización], previsto en el artículo 25 de la Ley 1/1996, el de experiencia profesional carece de amparo legal, sin que la previsión contenida a tal efecto en el Art. 33 del Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita pueda, a la luz del Art. 4 de la LDC, suplir esa carencia.» Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0491/13 - *Colegio de Abogados de Guadalajara*, de 1 de septiembre de 2015, FJ. 3.

[509] «El objetivo del artículo 4 de la LDC, formulado en términos de exención de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas contenidas en la LDC, es cohonestar la política de competencia con otras políticas, normas e intervenciones públicas que en su ejecución o consecución práctica causan o provocan incidental e ineludiblemente prácticas anticompetitivas de los agentes económicos o resultados anticompetitivos de sus conductas». MARCOS FERNÁNDEZ, F. "La reforma del sistema español…", *op cit*, p. 8. A nivel comunitario, se recoge en la STJ de 5 de octubre de 1994, asunto C-280/1993, *Alemania v. Consejo* [1994] RJE I-4973, ap. 61, que «[S]e reconoce al mismo tiempo la primacía de la política agrícola con respecto a los objetivos del Tratado en el ámbito de la competencia y la facultad del Consejo de decidir en qué medida las normas sobre la competencia deben aplicarse en el sector agrícola».

[510] MONTERO PASCUAL, J. J. La Comisión Nacional de los Mercados… op cit, p. 28.

a. La existencia de un cierto margen de actuación por parte del operador económico, a debate

La práctica de la autoridad nacional de competencia ha puesto un límite a esta exención –límite que después ha sido rechazado por el Tribunal Supremo–: en opinión de la CNMC, sólo podrá invocarse este artículo 4 LDC cuando los operadores económicos carezcan de margen de discrecionalidad alguna a la hora de realizar la conducta considerada anticompetitiva[511]. De acuerdo con esta interpretación, la existencia de un margen de alternativa en las actuaciones de los presuntos infractores, supone que deba considerarse infringida la normativa de competencia[512].

Por tanto, no sería suficiente con que una Ley permita una actuación restrictiva de la competencia, sino que no debe dejar ninguna otra alternativa, como en el asunto *Derechos de Propiedad Intelectual*, puesto que la Ley de Propiedad Intelectual obligaba a las entidades de gestión a llegar a un acuerdo entre ellas[513].

Respecto de la práctica jurisprudencial, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2010, lejos de confirmar la línea argumentativa seguida por la entonces CNC, estableció que cuando una conducta restrictiva de la competencia estuviera autorizada por una norma con rango de ley no podría entenderse prohibida por la LDC, aun cuando quepa un margen de actuación por la empresa infractora.

En resoluciones posteriores, la Audiencia Nacional ha recogido que para la aplicación de la exención, la Ley tiene que autorizar, específicamente, acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que, de no ser por su mediación, estarían

[511] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0106/08 – *Almacenes Hierro,* de 17 de mayo de 2010 y Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0080/08 – *Navieras Línea Cabotaje Ceuta Algeciras*, de 8 de septiembre de 2010, comentadas en GUTIÉRREZ, A. y LORENTE, F. "La exención legal de la Ley de Defensa de la Competencia", en *Foro de Actualidad*, Ed. Uría Menéndez, nº 28, 2011, **http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2909/documento/articuloUM.pdf?id=2962,** (Último acceso: 06.05.2020) pp. 79-82.

[512] A este respecto, se ha argumentado por la doctrina que «la intención legislativa de desplazar a la libre competencia en el mercado no es suficientemente firme e ineludible y, en tal caso, por exigencia del mandato constitucional de libertad de empresa y libre competencia en el mercado (art. 38) debe prevalecer la vigencia y eficacia de la prohibición del art. 1 de la LDC». MARCOS, F. "El ámbito de aplicación subjetivo de la LDC y la condena de la Junta Andalucía en el cártel de la uva y del mosto de Jerez: Comentario a la RCNC de 6 de octubre de 2011, Exp. S/0167/09", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 11, 2012, p. 16.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha dicho lo contrario en el FJ 5º de la STS 3821/2010, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 6 de julio de 2010, que anuló la Resolución del TDC en el Expte. A317/02 - *Comercialización G.L.P*., de 21 de mayo de 2004, porque consideró que no cabía aplicar la exención legal a la autorización de pactos de suministro en exclusiva contenida en el art. 47.2 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

[513] Resolución del TDC, en el Expte. 343/03 *Derechos de Propiedad Intelectual*, de 22 de abril de 2004. Comentada en comentadas en GUTIÉRREZ, A. y LORENTE, F. "La exención legal…", *op cit*, pp. 79-82

prohibidas[514]. Es decir, se exige que la conducta se haya autorizado de manera expresa, pero no que la empresa no tenga otra opción diferente a desarrollar esa conducta.

La autoridad nacional de competencia, por su parte, actualmente exige «que no exista ningún tipo de duda sobre la concreta y explícita mención a una actuación, objetivamente anticompetitiva, como exenta»[515]. Así, por ejemplo, rechaza su aplicación en *Puerto Valencia* porque «El genérico amparo derivado de la legislación portuaria o el derivado de la norma organizativa de la Consellería (Decreto 112/2011) resultan insuficientes a estos efectos»[516]. Mismo rechazo que recibe en *Distribuidores saneamiento* porque:

> "el art. 4 de la LDC debe ser, como toda norma que contempla una excepción a una prohibición general, objeto de interpretación restrictiva, y así lo han señalado de forma expresa los tribunales (SAN de 28 de septiembre de 2012, recurso nº 60/2011). Para no aplicar la prohibición del artículo 1 de la LDC es necesario, según jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 27 de octubre de 2005 y STS de 4 de noviembre de 2008) que otra Ley específica y explícitamente autorice prácticas que, de no ser por su mediación, estarían incursas en las prohibiciones del artículo 1"[517].

En principio, la interpretación realizada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 6 de julio de 2010 parece acorde con el principio de legalidad en materia sancionadora

---

[514] Siguiendo este criterio, se ha rechazado la aplicación de la exención en SAN 3737/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 28 de septiembre de 2012, Colegio Notarial de Asturias y SAN 4311/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 15 de octubre de 2012; por otra parte, ha sido aceptada en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 1703/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 1ª, de 29 de febrero de 2012.

[515] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0314/10 - *Puerto Valencia*, de 27 de septiembre de 2013, FJ 9.

[516] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0314/10 - *Puerto Valencia*, de 27 de septiembre de 2013, FJ 9.

Igualmente, no se puede apreciar su existencia en el asunto ACB, dado que como recoge la Sala de Competencia de la CNMC «no es cierto que los convenios de colaboración FEB/ACB amparen o determinen las condiciones económico-administrativas de ascenso a la Liga ACB tal como han sido aplicadas por la ACB» Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte S/DC/0558/15 - *ACB*, de 11 de abril de 2017, FJ. 4.

[517] Resolución del consejo de la CNC en el Expte. S/0303/10 – *Distribuidores saneamiento*, de 23 de mayo de 2013, FJ 5.

En el mismo sentido, la CNMC ha rechazado las alegaciones presentadas por los Colegios de abogados en los procedimientos instruidos frente a la publicación de baremos orientadores. Sirva de ejemplo, la resolución de la CNMC en el asunto *Costas Bankia* en la que se recoge que «Los nueve Colegios de Abogados señalan que la ley que les ampara es la LCP dado que permite, en su disposición adicional Cuarta, que los Colegios elaboren criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados.

Como el Tribunal Supremo ha venido reconociendo, este precepto [el artículo 4.1 LDC] se refiere a conductas que por sí mismas estarían incursas en el artículo 1 de la LDC pero que al estar contempladas en una Ley o en las disposiciones reglamentarias dictadas en su ejecución quedarían amparadas frente a dichas prohibiciones del artículo 1 de la LDC.

En este sentido, ha de destacarse que la LCP ampara la elaboración de "criterios" orientativos no de baremos.» Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0587/16 - *Costas Bankia*, de 8 de marzo de 2018, FJ 4.

(artículo 25 CE)[518]. Además, la propia coherencia y unidad del ordenamiento jurídico exigen que no pueda prohibirse por la LDC un comportamiento expresamente autorizado por una norma con rango de ley porque en caso contrario se estaría contraviniendo el principio de legalidad, en su vertiente de previsibilidad y accesibilidad de las normas sancionadoras[519].

Sin embargo, lo que aquí se pretende argumentar no es que se pueda sancionar una conducta autorizada por Ley, sino la elección, por parte de la empresa, de la opción gravosa para la competencia –e infractora de la LDC– entre otras disponibles y no anticompetitivas. Además, de la equiparación de esta eximente legal con la eximente de responsabilidad desarrollada por los Tribunales europeos, resulta una interpretación coherente con el Derecho de la UE[520]. No obstante, para evitar el surgimiento de dudas de esta índole sería conveniente que el texto legal incluyese de manera expresa que la exención únicamente sería aplicable en defecto de otra opción.

Bien es verdad que es comprensible que no se sancione a quien confía en la normativa si, ante una norma que ampare una conducta anticompetitiva que no pueda justificarse en el interés público –independientemente de que tenga rango de Ley formal o no–, la autoridad de competencia no intenta lograr su remoción. Por lo tanto, no podemos más que compartir la idea de que «resulta en efecto paradójico que la autoridad administrativa haga dejación de su facultad de instar la supresión de la norma legal, y en su lugar sancione directamente a la empresa que ha actuado al amparo de dicha norma»[521].

El artículo 5.2.4 de la Ley 3/2013 (antiguo artículo 12.3 LDC) únicamente permite impugnar directamente ante la jurisdicción competente los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a la Ley de los que se deriven obstáculos a la competencia[522]. Ello implica que la autoridad de competencia no podrá instar la remoción de las normas con rango de Ley directamente ante la jurisdicción competente, sino únicamente realizar un informe sobre ellas. Sin embargo, el artículo 5.1.h de la Ley 3/2013 sí que le permite «promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, así como informes generales sobre sectores económicos», y el

[518] GUTIÉRREZ, A. y LORENTE, F. "La exención legal…", *op cit*, pp. 79-82

[519] «más allá de un mero criterio de calidad técnica de la ley, dicha coherencia se integra en el contenido normativo del principio de legalidad desde la perspectiva de los requisitos de previsibilidad y accesibilidad de las normas sancionadoras proclamados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» *Ibid*., p. 82

[520] BAÑO FOS, J. M. "El principio de culpabilidad…", *op cit*, p. 4

[521] Como sucedió por ejemplo en la Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38.549 – *Barême d'honoraires de l'Ordre des Architectes belges*, de 24 de junio de 2004, donde se impuso al Consejo Belga de Arquitectos una multa de 100.000 euros por haber publicado un baremo de honorarios mínimos. Comentado en ALLENDESALAZAR CORCHO, R. y MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, P. "Las conductas prohibidas…", *op cit*, p. 9.

[522] Las normas que puede impugnar, por tanto, son de rango inferior a la Ley y la única protección que ofrece el artículo 4 LDC hace referencia a las normas con rango de Ley. Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0359/11 – *ATASA*, de 20 de marzo de 2013, FJ 4.

5.2.a de la misma Ley le habilita para «participar, mediante informe, en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, a la normativa de defensa de la competencia y a su régimen jurídico».

Por tanto, siendo ese el margen de actuación de la autoridad de competencia, cobran especial relevancia dichos informes, ya que, si después se pretende defender que las empresas debieron conocer que su conducta era anticompetitiva, que no pueden ampararse en la confianza legítima y que cabía un margen de actuación, es aconsejable que la autoridad de competencia emita informe en lugar de permanecer impasible a la espera de ver si se modifica la normativa. Además, puede darse la circunstancia de que el resultado normativo no sea sino la consecuencia del desconocimiento de los efectos que determinadas disposiciones pueden tener sobre la competencia.

Del mismo modo, también sería deseable que fueran las propias empresas quienes, conocedoras de la normativa de competencia, pusieran en conocimiento de la autoridad de competencia las potenciales restricciones que pudieran derivarse de una norma concreta, con vistas a evitar, bien que los competidores utilicen la normativa en beneficio propio, bien que sean sancionadas si son ellas las que se benefician.

Por último, la posibilidad de exonerar ciertas conductas a través de este tipo de actos normativos puede generar otros problemas, tales como la promulgación de normas según los intereses políticos del momento. En este sentido, conviene recordar las palabras de ADAM SMITH:

> "Rara vez suelen juntarse las gentes ocupadas en la misma profesión u oficio, aunque solo sea para distraerse y divertirse, sin que la conversación gire en torno a alguna conspiración contra el público o alguna maquinación para elevar los precios. En rigor, es imposible impedir esas reuniones por medio de una ley viable, o que sea compatible con la libertad y la justicia. Pero si la ley no puede impedir que las gentes de la misma profesión se reúnan algunas veces, por lo menos no debe hacer nada para facilitarlas, y, mucho menos, para convertirlas en necesarias"[523].

Deben, en definitiva, extremarse las cautelas y, como buen árbitro imparcial, la autoridad de competencia deberá permanecer vigilante para tratar de impedir un recurso deliberadamente injustificado a este tipo de mecanismos de exención.

b. La inaplicabilidad de la exención si la conducta anticompetitiva afecta al comercio transfronterizo

El artículo 4.1 LDC recoge expresamente las palabras «sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia».

[523] SMITH, A. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* Cap. X, Parte II, Libro I, traducido por RODRÍGUEZ BRAUN, C, Ed. Tecnos, edición de junio 2009.

Esta previsión no aporta ningún elemento interpretativo adicional, dado que las prohibiciones de competencia serían aplicables, aunque no apareciera expresamente recogido en el artículo 4 LDC, debido al principio de primacía del Derecho europeo. Además, ante una restricción a la competencia contenida en una ley que contravenga cualquier disposición del Derecho de la UE (sea originario o derivado) la autoridad nacional (sea judicial o administrativa) deberá inaplicarla, independientemente de que la norma europea conculcada pertenezca al ámbito de la defensa de la competencia o a cualquier otro ámbito normativo[524].

Esta doctrina sobre la obligación de los órganos de las Administraciones públicas de no aplicar las disposiciones nacionales contrarias al Derecho de la Unión se construye a partir de la Sentencia del TJCE de 22 de junio de 1989, *Fratelli Costanzo*, donde se establece que:

> "Sería, por otra parte, contradictorio considerar a los particulares legitimados para invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, y en contra de la Administración Pública, las disposiciones de una directiva que respondan a las condiciones arriba mencionadas; y estimar, no obstante, que a la referida Administración Pública no le incumbe la obligación de aplicar la directiva y de inaplicar las disposiciones de Derecho nacional que las infrinjan. De lo dicho se desprende que, cuando se den los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal para que los particulares puedan invocar las disposiciones de una Directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, todos los órganos de la Administración Pública, incluso los no integrados en la Administración Central, como pueda ser el caso de un Municipio, están obligados a aplicar dichas disposiciones"[525].

La normativa de la UE se aplica a las conductas empresariales que pueden afectar al comercio entre Estados Miembros[526]. Como recoge la Sala de Competencia de la CNMC en *Industrias lácteas 2*,

> "el concepto "comercio" no se limita a los intercambios transfronterizos de bienes y servicios, sino que es un concepto más amplio que abarca toda la actividad económica transfronteriza, y el comercio entre Estados miembros también puede verse afectado en el caso de que el mercado pertinente sea nacional o subnacional, en coherencia con el

[524] Por ello, esta referencia «conduce a un cuestionamiento de la separación entre Derecho nacional y Derecho comunitario de la competencia que a la postre podría conducir a una derogación de la doctrina de la "doble barrera" y a una pérdida de sentido de las normas nacionales de defensa de la competencia (barrera comunitaria única)». MARCOS FERNÁNDEZ, F. "La reforma del sistema español…", *op cit*, p. 31.

[525] Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1989, asunto 103/88, *Fratelli Costanzo v. Municipio de Milán* [1989] RJE 1839, par. 31

[526] CACHAFEIRO GARCÍA, F. "Fundamentos del Derecho…", *op cit,* p. 53. Lo importante para determinar la sumisión al Derecho europeo es si a través de la conducta anticompetitiva se está afectando a las relaciones económicas transfronterizas de tal manera que se esté poniendo en riesgo el comercio entre los Estados miembros de manera "significativa". COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión sobre las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado*. DOUE C 101/81, de 27 de abril de 2004, ap. 13; PARRET, L. *Side effects of... op cit*, pp. 45-72.

objetivo del Tratado de promover la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales"[527].

Para determinar si existe ese efecto, se podrán tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

- La nacionalidad de las empresas participantes.
- El destino de los productos o servicios afectados.
- El carácter nacional de determinados acuerdos.

Esta consideración sobre si se está dando una afectación del comercio entre los Estados miembros es una cuestión de hecho que queda en manos de la interpretación de las autoridades nacionales de competencia, sin ningún tipo de control por la Comisión Europea o por los tribunales europeos[528]. De aquí surge un importante problema: se está generando inseguridad jurídica porque en función de la apreciación que realice la CNMC en cada caso sobre la existencia o no de esa afectación a las relaciones económicas transfronterizas podrá entenderse aplicable la exención legal o no[529]. Es decir, la exención legal recogida en el artículo 4 LDC tendrá diferentes efectos en función de la ley que resulte aplicable. Si se aplica la normativa interna, como ya hemos mencionado, de acuerdo con la interpretación que el Tribunal Supremo ha realizado de este artículo, aun cuando quepa un margen de actuación por la empresa infractora, deberá entenderse que la conducta anticompetitiva entra dentro del ámbito de aplicación de esta exención legal. Sin embargo, cuando deba aplicarse el derecho de la UE, la exención no será oponible salvo que, como se afirma en *GDF Suez v Comisión*, la conducta anticompetitiva sea requerida por la legislación nacional y esta legislación nacional cree un marco jurídico en el que sea imposible competir[530]. El artículo 101 TFUE ó 102 TFEU no se aplicará porque

[527] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0425/12- *Industrias lácteas 2*, de 26 de febrero de 2015, FJ. 2. A pesar de estar de acuerdo con esta afirmación, no se vuelve a recoger tras la anulación de dicha Resolución por la Audiencia Nacional en su Sentencia 3063/2016 de 11 de julio de 2016 y posterior dictado de la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0425/12 – *Industrias lácteas 2*, de 11 de julio de 2019

[528] Para más información sobre cómo valorar el "efecto sobre el comercio" se puede consultar COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión sobre las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado. DOUE C 101/81, de 27 de abril de 2004.

[529] «En efecto, en un mercado integrado, hasta los acuerdos entre empresas establecidas en un solo y único Estado pueden ejercer una influencia directa o indirecta, acutal o potencia, sobre el comercio intracomunitario, por lo que pueden entrar en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario», en GARCÍA-MARGALLO Y MARFIL, J. M. y ASTURIAS, C. "El Libro Blanco desde la perspectiva del Parlamento Europeo" en BENEYTO PÉREZ, J. M. (dir) y MAILLO GONZÁLEZ - ORÚS, J (coord.). *El nuevo Derecho comunitario y español de la Competencia*. Ed. Bosch, Barcelona, 2002, p. 242

[530] Por ello el Tribunal General afirmó que «Aun cuando las autoridades alemanas o francesas hubieran permitido que persistiese un considerable grado de incertidumbre para los operadores en cuanto a la legalidad de sus comportamientos no sólo antes, sino también después de la liberalización, esta circunstancia no permitiría demostrar que autorizaron o fomentaron los comportamientos controvertidos en el caso de autos. Por consiguiente, la demandante se equivoca al sostener que sobre esta afirmación puede fundamentarse la toma en consideración del impacto del marco reglamentario sobre el cálculo de la multa a los efectos de las circunstancias atenuantes». STG (Sala Quinta) de 29 de junio de 2012, asunto T-370/09, *GDF Súez v. Comisión* [2012] RJE 00000, ap. 451.

la actuación no se deberá a un comportamiento autónomo de las empresas. Sin embargo, si la legislación nacional deja abierta la posibilidad de competir, sí que serán sancionadas, porque como recoge el Tribunal General «según reiterada jurisprudencia, los artículos 81 CE y 82 CE [actuales artículos 101 y 102 TFEU] sólo se refieren a los comportamientos contrarios a las normas sobre la competencia que hayan sido adoptados por las empresas por iniciativa propia»[531].

Consecuentemente, a la luz de las consideraciones precedentes, se estima que lo adecuado sería recurrir a otros mecanismos para proceder a eximir del ámbito de aplicación de las normas concurrenciales aquellas conductas que se estimen beneficiosas para la protección de un interés general considerado superior.

Además, su existencia no es imprescindible dentro del sistema sancionador. Tenemos, como ejemplo, que en el Derecho de la UE no se prevé ninguna exención en los mismos términos que la contenida el artículo 4 LDC.

De hecho, la Comisión Europea ha impuesto multas por infracciones al artículo 81 TCE, actual 101 TFEU, por conductas expresamente autorizadas por una Ley nacional[532]. Si existe un margen de maniobra, existe voluntariedad, puesto que había opciones que no hubieran supuesto infringir la normativa de competencia[533].

En el caso de que una categoría de acuerdos o prácticas tampoco fuera merecedora de sanción por los beneficios que pueden derivarse, se prevé la opción de realizar

---

[531] Continúa el Tribunal General diciendo que «Si una legislación nacional impone a las empresas un comportamiento contrario a la competencia, o si crea un marco jurídico que limita por sí mismo cualquier posibilidad de comportamiento competitivo por parte de las empresas, no se aplican los artículos 81 CE y 82 CE. En tal situación, la restricción de la competencia no se debe, como requieren estas disposiciones, a comportamientos autónomos de las empresas. Por el contrario, cabe aplicar los artículos 81 CE y 82 CE si la legislación nacional deja subsistir la posibilidad de una competencia que puede ser obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las empresas (sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1997, Comisión y Francia/Ladbroke Racing, C 359/95 P y C 379/95 P, Rec. p. I 6265, apartados 33 y 34, y de 11 de septiembre de 2003, Altair Chimica, C 207/01, Rec. p. I 8875, apartados 30 y 31)» en STG (Sala Quinta) de 29 de junio de 2012, asunto T-370/09, *GDF Súez v. Comisión* [2012] RJE 00000, ap. 312.

[532] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38.549 – *Barême d'honoraires de l'Ordre des Architectes belges*, de 24 de junio de 2004, imponiendo al Consejo Belga de Arquitectos una multa de 100.000 euros por haber publicado un baremo de honorarios mínimos; véase también ALLENDESALAZAR CORCHO, R. y MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, P. "Las conductas prohibidas…", *op cit*, p. 9.

[533] Como se recoge en *Deutsche Telekom v. Comisión* «según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, únicamente si una legislación nacional impone a las empresas un comportamiento contrario a la competencia o si crea un marco jurídico que limita por sí mismo cualquier posibilidad de comportamiento competitivo por parte de las empresas, no se aplican los artículos 81 CE y 82 CE [actuales artículos 101 y 102 TFEU]. En tal situación, la restricción de la competencia no se debe, como requieren estas disposiciones, a comportamientos autónomos de las empresas. Por el contrario, cabe aplicar los artículos 81 CE y 82 CE si la legislación nacional deja subsistir la posibilidad de una competencia que puede ser obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las empresas (sentencia de 11 de noviembre de 1997, Comisión y Francia/Ladbroke Racing, C-359/95 y C-379/95 P, Rec. p. I-6265, apartados 33 y 34 así como jurisprudencia citada)». STJ (Sala Segunda) de 14 de octubre de 2010, asunto C-280/08 P, *Deutsche Telekom v. Comisión* [2010] RJE I-9555, ap. 80 a 84

exenciones por categorías. Esta exención por categorías en ningún caso deja tanta libertad de apreciación como el artículo 4 LDC. Además, incluso si este artículo fuera dirigido a conductas de escasa entidad, éstas ya quedan protegidas al establecer la normativa que cuando la afectación al mercado no sea significativa la conducta no será sancionada (se consideraría una conducta *de minimis*)[534].

Concedemos que la permanencia de este artículo 4 LDC en el ordenamiento jurídico interno puede ser necesaria, pero debe interpretarse restrictivamente y aplicarse en supuestos tasados. Así, este artículo debería aplicarse únicamente en aquellos supuestos en los que la normativa no deje margen de actuación, es decir, cuando no concurra el elemento volitivo. En el resto de supuestos, la voluntariedad o, al menos negligencia, debiera considerarse suficientes para apreciar la infracción del tipo. De esta forma se protegería a aquellas conductas que se desarrollan porque es la única forma de actuación permitida de acuerdo con la Ley –puede haber leyes que priman otros valores sobre la competencia–.

En todo caso, la autoridad de competencia, teniendo en cuenta los problemas que puede generar la aplicación del artículo 4 LDC, en vez de otorgar una exención legal, puede tratar de reconducir la conducta a uno de los siguientes tres supuestos: artículo 1.3 LDC ó 101.3 TFEU, exención por categorías o exención *de minimis*, compartidos tanto por la legislación nacional como por la europea.

Si lo que pretende es evitar un procedimiento o ahorrar recursos, en los supuestos en los que una conducta sea "nueva" porque la autoridad de competencia no se ha pronunciado anteriormente sobre ella, o cuando el interés público así lo exija, la normativa de la UE y la LDC prevén que pueda realizarse de una "declaración de inaplicabilidad"[535].

Esta declaración únicamente podrá referirse a acuerdos individuales y está destinada en particular a los nuevos tipos de acuerdos o prácticas[536]. Ahora bien, esta declaración de inaplicabilidad sólo puede emitirse cuando no se cumplan todos los requisitos del artículo 1 LDC ó 101.1 TFEU, o cuando fuera aplicable el artículo 1.3 LDC ó 101.3 TFEU. Por tanto, a efectos prácticos, se puede observar que el resultado es el mismo que si se hubiera finalizado el expediente sancionador: ausencia de sanción. Sin embargo, se ha evitado la tramitación de todo el expediente.

---

[534] En derecho europeo viene recogido en COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de minimis). DOUE C-368/07, de 22 de diciembre de 2001; y en derecho español en el artículo 5 LDC y 1 a 3 RDC.

[535] Artículo 10 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DOUE L1/1, de 4 de enero de 2003 ("Reglamento (CE) 1/2003"); artículo 6 LDC.

[536] Conclusiones de la AG Kokott, presentadas el 6 de septiembre de 2012, asunto C-226/11, *Expedia v. Autorité de la concurrence y otros,* ap. 31.

La principal ventaja es que a través de este instrumento se puede valorar el comportamiento concreto atendiendo a las circunstancias concurrentes; mientras que a través de una exención legal como la contemplada en el artículo 4 LDC, es imposible recoger con detalle los supuestos a los que podrá ser aplicable, así como saber con antelación qué alcance tendrá. Las normas deben ir destinadas a la generalidad o a un conjunto de la población, sin poder dictarse normas particulares para personas concretas.

No obstante, si ninguna de estas tres opciones fuera adecuada, en última instancia la autoridad de competencia dispone de suficiente margen de discrecionalidad a la hora de valorar los factores concurrentes como para poder imponer una multa de escasa cuantía si las circunstancias así lo aconsejan, sin tener que recurrir a una exención legal de la conducta.

B. Las conductas del artículo 5 LDC: la dudosa admisibilidad de la existencia de abusos de posición de dominio que no restrinjan de forma sensible la competencia

Como anunciábamos, el artículo 5 LDC también se merece una reflexión, por cuanto, dada su redacción actual, tiene virtualidad de desplegar sus efectos sobre todas las conductas tipificadas en la LDC.

El artículo 5 LDC establece la posibilidad de que determinados abusos de posición de dominio puedan considerarse conductas de menor importancia. Los artículos 1 a 3 del Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, RDC), que desarrollan el artículo 5 LDC, no recogen ningún supuesto concreto que sirva de guía sobre qué tipo de abuso podría quedar exento. Sin embargo, esta exención tendría cabida en el artículo 3.1 RDC cuando recoge que la autoridad de competencia podrá declarar no aplicables las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 LDC cuando las conductas «atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa a la competencia».

La propia definición de "abuso de posición de dominio" hace que sea muy difícil que una conducta que se considera un abuso a la misma vez no afecte de manera significativa a la competencia[537]. El único supuesto teórico sería si, aplicando el artículo 2 LDC, optamos por un enfoque basado en los efectos de la conducta y el abuso de posición dominante es de muy corta duración o tiene un impacto económico insignificante para los clientes de la empresa en cuestión[538].

En la práctica, si optamos por el concepto objetivo de abuso en el que «la empresa dominante, recurriendo a métodos diferentes a los que constituyen la competencia normal en las transacciones comerciales, amenaza el mantenimiento de la competencia existente

[537] SÁNCHEZ GRAELLS, A. "Protección del mercado…", *op cit*, p. 15.

[538] ALLENDESALAZAR, R. y VALLINA, R. "Artículo 2 de la LDC…", *op cit*, p. 18.

en el mercado», no se puede admitir la existencia de diversos grados de abuso para considerar algunos como prácticas legales en consideración a su menor importancia cualitativa[539].

A nivel europeo los acuerdos de menor importancia se regulan a través de la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*de minimis*)[540].Esto significa que la primera diferencia entre la regulación europea y española es que, en el primer caso, la Comunicación no tiene carácter vinculante, mientras que el artículo 5 LDC y 1 RDC tienen claros efectos *erga omnes* y delimitan el ámbito de la antijuridicidad en la materia[541]. La segunda diferencia, y la que nos interesa, es que la citada Comunicación de la Comisión Europea recoge que la regla *de minimis* solo se aplica a los acuerdos y prácticas prohibidas por el artículo 101 del TFUE[542]. La prohibición del artículo 102 TFEU es absoluta. No es susceptible de ningún tipo de exención, ni legal, ni por categorías, ni por escasa entidad de la conducta[543].

La posibilidad recogida en el artículo 5 LDC de conceder una exención a un abuso de posición de dominio por considerar que no es apto para afectar de manera significativa a la competencia parece difícilmente justificable; ello iría contra la naturaleza misma de la conducta, que, por su entidad abusiva, difícilmente puede entenderse que no afecta de manera significativa la competencia. En consecuencia, sería apropiada su eliminación.

Por tanto, la inclusión de este supuesto se considera innecesaria y puede llevar a confusión entre los operadores económicos. Si no se quisiera sancionar este tipo de conductas, más que la aptitud del abuso para afectar de manera significativa la competencia, debería argumentarse que no ha existido un "abuso".

---

[539] Resolución del TDC en el Expte. 456/99 - *Retevisión/telefónica*, de 8 de marzo de 2000. Comentada en MIRANDA SERRANO, L. M. "La «regla de minimis» en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y su Reglamento de desarrollo", en *Derecho de los Negocios*, Ed. La Ley, nº 216, septiembre 2008, p. 19.

[540] COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de minimis). DOUE C-368/07, de 22 de diciembre de 2001

[541] RUIZ PERIS, J. A. "Los acuerdos restrictivos de la competencia tras la nueva Ley de Defensa de la Competencia", en RUIZ PERIS, J. I. (dir). *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 44.

[542] ALLENDESALAZAR CORCHO, R. y MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, P. "Las conductas prohibidas…", *op cit*, p. 11.

[543] SÁNCHEZ GRAELLS, A. "Protección del mercado…", *op cit*, p. 15.

IV. El sujeto infractor: dificultades, dada la redacción actual de la normativa de competencia, en la determinación del sujeto infractor y su responsabilidad

Los sujetos infractores quedan definidos en el artículo 61.1 LDC, donde se recoge que podrán serlo todas aquellas personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en la Ley.

La legislación administrativa, con carácter general, no distingue categorías abstractas de participación –en el derecho penal se diferencia, por ejemplo, entre autor, inductor, cooperador necesario, cómplice–. En las infracciones de competencia, la responsabilidad derivará de la participación en la conducta anticompetitiva –ilícito administrativo– independientemente del grado o intensidad de dicha participación[544]. Será suficiente con que la participación haya tenido lugar a título de dolo o negligencia, incluida la simple inobservancia. No obstante, la forma en que se haya producido esta participación podrá modular la sanción en atención al principio de proporcionalidad[545].

El principio de culpabilidad exige delimitar el elemento personal –quiénes son los sujetos responsables– y el volitivo –la comisión de la conducta a título de dolo o negligencia–.

Por tanto, a la hora de determinar a quién y en qué medida hay que sancionar pueden surgir dificultades en dos momentos: el primero, a la hora de establecer el elemento personal, es decir, quién ha participado en el ilícito administrativo; el segundo, a la hora de valorar el grado o intensidad en dicha participación, dado que no existe en la regulación de competencia ninguna referencia a cómo debe valorarse el elemento volitivo.

1. Elemento personal: deficiencias derivadas de la discordancia, en algunos supuestos, en la calificación del sujeto infractor como sujeto responsable

La normativa de competencia puede ser infringida tanto por los representantes legales o las personas que integran los órganos directivos de las empresas, como por cualquier ente que desarrolle una actividad económica, con independencia de su forma jurídica y de sus fuentes de financiación[546]. Las dos condiciones que deben cumplirse

[544] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0314/10 - *Puerto Valencia*, de 27 de septiembre de 2013, FJ 9.

[545] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0314/10 - *Puerto Valencia*, de 27 de septiembre de 2013, FJ 9.

[546] La Disposición Adicional 4ª de la LDC define la «empresa» como «cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación».

para que un agente económico pueda ser sancionado son: (1) gozar de personalidad jurídica y (2) poder ser considerado "empresa" en el sentido de la LDC[547].

El término "empresa" debe ser considerado equivalente a "operador económico", que a su vez hace referencia a «cualquier ente que desarrolle una actividad económica, con independencia de su forma jurídica y de sus fuentes de financiación»[548]. Por otra parte, dentro de "actividad económica" puede englobarse «cualquier actividad, incluso sin fines lucrativos que incida en la estructura y el funcionamiento del mercado, participando en la producción o intercambio no gratuito de bienes o servicios, bien como oferente o bien como demandante en un determinado mercado»[549].

En el mismo sentido, conforme a la normativa de Derecho de la competencia de la UE, sólo las empresas pueden ser sancionadas[550]. Como ha quedado establecido por reiterada jurisprudencia europea, «el concepto de empresa abarca cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación»[551].

Una persona física o jurídica puede ser considerada como sujeto infractor de acuerdo con el artículo 61.1 LDC y, sin embargo, no ser considerada como responsable a

---

[547] Resolución del TDC en el Expte. 380/96 - *Perfumerías*, de 14 de octubre de 2007, FJ. 13; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. "Del régimen sancionador", en MASSAGUER, J.; FOLGUERA, J.; SALA ARQUER, J. M. *et al*. (dirs). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Ed. Civitas y Thomson Reuters, 2012, 3ª edición, pp. 968-969.

[548] SÁNCHEZ GRAELLS, A. "Protección del mercado…", *op cit*, p. 9.

[549] LILLO ÁLVAREZ, C. "La normativa de competencia, su aplicación a la Administración pública", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 22, julio-agosto 2011, p. 1.: En el mismo sentido ya venía pronunciándose el TDC. Sirva de ejemplo la resolución del TDC en el Expte. R 383/99 - *Empresa pública emergencias sanitarias*, de 14 de febrero de 2000 en cuyo FJ 3 se recoge que «A pesar de lo alegado por EPES de que el ámbito sanitario escapa al concepto de actividad económica - puesto que se caracteriza por la financiación pública, gratuidad a los ciudadanos, territorialidad e igualdad en sus prestaciones- es indudable que EPES es un operador económico puesto que ofrece unos servicios de asistencia sanitaria en el mercado, independientemente de su forma de financiación (máxime cuando EPES, al menos en algunos casos, factura por ellos). Por tanto, está sometido a las prohibiciones de la LDC»

[550] «Undertaking is defined in Article 1 of Protocol 22 EEA as 'any entity carrying out activities of a commercial or economic nature'. The term undertaking is nowhere defined in the EC Treaty», en ODUDU, O. "The meaning of undertaking within Article 81 EC", en *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Ed. Oxford Scholarship Online, marzo 2012, p. 2.

[551] STJ (Gran Sala) de 19 de julio de 2012, asuntos acumunaldos C-628/10 P y C-14/11 P, *Alliance One International Inc. y otros v. Comisión y Comisión v. Alliance y otros* [2012] RJE electrónica, ap. 42; STG (Sala Octava) de 24 de marzo de 2011, asunto T-386/06, *Pegler Ltd. v. Comisión* [2011] II-1267, ap. 47; STG (Sala Segunda) de 17 de mayo de 2011, asunto T-299/08, *Elf Aquitaine SA v. Comisión* [2011] RJE 2149, ap. 45; STG (Sala Primera) de 13 de julio de 2011, asunto T-38/07, *Shell Petroleum y otros v. Comisión* [2011] RJE II-4383, ap. 52; STG (Sala Tercera) de 9 de septiembre de 2011, asunto T-25/06, *Alliance One International v. Comisión* [2011] RJE II-5741, ap. 80; STG (Sala Cuarta) de 26 de octubre de 2010, asunto T-23/09, *Conseil national de l'Ordre des pharmaciens (CNOP) y Conseil central de la section G de l'Ordre national des pharmaciens (CCG) v. Comisión* [2010] RJE II-5291, ap. 70; STPI (Sala Primera) de 13 de diciembre de 2006, asuntos acumulados T-217/03 y T-245/03, *Fédération nationale de la cooperation bétail et viande (FNCBV) y otros v. Comisión* [2006] RJE II-4987, ap. 52; STJ (Gran Sala) de 11 de julio de 2006, asunto C-205/03 P, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) v. Comisión* [2006] RJE I-6295, ap. 25.

la hora de imponer una sanción[552]. Por ello, aunque la determinación del ámbito subjetivo de la infracción parezca clara, en la práctica encontraremos problemas, susceptibles de mejora, en la determinación de la responsabilidad de las Administraciones públicas, de los miembros –personas físicas– de las asociaciones y en la responsabilidad de la empresa matriz.

A. La Administración pública como sujeto infractor responsable, sujeta, en su actuar, al Derecho de la competencia: de "sujeto infractor", en el ordenamiento interno, a "sujeto incitador o facilitador", en el ordenamiento europeo

A la normativa de competencia, cuando nació en 1890 con la Ley Sherman, sólo se sometían determinadas conductas de las empresas privadas que se consideraban lesivas para la economía norteamericana[553]. Ni se pensaba en el sometimiento de las Administraciones públicas, ni éstas jugaban un papel relevante en el conjunto de la economía[554]. La primera normativa de competencia promulgada en España en 1963, influenciada por la conveniencia de firmar acuerdos con Estados Unidos, iba también dirigida únicamente a las empresas privadas[555].

Sin embargo, esta situación cambió con la implantación del Estado Social de Derecho y el Estado del Bienestar, y el creciente papel del sector público en el PIB[556]. Actualmente, el sector público tiene tal dimensión económica que «puede chocar con la actividad privada y puede realizar prácticas anticompetitivas que perjudiquen no solo a

[552] MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. "Del régimen sancionador", *op cit*, pp. 972.

[553] La normativa de competencia norteamericana fue creada como un «tiro en la oscuridad», porque no había otras experiencias disponibles sobre normativa en defensa de la competencia. GERBER, D. J. "International antitrust convergence: the rial and imagined roles of U.S. Antitrust law", en *ABA Spring Antitrust Meeting*, Washington D.C., 30 de marzo de 2005, p. 2

[554] LILLO ÁLVAREZ, C. "La normativa de competencia, su aplicación…", *op cit*, p. 1.

[555] La necesidad por conveniencia que tenía España de firmar los acuerdos con los EE.UU. le llevaron, en el año 1953, a comprometerse con este país a «desalentar prácticas y arreglos comerciales que tengan un carácter de monopolio o cartel de los que resulte una restricción de la producción o un aumento de los precios o que ponga trabas al comercio internacional, ». TRILLO TORRES, R. "Revisión judicial de los actos administrativos en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed, La Ley, nº 1, enero-febrero 2008, p. 1.; «La Ley de 1963 tiene la mayor importancia porque supone la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de una regulación legal absolutamente novedosa, aunqu ene la Exposición de Motivos se hiciera un esfuerzo por mencionar antecedentes legales en España en esta materia», en BERCOVITZ, A. "La Ley de Defensa…", *op cit*, p. 27.

[556] LILLO ÁLVAREZ, C. "La normativa de competencia, su aplicación…", *op cit,* p. 1.; «El sector público ha tenido un peso muy importante en la economía de todos los Estados occidentales a lo largo del siglo XX. Ninguno, en rigor, ha constituido la excepción, ni siquiera en las épocas de alza del neoliberalismo.» en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Intervenciones del Estado… op cit*, p. 73.

los intereses privados sino, incluso, al interés general»[557]. A continuación, podemos ver el creciente papel del sector público en el PIB español:

Tabla 2. - Papel del sector público en el PIB español

Año	1913	1920	1937	1960	1980	1990	2000	2005	2009
%	11,0	8,3	13,2	18,8	32,2	42,0	39,1	38,8	45,8

FUENTE: LILLO ÁLVAREZ, Carmen "La normativa de competencia, su aplicación a la Administración pública" p. 1.

Siguiendo esta tendencia, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística, el gasto público en 2018 alcanzó el 41,3% del PIB.

Por ello, para evitar la realización de prácticas anticompetitivas que serán más probables cuanta mayor intervención tenga el sector público en la economía, es necesario someter la actividad económica de las Administraciones públicas al Derecho de la competencia.

Dos preceptos constitucionales son importantes a la hora de analizar el comportamiento de la Administración en el mercado y su sujeción a la LDC[558]:

Artículo 103.1 CE: se exige que la Administración y los poderes públicos sirvan al interés general y lo hagan respetando el Ordenamiento jurídico. Por tanto, si acuden al mercado a adquirir –u ofrecer– bienes o servicios, no deben incurrir en conductas anticompetitivas.

Artículo 128.1 CE: la iniciativa económica pública debe transcurrir en igualdad de condiciones con el ejercicio de la actividad empresarial privada. Si la administración actúa como operador privado, deberá someterse a la LDC.

Consecuentemente, las Administraciones públicas también están sujetas al Derecho de la competencia y podrán ser consideradas operadores económicos a los efectos de aplicar esta normativa cuando no ejerzan potestades públicas, sino que realicen actuaciones sujetas al Derecho privado[559]. Esta sujeción a la LDC se producirá, en opinión

[557] LILLO ÁLVAREZ, C. "La normativa de competencia, su aplicación…", *op cit*, p. 2.

La Administración puede infringir la normativa de competencia tanto directamente, cuando actúa como operador económico; como indirectamente a través de la facilitación de las conductas ilícitas. COSTAS COMESAÑA, J. y HORTALÀ VALLVE, J. "La tipificación de la actividad de la Administración como facilitadora de cárteles", en *Anuario de la competencia*, nº 1, 2013, pp. 13-32; RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A y VÁZQUEZ CARDEÑOSO, A. "¿Puede la Administración ser sancionada por infringir el derecho de la competencia cuando no actúa como empresa?", en *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, nº 79, septiembre-diciembre 2016, pp. 125-147.

[558] MARCOS, F. "El ámbito de aplicación subjetivo de la LDC y la condena…", *op cit*, p. 19.

[559] STS 4763/2007, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 19 de junio de 2007, FJ. 3; a modo de ejemplo, la CNC dicta resolución de no incoación y archivo por la distinción entre actos de *ius imperii* y actos sujetos

de la CNMC, tanto cuando actúe como operador económico como cuando impulse, genere o refuerce los efectos restrictivos de la conducta colusoria[560].

En este sentido, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 19 de junio de 2007, confirmó la plena sujeción de la actuación de las Administraciones públicas a la legislación de defensa de la competencia, «aun en los casos en los que las propias Administraciones públicas o los organismos y sociedades de ese carácter lo hagan sometidos en mayor o menor medida al derecho administrativo»[561]. Esto ha sido confirmado posteriormente por el Tribunal Supremo, sobre todo, respecto de la actuación de los colegios profesionales[562].

El problema surge, una vez establecido que las Administraciones públicas pueden ser responsables de las infracciones anticompetitivas, cuando la responsabilidad se extiende a los actos se adoptan en ejercicio de una prerrogativa pública[563]. Especialmente, si se mezclan conductas económicas con otras que suponen el ejercicio de dichas prerrogativas[564].

---

al Derecho privado por parte de la Administración en las siguientes resoluciones: Resolución del Consejo de la CNC en el Expte.S/0023 - *Biovet*, de 9 de octubre de 2008; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0043/2008 - *Confederación Nacional de Autoescuelas*, de 13 de noviembre de 2008; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0083/2008, *Comunidad Autónoma de Aragón*, de 20 de noviembre de 2008. En este sentido, ver también, BARRANTES DIA, B. "Dos años de aplicación del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia. Balance y asuntos más destacados" en BACHES OPI, S. (Coord). *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación*, Ed. La Ley, Madrid, noviembre 2010, pp. 5-6.

[560] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0167/09 - *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, de 6 de octubre de 2011, FJ. 12

[561] STS 4763/2007, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 19 de junio de 2007, FJ. 3. En el mismo sentido, la STS 6610/2008, Sala de lo Contencioso, Sec. 1., de 4 de noviembre de 2008, en contra de la resolución del TDC en el Expte. 528/01 - *Consejo General de la Abogacía*, de 26 de septiembre de 2002, confirmó la plena sujeción de la actuación de la Administración a la LDC.

[562] Entre otras, en la STS 3131/2017, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 27 de julio de 2017, FJ 4.

La propia autoridad de competencia, también empezó a hacerse eco de esta teoría, por ejemplo, en Productores de Uva y Vinos de Jerez, donde señaló lo siguiente: "De la jurisprudencia resulta que lo relevante para que una conducta quede sujeta al derecho de la competencia no es la condición jurídica del sujeto sino los efectos anticompetitivos de su conducta, de modo que si la conducta incide sobre el nivel de competencia en el mercado, la misma cae dentro del ámbito de la LDC, sea quien sea el autor, a excepción de que goce del amparo legal ex art. 4 LDC. Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0167/09 - *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, de 6 de octubre de 2011, FJ. 12.

En el mismo sentido, ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. y MOSCOSO DEL PRADO GONZÁLEZ, L. "Desarrollo reciente de la aplicación de las normas de defensa de la competencia a las Administraciones Públicas", en *Foro de Actualidad,* Ed. Uría Menéndez, nº 32, 2012, p. 89.

[563] Debe entenderse que estas prerrogativas o potestades públicas «constituyen ejercicio del interés general en un contexto en el que la Administración, ni es dueña de los procedimientos, ni puede actuar sin tener en cuenta los principios constitucionales y su vinculación a los derechos fundamentales que, hoy por hoy, constituyen un elemento esencial en toda actuación administrativa», en RODRÍGUEZ-ARANA, J. "Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas", en Actualidad Administrativa, Ed. La Ley, nº 20, quincena del 16 al 30 de noviembre de 2006, p. 2.

[564] Como señalan NAVARRO y RAMBAL, «si la definición de prerrogativas de poder público, concepto procedente de la doctrina administrativista francesa que hace referencia a los poderes exorbitantes

En *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, el Consejo de la CNC valoró imponer una sanción a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, sin considerarle un operador económico, sobre la base de su actuación como "facilitador"; aunque finalmente no lo hizo –aunque sí le declara responsable de una infracción de los artículos 1 LDC y 101 TFUE- debido a la ausencia de pronunciamientos previos en los que se sancionase a una Administración pública sin condición de operador económico y en concepto de facilitador[565]. La Consejera Dª María Jesús González López, en un voto particular respecto de este asunto, opina que la CNC debió archivar las actuaciones contra la Consejería de Agricultura y Pesca, porque si la voluntad del legislador hubiera sido someter todo actuar de las administraciones públicas a la normativa de competencia, no hubiera sido necesario prever en el artículo 12.3 LDC su legitimación «para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados», sino que podrían actuar directamente ante situaciones de riesgo para la competencia[566].

La Audiencia Nacional, en su Sentencia de 16 de julio de 2013, anuló esta Resolución en el sentido que se expresa en el voto particular, al considerar que:

> "no puede declarar que la Consejería de Agricultura y Pesca es responsable de una infracción de las normas sobre competencia ya que reconoce que dicho órgano administrativo no ha intervenido como operador económico sino en ejercicio de potestades públicas sin que el hecho de que dicho órgano administrativo se haya

conferidos en ocasiones a la Administración es ya de por sí nebulosa, resultan especialmente controvertidos aquellos casos en los que una entidad pública desempeña múltiples actividades, entre las que se mezclan conductas de aparente naturaleza económica, junto con otras que llevan aparejadas el despliegue de las citadas prerrogativas». NAVARRO, E. y RAMBAL, M. "La aplicación de las normas de defensa de la competencia a las Administraciones Públicas que no actúan como operadores económicos en el mercado", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 31, enero-febrero 2013, p. 6.

[565] «la ausencia de pronunciamientos previos por parte de este Consejo en los que, por una infracción de la normativa de defensa de la competencia, se reconociese la responsabilidad de una Administración pública careciendo de la condición de operador económico y en concepto de facilitador, lo que, en cierta medida, supone un cambio de criterio respecto a expedientes precedentes, deben ser tomados especialmente en consideración a la hora de determinar la procedencia de imponer una sanción a la CAP» Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0167/09 - *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, de 6 de octubre de 2011, FJ. 12.

[566] En concreto, señala que «si la voluntad del legislador hubiera sido que las AAPP, cuando actúan en función de las potestades administrativas atribuidas por el ordenamiento (ius imperii), estuvieran sometidas de pleno a la LDC, tal como afirma la posición mayoritaria, no hubiera sido necesario introducir un precepto tan medido y restringido de actuación de las Autoridades de competencia como es el artículo 12.3 de la LDC. Dado que "el que puede lo mucho puede lo poco", si las AAPP estuvieran sometidas plenamente y en todas sus actuaciones a las normas de competencia, las Autoridades de competencia podrían actuar directamente ante situaciones de riesgo para la competencia, incoando expedientes sancionadores sin necesidad de tener que atajar dichos comportamientos a través de la jurisdicción contencioso administrativa, como prevé el citado precepto». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0167/09 - *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, de 6 de octubre de 2011, voto particular de la Consejera Dª María Jesús González López

> excedido de las competencias que le atribuye la normativa permita considerarle sujeto infractor al no haber sido realizadas al amparo de una Ley."[567].

Para determinar si debe imponérsele una sanción, por tanto, hay que atenerse a la diferenciación entre: (a) el comportamiento ejercido en función de prerrogativas otorgadas por su condición de Administración pública; y (b) aquel que lleva a cabo como operador económico en condiciones de igualdad en el mercado[568].

De acuerdo con esta interpretación, y a modo de ejemplo, se ha declarado que la Administración actuaba en el ejercicio de sus potestades y que, por tanto, no estaba sujeta a la LDC en los siguientes supuestos[569]:

- Cuando nos encontramos ante un puro tráfico administrativo realizado por sujetos y medios administrativos para cumplir fines públicos que constituyan una obligación legal[570].
- Cuando adopta acuerdos relativos a la ordenación y disciplina urbanística del territorio[571].
- En la concesión o denegación de licencias o autorizaciones administrativas[572].
- En las decisiones en relación con el medio de gestión a seguir: gestión propia, adjudicación directa, concurso según Ley de Contratos[573].
- En la resolución de concursos públicos[574].
- Cuando se trata de decisiones de organización interna[575].

[567] SAN 3472/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 16 de julio de 2013, FJ. 3.

[568] Como recoge MARCOS, «no tiene sentido afirmar la sujeción en todo caso y en todo momento de los poderes públicos a la LDC, pues se trata de una norma que regula comportamientos en el mercado y sería extravagante exigir que la LDC fuera respetada por actuaciones de la Administración que transcurren fuera del mercado (extra muros del mercado)». MARCOS, F. "El ámbito de aplicación subjetivo de la LDC y la condena…", *op cit*, p. 19.

[569] LILLO ÁLVAREZ, C. "La normativa de competencia, su aplicación…", *op cit*, p. 6.

[570] Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1981, como se recoge en *Ibid*., p. 6.

[571] Resolución del TDC en el Expte. r 151/96 - *Ayuntamiento de Madrid*, de 19 de abril de 1996; Resolución del TDC en el Expte. 341/98 - *Ayuntamiento de Chiclana*, de 19 de abril de 1999.

[572] Resolución del TDC en el Expte. r 145/96 - *venta ambulante*, de 1 de abril de 1996; Resolución del TDC en el Expte. 290/98 - *Autoridad Portuaria Marín*; de 15 de mayo de 1998; Resolución del TDC en el Expte. 419/97 - *Ayuntamiento-Cruz Roja de Fuengirola*, de 20 de marzo de 1998; Resolución del TDC en el Expte. r 108/95 - *Farmacias Santander*, de 3 de julio de 1995.

[573] Resolución del TDC en el Expte. 481/01 - *Confederación Hidrográfica del Tajo*, de 7 de marzo de 2002; Resolución del TDC en el Expte. 447/00 - *Consejería Medio Ambiente de la Junta de Andalucía*, de 27 de abril de 2001.

[574] SAN 5765/2008, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 26 de diciembre de 2008, confirmando la Resolución del TDC en el Expte. 655/05 - *Sociedades Públicas del País Vasco*, de 8 de marzo de 2006.

[575] SAN 758/2005, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 10 febrero 2005, Consejería Educación Comunidad Canaria confirmando la Resolución del TDC en el Expte. 458/00 - *Consejería de Educación de Canarias*, de 26 de abril de 2002.

- En la cesión de funciones propias de la Administración a particulares[576].
- En la concesión y autorización de uso del dominio público para el desarrollo de actividades industriales, comerciales o de servicio público[577]. Cuando adopta decisiones sobre la constitución de Organismos o empresas, de carácter comercial e industrial[578].

Estas prerrogativas se justifican porque puede haber situaciones en las que los poderes públicos consideren que hay otros valores o bienes jurídicos más importantes para el interés público que la libre competencia, que den lugar a actuaciones públicas que los promuevan en su detrimento[579]. Sin embargo, «las potestades no son un privilegio sino poderes mensurables por su fin en todas sus facetas. El canon de la proporcionalidad, de la razonabilidad, de la oportunidad, permiten la ponderación en el ejercicio de las potestades»[580]. Ello significa que la Administración deberá valorar si realmente está utilizando las potestades públicas para satisfacer los fines por los que se le concedieron o, por contra, se está afectando de manera negativa e injustificada a la competencia. A estos efectos, la extralimitación en el ejercicio de las competencias públicas de una administración en ningún caso puede suponer la traducción de sus actos en operaciones económicas[581].

Con relación a las conductas de las que la Administración, pese a no actuar como operador en el mercado, debe ser considerada responsable, podemos encontrarnos ante dos situaciones[582]:

- Una entidad pública actúa como un operador económico que infringe las normas de competencia para mejorar o afianzar su posición en el mercado, en términos análogos a como lo haría una empresa privada. No hay dudas sobre que es responsable de la infracción.
- Una entidad pública defiende los intereses de una categoría de operadores económicos de manera similar a como lo haría una asociación, unión o

[576] Resolución del TDC en el Expte. 173/96 - *Instituto Catalán Inspección y Control*, de 16 de enero de 1997; Resolución del TDC en el Expte. r 271/97 - *Ayuntamiento de Albacete*, de 30 de enero de 1998; Resolución del TDC en el Expte. r 152/96 - *Ayuntamiento de Moncofar*, de 17 de julio de 1996

[577] Resolución del TDC en el Expte. r 395/99 - *Autoridad portuaria Santander*, de 4 de julio de 2000; Resolución del TDC en el Expte. r 372/99 - *AENA*, de 9 de diciembre de 1999; Resolución del TDC en el Expte r 388/99 - *Air Taxis Málaga*, de 24 de marzo de 2000.

[578] Resolución del TDC en el Expte. r 201/97 - *Prensa Ciudad Real*, de 5 de junio de 1997; Resolución del TDC en el Expte. 193/96 - *Suelo Municipal Zumaia*, de 26 de mayo de 1997; Resolución del TDC en el Expte. r 402/99 - *Valderrama/Impulsa*, de 6 de abril de 2000.

[579] MARCOS, F. "El ámbito de aplicación subjetivo de la LDC y la condena…", *op cit*, pp. 19-20.

[580] RODRÍGUEZ-ARANA, J. "Las prerrogativas de la Administración…", *op cit*, p. 2.

[581] Como nos recuerda la Audiencia Nacional, «el hecho de que hubiera existido extralimitación en el ejercicio de sus competencias públicas, no permite variar la calificación de su actividad y otorgarle el carácter de económica, es decir no adquiere en ese caso la Administración la condición de operador económico en el mercado y por tanto sigue estando fuera del ámbito de aplicación de la norma». SAN 3472/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 16 de julio de 2013, FJ. 3.

[582] NAVARRO, E. y RAMBAL, M. "La aplicación de las normas…", *op cit*, p. 2.

agrupación de empresas, pese a no realizar oferta alguna de bienes o servicios en el mercado (ejemplo: Colegio Profesional). En este caso tampoco hay dudas sobre su responsabilidad.

Finalmente, podría recogerse una categoría intermedia cuando una entidad pública incita o facilita que terceros sujetos que desarrollan actividades en el mercado lleven a cabo las conductas prohibidas por la normativa de defensa de la competencia. Este sería el caso analizado en *Productores de Uva y Vinos de Jerez* y, de acuerdo con la autoridad nacional de competencia, sí debería considerarse responsable, pero según lo establecido por la Audiencia Nacional no sería responsable[583]. La dificultad radica en determinar en este tercer supuesto si puede ser considerada como un operador económico, o si ejerce potestades públicas. Cuando la Administración actúa como "facilitadora" difícilmente se puede considerar que actúa como "empresa" o como "asociación de empresas"[584]. Por otra parte, en muchas ocasiones, las potestades públicas se mezclan con otras de naturaleza económica, por lo que resulta difícil delimitarlas. Desde nuestra perspectiva, una interpretación restrictiva de qué debe considerarse por ejercicio de potestades públicas facilitaría la delimitación de ambas situaciones.

En todo caso, el hecho de sancionar a las Administraciones o entes públicos facilitadores, si bien bajo el actual marco normativo es un asunto controvertido y con importantes dificultades de encaje, conllevaría importantes ventajas «justificad[as] quizá por los excesos en que han incurrido ciertas entidades públicas en su labor de regulación y ordenación sectorial»[585]. En primer lugar, la posibilidad de imponer una sanción supondría poder hacer uso de este instrumento disuasorio de cara a procurar una mayor concienciación sobre la importancia de la normativa de competencia y el papel que puede tener la administración en su incitación, desarrollo y pervivencia[586].

Es importante que la Administración sea responsable de sus actos y que no ejerza ninguna influencia sobre los individuos que genere una creencia errónea de que su conducta se está desarrollando acorde con la legalidad. Este error en los infractores –o

[583] En este tercer supuesto, además de las dificultades teóricas de considerar a la administración responsable por su papel como "facilitadora", se deben tener en cuenta los problemas prácticos que surgen a la hora de calcular la sanción. Dicho cálculo está previsto en función del volumen de negocios de los infractores, y al no existir dicho volumen, sólo cabría recurir a las horquillas previstas en el artículo 63 LDC y que podrían ser desproporcionadas.

[584]«Aunque el artículo 61 se refiere de forma genérica a las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones a esta ley, no cabe olvidar que el artículo 63 que concreta el campo de quiénes pueden ser objeto de las sanciones incluye únicamente a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de empresa, entre los que resultaría difícil incluir a la CAP». NAVARRO, E. y RAMBAL, M. "La aplicación de las normas…", *op cit*, p. 11.

[585] *Ibid*, p. 12.

[586] La sanción puede ser un «instrumento disuasorio y disciplinador de la actuación de las Administraciones con competencias de ordenación, planificación y desarrollo de sectores económicos específicos. Las Administraciones Públicas deberán interiorizar las consecuencias que, desde la perspectiva del derecho de la competencia, pueda acarrear su intervención facilitando, incitando o "apadrinando" acuerdos que restrinjan la competencia en el mercado». *Ibid*, p. 11.

confianza legítima generada por la Administración– puede provocar la imposibilidad de imponer una sanción sobre quienes han desarrollado la conducta prohibida, o bien la anulación de la misma por la Audiencia Nacional[587].

En segundo lugar, llenaría el vacío dejado por el artículo 5.2.4 de la Ley 3/2013 (antiguo artículo 12.3 LDC), al dotar a la autoridad de competencia con una nueva herramienta contra los actos de las Administraciones de rango inferior a la ley que no se encuentren sujetos al Derecho administrativo o que no puedan considerarse como disposiciones generales[588]. El artículo 5.2.4 de la Ley 3/2013 permite recurrir ante la jurisdicción competente las actuaciones de las Administraciones que obstaculicen la competencia[589]. El problema que surge en casos como *Productores de Uva y Vinos de Jerez* o *Puertos Valencia* es que no nos encontramos ante un acto administrativo ni ante una disposición general emanada de una Administración pública y sujeta a Derecho administrativo, sino ante una actuación material derivada de la misma (i.e., convocatoria de reunión, impulso, seguimiento)[590].

En derecho de la UE también se interpreta que, cuando una Administración pública esté ejerciendo potestades públicas, no podrá ser sancionada[591]. Como recoge la Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 2013, en su párrafo 40, en el asunto *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, «no está sujeta a la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado FUE una actividad que, por su naturaleza, las normas

[587] La multa impuesta por la CNC fue anulada por este motivo, por ejemplo, en la SAN 990/2014, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 24 de febrero de 2014.

En este sentido señalan GONZÁLEZ-PÁRAMO y GÓMEZ ÁLVAREZ que «la AN incluso ha excluido asimismo la imposición de sanciones a asociaciones empresariales por conductas típicas y antijurídicas aparentemente propiciadas por la «confusión» del marco regulatorio existente y la tolerancia mostrada por las autoridades públicas con las mismas» GONZÁLEZ-PÁRAMO RODRÍGUEZ, C. y GÓMEZ ÁLVAREZ, A. "Las actividades de las asociaciones sectoriales y el Derecho de la competencia: ¿bajo permanente sospecha?" en *Diario La Ley*, Ed. La Ley, nº 8401, 17 de octubre de 2014.

[588] NAVARRO, E. y RAMBAL, M. "La aplicación de las normas…", *op cit*, p. 11.

[589] ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. y MOSCOSO DEL PRADO GONZÁLEZ, L. "Desarrollo reciente de la aplicación…", *op cit*, p. 4.

[590] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0314/10 - *Puerto Valencia*, de 27 de septiembre de 2013, FJ. 9.; De acuerdo con Alonso Soto, el fundamento de esta responsabilidad se encuentra «en la utilización de conceptos económicos en lugar de los estrictamente jurídicos en el ámbito del derecho de la competencia y, en particular, del concepto económico de empresa que no se corresponde con el de la persona física o jurídica que es titular de los bienes, derechos y obligaciones de la empresa y responsable de su gestión, sino con el de de una entidad que desarrolla una actividad económica, así como de la configuración del concepto de grupo de empresas o grupo de sociedades como una unidad económica de decisión, lo que lleva a considerar una única empresa a todas las sociedades o entidades que lo integran» en ALONSO SOTO, R. "La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales", en *Notas de Competencia*, Ed. Gómez Acebo y Pombo, 2012, p. 18.

[591] Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de enero de 1994, asunto C-364/92, *SAT Fluggesellschaft v. Eurocontrol*, [1994] RJE I-00043, ap. 30-31; véase también, NAVARRO, E. y RAMBAL, M. "La aplicación de las normas…", *op cit*, p. 6.

que la regulan y su objeto, es ajena a la esfera de los intercambios económicos o se vincula al ejercicio de prerrogativas del poder público»[592].

En el resto de los casos en los que la actividad ni sea ajena a los intercambios económicos, ni esté vinculada al ejercicio de prerrogativas públicas, sí deberá ser sancionada porque las Administraciones públicas realizan, en esos casos, sus actividades como operadores económicos que pueden encuadrarse dentro de la definición de "empresa". De hecho, las infracciones cometidas por las Administraciones públicas son similares a las infracciones habitualmente cometidas por las empresas sancionadas[593].

Es indispensable interpretar el concepto "prerrogativa pública" restrictivamente, especialmente cuando el carácter económico de la relación de la Administración con otros operadores del mercado pueda justificar la aplicación de la normativa de competencia. De otro modo, si se considerase de manera extensiva que la Administración actúa amparada por lo que se han venido a considerar prerrogativas de poder público –cuando en realidad su actuación no gozaba de tal carácter– no se sancionarían conductas anticompetitivas que realmente no se enmarcan en el tráfico o giro normal de la Administración. Así, la Administración se encontraría en una posición competitivamente ventajosa, falseando el juego de la libre competencia, en detrimento del resto de operadores en el mercado.

En la práctica española, la autoridad nacional de competencia ha llegado a afirmar que las Administraciones públicas pueden infringir las normas de competencia sin necesidad de que actúen como operadores económicos en defensa de sus propios intereses en la medida en que adopten un rol de facilitadoras, promotoras o inductoras de los acuerdos o prácticas restrictivas de la competencia[594]. Sin embargo, la Audiencia Nacional anuló esta Resolución sobre la base de que se estaban ejercitando potestades públicas[595]. La interpretación de la Audiencia Nacional encaja con lo recogido por el Tribunal de Justicia, que defiende que sólo podrán ser sancionadas las conductas anticompetitivas de las Administraciones públicas que pertenezcan a la esfera de los

[592] STJ (Sala Segunda) de 28 de febrero de 2013, asunto C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, [2013] RJE 0000; en el mismo sentido véase STJ de 19 de febrero de 2002, asunto C-309/99 - *Wouters y otros*, [2002] RJE I-01577, ap. 97; el TFEU hace referencia en el artículo 101 TFEU a "empresas" o "asociaciones de empresas" por lo que resulta difícil encuadrar dentro de él que puedan sancionarse conductas de las Administraciones Públicas ajenas al mercado. ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. y MOSCOSO DEL PRADO GONZÁLEZ, L. "Desarrollo reciente de la aplicación…", *op cit*, p. 89.

[593] ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. y MOSCOSO DEL PRADO GONZÁLEZ, L. "Desarrollo reciente de la aplicación…", *op cit*, p. 88.

[594] Esto se justifica porque «lo relevante en sede de la LDC es la aptitud de esa conducta administrativa para impulsar, generar o reforzar los efectos restrictivos de la conducta colusoria en la que participa». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0167/09 - *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, de 6 de octubre de 2011, FJ. 12.

Sin tratarse de una Administración, sí se han sancionado comportamientos "facilitadores" por la CNMC. Véase, a este respecto, la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0584/16 - *Agencias de medios*, de 3 de mayo de 2018, FJ 3.

[595] SAN 3472/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 16 de julio de 2013, FJ. 3.

intercambios económicos –excluyendo expresamente aquellas conductas realizadas en ejercicio de prerrogativas de poder público–.

No obstante, la Comisión Europea, cuando ha tenido que resolver sobre situaciones análogas a las resueltas por la CNMC en las que una Administración pública participa en una conducta anticompetitiva sin actuar como operador económico, sino como "incitador" o "facilitador", no ha enfocado la cuestión desde la perspectiva de la aplicabilidad del artículo 101 TFEU a la autoridad pública que actúa como tal: la Comisión Europea se ha detenido a analizar en qué medida se estaba forzando o impeliendo a las empresas un comportamiento contrario a la competencia, o reforzaba un comportamiento anticompetitivo previo[596].

Es decir, la Comisión Europea utiliza la actuación de la Administración para conceder una atenuante al infractor, lo cual puede tener sentido si se considera que pudo haber existido confianza legítima; si bien en España no se acepta como atenuante[597].

Una vía adicional para el enjuiciamiento en Derecho de la UE de la conducta de las autoridades del Estado miembro –sin entrar a valorar si actúa en ejercicio de una prerrogativa pública– sería abandonar el ámbito *antitrust* y transcurrir por la vía del incumplimiento del artículo 4.3 del TUE, porque los Estados miembros no pueden adoptar medidas que permitan a las empresas privadas sustraerse a las obligaciones impuestas por los Tratados[598].

B. La imputabilidad de la empresa matriz: modulaciones de la doctrina de unidad de comportamiento económico

El artículo 61.2 LDC recoge la doctrina de la unidad de comportamiento económico, según la cual «la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas».

Ello significa que las actuaciones realizadas por las filiales podrán imputarse a la matriz sobre la base de su poder de dirección, siempre y cuando las decisiones hayan sido

[596] MARCOS, F. "El ámbito de aplicación subjetivo de la LDC y la condena…", *op cit*, p. 22.

[597] A modo de ejemplo, como nos recuerdan NAVARRO y RAMBAL «En el año 2001 el Ministerio de Agricultura galo incitó públicamente a la firma de un acuerdo anticompetitivo entre agricultores, ganaderos y mataderos franceses que debía ayudar a superar las dificultades de un sector afectado por la crisis del llamado mal de las vacas locas. La Comisión Europea tuvo en cuenta este hecho como circunstancia atenuante a la hora de multar a los partícipes en el acuerdo por considerar que la intervención del Ministerio «constituyó una fuerte presión sobre los mataderos» para la celebración del mismo». NAVARRO, E. y RAMBAL, M. "La aplicación de las normas…", *op cit*, p. 3.; Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/C.38.279/F3 - *Carnes de vacuno francesas*, de 2 de abril de 2003, ap. 176.

[598] MARCOS, F. "El ámbito de aplicación subjetivo de la LDC y la condena…", *op cit*, p. 22.

determinadas por la sociedad matriz[599]. Es decir, no basta con que la filial carezca de autonomía en la adopción de sus decisiones; es necesario que la matriz ejerza un control sobre ella que permita constatar que su comportamiento económico no es independiente[600].

Esta responsabilidad, además y como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de mayo de 2019, implica que no se estén vulnerando los principios de personalidad y responsabilidad que guían el derecho administrativo sancionador cuando se le considere a la matriz como responsable directa de la infracción[601]. El artículo 7.2 LDC señala que «el control resultará de los contratos, derechos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa»[602]. Este control podrá manifestarse incluso cuando no exista un control accionarial, como puede suceder entre "compañías hermanas", que tienen el mismo accionariado sin que una tenga control aparente sobre la otra. Como recoge la CNC en *Transitarios 2*, «en estos casos puede existir unidad de acción económica, ya sea por control de facto o estrecha coordinación, que haga que deban ser considerados como grupo al menos a los efectos del derecho»[603]. En estos casos, la unidad económica no se presumirá, pero podrá inferirse de cualquiera de las siguientes circunstancias: «el desempeño por una misma persona física de las funciones de

[599] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0504/14-*AIO*, de 26 de mayo de 2016, FJ 5; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0402/12 - *Espuma elastomérica*, de 12 de septiembre de 2013, FJ 6; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0376/11 - *Panaderías pamplona*, de 10 de julio de 2013, FJ 5.

Ello no implica que las actuaciones puedan dirigirse únicamente contra la matriz, como se señala en la SAN 3336/2017, Sala de lo Contencioso, Sec. 6, de 28 de julio de 2017, que anula la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/484/13 - *Redes abanderadas*, de 2 de julio de 2015.

[600] PERIS RUIZ, J. I. *La responsabilidad de la dominante en el Derecho de defensa de la Competencia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 117-163; FERNÁNDEZ TORRES, I. "Los programas de clemencia y la interacción…", *op cit*, p. 4.

[601] STS 1708/2019, Sala de lo Contencioso, Sec. 4ª, de 27 de mayo de 2019, FJ 4. Así se ha entendido también por la CNMC, por ejemplo, en la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0425/12 – *Industrias lácteas 2*, de 11 de julio de 2019, FJ 6.

[602] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0504/14-*AIO*, de 26 de mayo de 2016, FJ 5; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0316/10 - *Sobres de papel*, de 25 de marzo de 2013, FJ 6.

[603] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0269/10 - *Transitarios 2*, de 1 de diciembre de 2011, FJ 6.

En la práctica de la UE la responsabilidad también puede extenderse a una empresa hermana puesto que «all entities that collectively constitute the undertaking as an economic unit are then jointly and severally liable», como nos explica KERSTING, C. "Liability of Sister Companies and Subsidiaries in European Competition Law", en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR)*, nº 182-8, 2018.

dirección; el que esta persona represente a las empresas hermanas en las reuniones del cartel y que el cartel considere como un mismo participante a ambas empresas»[604].

La razón de ser de esta norma que regula la responsabilidad por "unidad económica" reside en la pretensión del legislador de evitar que la multa que correspondería al responsable de un comportamiento anticompetitivo pueda soslayarse, por ejemplo, mediante la creación de filiales[605]. Dicho con otras palabras, se valora la realidad económica y no la jurídica.

A la hora de valorar dicha realidad económica, la exigencia de control no implica que deba ejercerse por el sujeto que lo posee: es suficiente con que exista el control, independientemente de que sea ejercitado por éste o por alguna de las entidades pertenecientes al grupo. Por ello, ninguna empresa podrá negar la posibilidad de ejercer una influencia efectiva sobre la filial argumentando que se trata de una sociedad holding[606].

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 61.2 de la Ley 15/2007, a una matriz que controla su filial al 100% se le presupone, *iuris tantum*, que controla el comportamiento económico de la misma[607]. Más en concreto, se presupone que (1) existe una posición de

---

[604] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0269/10 - *Transitarios 2*, de 1 de diciembre de 2011, FJ 6. En el mismo sentido se pronuncia la CNMC en Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. SAMAD/09/2014 - *Concesionarios Nissan*, de 28 de julio de 2016, FJ. 5.

[605] Como recoge la CNC en *Sobres de papel y Vinos fijos de Jerez* «las multas por infracciones de competencia atiendan a la realidad económica subyacente a las estructuras societarias que formalmente integran una infracción de cártel, con el objeto de evitar que las empresas se valgan o amparen en estructuras jurídico formales para evitar la imposición de sanciones efectivamente disuasorias de la comisión de conductas anticompetitivas, lo que no deja de ser una manifestación o consecuencia más de la regla de interpretación del Derecho de la competencia formulada de antiguo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en virtud de la cual las normas de competencia deben ser aplicadas atendiendo a la realidad económica y no a la forma jurídica del autor, pues el sujeto destinatario de aquéllas es la empresa (entendida como unidad económica) y no la persona física o jurídica que formalmente realiza la conducta». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0316/10 - *Sobres de papel*, de 25 de marzo de 2013, FJ 6.

En el mismo sentido, véanse, la Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0091/08 - *Vinos finos de Jerez*, de 28 de julio de 2010; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0179/09 - *Hormigón y productos relacionados*, de 12 de enero de 2012.

[606] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0084/08 - *Fabricantes de Gel*, de 21 de enero de 2010; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0086/08 - *Peluquería Profesional*, de 2 de marzo de 2011.

[607] En estos casos corresponde a la matriz desvirtuar dicha presunción aportando pruebas que demuestren que su filial determina de modo autónomo su conducta en el mercado. Véanse en este sentido, entre otras, Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0080/08 - *Navieras Linea Cabotaje Ceuta-Algeciras*, de 8 de septiembre de 2010, FJ. 8; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0084/08 - *Fabricantes de Gel*, de 21 de enero de 2010, FJ 4; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0380/11 – *Coches de alquiler*, de 30 de julio de 2013; Resolución de la Sala de Competencia en el Expte. S/0423/12 – *Munters*, de 26 de diciembre de 2013, FJ. 7; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0428/12 - *Palés*, de 22 de septiembre de 2014, FJ. 4; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte S/0454/12 - *Transporte frigorífico*, de 25 de junio de 2015, FJ 4; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0578/16 - *Mensajería y paquetería empresarial*, de 8 de marzo de 2018, FJ 5.

control de la empresa dominada por la dominante –independientemente de su personalidad jurídica diferenciada– porque la matriz puede ejercer una influencia decisiva sobre las decisiones de la empresa, y que (2) la empresa dominada no determina independientemente su comportamiento[608]. Como consecuencia, permite imputar la responsabilidad a la sociedad matriz, aunque no haya participado directamente en el acuerdo[609]. Todo ello sin perjuicio de que la empresa dominante pueda probar que la filial actuó de forma autónoma[610]. Prueba que, por ejemplo, consiguió DB en *Transitarios*[611].

El problema puede surgir cuando la infracción de la filial se produjo antes de ser absorbida por la empresa matriz. Si la empresa infractora siguiera existiendo, sería ella quien debería responder por la infracción conforme al principio de responsabilidad personal. Sin embargo, en algunas ocasiones (supuestos de absorción o fusión) esa empresa desaparece y se integra en otra.

La CNMC sí reconoce en *Transitarios* la responsabilidad solidaria de la empresa matriz por el total de la sanción, incluso sin un punto de conexión jurídico o económico entre ambas[612].

Sin embargo, la Audiencia Nacional discrepa con esta interpretación y deja sin efecto la sanción, al establecer en su Sentencia de 15 de abril de 2014 que, en el caso de cambios estructurales de empresas, la sociedad absorbente solo deberá responder de la sanción impuesta a la absorbida cuando de alguna manera tuviese vínculos jurídicos, económicos u organizativos con la sancionada al tiempo de la comisión de la infracción[613]. Ahora, bien, la propia Sentencia reconoce que los contonos de la

---

También se ha considerado que se aplicaba esta presunción cuando el porcentaje de participación en el capital social era del 90% y aún sin existir presencia de los administradores de la matriz en la filial. Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0562/15 - *Cables BT/MT*, de 21 de noviembre de 2017, FJ. 4.

El menor porcentaje admitido de posesión de capital social por parte de la matriz para considerar aplicable esta presunción fue de tan solo un 73,3375 % en la Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0185/09 - *Bombas de fluidos*, de 24 de junio de 2011. Su correcta valoración fue confirmada por la STS 66/2016, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 18 de enero de 2016, FJ. 7.

[608] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0086/08 - *Peluquería Profesional*, de 2 de marzo de 2011, FJ 11; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0084/08 - *Fabricantes de Gel*, de 21 de enero de 2010.

[609] SAN 471/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 5 de febrero de 2013, FJ. 10.

[610] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0086/08 - *Peluquería Profesional*, de 2 de marzo de 2011, FJ 11; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0084/08 - *Fabricantes de Gel*, de 21 de enero de 2010; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0251/10 - *Envases Hortofrutícolas*, de 2 de diciembre de 2011, FJ. 6.

[611] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0120/08 – *Transitarios*, de 31 de julio de 2010, FJ 8.

[612] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0120/08 – *Transitarios*, de 31 de julio de 2010, FJ 8.

[613] SAN 1798/2014, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 15 de abril de 2014, FJ. 9.

culpabilidad y la responsabilidad personal no se encuentran claramente delimitados ni en la Ley, ni en la jurisprudencia[614].

Por ello, sería recomendable regular la responsabilidad de las empresas matrices por las infracciones de sus filiales u otras empresas del grupo de manera que los contornos a los que hace referencia la Audiencia Nacional quedasen bien delimitados y permitiesen preservar la seguridad jurídica. Ha quedado constatado que la responsabilidad de las empresas matrices no se encuentra regulada claramente en la LDC, ni resulta fácilmente deducible de los principios de culpabilidad y responsabilidad personal[615]. El artículo 61.2 LDC se limita a recoger que «la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas». Sin embargo, no especifica qué tipo de control es necesario, ni qué significa exactamente.

Por otra parte, en Derecho de la UE no hay ninguna norma que recoja expresamente lo contenido en el artículo 61.2 LDC[616]. Sin embargo, al igual que sucede en Derecho español, en la normativa de competencia de la UE a la hora de imponer la sanción por conductas colusorias, se respeta el dicho de que los padres son responsables de sus hijos[617]. Esto implica que no sólo serán responsables las empresas directamente envueltas en el incumplimiento, sino que también sus matrices podrán verse obligadas a hacer frente a la sanción[618]. Incluso si el control ejercido por la matriz sobre la filial no tiene una conexión con la conducta ilícita[619].

No obstante, esta es una facultad discrecional de la Comisión Europea[620]. El órgano europeo podrá imputar la responsabilidad derivada de la conducta infractora a la empresa matriz, a la filial o a la empresa matriz solidariamente con su filial[621].

---

[614] En concreto, recoge la Sentencia que «la Ley no la contempla expresamente, y la aplicación de los principios de culpabilidad y responsabilidad personal a las personas jurídicas no encuentra claramente delimitados sus contornos ni en la Ley ni en la jurisprudencia». SAN 1798/2014, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 15 de abril de 2014, FJ. 10.

[615] SAN 1798/2014, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 15 abril 2014, FJ 10.

[616] ALONSO SOTO, R. "La responsabilidad de la sociedad matriz…", *op cit*, p. 18.

[617] Traducción propia. Original: «Parents are responsible for their children». Conclusiones de la AG Kokott, presentadas el 12 de enero de 2012, asuntos acumulados C-628/10 P y C-14/11 P, *Alliance One International y Standard Commercial Tobacco v Comisión*, ap. 1.

[618] Conclusiones de la AG Kokott, presentadas el 12 de enero de 2012, asuntos acumulados C-628/10 P y C-14/11 P, *Alliance One International y Standard Commercial Tobacco v Comisión*, ap. 1.

[619] STG (Sala Sexta) de 27 de septiembre de 2012, asunto T-347/06, *Nynäs Petroleum y otros v. Comisión* [2012] RJE electrónica, ap. 53.

[620] STG (Sala Primera) de 13 de julio de 2011, asunto T-42/07, *Dow Chemical y otros v. Comisión* [2011] II-4531, ap. 75.

[621] STG (Sala Octava) de 24 de marzo de 2011, asunto T-386/06, *Pegler Ltd. v. Comisión* [2011] II-1267, ap. 103; STPI (Sala Segunda) de 14 de diciembre de 2006, asuntos acumulados T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG y otros v. Comisión* [2006] RJE II-5169, apartado 331.

De acuerdo con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de julio de 2013, en el asunto *Comisión v. Stichting y otros*:

> "44. El único factor determinante a efectos de la sanción es que todas las entidades jurídicas a las que se considera solidariamente responsables en todo o en parte del pago de la misma multa constituyan, conjuntamente con la entidad cuya participación directa en la infracción se ha demostrado (en lo sucesivo, «autor de la infracción»), una sola empresa en el sentido del artículo 81 CE. Pues bien, conforme a la jurisprudencia recordada en los apartados 38 a 41 de la presente sentencia, lo relevante en ese sentido es el ejercicio efectivo por la entidad de cabecera de una influencia decisiva en el autor de la infracción."[622].

Por tanto, para poder imputar dicha responsabilidad será necesario que se cumplan tres requisitos cumulativos:

(1) Que exista una "unidad económica" que les haga ser consideradas como "empresa" en el sentido otorgado a ese concepto por la normativa de competencia. Como ha establecido de forma reiterada el Tribunal General:

> "el concepto de empresa en el sentido del artículo 81 CE incluye a entidades económicas que consisten, cada una de ellas, en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado, organización que puede participar en la comisión de una infracción de las que contempla dicha norma (sentencia del Tribunal General de 25 de octubre de 2011, Uralita/Comisión, T-349/08, apartado 35). En este contexto, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05, Rec. p. I-11987, apartado 40)"[623].

(2) Que la empresa matriz haya ejercido una influencia decisiva sobre el comportamiento de la filial a pesar de tener una personalidad jurídica propia[624]. Esto es muy probable y, por ello se presume, cuando el 100% del capital social está en manos de

---

[622] STJ (Sala Tercera) de 11 de julio de 2013, asunto C-440/11 P, *Comisión v. Stichting Administratiekantoor Portielje* [2013] RJE 0000.

[623] STG (Sala Sexta) de 27 de septiembre de 2012, asunto T-343/06, *Shell Petroleum y otros v. Comisión* [2012] RJE electronica, ap. 36; véanse también STG (Sala Segunda) de 3 de marzo de 2011, asuntos acumulados T-122/07 a T-124/07, *Siemens AG Österreich y otros v. Comisión* [2011] RJE II-793, ap. 122; STG (Segunda Sala) de 3 de marzo de 2011, asuntos acumulados T-117/07 y T-121/07, *Areva y otros y Alstom v. Comisión* [2011] RJE II-633, apartado 63; STG (Sala Segunda) de 12 de julio de 2011, asunto T-132/07, *Fuji Electric Co. Ltd. v. Comisión* [2011] RJE II-4091, ap. 56; STPI (Sala Primera) de 17 de diciembre de 1991, asunto T-6/89, *Enichem Anic SpA v. Comisión* [1991] RJE II-1623, ap. 235; STPI (Sala Primera) de 10 de marzo de 1992, asunto T-11/89, *Shell International Chemical Company Ltd v. Comisión* [1992] RJE 757, ap. 311; STG (Sala Segunda) de 25 de octubre de 2011, asunto T-349/08, *Uralita, SA v. Comisión* [2011] RJE II-373, apartado 35.

[624] STG (Sala Sexta ampliada) de 16 de junio de 2011, asunto T-197/06, *FMC Corp. v. Comisión* [2011] RJE II-3179, ap. 96.

la empresa matriz[625]. No obstante, es suficiente con que «dos sociedades se encuentren en una posición análoga a la situación en que sólo una sociedad posea la totalidad del capital de su filial»[626].

(3) Que como consecuencia de la condición previa, la filial no sea capaz de tomar decisiones independientes en el mercado[627]; y en vista de los vínculos económicos, organizativos y legales entre las dos compañías parezca probable que se haya realizado un ejercicio efectivo de dicha influencia[628].

Existirá una presunción *iuris tantum* de responsabilidad cuando la matriz sea propietaria del 100%, o casi, de las acciones de su filial. Esta presunción podrá verse reforzada por medio de otras evidencias tales como la representación conjunta de matriz y filial durante el procedimiento administrativo[629]. La Comisión Europea podrá tener en cuenta las circunstancias específicas de cada caso para determinar que la sociedad matriz es responsable del comportamiento de su filial, siempre y cuando no constituya una violación del principio de igualdad y los principios de responsabilidad se apliquen de

[625] Conclusiones de la AG Kokott, presentadas el 12 de enero de 2012, asuntos acumulados C-628/10 P y C-14/11 P, *Alliance One International y Standard Commercial Tobacco v Comisión*, ap. 146.; STG (Sala Sexta ampliada) de 16 de junio de 2011, asunto T-185/06, *L'air liquide, société anonyme pour l'étude et l'exploitation des procédés Georges Claude ("L'Air Liquide") v. Comisión* [2011] RJE II-2809, ap. 25; STJ (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2009, asunto C-97/08 P, *Akzo Nobel NV y otros v. Comisión* [2009] I-8237, ap. 60; STJ (Sala Primera) de 20 de enero de 2011, asunto C-90/09 P, *General Química SA y otros v. Comisión* [2011] RJE I-1, ap. 39, haciendo a una filial controlada al 100%; STJ (Sala Segunda) de 29 de septiembre de 2011, asunto C-520/09 P, *Arkema SA v. Comisión* [2011] RJE I-8901, ap. 40 y 42, haciendo a una filial controlada al 98%; y STJ (Sala Segunda) de 29 de septiembre de 2011, asunto C-521/09 P, *Elf Aquitaine SA v. Comisión* [2011] I-8947, apartados 56, 63 y 95, haciendo a una filial controlada al 98%.

[626] STG (Sala Sexta) de 27 de septiembre de 2012, asunto T-343/06, *Shell Petroleum y otros v. Comisión* [2012] RJE electronica, ap. 45; véanse también STG (Sala Sexta ampliada) de 16 de junio de 2011, asunto T-196/06, *Edison SpA v. Comisión* [2011] RJE II-3149, ap. 29; STPI (Sala Tercera) de 27 de septiembre de 2006, asunto T-314/01, *Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA ("Avebe") v. Comisión* [2006] RJE II-3085, ap. 138.

[627] Conclusiones de la AG Kokott, presentadas el 12 de enero de 2012, asuntos acumulados C-628/10 P y C-14/11 P, *Alliance One International y Standard Commercial Tobacco v Comisión,* ap. 144; STJ (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2009, asunto C-97/08 P, *Akzo Nobel NV y otros v. Comisión* [2009] I-8237, ap. 68; véanse también, en este mismo sentido, STJ de 14 de julio de 1972, asunto 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. ("ICI") v. Comisión* [1972] RJE 619, ap. 133; STJ (Sala Primera) de 20 de enero de 2011, asunto C-90/09 P, *General Química SA y otros v. Comisión* [2011] RJE I-1, ap. 37; STJ (Sala Segunda) de 29 de septiembre de 2011, asunto C-520/09 P, *Arkema SA v. Comisión* [2011] RJE I-8901, ap. 38; y STJ (Sala Segunda) de 29 de septiembre de 2011, asunto C-521/09 P, *Elf Aquitaine SA v. Comisión* [2011] I-8947, ap. 54.

[628] Conclusiones del AG Mazák, presentadas el 14 de septiembre de 2010, asunto C-90/09 P, *General Química SA y otros v. Comisión*, apartado 30; STJ (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2009, asunto C-97/08 P, *Akzo Nobel NV y otros v. Comisión* [2009] I-8237, ap. 58-59.

[629] STG (Sala Sexta) de 27 de septiembre de 2012, asunto T-343/06, *Shell Petroleum y otros v. Comisión* [2012] RJE electronica, ap. 41; véanse también STG (Sala Octava) de 16 de junio de 2011, asuntos acumulados T-204/08 y T-212/08, *Team Relocations NV y otros v. Comisión* [2011] RJE II-3569, apartado 151; STJ (Sala Primera) de 20 de enero de 2011, asunto C-90/09 P, *General Química SA y otros v. Comisión* [2011] RJE I-1, ap. 41 y STJ (Sala Quinta) de 16 de junio de 2016, asunto C-155/14 P - *Evonik Degussa y AlzChem v. Comisión* [2016] RJE 0000, ap. 28.

manera consistente[630]. La presunción podrá ser refutada si la matriz aporta suficientes evidencias que demuestren que la filial actuó de manera independiente en el mercado[631].

Una empresa matriz puede tratar de salvar la responsabilidad derivada de incumplimientos de la normativa antitrust por sus filiales a través de ventas, absorciones o reestructuraciones. Sin embargo, un cambio legal o institucional no siempre supondrá la creación de una nueva empresa exenta de responsabilidad por las infracciones de su predecesora si ambas son idénticas desde el punto de vista económico[632]. Deberá realizarse el "test de continuidad económica" para determinar si existe dicha responsabilidad en los supuestos de adquisiciones y restructuraciones o transmisiones[633].

En primer lugar, cuando se trate de adquisiciones, la empresa adquirida podrá continuar existiendo como filial de otra matriz o, si es absorbida, dejar de existir jurídicamente tras la infracción[634]. Las consecuencias jurídicas de absorber a la empresa adquirida o de constituirla como filial serán diferentes.

Si una entidad que ha participado en una infracción es adquirida por otra empresa, dicha entidad seguirá asumiendo la responsabilidad de su conducta infractora anterior a su adquisición si continúa sus actividades como filial. La empresa adquirente sólo puede ser considerada responsable por el comportamiento de su filial desde el momento de su adquisición si la filial continúa con la infracción y si se demuestra la unidad económica

---

[630] STG (Sala Cuarta) de 12 de octubre de 2011, asunto T-41/05, *Alliance One International Inc. v. Comisión* [2011] RJE II-7101, ap. 123.

[631] STG (Sala Quinta) de 29 de junio de 2012, asunto T-360/09, *E.ON Ruhrgas AG y otros v. Comisión* [2012] RJE electronica, ap. 278; STJ (Gran Sala) de 19 de julio de 2012, asuntos acumulados C-628/10 P y C-14/11 P, *Alliance One International Inc. y Standard Commercial Tobacco Co. Inc. v. Comisión* [2012] RJE electrónica, ap. 47; STG (Sala Sexta) de 27 de septiembre de 2012, asunto T-343/06, *Shell Petroleum y otros v. Comisión* [2012] RJE electronica, ap. 40; véase también la STJ (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2009, asunto C-97/08 P, *Akzo Nobel NV y otros v. Comisión* [2009] I-8237, ap. 61.

[632] STG (Sala Tercera) de 9 de septiembre de 2011, asunto T-25/06, *Alliance One International v. Comisión* [2011] RJE II-5741, ap. 216; STJ (Sala Segunda) de 24 de septiembre de 2009, asuntos acumulados C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P, *Erste Group Bank AG y otros v. Comisión* [2009] RJE I-8681, ap. 79.

[633] El criterio de continuidad económica no pretende ser un sustituto del principio de responsabilidad personal, sino simplemente es un mecanismo para complementarla en la medida en la qu esea necesario para lograr una aplicación efectiva de las normas de competencia de la UE. STG (Sala Séptima) de 6 de diciembre de 2018, asunto T-531/15, *Coveris Rigid France v. Comisión* [2018] RJE 0000, ap. 49.

[634] STG (Sala Tercera) de 9 de septiembre de 2011, asunto T-25/06, *Alliance One International v. Comisión* [2011] RJE II-5741, ap. 218; STPI (Sala Séptima) de 31 de marzo de 2009, asunto T-405/06, *ArcelorMittal Luxembourg SA y otros v. Comisión* [2009] RJE II-789, ap. 110.

En España así se interpreta por la CNMC, entre otros en el asunto *Radares meteorológicos*, en el cual hubo varios cambios societarios. En primer lugar, se consideró que Schneider era la sucesora económica de Telvent y, por tanto, responsable por la autoría de la infracción cometida por Telvent hasta junio de 2016 y responsable a título personal desde junio de 2016 hasta febrero de 2017. En segundo lugar, a partir de febrero de 2017 y hasta diciembre de 2018 responde a título personal DTN Services porque fue cuando la parte de negocio de Schneider proveniente de Telvent se integró en ella. Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0626/18 – *Radares meteorológicos*, de 4 de marzo de 2020

matriz-filial[635]. Si hubiera cesado en el comportamiento, la empresa matriz adquirente no tendría que hacer frente a la sanción. En aquellos supuestos en los que la empresa adquirida sea una filial que previamente lo era de otra empresa matriz, ambas empresas matrices no serán consideradas conjunta y solidariamente responsables del importe total de la sanción porque nunca formaron una unidad económica[636]. El importe de la multa que puede recuperarse de cada empresa matriz dependerá del momento en el que se constituyó la nueva unidad económica.

Si la persona jurídica adquirida dejara de existir y perdiera su personalidad jurídica debido a la adquisición, la empresa adquirente será considerada como responsable de la infracción cometida por la entidad adquirida[637]. Esto incluye la responsabilidad anterior a su adquisición. De acuerdo con el derecho de la Unión Europea, la adquirente asume tanto los activos, como los pasivos provenientes de infracciones[638].

En segundo lugar, el test de continuidad económica también deberá realizarse en los casos de reestructuración interna cuando, aunque el operador inicial no haya dejado de existir jurídicamente, ya no desarrolle ninguna actividad económica en el mercado y se conserven vínculos estructurales entre el operador inicial y el nuevo operador de la empresa[639].

Podrá establecerse la responsabilidad de la adquirente independientemente de que la reestructuración fuera de buena fe o de mala fe. Este segundo puede darse en los supuestos en que la empresa infractora traslada a otra su actividad o activos "infectados" por la infracción para tratar de eludir su responsabilidad personal.

Ello significa que, si una compañía que sigue existiendo como entidad legal transfiere parte de las actividades a otra empresa, tales como la gestión y la gobernanza, reteniendo la producción, esta segunda podría llegar a ser responsable de los actos de la primera al ser considerada como sucesora económica de la empresa cedente porque ya no

---

[635] STG (Sala Segunda) de 3 de marzo de 2011, asuntos acumulados T-122/07 a T-124/07, *Siemens AG Österreich y otros v. Comisión* [2011] RJE II-793, ap. 139; STJ (Sala Quinta) de 16 de noviembre de 2000, asunto C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags AB v. Comisión* [2000] RJE I-9925, apartados 37 a 39.

[636] STG (Sala Sexta) de 13 de septiembre de 2010, asunto T-40/06, *Trioplast Industrier AB v. Comisión* [2010] RJE II-4893, ap. 167.

[637] STG (Sala Sexta ampliada) de 16 de junio de 2011, asunto T-194/06, *SNIA SpA v. Comisión* [2011] RJE II-3119, ap. 40

[638] STG (Sala Sexta ampliada) de 16 de junio de 2011, asunto T-194/06, *SNIA SpA v. Comisión* [2011] RJE II-3119, ap. 62; STPI (Sala Segunda) de 14 de diciembre de 2006, asuntos acumulados T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG y otros v. Comisión* [2006] RJE II-5169, ap. 326

[639] STJ (Sala Segunda) de 14 de marzo de 2019, asunto C-724/17 - *Skanska Industrial Solutions y otros* [2019] RJE 0000, ap 50; STPI (Sala Séptima) de 30 de septiembre de 2009, asunto T-161/05, *Hoechst GmbH v. Comisión* [2009] RJE 3555, ap. 52

Véase a este respecto, PULGAR EZQUERRA, J. "Derecho europeo de reestructuraciones empresariales y Derecho de la competencia", en *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 60/2016 parte Estudios, 2016.

desarrolla ninguna actividad económica apreciable en el mercado relevante[640]. Dicho brevemente, el sucesor puede ser considerado responsable de la infracción incluso si la primera entidad legal todavía existe[641].

Estos supuestos tienen una característica en común: es necesario acreditar la relación entre el infractor y su sucesor. La finalidad de atribuir responsabilidad a la empresa adquirente o sucesora en estos supuestos en los que existe continuidad funcional y económica entre el infractor y el sucesor económico implica:

> "localizar, en un primer momento, el conjunto de elementos materiales y humanos que participaron en la comisión de la infracción, para, en un segundo momento identificar a la persona que ha pasado a ser responsable de la explotación de dicho conjunto con el fin de impedir que la empresa pueda evitar responder de la infracción a consecuencia de la desaparición de la persona responsable de la explotación en el momento en que se cometió la infracción"[642].

Es decir, se pretende evitar que la responsabilidad pueda desaparecer a través de reestructuraciones externas o internas y, a la misma vez, se salvaguardan los derechos de defensa al ser necesario acreditar tanto la participación en la conducta ilícita de la empresa infractora como su vinculación a la sucesora.

Regular la responsabilidad de las empresas matrices en la normativa española otorgaría seguridad jurídica y facilitaría la labor de la autoridad de competencia, y posteriormente de los jueces en revisión, a la hora de determinar y justificar la sanción. En todo caso, la regulación europea se estima adecuada tanto porque respeta los principios del sistema sancionador, como porque permite alcanzar un nivel adecuado de disuasión impidiendo que las empresas puedan crear filiales con el objeto de infringir la normativa de competencia. Por ello, sería conveniente recoger, aunque fuera a través de Comunicaciones, los criterios que pueden llevar a que la CNMC le considere co-responsable a una empresa del pago de la sanción impuesta a otro sujeto infractor. Éstos

---

[640] STG (Segunda Sala) de 3 de marzo de 2011, asuntos acumulados T-117/07 y T-121/07, *Areva y otros y Alstom v. Comisión* [2011] RJE II-633, ap. 68; véanse también STJ (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007, asunto C-280/06, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato v. Ente tabacchi italiani – ETI SpA y otros v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato y otros* [2007] I-10893, ap. 45; STG (Sala Sexta ampliada) de 16 de junio de 2011, asunto T-194/06, *SNIA SpA v. Comisión* [2011] RJE II-3119, ap. 58; STJ (Sala Quinta) de 7 de enero de 2004, asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S y otros v. Comisión* [2004] RJE I-123, ap. 359.

[641] Cuando no existe ninguna persona jurídica a la que se pueda atribuir la responsabilidad por la infracción en la que han estado involucrados los activos transferidos, sea porque la antigua propietaria ha dejado de existir legalmente (STJ de 16 de diciembre de 1975, asuntos acumulados 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114/73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA y otros v. Comisión* [1975] RJE 1663), o porque de facto no es posible reclamarle la multa por ser la empresa insolvente o estar en liquidación (STPI (Sala Segunda ampliada) de 11 de marzo de 1999, asunto T-134/94, *NMH Stahlwerke GmbH v. Comisión* [1999] RJE 0000) o porque no desarrolla actividades económicas (STJ (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007, asunto C-280/06, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato v. Ente tabacchi italiani – ETI SpA y otros v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato y otros* [2007] I-10893).

[642] STJ (Sala Sexta) de 8 de julio de 1999, asunto C-49/92 P, *Comisión v. Anic Partecipazioni SpA* [1999] RJE I-4125, ap. 48.

podrían ser coincidentes con la práctica de la Comisión Europea, dado que ésta es consistente y encaja con los principios de proporcionalidad y responsabilidad personal de las sanciones[643].

C. El caso de asociaciones: la aptitud de estos sujetos para restringir o falsear la competencia

Las asociaciones o agrupaciones de agentes económicos, aunque no sean "operadores económicos" en sentido estricto, pueden ser responsables de un ilícito anticompetitivo[644].

Lo determinante a la hora de establecer que ha existido un incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia no es la condición jurídica del sujeto, sino la aptitud de su conducta para restringir o falsear la competencia en el mercado[645].

---

[643] No obstante, ésta no siempre ha sido siempre así. En *Organic Peroxides* la Comisión no declaró responsable a la matriz (Elf Aquitaine) por la infracción de su filial sin dar ninguna explicación; sin embargo, la misma matriz fue declara responsable por la misma conducta de la misma filial en MCAA. Véanse las Decisiones de la Comisión en el Expte. COMP/E-2/37.857 – *Organic Peroxides*, de 20 de octubre de 2005 y en el Expte. COMP/E-1/37.773 – *MCAA*, de 19 de enero de 2005. Lo mismo sucedió en el asunto *Italian Raw Tobacco* en el que la Comisión consideró que Universal (la matriz de Deltafina) era responsable por la conducta de su filial, mientras que en su decisión anterior Spanish Raw Tobacco, estableció que no era responsable de una infracción similar y contemporánea pero producida en un mercado geográfico diferente. Véanse las Decisiones de la Comisión en el Expte. C/38.281/B2 – *Italian Raw Tobacco*, de 20 de octubre de 2005 y en el Expte. C/38.238/B2 – *Spanish Raw Tobacco*, de 20 de octubre de 2004.

Igualmente, véase, ORTIZ BLANCO, L.; GIVAJA SANZ, A. y LAMADRID DE PABLO, A. "Fine arts in Brussels: punishment and settlement of cartel cases under EC competition law", en *VIII Conference Antitrust Between EC Law and National Law*, Treviso, 22-23 de mayo de 2008, **http://antitrustlair.files.wordpress.com/2011/05/fine-arts-in-brussels-final-comp-41.pdf**, (Último acceso: 06.05.2020) p. 10

[644] Señala la Audiencia Nacional que «la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico -término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado-; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos». SAN 6375/2009, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 27 de febrero de 2009, FJ 3.

Sirvan de ejemplos la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0425/12 – *Industrias lácteas 2*, de 11 de julio de 2019, FJ 4; la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0562/15 - *Cables BT/MT*, de 21 de noviembre de 2017, FJ. 4 o la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0580/16 - *Criadores de Caballos 2*, de 21 de noviembre de 2017, FJ 4.

Es necesario recordar que «las asociaciones deben tener presente que existe una delgada «línea roja» entre el legítimo y permitido ejercicio de defensa de los intereses de la asociación, y la infracción de las normas de competencia por alinear las conductas de sus asociados en el mercado». RAFAEL BAENA ZAPATERO, R y VELASCO SANZO, P. "Boicot en asociaciones y derecho de la competencia", en *Anuario de Derecho de la Competencia 2018*, ed. Aranzadi, enero 2018, p. 6.

[645] De hecho, la CNMC ha dejado sentado, a la hora de ender que las asociaciones pueden ser sujetos responsables de la infracción, que «la imputación a un sujeto de un ilícito de competencia y la consiguiente responsabilidad puede derivar de una acción de cooperación activa o de facilitador de la conducta»

Para que una asociación de empresas sea considerada como tal por el Derecho de la competencia y pueda ser responsable de la infracción deberá cumplir los siguientes tres requisitos[646]:

- Contar con personalidad jurídica.
- Disponer de un órgano independiente dotado de atribuciones suficientes de tal modo que se le pueda imputar la voluntad de las empresas asociadas.
- Gozar de autonomía de comportamiento.

Si se cumplen estos requisitos, pueden ser calificadas como asociaciones de empresas, determinadas sociedades mercantiles, cooperativas e incluso entes sometidos al Derecho administrativo[647].

Una vez establecida la responsabilidad de la asociación, habrá que determinar si sus asociados también pueden ser responsables y la posible responsabilidad subsidiaria a la que pueden tener que hacer frente en caso de que la asociación no disponga de los medios suficientes para hacer frente a la sanción.

a. La responsabilidad concurrente de la asociación y sus asociados: supuestos que escapan a la aplicación del principio *non bis in idem*

A la hora de determinar a quién se imputa la responsabilidad de una infracción cometida en el seno de una asociación existen cuatro posibilidades. Se puede considerar responsables:

- solo a la asociación;
- bien a la asociación, bien a los miembros, pero no a ambos;
- tanto a la asociación como a los miembros, de forma simultánea; o
- solo a los miembros

Si la autoridad de competencia acredita que la responsable es la asociación, será ella y no sus asociados quien deberá hacer frente al pago de la sanción. El principio *non*

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0425/12 – *Industrias lácteas 2*, de 11 de julio de 2019, FJ 4.

Así lo entendía también la CNC argumentando que «El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que sea apta para ello, tenga éxito o no» Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0210/09 - *Colegio Oficial veterinarios Región Murcia*, de 19 de septiembre de 2011, FJ. 4; véase en el mismo sentido Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0464/13 – *Puerto de Santander*, de 11 de febrero de 2015, FJ. 4.

[646] LORCA MORALES, T. "El intercambio de información…", *op cit*, p. 4

[647] LÖWHAGEN, F. "Las asociaciones de empresas en el Derecho de la Competencia español: conceptos básicos y régimen sancionador", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 14, 2010, p. 3.

bis in idem impide que se pueda sancionar cumulativamente tanto a la asociación como a sus miembros, a no ser que sea posible distinguir entre los hechos imputados a la asociación y los hechos imputados al miembro[648]. Ello implica que no existirá doble incriminación y se podrá sancionar a ambas, de acuerdo con la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de febrero de 2013, cuando:

> "Las conductas fueron desarrolladas por las entidades asociadas de manera directa – participación en las reuniones de la Asamblea en que se decidieron las condiciones comerciales, acordaron el modelo de calidad e intercambiaron información -, siendo la asociación el medio para la realización de tales conductas, prestándoles el apoyo de su estructura y, por ello, tanto la asociación como las asociadas realizaron las conductas. Las estructuras y voluntades de todas ellas confluyeron a realizar los hechos imputados, por tanto, no podemos entender que exista doble incriminación"[649].

Sin embargo, de acuerdo con algunos autores, no se podría sancionar a la asociación y a sus miembros de acuerdo con el principio de *non bis in idem* porque la decisión colectiva de la asociación es una suscripción indirecta de un acuerdo entre los miembros de la misma. Sancionar tanto a los miembros, como a la asociación, sería equivalente a imputar la responsabilidad por un único hecho dos veces (una por alcanzarlo y otra por aplicarlo), lo cual no está permitido por este principio[650].

Desde el punto de vista de la disuasión y los objetivos que persigue la normativa de competencia resulta más adecuado, a nuestro entender, compartir la opinión de la Audiencia Nacional. Asimismo, como veremos a continuación, existen supuestos en los que sí sería deseable, con vistas a dotar de operatividad disuasoria a la normativa de defensa de la competencia, sancionar tanto a la asociación como a sus asociados. De hecho, así se ha entendido por la CNMC en el asunto *Transporte escolar Murcia*, de 20 de junio de 2019[651].

---

[648] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0385/11 - *Campezo construcción*, de 30 de abril de 2013, FJ. 2; LÖWHAGEN, F. "Las asociaciones de empresas…", *op cit*, p. 12

[649] SAN 557/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 4 de febrero de 2013, FJ. 5.

[650] «El principal motivo para aplicar el principio a estos supuestos es el razonamiento de que la decisión o recomendación colectiva adoptada por la asociación —el alter ego de los miembros— no es, como se ha visto, sino una especie de suscripción indirecta de un acuerdo entre éstos. De esta suerte, imputar una doble responsabilidad tanto a la asociación como a los miembros se asimilaría a sancionar dos veces por el mismo acuerdo, una vez por celebrarlo y otra vez por aplicarlo. Empleando una terminología del Derecho Penal, se podría decir que la suscripción del acuerdo por parte de la asociación de empresas no es sino una fase anterior a su ejecución, esto es, a la puesta en práctica del mismo por parte de los miembros, con lo que el principio non bis in idem impide que se castigue tanto la fase anterior como la forma más acabada o más grave de la conducta (un supuesto de concurso de leyes)». LÖWHAGEN, F. "Las asociaciones de empresas…", *op cit*, p. 12.

[651] No obstante, la CNMC sí que procede a moderar la cuantía de la multa a imponer a las asociaciones argumentando lo siguiente: «En cuanto a las asociaciones infractoras FENEBUS-MURCIA y FROET, la Ley 15/2007 indica que la cifra de negocios de las asociaciones se estimará como la suma de las facturaciones de todos sus socios. Sin embargo, dicho criterio no parece que deba aplicarse cuando, junto a las asociaciones, existe propuesta de multa para las empresas asociadas, con objeto de evitar tener en cuenta y sancionar dos veces el volumen de facturación de sus asociadas» Resolución de la Sala de

A la hora de imputar responsabilidad a ambos –asociación y asociados– sería necesario diferenciar entre (a) las asociaciones constituidas mayoritariamente por personas físicas y con un elevado número de miembros y (b) las organizaciones empresariales con escasos miembros. Mientras que en las primeras es difícil que los miembros se reúnan para utilizar la asociación como medio para infringir la normativa –supongamos un colegio profesional que recomienda precios mínimos–, en el segundo supuesto sería más probable –tomemos como ejemplo una asociación de fabricantes–.

Pongamos que la asociación realiza una recomendación colectiva y, en consecuencia, varios operadores económicos llevan a cabo una actuación anticompetitiva simultánea. En el primer caso, con carácter general, la actuación anticompetitiva derivará directamente de la recomendación; mientras que, en el segundo, dicho comportamiento puede tener su origen en el acuerdo de utilizar la asociación para justificar el comportamiento ilícito. Si, dado este segundo supuesto, se acreditase el uso fraudulento de la asociación para amparar el comportamiento anticompetitivo, debería sancionarse tanto a miembros de la asociación como a la propia asociación porque la asociación ha participado como un miembro más en el acuerdo[652]. De esta forma, en definitiva, se evita que los operadores económicos enmascaren sus operaciones colusorias valiéndose de la interposición de una asociación.

En todo caso, otra posible alternativa sería imponer una sanción suficientemente elevada a la asociación para reflejar tanto el volumen de negocio propio como el de sus asociados. Ello, sin embargo, no parece una buena solución: es poco probable que los asociados se vean efectivamente disuadidos por la posibilidad de que se imponga una multa elevada a dicha asociación porque, aunque si la asociación no dispone de medios suficientes para hacer frente a la multa, serán ellos quienes deberán responder subsidiariamente, en la práctica, las sanciones impuestas a estas entidades suelen ser reducidas, por lo que es poco probable que los miembros de una asociación u organización empresarial tengan que hacer frente a la sanción subsidiariamente.

b. La responsabilidad subsidiaria de la asociación y sus asociados: la necesidad de repensar –y, en su caso, derogar– el techo mínimo a la responsabilidad subsidiaria de los asociados cuando se desconoce su volumen de negocios

La condición de miembro de una asociación no es suficiente para considerar responsables a una empresa o persona física de una infracción cometida en el seno de la asociación. El artículo 61.1 LDC establece que son sujetos infractores las personas que «realicen las acciones u omisiones tipificadas en esta Ley». Sin embargo, aunque

Competencia de la CNMC, en el Expte. SAMUR/02/18 – *Transporte escolar Murcia*, de 20 de junio de 2019, FJ 6.

[652] En el ámbito penal sería equivalente a realizar la conducta a título de autor y a título de facilitador o cooperador necesario –en función de la actuación de la asociación–, respectivamente.

directamente los miembros de la asociación no puedan ser responsables de la infracción, sí se prevé que subsidiariamente tengan que hacer frente al pago de la sanción correspondiente[653]. En consecuencia, en caso de que la asociación no fuera solvente, estará obligada a recabar las contribuciones de sus miembros hasta cubrir el importe de la multa[654].

Esta opción, por cuanto supone el reconocimiento de la existencia de una responsabilidad subsidiaria de los asociados *vis-à-vis* la asociación, es criticable porque afecta directamente al derecho de defensa mismo de los asociados, ya que, si bien su participación en el procedimiento sancionador está excluida, pueden ser subsidiariamente considerados responsables y, por ende, sancionados[655]. En aplicación del artículo 61.3 LDC, los miembros de una asociación pueden tener que hacer frente a la sanción impuesta a la asociación, subsidiariamente, si ésta no tiene solvencia para hacerle frente.

Para determinar si la asociación tiene solvencia se puede recurrir al artículo 2.4 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que establece que podrá argumentarse la insolvencia del deudor sobre la base de la realización de un embargo en el marco de un procedimiento de apremio sin que resulten bienes libres bastantes para el pago o en alguno de estos hechos:

- El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.
- La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.
- El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.
- El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás

[653] A este respecto resulta ilustrativa la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0455/12 - *Grupos de gestión*, de 12 de mayo de 2016, en cuyo FJ 7 se señala que, aunque se haya liquidado la asociación, «este hecho en ningún caso puede significar el impago de la sanción que le corresponda, de manera que los asociados deberán hacerse cargo subsidiariamente de su pago. De no ser así, por un lado, cada vez que una asociación fuese multada, a sus socios les bastaría con proceder a su liquidación para evitar el pago, dando pie a un inadmisible vaciamiento de la legislación de competencia».

[654] Como recogen los abogados GONZÁLEZ-PÁRAMO y GÓMEZ ÁLVAREZ «teniendo en cuenta el destino de las contribuciones, es probable que una parte de los asociados (especialmente aquellos con menor capacidad financiera, o que entiendan que no han participado en las conductas sancionadas), rechacen contribuir. Estas dificultades se acrecientan por el hecho de que el período de pago voluntario de las sanciones impuestas por la CNMC es muy corto, lo que complica aún más la logística del proceso». GONZÁLEZ-PÁRAMO RODRÍGUEZ, C. y GÓMEZ ÁLVAREZ, A. "Las actividades de las asociaciones sectoriales…", *op cit*, p. 3.

[655] *Ibid*, p. 4.

retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

Si finalmente se obliga a los responsables subsidiarios a satisfacer la cuantía de la sanción, se estaría imponiendo una sanción a quien quizá no ha formado parte del acuerdo –y, además, se desconoce si, acaso, ha desarrollado de manera efectiva alguna actividad económica relacionada con la infracción–. En teoría, no se sancionará a quienes prueben que no aplicaron la decisión o recomendación dada por la asociación, a los que ignoraban su existencia o a los que "se distanciaron activamente" antes de iniciarse la investigación del caso. Sin embargo, en la práctica, la prueba de estas circunstancias es muy complicada porque[656]:

- Respecto de quienes no aplicaron la decisión o recomendación: tienen que demostrar con datos reales que efectivamente hicieron caso omiso de ella. No es suficiente con incumplirla parcialmente, ni con utilizarla como guía a partir de la cual negociar.
- Respecto de la ignorancia: la ignorancia tiene que ser efectiva, a través de ocultación por parte de los demás. No sirven de justificación suficiente ni la mera desidia, ni la negligencia.
- Respecto de la "distancia activa": no basta un mero incumplimiento aparente. Es necesario demostrar que, conociendo claramente que es contraria a la normativa de competencia, se ha decidido no atender dicha decisión o recomendación.

En relación con esto, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 27 de marzo de 2006, recoge que las garantías materiales y procesales en favor de los sujetos en un procedimiento administrativo sancionador que se deducen de los artículos 25.1 y 24.2 de la Constitución deben aplicarse también a los responsables subsidiarios porque la responsabilidad exigible con carácter subsidiario por una sanción administrativa impuesta a otra persona tiene un carácter materialmente sancionador[657]. Entre estas garantías se encuentra la de presunción de inocencia (artículo 24.2 CE). Sin embargo, el artículo 61.3 LDC recoge que es el presunto infractor quien debe demostrar las circunstancias exculpatorias. Es decir, se está obligando al presunto responsable a demostrar su diligencia y no a la Administración a acreditar su culpabilidad[658]. Por tanto, puede resultar incompatible con el principio de inocencia el hecho de que sea el inculpado quien deba demostrar la circunstancia eximente de responsabilidad.

Por otra parte, quien sí ha participado en su desarrollo a través de los órganos directivos de la asociación, si no es miembro de la asociación y, en aplicación del artículo 63.2 LDC, no hubiera asistido a las reuniones o hubiera votado en contra o salvado su

[656] SORIANO, J. E. La defensa de la competencia… op cit, p. 203

[657] STC 85/2006, Sala Primera, de 27 de marzo, FF.JJ. 3.º y 4.º

[658] LÖWHAGEN, F. "Las asociaciones de empresas…", *op cit*, p. 21.

voto, no recibirá ninguna multa[659]. Podríamos encontrarnos con situaciones como la siguiente: la persona física que voluntariamente ha consentido, con su inasistencia a las reuniones de la asociación, que se cometa una infracción de la normativa no recibe ninguna sanción; mientras que el miembro de la asociación, aunque no es considerado "responsable directo", si no ha conseguido demostrar ninguna de las circunstancias explicadas, tiene que responder de la multa.

Otros efectos perversos que puede acarrear la responsabilidad subsidiaria son[660]:

- La desincentivación de la participación de grandes empresas en las asociaciones por el riesgo de que la responsabilidad real del pago de la multa recaiga de forma desproporcionada sobre ellas. Especialmente se rechazará formar parte de los órganos de gobierno porque se dirigirá contra ellos, con carácter prioritario, el cobro subsidiario de la multa.
- Las asociaciones y los miembros más "expuestos" extremarán las precauciones en torno a las actividades de la asociación, lo que puede derivar en una reducción de aquellas que tengan naturaleza representativa.
- Algunas empresas, para evitar la posibilidad de que el pago de la sanción recaiga sobre ellas, pueden elegir abandonar la asociación cuando sea objeto de investigación o esté en riesgo de serlo.

La responsabilidad subsidiaria de los miembros de la asociación se basa en el principio de solidaridad. El artículo 63.1 LDC no establece que la cuantía de la sanción deba dividirse entre los miembros subsidiariamente responsables[661]. La Administración puede exigir el pago de la totalidad de la multa pendiente de pago de cualquiera de los miembros subsidiariamente responsables con el límite del 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa en cuestión en el ejercicio inmediatamente anterior a la decisión de imponer la multa.

Por lo tanto, el mayor riesgo que puede suponer dicho mecanismo de pago subsidiario es que los esfuerzos para obtener la satisfacción de la cuantía de la multa se dirijan en contra de quienes tengan una mayor capacidad económica[662]. Es decir, como consecuencia, un miembro de la asociación puede tener que hacer frente a una multa que le supone un 10 por ciento del volumen de negocios total, cuando puede representar, por

[659] A fecha de hoy, son escasos los casos en los que se hace uso de esta posibilidad.

[660] GONZÁLEZ-PÁRAMO RODRÍGUEZ, C. y GÓMEZ ÁLVAREZ, A. "Las actividades de las asociaciones sectoriales…", *op cit*, p. 9.

[661] LÖWHAGEN, F. "Las asociaciones de empresas…", *op cit*, p. 22.

[662] «El mecanismo de pago subsidiario probablemente lleve a la CNMC a concentrar sus actuaciones para el cobro de multas en los miembros de la asociación sancionada que tengan representantes en sus órganos de dirección y, entre éstos, contra los que tengan mayor capacidad económica». GONZÁLEZ-PÁRAMO RODRÍGUEZ, C. y GÓMEZ ÁLVAREZ, A. "Las actividades de las asociaciones sectoriales…", *op cit*, p. 3

ejemplo, e1 1 por ciento del volumen de negocios global de los miembros de la asociación.

En contra de esta interpretación de las consecuencias que puede acarrear la responsabilidad subsidiaria solidaria se puede alegar que, tanto el principio de proporcionalidad, como el de igualdad, deben constituir garantías suficientes para asegurarse de que el importe de la deuda no sea satisfecho únicamente por uno –o unos pocos- de los socios, sino que se debe distribuirse entre todos ellos[663].

Por tanto, podría resultar más adecuado una repartición de la responsabilidad entre las empresas en función de la dimensión y demás características de los miembros de la asociación, en vez de que el artículo 61.3 LDC contemple que la autoridad de competencia puede exigir el pago a «cualquiera de las empresas cuyos representantes sean miembros de los órganos de gobierno de la asociación de que se trate» o, en segundo lugar, «a cualquier miembro de la asociación que operase en el mercado en el que se hubiera producido la infracción».

Además, aunque aquel que hubiera abonado el importe de la multa puede repetir en vía civil el pago realizado por la sanción administrativa al resto de asociados, sería un proceso costoso y de resultado incierto[664].

Por otra parte, con relación a la responsabilidad subsidiaria de los miembros de la asociación, la normativa española en el artículo 61.3 LDC y la europea en el artículo 23.4 del Reglamento (CE) 1/2003 recogen prácticamente las mismas reglas.

Tabla 3.- Comparación de los artículos 23.4 del Reglamento (CE) 1/2003 y el artículo 61.3 LDC

Artículo 23.4 Reglamento (CE) 1/2003	Art. 61.3 LDC
Cuando se imponga una multa a una asociación de empresas tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros y ésta no sea solvente, la asociación estará obligada a recabar las contribuciones de sus miembros hasta cubrir el importe de la multa.	Cuando se imponga una multa a una asociación, unión o agrupación de empresas y ésta no sea solvente, la asociación estará obligada a recabar las contribuciones de sus miembros hasta cubrir el importe de la multa.

[663] LÖWHAGEN, F. "Las asociaciones de empresas…", *op cit*, p. 22.; «los autores consideran que representa una flagrante violación del principio de individualización de la sanción, que debería graduarse en función del grado de culpabilidad y responsabilidad en las prácticas sancionadas», en GONZÁLEZ-PÁRAMO RODRÍGUEZ, C. y GÓMEZ ÁLVAREZ, A. "Las actividades de las asociaciones sectoriales…", *op cit*, p. 4.

[664] LÖWHAGEN, F. "Las asociaciones de empresas…", *op cit*, p. 22.

En caso de que no se aporten dichas contribuciones a la asociación dentro del plazo fijado por la Comisión, la Comisión podrá exigir el pago de la multa directamente a cualquiera de las empresas cuyos representantes sean miembros de los órganos de gobierno de que se trate dentro de la asociación de que se trate.	En caso de que no se aporten dichas contribuciones a la asociación dentro del plazo fijado por la Comisión Nacional de la Competencia, se podrá exigir el pago de la multa a cualquiera de las empresas cuyos representantes sean miembros de los órganos de gobierno de la asociación de que se trate.
Una vez que la Comisión haya requerido el pago con arreglo a lo dispuesto en el segundo párrafo, podrá exigir el pago del saldo a cualquier miembro de la asociación que operase en el mercado en el que se hubiese producido la infracción cuando ello sea necesario para garantizar el pago íntegro de la multa.	Una vez que la Comisión Nacional de la Competencia haya requerido el pago con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá exigir el pago del saldo a cualquier miembro de la asociación que operase en el mercado en que se hubiese producido la infracción cuando ello sea necesario para garantizar el pago íntegro de la multa.
No obstante, la Comisión no exigirá el pago contemplado en los párrafos segundo o tercero a las empresas que demuestren que no han aplicado la decisión de la asociación constitutiva de infracción y que o bien ignoraban su existencia o se distanciaron activamente de ella antes de que la Comisión iniciara la investigación del caso.	No obstante, no se exigirá el pago contemplado en los párrafos segundo y tercero a las empresas que demuestren que no han aplicado la decisión o recomendación de la asociación constitutiva de infracción y que o bien ignoraban su existencia o se distanciaron activamente de ella antes de que se iniciase la investigación del caso.
La responsabilidad financiera de cada empresa con respecto al pago de la multa no podrá ser superior al 10 % de su volumen de negocios total realizado en el ejercicio social anterior.	La responsabilidad financiera de cada empresa con respecto al pago de la multa no podrá ser superior al 10 por ciento de su volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior.

FUENTE: Elaboración propia.

La diferencia entre ambas normativas surge porque la responsabilidad subsidiaria prevista en el artículo 23.4 del Reglamento (CE) 1/2003 se limita a aquellos supuestos en los que el importe de la multa se calcula en función del volumen de negocios de los

miembros[665]. En la normativa española, el artículo 63.3 LDC prevé que cuando el volumen de negocios de sus miembros se desconozca, se aplicará el rango de sanciones previsto en dicho artículo; es decir, las infracciones leves serán sancionadas con multa de 100.000 a 500.000 euros, las graves con multa de 500.001 a 10 millones de euros, y las muy graves con multa de más de 10 millones de euros.

Estos rangos previstos en la LDC para los supuestos en los que se desconozca el volumen de los asociados pueden provocar la imposición de una sanción desproporcionada. Cabría preguntarse si la autoridad de competencia podría imponer una sanción inferior a la permitida por el "techo mínimo" o si esto iría contra los principios sancionadores. Además, si no se puede conocer el volumen de negocios de los miembros de la asociación, es razonable concluir que ello puede deberse a que la asociación ha cometido la infracción en el ámbito de su propia actividad como empresa. Por ello, no debería acudirse a las normas especiales para las asociaciones, sino a las generales para las empresas, por lo que no podría exigirse responsabilidad a los asociados[666].

En definitiva, los cambios en la regulación interna deberían ir encaminados a eliminar el mínimo fijo previsto que no permite valorar las circunstancias del caso cuando se desconozca el volumen de negocio de los miembros de la asociación, así como a establecer mecanismos que permitan realmente excluir la responsabilidad si los miembros ignoraban el acuerdo, no lo aplicaron o se distanciaron de él.

c. El programa de clemencia: circunstancias que imposibilitan a la asociación y a los asociados acudir al programa de clemencia

Se podrán beneficiar del programa de clemencia los infractores que hayan desarrollado un acuerdo o práctica concertada desarrollada con sus competidores que

[665] *Ibid*, p. 19.

[666] *Ibid*., p. 19.

pueda refutarse anticompetitiva[667]. En concreto, la Disposición Adicional 4ª LDC define "cártel" de la siguiente manera[668]:

> "todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar el comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso con los derechos de propiedad intelectual e industrial, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia"

Consecuentemente, aunque el carácter de secreto sea una característica que no forma parte de su concepto esencial, difícilmente podrá aplicársele el programa de clemencia a un cártel público[669]. Esto significa, en último término, que no están incluidas dentro del mencionado concepto de cártel ni las decisiones, ni las recomendaciones colectivas[670]. En todo caso, parece lógico que una asociación no vaya a adoptar una iniciativa que supone sancionar a sus propios miembros; ni aunque ella pueda obtener inmunidad.

Por otra parte, para que un miembro pudiera acudir al programa de clemencia, debería ser consciente de que se está infringiendo la normativa. En la práctica, es presumible que los miembros crean que si una conducta viene recomendada –o incluso

---

[667] «El concepto de cártel es fundamentalmente económico y, esto ha de repetirse machaconamente, no constituye una categoría de mayor gravedad entre las conductas colusorias, sino solo una de sus modalidades que, a efectos de la ley española, solo tiene virtualidad para abrir la puerta al programa de clemencia». Señala seguidamente Berenger que «en la Resolución Bombas de Fluidos se analizaron dos conductas. La primera de ellas suponía una unificación de condiciones comerciales e intercambio de información relativo a precios, y fue calificada como cártel, mientras que la segunda consistía en ciertos acuerdos relativos a la calificación de los equipos contra incendios y esta segunda conducta la CNC consideró que no merecía ser calificada como tal por lo que, en consecuencia, no le podría ser aplicado el programa de clemencia. Ello no obstante, al solicitante de clemencia, que había aportado información y pruebas sobre ambas conductas, no se le sancionó por la segunda de ellas en atención a su buena fe», en BERENGUER FUSTER, L. "Reflexiones en torno…", *op cit*, pp. 6-8. No obstante, señala Rincón García-Loygorri que «en la resolución *Bombas de fluidos* (de 24 de junio de 2011, expte. S/0185/09) la CNC parecía abrir la puerta a la posibilidad de que una empresa pueda obtener una exención incluso aunque no informe sobre una práctica constitutiva de cártel» en RINCÓN GARCÍA-LOYGORRI, A. "Acuerdos restrictivos de la competencia…", *op cit*, p. 7.

[668] La definición anterior exigía expresamente que fuera secreto al señalarse en la DA 4ª de la LDC que «a efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones». Véase, a este respecto, BERENGUER FUSTER, L. "Reflexiones en torno…", *op cit*, p. 6.

Esta definición se adoptó por el Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo por el que se transpusieron diversas Directivas de la Unión Europea. BERENGUER FUSTER, L. "El nuevo concepto de cártel en la ley de defensa de la competencia tras el real decreto ley 9/2017" en *Anuario de Derecho de la Competencia 2018*, Ed. Aranzadi, 2018

[669] BERENGUER FUSTER, L. "Reflexiones en torno…", *op cit*, p. 6

[670] *Ibid*., p. 6.

impuesta– por la asociación, su actuar conforme a esa conducta no infringirá ninguna disposición legal. Sin embargo, resulta curioso que no exista una regulación específica –aún a través de comunicaciones– que permita a un miembro de la asociación que, habiéndose dado cuenta de que una determinada conducta infringe la normativa de competencia, acuda al programa de clemencia a denunciar que, aunque la ha seguido durante un determinado de tiempo, quiere ponerle fin y colaborar con la autoridad de competencia todo lo que sea necesario. En consecuencia, nos encontraríamos con escenarios como el siguiente: mientras conductas más graves (como, por ejemplo, un cártel) pueden obtener inmunidad, otras más leves –o menos perniciosas para la competencia– (como "dejarse llevar" por quien se presupone que vela por tus intereses) no pueden optar a beneficiarse de ella. En conclusión, se estima necesario incluir la posibilidad de que una empresa, miembro de una asociación, pueda acudir al programa de clemencia. De esta manera, ante el miedo de tener que satisfacer la sanción subsidiariamente, las empresas valorarían denunciar la recomendación colectiva para salir indemnes.

2. Elemento volitivo: la distinción entre una conducta apta para restringir la competencia y una conducta efectivamente querida para distorsionar la competencia

El principio de culpabilidad implica que el fundamento que da lugar a la imposición de la sanción –y que ayuda a garantizar el principio de responsabilidad– es la existencia del elemento subjetivo de culpa[671]. Ello significa que las sanciones sólo podrán ser impuestas cuando concurra en el sujeto infractor un elemento de culpabilidad; lo que encaja con lo establecido en la normativa especial (LDC) y en la general (LRJAP):

- El artículo 63 LDC faculta al Consejo para imponer una sanción por la infracción cometida, ya sea por negligencia o deliberadamente[672].
- El artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (LRJAP) señala que «Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los

[671] STC 129/2003, Sala Segunda, de 30 de junio de 2003; SAN 5680/2010, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 10 de noviembre de 2011, FJ. 7.; «Según reiterada jurisprudencia, la responsabilidad objetiva se encuentra proscrita en el ámbito del derecho sancionador, señalando al respecto que sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), que excluye la imposición de sanciones sin atender a la conducta diligente del administrado, pues más allá de la simple negligencia los hechos no pueden ser sancionados. Así pues, no cabe una responsabilidad objetiva por el mero hecho de una actuación ilícita, sino que es exigible el concurso, de al menos, un principio de culpa (STC 246/1991; STS 26/03/86 entre otras)» en Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0428/12 - *Palés*, de 22 de septiembre de 2014, FJ. 4.

[672] En este sentido, Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0154/09 - *Montesa Honda*, de 28 de diciembre de 2011, FJ 6.

patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa».

Jurisprudencialmente también resulta una cuestión pacífica. El Tribunal Supremo ha establecido reiteradamente que, en la medida en que exista «una infracción administrativa, a ésta y a la sanción correspondiente han de aplicarse los principios penales: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad (dolo o culpa)»[673].

La noción utilizada por el legislador para considerar que se ha realizado el tipo prohibido tiene naturaleza objetiva en el sentido de que «basta que varias empresas hayan expresado su voluntad común de comportarse en el mercado de forma que atente contra la competencia, sin que sea necesario que el mismo se haya puesto en práctica»[674]. Existe un elemento subjetivo esencial que exige la concordancia de voluntades, entendimiento o consentimiento[675]. No obstante, este consentimiento puede haberse expresado de forma consciente e intentando ocultar el acuerdo, como en *Recogida de papel,* donde la Resolución de la CNMC señala que ha quedado acreditado:

> "el carácter secreto de los acuerdos adoptados en el seno del denominado "club", la negativa de algunas empresas a que el reparto efectuado al inicio de un contrato se perpetuara en el tiempo, la imposición de sanciones por no respetar los pactos, o la duración de las conductas, son elementos suficientes para considerar la existencia de una actuación consciente y querida por las partes sin que pueda apreciarse el desconocimiento del comportamiento ilícito por ninguna de las empresas"[676].

---

[673] STS 12681/1991, Sala de lo Contencioso, de 25 de octubre de 1991, FJ 2.

Igualmente, la Audiencia Nacional ha reiterado en su Sentencia de 10 de noviembre de 2010 que «un elemento fundamental en la determinación de las sanciones es el relativo a la culpabilidad del infractor: no procedería la imposición de una sanción aun cuando, como es el caso, los hechos sean constitutivos de una infracción tipificada en la Ley de Defensa de la Competencia, si no concurre el elemento subjetivo de dolo o culpa». SAN 5680/2010, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 10 de noviembre de 2011, FJ. 7.; Esta misma idea se repite por la autoridad nacional de competencia, por ejemplo, en su Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 2785/07 - *Artistas, intérpretes o ejecutantes, sociedad de gestión, AIE* de 23 de febrero de 2011, FJ 6. En el mismo sentido, MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. "Del régimen sancionador", *op cit*, p. 991.

[674] FERNÁNDEZ TORRES, I. "Los programas de clemencia y la interacción…", *op cit*, p. 4.

Señala la Audiencia Nacional, a este respecto, qeue «por lo tanto no es necesario para considerar la existencia de una infracción que se hubiera alcanzado un acuerdo sobre los elementos específicos del acuerdo y se acordara ponerlo en práctica sino que es suficiente la existencia de reuniones en las que las empresas manifestaron su intención de alcanzar un acuerdo contrario a la competencia» SAN 388/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 5 de febrero de 2013, FJ 10. En el mismo sentido se ha pronunciado la CNMC en la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0517/14 - *Bodegas José Estévez*, de 17 de diciembre de 2015, FJ 4.

[675] FERNÁNDEZ TORRES, I. "Los programas de clemencia y la interacción…", *op cit*, p. 4.

[676] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0430/12- *Recogida de papel*, de 6 de noviembre de 2014, FJ. 8.

En el mismo sentido, en el asunto *Agencias de medios*, queda demostrado que deseaban ocultar la práctica anticompetitiva al utilizar, entre otros mecanismos, diferentes cuentas de correo electrónico para sus contactos, produciéndose la mayoría de ellos desde cuentas no corporativas. Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0584/16, Agencias de medios, de 3 de mayo de 2018

O bien, por ignorancia de la normativa de manera culposa, de tal manera que «se consideran ilícitas aquellas conductas que, aún sin pretender el efecto, son aptas para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida»[677]. Como recoge la CNC en *ATASA* y *Conserveras*:

> "la falta de intencionalidad en la realización de la infracción no priva de antijuridicidad a las conductas de las asociaciones, pues el artículo 1 de la LDC tipifica una infracción de resultado o ilícito objetivo, por cuanto la infracción administrativa tendrá lugar cuando se produzca o pueda producir un resultado lesivo para la competencia con independencia de que éste haya sido el fin buscado"[678].

Por ello, la Audiencia Nacional recoge en su Sentencia de 26 de febrero de 2013 que la responsabilidad, al menos a título de negligencia, «no puede quedar excluida por el hecho de que abiertamente se discutiera la fijación de precios entre competidores»[679]. Si las partes debieran haber conocido la normativa, aunque sus actos sean indicadores de su ignorancia, deberán responder de la infracción por la concurrencia de culpa. Es decir, *ignorantia juris non excusat* o *ignorantia legis neminem excusat* o, en palabras del Código Civil, artículo 6.1: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento».

En el mismo sentido, en los casos de abuso de posición de dominio, como ha recogido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de noviembre de 2009, no es necesario «que el sujeto infractor tenga la expresa intención de perjudicar la competencia y de abusar de su posición de dominio, sino que basta que actuaciones deliberadas suyas tengan esos efectos y que los mismos fueran previsibles»[680].

---

[677] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0477/13- *COAPI*, de 11 de diciembre de 2014, FJ. 5; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0210/09 - Colegio Oficial veterinarios Región Murcia, de 19 de septiembre de 2011.

En el mismo sentido y recalcando que no se obró con la diligencia debida de quien debe conocer la normativa y actuar conforme a ella –la "ley ómnibus" liberalizó los precios en el sector de la abogacía- se ha pronunciado la CNMC en sus resoluciones sancionadoras a los Colegios de abogados. Sirvan, de ejemplo, la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. SAMAD/09/2013 - *Honorarios profesionales ICAM*, de 15 de septiembre de 2016; la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte.SACAN/31/2013 - *Honorarios profesionales Colegio de Abogados de Las Palmas*, de 23 de julio de 2015; la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0560/15 - *Colegio abogados Guadalajara 2*, de 22 de diciembre de 2016; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. SAMAD/09/2013 BIS - *Honorarios profesionales ICAAH*, de 15 de septiembre de 2016; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0587/16 - *Costas Bankia*, de 8 de marzo de 2018

[678] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0359/11 – *ATASA*, de 20 de marzo de 2013, FJ 4; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0181/09 – *Conserveras*, de 31 de marzo de 2011, FJ. 5.; en el mismo sentido Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0477/13- *COAPI*, de 11 de diciembre de 2014, FJ. 5.

[679] SAN 1052/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 26 de febrero de 2013, FJ. 9.

[680] Esta resolución ha sido utilizada en expedientes posteriores de la CNC como en la Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0341/11 – *Correos*, de 22 de abril de 2013

A. Inexistencia de una genuina voluntad infractora: la posibilidad de desarrollar una conducta anticompetitiva negligentemente

Las conductas colusorias más graves es probable que se desarrollen en su inmensa mayoría de manera dolosa y es difícil imaginarse cómo pueden cometerse por negligencia cuando es necesario algo más que un simple intercambio de emails o un par de llamadas telefónicas[681].

De todas las conductas anticompetitivas, destaca que los cárteles difícilmente pueden ser constituidos de forma negligente porque, como señala WHELAN:

> "a diferencia de otras prácticas (comerciales), la actividad de los cárteles no es un concepto complejo: en su base, se trata de un modelo económico relativamente sencillo e indiscutible; en la práctica, no se ofrecen argumentos intrínsecos de eficiencia económica; y, en general, sus efectos son directos y observables"[682].

La creación y mantenimiento de los cárteles es de tal complejidad que sólo pueden ser fruto de una deliberada planificación y no fruto de un impulso[683]. Esto se evidencia, por ejemplo, en la utilización de móviles sin registrar, la encriptación de los mensajes, en el hecho de que se trate de evitar cualquier documentación que luego pueda hacerles responsables, en la solicitud de que los gastos en que incurran se les paguen en efectivo o se escondan entre otros gastos, entre otros[684]. Incluso para demostrar esta conciencia y voluntariedad premeditada algunos autores se han referido a los cárteles argumentando que se trata de un «sofisticado crimen organizado alcanzado a través de una jerarquía de multijugadores» y a los cartelistas como "ladrones bien vestidos" o "ladrones en buenos trajes"[685].

---

[681] STEPHAN, A. "Hear no evil, see no evil: why antitrust compliance programmes may be ineffective at preventing cartels", en CCP Working Paper, nº 09-09, julio 2009, p. 3

Así por ejemplo, se considera probado, en el asunto *Concesionarios Volvo*, que se intercambiaron emails como el siguiente: «(…) el contenido de este mail es personal e intransferible… quiero decir….por favor solo para nosotros, para nadie más. Confío en todos vosotros, lo digo en serio.» Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0506/14 - *Concesionarios Volvo*, de 12 de julio de 2016, FJ. 4; En *Hormigones de Asturias*, la CNMC demostró que incluso se habían utilizado pseudónimos. Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0545/15 - *Hormigones de Asturias*, de 23 de febrero de 2017, FJ 4.

[682] Traducción propia. Original: «unlike other (commercial) practices, cartel activity is not a complex concept: at its base, it involves a relatively straightforward, uncontested economic model; in practice, no intricate economic efficiency arguments are offered; and, generally, its effects are direct and observable». WHELAN, P. "Contemplating the future…", *op cit*, p. 366

[683] LITTLE, D. R. "The case for a primary…", *op cit*, p. 57.

[684] STEPHAN, A. "Hear no evil…", *op cit*, p. 3; VARELA GONZÁLEZ, A. "Características y situación actual de la política de clemencia", en *Cuadernos Europeos de Deusto*, Bilbao, nº 38/2008, 2008, pp. 208-209.

[685] Como señala Chen «sophisticated organized crime which is accomplished by a hierarchy of multi-players» CHEN, Z. "Cartel organization…", *op cit*, p. 8 ; en el mismo sentido, Calvani hace referencia a «thieves in well-dressed suits» y «well dressed thieves». CALVANI, T. "Competition penalties…", *op cit*, pp. 3, 25. Neelie Kroes señala que la finalidad de deshacer los cárteles es «to stop money being stolen from

Sin embargo, sí que es posible concebir acuerdos colusorios fuera de los considerados como *hardcore* o abusos de posición de dominio en los que no necesariamente existe –o no es fácilmente acreditable– una genuina voluntad infractora.

A modo ilustrativo, podemos encontrar, por ejemplo, los intercambios de información que no se realizan de forma sistemática, ni organizada, sino esporádicamente. Estos intercambios, sin duda alguna, en la medida en la que ponen en conocimiento información sensible, pueden distorsionar el funcionamiento del mercado y dar lugar a una infracción de la competencia[686]. Ahora bien, debemos conceder que la práctica puede deberse a una conducta negligente de la empresa que proporcionó la información, más que a una actitud dolosa.

Por otra parte, el elemento volitivo o *mens rea* también ha sido utilizado por la Audiencia Nacional a la hora de valorar la cuantía de la sanción impuesta. Así, por ejemplo, reduce la sanción impuesta al *Consejo Regulador de las denominaciones de origen Jerez-Xeres-Sherry, Manzanilla Sanlucar de Barrameda y Vinagre de Jerez* por entenderse que la infracción se ha cometido con culpa en vez de con dolo[687]. Igualmente, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de noviembre de 2010 (*Propollo*), la falta de voluntariedad fue reconocida expresamente como atenuante de la responsabilidad de la infractora.

Más recientemente, en su Sentencia de 15 de julio de 2014 (*Asfaltos Cantabria*), la Audiencia Nacional procede a moderar la sanción impuesta a ASCAN del máximo del 10% de las ventas o volumen de negocio del ejercicio anterior en el ámbito en el que se produjo la infracción, al 8%, ya que la responsabilidad se exige por culpa o negligencia y ésta es leve, la duración de la conducta de la interesada fue breve y su participación muy escasa[688].

Por ello, debería regularse cómo debe de ser tenida en cuenta la intencionalidad: si es indiferente que la conducta sea dolosa o negligente, si es un factor que determina la gravedad de la conducta o si funciona como circunstancia agravante; así como la

---

customers' pockets» en KROES, N. "Taking Competition Seriously – Anti-Trust Reform in Europe", en *European Commission Press Releases database*, nº SPEECH/05/157, 10 de marzo de 2005.

No obstante, en algunas ocasiones la autoridad de competencia consigue pruebas irrefutables como en Construcciones modulares, asunto en el que, entre otras pruebas, aparecieron correos electrónicos con textos como «nos reunimos para sentar unos precios mínimos, para intentar que subieran los precios» Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0481/13 - *Construcciones modulares*, de 3 de diciembre de 2015, FJ 4.

[686] Estos intercambios de información deberán analizarse bajo el prisma de la normativa de la competencia. Si no es información estratégica: el mercado será más transparente y más racionales y eficaces serán las estrategias de las empresas. Si es información estratégica: podría producirse la coordinación de las conductas en detrimento de la competencia. Especialmente si como resultado de este intercambio de información la asociación emite una decisión o recomendación colectiva. LORCA MORALES, T. "El intercambio de información…", *op cit*, p. 1.

[687] SAN 4243/2009, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 22 de noviembre de 2010, FJ. 7.

[688] SAN 3286/2014, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 15 de julio de 2014.

influencia que puede tener la confianza legítima en el cálculo de la cuantía de la sanción. Autores como GERADIN opinan que el énfasis en la distinción entre intencional y negligente debe ser puesto en el comportamiento del individuo de manera que únicamente se pueda tener en cuenta la reincidencia como circunstancia agravante cuando el incumplimiento sea intencional[689].

Una opción podría ser incluir una cláusula similar en la LDC a la que aparecía recogida en el artículo 45.5 de la, actualmente derogada, Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, donde se señalaba lo siguiente[690]:

> "El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos: Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo…".

Lo que está claro es que en aquellos supuestos en los que la autoridad de competencia sea capaz de demostrar que existió una conducta dolosa porque fueron advertidos de la ilegalidad de la conducta, como en *coches de alquiler*, asunto en el que en el Pliego de Concreción de Hechos aparece reflejado que tanto los clientes como los brókeres les advirtieron de la ilegalidad de pactar precios y otras condiciones comerciales, la sanción impuesta debería ser de especial gravedad[691].

En Derecho de la UE, al igual que sucede bajo la normativa española, es necesario que la infracción se cometa por dolo o negligencia de acuerdo con el principio de culpabilidad. En caso contrario, el Tribunal General procederá a anular la decisión sancionadora impuesta por la Comisión Europea, como hizo en *Aalberts Industries y otros v Comisión*[692].

En la normativa española no se contempla ninguna diferencia entre las conductas dolosas y negligentes. Por otra parte, en el ámbito europeo, aunque la Comisión Europea

---

[689] GERADIN, D. "The EU competition law fining system…", *op cit*, p. 46

[690] BAÑO FOS, J. M. "El principio de culpabilidad…", *op cit*, pp. 11-12

Esta materia viene regulada, actualmente, por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y por el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

[691] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0380/11 – *Coches de alquiler*, de 30 de julio de 2013, FJ. 10; también en el expediente *Anfaco* la CNC recoge que los hechos acreditados dan fe de la voluntariedad de infringir la normativa y que su comportamiento sólo puede ser calificados como doloso. Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0349/11 – *Anfaco*, de 22 de noviembre de 2012, FJ. 4.

[692] El Tribunal General concluyó que «no ha quedado demostrado que Aquatis pudiera razonablemente prever que dichas reuniones se inscribían en el marco de una infracción más amplia que formaba parte de un plan global» en STG (Sala Octava) de 24 de marzo de 2011, asunto T-385/06, *Aalberts Industries NV y otros v. Comisión* [2011] RJE II-1223, ap. 117

no aplica como atenuante la comisión de la infracción por negligencia, tiene la vía abierta al cambio de criterio porque la negligencia aparece expresamente mencionada como circunstancia atenuante en las Directrices para el cálculo de las multas derivadas de ilícitos anticompetitivos –publicadas por la Comisión Europea–, en el apartado 29[693].

Además, el hecho de que exista una distinción en el artículo 23.2 del Reglamento (CE) 1/2003 cuando establece que «mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia […]», implica que el legislador quiso otorgar diferentes consecuencias jurídicas a cada una de ellas[694]. Esta diferenciación también es apoyada a nivel doctrinal. GERADIN recoge que hay numerosos autores en favor de la distinción entre incumplimientos intencionales y negligentes con influencia en la multa que deba satisfacerse[695].

La diferencia entre la realización dolosa y la culposa radica en que la primera «tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido», mientras que la segunda, «aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida»[696].

Esta distinción es importante y debe tener un reflejo en la sanción por dos motivos: (i) aquellos sujetos infractores que deliberadamente infringen la normativa tienen más oportunidades de ocultar sus huellas[697]; consecuentemente, esto deriva en una menor probabilidad de detección por lo que, para que la multa siga conllevando el mismo nivel de disuasión, debería aumentarse la sanción; y, además, (ii) los infractores intencionales pueden requerir una multa más elevada por razones morales[698].

Por ello se cree que la normativa española no sólo debería recoger esta posibilidad de diferenciar la sanción en función del elemento volitivo como lo hace la normativa de la UE, sino que además debería hacerse uso de ella.

---

[693] COMISIÓN EUROPEA. Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003. "Directrices 2006". DOUE C 210/02, de 1 de septiembre de 2006.

[694] GERADIN, D. "The EU competition law fining system…", *op cit*, p. 42

[695] *Ibid*, p. 6

[696] SAN 5680/2010, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 10 de noviembre de 2011, FJ. 6.; SAN 160/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, 25 de enero de 2012, FJ. 5.; SAN 317/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 1 de febrero de 2013; SAN 557/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª , de 4 de febrero de 2013, FJ. 5.

[697] El Tribunal Supremo ya ha señalado que «difícilmente los autores de actos colusorios dejaran huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones.» STS 1774/2000, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 6 de marzo de 2000, FJ 2. Así se ha recogido también, entre otras, en la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0525/14 - *Cementos*, de 5 de septiembre de 2016, FJ 4.

[698] WILS, W. P. J. "The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: a legal and economic analysis", en *World Competition: Law and Economis Review*, Vol. 30, nº 2, junio 2007, p. 33

B. Ausencia de intencionalidad: requisitos para que, derivada de una intervención de la Administración, opere la confianza legítima como límite al reproche punitivo de una conducta

Aunque la intencionalidad, en principio, se utilice únicamente para poder considerar que se ha satisfecho el principio de culpabilidad, en casos como *CEOE* la autoridad de competencia tuvo en cuenta a la hora de imponer la sanción «la inexistencia de dolo por parte de CEOE»[699]. Destaca también que en *Productos Hortofrutícolas*, en el caso de COAG-Almería y ASAJA-Almería, aunque la Dirección de Investigación considera que pudiera haber atenuantes, el Consejo se centra en que «si bien no está acreditado que se hayan producido efectos, y así se ha tenido en cuenta a la hora de fijar la sanción, las partes tenían voluntad de aplicar el acuerdo y lo intentaron»[700].

Por tanto, se le está otorgando mayor importancia a la voluntariedad que a los efectos, aunque dentro de los criterios que determinan el importe de la sanción se recoja expresamente en la LDC que deberá tenerse en cuenta «el efecto de la infracción sobre los derechos e intereses legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos», mientras que la voluntariedad únicamente se recoge a efectos de poder imponer una sanción[701].

Excepcionalmente sí podría darse el caso de ausencia de intencionalidad infractora. En *Colegio farmacéuticos Castilla-La Mancha*, el Consejo de la CNC no impuso ninguna sanción a las infractoras porque entendió que era plausible que las

[699] También se valoraron la duración de la infracción y la falta de acreditación de sus efectos y de su seguimiento, por ejemplo, en la Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0335/11 – *CEOE*, de 26 de septiembre de 2011, FJ. 4.

La ausencia de intencionalidad o el error, no se ha aceptado como argumento, entre otros en el asunto *Colegio Oficial Ingenieros Técnicos Industriales de Madrid*. En concreto, se señala lo siguiente en su FJ 4 «En todo caso no puede aceptarse que el COITIM afirme en sus alegaciones a la PR que el Decreto 1998/1961 ha estado colgado en la web "por error y desconocimiento del propio Colegio" cuando es el COITIM el encargado de gestionar su propia web y cuando ha manifestado ser consciente de que en ella había entradas relacionadas con estos temas: "se pensaba que se habían eliminado en su día todas las entradas en la web relativas a la fijación de honorarios"» Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. SAMAD/02/14 - *Colegio Oficial Ingenieros Técnicos Industriales de Madrid*, de 28 de julio de 2016.

[700] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0231/10 - *Productos Hortofrutícolas*, de 14 de diciembre de 2011, FJ. 6.

[701] Dicho con otras palabras, la falta de intencionalidad no impide que se pueda considerar que se está desarrollando una conducta antijurídica y, como tal, que merezca un reproche jurídico. Al fin y al cabo, la LDC tipifica infracciones de de resultado, por lo que existirá una infracción administrativa cuando se produzca o pueda producirse un resultado lesivo para la competencia aunque éste no fuera buscado. En este sentido se ha pronunciado la Audiencia Nacional en la SAN 1390/2016, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 8 de abril de 2016 y la CNMC en la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. SAMAD/07/2015 - *Autoescuelas Alcalá de Henares*, de 15 de diciembre de 2016, FJ. 4. Previamente, lo mismo había señalado la CNC en la Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0359/11 – *ATASA*, de 20 de marzo de 2013.

empresas hubieran interpretado que su actuación quedaba amparada por la exención legal del entonces artículo 2.1 de la Ley 16/1989 (conducta autorizada por la ley)[702].

Igualmente, el Tribunal Superior de Justicia del País anuló la sanción previamente impuesta por el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia a una asociación (asunto *Asetravi*) por la adopción de dos recomendaciones de aumento de precios debido a la confianza legítima que había generado en la infractora la intervención de la Administración en dichos acuerdos[703]. En concreto, recoge la Resolución que, a pesar de ser una conducta prohibida, el hecho de que la propia Administración la aconsejase «en términos concluyentes» impide que pueda ser sancionada[704].

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que opere la confianza legítima es necesario que la convicción de la empresa infractora se base en «signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa»[705]. Esto es así, en palabras del Tribunal Supremo, porque «sin duda prevalece el principio de legalidad frente a un comportamiento manifiestamente contrario a la propia legalidad, aun cuando la conducta de la Administración pueda haber sido equívoca»[706].

La CNMC ha rechazado que existiera esta confianza legítima, entre otros, en los siguientes supuestos[707]:

- Cuando la Administración emitió reservas acerca de la compatibilidad de la práctica con la normativa de competencia[708].

[702] Señala la CNC que «la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 18 de junio de 2001 en el Expte. R 434/00 Farmacias Madrid (de la que se aparta esta Resolución del Consejo) pudo haber generado, legítimamente, la idea de que una práctica restrictiva como la imputada en este expediente contaba con suficiente amparo legal ex art. 2.1 LDC. Siendo ello así, no cabe apreciar la concurrencia del necesario elemento de culpa que permita establecer la responsabilidad de las partes del acuerdo en la comisión del ilícito administrativo prohibido por el art. 1.1 LDC». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 639/08 - *Colegio farmacéuticos Castilla-La Mancha*, de 14 de abril de 2009, FJ. 7.

[703] MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. "Del régimen sancionador", *op cit*, pp. 994-995.

[704] Exactamente señala que «aun en el caso de estar ante una recomendación prohibida para ASETRAVI por la Ley de Defensa de la Competencia, no merece el reproche punitivo que contiene la resolución impugnada, pues no se podría administrativamente sancionar una conducta que la propia Administración en términos concluyentes aconseja» STSJPV 818/2010, Sala de lo Contencioso, de 14 de junio de 2010, FJ. 6.

[705] STS 3260/2006, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 18 de mayo de 2006, FJ. 3.; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. "Del régimen sancionador", *op cit*, p. 994.

[706] STS 7931/2006, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 20 de diciembre de 2006, FJ 5.

[707] Se pueden encontrar un análisis más detallado en MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. "Del régimen sancionador", *op cit*, pp. 995-996.

[708] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0091/08 - *Vinos finos de Jerez*, de 28 de julio de 2010, FJ. 9.

- Cuando la actuación de la Administración se limitó a mediar en un conflicto entre operadores económicos[709]. También si la mediación fue solicitada por las propias empresas infractoras[710].
- Cuando la Administración se limitó a mostrar una actitud pasiva o no reaccionó en contra de una práctica restrictiva de la competencia inmediatamente después de tener conocimiento de ella[711].
- Cuando los precedentes invocados por las empresas infractoras para fundamentar la existencia de confianza legítima no guardan relación con la práctica objeto de investigación[712].

A través de la práctica de la autoridad nacional de competencia y los tribunales puede irse identificando una variedad de supuestos en los que los operadores pueden entender que su conducta está amparada en el principio de confianza legítima.

Ahora bien, es razonable que en determinadas circunstancias los operadores económicos puedan plantearse si su comportamiento podría ser considerado anticompetitivo. Sin embargo, no disponen de la opción de acudir a la autoridad de competencia a efectuar la consulta. Por tanto, sería comprensible tener en cuenta los esfuerzos de buena fe que haya podido efectuar de cara a obtener asesoramiento jurídico en esta materia[713].

Es razonable que la empresa interprete que está acatando la normativa cuando así le ha sido aconsejado por quien se supone especialista en la materia. Al igual que también lo es cuando en la conducta está tomando parte la Administración.

No obstante, hay que resaltar que incluso si la empresa pudiera demostrar que existió una confianza legítima, no existe ningún tipo de directriz acerca de la influencia –cuantitativamente hablando– que ésta debiera tener en la sanción –excluirla o reducirla–, lo que genera una incertidumbre indeseable; en definitiva, no es lo mismo que la

[709] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0107/08 - *Plataforma del Mejillón*, de 26 de abril de 2011, FJ. 6.

[710] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0120/08 – *Transitarios*, de 31 de julio de 2010, FJ. 7.

[711] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0159/09 – *Unesa y asociados* de 13 de mayo de 2011, FJ. 8; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0107/08 - *Plataforma del Mejillón*, de 26 de abril de 2011, FJ. 6.; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0425/12 – *Industrias lácteas 2*, de 11 de julio de 2019, FJ 5.

[712] STS 5961/2010, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 17 de noviembre de 2010, FJ. 7 y STS 7969/2009, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 4 de diciembre de 2009, FJ. 3.

[713] MARTÍNEZ SÁNCHEZ apunta, a nuestro parecer acertadamente, que «la imposibilidad de obtener un previo pronunciamiento de la Administración sobre la compatibilidad de un acuerdo determinado con el artículo 1 de la LDC debería ser tenida en cuenta a la hora de valorar la imposición de sanciones, al menos en aquellos casos en los que la empresa infractora haya recabado de buena fe un asesoramiento jurídico y económico del que resultara razonable deducir que su conducta era compatible con dicho precepto». MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. "Del régimen sancionador…", *op cit*, pp. 996.

confianza legítima sirva para modular la cuantía de la sanción, que el que la pueda excluir por completo.

La Comisión Europea, por su parte y como ya se ha explicado en el apartado concerniente a la posible consideración de la Administración pública como sujeto responsable, sí ha tenido en cuenta la confianza legítima como atenuante[714]. Ahora bien, para que pueda aplicarse, como recoge la Sentencia del Tribunal General (Sala Novena) de 15 de noviembre de 2018[715] deben concurrir cumulativamente los siguientes requisitos:

- la Administración debe haber ofrecido al interesado garantías precisas, incondicionales y concordantes, procedentes de fuentes autorizadas y fiables.
- estas garantías deben ser de tal naturaleza que puedan suscitar una esperanza legítima en el ánimo de la persona a la que se dirigen
- las garantías dadas deben ser conformes con las normas aplicables
- es preciso que no exista un "interés público imperativo"

Por lo tanto, es muy difícil –aunque no imposible– que, en la práctica de la autoridad de competencia europea, una conducta anticompetitiva pueda acogerse a la confianza legítima para ver reducida la cuantía de la sanción[716].

[714] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/C.38.279/F3 - *Carnes de vacuno francesas*, de 2 de abril de 2003, ap. 176.

[715] STG (Sala Novena) de 15 de noviembre de 2018, asunto T-207/10 - *Deutsche Telekom v. Comisión* [2018] RJE - 0000

[716] Así, por ejemplo, se rechaza que pueda existir una confianza legítima tras no alcanzar un acuerdo transaccional en la STJ (Sala Décima) de 12 de enero de 2017, asunto C-411/15 P - *Timab Industries y CFPR v. Comisión* [2017] RJE 0000.

CAPÍTULO 3 – ANÁLISIS JURÍDICO-PRÁCTICO COMPARADO DE LA FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA ESPAÑOL Y EUROPEO: ELEMENTOS QUE HACEN APETECIBLE LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN ANTICOMPETITIVA

> «He, who has committed a fault, is to be corrected both by advice and by force, kindly and harshly, and to be made better for himself as well as for another, not without chastisement, but without passion» (Lucius Annaeus Seneca, De Ira, i.14)

I. Introducción

El procedimiento administrativo se configura como un sistema de garantías. Por una parte, como instrumento de tutela de los administrados; por otra parte, como garantía del acierto de la Administración en la adopción de sus resoluciones, así como salvaguarda del cumplimiento de sus propios fines institucionales a través de dichas sanciones[717]. En efecto, un conjunto de leyes perfectamente redactado puede permanecer ineficaz como medida de defensa de la competencia si no dispone de mecanismos de aplicación eficaces para acompañarlo[718]. El correcto funcionamiento de los mecanismos de aplicación exige necesariamente un procedimiento adaptado a los fines que se persiguen.

A diferencia de lo que sucede con las normas materiales –en las que debe aplicarse la normativa europea cuando se pueda afectar al comercio europeo– y de acuerdo con el principio de autonomía procedimental, se aplicará únicamente la normativa procesal nacional a todo aquel asunto que no caiga bajo el conocimiento de la Comisión Europea[719]. Esto es importante porque cuando la autoridad de competencia aplique los artículos 101 y 102 TFUE bajo su normativa procedimental –generalmente juntamente con normas nacionales materiales de competencia– deberá respetar los principios de eficacia y equivalencia[720]. El principio de eficacia exige que las normas procesales

[717] NAVARRO SANCHÍS, F. J.; DE URBANO CASTRILLO, E. *La deuda fiscal. Cuestiones candentes de Derecho Administrativo y Penal*, Ed. La Ley Digital, nº 11466/2011, Madrid, octubre 2009, p. 1.

[718] NICHOLSON, M. W. "An antitrust law index for empirical analysis of international competition policy", en *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 4, nº 4, diciembre 2008, p. 1019.

[719] BUDZINSKI, O. Y CHRISTIANSEN, A. "Competence Allocation…", *op cit*, p. 5; BERNATT, M. "Convergence of Procedural Standards…", *op cit*, p. 259.

[720] Así lo ha recordado el Tribunal de Justicia, entre otras, en la STJ (Sala Segunda) de 28 de marzo de 2019, asunto C-637/17 - *Cogeco Communications* [2019] RJE 0000, ap 42-43.

Aunque el Reglamento (CE) 1/2003 no impone la obligación de aplicar la normativa nacional, si deciden aplicar ambas conjuntamente, el Reglamento (CE) 1/2003 sí que les impone una obligación de

nacionales permitan la aplicación efectiva de la legislación de competencia de la UE de manera equivalente a la aplicación de la legislación nacional de competencia[721]. Por su parte, el principio de equivalencia conlleva que la aplicación de la regulación procesal no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos en la normativa de la UE[722].

En el presente capítulo vamos a analizar los elementos que, durante la instrucción y posterior resolución del procedimiento administrativo sancionador, afectan negativamente al cálculo de la sanción óptima y, por ende, al efecto disuasorio de la normativa de competencia; nos detendremos, en primer lugar, en la problemática derivada de una tardía detección de las conductas anticompetitivas (II.); en segundo lugar, en los diferentes modos de finalización del procedimiento administrativo sancionador –finalización atípica (III.) y finalización ordinaria (IV.)– y su incidencia en la percepción del sujeto infractor de que su conducta sea efectivamente detectada y, en su caso, sancionada, incluyendo, por tanto, algunas consideraciones con relación al programa de clemencia; y, por último, en los recursos en vía judicial y el pernicioso efecto de la anulación –o, incluso, rebaja– de las sanciones en sede judicial (V.).

II. La prescripción y la caducidad: análisis de las instituciones que, por el transcurso del tiempo, suponen tener que poner fin al procedimiento sancionador

1. El plazo de prescripción de la potestad sancionadora: la difícil detección de las conductas anticompetitivas y la criticable vinculación en Derecho interno entre clasificación de la infracción y prescripción

Una conducta puede prescribir si no es detectada a tiempo. Por lo tanto, uno de los elementos que afecta directamente al cálculo de la sanción óptima es la probabilidad de ser detectado y sancionado: cuanto más difícil sea detectar una conducta, mayor tendrá que ser la sanción para disuadir efectivamente a los infractores de llevarla a cabo.

En España, la práctica anticompetitiva más larga que ha sido detectada y sancionada por la autoridad nacional de competencia corresponde al *cártel de los Sobres de Papel* que se desarrolló entre los años 1977 y 2010 (tuvo una duración de 33 años)[723]. No obstante, no es el único caso en el que ha hecho falta más de una década hasta que se

resultado: de la aplicación de la legislación nacional no puede resultar una aplicación más laxa o más restrictiva de la normativa europea COSTAS COMESAÑA, J. "Prohibición de acuerdos…", *op cit,* p. 68.

[721] WILS, W. P. J. "Discretion and Prioritisation…", *op cit*, p. 23; PARRET, L. *Side effects of... op cit*, pp. 171-200.

[722] WILS, W. P. J. "Discretion and Prioritisation…", *op cit*, p. 23.

[723] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0316/10 - *Sobres de papel*, de 25 de marzo de 2013

ha puesto fin a la conducta colusoria[724]. Así por ejemplo, en *ACB* la conducta anticompetitiva se desarrolló desde 1992 hasta 2017 (25 años); en *Transporte frigorífico* de 1993 hasta 2012 (22 años); en *AIO* de 1994 a 2014 (18 años); en *Mudanzas internacionales* de 1997 a 2014 (17 años); en *Servicios comerciales AENA*, la infracción alcanza desde 1996 hasta 2012 (16 años); en *Montaje y mantenimiento industrial* de 2001 a 2017 (16 años); en *Cajas Vascas y Navarra*, las prácticas colusorias se desarrollaron de 1990 a 2005 (15 años); en *Cementos*, dos de las conductas, de 1999 a 2014 (15 años); en *Hormigones de Asturias* de 1999 a 2014 (15 años); en *Infraestructuras ferroviarias* de 1999 a 2014 (15 años); tanto en el cártel del *Asfalto en Cantabria*, como en el del *Puerto Valencia*, se extendieron desde 1998 hasta, al menos, el año 2011 (13 años), misma duración que tuvo el *Cártel de Residuos* (2000-2013); el *Cártel del Postensado y Geotecnia* se extiende desde 1996 hasta el 2010 (14 años); en grupos de gestión de 1999 a 2011 (12 años); el de *Espuma elastomérica*, de 2001 a 2012 (11 años); el de *Hormigones Cántabros*, de 1993 a 2003 (10 años), el de *Licitaciones aplicaciones informáticas*, de 2005 a 2015 (10 años) y el de *Transporte escolar Murcia*, de 2009 a 2019 (exactamente 107 meses) [725].

Estos ejemplos de conductas perniciosamente anticompetitivas que han permanecido indetectadas durante extensos períodos de tiempo pueden servir para poner

[724] No obstante, también hay conductas que se detectan a los pocos meses de iniciarse, como en el caso de *Suzuki-Honda*, en este cártel la infracción únicamente duró de enero a junio de 2009. Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0280/10 - *Suzuki-Honda*, de 19 de enero de 2012, FJ. 6; otro ejemplo lo podemos encontrar en Gas natural, donde se abusó de la posición de dominio de enero a junio de 2004, Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 625/07 – *Gas Natural*, de 25 de abril de 2008.

En la práctica de la Comisión Europea también se han encontrado conductas anticompetitivas de larga duración. Véase, por ejemplo, el asunto *Canned vegetables*, en el que el cártel sancionado había extendido su duración durante 13 años (2000-2013). Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40127 – *Canned vegetables*, de 27 de septiembre de 2019.

[725] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte S/DC/0558/15 - *ACB*, de 11 de abril de 2017; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte S/0454/12 - *Transporte frigorífico*, de 25 de junio de 2015; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0504/14-*AIO*, de 26 de mayo de 2016; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0544/14 - *Mudanzas internacionales*, de 6 de septiembre de 2016; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0404/12 - *Servicios comerciales AENA*, de 2 de enero de 2014; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0612/17 – *Montaje y mantenimiento industrial*, de 1 de octubre de 2019; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 617/06 - *Cajas Vascas y Navarra*, de 18 de octubre de 2007; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0525/14 - *Cementos*, de 5 de septiembre de 2016; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0545/15 - *Hormigones de Asturias*, de 23 de febrero de 2017; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0519/14 - *Infraestructuras ferroviarias*, de 30 de junio de 2016; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0329/11- *Asfaltos Cantabria*, de 8 de marzo de 2013; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0429/12- *Residuos*, de 8 de enero de 2015; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0287/10 -*Postensado y Geotecnia*, de 2 de agosto de 2012; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0314/10 - *Puerto Valencia*, de 27 de septiembre de 2013; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0455/12 - *Grupos de gestión*, de 12 de mayo de 2016; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0402/12 - *Espuma elastomérica*, de 12 de septiembre de 2013; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 648/08 - *Hormigones cántabros*, de 22 de julio de 2009; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0565/15 - *Licitaciones aplicaciones informáticas*, de 26 de julio de 2018, Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. SAMUR/02/18 – *Transporte escolar Murcia*, de 20 de junio de 2019

de relieve dos problemas: la posibilidad de que, dada la baja detectabilidad de las conductas infractoras, los programas de clemencia resulten poco atractivos y el riesgo de prescripción[726].

En primer lugar, el recurso a los programas de clemencia se ve influido por la tardía detección de las conductas anticompetitivas. Ello se debe a que el éxito del programa de clemencia radica fundamentalmente en la sensación de los infractores de que el riesgo de detección y castigo es muy elevado, de tal manera que la mejor solución para evitar ser sancionados es acudir a la autoridad de competencia. Por ello, si la autoridad se demora en la detección de las conductas y, en consecuencia, su actuación sancionadora no es percibida como suficiente, es previsible que los sujetos infractores no hagan uso de este programa para poder continuar beneficiándose de las ventajas que les esté reportando la conducta anticompetitiva.

En segundo lugar, con respecto a la prescripción de las conductas infractoras, el artículo 68 LDC recoge que las infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años, las graves a los dos años y las leves al año. Este plazo empezará a correr el día en el que se hubiera cometido la infracción, o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que haya cesado[727]. El hecho de que una conducta finalice por voluntad propia ocasionando la prescripción de la misma comporta, sin duda alguna, numerosos beneficios como el fin del daño al proceso competitivo del mercado. No obstante, cabe plantearse la duda de hasta qué punto una conducta muy grave que se ha desarrollado durante más de 10 años

[726] Además, la creencia de que hay pocas posibilidades de ser detectado influye directamente en la reputación de las autoridades de competencia como agencias efectivas para el descubrimiento de las conductas anticompetitivas. HINLOOPEN, J. "The pro-collusive effect of increased cartel detection probabilities", en *Tinbergen Institute Discussion Paper*, nº TI 2004-117/1, noviembre 2004, p. 5

A este respecto, debe señalarse que no solamente prescribe la posibilidad de ser sancionado, si no también la de que los perjudicados puedan interponer una reclamación civil por los daños sufridos. BAÑO FOS, J. M. "La prescripción de las acciones por responsabilidad derivada de la infracción del Derecho de la competencia", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 24, noviembre-diciembre 2011.

[727] En el asunto *Tabacos* se consideró que la infracción había prescrito para BAT, a pesar de que se acreditó por la CNMC su participación en el acuerdo colusorio durante al menos 14 años. Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0607/17 - *Tabacos*, de 10 de abril de 2019, FJ 6. En el asunto *Renfe operadora*, la infracción atribuida a DB SR Internacional se declaró prescrita al finalizar la conducta anticompetitiva el 30 de abril de 2011 e incoarse el expediente sancionador el 9 de junio de 2015. Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0511/14 - *Renfe operadora*, de 28 de febrero de 2017, FJ 4. En el mismo sentido, en *Cementos*, se consideró que se había producido una prescripción parcial de algunos años de conducta de algunas empresas. Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0525/14 - *Cementos*, de 5 de septiembre de 2016, FJ. 4. Igualmente sucedió en *Cables BT/MT*, en la que se estimó que la infracción de Nexans había prescrito parcialmente al haber transcurrido más de cuatro años desde agosto de 2011, última prueba de su participación, hasta el 16 de diciembre de 2016, fecha de su incoación, y completamente para Top Cable por haber transcurrido más de cuatro años desde la última prueba de su participación en el cártel de Amara. Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0562/15 - *Cables BT/MT*, de 21 de noviembre de 2017, FJ 4. En el mismo sentido, también se declaró prescrita la sanción a Azor Ambiental en la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0569/15 - *Baterías automoción*, de 12 de julio de 2018, de 26 de julio de 2018, FJ. 4.

puede quedar sin sanción por el hecho de que durante los cuatro últimos años haya cesado. Plazo que se reduce a dos años en el caso de las conductas calificadas como graves.

La prescripción es una institución creada en beneficio de la sociedad. En el ámbito del Derecho administrativo sancionador implica que el infractor no está expuesto indefinidamente a la sanción y que, por tanto, una vez cumplido el plazo otorgado por la ley sin sancionar, prescribe la potestad sancionadora para perseguir las conductas anticompetitivas[728].

Es de relevancia práctica porque regula las relaciones entre el hombre, el paso del tiempo y el Derecho. La sanción impuesta a destiempo puede resultar injusta e ineficaz. Por ello es necesario garantizar a través de la figura de la prescripción tanto la seguridad jurídica de las partes, al impedir que la pérdida por el paso del tiempo de los mecanismos para poder defenderse ante un eventual procedimiento sancionador; como el equilibrio ilícito-sanción que ayude al cumplimiento de la finalidad de las sanciones. El paso del tiempo puede hacer perder la razón de ser de la sanción –o, al menos, su finalidad se atenúa–, especialmente si lo que se pretende es la disuasión de las conductas para la protección del proceso competitivo del mercado[729].

En Derecho de la UE, de acuerdo con el artículo 25 del Reglamento (CE) 1/2003, las conductas anticompetitivas prescribirán a los cinco años[730]. No hace diferencia entre sanciones leves, graves y muy graves. En Derecho español, el artículo 68 LDC recoge que las infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años; las graves, a los dos años; y las leves, al año. En ambos casos, el plazo empezará a correr el día en el que se hubiera cometido la infracción, o, en el caso de infracciones continuadas, desde que haya cesado.

Si se comparan ambas regulaciones, se estima que la europea puede ser más positiva. En primer lugar, la ausencia de una relación entre gravedad y prescripción de las conductas evita las discusiones acerca de la concreta calificación de la conducta. Teniendo en cuenta los problemas que suscita la clasificación del artículo 62 LDC, una regulación similar a la de la UE podría ser positiva.

---

[728] En derecho administrativo, a diferencia de lo que sucede en el ámbito civil, no se puede renunciar a la prescripción ganada. Si lo que prescribe es la facultad de ejecutar la sanción, sí que se podrá utilizar como agravante de reincidencia.

[729] Si tomamos como ejemplo un cártel que pretende boicotear a un competidor, en estos casos, un procedimiento que tarde en ser iniciado puede ser beneficioso para las infractoras porque para cuando de comienzo, ya pueden haber conseguido cumplir su objetivo. En estos casos, además, los beneficios de que haya un competidor menos en el mercado pueden ser superiores a la pérdida que supone tener que hacer frente a una sanción. Como ya se ha explicado anteriormente, si la infracción es «rentable», la conducta no será disuadida.

[730] «In spite of its practical importance, this statute of limitations does not apply to infringements that are not covered by Regulation No 1/2003», en BARBIER DE LA SERRE, E y LAGATHU, E. "The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings: Faster, Higher, Harsher", en *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 4, nº 4, 2013.

En segundo lugar, es muy difícil detectar y conseguir los elementos de prueba necesarios para sancionar las conductas anticompetitivas que se trata de evitar[731]. Por ello, plazos más largos de prescripción obligan a las empresas a asumir que durante un espacio más prolongado de tiempo estarán expuestas a la sanción, incluso si han finalizado con su comportamiento infractor. Además, permite a la autoridad de competencia realizar una investigación más profunda, sin miedo de que prescriba la conducta. En Derecho español, opera, además, el instituto de la caducidad la autoridad de competencia únicamente dispondrá de 18 meses para resolver, tras los cuales, se producirá la caducidad del expediente sancionador.

Entendemos que, por ello, cabría replantearse plazos más largos de prescripción, evitando, en la práctica, traspasar al sujeto infractor la disponibilidad sobre la imposición de la sanción que le corresponde.

2. El plazo de caducidad del procedimiento sancionador: diferencias irreconciliables del instituto de la caducidad en el procedimiento administrativo sancionador en la UE y el Estado español

En Derecho español la caducidad puede definirse como

> "el modo de finalización de un procedimiento administrativo que se encuentra inactivo o suspendido y que tiene por finalidad evitar la pendencia indefinida del referido procedimiento, eliminando así la consiguiente inseguridad jurídica que ello implica"[732]

Trascurrido el plazo concedido a la autoridad de competencia para ejercitar su potestad sancionadora –derivada del *ius puniendi* del Estado–, debe declarar el archivo de las actuaciones[733].

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36.1 en relación con el artículo 38.1 LDC el plazo máximo para resolver un expediente sancionador es de 18 meses desde la incoación del expediente hasta la notificación de la resolución que ponga fin al expediente

---

[731] De aquí la importancia del progama de clemencia y de posibilidad de realizar inspecciones domiciliarias, pese a las cuales la «detección y la prueba de un cártel constituyen los aspectos más complejos y controvertidos dentro de la lucha contra estas prácticas especialmente dañinas», en IRÁCULIS ARREGUI, N. "La lucha óptima contra los cárteles: expresión en el transporte de mercancías por carretera", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Ed. La Ley, nº 14, primer semestre de 2014, pp. 2-3.

[732] ESTÉVEZ GOYTRE, R. "La caducidad y la prescripción en el Derecho administrativo sancionador" en El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Sección Colaboraciones, nº 39/2001, enero 2001, p. 1.

[733] Dicho archivo por caducidad del expediente se alegó en el voto particular discrepante emitido por Fernando Torremocha y García-Sainz en la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0560/15 - *Colegio abogados Guadalajara 2*, de 22 de diciembre de 2016.

sancionador[734]. De estos 18 meses, de acuerdo con el artículo 28.4 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), 12 meses podrán dedicarse a la fase de instrucción a contar desde la fecha del acuerdo de incoación. Sin embargo, aunque se superase el plazo recogido en el artículo 28.4 RDC, las partes no podrán alegar la caducidad del procedimiento puesto que esto sólo puede suceder si se supera el plazo máximo de 18 meses[735]. Es decir, sólo podrán alegar que la Dirección de Investigación ha vulnerado una norma reglamentaria[736].

Durante este plazo las autoridades de competencia deben examinar las solicitudes de clemencia y recabar las declaraciones que consideren oportunas, realizar inspecciones domiciliarias, analizar y seleccionar la información que recopilen en las mismas para poder devolver la que no corresponda al objeto de la inspección, resolver sobre la confidencialidad de los documentos y, por último, valorar objetivamente los elementos fácticos que se deriven de la información obtenida para determinar si se ha producido una conducta anticompetitiva y los efectos de la misma[737]. Por ello, incluso teniendo en cuenta las posibles suspensiones, este plazo de 18 meses puede resultar insuficiente para que las autoridades de competencia puedan obtener y analizar, tanto desde el punto de vista jurídico como económico, los documentos o evidencias que les permitan probar la conducta anticompetitiva[738]. De acuerdo con WARD y HERNÁNDEZ SASETA, «en nuestra experiencia, los expedientes iniciados mediante clemencia alcanzan ya, antes de la emisión del pliego de concreción de hechos, miles de páginas»[739].

---

[734] SAN 888/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 25 de febrero de 2013, FJ. 5.; bajo la Ley 16/1989 el plazo de caducidad era de 24 meses divididos en 12 meses para la instrucción y 12 para la posterior actuación del TDC. No obstante, bajo esta regulación también existían numerosas críticas acerca de cómo estaba regulada la caducidad del expediente. Para más información véase GONSÁLBEZ PEQUEÑO, H. "La caducidad del procedimiento sancionador en materia de Defensa de la Competencia", en FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M. (coords.). *Estudios de Derecho de la Competencia*. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid y Barcelona, 2005, pp. 373-390.

En estos 18 meses no se tiene en cuenta el periodo de información reservada. Véase, en este sentido la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte S/DC/0538/14 - *Servicios fotográficos*, de 15 de diciembre de 2016, FJ 5. En este mismo sentido se había pronunciado ya la Audiencia Nacional en SAN 1052/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 26 de febrero de 2013, FJ. 4.

Tampoco se tendrán en cuenta en estos 18 meses los periodos de suspensión. Véase, a este respecto, la STS 4221/2016, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 29 de septiembre de 2016, FJ. 4; STS 4506/2016, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 11 de octubre de 2016, FJ 4; STS 4754/2016, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 7 de noviembre de 2016, FJ 4. En todas ellas, el Tribunal Supremo ha señalado que había identidad para dictar Sentencia en unificación de doctrina, confirmirmando, por tanto, las Sentencias objeto de recurso.

[735] Resolución del consejo de la CNC en el Expte. S/0303/10 – *Distribuidores saneamiento*, de 23 de mayo de 2013, FJ. 3; en este mismo sentido, entre otras SAN 754/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 13 de febrero de 2013 y SAN 888/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 25 de febrero de 2013.

[736] SAN 388/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 5 de febrero de 2013, FJ. 4.

[737] WARD, A. Y HERNÁNDEZ SASETA, C. "Clemencia y sanciones", *op cit*, p. 5.

[738] El análisis económico es importante para determinar, por ejemplo, si ha existido un incremento en los precios.

[739] WARD, A. Y HERNÁNDEZ SASETA, C. "Clemencia y sanciones", *op cit*, p. 5.

La LDC prevé en su artículo 37.1 que este plazo máximo se podrá suspender en los siguientes casos: (i) cuando sea necesario que el interesado subsane deficiencias o que él u otro órgano de la administración aporte documentación y otros elementos de juicio necesarios; (ii) cuando sea necesaria la cooperación con la UE u otras ANC; (iii) cuando se interponga el recurso administrativo previsto en el artículo 47 o se interponga recurso contencioso-administrativo; (iv) cuando se acuerde la práctica de pruebas o actuaciones complementarias; (v) cuando se produzca un cambio en la calificación jurídica; o (vi) cuando se inicien negociaciones con vistas de alcanzar un acuerdo de terminación convencional.

Para considerar válida esta suspensión será necesario que la autoridad de competencia demuestre que no se debe a un incorrecto funcionamiento de la autoridad de competencia, sino a la existencia de «cuestiones complejas suscitadas por los propios expedientados» que hacen necesario un plazo mayor para poder resolver el asunto y evitar así que se afecte a los derechos de defensa de las partes[740]. Ahora bien, es innegable que la dedicación de tiempo y recursos a demostrar la necesidad de alargar el plazo impide poder dedicárselos al procedimiento sustantivo.

Además, salvo que se haya incoado un procedimiento por la Comisión Europea en cuyo caso el plazo quedará en suspenso hasta que ésta haya resuelto, se establece que la ampliación «no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento», es decir, a los 18 meses; por ello, puede resultar insuficiente la suspensión máxima si, por ejemplo, se está colaborando con otras autoridades de competencia y es necesario ir realizando actuaciones instructoras paralelamente.

Por otra parte, en el artículo 37.2.d LDC se recoge que se acordará la suspensión máxima para resolver el procedimiento «cuando se solicite el informe de los reguladores sectoriales de acuerdo con lo establecido en el artículo 17.2.c) y d) de esta Ley». La Ley 3/2013, que supuso la creación del superregulador –la CNMC–, integrando, junto a la autoridad nacional de competencia, el resto de reguladores sectoriales, ha conllevado la

[740] Ella implica que la ampliación del plazo no se pueda justificar automáticamente en la complejidad de un expediente sancionador. BELTRÁN RUIZ, S. "La caducidad de los procedimientos administrativos sancionadores por conductas restrictivas de la competencia", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 953/2019 parte Comentario, 2019, p. 1.

Como señala la Audiencia Nacional «El Tribunal Supremo (sentencia de 13 de enero de 2010 rec. 1279/2007) ha declarado que la caducidad de los procedimientos sancionadores es una institución jurídica con la que se trata de evitar la tardanza injustificada en resolver aquéllos, por entender el legislador que los sujetos expedientados se encuentran en una situación desfavorable que no ha de alargar indebidamente la Administración sancionante. Si la demora no obedece a la desidia administrativa sino que viene propiciada por la necesidad de resolver cuestiones complejas suscitadas por los propios expedientados, la decisión de interrumpir el plazo máximo para resolverlas (tanto más si es consentida por estos últimos) debe entenderse en principio válida a dichos efectos temporales» En SAN 472/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 5 de febrero de 2013, FJ. 4.; en el mismo sentido véase SAN 388/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 5 de febrero de 2013, FJ. 4.

derogación del citado artículo 17, por lo que se estima necesario suprimir ese apartado d del artículo 37.2 LDC.

La reforma que dio origen a la LDC de 2007 pretendía aprovecharse de las mayores sinergias producidas por la integración en la CNC –hoy CNMC– de los extintos Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia, con vistas a reducir en un 25% el plazo máximo para resolver los procedimientos, estableciéndolo en los actuales 18 meses. En la práctica, y aunque los afectados sigan viendo este período como excesivo, un plazo tan ajustado supone llevar casi al límite de lo posible la instrucción y resolución de un procedimiento sancionador[741].

Las conductas que se están desarrollando no serán fácilmente demostrables y tampoco se trata de la típica infracción en torno a cuya existencia no se albergan dudas. Ello hace necesario un esfuerzo extra que requiere tiempo, dado que en caso de que existiera una duda razonable, debe operar el principio *in dubio pro reo*. Si el plazo para resolver es demasiado corto, la autoridad de competencia puede encontrarse en la tesitura de tener que elegir entre detenerse a justificar pormenorizadamente todas sus actuaciones o bien evitar la caducidad del expediente.

Por otra parte, de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de enero de 2010, con esta caducidad de los procedimientos sancionadores se pretende evitar que los procedimientos se alarguen indebidamente por una tardanza injustificada en su resolución, ya que los expedientados se encuentran en una situación desfavorable. No obstante, estamos hablando de conductas que, en muchos casos, se desarrollan dolosamente y los sujetos infractores tratan activamente de evitar que quede ningún rastro de ellas. Además, conllevan un alto componente económico por lo que es necesario realizar numerosos cálculos econométricos.

Sobre el tiempo del que disponen las autoridades de competencia para resolver el procedimiento sancionador vamos a encontrar una diferencia muy importante entre la regulación europea y la española.

Mientras que la LDC recoge que el silencio administrativo en materia de acuerdos y prácticas prohibidas determinará la caducidad del procedimiento transcurridos 18 meses a contar desde el acuerdo de incoación (artículo 38 LDC, en relación con el 36 LDC); la normativa de la UE no recoge ningún plazo de caducidad. De acuerdo con el principio de buena administración, la Comisión Europea está obligada a adoptar las decisiones de los procedimientos administrativos en materia de política de competencia en un plazo

[741] Como recoge VEGARA FIGUERAS, «un buen indicador de que esto es así es observar lo que ocurre en otros países o incluso en el procedimiento comunitario, donde no hay fijado un plazo máximo, o lo que sucede en una gran parte de los países europeos, donde está establecido un plazo mucho más extenso que el español». VEGARA FIGUERAS, D. "La nueva Ley de Defensa de la Competencia", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley Digital, nº 17234/2008, enero - febrero 2008, p. 3.

razonable[742]. Ello implica que el órgano europeo incumplirá este principio si la investigación no se completa dentro de dicho "plazo razonable" debido, por ejemplo, a largos períodos de inactividad durante la investigación[743].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para calcular la duración del procedimiento establece que el punto de partida será el día en que la empresa se vio afectada por primera vez por las medidas adoptadas como consecuencia de las sospechas contra ella[744]. Por otra parte, se tomará como fecha final el día en que el Tribunal de Justicia de la UE dicte sentencia en el procedimiento de casación[745]. La razonabilidad del periodo para resolver dependerá de las circunstancias específicas de cada caso[746]. Así por ejemplo en *Bavaria NV v European Commission*, el Tribunal General consideró que se había dado una infracción del tiempo razonable para resolver porque en la primera fase del procedimiento –desde la notificación de la inspección hasta la recepción del Pliego de Cargos– había pasado un periodo de 65 meses; y la segunda fase –desde la recepción del Pliego de Cargos hasta la adopción de la Decisión– había durado 20 meses[747]. Sin embargo, la decisión de la Comisión Europea no fue anulada porque la duración del procedimiento no tuvo efecto en su resultado[748]. Lo que se decidió fue conceder reducción del 5% en el importe final de la multa debido a esta irregularidad procesal[749].

Por lo tanto, la consecuencia de infringir la normativa procesal es diferente en ambos sistemas. En el sistema europeo es suficiente con proceder a realizar una reducción

---

[742] STPI (Sala Primera) de 27 de septiembre de 2006, asunto T-204/03, *Haladjian Frères SA v. Comisión* [2006] RJE II-3779, ap. 195; LIANOS, L. y ANDREANGELI, A. "The European Union*", op cit*, p. 14.

[743] Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/38.344 - *Prestressing steel*, de 30 de junio de 2010 ap. 1035.; STJ (Sala Primera) de 21 de septiembre de 2006, asunto C-105/04 P, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v. Comisión* [2006] RJE I-08725, ap. 35.

[744] Conclusiones de la AG Kokott, presentadas el 14 de abril de 2011, asunto C-110/10 P, *Solvay v. Comisión*, ap. 186; véanse también STEDH (Gran Sala) de 17 de diciembre de 2004, *Pedersen y Baadsgaard v. Dinamarca*, nº 49017/99, [2004] XI, ap. 44; STEDH de 16 de Julio de 1971, *Ringeisen v. Austria*, nº 2614/65, [1971] A-13, ap. 110; STEDH de 22 de mayo de 1998, *Hozee v. Países Bajos*, nº 81/1997/865/1076,[1998] III, ap. 43.

[745] Conclusiones de la AG Kokott, presentadas el 14 de abril de 2011, asunto C-110/10 P, Solvay v. Comisión, ap. 186; véanse también STEDH de 28 de junio de 1978, *König v. Alemania*, nº 6232/73, [1978] A27, apartado 98; STEDH de 15 de julio de 1982, Eckle v. Alemania, nº 8130/78, [1982] A51, ap. 76.

[746] Decisión de la Comisión en el asunto COMP/38.589 - *Heat stabilisers*, de 22 de noviembre de 2009, ap. 771.; véanse también las Conclusiones de la AG Kokott, presentadas el 14 de abril de 2011, asunto C-110/10 P, Solvay v. Comisión, ap. 80.; STJ (Sala Tercera) de 3 de septiembre de 2009, asuntos acumulados C-322/07 P, C-327/07 P y C-338/07 P, Papierfabrik August Koehler y otros v. Comisión [2009] RJE I-07191, ap. 141.

[747] STG (Sala Sexta) de 16 de junio de 2011, asunto T-235/07, *Bavaria NV v. Comisión* [2011] RJE II-3229, ap. 320, 323-324.

[748] STG (Sala Sexta) de 16 de junio de 2011, asunto T-235/07, *Bavaria NV v. Comisión* [2011] RJE II-3229, ap. 336.

[749] STG (Sala Sexta) de 16 de junio de 2011, asunto T-235/07, *Bavaria NV v. Comisión* [2011] RJE II-3229, ap. 343.

del importe de la sanción por haber excedido esta razonabilidad del tiempo para sancionar al sujeto infractor, mientras que bajo el sistema español desaparecería por completo la posibilidad de que la autoridad de competencia pudiera imponer una sanción en ese mismo procedimiento y, en caso de imponerse, ésta sería nula[750]. Únicamente podría imponerse si la misma no hubiera prescrito y se reiniciase otro procedimiento sancionador. En consecuencia, si se aplica Derecho español, trascurrido el plazo concedido a la autoridad de competencia para ejercitar su potestad sancionadora –derivada del *ius puniendi* del Estado– ésta debe declarar el archivo de las actuaciones. Nuestro ordenamiento jurídico no permite que pueda subsanarse la caducidad a través de una reducción en la cuantía de la multa porque ello iría contra el principio de seguridad jurídica que la figura de la caducidad trata de proteger.

Eliminada por tanto la posibilidad de realizar un paralelismo con la respuesta dada por el sistema europeo –de manera que cuando se excediera el plazo se procediera a reducir la cuantía de la sanción– la única posibilidad que queda es alargar el plazo o atenerse a él. Es necesario que se elija entre ambas opciones, y, si se desea alargarlo, que así se prevea expresamente; en caso de que no se recogiese un plazo para el ejercicio de la potestad sancionadora se aplicaría subsidiariamente el recogido en la normativa básica para los procedimientos administrativos sancionadores. En todo caso, dado que en el ordenamiento interno las conductas se clasifican en leves, graves y muy graves, también se podrían prever diferentes plazos en función de la complejidad del asunto y la calificación de la conducta.

En conclusión, se considera que en casos de especial dificultad debiera poder alargarse el plazo máximo de resolución o bien establecer su caducidad en el caso de que la Administración no llevara a cabo ninguna actuación. En todo caso, dejar sin sancionar una conducta anticompetitiva por transcurso del plazo máximo para resolver tiene efectos negativos tanto en la imagen de la autoridad de competencia como en la confianza que los ciudadanos depositan en las normas

III. La terminación convencional: los pretendidos beneficios y mitos encubiertos de aceptar una terminación anticipada del procedimiento sancionador

Los artículos 52 LDC y 39 RDC recogen el derecho de las partes que estén siendo objeto de una investigación por parte de la CNMC a solicitar la terminación convencional del procedimiento[751]. La terminación convencional puede definirse como:

[750] Como señalan BARBIER DE LA SERRE y LAGATHU, «when the Commission's proceedings are unreasonably long, it sometimes decides, on its own motion, to decrease the amount of the fine imposed» BARBIER DE LA SERRE, E y LAGATHU, E. "The Law on Fines…", *op cit*, p. 336.

[751] Así, se ha considerado que era adecuada la terminación convencional en las siguientes resoluciones de la CNC y CNMC respectivamente: Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0076/08 - *Convenio de Contact Center*, de 16 de marzo de 2009; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0077/08 -

> "el acuerdo entre el interesado y la Administración que bien tiene la consideración de acto terminal del procedimiento administrativo dentro del cual se adopta, bien fija o determina con carácter vinculante los datos que luego han de ser tenidos en cuenta al dictar el acto terminal correspondiente, o bien sirve de antecedente no vinculante de dicho acto terminal"[752].

El hecho de que las partes soliciten acogerse a este procedimiento no implica que se vaya a poner fin al expediente. Así, por ejemplo, se rechazó esta posibilidad en *Asociación Menorquina de Alquiler de Coches sin Conductor*[753] y

Convenio Seguridad, de 17 de marzo de 2009; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte 2697/06 - *Cepsa Estaciones de Servicio S.A*., de 29 de julio de 2009; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0020/07 - *Trío Plus*, de 28 de enero de 2010; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte 2800/07 - *Signus Ecovalor y Fabricantes Neumáticos*, de 20 de mayo de 2010; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0127/09 –*Procuradores*, de 20 de mayo de 2010; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0189/09 - *Consejo General de Colegios oficiales de aparejadores y arquitectos técnicos*, de 28 de julio de 2010; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte SA CAN/0003/10 - *Explosivos Canarios*, de 7 de septiembre de 2010; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0162/09 - *Semillas de Girasol*, de 13 de septiembre de 2010; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0002/07 - *Colegio Arquitectos Técnicos Cuenca*, de 29 de noviembre de 2010; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0255/10 - *Puntos Suministro E.ON*, de 30 de noviembre de 2010; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0203/09 – *COAPI*, de 22 de diciembre de 2010; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0096/08 - *Fábrica Nacional de Moneda y Timbre*, de 24 de enero de 2011; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0012/07 - *Puerto de Barcelona*, de 17 de marzo de 2011; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0156/09 – *AISGE*, de 23 de marzo de 2011; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte 2738/06 – *GALP*, de 6 de abril de 2011; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0245/10 - *Antena 3/Veo TV/Disney Chanel*, de 30 de junio de 2011; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0246/10 - *Vocento/Godó*, de 30 de junio de 2011; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0302/10 - *Orona/Omega*, de 22 de septiembre de 2011; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0235/10 - *Convenios FEMP-Consejos Generales de Colegios Profesionales*, de 28 de diciembre de 2011; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0338/11- *Subaru*, de 16 de agosto de 2012; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0386/11 - *Ionmed Esterilización*, de 18 de febrero de 2013; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0348/11 - *Unión Interprofesional de Madrid*, de 19 de febrero de 2013; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0418/12 - *All Sports Media*, de 22 de marzo de 2013; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0291/10 -*Mutualidad General Abogacía*, de 17 de septiembre de 2013; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0337/11 - *Distribuidores de CO2*, de 20 de septiembre de 2013; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0457/13 - *General Motors España S.L.U*., de 12 de junio de 2014; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/DC/502/14 -*Orona/Excelsior*, de 4 de diciembre de 2014; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0498/13- *Club excelencia en gestión vía innovación*, de 26 de febrero de 2015; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0466/13 - *SGAE – Autores*, de 9 de julio de 2015; Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. SAMUR-001-15 - *Colegio Aparejadores de la Región de Murcia*, de 17 de septiembre de 2015; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/DC/0522/14 – *Thyssenkrupp*, de 12 de enero de 2016; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/DC/0510/14 – *Food Service Project*, de 10 de marzo de 2016.; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/DC/0548/15 - *Schweppes*, de 29 de junio de 2017; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/DC/0567/15 - *Estudios de Mercado Industria Farmacéutica*, de 13 de julio de 2017; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0631/18 – *Adidas España*, de 6 de febrero de 2020.

[752] CREUS CARRERAS, A. y VÁZQUEZ DE PRADA BENNÁSAR, E. "Terminaciones Convencionales" en BACHES OPI, S. (Coord). *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación*, Ed. La Ley Digital, nº 9276/2011, noviembre 2010, p. 1.

[753] La Dirección de Investigación estimó que no se cumplían los requisitos del artículo 52 LDC, aunque pudiera haber estado justificada en este caso, puesto que se reconoce por el Consejo que "la iniciativa, despojada de sus elementos anticompetitivos, puede fortalecer la competencia" Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0094/08 - *Asociación Menorquina de Alquiler de Coches sin Conductor*, de 10 de noviembre de 2009, FJ. 3.

Atresmedia/Mediaset[754]. Ello se debe a que no estamos ante un derecho, sino ante «una posibilidad o disponibilidad discrecional de los servicios de inspección y del Consejo; con un ítem cualificante o condicionante cual es que en todo caso quede garantizado suficientemente el interés público»[755].

El procedimiento de terminación convencional es una forma especial, atípica, de finalización del procedimiento sancionador, porque no existe pronunciamiento alguno por parte de las autoridades de competencia sobre si ha existido o no infracción de la normativa de competencia[756]. De hecho, no se imputa la infracción al haber logrado alcanzar «un acuerdo temprano de solución de los posibles efectos sobre la competencia derivados de la conducta, garantizando el interés público, sin necesidad de continuar la instrucción del expediente»[757]. En su lugar, se hacen vinculantes unos compromisos ofrecidos voluntariamente por el autor o autores de la presunta conducta anticompetitiva[758].

Por tanto, cuando se alcance una terminación convencional con la autoridad de competencia las partes podrán estar seguras de que no serán sancionadas, salvo incumplimiento de lo pactado.

La terminación convencional puede solicitarse incluso después de conocer la imputación que la Dirección de Investigación les formula y hasta la fecha en que finalice

---

En *Asistencia jurídica gratuita en Canarias*, por ejemplo, no se aceptaron directamente los compromisos presentados, sino que se aceptó la terminación convencional una vez realizadas matizaciones y concreciones. Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. SACAN/29/13 - *Asistencia jurídica gratuita en Canarias*, de 30 de julio de 2015.

[754] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0617/17 - *Atresmedia/Mediaset*, de 12 de noviembre de 2019, FJ 5.

[755] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0404/12 - *Servicios comerciales AENA*, de 2 de enero de 2014, FJ 3.

Como recoge la CNMC en *Contratos de Permanencia* «el hecho de que el procedimiento pueda ser finalizado anticipadamente por motivos de economía procesal, tal como manifiesta la Audiencia Nacional, no le resta valor a la actividad que la CNMC debe ejercer en virtud de las competencias que le confieren las normas que le son de aplicación, entra ellas y con carácter general, la de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional así como la de velar por la aplicación coherente de las normas de competencia.» Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0422/12- *Contratos de permanencia*, de 29 de octubre de 2014, FJ 4.

[756] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0386/11 – *Ionmed Esterilización*, de 18 de febrero de 2013, FJ. 1; El art. 52 LDC reconoce un derecho a solicitar la terminación convencional, no a que se inicie y menos a que se termine convencionalmente un procedimiento. Eso significa que la CNC no va a estar obligada a terminar el procedimiento de esta forma por el mero hecho de que se solicite. Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0248/10 – *Mensajes Cortos*, de 19 de diciembre de 2012, FJ. 4.

[757] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0386/11 – *Ionmed Esterilización*, de 18 de febrero de 2013, FJ. 1.;

[758] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0302/10 - *Orona/Omega*, de 22 de septiembre de 2011, FJ. 3.; la autoridad de competencia vigilará que se respeten los compromisos adquiridos. Véase SUÁREZ, P. "Comentario de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, de 2 de diciembre de 2011" en 2012 Práctica mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2011 en los grandes despachos. Ed. La Ley, madrid, mayo 2012.

la fase de instrucción[759]. Se permite que pueda solicitarse después del Pliego de Concreción de Hechos porque parece difícil que alguien acepte iniciar una negociación sin que haya al menos una imputación indiciaria[760]. Sin embargo, al aceptarse la presentación de la terminación convencional en una fase avanzada del procedimiento, se está aceptando la liberación de la sanción a cambio de compromisos cuando, en algunos supuestos, ya está probada incluso la existencia de la infracción[761].

En todo caso, no podrá aceptarse la terminación convencional cuando «las conductas investigadas hayan tenido efectos irreversibles sobre la competencia durante un periodo de tiempo significativo o hayan afectado a una parte sustancial del mercado»[762]. Esto puede generar incertidumbre jurídica cuando un operador económico valore realizar su solicitud para acogerse a esta terminación por cuanto no se define qué puede considerarse como "tiempo significativo" o "parte sustancial del mercado".

1. Los compromisos vinculantes: aspectos positivos y riesgos de la configuración de la terminación convencional en el ordenamiento jurídico español

El aspecto positivo de la terminación convencional es que estos compromisos vinculantes y de obligado cumplimiento resuelven los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y que, en principio, queda garantizado suficientemente el interés público[763]. De hecho, se entiende que si se opta por este modo de finalización del procedimiento es porque la remoción de los obstáculos a la libre competencia resulta más beneficiosa para el interés público que la instrucción completa del expediente, aunque éste pudiera derivar en la imposición de una sanción[764].

---

[759] COSTAS COMESAÑA, J. "El procedimiento sancionador. Las multas", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 1, enero-febrero 2008, p. 4.

[760] VELASCO SAN PEDRO, L. A. "La terminación convencional del procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Ed. La Ley, nº 4, enero - junio 2009, p. 4.

[761] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. "La terminación convencional en el procedimiento sancionador por conductas anticoncurrenciales", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Ed. La Ley, nº 11, Segundo semestre de 2012, p. 9.

[762] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0220/10 - *SGAE, Sociedad General de Autores y Editores,* de 3 de julio de 2012, FJ. 3.

[763] ALONSO SOTO, R. "El falseamiento de la libre competencia por actos desleales" en *Notas de competencia*, Ed. Gómez Acebo & Pombo, nº 3, mayo 2003, p. 11.

[764] La CNC justificó su utilización en *Ionmed Esterilizacion* recogiendo que «la supresión de dichos obstáculos de forma temprana y el restablecimiento en su caso de las condiciones de competencia, garantiza en mayor medida el interés público que una instrucción completa que, aunque terminase finalmente en acreditación de la infracción, retrasaría la cesación de la conducta y supondría además mayores cargas, tanto para la administración como para el supuesto infractor. Y la remoción de los posibles obstáculos a la competencia de forma inmediata es más importante en este caso y favorable para el denunciante que está precisamente en fase de acceso al mercado». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0386/11 – *Ionmed Esterilización*, de 18 de febrero de 2013, FJ. 4.

Además, desde la perspectiva de la autoridad de competencia también supondrán la rápida terminación del procedimiento, la liberación de recursos, la minimización del riesgo de apelaciones y funcionará como un mecanismo para adoptar decisiones más flexibles, mejor dirigidas e incluso consensuadas[765]. No sería lógico que una resolución que recoge los compromisos propuestos por la empresa a la que está dirigida fuera después recurrida por ésta última, salvo por razones muy concretas y específicas[766].

Dicho con otras palabras: la terminación convencional puede ayudar a la disuasión si es utilizada correctamente.

A través de la liberación de los recursos, la autoridad de competencia dispone de más medios para seguir investigando mercados donde potencialmente se estén desarrollando conductas anticompetitivas y, consecuentemente, las posibilidades de detección aumentan.

Para las empresas, la terminación convencional implicará la eliminación automática del riesgo a ser sancionadas, el ahorro en tiempo y gastos de asesoría económico/legal, la seguridad de que no pueden utilizarse por las partes afectadas por el presunto comportamiento anticompetitivo para solicitar una indemnización, una perspectiva sobre las preocupaciones de la autoridad de competencia y la evitación una mala publicidad[767].

Los aspectos negativos desde la perspectiva de la autoridad de competencia son:

- Al no existir pronunciamiento sobre si ha existido o no infracción no podrá ser utilizada a los efectos de considerar una posible reincidencia en el futuro.
- No se podrá utilizar la resolución administrativa para reclamar los eventuales daños civiles que hayan podido surgir. Se pueden aceptar compromisos –si se consideran adecuados– incluso con la oposición de otros interesados.

---

[765] DURAND, B. "A primer: ex post empirical assessment of article 9 commitments decisions" en *Conferencia sobre Commitments in EU Competition Policy*, Ed. Brussels School of Competition, Bruselas, 5 de Junio de 2014. El procedimiento europeo de commitments permitió que en el 2012 no se adoptara ninguna decisión sancionadora por infracción del artículo 102 TFEU. Como señalan Barbier de la Serre y Lagathu, «this does not come as a surprise, as the development of the commitment procedure has meant that decisions finding infringements of Article 102 TFEU are now exceptional». BARBIER DE LA SERRE, E y LAGATHU, E. "The Law on Fines…", *op cit,* p. 325.

[766] CREUS CARRERAS, A. y VÁZQUEZ DE PRADA BENNÁSAR, E. "Terminaciones Convencionales…", *op cit*, p. 11.

[767] DURAND, B. "A primer: ex post empirical assessment of article 9 commitments decisions" en *Conferencia sobre Commitments in EU Competition Policy*, Ed. Brussels School of Competition, Bruselas, 5 de Junio de 2014.

De acuerdo con RICHMAN, vivimos en un mundo donde el cotilleo puede ser muy perjudicial y una buena reputación es muy importante para el éxito comercial. RICHMAN, B. D. "The antitrust of reputation mechanisms: institutional economics and concerted refusals to deal", en *Virginia Law Review*, Vol. 95, nº 2, abril 2009, p. 338.

- No solo no se impondrá ninguna sanción –la conducta puede incluso haber resultado "rentable"–, sino que son las propias empresas quienes proponen compromisos que, muy probablemente, no supongan más que lo que deben hacer para cumplir la normativa. anteriormente[768].
- Las consideraciones de oportunidad y el principio de legalidad pueden entrar en conflicto. El hecho de que la decisión quede en manos de la autoridad de competencia pone de manifiesto una cierta disponibilidad sobre la potestad sancionadora, aunque esto no debe ser entendido como que se acepta el principio de oportunidad de manera sistemática[769].
- Pueden surgir errores de cumplimiento excesivo cuando se ponga fin a comportamientos que en realidad no constituían una conducta anticompetitiva y de cumplimiento escaso cuando se finalicen procedimientos que, efectivamente, suponían una infracción de la normativa[770]. La autoridad de competencia querrá detectar y remediar todos los casos de infracción evitando los errores de tipo I y II[771]. Sin embargo, dispondrá de información asimétrica e incompleta acerca de la presunta infracción. Las partes, por su parte, desconocerán la información en poder de la CNMC y pueden preferir no arriesgarse a ser sancionadas y precipitarse a la hora de aceptar compromisos en vez de ejercitar todos sus derechos de defensa[772].

Desde la perspectiva de la empresa que acepta esta terminación, las desventajas son menores, puesto que se limitan a la posibilidad de que se extienda la creencia de que

[768] VELASCO SAN PEDRO, L. A. "La terminación convencional…", *op cit*, p. 8.

[769] Como señala BAÑO LEÓN, «Ciertamente la terminación convencional del procedimiento sancionador, sin imposición de sanciones mediante un acuerdo alternativo, pone de relieve la disponibilidad que el Estado tiene sobre el ejercicio de la potestad sancionadora. Pero la realidad en todos los países es que la persecución de las sanciones administrativas está sujeta a consideraciones de oportunidad. [Ahora bien], si se acepta el principio de oportunidad, ninguna duda cabe de que la CNC puede discrecionalmente aceptar los compromisos de las empresas como alternativa a la prosecución de un procedimiento sancionador, lo que sería jurídicamente muy difícil de justificar si la persecución de las infracciones se sometiera estrictamente al principio de legalidad»

Este autor también pone la regla *de minimis* como ejemplo de que las apreciaciones de oportunidad influyen en el Derecho de la Competencia, sin perjucio de que los Tribunales puedan revisar la actuación del órgano de competencia. BAÑO LEÓN, J. M. "El procedimiento administrativo de defensa de la competencia y las medidas de clemencia", en RUIZ PERIS, J. I. (dir). *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 117-118.

[770] GAUTIER, A. y PETIT, N. "A policy in search of a framework: scope, duration, remedies, etc. "en *Conferencia sobre Commitments in EU Competition Policy*, Ed. Brussels School of Competition, Bruselas, 5 de Junio de 2014,.

[771] *Ibid*.

[772] «La terminación convencional puede suponer el riesgo de que empresas que pueden contar con sólidos argumentos de defensa y que hayan actuado dentro de la legalidad puedan precipitarse al optar por la terminación convencional. A resultas de lo anterior, es posible que dichas empresas puedan acabar asumiendo compromisos que les resulten muy onerosos habiendo, de hecho, renunciado a la defensa». CALLOL, P. y MANZARBEITIA, J. "La terminación convencional en procedimientos sancionadores por conductas restrictivas de la competencia: una consideración práctica", en *2012 Práctica mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2011 en los grandes despachos*. Ed. La Ley Digital, nº 16415/2012, Madrid, mayo 2012, p. 9.

si los ha aceptado es porque realmente existía un incumplimiento. Aunque la terminación convencional no supone ni una confesión, ni la declaración expresa de ilegalidad, la solicitud de terminación convencional y la presentación de compromisos puede ser interpretado como un reconocimiento implícito de la infracción[773]. Sin embargo, estas suposiciones no tendrán ninguna consecuencia jurídica, a no ser que un juez civil establezca que sí que existen unos daños derivados de un ilícito anticompetitivo que deben ser compensados, lo cual resulta improbable[774].

Ahora bien, para beneficiarse de algunas de las ventajas mencionadas es necesario que la negociación de la terminación convencional dure un tiempo significativamente menor que los 18 meses que fija la Ley para resolver un procedimiento sancionador. De otro modo, la pretendida economía procesal que se logra gracias a la aceptación de una terminación convencional quedaría en entredicho. Esto, sin embargo, no siempre ha sucedido, ni está asegurado. Así, por ejemplo, en el asunto *Consejo General Procuradores*, expediente S/0127/09, duró más de diez meses (se incoó el 1 de julio de 2009 y la resolución acordando la terminación convencional tuvo lugar el 20 de mayo de 2010) y en el caso *CEPSA*, n.º 2697/06, los trámites relativos a la terminación convencional duraron un año; por lo que en total este asunto consumió veinte meses, dos más de la duración máxima fijada para el procedimiento sancionador[775].

Relacionado con la larga duración que puede tener el procedimiento de terminación convencional, la facultad de la presunta infractora de proponer dos y hasta tres compromisos diferentes consume mucho tiempo, eliminando la rapidez que se pretendía ganar a través de la terminación convencional. Además, implica un importante coste en términos burocráticos, con lo que se minimizan, si no anulan, las ventajas de esta terminación del procedimiento[776].

Haciendo balance entre los intereses de cada una de las partes, pueden preferirse dos opciones totalmente diferentes en función de la perspectiva que adoptemos. Desde el punto de vista del efecto disuasorio de la sanción, si los efectos de la conducta anticompetitiva se han producido en un espacio prolongado de tiempo o han afectado a una parte sustancial del mercado, a cambio de unos meses de adelanto en la terminación del procedimiento, no parece justificado liberar al presunto infractor de la sanción[777]. Además, aceptar los compromisos implica un cierto reconocimiento de la existencia de

[773] *Ibid*, p. 9.

[774] Véase, a este respecto, OLMEDO PERALTA, E. "El valor probatorio de las resoluciones de terminación convencional en procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia", en *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº 24, 2019.

[775] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. "La terminación convencional…", *op cit*, p. 8.

[776] *Ibid*, p. 10

[777] *Ibid*, p. 7

una infracción que tuvo efectos negativos que son preciso reparar y «el cambio de sanción por compromisos en estas circunstancias es, como mínimo, chocante»[778].

Desde el punto de vista del consumidor, los aspectos negativos de la terminación convencional harán preferible que, si bien se recompensa la colaboración, el procedimiento se desarrolle hasta el final para poder interponer una *follow-on action* reclamando la indemnización por los daños sufridos. Como recoge MARCOS[779].

El artículo 52 LDC, ni precisa el contenido de la terminación convencional, ni excluye que la terminación convencional pueda interpretarse como un mérito más para la reducción de la sanción[780]. Por tanto, puede analizarse su aplicación en este sentido, contribuyendo a reducir la sanción, pero no a eliminarla por completo. De esta manera, las partes se beneficiarían de una pronta terminación y, a la misma vez, no se estaría dificultando el ejercicio de acciones de seguimiento basadas en la decisión de la autoridad de competencia.

A todo ello, hay que sumar un otro problema: qué sucede si una de las partes no se ha enterado de la posibilidad de solicitar en el plazo de tres meses la terminación convencional (art. 39 RDC). Ni la LDC, ni el RDC, regulan los supuestos en los que una o varias partes solicitan acogerse a esta terminación atípica, pero no lo hacen todas. De acuerdo con el tenor literal de la Ley, se entiende que debería continuarse con el procedimiento sancionador con las partes que no se hayan acogido a la terminación convencional. Sin embargo, esto podría originar que tuvieran que dictarse dos resoluciones, en vez de una sola, pese a tratarse de un mismo acuerdo. Hasta la fecha, este problema sólo se ha presentado en un asunto, *Horarios comerciales*, y en dicha resolución el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia declaró acreditada la existencia de un acuerdo susceptible de restringir la competencia, se acordó la terminación convencional del expediente e impuso obligaciones conductuales a la única empresa que no se adhirió a la terminación convencional[781]. La resolución del expediente sancionador y consecuente acreditación de la existencia de una práctica anticompetitiva parece estar reñida con la posibilidad de acordar una terminación convencional del procedimiento, por lo que la solución que se estima procedimentalmente óptima sería prever un trámite por el que se ponga en conocimiento de las demás partes que una de ellas ha iniciado los trámites para finalizar el procedimiento convencionalmente.

Todo ello nos debe llevar a concluir que existe una excesiva disponibilidad del sujeto infractor sobre el fin del procedimiento sancionador. De hecho, el deseo de evitarla

[778] *Ibid*., p. 10

[779] Comparado con un éxito general del 26% en las reclamaciones por daños, las *follow-on actions* alcanzan el 66,7%, en MARCOS, F. "Damages' Claims in the Spanish Sugar Cartel", en *SSRN*, 1 de junio de 2014, nota al pie de página nº 53.

[780] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. "La terminación convencional…", *op cit,* p. 11

[781] Resolución del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia en el Expte. 11/2009 - *Horarios comerciales*, de 24 de noviembre de 2009.

puede ser el motivo por el cual **e**l Reglamento (CE) 1/2003 impide presentar compromisos después de que la Comisión Europea haya anunciado en el Pliego de Cargos su intención de imponer una sanción (considerando 13 del Reglamento (CE) 1/2003).

Por su parte, como ya se ha adelantado, el artículo 52.3 LDC limita la posibilidad de presentar compromisos al momento de elevación de la Propuesta de Resolución. Ello significa que se pueden presentar incluso después de que la Dirección de Investigación haya presentado el Pliego de Concreción de Hechos –donde se da a conocer la imputación que se les formula– y hasta la fecha en que ponga término a la fase de instrucción.

El hecho de que la terminación convencional puede solicitarse hasta que finalice la fase de instrucción hace que nuestra legislación sea más flexible que la europea[782].

Desde la perspectiva de las empresas infractoras, también la hacen más beneficiosa porque pueden apurar el momento de presentación de compromisos. De tal forma que incluso haya quien pueda opinar que es un mecanismo que puede utilizarse simplemente para escapar de la sanción, sin que exista realmente una voluntad de enmendar lo que podría haber llegado a constituir una infracción de la LDC.

A nuestro entender, la interpretación de la UE parece más sensata porque la mera apertura formal de un procedimiento sancionador, como recoge el artículo 49.1 LDC, supone la previa constatación de los indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas[783]. Así, es necesario valorar qué se pretende a través de las terminaciones convencionales. En nuestro caso, la terminación convencional supone que no se impondrá ninguna sanción, por lo que no existirá ningún tipo de reproche jurídico a la conducta desarrollada –con todo lo que ello conlleva–. Por ello, el periodo hasta el cual puede recibirse dicho beneficio es demasiado extenso y debería permitirse, como mucho, hasta que finalice el plazo para contestar al Pliego de Concreción de Hechos. Si realmente se pretenden presentar compromisos porque la conducta no es ilícita, no es necesario esperar hasta que casi haya finalizado la instrucción, sino que el diálogo con la autoridad de competencia puede –y debe– empezar antes.

[782] COSTAS COMESAÑA, J. "El procedimiento sancionador…", *op cit*, p. 4.

[783] FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. "La terminación convencional…", *op cit*, p. 9.

A este respecto, debe recordarse que la prueba de presunciones está generalmente admitida (véase, entre otras, la STC (Sala Primera) 63/2007, de 27 marzo de 2007) a través de la cual puede declararse acreditada la infracción y, por lo tanto, proceder a imponer una sanción. Así se ha entendido también por la CNMC, entre otras, en la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0584/16, *Agencias de medios*, de 3 de mayo de 2018 y en la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0455/12 - *Grupos de gestión*, de 12 de mayo de 2016.

2. Los acuerdos transaccionales: la imposibilidad para las autoridades españolas de competencia de acudir a un acuerdo transaccional

Con relación a los tipos de terminación convencional, en Derecho de la UE debemos distinguir dos procedimientos: (a) el de compromisos (artículo 9 del Reglamento (CE) 1/2003) –análogo a la terminación convencional en Derecho interno– y (b) el transaccional (artículo 7 del Reglamento (CE) 1/2003 y 10.a del Reglamento de la Comisión 773/2004) –sólo aplicable cuando es la Comisión Europea quién está conociendo del asunto–[784].

Si bien en este epígrafe nos centraremos en los acuerdos transaccionales, debemos referirnos –aunque sea brevemente– a las decisiones de compromisos. En todo caso, se trata de un procedimiento que, como apuntábamos, es análogo a la terminación convencional en Derecho interno.

Las decisiones de compromisos no se utilizan en los casos de cárteles porque la imposición de multas está en el corazón de la actividad de control de la Comisión Europea y, por tanto, este tipo de soluciones no resulta apropiado en los casos en que la Comisión Europea tiene la intención de imponer una multa[785]. Sin embargo, suelen ser frecuentes en los casos de abuso de posición de dominio[786].

La fuerza vinculante de estos compromisos es equivalente a la de una resolución de la Comisión Europea y, al ser vinculante, tras su aprobación, su cumplimiento puede ser exigido. En caso de que no se respete lo pactado, la Comisión Europea puede reabrir el procedimiento y sancionar a las empresas. Sirva de ejemplo el asunto *Microsoft*, en el que a Microsoft se le impuso una multa de 561 millones de euros por incumplir durante

[784] Esto significa que incluso cuando debido a la teoría de la doble barrera una autoridad nacional de competencia deba aplicar los artículos 101 ó 102 TFUE, no podrá llevarse a cabo una terminación transaccional por el principio de autonomía procesal.

[785] WILS, W. P. J. "The use of settlements in public antitrust enforcement: objectives and principles", en *Law and Economics Review*, Vol. 31, nº 3, septiembre 2008, p. 6; Cengiz recoge que existe un consenso generalizado sobre el hecho de que las características básicas del procedimiento de compromisos se inspiran en los decretos utilizados por el Department of Justice y la Federal Trade Commission estadounidenses, para la finalización de las investigaciones en temas de competencia. CENGIZ, F. "Judicial review and the rule of law in the EU competition law regime after Alrosa", en *European Competition Journal*, Vol. 7, nº 1, abril 2011, p. 130; véase también GAUTIER, A. y PETIT, N. "Optimal Enforcement of Competition Policy: The Commitments Procedure under Uncertainty", en *SSRN*, 14 de octubre de 2014, p. 2.

[786] Véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40023 – *Cross-border access to pay-TV*, de 7 de marzo de 2019. En este asunto, la Comisión Europea investigaba si determinadas cláusulas introducidas por Paramount en los contratos de licencia de películas para televisión suscritos con Sky UK impedían que se pudiera ofrecer a los consumidores de fuera del Reino Unido e Irlanda -pero de la UE- acceder a películas por satélite o en línea.

Otro ejemplo puede encontrarse en la Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40461 – *DE/DK Interconnector*, de 7 de diciembre de 2018. En este caso las preocupaciones de la Comisión Europea solucionadas con este procedimiento se referían a la posibilidad de que se estuviera limitando sistemáticamente la capacidad en el interconector eléctrico entre el oeste de Dinamarca y Alemania.

14 meses los compromisos adoptados al no mostrar la pantalla de elección de navegador a los usuarios de Windows 7 Service Pack 1[787].

El recurso al procedimiento de compromisos es positivo porque, en vez de prohibir una conducta, busca soluciones para resolver el problema de competencia detectado y, así, lograr un nivel adecuado de competencia gracias a los cambios que se producen a raíz de los compromisos adoptados[788].

Así, por ejemplo, entre otros compromisos, en *VISA Europe* se acordó limitar las tasas que aplica a las transacciones abonadas con sus tarjetas de crédito, y en *Standard & Poors* se fijó un precio fijo de acceso a sus innovaciones (15.000 dólares) y se eliminaron las tasas por acceso indirecto[789].

Con relación al procedimiento de transacción, éste es específico para los casos en los que nos encontremos ante un cártel[790]. En todo caso, procede adelantar que su uso les está vedado a las autoridades de competencia españolas, por lo que, aunque procederemos a analizarlo, actualmente no puede recurrirse a él conforme a las normas de Derecho interno.

En estos casos, la Comisión Europea decide discrecionalmente la conveniencia de acogerse o no a él, de tal manera que las partes no tienen derecho a la transacción. Ahora bien, en los casos en los que se siga el procedimiento establecido en la Comunicación sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción y se cumplan los requisitos en ella establecidos, las partes obtendrán una reducción del 10% sobre el importe de la multa[791]. Esta es una oferta de "o lo tomas o lo dejas", en la que la reducción del diez por ciento no es negociable[792]. Ésta es, por tanto, una de las principales diferencias con el procedimiento regulado en el artículo 9 del Reglamento (CE) 1/2003, dado que las

[787] Microsoft se había comprometido a otorgar la posibilidad de elegir libremente entre distintos navegadores mediante una pantalla de elección instalada en los sistemas Windows XP, Windows Vista, Windows 7 y en los sistemas operativos Windows para ordenadores personales clientes que se vendieran a partir de Windows 7. Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39530 - *Microsoft – Tying*, de 6 de marzo de 2013.

[788] LAMADRID DE PABLO, A. "Overview of commitment decisions adopted under Regulation 1/2003" en *Conferencia sobre Commitments in EU Competition Policy*, Ed. Brussels School of Competition, Bruselas, 5 de Junio de 2014.

[789] Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39398 - *Visa MIF*, de 26 de febrero de 2014; Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39.592 - *Standard & Poor's*, de 15 de noviembre de 2011.

[790] WILS, W. P. J. "The use of settlements…", *op cit*, p. 7

[791] «sólo corresponde decidir a la Comisión, y no a las empresas, habida cuenta de las circunstancias de cada caso concreto, si el recurso a dicho procedimiento permite facilitar la sanción de la infracción de que se trate y, en dicho contexto, conceder una reducción de la multa del 10 % a una empresa que cumpla los requisitos». STG (Sala Segunda) de 17 de mayo de 2011, asunto T-343/08, *Arkema France v. Comisión* [2011] RJE II-2287, ap. 191.

[792] CALVANI, T. y CALVANI, T. H. "Cartel sanctions…", *op cit*, p. 203

decisiones por compromisos en los casos de abuso de posición de dominio sí son negociadas[793].

El primer beneficio que otorga a los presuntos infractores el finalizar el procedimiento por transacción es precisamente esta reducción en la cuantía de la sanción. A esta reducción hay que añadir que el coeficiente multiplicador por disuasión (también denominado «incremento específico para garantizar un efecto disuasorio») que aplica la Comisión Europea no excederá de dos. Este segundo beneficio es de gran importancia sobre todo para las grandes compañías. Si tomamos como ejemplo el asunto *PO/Interbrew and Alken-Maes*, donde el multiplicador fue de 5, podemos concluir que, si el procedimiento se hubiera finalizado por transacción, la reducción en la sanción hubiera sido de un 64%[794].

Además, las empresas que acudan a la autoridad de competencia a realizar una solicitud de clemencia también podrán finalizar el procedimiento beneficiándose de un acuerdo transaccional. Una vez que ya se ha renunciado a la presunción de inocencia al declarar de forma voluntaria que se ha cometido una infracción de la normativa de competencia, cualquier reducción de la sanción será bienvenida por la empresa. De hecho, salvo en *Power Exchanges*, en todos los demás asuntos en los que la Comisión ha finalizado el procedimiento mediante acuerdo transaccional, al menos una empresa había solicitado previamente acogerse al programa de clemencia[795].

---

[793] También hay que diferenciarlo de los plea agreements norteamericanos. Como recoge Italianer «Our settlements should not be confused with the US practice of plea bargaining. Our settlements are used to speed up an administrative procedure. Plea bargaining in the US is an investigative tool in a criminal case. (…) EU settlements only begin once the Commisison has concluded the investigation. In the US plea bargaining is concluded with one party at a time, in the EU settlements are concluded with all (or nearly all) parties at the same time» ITALIENER, A. "Fighting cartels in Europe and the US…", *op cit*; p. 5

[794] «Assuming a base amount of 100, the fine after a 5X deterrence multiple would be 500, while the fine after a 2X deterrence multiple and the additional 10% settlement reduction would be 180, a 64% net reduction». El multiplicador fue de 5 por ejemplo en la Decisión de la Comisión en el Expte. IV/37.614/F3 - *PO/Interbrew and Alken-Maes*, de 5 de diciembre de 2001, como aparece recogido en HULL, D. W. y CLANCY, M. J. "The European Commission's procedure for cartel cases: a defense counsel's perspective" en GHEUR, C. Y PETIT, N. (eds) *Alternative enforcement techniques in EC competition law. Settlements, commitments and other novel instruments* Ed. Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 110.

[795] La Comisión ha seguido este procedimiento, entre otros, en *DRAM* (Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38511 - *DRAM*, de 19 de mayo de 2010), Fosfatos para alimentar animales (Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38866 - *Animal Feed Phosphates*, de 20 de julio de 2010), *Detergentes* (Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39579 – *Consumer Detergents*, de 13 de abril de 2011), *Cristal para los tubos de rayos catódicos* (Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39437 - TV and computer monitor tubes, de 5 de diciembre de 2012), *Compresores para frigoríficos* (Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39600 - *Refrigeration compressors*, de 7 de diciembre de 2011), *Productos para la gestión del agua* (Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/139611 - *Water Management Products*, de 27 de junio de 2012), *Arnés de cables* (Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39748 – *Automotive Wire Harnesses*, de 10 de julio de 2013), *Derivados del tipo de interés del Euro y del Yen* (Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39914 – *Euro Interest Rate Derivatives*, de 4 de diciembre de 2013 y Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39861 – *Yen Interest Rate Derivatives*, de 4 de diciembre de 2013), *Polyurethane Foam* (Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39801 - *Polyurethane foam*, de 29 de enero de 2014), *Intercambios de electricidad* (Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39952 – *Power Exchanges*, de 5 de marzo de 2014.), *Bearings* (Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39922 –

Sin embargo, la finalización por transacción tal y como está prevista en el sistema de la UE presenta algunos problemas desde la perspectiva del infractor que no existen con la terminación convencional española y que deben ser valorados.

En primer lugar, la admisión de responsabilidad puede dar lugar a sanciones más elevadas en futuros asuntos[796]. La responsabilidad podría aumentarse hasta en un 100% porque se le consideraría reincidente. En segundo lugar, se está exponiendo adicionalmente a las reclamaciones privadas por daños. Admitir que se han llevado a cabo conductas competitivas puede tener un impacto significativo en futuros procedimientos[797]. Además, favorecerá la rapidez para que los litigantes puedan interponer *follow-on actions*[798]. Ello, no obstante, en una terminación por transacción probablemente aparezcan menos detalles que si se hubiera terminado la investigación, lo que a la vez significa un perjuicio para los potenciales demandantes, que dispondrán de menos datos para la solicitud de indemnización.

Desde la perspectiva del sistema de competencia, la terminación por transacción parece más adecuada que la terminación convencional para los casos de cártel porque la autoridad de competencia se pronunciará sobre si esa presunta conducta anticompetitiva realmente está afectando al mercado. En caso afirmativo, permite a las empresas que colaboren obtener una reducción en la sanción a la misma vez que se evita la pérdida del efecto disuasorio de la multa. En caso negativo, la empresa obtiene la seguridad sobre la ausencia de efectos anticompetitivos de su comportamiento.

Bearings, de 19 de marzo de 2014), *Steel Abrasives* (Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39792 – *Steel Abrasives*, de 2 de abril de 2014.), *Champiñones* (Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39965 - *Mushrooms*, de 25 de junio de 2014), *Derivadas* (Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39924 - *Swiss Franc Interest Rate Derivatives*, de 21 de octubre de 2014), *Calentadores de aparcamiento* (Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40055 - *Parking heaters*, de 17 de junio de 2015), *Sobres* (Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39780 - *Paper envelopes*, de 16 de junio de 2017), *Sistemas de seguridad de los ocupantes suministrados a fabricantes de automóviles japoneses* (Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39881 - *Occupant Safety Systems*, de 22 de noviembre de 2017), *Transportistas Marítimos* (Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40009 – *Maritime Car Carriers*, de 21 de febrero de 2018), *Sistemas de seguridad de los ocupantes II*, (Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40481 – *Occupants Safety Systems II*, de 5 de marzo de 2019)

[796] HULL, D. W. y CLANCY, M. J. "The European Commission's procedure for cartel…", *op cit*, p. 117

[797] Señalan HULL y CLANCY que «while the Settlement Notice protects the confidentiality of the settlement submissions during the course of the proceeings, third parties will nevertheless be able to obtain the same information from the public version of the resulting Commission decision. Further, […], entry into a settlement will mean that this decision will be released earlier into the public domain» *Ibid*. 118.

[798] Añaden HULL y CLANCY, a este respecto, que mientras que algunas compañías pueden ver esto como una ventaja, ya que les permite resolver su responsabilidad y dejar todo el asunto detrás de ellos más rápidamente, otras compañías pueden desear retrasar tales acciones privadas el mayor tiempo posible *Ibid*. pp. 118.

En todo caso, existen dificultades a la hora de valorar la conveniencia de su aplicación que pueden hacer desaconsejable recurrir a los acuerdos transaccionales con frecuencia.

Desde la perspectiva de la aplicación óptima del Derecho de competencia, la finalización a través de este procedimiento únicamente será ventajosa si los beneficios que se derivan de un resultado más rápido y del ahorro de los costes administrativos –lo que incluye que no se suelan interponer recursos– superan a los perjuicios[799].

Desde el punto de vista del cálculo de la sanción óptima y la disuasión, podría resultar contraproducente conceder reducciones adicionales una vez que gracias a la colaboración de varias empresas se dispone de las evidencias suficientes para acreditar el incumplimiento. No obstante, el ahorro de recursos que supone una rápida terminación, el poder dedicar los esfuerzos a perseguir otras conductas aún no detectadas y el tratar de reducir el número de recursos interpuestos contra las resoluciones sancionadoras, justifican estas reducciones[800]. Además, a diferencia de lo que sucede con la terminación convencional, el hecho de que exista un pronunciamiento sobre su ilicitud hace que éste pueda utilizarse para que los perjudicados puedan reclamar daños civiles.

Sin embargo, aunque deseable, salvo cambio normativo expreso, en la actualidad alcanzar acuerdos transaccionales con los sujetos infractores les está vedado a las autoridades de competencia del Estado español, por lo que la única opción será comprobar si se verifican los requisitos para poder finalizar convencionalmente el procedimiento sancionador.

IV. La finalización ordinaria del procedimiento administrativo sancionador: las dificultades de las autoridades de competencia a la hora de determinar la sanción concreta

La determinación de la sanción concreta que se impondrá a los presuntos infractores es un momento clave en el procedimiento sancionador. Como es razonable, los futuros sancionados centrarán sus esfuerzos en intentar conseguir que la multa sea de la menor cuantía posible. Para ello, utilizarán todos los mecanismos que estén a su alcance y que les permitan bien convencer a la autoridad de competencia de lo injustificado de la multa, o bien desvirtuar, por medio de recurso, cualquier argumento que presente la autoridad de competencia para justificar la propia sanción o cualquier cuantía superior al mínimo posible. Esto conlleva la necesidad de que la autoridad de competencia sea

[799] WILS, W. P. J. "The use of settlements…", *op cit*, p. 12

[800] ITALIANER, A. "Interview with Dr. Alexander Italianer, Director General for Competition, European Commission", en *The antitrust source*, abril 2011, **http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/apr11-fullsource.authcheckdam.pdf**, (Último acceso: 06.05.2020), p. 2.

especialmente cuidadosa y rigurosa en este momento del procedimiento, de tal manera que no se vulnere el equilibrio entre finalidad de la sanción y derechos de las partes.

La propia Comisión Europea admite que la legislación de la UE no impone un modelo uniforme en el diseño de los regímenes nacionales de aplicación de las normas de competencia[801]. Como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, «la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia, aun cuando apliquen las mismas normas sustantivas, lo hacen con procedimientos y sanciones que –hasta este momento– no son objeto de regulación armonizada»[802].

En el sistema europeo, la sanción se calcula de la misma manera para todo operador económico, independientemente de que se trate de una Administración, una empresa o una asociación[803]. La Comisión divide el cálculo de la sanción en tres pasos: primero calcula la base, después aplica las circunstancias modificativas y, finalmente, en caso de ser necesario, aplica las reducciones provenientes del programa de clemencia o del límite del 10% del volumen de negocios.

En España, aunque la LDC o el reglamento que la desarrollan, nada dicen al respecto, la Comunicación sobre sanciones seguía las pautas establecidas por las Directrices recogiendo también estas dos fases.

No obstante, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, el límite del 10% no puede utilizarse como correctivo para ajustar la cuantía de la sanción, sino que debe ser utilizado para calcular la multa a partir de él y hacia abajo[804].

La duda que puede surgir es si el objetivo de la normativa debe ser garantizar la predictibilidad de las sanciones. Para responder a esta cuestión, procede señalar que autores como WILS han argumentado en contra de la predictibilidad de la sanción, alegando que haría disminuir su efecto disuasorio[805]. Por otra parte, a nivel de la UE, el Tribunal de Primera Instancia, en *BASF v Commission,* recogió que el objetivo de las Directrices era la transparencia y la imparcialidad, y no la predictibilidad de las multas[806].

---

[801] COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Diez años de aplicación de la normativa antimonopolio del Reglamento (CE) nº 1/2003: logros y perspectivas futuras. Nº COM/2014/0453 final, 9 de julio de 2014, ap. 35.

[802] STS 112/2015, Sala de lo Contencioso, Sec 3ª, de 29 de enero de 2015, FJ. 5.

[803] Las diferencias surgirán a la hora de determinar de dónde deben obtenerse los datos. Así, por ejemplo, en el caso de las asociaciones podrá tenerse en cuenta el volumen de negocios de los miembros. Ahora bien, se trate de una asociación o de una empresa, lo que se está utilizado es el «volumen de negocios».

[804] STS 112/2015, Sala de lo Contencioso, Sec 3ª, de 29 de enero de 2015, FJ. 5.

[805] WILS, W. P. J. "Optimal antitrust fines…", *op cit*, pp. 183-208.

[806] STPI (Sala Cuarta) de 15 de marzo de 2006, asunto T-15/02, *BASF v. Comisión* [2006] RJE II-00497, ap. 250.; las Directrices «no pueden calificarse de norma jurídica a cuya observancia está obligada en cualquier caso la Administración, establecen sin embargo una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse y de la cual la Administración no puede apartarse, en un determinado caso, sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia Dansk

Es decir, aunque la multa concreta que será impuesta no pueda ser conocida con antelación por las partes, éstas tendrán la seguridad de que la autoridad de competencia no se separará de las "guías" que se ha autoimpuesto[807].

A nivel interno, antes de la derogación de la Comunicación sobre sanciones por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, podía apreciarse que los objetivos de dichas directrices eran dos[808:]

- Lograr cumplir con los principios de proporcionalidad y disuasión que se espera de las mismas, y que el Tribunal Supremo ha recordado en numerosas sentencias (entre otras, de 24 de noviembre de 1987, 23 de octubre de 1989, 14 de mayo de 1990 y 15 de julio de 2002)
- Dar una mayor transparencia y previsibilidad a la actuación de la autoridad de competencia en el ejercicio de su potestad sancionadora.

Por tanto, en ninguno de los dos sistemas puede apreciarse que se haya recogido la necesidad de que la cuantía de la sanción deba ser predecible con carácter previo a su imposición, aunque sí deban ser predecibles los factores que se tendrán en cuenta para su fijación.

A continuación, nos centraremos en las dificultades que surgen cuando, a partir de la información disponible, la autoridad de competencia debe hacer los cálculos económicos que determinarán la sanción concreta a imponer a las personas físicas, a las empresas o a la Administración pública cuando actúa como operador económico.

1. Las personas físicas como sujeto infractor: de la práctica inaplicación del artículo 63.2 LDC al reciente aumento de supuestos en los que se ha sancionado a personas físicas

Mientras que en Derecho de la UE no se prevé la posibilidad de sancionar a las personas físicas, en Derecho interno, en el artículo 61 LDC se establece que son sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones

---

Rørindustri y otros/Comisión, antes citada, apartados 209 y 210)». STJ (Sala Primera) de 18 de mayo de 2006, asunto C-397/03 P, *Archer Daniels Midland y Archer Daniels Midland Ingredients v. Comisión* [2006] RJE I-04429, ap. 91.

[807] Hay que tener en cuenta lo que señalan BARBIER DE LA SERRE y LAGATHU: «in Ballast, although the General Court insisted on the fact that the 1998 or the 2006 Guidelines are not binding on it, it held that it may have to rely on the methodology set forth therein, when reviewing the fine, in particular to avoid discrimination between the undertakings sanctioned. This shows the strong paradox that characterizes the 2006 Guidelines: while they are just soft law, they may go as far as constraining the EU Courts' unlimited jurisdiction». BARBIER DE LA SERRE, E y LAGATHU, E. "The Law on Fines…", *op cit*, p. 343.

[808] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0380/11 – *Coches de alquiler*, de 30 de julio de 2013, FJ. 10; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0341/11 – *Correos*, de 22 de abril de 2013, FJ. 7.

tipificadas como infracciones en la LDC, dentro de las cuales, la actuación de una empresa también resulta imputable a las empresas o personas que la controlan[809].

De acuerdo con el artículo 63.2 LDC, los representantes legales o personas que integran los órganos directivos que haya intervenido en el acuerdo o decisión podrán ser sancionados cada uno con una multa de hasta 60.000 euros, excepto cuando no hayan asistido a las reuniones o hayan votado en contra o salvado su voto[810]. Aunque de la redacción del precepto podría interpretarse que únicamente se contemplan las infracciones del artículo 1 LDC, el TDC consideró en *Servicios Funerarios de Madrid* que también se podía sancionar a los representantes legales en el supuesto de condena por conductas abusivas o desleales –artículo 3 LDC–[811]. No obstante, ni la CNC, ni la CNMC han sancionado a personas físicas por la infracción del artículo 3 LDC.

A la hora de determinar quién puede ser considerado responsable y qué función debe desempeñar en la empresa, la propia autoridad de competencia ha reconocido que en las reuniones para alcanzar acuerdos no es necesario que el trabajador ostente poderes de representación. Es suficiente con que acuda como representante de la empresa de modo que pueda generar en el resto de empresas una confianza legítima suficiente de que el acuerdo será respetado y, por tanto, que no operarán conforme a las reglas de la libre competencia[812].

---

[809] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0251/10 - *Envases Hortofrutícolas*, de 2 de diciembre de 2011, FJ. 6.

[810] Por lo tanto, y a diferencia de lo que sucede en otros sistemas legales, en España no se contemplan sanciones penales para las personas físicas que inclumplan la normativa.

La Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones recogía en su apartado 23 que «La sanción efectivamente impuesta en este caso será de entre el 1% y el 5% del volumen de ventas afectado por la infracción, teniendo en cuenta la duración, y en función del grado de responsabilidad de la persona física en la comisión de la infracción, siempre respetando el límite [de 60.000 euros].» No obstante, al no resultar de aplicación esta Comunicación, la autoridad de competencia puede imponer la multa que estime conveniente atendiendo a las cirucnstancias de la infracción, siempre que no supere ese techo máximo.

Teniendo en cuenta la generalidad con la que está redactado, debe destacarse que «no contiene, por tanto, elementos de graduación o proporcionalidad en función, por ejemplo, del grado de participación del directivo, de su nivel de responsabilidad o de la gravedad de la conducta atribuida a la persona jurídica», siendo un reto de la CNMC el fijar a través de sus resoluciones las guías que hagan previsible la cuantía de la sanción -en función de la infracción-, hasta que se resuelva esta deficiencia a través de otros mecanismos. GUERRA, A. Y ARRANZ, T. "Sanciones a representantes y directivos por infracciones de las normas de defensa de la competencia", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 921/2016, parte Opinión, 2016, p. 2

[811] Resolución del TDC en el Expte. 404/97 - Servicios Funerarios de Madrid, de 23 de diciembre de 1997; Comentada en BERENGER FUSTER, L. "Los procedimientos en materia de defensa de lacompetencia", en BERENGUER FUSTER, L.; GINER PARREÑO, C. A. Y ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. *La nueva legislación española ante la evolución del derecho de la competencia*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 281.

[812] «No puede aceptarse como estándar que la empresa sólo quede involucrada en un acuerdo cuando quien acude a una reunión o expresa la intención comercial de la empresa es un apoderado de la misma. Un trabajador que acude en nombre de una empresa a una reunión también puede generar en los demás participantes la confianza de que lo que pone de manifiesto es la intención competitiva de la empresa y ello puede ser bastante para coordinar las estrategias competitivas y alterar la competencia en el mercado». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0226/10 - *Licitaciones carreteras*, de 19 de octubre de

Este criterio ha sido ratificado por la Audiencia Nacional en su SAN 22 de enero de 2013:

> "La actora en relación con la participación del que aparece como su representante no impugna sino que contara con "facultades para representarla" lo que implica que si se trataba de un empleado de la empresa, siendo irrelevante la extensión de sus poderes, ya que, a juicio de esta Sala, en este tipo de reuniones para pactar precios no se suele exigir la acreditación formal de la capacidad de comprometerse legalmente en una práctica ilegal. La capacidad de compromiso se demostrará cuando se cumplan o incumplan los pactos".

Esto conlleva que deba analizarse si deben imponerse las sanciones tanto a los representantes legales como a los empleados de las empresas o si, por el contrario, estos segundos deben quedar exentos. Al fin y al cabo, los primeros son el cerebro y el nervio central que controla la corporación, a diferencia de los empleados, que son las manos[813].

No obstante, las infracciones de competencia pueden ser desarrolladas por muy pocos empleados[814]. Por tanto, y aunque no tuvieran la condición de representante legal o integrante de los órganos directivos, es previsible que su adscripción en la empresa sea importante dentro de la relación de puestos de trabajo.

La Audiencia Nacional, a este respecto, se ha pronunciado en su Sentencia de 13 de junio de 2018 arguyendo que la responsabilidad "solo cubre intervenciones de órganos directivos que adoptan decisiones que marquen, condicionen o dirijan en definitiva su actuación, conducta que hemos asimilado a la figura del cooperador necesario propia del Derecho Penal"[815]. Por lo tanto, nos encontramos con una forma específica de coautoría -empresa y persona física- en la que lo importante es la trascendencia de su intervención

---

2011, FJ. 6; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0397/12 – *Transportes Madrid*, de 16 de septiembre de 2013, FJ. 5.

[813] MAGRO SERVET, V. "Hacia la necesidad de implantación del plan de prevención jurídica en las empresas (Una exigencia legal tras la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal)", en *Diario La Ley*, Ed. La Ley, nº 7633, 19 de mayo de 2011, p. 4.

Como señala Navarro Frías, el administrador «deberá cumplir personalmente y velar por el cumplimiento por parte del resto de representantes y empleados de la sociedad de las prohibiciones y mandatos que el ordenamiento jurídico le dirige a su compañía (en materia de competencia, mercado de valores, contabilidad, medioambiente, etc...). Y es que, aunque la sociedad sea la destinataria directa de tales mandatos y prohibiciones, las normas que a ella se dirigen sólo podrán ser observadas a través de sus representantes, por lo que serán los administradores los que deberán velar por el cumplimiento de aquéllas» NAVARRO FRÍAS, I. "El deber de legalidad de los administradores sociales", en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 311/2019, parte estudios, 2019, p. 9

[814] STEPHAN, A. "Hear no evil…", *op cit*, p. 3

[815] Añade, que por cooperador necesario debe entenderse "aquel partícipe cuya intervención es indispensable hasta el punto de que sin su concurso no sería posible la comisión del ilícito". SAN 2570/2018, Sala de lo Contencioso, Sec. 6, de 13 de junio de 2018

en la adopción de la conducta anticompetitiva[816].Esa intervención en la conducta prohibida es el "hecho determinante de la responsabilidad"[817].

La imposición de sanciones a personas físicas está justificada porque las conductas anticompetitivas (en especial los cárteles) son planeados y organizados en el seno de una estructura corporativa, si bien se materializan como una conducta de la empresa. En el vocabulario del Derecho penal se podría decir que el *mens rea* se encuentra en el comportamiento individual, mientras que el *actus reus* se manifiesta en la acción de la empresa[818].

De acuerdo con un estudio desarrollado por HOJ ET AL, la imposición de sanciones a los individuos responsables aumentaría la disuasión[819]. Estos resultados están en consonancia con los resultados de la encuesta llevada a cabo por Deloitte (2007) en el Reino Unido y que se reflejan en la siguiente tabla.

Tabla 4.- Importancia percibida de las sanciones

Abogados	Empresas
Sanciones criminales (3,50)	Sanciones criminales (3,51)
Multas (3,31)	Inhabilitación de los directores (3,38)
Inhabilitación de los directores (3,06)	Publicidad adversa (3,25)
Publicidad adversa (2,79)	Multas (3,13)
Acciones privadas de daños (2,49)	Acciones privadas de daños (2,93)

FUENTE: GORDON y SQUIRES "The deterrent effect of UK competition enforcement", p. 429. Traducción propia. Los números entre paréntesis son el promedio ponderado de las respuestas de los individuos en una escala de 1 (nada importante) a 4 (muy importante).

Según lo recogido en ella, y pese a que no exista unanimidad en la doctrina, las compañías creen que las sanciones que afectan directamente a individuos (tales como sanciones penales e inhabilitación de los directores) son más importantes para disuadir comportamientos anticompetitivos que las sanciones que se imponen a las empresas[820].

[816] Véanse, a este respecto, SAN 2168/2018, Sala de lo Contencioso, Sec. 6, de 29 de mayo de 2018; SAN 2563/2018, Sala de lo Contencioso, Sec. 6, de 13 de junio de 2018

[817] SAN 772/2018, Sala de lo Contencioso, Sec. 6, de 27 de febrero de 2018.

[818] HARDING, C. y JOSHUA, J. *Regulating Cartels in Europe*. Ed. Oxford Scholarship Online, mayo 2011, p. 23.

[819] HOJ, J.; JIMENEZ, M.; MATHER, M., *et al*. "Product market competition in the OECD countries: taking stock and moving forward", en *OECD Economic Department Working Papers*, nº 575, 2007, p. 16

[820] GORDON, F. y SQUIRES, D. "The deterrent effect of UK competition enforcement", en *De Economist*, Vol. 156, nº 4, diciembre 2008, p. 428

Además, como se ha mencionado por WHELAN, cuando no se responsabiliza a ningún individuo de los actos ilícitos, se reduce la fuerza moral de las normas de competencia[821].

Al igual que sucede con las multas impuestas a las empresas, las sanciones individuales son una forma de eliminar los beneficios de que puedan haberse aprovechado los individuos. En la medida en que la compensación que recibe el empleado vaya ligada a la actuación de la empresa, estos podrán tener un incentivo para violar la normativa de competencia –pese a que la propia empresa rechace ese comportamiento–, hasta el punto de que las consecuencias adversas de no participar en el comportamiento ilegal podrían ser mayores que las de actuar legalmente[822].

Si a través de la sanción se persiguen directamente estas conductas individuales, es más probable que los empleados sean reacios a involucrarse en el comportamiento ilícito, o, al menos, rechacen las órdenes pudiendo, incluso, animarse a acudir a la autoridad de competencia a denunciarlo[823].

No obstante, las empresas pueden tener una capacidad limitada para sancionar a los empleados que incumplan la normativa por dos motivos:

- Pueden haber dejado la empresa en el momento de imponer la multa[824].

- Si no se identifican en la resolución de la autoridad de competencia, demostrar la responsabilidad de los empleados en los juzgados de lo social puede ser muy complicado[825].

Por ello es necesario que la posibilidad de imponer sanciones al empleado incumplidor no quede exclusivamente en manos de la empresa, sino que la autoridad de competencia también imponga sanciones a los individuos cuando corresponda.

El primer mecanismo del que dispone son las multas. Como ya se ha adelantado, la normativa de la UE no contempla la posibilidad de sancionar a personas físicas por su participación en las conductas anticompetitivas; sin embargo, en la normativa española sí que están previstas, aunque su imposición es poco frecuente. No obstante, como se ha recomendado anteriormente, sería conveniente no limitarlas a los representantes legales y personas que integran los órganos directivos, dado que cualquier trabajador puede colaborar en la infracción de la normativa.

---

[821] WHELAN, P. M. "A Principled argument for…", *op cit*, p. 24

[822] GERADIN, D. "The EU competition law fining system…", *op cit*, pp. 16-21

[823] *Ibid*, p. 21

[824] *Ibid*, p. 15

[825] *Ibid*, p. 20

Las multas impuestas a las personas físicas, sin embargo, pueden resultar insuficientes porque pueden ser satisfechas por las empresas que se han visto favorecidas por el comportamiento anticompetitivo. Por ello, puede ser recomendable reforzar esta sanción con otras medidas tales como la inhabilitación a la que nos referiremos a continuación.

En segundo lugar, y estrechamente relacionado con la idea anterior, el Derecho administrativo interno prevé sanciones más gravosas que una multa para los individuos que cometan infracciones. Entra ellas se encuentra la inhabilitación.

En concreto, la sanción administrativa de inhabilitación para el desarrollo de una determinada actividad está prevista en algunas leyes sectoriales tales como, en materia de medio ambiente, en los casos muy graves en materia de prevención y control integrados de la contaminación[826]. En Derecho de la competencia no se prevén expresamente, pero su inclusión es una opción viable. En efecto, el efecto disuasorio nace de la denegación al infractor de ingresos sustanciales[827].

Por ello, en caso de incorporarse a la normativa, la posibilidad de imponerla no debería limitarse al director de la empresa o a los cargos más altos. En estos casos, se corre el riesgo de que el efecto disuasorio esté directamente relacionado con la cercanía a la jubilación y la posibilidad de que la empresa le conceda una indemnización suficiente por el tiempo que no pueda desempeñar su labor profesional[828]. Habitualmente, quienes participan en estos incumplimientos suelen ser ejecutivos que se encuentran en la cúspide –o cerca de ella– de la estructura de gestión y, generalmente, son personas cuya trayectoria profesional ha sido larga. En definitiva, también debería contemplarse la posibilidad de inhabilitar a empleados de categorías inferiores. En caso contrario, podríamos encontrarnos con que los directores animan a empleados que están más abajo en la jerarquía de la empresa a desarrollar estar conductas. Con esta solución, se evitaría que los subordinaros infringieran o se les animara a infringir la ley[829].

No obstante, hasta la fecha únicamente Reino Unido parece tener experiencia con la inhabilitación como remedio frente a los incumplimientos de la normativa de competencia[830].

La inhabilitación presenta aspectos comunes y diferenciadores de las sanciones penales. En primer lugar, a diferencia de las penas de naturaleza penal, no es costosa para

---

[826] Art. 31 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación. BOE de 2 de julio de 2002, páginas 23910 a 23927.

[827] WERDEN, G. J.; HAMMOND, S. D. y BARNETT, B. A. "Deterrence and detection of cartels: using all the tools and sanctions", en *The Antitrust Bulletin*, Vol. 56, nº 2, verano 2011, p. 216

[828] WHELAN, P. "Contemplating the future…", *op cit*, p. 366.

[829] GINSBURG, D. H. y WRIGHT, J. D. "Antitrust sanctions", *op cit*, p. 6

[830] *Ibid*, p. 21

la sociedad y le protege de la reincidencia[831]. La segunda diferencia, es que así como no hay modo alguno de compensar a un individuo por el tiempo transcurrido en prisión, la empresa sí que podría compensar la falta de ingresos de quien se ha visto sancionado –inhabilitado– por el beneficio de la empresa.

Por otra parte, comparte características comunes con las sanciones penales en la medida en que la empresa no puede hacerse cargo de la sanción tan fácilmente –como sí podría si se tratase de una multa pecuniaria–, por lo que al sancionado no le queda otro remedio que esperar a que transcurra el plazo de condena para volver a ejercer su actividad.

Si analizamos la práctica de la autoridad nacional de la competencia, hasta muy recientemente sólo había habido dos asuntos en los que se hubiera intentado imponer una sanción individual a personas físicas por parte de la autoridad nacional de competencia[832]: *Almacenes Hierro* y *CEOE*[833].

En *Almacenes Hierro*, la Dirección de Investigación señaló al Consejo de la CNC la posibilidad de valorar el rol que jugaba el Presidente de la UAHE, cuya iniciativa e implicación fue determinante en el desarrollo y éxito de la conducta que culminó con la aprobación de un nuevo modelo de facturación[834]. El artículo 10.3 de la Ley 16/1989 –aplicable a este expediente– permitía imponer a los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hubieran intervenido en el acuerdo o decisión una multa de hasta 30.050,61 euros. Sin embargo, finalmente no se sancionó al Presidente de la UAHE porque, aunque el Consejo de la CNC estuvo de acuerdo con la Dirección de Investigación, el hecho de que no se hubiera formulado ninguna imputación contra el Presidente en el Pliego de Concreción de Hechos, evitaba que el Consejo de la CNC se pudiera pronunciar sobre su eventual responsabilidad[835].

En *CEOE*, la Dirección de Investigación consideró que la conducta era imputable, aparte de a la propia CEOE, al Sr. Gaspart Solves, en su calidad de Vicepresidente y

---

[831] *Ibid*, pp. 9, 19

[832] Mientras que su predecesor, el TDC, impuso un mayor número de sanciones a personas físicas. Destacan el asunto *Faconauto* (1993, multa de 100.000 pesetas), el asunto *Boutiques Pan Asturias* (1993, multa de 200.000 pesetas); el asunto *Ortodoncistas de Castilla y León* (1996, multa de 100.000 pesetas); el asunto *Asentadores de Pescado* (1996, multas de 500.000 pesetas y 1 millón de pesetas); el asunto *Lencería Gijón* (1996, multas de 100.000 y 500.000 pesetas); el asunto *Feriantes de Huesca* (2001, multas de 150.000 pesetas); *Excursiones Puerto de Sóller* (2007, multa de 6000 euros)

[833] Igualmente, como señala Diez Estella, su utilización por el Tribunal de Defensa de la Competencia fue muy limitado. DIEZ ESTELLA, F. "La presunción internacional de los cárteles empresariales: entre la clemencia para los delatores y la criminalización de los directivos", en *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales,* nº 3/2016 parte Estudios, 2016, p. 8.

[834] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0106/08 – *Almacenes Hierro*, de 17 de mayo de 2010, FJ 11.

[835] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0106/08 – *Almacenes Hierro*, de 17 de mayo de 2010, FJ 11.

Presidente del Consejo de Turismo de aquélla, por lo que propuso que también se le declarase responsable de la infracción[836]. Ante esta situación, el Consejo de la CNC estableció la concurrencia de la responsabilidad administrativa que se deriva del artículo 63.2 LDC, puesto que, en tanto que directivo, el sujeto infractor había participado activamente en la comisión de la conducta tipificada como infracción en la Ley[837]. Como consecuencia se le impuso una multa de 50.000 euros ya que,

> "el Sr. Gaspart no se ha limitado a intervenir (…) en una conducta infractora adoptada o acordada por un órgano interno de la CEOE (…), sino que, sin que conste en el expediente acuerdo o decisión de órgano alguno de la CEOE para que realizase la recomendación acreditada, el Sr. Gaspart, como directivo relevante de la organización empresarial, tomó la iniciativa de recomendar en representación de aquélla una subida de precios, y lo hizo siendo consciente de los riesgos que desde la perspectiva de la defensa de la competencia entrañaba la realización de tales manifestaciones públicas, en el contexto y en los medios de comunicación que se realizaron"[838].

No obstante, la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 11 de diciembre de 2013, anuló tanto la multa impuesta a la CEOE, como la de su Vicepresidente. En opinión de la Audiencia Nacional, las declaraciones del Sr. Gaspart Solves no pueden ser imputables a la CEOE, ya que acudió como Presidente de un grupo hotelero –Hostelería Unida, S.A.– y no como Vicepresidente de la CEOE. Además, argumenta que tampoco existe recomendación colectiva en los términos del artículo 1 LDC, porque en las declaraciones realizadas no se contiene una llamada con vocación de ser acogida por todo el sector, sino que únicamente se está haciendo uso de su legítimo derecho a la libertad de expresión dentro de un foro público que afecta al sector hotelero. En concreto, en su Fundamento Jurídico quinto señala que:

> "debemos considerar que el legítimo derecho a la libertad de expresión consagrada constitucionalmente en el art.20.1.a, dentro de su contenido esencial, basado en la defensa de una opinión pública libre (STC 20/1990, de 15 de febrero, 12/1982 de 31 de marzo, 6/1981, de 16 de marzo), nos permite concluir, que dentro de un foro público que afecta al sector hotelero, en el que durante el término de una hora se entrevista a tres grupos relevantes del sector hotelero para tratar las cuestiones más importantes relativas a dicho sector, expresar una opinión sobre una previsión de una subida de precios en el 2011, carece de idoneidad alguna para poder considerar que se trataba de una recomendación colectiva de subida de precios encaminada a afectar al mercado del sector hotelero"[839].

La Audiencia Nacional, a través de esta Sentencia –en nuestra opinión, bastante desacertada desde un punto de vista de defensa de la competencia–, no sólo anula una de

[836] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0335/11 – *CEOE*, de 26 de septiembre de 2011, FJ. 4.

[837] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0335/11 – *CEOE*, de 26 de septiembre de 2011, FJ. 4.

[838] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0335/11 – *CEOE*, de 26 de septiembre de 2011, FJ. 4.

[839] SAN 5457/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 11 de diciembre de 2013, FJ. 5.

las pocas sanciones que imponían una multa individual a la persona física encargada de realizar una conducta anticompetitiva, sino que abre la puerta a que se puedan utilizar las reuniones del sector para intercambios de información sensible, como en este caso, serían los precios.

Si acudimos al precepto similar que existía en la LDC de 1989 para buscar más casos concretos en los que se haya sancionado a personas físicas y que puedan servir para predecir la interpretación de la autoridad de competencia de este artículo 63.2 LDC, podemos encontrar que el precepto análogo ha sido aplicado para sancionar a personas físicas cuando[840]:

- Los presidentes de las asociaciones infractoras tenían una especial relevancia en la adopción y puesta en práctica del acuerdo, así como cuando los demás miembros de la Junta Directiva hubieran desempeñado un papel decisivo en la adopción de los acuerdos (Resoluciones TDC de 8 de enero de 1996, *Zontur*; 21 de noviembre de 1996, *Asentadores de Pescado*; Resolución TDC de 12 de diciembre de 1996, *Ortopédicos Castilla-León*).
- El secretario de una asociación hubiera intervenido en la adopción los acuerdos y fuera persona que integraba los órganos directivos (Resolución TDC de 13 de septiembre de 1993, *Boutiques Pan Asturias*; 18 de julio de 1996, *Panaderos de Burgos*).

Por otra parte, se ha rechazado su aplicación cuando[841]:

- El secretario de una asociación careciera de voto en las reuniones en las que se adoptaron los acuerdos (Resolución TDC de 25 de mayo de 1993, *Faconauto*)
- No se acreditase un protagonismo especial de los representantes legales de las entidades firmantes del acuerdo (Resolución TDC de 29 de marzo de 2000, *Taxis Barcelona*).
- No hubiera existido una acusación personal contra los representantes legales (Resolución TDC de 30 de diciembre de 1993, *Placonsa*).
- Hubiera habido dos personas jurídicas infractoras y solamente se hubiera acusado a los representantes de una de ellas, por el principio de igualdad de trato (Resolución TDC de 23 de diciembre de 1997, *Servicios Funerarios de Madrid*).

Atendiendo a estas resoluciones puede establecerse que es necesaria la acusación de todos los representantes que hayan formado parte de la conducta anticompetitiva y, además, es necesario que estos hayan tenido un especial protagonismo en el desarrollo y puesta en práctica de la conducta. En los supuestos en los que ha faltado la acusación

[840] BERENGER FUSTER, L. "Los procedimientos en materia de defensa…" *op cit*, p. 282.

[841] *Ibid*, p. 282.

personal de todos o de alguno de los representantes, no se ha procedido a imponer una sanción individual. En consecuencia, ello impide analizar la sanción que hubiera correspondido, si bien sí se reconoce que podría haber existido.

Por otra parte, si analizamos la práctica de la CNC, encontramos que, si bien indirectamente, se ha sancionado a personas físicas en los siguientes asuntos: en *Transporte sanitario conquense* y en *Notaría de Ceuta*[842].

En *Transporte sanitario conquense*, la CNC consideró que las 14 personas que constituyeron TSC lo hicieron como expresión de un acuerdo que tenía por objeto el reparto del mercado de servicios de transporte sanitario terrestre de personas a empresas privadas en la provincia de Cuenca, así como la fijación de precios y otras condiciones comerciales comunes para la prestación de sus servicios de transporte sanitario[843].

Como consecuencia, la CNC sancionó a TSC con una multa de 66.179 euros y distribuyó esta cantidad entre los 14 socios de TSC, en cuanto que son los sujetos infractores de la conducta declarada prohibida[844].

En *Notaría de Ceuta*, los tres notarios de Ceuta acordaron ofrecer sus servicios bajo una fórmula que les permitía unir sus ingresos y sus gastos, para lo que requerían un instrumento operativo: la sociedad Notaría de Ceuta, S.C.[845].

En ambos asuntos se está sancionando a las personas físicas que alcanzaron un acuerdo para infringir la normativa de competencia.

Por lo tanto, tras analizar la práctica de la autoridad nacional de competencia podemos destacar que existen dos tendencias. De un lado, la que abarca hasta el año 2016 y de otro, la que empieza a partir de dicho año.

---

[842] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0383/11 - *Transporte sanitario conquense*, de 23 de julio de 2013; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0424/12 - *Notaría de Ceuta*, de 19 de julio de 2013.

[843] En palabras de la CNC, «atendiendo a la realidad económica, cada socio de TSC configura con la sociedad mercantil que controla una unidad económica o empresa en el sentido del art. 1.1 de la LDC, y estas empresas se han concertado para no competir en el mercado de la prestación de servicios de transporte sanitario terrestre al sector privado en la provincia de Cuenca». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0383/11 - *Transporte sanitario conquense*, de 23 de julio de 2013, FJ. 3.

[844] La repartición de la multa se hizo en función del porcentaje de capital social de TSC suscrito por cada uno de ellos, véase Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0383/11 - *Transporte sanitario conquense*, de 23 de julio de 2013, FJ. 4.

[845] «los tres notarios son los tres operadores económicos que como tales emiten facturas por sus servicios en su propio nombre, siendo por tanto ellos los responsables de poner en común los ingresos y gastos generados en el instrumento operativo Sociedad Civil Notaría de Ceuta. De ello resulta que la responsabilidad de la conducta recae directamente en cada uno de los tres notarios asociados en Notaria de Ceuta, desde el momento en que deciden libremente entrar a formar parte del acuerdo». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0424/12 - *Notaría de Ceuta*, de 19 de julio de 2013, FJ. 5.

Respecto de la primera, podemos concluir que ha sido bastante reducido el número de sanciones que, bien de manera directa, bien de manera indirecta, se han impuesto a personas físicas por llevar a cabo conductas anticompetitivas. Al apenas sancionarse a las personas físicas que deciden sobre la adopción de la medida anticompetitiva, el efecto disuasorio de la sanción se ve perjudicado pues los sujetos efectivamente infractores no perciben que la sanción esté destinada a quien ayudó o incluso influyó para que se cometiera tal infracción. De acuerdo con un estudio desarrollado por HOJ ET AL, la imposición de sanciones a los individuos responsables aumentaría la disuasión[846]. Además, en nuestra opinión, el efecto disuasorio de la sanción alcanzaría su cota máxima si los directivos cuyos salarios contienen una variable en función de los resultados de la empresa deberían ser sancionados haciendo uso de la posibilidad prevista en el artículo 63.2 LDC.

En el año 2016, contrariamente a lo que se venía haciendo hasta ahora por la autoridad de competencia, la CNMC comenzó a aplicar de manera continuada sanciones a las personas físicas; probablemente propiciado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 que hacía una referencia al poder disuasorio que éstas podrían tener en la práctica[847]. De hecho, la propia CNMC hace referencia a ellas como "mecanismos que potencian el *ius puniendi* de las Autoridades Competentes"[848].

La CNMC, a estos efectos, ha considerado que a los efectos de imponer la sanción prevista en el artículo 63.2 LDC es irrelevante que el sujeto sancionado no haya asistido a las reuniones o que haya votado en contra. Su responsabilidad nace de la participación en las conductas contrarias a la normativa de competencia y, cumulativamente, en su condición de representantes legales de las empresas o, al menos, integrantes de los

[846] HOJ, J.; JIMENEZ, M.; MATHER, M., *et al*. "Product market competition…", *op cit*, p. 16

[847] En la STS 112/2015, Sala de lo Contencioso, Sec 3º, de 29 de enero de 2015, se señala concretamente lo siguiente: "No debe olvidarse, en fin, que el efecto disuasorio debe predicarse de la política de defensa de la competencia en su conjunto, en el marco de la cual sin duda tienen este carácter, además de las sanciones pecuniarias a las propias empresas, ciertas medidas punitivas previstas en la norma pero no siempre adoptadas en la práctica (como la contenida en el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, que permite imponer multas de hasta 60.000 euros a las personas que integran los órganos directivos de las empresas infractoras) o bien un marco procesal de acciones civiles que faciliten el efectivo resarcimiento de los daños ocasionados por las conductas anticompetitivas."

[848] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0555/15 *Prosegur-Loomis*, de 10 de noviembre de 2016, FJ 4.

órganos de dirección[849]. Ello significa que la clave no es el cargo que ostenta, sino el incumplimiento de sus obligaciones como garante del cumplimiento de la normativa[850].

Una vez dicho esto, centrándonos en la concreta sanción, en la mayoría de los asuntos ha sido mínima pudiendo haber sido fácilmente compensada por la empresa, bien directamente a través de un "bonus" por los beneficios obtenidos, o bien indirectamente, a través de un posible aumento de salario anterior a la sanción por los buenos resultados de la empresa. Así, se han impuesto las siguientes sanciones:

- En *AIO* las multas fueron: una de 15.000 euros, una de 6.000 euros y dos de 4.000 euros[851].
- En *Infraestructuras ferroviarias* fueron: una de 11.400 euros, una de 10.450 euros, una de 7.600 euros, tres de 6.650 euros, dos de 5.700 y una de 4.750 euros[852].
- En *Servicios fotográficos* se impusieron cuatro multas por valor de: 3.129 euros, 1.209 euros, 1.744 euros y 1.037 euros[853].
- En *Hormigones de Asturias* se impuso una única sanción por valor de 12.000 euros[854].

No obstante, sí ha habido cuatro asuntos: *Prosegur-Loomis*[855], *Agencias de medios*[856], *Electrificación y electromecánicas ferroviarias*[857] y *Montaje y mantenimiento*

[849] A estos efectos, es irrelevante la existencia de un nombramiento formal o la terminología empleada para designar el cargo u ocupación de la persona física que realiza la conducta. Señala la CNMC que «el concepto "órganos directivos" empleado por el art. 62.3 de la LDC permite abarcarlos a todos, si cumplen determinadas condiciones de autonomía y capacidad de decisión, que son comunes a todos estos órganos. La definición amplia de empresa a los efectos del Derecho de la Competencia y la necesidad de garantizar el efecto útil de las normas de competencia para proteger el orden público económico como bien jurídico tutelado, permite la sanción ex artículo 63.2 de la LDC a las personas físicas miembros de asociaciones, colegios profesionales, consejos reguladores, federaciones deportivas, fundaciones, etc., que hayan intervenido en el acuerdo o decisión vulnerador de la LDC en ejercicio de funciones de administración y/o representación de tales personas jurídicas». Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0519/14 - *Infraestructuras ferroviarias*, de 30 de junio de 2016, FJ 6

[850] Véase, en este mismo sentido SAN 4139/2006, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 30 de junio de 2006; SAN 428/2014, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 3 de febrero de 2014, FJ 3.

[851] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0504/14-*AIO*, de 26 de mayo de 2016.

[852] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0519/14 - *Infraestructuras ferroviarias*, de 30 de junio de 2016.

[853] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0538/14 - *Servicios fotográficos*, de 15 de diciembre de 2016.

[854] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0545/15 - *Hormigones de Asturias*, de 23 de febrero de 2017.

[855] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0555/15 *Prosegur-Loomis*, de 10 de noviembre de 2016.

[856] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0584/16 - *Agencias de medios*, de 3 de mayo de 2018.

[857] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0598/2016 -*Electrificación y electromecánicas ferroviarias*, de 14 de marzo de 2019.

industrial[858], donde la CNMC ha impuesto sanciones sustancialmente importantes. En el primero de ellos se impusieron dos multas por valor de 36.000 y 16.600 euros; en el segundo de ellos, las sanciones fueron de 40.000 euros, 37.000 euros y 32.000 euros. En el tercero, se impusieron catorce multas que van desde los 59.800 euros a los 23.700 euros en función de su participación en la infracción. Finalmente, en *Montaje y mantenimiento industrial* se sancionó a ocho directivos siendo la multa más elevada -impuesta a dos de ellos- de 44.400 euros y la más reducida de 19.500 euros[859]. En total, la suma de las ocho ascendió a 280.500 euros.

A este respecto, partiendo del hecho de que el techo sancionador se sitúa en los 60.000 euros, cabe considerar que quizás se empiece a desplegar el potencial sancionador de la LDC, teniendo en cuenta que las infracciones se habían tipificado como "muy graves" y la mitad superior estaría entre los 30.000 y los 60.000. Por ello, en comparación con la situación existente hasta la fecha, este es un cambio muy importante de cara al pretendido efecto disuasorio de la aplicación del régimen sancionador en Derecho de la Competencia.

Ahora mismo, valorando positivamente este cambio en el que se ha empezado a hacer uso de la posibilidad recogida en el artículo 63.2 LCD cuando señala que se "podrá imponer" este tipo de sanciones, sólo nos falta esperar a que pase el suficiente tiempo para poder afirmar si se ha producido un cambio definitivo o si ha sido un cambio puntual[860].

2. Las Administraciones públicas como sujeto infractor: la necesaria plena sumisión de su operar en el mercado a la normativa de competencia

Los actos realizados por la Administración pública que no implican la manifestación de prerrogativas públicas deben realizarse en el mercado en igualdad de condiciones con el resto de operadores económicos. El carácter público de una determinada sociedad está relacionado con la titularidad de la misma, no con la existencia de una posición privilegiada con relación al resto de empresas frente a las normas de

[858] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0612/17 – *Montaje y mantenimiento industrial*, de 1 de octubre de 2019

[859] Esta diferencia en la cuantía de la sanción es debida a que la conducta de dos de los directivos, entre quienes se encuentra el sancionado con 19.500 euros, se inició con anterioridad al 1 de septiembre de 2007. Por lo tanto, en vez de ser de aplicación la LDC, se les aplica su predecesora, Ley 16/1989, por serles más favorable. El artículo 10.3 la Ley 16/1989 establecía un límite máximo de la sanción de 30.000 euros, frente a los 60.000 de la LDC.

[860] Sobre los beneficios que tiene la imposición de sanciones a los directivos para disuadir a los potenciales infractores puede verse: DIEZ ESTELLA, F. "La presunción internacional…", *op cit*, p 7 y CALLOL, P. "La Responsabilidad Individual de Directivos bajo el Derecho de la Competencia", julio 2015, **http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/M4-04-pedro-callol.pdf**. (Último acceso: 06.05.2020)

Derecho de la competencia[861]. Por ello, cuando un ente de naturaleza pública actúa en el mercado como si fuera un operador económico privado se le considera también "empresa" a efectos de aplicar la normativa de competencia[862]. Como se recoge en *Peluquería profesional* y *Productos hortofrutícolas*: «la situación específica de las empresas implicadas no puede condicionar al órgano decisor respecto al importe de la multa, lo que no significa que no vaya a tener en cuenta dicha situación, pero, si lo hace, será en el contexto de todas las circunstancias que afecten al asunto»[863]. Consecuentemente, la normativa de competencia debería aplicársele de la misma forma que a cualquier otro operador económico[864].

Aunque en la teoría resulte clara la idea de que Administración pública y empresas privadas operan en igualdad de condiciones y se les aplicará la misma normativa, en la práctica nos encontramos con asuntos en los que el "operador-administración pública" se ha visto beneficiado por su carácter jurídico. Así, por ejemplo, la CNMC recogió en *Puerto Valencia* lo siguiente:

> "La multa cobra especial significación disuasoria cuando se impone a un sujeto que se conduce principalmente con ánimo de lucro. Pero dicho efecto disuasorio es más que discutible cuando la actuación del sujeto viene presidida por la satisfacción del interés general (art. 103 CE). En última instancia, la imposición de una multa a una Administración (financiada por vía impositiva general) afectaría al erario público, de forma que la afectación patrimonial sería en última instancia sobre el conjunto de los ciudadanos.
>
> En este contexto, cabe justificar la no imposición de una multa en sentido estricto a la Administración responsable de la conducta ilícita. No obstante, esta inaplicación del artículo 63 de la LDC fundada en motivos teleológicos no priva de la constatación de una conducta prohibida (art. 1 LDC) imputable a la Consellería de Infraestructuras y Transporte de la Generalitat Valenciana y de la necesaria responsabilidad que por dicha conducta asume el sujeto autor de la conducta ilícita. En este sentido, la responsabilidad por el incurso en una conducta prohibida no puede en ningún caso impedir la aplicación

[861] Los Estados no pueden dispensar un trato de favor a las empresas públicas que distorsione la libre competencia. Como recoge el artículo 106.1 TFUE: «Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive».

[862] Por tanto, la conducta desarrollada por las Administraciones públicas en igualdad de conciones que el resto de operadores económicos debe quedar sujeta a la normativa de competencia, al igual que lo están el resto de empresas privadas.

[863] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0086/08 - *Peluquería Profesional*, de 2 de marzo de 2011, FJ 12.; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0231/10 - *Productos Hortofrutícolas*, de 14 de diciembre de 2011, FJ. 4.

[864] Como señalan NAVARRO y RAMBAL «Aunque dichas normas tienen tradicionalmente como primeros destinatarios a los operadores privados, por ser quienes pueden encontrar mayores incentivos en sustraerse al juego de la oferta y la demanda para asegurar su posición en el mercado, las Administraciones Públicas también pueden propiciar con sus acciones el falseamiento de la libre competencia». NAVARRO, E. y RAMBAL, M. "La aplicación de las normas…", *op cit*, p. 2.

del artículo 53.2 de la LDC, que contempla, entre otras, la orden de cesación de la conducta prohibida o la de remoción de sus efectos"[865].

Igualmente es criticable que en *Transcont* el Consejo de la CNC considerase que no debía seguir la misma metodología de cálculo de sanciones para la Autoridad Portuaria de Barcelona y se limitase a imponer una sanción de 100.000 euros[866].

En el primero de los asuntos mencionados, *Puerto Valencia*, resulta polémico que pueda considerarse discutible el efecto disuasorio de la sanción por el hecho de que el infractor sea una Administración pública, así como también es discutible que pueda considerarse justificable no imponer una sanción. En aplicación del principio de igualdad, si la Administración pública tiene la condición de operador económico en el mercado y su actividad no está justificada en el ejercicio de ninguna de sus potestades públicas, debería ser sancionada al igual que el resto de infractores. Por ello, el hecho de que a la Consellería no se le impusiera ninguna sanción mientras que al resto de operadores se les impusieron multas elevadas, sería contrario al principio de igualdad.

En definitiva, sancionar a las Administraciones públicas, colocándolas al mismo nivel que cualquier otra entidad de naturaleza privada activa en un determinado mercado, no sólo evitaría una diferenciación injustificada, sino que también favorecería que fueran responsables de sus actos.

Acerca del segundo de los asuntos, *Transcont*, debe reiterarse que, así como está justificado tomar en consideración el contexto en el que se comete la infracción de cara a ponderar la sanción, no resulta adecuado otorgar un tratamiento diferenciado en función de la naturaleza de la propia entidad. En este asunto, estaba actuando un operador económico en el sentido recogido en la normativa de competencia, y como tal, no debe deparársele un trato de favor y, por ende, su actuar debe someterse a la normativa de competencia. La consecuencia de que se otorgue un tratamiento diferenciado y no previsto en la normativa de competencia es que se genera incertidumbre, se daña la seguridad jurídica y pueden infringirse los principios de igualdad y proporcionalidad si no está suficientemente motivada la resolución. No siendo válido justificarlo únicamente sobre la base de que se trata de una Administración pública y que, como tal, vela por el interés público.

[865] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0314/10 - *Puerto Valencia*, de 27 de septiembre de 2013, FJ. 9

[866] En concreto, opinó lo siguiente, «en el caso de la Autoridad Portuaria de Barcelona, dado el contexto en el que ha cometido la infracción y la naturaleza de la propia entidad, no resulta procedente la aplicación de una metodología como la que establece la Comunicación de sanciones, y por analogía con las sanciones impuestas en conductas similares a otras entidades con funciones reguladoras en sus mercados, se considera proporcionado una sanción de 100.000 euros». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0293/10 – *Transcont*, de 10 de enero de 2013, FJ. 8.

3. La cuantía de la sanción: la apriorística impredecibilidad de la cuantía en aplicación de los factores que se utilizarán para su cálculo

Los factores que se utilizarán para calcular la sanción deben estar bien delimitados y ser previsibles. En primer lugar, porque la existencia de normas demasiado imprecisas puede provocar que las empresas restrinjan su estrategia de negocio más de lo necesario, causando pérdidas de bienestar para la sociedad[867]. En segundo lugar, porque para la correcta disuasión de las conductas anticompetitivas es necesario que los infractores puedan prever, dentro de los rangos previamente mencionados, la imposición de una sanción que elimine cualquier beneficio que hayan podido obtener[868]. Además, aunque de acuerdo con algunos oficiales de la Comisión Europea y otros expertos, la incertidumbre sobre la cuantía final puede tener un efecto disuasorio, la falta de previsibilidad entra en conflicto con el principio de seguridad jurídica aplicable al Derecho administrativo[869]. La seguridad jurídica es uno de los cinco principios que deben guiar la aplicación de la normativa de competencia[870].

---

[867] HUSCHELRATH, K.; LEHEYDA, N. y BESCHORNER, P. "The deterrent effect…", *op cit,* p. 435.

El derecho de la competencia es un área en el que el litigio es a menudo visto como la opción de último recurso, debido a la tensión entre el marco de tiempo requerido por la revisión judicial y el "tiempo real" que exigen la mayoría de las decisiones de negocios del siglo XXI. «If parties could not reasonably and accurately predict the outcome of an antitrust case, they would find it very difficult to make reasonable business decisions». LEMLEY, M. A. y LESLIE, C. R. "Categorical Analysis in Antitrust Jurisprudence", en *Iowa Law Review*, Vol. 93, 2008, p. 67.

[868] «Not only do variable sentences introduce an undesirable uncertainty, but they also make sentencing seem random instead of principled. The possibility of random, unprincipled, and low sentences makes it less likely that potential penalties will deter potential offenders. Inconsistent sentences also dull the expressive message that a conviction sends to the greater community and to the business world. Unusually low sentences that contrast with longer sentences for the same conduct communicate that the bargainer's conduct was not a serious violation of community standards». MOOHR, G. S. "On the prospects of deterring corporate crime", en *Journal of Business & Technology Law*, Vol. 2, 2007, p. 21

En en el mismo sentido señala FRÉDÉRIC JENNY'S lo siguiente: «to have a deterrent effect, a system of antitrust law enforcement, needs to be predictable (to allow a calculation of the benefits and costs of the violation). Hence the degree of discretion of competition authorities or courts in sanctioning anticompetitive practices should be limited. Their decisions should be transparent and consistent over time and over analytically similar cases». HUSCHELRATH, K.; LEHEYDA, N. y BESCHORNER, P. "The deterrent effect…", *op cit*, p. 458.

[869] ORTIZ BLANCO,L.; GIVAJA SANZ, A. y LAMADRID DE PABLO, A. "Fine arts in Brussels: punishment and settlement of cartel cases under EC competition law", en *VIII Conference Antitrust Between EC Law and National Law*, Treviso, 22-23 de mayo de 2008, **http://antitrustlair.files.wordpress.com/2011/05/fine-arts-in-brussels-final-comp-41.pdf**, (Último acceso: 06.05.2020), p. 2

[870] En el preámbulo de la Ley 15/2007 el legislador señala lo siguiente: "la Ley parte de la experiencia adquirida en los últimos quince años mediante la aplicación de las normas nacionales y comunitarias de competencia y está guiada por cinco principios claros: garantía de la seguridad jurídica de los operadores económicos, independencia de la toma de decisiones, transparencia y responsabilidad frente a la sociedad de los órganos administrativos encargados de la aplicación de la Ley, eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia y búsqueda de la coherencia de todo el sistema y, en particular, de una adecuada imbricación de los distintos planos institucionales que interactúan en este terreno".

El deseo de que exista seguridad jurídica también se desprende del número de guías y comunicaciones emitidas por las autoridades de competencia. Si bien, en caso de separarse de ellas sin una justificación

Por otra parte, además del principio de seguridad jurídica, la imprevisibilidad de la sanción hace muy difícil la tarea de valorar si se están respetando los principios de proporcionalidad e igualdad de trato[871]. En caso de que se haya infringido cualesquiera de estos principios, durante la revisión jurisdiccional podrá producirse la anulación de la sanción.

Dicho esto, y haciendo referencia a la estructura de cálculo de la sanción adoptada por la CNMC, debe resaltarse que el cálculo de la sanción por parte de la autoridad nacional de competencia se inspira mayoritariamente en el mecanismo que utiliza la Comisión Europea[872]. Consiste en un sistema de tres fases:

- el cálculo del importe base, obtenido con la aplicación de un porcentaje
- el cálculo de un coeficiente de ajuste, determinado en virtud de la presencia de circunstancias agravantes o atenuantes; y
- el ajuste definitivo teniendo en cuenta las reducciones adicionales provenientes de la política de clemencia[873].

---

suficiente, generarán más incertidumbre que seguridad. Especialmente cuando ello implica estar contradiciendo lo que la propia autoridad de competencia argumenta al establcer en sus resoluciones que a través de las Comunicaciones «pretende establecer unas directrices que, con carácter general, guíen su actuación a la hora de aplicar los criterios contemplados en el artículo 64 de la LDC. Con ello se pretende contribuir a mejorar la transparencia y la objetividad en la determinación de la sanción, potenciar su efecto disuasorio y favorecer la seguridad jurídica de los operadores económicos» en Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0428/12 - *Palés*, de 22 de septiembre de 2014, FJ. 6.

[871] Como recogen Ortiz Blanco, Givaja Sanz and Lamadrid de Pablo refiriéndose a la actividad de la Comisión, pero resultando igualmente aplicable a la práctica de la autoridad de competencia española, es necesaria la proporcionalidad en la sanción. Estos autores recogen, haciendo un buen símil, lo siguiente: «like Saint Michael the Archangel in the Final Judgement, who holds a pair of scales in which he weighs the souls of the departed, or the book of life, the Commission should take a balanced approach towards antitrust sinners». ORTIZ BLANCO, L; GIVAJA SANZ, A. y LAMADRID DE PABLO, A. "Fine arts in Brussels…", *op cit*, p. 5.

Sin embargo, en algunas resoluciones de la CNMC, como en el cártel de los equipos contra incendios, también conocido como "cártel de los extintores" o Correos 2, se carece de sistemática alguna en el cálculo de la sanción. En el segundo de los casos, todo lo que se dice en los Fundamentos de Derecho sobre la cuantía de la multa es lo siguiente: "Este PLENO, con amparo en lo dispuesto en los Artículos 61, 62, 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, así como en doctrina jurisprudencial dictada al efecto (proporcionalidad y circunstancias modificativas, duración de la conducta y su gravedad), ha acordado imponer a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A., (CORREOS) una multa de €uros 8.178.698" . Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0445/12 - *Equipos contra incendios*, de 26 de junio de 2014; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0373/11 – *Correos 2*, de 21 de enero de 2014, FJ 2.

[872] Así lo reconoce la propia CNMC en la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0430/12- Recogida de papel, de 6 de noviembre de 2014, FJ. 8; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0429/12- *Residuos*, de 8 de enero de 2015, FJ. 12; En el mismo sentido, PÉREZ-LLORCA. "Comentarios al Proyecto de Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea", en *CNC*, 17 diciembre 2008.

[873] Desde la STS 112/2015, Sala de lo Contencioso, Sec 3ª, de 29 de enero de 2015, ya no puede interpretarse el 10% del volumen de negocios como límite de ajuste de la sanción una vez que está calculada

Los problemas de previsibilidad, por tanto, pueden surgir en cualquiera de estas tres fases. Además, la CNC publicó una comunicación sobre sanciones, encaminada a dotar de una mayor seguridad jurídica y transparencia a la actuación de la Administración en lo que al cálculo de las sanciones se refiere. Así, en tanto que comunicación, efectivamente, ésta no era vinculante; sin embargo, tras la Sentencia de 29 de enero de 2015 del Tribunal Supremo, dicho órgano jurisdiccional ha derogado la antecitada comunicación, por lo que, en la actualidad, el cálculo de la sanción debe realizarse conforme a lo dispuesto en el Título V de la LDC[874]. No obstante, la CNMC ha dictado unas indicaciones provisionales con el objetivo, una vez más, de dotar de transparencia las pautas generales utilizadas para cuantificar la sanción. De hecho, se señala por la CNMC que con «ello se pretende contribuir a mejorar la transparencia y la objetividad en el cálculo de la sanción, asegurar la proporcionalidad y el carácter disuasorio de las sanciones, y favorecer la seguridad jurídica en la aplicación de la LDC»[875].

Efectivamente, las multas tienen que suficientemente elevadas como para disuadir a los infractores, manteniendo los costes de investigación y enjuiciamiento lo más bajos posibles[876]. En opinión de la OCDE, existe «amplia evidencia empírica acerca de que las sanciones corporativas en forma de multas casi nunca son lo suficientemente altas para constituir un elemento de disuasión óptimo, y que en la mayoría de los casos están sustancialmente por debajo de ese nivel»[877].

El sistema sancionador europeo puede servir como modelo para solucionar algunos de los problemas que se pueden presentar España. Sin embargo, su sistema

siguiendo los criterioes anteriores, sino que se debe tener en cuenta para moderar la sanción partiendo de ese 10% como límite máximo dentro de un arco sancionador.

[874] STS 112/2015, Sala de lo Contencioso, Sec 3º, de 29 de enero de 2015. Esta Sentencia, como señala López Candela, supuso un cambio en el régimen sancionador en materia de defensa competencia derivado de la Ley 15/2007. LÓPEZ CANDELA, J. E. "Perspectivas de futuro del régimen sancionador en materia de defensa de la competencia ", en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 9/2015 parte Doctrina, 2015, p. 12

[875] Indicaciones provisionales de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre la determinación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, publicadas en el año 2018, ap. 4.

[876] BUCCIROSSI, P. y SPAGNOLO G. "Optimal fines in the …", *op cit*, p. 13; No es bueno ni imponer multas demasiado bajas, porque no existirán incentivos para cumplir la ley; ni demasiado altas, porque podrían disuadir comportamientos socialmente beneficiosos y porque podrían inducir a las empresas a invertir demasiados recursos en la evitación de estas conductas. STUCKE, M. E. "Morality and Antitrust*", op cit*, p. 482.

[877] Traducción propia. Original: «there is ample empirical evidence that corporate sanctions in the form of fines are almost never sufficiently high to be an optimal deterrent, and in most cases are substantially below that level». OCDE "Cartels: sanctions against individuals" en *OECD*, nº DAF/COMP(2004)39, 10 de enero de 2005, p. 7; STUCKE, M. E. "Morality and Antitrust", *op cit,* p. 481.

tampoco es perfecto y en este caso también ha recibido importantes críticas por la insuficiente cuantía de sus multas[878].

A continuación, y con carácter previo al análisis de los factores para la determinación de la cuantía en el sistema sancionador español, analizaremos algunas de ellas. De esta manera se pretende justificar que, aunque las cuantías aplicadas son proporcionalmente mayores, en comparación con las españolas, siguen resultando insuficientes.

Las multas impuestas hasta la fecha por la Comisión Europea son insuficientes en la medida en la que no siempre igualan, por lo menos, la ganancia ilícita asegurada por el infractor[879]. Evidencia de esta rentabilidad que conlleva que las empresas prefieran seguir exponiéndose a una sanción puede encontrarse, por ejemplo, en el alto número de empresas reincidentes o en el hecho de que la misma empresa se acoja al programa de clemencia más de una vez[880].

Así, siendo innegable la reiteración de el actuar anticompetitivo de determinadas empresas, estimamos que podría ser adecuado elevar las sanciones en los casos de reincidencia o hacer más estrictos los requisitos para poder acogerse al programa de clemencia. En este segundo caso podría adicionalmente obligarse al operador económico a tener que ofrecer una compensación a los perjudicados para poder beneficiarse de la inmunidad o reducción en la cuantía de la sanción.

Otra evidencia de la necesidad de elevar las sanciones es, en opinión de COMBE y MONNIER, el hecho de que «la Comisión [europea] nunca haya impuesto una multa disuasoria dada la baja probabilidad de detección y la baja elasticidad de la demanda»[881].

---

[878] En opinión de Buccirossi y Spagnolo las razones de la baja cuantía de las multas no son únicamente económicas, sino también políticas BUCCIROSSI, P. y SPAGNOLO G. "Optimal fines in the …", *op cit*, p. 14; también hay quien afirma que sí son suficientemente disuasorias ALLAIN, M. L.; BOYER, M. y PONSSARD, J. P. "The determination of optimal fines in cartel cases: theory and practice", en *Concurrences*, nº 4, diciembre 2011, p. 32.

[879] WHELAN, P. M. "A Principled argument for…", *op cit*, p. 25; «as Simuda has discovered in a recent study using a sample of 191 overcharges in the European market, in as many as 67% of the cases examined the gain from price fixing outweighed expected punishments», en BOSKOVIC, L. R. "The wolfe must die…", *op cit*, p. 4.

[880] Un ejemplo muy ilustrativo es el de Akzo. Entre el 2001 y el 2009 esta empresa participó en ocho conductas colusorias. En tres de ellas consiguió una reducción del 100% de la multa al ser el primero en acogerse al programa de clemencia y en otras cuatro una reducción parcial. Únicamente en una no obtuvo ningún tipo de reducción. MARVÃO, C. "The EU Leniency Programme and Recidivism", en *SSRN*, 31 de marzo de 2014, p. 29.

Puede encontrarse una tabla con varias empresas reincidentes y los asuntos en los que han sido sancionadas en CASSELS, J. "European Union: repeat offender", en *Mondaq*, 31 de diciembre de 2013 **http://www.mondaq.com/x/283514/Cartels+Monopolies/Repeat+Offender** (Último acceso: 06.05.2020)

[881] Traducción propia. Original: «the Commission has never imposed a dissuasive fine given the low probability of detection and a low price elasticity of demand». COMBE, E. y MONNIER, C. "Fines against hard core cartels…", *op cit*, p. 267

Así, por ejemplo, de acuerdo con los cálculos realizados por HÜSCHELRATH y WEIGAND, para obtener la multa óptima para el cártel de la vitamina D3 en el asunto *Vitamins*[882] hubiera sido necesario aplicar un multiplicador de 1.6; mientras que en el asunto *Organic peroxides*[883] dicho multiplicador hubiera tenido que ser de 115.5[884].

Aunque desde esos cálculos la Comisión Europea ha incrementado ligeramente la cuantía de las sanciones impuestas, no lo ha hecho de forma notable como para superar esta crítica[885]. No obstante, desde la entrada en vigor de las Directrices 2006, las multas son muy superiores a aquellas previstas en las Directrices de 1998[886]. Sirva de ejemplo que la multa más elevada impuesta por la Comisión ha sido de 2.420 millones de euros a Google por abusar de su posición de dominio como motor de búsquedas (2017)[887] y que, pese a ello, Google volvió a ser sancionada en 2019 con una multa por valor de 1,49

[882] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/37.512 - *Vitamins*, de 21 de noviembre de 2001

[883] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/E-2/37.857 – *Organic Peroxides*, de 20 de octubre de 2005

[884] Para dicho cálculo tienen en cuenta la duración de la infracción, la multa efectivamente impuesta, las ventas realizadas en el mercado afectado por la infracción, los sobrecostes y la pérdida del consumidor. HÜSCHELRATH, K. y WEIGAND, J. "Fighting hard core cartels", en ZEW - Centre for European Economic Research Discussion Paper, nº. 10-084, 2010, p. 36.

[885] No obstante, y aun teniendo en cuenta las reducciones concedidas en virtud del programa de clemencia, destaca por ejemplo el año 2013, en el que claramente la Comisión Europea lideró las sanciones mundiales seguida de Estados Unidos. Estos números, sin embargo, pueden dar lugar a equívocos. No significa que todas las sanciones impuestas hayan aumentado de manera proporcional hasta sumar 1.900 millones, sino que es el resultado de haber impuesto cuantiosas multas en un único asunto: el caso de la manipulación del Libor y el Euribor, donde se impuso una multa por valor de 1.710 millones de euros a seis bancos. Por tanto, podría ser necesario elevar las multas en el resto de asuntos. Véase, acerca de las cuantían globales impuestas en el año 2013, ALLEN & OVERY. "Global cartel enforcement", en *Allen & Overy 2013 Year in Review*, 2014, **http://www.allenovery.com/SiteCollectionDocuments/GlobalCartelEnforcement.pdf**, (Último acceso: 06.05.2020), p. 5. ; esta tendencia hacia una mayor cuantía de las sanciones ya se hizo muy evidente en el año 2012 como se señala en BARBIER DE LA SERRE, E y LAGATHU, E. "The Law on Fines…", *op. cit*, pp. 325, 344.

Acerca de la cuantía de la multa impuesta por la manipulación del Libor y el Euribor, véase COMISIÓN EUROPEA "Antitrust: Commission fines banks € 1.71 billion for participating in cartels in the interest rate derivatives industry - frequently asked questions" en *European Commission Press releases database*, 4 de diciembre de 2013, MEMO/13/1090.

[886] En 2010 ya se hablaba de que eran hasta cinco veces superioriores tras la entrada en vigor de las Directrices de 2006. En parte debido a un aumento en media de ventas afectadas y a las disposiciones más estrictas de las nuevas directrices en materia de multas CONNOR, J. M. "Has the European Commission become more severe in punishing cartels? Effects of the 2006 Guidelines", en *SSRN,* diciembre 2010, pp. 2, 8.

[887] Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39740 - *Google Search (Shopping)*, de 27 de junio de 2017. Puede encontrase un análisis de esta decisión en IACOBUCCI, E. y DUCCI, F. "The Google search case in Europe tying and the single monopoly profit theorem in two-sided markets.", en *European journal of law and economics*, vol. 47, nº 1, 2019.

La multa más elevada por participar en un cártel la ha recibido, hasta la fecha, Daimler por su participación en el cártel de los camiones y ha sido de 1.008.766 euros. Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39824 - *Trucks*, de 16 de julio de 2016.

millones, nuevamente por abusar de dicha posición, sólo que esta vez en la publicidad en línea[888].

Las multas tienen que ser más altas cuando existan grandes volúmenes de comercio –lo que suele ser proporcional al tamaño del mercado– porque el daño económico es mayor.

Ello puede ocasionar que, aunque una multa tenga un gran impacto mediático por su cuantía en términos nominales en términos reales no suponga un porcentaje muy elevado sobre las ventas del infractor[889]. En este caso nos encontramos si analizamos la multa por valor de 1.060 millones de euros impuesta por la Comisión Europea a Intel, y confirmada por el Tribunal General, dado que únicamente representaba alrededor del 1% de las ventas de Intel durante el periodo de violación y el 4,5% del volumen de negocios en 2008, que es menos de la mitad del máximo permitido (10%)[890].

Por ello, aunque el nivel medio de las multas se haya elevado, en algunos casos las sanciones siguen siendo poco elevadas en comparación con las ganancias ilícitas[891].

En España también se puede considerar que sería conveniente elevar las multas. De hecho, la tendencia hasta octubre de 2013 –fecha en la que entró en funcionamiento la CNMC y que supuso un importante cambio en este ámbito– fue ir aumentando progresivamente el importe total de las multas impuestas[892]. De hecho, el propio Consejo de la autoridad nacional de competencia ha reconocido, por ejemplo, en *Correos*, que

> "Las sanciones económicas en materia de competencia deben desincentivar la comisión de futuras infracciones por la empresa sancionada así como evitar que ésta obtenga un beneficio ilícito a resultas de su conducta, por lo que en este concreto caso, y teniendo en cuenta los hechos que particularmente concurren en el expediente, el

[888] Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40411 – *Google Search (AdSense)*, de 20 de marzo de 2019.

[889] WILS, W. P. J. "Discretion and Prioritisation…", *op cit*, p. 10

Debido a que parte de las resoluciones se consideran confidenciales, suele ser difícil calcular cuál es la cuantía en términos nominales para determinar qué porcentaje sobre las ventas del infractor supone la multa.

[890] STG (Séptima ampliada) de 12 de junio de 2014, asunto T-286/09, *Intel v. Comisión* [2014] RJE 00000; Decisión de la Comisión en el asunto COMP/37.990 - *Intel*, de 13 de mayo de 2009; COMISIÓN EUROPEA**.** "Antitrust: Commission imposes fine of 1.06 billion euros on Intel for abuse of dominant position; orders Intel to cease illegal practices - questions and answers" en *European Commission Press releases database,* nº MEMO/09/235, 13 de mayo de 2009.

[891] COMBE, E. y MONNIER, C. "Fines against hard core cartels…", *op cit*, p. 262.

[892] Esto se ha remarcado en la prensa, lo que puede ayudar a una mayor disuasión. Véase como ejemplo: SERRALLER, M. "Competencia dispara un 42% sus multas en 2012 y reclama 365 millones de euros" en *Diario Expansión*, 3 de enero de 2013, p. 27.

> Consejo ha fijado una multa relativamente baja si se considera la naturaleza intrínsecamente muy grave de la infracción"[893].

Pese a esta tendencia alcista –matizada– de las sanciones que parecía estar adoptando la CNC, tras la entrada en vigor de la CNMC disminuyeron notablemente[894]. Actualmente, no existen dudas acerca de que en términos absolutos las multas son de mayor cuantía, dado que las más elevadas se han impuesto en los últimos años-, pero sí resulta cuestionable si podrían haber alcanzado una mayor cifra en términos relativos si comparamos el porcentaje de la sanción con la calificación de la infracción[895].

Para ilustrar el aumento en términos absolutos de la cuantía de las multas, merece la pena destacar que las cinco multas más elevadas impuestas en un único prodecimiento han sido las siguientes[896]:

1. *Concesionarios Audi/Seat/VW*: 131.4 millones de euros (2015)[897].
2. *AIO*: 128.8 millones de euros (2016)[898].
3. *Compañías de Seguro Decenal*: 120.7 millones de euros (2009)[899]

---

[893] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0341/11 – *Correos*, de 22 de abril de 2013, FJ. 7.

[894] De hecho, durante los ocho primeros meses de existencia de este "superregulador" se estimó esta disminución en un 90%. WARD, A. "Spain's CNMC…", *op cit*, p. 3.

[895] Podemos encontrar algunas resoluciones en las que la CNMC impone sanciones cuya cuantía no alcanza el 1% del volumen de negocio total, pese a ser calificada como "muy grave". Sirva de ejemplo la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0490/13 - *Acuerdos Telefónica/Yoigo*, de 16 de julio de 2015 o el 0,70% del volumen de negocios total de cada una de las infractoras aplicado en *Asistencia técnica Vaillant.* Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0629/18 - *Asistencia técnica Vaillant*, de 29 de octubre de 2019.

En el mismo sentido, en *Nokia*, la multa supuso un 1% de su volumen de negocios total. En *AERC*, pese a estar ante otra infracción calificada como muy grave, se impone una sanción que representa el 0,04% de la suma de los volúmenes de negocio de sus miembros y en *Autoescuelas Alcalá de Henares* de 0,6%. Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0557/15 - *Nokia*, de 8 de junio de 2017; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0518/14 - *AERC*, de 7 de abril de 2016; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. SAMAD/07/2015 - *Autoescuelas Alcalá de Henares*, de 15 de diciembre de 2016

Algo más elevada es en *tabacos*, en la que a pesar de calificar la conducta de una de las empresas como muy grave –lo que permitiría imponer una sanción de hasta un 10%- el tipo sancionador aplicado es de únicamente un 1,2%. la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0607/17 - *Tabacos*, de 10 de abril de 2019, FJ 6.

[896] Véase, a este respecto, ANGULO GARZARO, A; CAÑADAS BOUWEN, M y SUDEROW, J. "Spain", en KËLLEZI, P; KILPATRICK, B Y KOBEL P. (eds*) Liability for Antitrust Law Infringements & Protection of IP Rights in Distribution*, Ed. Springer, 2019, pp. 223-237.

[897] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0471/13 - *Concesionarios Audi/Seat/VW*, de 28 de mayo de 2015

[898] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0504/14-*AIO*, de 26 de mayo de 2016

[899] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0037/08 - *Compañías de Seguro Decenal*, de 12 de noviembre de 2009

4. *Mensajes Cortos*: 119.9 millones de euros (2012)[900]
5. *Residuos*: 98.2 millones de euros (2015)[901].

Por otra parte, las cinco multas más elevadas impuestas a una única empresa han sido las siguientes[902]:

1. Renfe: 65 millones de euros (2017)[903].
2. Prosegur: 39,4 millones de euros (2016)[904]
3. Sca Hygiene: 35 millones de euros (2016)[905].
4. Caixa Bank: 31.8 millones de euros (2018)[906].
5. Santander: 23.9 millones de euros (2018)[907].

Estas cifras chocan, por ejemplo, con el hecho de que la CNMC en el asunto *Tabacos*, imponga un tipo sancionador del 1,2% a la empresa Logista a pesar de considerar la conducta como muy grave y no concurrir atenuantes[908].

A través de moderación en las multas, la CNMC puede estar pretendiendo evitar la confrontación de la sanción en los tribunales, pues recientemente son numerosos los sujetos infractores que han decidido interponer reclamaciones de responsabilidad patrimonial por los gastos en que han incurrido por haber tenido que acudir a la jurisdicción para recurrir las sanciones que les han sido impuestas[909]; en definitiva, cuanto

[900] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0248/10 – *Mensajes Cortos*, de 19 de diciembre de 2012.

[901] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0429/12- *Residuos*, de 8 de enero de 2015.

[902] ANGULO GARZARO, A; CAÑADAS BOUWEN, M y SUDEROW, J. "Spain", *op cit*, pp. 223-237

[903] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0511/14 - *Renfe operadora*, de 28 de febrero de 2017

[904] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0555/15 *Prosegur-Loomis*, de 10 de noviembre de 2016

[905] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0504/14-*AIO*, de 26 de mayo de 2016

[906] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0579/16 - *Derivados financieros*, de 13 de febrero de 2018

[907] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0579/16 - *Derivados financieros*, de 13 de febrero de 2018

[908] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0607/17 - *Tabacos*, de 10 de abril de 2019, FJ 6.

[909] Por ejemplo, la Audiencia Nacional estima el recurso interpuesto por Gas natural estableciendo que la CNMC tiene que hacer frente a la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada en solicitud de abono del importe de 247.809,45 euros más los intereses correspondientes, por los gastos de constitución de aval en orden a la suspensión judicial de la ejecución de la sanción impuesta por la extinta CNC en su Resolución de 13 de mayo de 2011. SAN 5217/2017, Sala de lo Contencioso, Sec. 4ª, de 20 de diciembre de 2017.

más elevada sea la cuantía de la sanción impuesta, mayores serán los costes procesales y, si ésta es finalmente anulada en sede judicial, podríamos encontrarnos con que se les reconozca a las empresas que fueron sancionadas el derecho a ser indemnizadas por unos daños que no tenían el deber jurídico de soportar[910].

Elevar las sanciones, aparte de servir para aproximarse a la sanción óptima de cara a la disuasión, hará más atractivos los programas de clemencia. Durante muchos años se ha aceptado culturalmente la formación de cárteles como mecanismo de cooperación en vez de interpretarse como una conspiración o incluso una infracción. Por tanto, quien acude a las autoridades de competencia es considerado como un traidor. Consecuentemente, si las empresas no son sancionadas duramente para eliminar esta resistencia cultural, sólo unos pocos se atreverán a acudir a denunciar la actividad ilícita[911].

Una vez establecido que es necesario un aumento de la cuantía de la sanción, hay que buscar los mecanismos para hacerlo viable. Así, un mayor incremento podría justificarse a través de un aumento en el porcentaje aplicado a cada una de las circunstancias agravantes. De esta manera, se reflejaría la diferencia entre quien comete circunstancias agravantes y quien no. Igualmente, sería positivo incluir un mecanismo similar al *entry fee* europeo que ayude a reflejar a través de la sanción la mayor gravedad de los *hardcore cartels*, pues estos constituyen claramente las conductas más perniciosas para la competencia.

Tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, se establece que el 10% del volumen de negocios funciona como techo máximo de la sanción. Por tanto, es de esperar que las sanciones se aproximen a esa cuantía máxima cuando se impongan por haber desarrollado conductas calificadas como muy graves y, además, concurran agravantes. Sin embargo, la autoridad nacional de competencia en pocas ocasiones ha impuesto la multa máxima permitida. En determinados casos, como en *AGEDI*, el propio Consejo de la CNC reconoció que la multa impuesta es «muy inferior al límite del 10%

En la práctica de la UE, hasta la fecha, lo que sí se han solicitado son los intereses de demora correspondientes al importe principal de la multa pagado provisionalmente y los tribunales europeos han respondido que sí se tiene derecho a ellos al tratarse de cantidades indebidamente pagadas. STG (Sala Tercera ampliada) de 12 de febrero de 2019, asunto T-201/17, *Printeos v. Comisión* [2019] RJE 0000, ap. 56.

[910] Hasta el 2015 se cree que esta caída se debe en parte a las numerosas sentencias de la Audiencia Nacional que rebajaban la multa impuesta por su predecesora, la CNC

Las reducciones en apelación se produjeron, entre otros motivos, porque la Audiencia Nacional ha interpretado que el límite del 10% del volumen de negocios no debe calcularse sobre el total, sino únicamente sobre el volumen afectado o las ventas realizadas en el mercado afectado. No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 solucionó esta polémica, por lo que ya no se esperan discrepancias entre CNMC y Audiencia Nacional a este respecto.

La Sentencia a la que se hace referencia es la STS 112/2015, Sala de lo Contencioso, Sec 3ª, de 29 de enero de 2015

[911] MACCULLOCH, A. "National criminalisation of international…", *op cit*, pp. 16-17.

de la facturación total»[912]. Por ello y para aumentar la cuantía de las sanciones de manera que se consiga un adecuado efecto disuasorio –especialmente en los casos de reincidencia–, la autoridad de competencia podría tratar de ajustar su sanción a este tope máximo cuando se trate de las infracciones más graves.

Por otra parte, no sirve de nada aumentar la cuantía de la sanción a imponer si en una segunda fase se ofrecen recompensas a los demandados por su cooperación[913].

Las empresas, una vez que presuman que han sido detectadas intentarán colaborar con la autoridad de competencia, no porque crean que es lo correcto o porque quieran dejar de coludir, sino porque, teniendo la certeza de que serán sancionadas, realizarán un último intento por evitar o ver reducida la multa. Por ello, será importante establecer límites a esta cooperación, que, si bien es importante de cara a aumentar la detección de comportamientos anticompetitivos, también pueden perjudicar a la disuasión en la medida en la que otorgan herramientas a las partes para que, si son detectadas, puedan reducir la cuantía de su sanción. Por ello, si bien se reconocen los beneficios de estas gratificaciones, se estima que su aplicación debería ser restrictiva y que, quizá, podría ser positivo añadir nuevos requisitos, como, por ejemplo, como ya hemos anunciado, la obligación de ofrecer a los perjudicados una compensación.

Finalmente, parece apropiado tratar de mejorar la justificación de la cuantía impuesta, haciendo pormenorizada referencia a todas las circunstancias del caso, de tal manera que se intente garantizar su inatacabilidad en sede judicial. En definitiva, no sirve de nada regular la posibilidad de imponer sanciones elevadas si después son reducidas o anuladas por vía de recurso. Como hemos puesto de relieve, un porcentaje razonablemente elevado de las decisiones de la CNMC son recurridas, siendo la cuantía de la sanción una de las principales causas de estimación parcial de los recursos. Esto, además, ha sido reflejado por la prensa, lo que perjudica notablemente el efecto disuasorio de la sanción[914].

[912] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0360/11 – *Agedi*, de 26 de agosto de 2013, FJ. 6.

[913] This might be the reason for the low government fines. CONNOR, J. M. "Private international cartels: effectiveness…", *op cit*, p. 43.

[914] Sirva de ejemplo, MARS, A. "Los tribunales frenan a Competencia" en *El País*, 12 de mayo de 2014, **http://economia.elpais.com/economia/2014/05/11/actualidad/1399823665_277564.html** (Último acceso: 06.05.2020)

A. Determinación del tipo sancionador: la aplicación –no siempre consistente– de los criterios sancionadores en la práctica resolutoria de la autoridad nacional de competencia

La LDC recoge en su artículo 64.1 los criterios que se deben tener en cuenta a la hora de determinar el importe de las sanciones. No obstante, simplemente se limita a enumerarlos sin explicitar si alguno de ellos tendrá mayor importancia o cómo deben valorarse.

Este trabajo se realiza a través de las Indicaciones provisionales de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre la determinación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, publicadas en el año 2018[915]. En ellas se clasifican estos criterios en función de si sirven para calcular el tipo sancionador general o el tipo sancionador individual, los cuales conjuntamente permiten obtener el tipo sancionador total que debe imponerse a cada infractora.

a. Los tipos sancionadores general e individual: factores clave para la individualización del tipo sancionador aplicable

Para determinar el tipo sancionador general se utilizarán las características del mercado afectado por la infracción (1); la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables (2); el alcance de la infracción (3); el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos (4); los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción (5); y la adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas (6).

[915] Este problema se solucionaba anteriormente a través de la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los Artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea. En ella se recogía que "este importe básico se calculará como una proporción del volumen de ventas afectado por la infracción" (apartado 9) y recogía una fórmula concreta para dicho cálculo: $IB = p\,(\%) \bullet \sum_{i=1}^{T} VMA_i \bullet \alpha_i$ Donde:

- IB = Importe Básico
- p(%) = porcentaje según gravedad y tipo de producto o servicio (10-30%)
- VMAi = Volumen Ventas en el Mercado Afectado por la Infracción en el año i, siendo i = 1 ,……,T
- T = años de duración de la infracción
- αi = coeficiente de ponderación en el año i

Actualmente no existe ninguna fórmula similable que le sustituya.

Para obtener el tipo sancionador individual, la CNMC se basará en la duración de la infracción (A); la dimensión del mercado afectado por la infracción (B); y las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables (C). Estas últimas se analizarán en un apartado separado debido a su amplitud.

Para proceder a calcular el tipo sancionador general, en primer lugar, debemos conocer cuál ha sido *el mercado afectado por la conducta anticompetitiva* (1). El establecimiento de cuál es el mercado afectado tiene por finalidad «determinar el ámbito espacial en el que la conducta infractora acreditada ha producido o es susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva, lo que depende directamente del territorio y producto para los que los participantes de la infracción hayan realizado los acuerdos»[916]. Por tanto, el mercado afectado por la infracción puede comprender tanto el mercado de producto como el mercado geográfico.

El mercado de producto comprende «la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos»[917]. Para determinar el importe básico de la sanción a imponer deberemos diferenciar si el mercado afectado por la infracción se trata del mercado principal o de uno conexo. En el primer caso, será necesario delimitarlo de manera concisa y cerrada. Si se trata de una conducta que tiene efectos en un mercado conexo –por ejemplo, en un abuso de posición de dominio– no será necesaria esa exhaustiva delimitación[918]. Una vez delimitado el mercado principal,

[916] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0380/11 – *Coches de alquiler*, de 30 de julio de 2013, FJ. 5; Resolución del consejo de la CNC en el Expte. S/0303/10 – *Distribuidores saneamiento*, de 23 de mayo de 2013, FJ. 2.

En caso de que los tribunales considerasen que en la resolución sancionadora hay una insuficiencia de información para determinar el mercado relevante podrían anular la sanción. STS 4393/2018, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 20 de diciembre de 2018, FJ 3.; SAN 3556/2017, Sala de lo Conseccioso, Sec. 6ª, de 4 de septiembre de 2017, FJ 5.

[917] CACHAFEIRO GARCÍA, F. "Definición del mercado relevante por el Tribunal Supremo: a propósito de la Sentencia Excursiones Puerto de Sóller", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 31, enero-febrero 2013, p. 4.

[918] Así, ha señalado la CNMC que «dado que lo que se está valorando es una conducta de abuso de posición de dominio que tiene efectos en un mercado conexo, no es preciso para su resolución una delimitación concisa y cerrada en ese mercado conexo como sí lo es el mercado principal». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 2795/07 - *Hidrocantábrico Instalación*, de 20 de septiembre de 2011, FJ. 4; «En materia de mercados conexos el Consejo de la CNC resumía en su RCNC, R713/07 SPECIAL PRICES/BINTER CANARIAS, los requisitos que la jurisprudencia había establecido en orden a reconocer la posibilidad de que "un abuso producido en el mercado dominado dejase sentir sus efectos en otro mercado (Tetra Pack Internacional contra Comisión CE, Asunto C-333/94). En particular "el abuso en mercados conexos se produce cuando una empresa con posición de dominio en un mercado desarrolla una conducta que le permite extender su posición a otro mercado o reforzar la que tiene. Para que esto suceda deben concurrir ciertos requisitos: A) la empresa en cuestión debe tener posición de dominio sobre un bien para el que no hay sustitutivos efectivos; B) La conexión entre ambos mercados debe ser estrecha, de tal forma que desde el mercado dominado se pueda realmente afectar a la competencia en el mercado conexo, y C) Debe ser factible que la empresa dominante extienda su poder al mercado conexo o se refuerce en el que ya está presente, de tal forma que la competencia se debilite». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 645/08 - *Céntrica / Hidrocantabrico*, de 22 de abril de 2009, FJ 5.

se calculará sobre él la cuota de mercado que representa la empresa o empresas responsables[919].

El mercado geográfico es importante a la hora de analizar si las empresas de distintas zonas constituyen una fuente de suministro alternativo para los consumidores, de tal manera que, de un lado, los clientes pueden transferir sus pedidos o sentirse atraídos por ofertas de otras localizaciones si los proveedores locales alzan los precios y, de otro, los productores de esos otros territorios pueden vender sus productos sin demasiados impedimentos (como son los costes de transporte del producto, la necesidad de disponer de una red de distribución propia o los obstáculos normativos para instalarse)[920].

Entre las características del mercado se encuentran, por ejemplo, si es un mercado muy atomizado o si ha sido liberalizado recientemente[921].

La atomización del mercado se tuvo en cuenta –junto con otras características– para imponer una sanción muy reducida a la Asociación de Diseñadores Gráficos de Asturias en *Diseñadores gráficos*[922].

Con respecto a la liberalización, el artículo 62.4.b) de la LDC ya recoge como infracción muy grave «el abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la Ley cuando el mismo sea cometido por una empresa que opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos». Asuntos en los que se ha sancionado a empresas que han infringido la normativa en mercados recientemente liberalizados estarían, entre otros, *Gas Natural 1 y 2* e *Iberdrola*[923].

---

[919] Así, por ejemplo, la Sala de Competencia de la CNMC calculó que la cuota de mercado conjunta de las empresas participantes en el acuerdo colusorio relacionado con el libro digital era superior al 60% en su resolución de 30 de mayo de 2019 y cercana al 100% en el abuso de posición de dominio sancionado en su resolución de la misma fecha. Véanse, Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0594/16 – *ANELE*, de 30 de mayo de 2019, FJ 6.2 y Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0590/16 - *DAMA VS SGAE*, de 30 de mayo de 2019, FJ 5.2.

Igualmente, en su Resolución de 10 de abril de 2019, estimó que la cuota de mercado de las fabricantes de tabaco era cercana al 95%. Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0607/17 - *Tabacos*, de 10 de abril de 2019, FJ 6.

[921] También hay que tener en cuenta la elasticidad de la oferta y la demanda, la transparencia del mercado, la estabilidad del mercado, la existencia de barreras de entrada, etc. LORCA MORALES, T. "El intercambio de información…", *op cit*, pp. 7-8

[922] En *Diseñadores gráficos* se decide imponer una sanción de 0,5% pese a ser una conducta muy grave por "la ausencia de acreditación de efectos, mercado altamente atomizado, escasa duración, retirada de la web tras la primera actuación de la CNC y alcance limitado, pues aun cuando el acceso a dicho listado era libre, la representación de la asociación no llegaría al 1% en el mercado nacional". Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0339/11 - *Diseñadores gráficos*, de 30 de julio de 2011, FJ. 6.

[923] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0184/09 - *Gas Natural*, de 29 de julio de 2011; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 638/08 - *Gas natural 2*, de 26 de marzo de 2009; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 624/07 - *Iberdrola,* de 14 de febrero de 2008.

Entre las características del mercado que no se deben tener en cuenta para minorar la sanción destaca el que sea un mercado o sector en crisis, aunque es, precisamente, en los momentos de dificultades económicas y financieras cuando los cárteles tienden a hacer su aparición[924]. No obstante, aunque no se tenga en cuenta de manera separada y específica –ni como característica del mercado a valorar, ni como atenuante, ni como eximente–, es innegable que la situación financiera de la empresa influirá en la multa porque, como veremos, a la hora de calcular el importe de la sanción se utiliza el volumen de ventas afectado por la infracción, que, en tiempos de crisis económica y financiera, tenderá a verse negativamente afectado[925].

Finalmente, hay que señalar que, aunque la dimensión y las características del mercado son un factor importante para determinar el tipo sancionador individual y general por la infracción cometida, no siempre es necesario delimitar dicho mercado. Este sería el caso de la comisión de una infracción por objeto. De acuerdo con lo que recoge la CNMC en *Postes de hormigón*, las infracciones que analizan en dicho expediente «constituyen una infracción única y continuada restrictiva por objeto, calificación que permitiría a esta Sala determinar las responsabilidades e imponer las sanciones correspondientes sin necesidad de realizar una delimitación del mercado por cuanto no resulta un elemento imprescindible del tipo infractor»[926].

En todo caso, aunque esta delimitación del mercado afectado no resulte imprescindible en las infracciones por objeto, sí que se considera recomendable porque ayuda a asegurarse de que se respetan los principios de proporcionalidad y ausencia de arbitrariedad de las autoridades de competencia a la hora de fijar la cuantía de la sanción. Además, permite valorar más adecuadamente qué sanción ha de imponerse porque, pese a su gravedad, no tendrán los mismos efectos, ni el mismo impacto, aquellas prácticas que hayan afectado únicamente a una provincia que aquellas otras que hayan afectado a todo el territorio del Estado, aunque ambas sean restricciones por objeto.

Una vez establecido el mercado afectado por la infracción, la autoridad de competencia calculará *la cuota de mercado que pertenece a la empresa infractora* (2). La cuota de mercado es la fracción o porcentaje, definida en términos de unidades o de

---

En el caso del asunto *Gas Natural*, la resolución fue confirmada por SAN 1918/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 29 de abril de 2013.

924 «ni el TFUE ni la LDC proporcionan un marco jurídico para una exención de una fijación de precios que pretenda justificarse en el tratamiento y respuesta a una situación de crisis. Aunque ese tipo de argumentos es frecuente en la industria agroalimentaria, también es frecuente el rechazo de las autoridades de defensa de competencia y de los tribunales» MARCOS, F. "El ámbito de aplicación subjetivo de la LDC y la condena…", *op cit*, p. 7.

925 La situación financiera de la empresa ya se tiene suficientemente en cuenta a la hora de calcular la base de la sanción utilizando el volumen de ventas afectado por la infracción. Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0226/10 – *Licitaciones de Carreteras*, de 19 de octubre de 2011, FJ. 7.

926 Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0473/13 – *Postes de hormigón*, de 15 de enero de 2015, FJ. 4; véase en el mismo sentido Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0179/09 - *Hormigón y productos relacionados*, de 12 de enero de 2012; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0091/08 - Vinos finos de Jerez, de 28 de julio de 2010, FJ. 8.

ingresos, del total del mercado de un producto específico[927]. Es especialmente tenida en cuenta como criterio de reparto proporcional de la sanción entre las empresas que han desarrollado una restricción de carácter horizontal[928]. Matemáticamente se puede calcular con cualquiera de las siguientes fórmulas:

- Cuota en unidades = Unidades vendidas / Total de unidades vendidas en el mercado
- Cuota en función de los ingresos = Ventas / Ventas del mercado

A través de estos cálculos podremos conocer qué «cantidad de tarta de mercado tiene la compañía», así como si una empresa está ganando mercado a la competencia o si la competencia lo está perdiendo[929].

Analizadas las resoluciones de la autoridad nacional de competencia, podemos concluir que se ha hecho referencia a la cuota de mercado, por ejemplo, en *Propollo*, donde se tiene en cuenta que goza de un grado de representación de entre el 93 y 99%; en *Faconauto,* donde se explica que la cuota de mercado es superior al 90% y afecta a todo el territorio nacional; y en *Colegio Notarial de Asturias,* donde la conducta fue aplicada por una corporación que agrupa a todos los operadores del mercado geográfico afectado[930]. No obstante, aunque se conoce que se valoró la importante cuota de mercado afectada, se desconoce en qué medida concreta se tuvo en cuenta en la determinación de la cuantía de la multa.

Además de para el cálculo de la multa, la identificación de la cuota de mercado del operador económico es importante a la hora de establecer si su conducta puede ser considerada *de minimis* o si goza de una posición de dominio.

En el primer caso, de acuerdo con el artículo 1 RDC, no se sancionará la conducta por considerarse que es de escasa importancia cuando no alcance el 10% para conductas horizontales o el 15% para las verticales, salvo que existan redes paralelas de acuerdos que cubran al menos el 30% del mercado, en cuyo caso la cuota *de minimis* se fija en el 5% con independencia de la naturaleza del acuerdo, y siempre y cuando no se trate de las conductas restrictivas especialmente graves previstas en el artículo 2 RDC[931]. Se entiende

[927] DOMÍNGUEZ DONCEL, A. y HERMO GUTIÉRREZ, S. *Métricas del marketing*, Ed: Esic Editorial, Madrid, 2007, p. 65.

[928] MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. "Del régimen sancionador", *op cit*, p. 1006.

[929] DOMÍNGUEZ DONCEL, A. y HERMO GUTIÉRREZ, S. *Métricas del marketing*, *op cit*, p. 65

[930] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0044/08 – *Propollo* de 29 de septiembre de 2009, FJ. 8; Resolución del TDC en el Expte. 322/92 – *Faconauto*, de 25 de mayo de 1993; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0196/09 – *Colegio Notarial de Asturias*, de 20 de enero de 2011, FJ 6.

[931] Un ejemplo en el que la autoridad de competencia ha considerado que se encontraba ante una condcuta *de minimis* es la Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0105/2008 - *El Corral de las Flamencas*, de 3 de diciembre de 2009; véase también ORTIZ VAQUERO, I. "La regla de minimis en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencia", en *Revista e-mercatoria*, Vol. 8, nº 2, 2009, pp. 16-22.

que estos comportamientos no afectan (o no son susceptibles de afectar) de manera sensible, significativa o apreciable a la competencia[932]. No podrá ser sancionada por estar exenta ni por la CNMC, ni por las autoridades de competencia autonómicas, ni por los Juzgados de lo Mercantil[933].

En el segundo, en caso de no alcanzarse la posición de dominio, no podrá haber existido un abuso de lo que no se posee. Por debajo de cuotas del 20%, se considerará que es improbable que exista una posición de dominio; entre un 20% y un 40%, se admite de forma teórica que pueda existir; a partir del umbral del 40%, la cuota de mercado será un indicio significativo de la existencia de una posición de dominio; y por encima del 50%, se considerará, salvo prueba en contrario, un indicio suficiente para demostrar la existencia de una posición de dominio[934].

En tercer lugar, la autoridad de competencia debe analizar *el alcance de la conducta anticompetitiva* (3). El alcance de la infracción representa la capacidad de la conducta anticompetitiva para afectar al correcto funcionamiento del mercado. En concreto, recoge MARTÍNEZ SÁNCHEZ que «parece estar relacionada con el grado de seguimiento y aplicación que la conducta de que se trate haya tenido»[935]. Así, como bien dice la Resolución de la CNMC en el asunto *Industrias lácteas 2*, «una conducta que alcance una cuota cercana al 100% del mercado de producto en el marco geográfico relevante exigirá un reproche punitivo mucho mayor que otra en la que la cuota de concertación esté en torno al 75% o al 50%»[936].

El alcance podrá variar en función de los factores anteriormente explicados (dimensión y características del mercado, cuota del mercado de la empresa o empresas responsables), así como en función de otros tales como los medios utilizados, el objeto de acuerdo colusorio o su aptitud para distorsionar las condiciones de competencia en el mercado[937].

---

[932] MIRANDA SERRANO, L. M. "La «regla de minimis»", *op cit*, p. 2.

[933] ALLENDESALAZAR CORCHO, R. y MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, P. "Las conductas prohibidas…", *op cit*, p. 6.

[934] Esta cuota de mercado no deberá valorarse en abstracto, sino que tendrá que ser puesta en relación con la fuerza y el número de los competidores de la empresa supuestamente dominante. *Ibid*., p. 4

[935] MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. "Del régimen sancionador", *op cit*, p. 1006.

[936] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0425/12- *Industrias lácteas 2*, de 26 de febrero de 2015, FJ. 7. A pesar de estar de acuerdo con estas afirmaciones, no se vuelven a recoger tras la anulación de dicha Resolución por la Audiencia Nacional en su Sentencia 3063/2016 de 11 de julio de 2016 y posterior dictado de la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0425/12 – *Industrias lácteas 2*, de 11 de julio de 2019.

[937] Sirvan de ejemplo las siguientes resoluciones:

- Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0232/10 – *Prisa Zeta*, de 24 de noviembre de 2011, FJ. 6.: se tiene en cuenta que, aunque es una conducta muy grave, "no estamos ante un acuerdo de cártel que tenga por objeto reducir la competencia en precios o el reparto del mercado. Estamos ante un acuerdo de comercialización conjunta que atendiendo a su naturaleza y a la

En verdad, este factor se encuentra muy relacionado con la cuota de mercado. Es probable que, a mayor cuota de mercado de la empresa infractora, mayor alcance tenga la infracción. Y, que cuando se esté afectando a un servicio público, el alcance afecte tanto a la Administración, como al conjunto de ciudadanos que no tienen otra alternativa diferente a la ofrecida por el operador que gana la licitación. Por ello, podría ser apropiado que en el análisis realizado por la autoridad de competencia se estudiasen estos dos factores juntos.

En cuarto lugar, debe tenerse en cuenta *el efecto de la infracción sobre los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios, así como sobre otros operadores económicos* (4).

---

existencia de alternativas efectivas para los clientes en los mercados afectados tiene por sí mismo una aptitud limitada para distorsionar las condiciones de competencia en el mercado" .

- Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0198/09 – ANCCE, de 17 de mayo de 2011, FJ 5. El Consejo observa que el impacto sobre la competencia podría ser limitado porque "la fijación del precio se refiere a un servicio muy específico para un tipo de animal determinado"
- Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0196/09 – *Colegio Notarial de Asturias*, de 20 de enero de 2011, FJ. 6. Se tuvo en cuenta para minorar la sanción el hecho de que "el acuerdo no se aplicó en todas las demarcaciones de Asturias con dos o más notarías"
- Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0044/08 – *Propollo,* de 29 de septiembre de 2009, FJ. 8. Se tiene en cuenta que se estaba garantizando un grado de alcance muy elevado por los medios utilizados, dado que "la Nota de Prensa lanza un mensaje de subida de precios no sólo para la industria, sino también para la distribución y para los consumidores, tratándose de un bien básico en la cesta del consumo tipo"
- Resolución del consejo de la CNC en el Expte. S/0303/10 - *Distribuidores saneamiento*, de 23 de mayo de 2013, FJ. 7. Se tuvo en cuenta que la conducta ilícita de algunas de las infractoras tuvo aptitud para distorsionar la competencia y desplegar sus efectos fundamentalmente en la zona del Levante del territorio nacional y provincias limítrofes, por lo que en comparación con las empresas de alcance nacional con diversas delegaciones por todo el territorio podría resultar desproporcionado tomar todo su volumen de negocios en España; de tal manera que únicamente se tuvo en cuenta el volumen de negocio que realizan sus delegaciones en esa región
- Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0184/09 - *Gas Natural*, de 29 de julio de 2011, FJ. 16. El Consejo de la CNC tuvo en cuenta "que GNE era un operador recién entrado en el mercado de electricidad, con solo dos centrales de la misma tecnología, y una cuota de capacidad de generación inferior al 2%, y que por tanto tenía escasa capacidad de influir en el mercado eléctrico más allá de la infracción sancionada"
- Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0453/12- *Rodamientos ferroviarios*, de 4 de diciembre de 2014, FJ. 6. la CNMC tiene en cuenta el encarecimiento del coste de las licitaciones públicas en el sentido de que suponen "un plus de gravedad de la infracción, dado el encarecimiento del coste que debe soportar la Administración y en última instancia los ciudadanos que abonan los servicios de RENFE-Operadora, bien directamente bien vía impuestos". De hecho, cuando se trata de manipulación de licitaciones públicas y como se recoge en la Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0226/10 - Licitaciones carreteras, de 19 de octubre de 2011 "pocas infracciones pueden dañar tanto y a una base tan amplia. Al suponer un mayor coste de la licitación y, con ello, un mayor cargo presupuestario, está afectando nada menos que a todos los contribuyentes". Lo mismo se señala en la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0481/13 - *Construcciones modulares*, de 3 de diciembre de 2015, FJ 6.

El Tribunal Supremo ha reconocido que el escaso efecto restrictivo de la conducta debe ser tenido en cuenta como una circunstancia a tomar en consideración en la determinación del importe de la sanción[938].

En este sentido, debe recordarse que las prohibiciones *antitrust* recogidas en los artículos 1 a 3 LDC son, en principio, ilícitos de peligro. Esto significa que no está permitida ninguna conducta que sea apta para menoscabar el bien jurídico protegido –libre competencia en el mercado–, por lo que no es necesario que las conductas prohibidas produzcan un efecto grave o sensible en el mercado, ni siquiera se exige la producción de efectos en las prohibiciones por objeto[939]. Como recoge MARCOS, «si cupiera pensar que las prohibiciones de prácticas anticompetitivas contuvieran un requisito genérico y ambiguo de sensibilidad de la restricción a la competencia, se introduciría un notable e indeseable grado de inseguridad jurídica entre los operadores del mercado»[940].

Sin embargo, en la práctica, incluso en las infracciones por objeto la autoridad nacional de competencia suele tratar de comprobar si la infracción tuvo efectos sobre los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos, de cara a graduar la base de la sanción -actualmente graduaría el tipo sancionador general-[941]. Así, la autoridad de competencia puede deducir que la infracción produjo efectos desde que el operador económico adopta medidas tendentes a desarrollar la conducta anticompetitiva.

---

[938] STS 2656/2008, Sec. 3ª, Sala de lo Contencioso, de 6 mayo de 2008, FJ. 6.

[939] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0425/12- *Industrias lácteas 2*, de 26 de febrero de 2015, FJ. 4; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0444/12 - *GEA*, de 12 de junio de 2014, FJ. 3; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0428/12 - *Palés*, de 22 de septiembre de 2014, FJ. 4; «Sólo el art. 3 LDC introducía expresamente en su formulación anterior a 2007 (en el art. 7 L 16/1989) una regla diferente de las típicas y tradicionales prohibiciones de conductas anticompetitivas, exigiendo para las conductas desleales que en él se prohibían que afectasen al interés público, «por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o parte del mercado nacional» MARCOS, F. "La exigencia de sensibilidad del falseamiento de la competencia en la LDC. Notas a Propósito de problemática puesta de manifiesto por la STS de 29 de enero de 2008", en *Diario La Ley*, Ed. La Ley, nº 7328, 26 de enero de 2010, pp. 2-3.; «No cabe en este caso sino recordar la doctrina de la Sentencia del TJCE en el caso C-95/04, British Airways/Comisión y subrayar que la falta de un cálculo concreto de esos efectos no elimina su palmaria existencia en el caso que nos ocupa», en Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 651/08 – *AIE/T5*, de 25 de julio de 2009, FJ. 8.

[940] MARCOS, F. "La exigencia de sensibilidad del falseamiento…", *op cit*, p. 5. También recoge Marcos en el mismo artículo que, en todo caso, el análisis de sensibilidad o de carácter significativo al falseamiento o restricción de la competencia será fruto de la aplicación de la regla *de minimis* contenida en el art. 5 LDC; «la comunicación de minimis establece unos criterios para determinar «automáticamente» si un acuerdo es de escasa importancia. En el caso de las restricciones especialmente graves, no es posible un análisis de ese tipo y debe valorarse cada caso separadamente» en BROKELMANN, H y VALLINA, R. "La regla de minimis en el Derecho de la competencia. La sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de septiembre de 2009" en *Anuario Contencioso para Abogados 2011*. Ed. La Ley, madrid, mayo 2011, p. 8.

[941] Sirvan de ejemplo la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0517/14 - *Bodegas José Estévez*, de 17 de diciembre de 2015, FJ 4; y la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0562/15 - *Cables BT/MT*, de 21 de noviembre de 2017, FJ. 4; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0579/16 - *Derivados financieros*, de 13 de febrero de 2018, FJ. 4; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0503/14 - *Fabricantes de turrón*, de 7 de abril de 2016, FJ 4.

En consecuencia, es criticable la resolución de la CNC, tras considerar acreditada una infracción del artículo 1 LDC, no impone sanción alguna al entender que la práctica no comportó efectos a la competencia. En el expediente *Patines a vela*, estableció que «las características del mercado y la falta de acreditación de efectos concretos de la conducta infractora llevan al Consejo a concluir que la misma no es acreedora de una multa sancionadora»[942]. Previamente, había resuelto en el mismo sentido en *Distribuciones DAMM*[943].

Igualmente, resulta difícil de justificar la imposición de sanciones simbólicas, como en *AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de Fútbol de 1ª y 2ª división,* amparándose en la ausencia de efectos en el mercado[944].

Situación diferente de la de *Bombas de Fluidos* donde sí que impuso una sanción, aunque el porcentaje a aplicar al volumen de negocios afectado de las empresas infractoras fuera reducido, sobre la base de que ciertos acuerdos no se habrían llegado a ejecutar[945].

La Audiencia Nacional, en su Sentencia de 1 de marzo de 2013, volvió a recalcar que los tres planteamientos generales que hay que tener claros a la hora de sancionar son[946]:

- La actividad prohibida es cualquier acuerdo o conducta tendente a falsear la libre competencia.
- El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma.
- La conducta ha de ser apta para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado delimitado.

Ello refuerza el argumento de que no es necesario que produzca efectos, sino que será suficiente con que tuviera como finalidad, y fuera apta, para vulnerar la libre competencia en el mercado.

Los efectos de la infracción –si se acreditan– se tienen en cuenta en su conjunto y no se refieren únicamente al precio, especialmente cuando estamos en tiempos de crisis,

[942] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 640/08 - *Patines a vela*, de 29 de diciembre de 2008, FJ. 8.

[943] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 647/08 - *Distribuciones DAMM*, de 19 de febrero de 2009, FJ. 11.

[944] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0006/07 - *AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de Fútbol de 1ª y 2ª División*, de 14 de abril de 2010, FJ. 11.

[945]Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0185/09 - *Bombas de fluidos*, de 24 de junio de 2011, FJ 9.

[946] SAN 843/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 1 de marzo de 2013, FJ 5; SAN 2605/2011, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 26 de mayo de 2011, FJ. 5.

porque en estos casos un precio bajo no puede ser valorado como ausencia de efectividad de la conducta anticompetitiva. En estos casos, si no se hubiera desarrollado la conducta anticompetitiva, quizás los precios podían haber sido incluso más bajos[947].

Esta idea ha sido idea respaldada en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de febrero de 2013 que recoge que el hecho de que los precios bajen es irrelevante «si dicha bajada fue inferior a la que hubiese tenido lugar en condiciones de libre competencia, por lo que no puede entenderse probado el alegado beneficio para los consumidores»[948]. Puede suceder que durante la existencia de un cártel los precios incluso lleguen a reducirse como consecuencia de los fallos en la monitorización de las conductas de sus miembros; sin embargo, esto no significará ni que no tiene efectos, ni que ha finalizado el comportamiento anticompetitivo[949].

Además, como avanzábamos, la conducta ilícita puede tener efectos en circunstancias diferentes al precio; por ejemplo, cuando impide que un competidor entre en el mercado, cuando lo expulsa o cuando empeora la calidad de los productos a sabiendas de que existe un acuerdo que hará que los consumidores no acudan a un producto sustitutivo.

Asimismo, los efectos también podrán demostrarse si ha sido necesario asumir mayores costes. En *Sintrabi*, se acreditó que la lucha contra las conductas anticompetitivas supuso no sólo un coste directo para los usuarios del Puerto de Bilbao, sino también un coste indirecto debido a los costes adicionales que deben asumir los presupuestos públicos al crearse la Mesa para la Competitividad del Puerto de Bilbao «para poder implementar procesos de liberalización diseñados y acordados por el legislador en la búsqueda de una mayor competitividad de nuestras infraestructuras portuarias»[950].

Por otra parte, a la hora de sancionar las conductas de abuso de posición de dominio tampoco es necesario que únicamente se tengan en cuenta las prácticas que causan un perjuicio inmediato a los consumidores; en estos casos se tomarán en consideración aquellas que sean perjudiciales por atacar al proceso de competencia

[947] Como dice el Consejo de la CNC en *Transcont*, «ciertamente puede que los precios estén actualmente entre los más bajos de los últimos años, pero ello no puede ser sin más valorado como una ausencia de efectividad del cartel, pues en un contexto de profunda crisis económica, de una elevada atomización del sector del transporte de mercancías por carretera, y de un aparente exceso de oferta, en ausencia de conductas como las aquí acreditadas podrían esos precios haber sido aún menores». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0293/10 – *Transcont*, de 10 de enero de 2013, FJ. 8.

[948] SAN 1052/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 26 de febrero de 2013, FJ. 6.

[949] LEVENSTEIN, M. C. y SUSLOW, V. Y. "What determines cartel…", *op cit*, p. 5; HÜSCHELRATH, K. y WEIGAND, J. "Fighting hard core cartels…", *op cit*, p. 20

[950] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0060/08 – *Sintrabi*, de 26 de octubre de 2011, FJ. 7.

efectiva: un efecto habitual de las infracciones del artículo 2 LDC es la imposibilidad o cuasi-imposibilidad de acceder al mercado[951].

En conclusión, a la hora de valorar el efecto de una determinada conducta nos encontramos con que no es necesario acreditar la producción de efectos, pero a la misma vez, es habitual recogerlos y aplicarlos para modular la sanción. Ahora bien, el problema con este factor aparece a la hora de establecer cómo se calcula el efecto de la conducta y, si no se puede acreditar, cómo se valora. Especialmente cuando la Audiencia Nacional en sus Sentencias de 10 de noviembre de 2010 (*Propollo*) y de 18 de enero de 2011 (*FEFE*), ha utilizado la ausencia de acreditación de efectos como justificación para reducir la sanción impuesta previamente por la CNC en un 50%[952].

Unido a los efectos de la infracción, la autoridad de competencia debe tener en cuenta, en la medida de lo posible, *los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción* (5)[953]. La multa impuesta por la autoridad de competencia tiene que ser suficientemente elevada como para eliminar cualquier beneficio que se haya podido obtener con la infracción de tal manera que no resulte "rentable" infringir la normativa de competencia[954].

Recoge la Audiencia Nacional en su Sentencia de 2 de julio de 2009 que «la cuantía de esos beneficios ilícitos es precisamente lo que se utiliza como base de la cuantificación de la sanción»[955]. Esto significa que, cuando sea posible conocer este beneficio, debe utilizarse como punto de partida de la multa para asegurarse de que la misma es disuasoria y proporcional. Es decir, que como mínimo, la empresa infractora no retiene ningún hipotético beneficio obtenido a través de su conducta ilícita.

No obstante, como señala la CNMC en *Munters:*

---

[951] «Tal y como sostiene el TJUE, el objeto del artículo 102 del TFUE, como del artículo 2 de la LDC, es prohibir los comportamientos de una empresa dominante que trata de reforzar su posición de dominio y de obstaculizar injustificadamente la entrada en mercados donde la competencia ya de por sí está debilitada», en Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0207/09 - *Transporte televisión*, de 8 de febrero de 2012, FJ. 8; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0211/09 – *Endesa instalación*, de 21 de febrero de 2012, FJ. 4.

[952] SAN 5680/2010, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 10 de noviembre de 2011 y SAN 28/2011, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 18 de enero de 2011.

[953] No obstante, la ausencia de beneficios no impedirá la imposición de una sanción. Como se recoge en *Transporte balear de viajeros* «habiendo sido acreditada su participación en la conducta, aunque no se hayan beneficiado directamente de las prácticas realizadas en el marco de esta primera infracción, este hecho no es un elemento decisivo para justificar una exculpación, dado su pleno conocimiento del cártel, su participación en las reuniones y la recepción de correos electrónicos de la FEBT en seguimiento del acuerdo de reparto de licitaciones, aunque sí deberá ser tenido en cuenta a la hora de determinar el importe de sus sanciones.» Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte S/DC/0512/14 - *Transporte balear de viajeros*, de 9 de marzo de 2017, FJ 6.

[954] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0413/12 - *Asociación empresarial de peritaje y valoraciones judiciales*, de 10 de septiembre de 2013, FJ. 5.

[955] SAN 3248/2009, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 2 de julio de 2009, FJ. 3.

> "conviene apuntar que la doctrina científica ha señalado con acierto que para establecer la sanción óptima que garantice la disuasión no es suficiente aquella en la que la sanción sea equivalente al beneficio ilícito, ya que una multa de estas características sólo garantizaría la disuasión cuando la probabilidad de detección de la conducta ilícita sea igual al 100%, escenario inverosímil. Ha señalado también la doctrina que si bien la probabilidad de detención no puede ser calculada, existen estudios en los que el porcentaje tomado en cuenta oscila en torno al 15%. Sobre esta premisa la multa teórica óptima debería ser 6,7 veces superior al beneficio obtenido en la infracción"[956].

Aunque se señala que la multa debería ser 6,7 veces superior al beneficio obtenido en la infracción, es muy difícil cuantificar con exactitud dicho beneficio, a pesar de que la CNMC, como explica en su resolución de 30 de mayo de 2019, *Dama vs SGAE*, utilice para su cálculo diversos parámetros económicos, como el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad precio de la demanda en el mercado relevante[957].

Además, la imposición de multas muy elevadas por este concepto podría dar lugar a una anulación sistemática por los tribunales –dado que las empresas negarían haber obtenido el beneficio utilizado como base para aplicar el incremento y argüirían la dificultad de probar de manera indubitada este extremo– lo que perjudicaría la cultura de competencia que trata de promover la autoridad de competencia: si todas, o una amplia mayoría, de sus resoluciones fueran anuladas, de cara a la ciudadanía su labor perdería legitimidad, al transmitirse la imagen de "error en su actuación".

Por otra parte, si es imposible conocer de manera indubitada y certera el beneficio obtenido, se desconoce qué criterio podrá seguir la autoridad de competencia para valorar este factor a la hora de determinar qué papel debe desempeñar sobre el porcentaje de las ventas. Esto no obsta a que muy acertadamente la CNC haya elevado la sanción en resoluciones como *Vinos Finos de Jerez* a aquellas compañías que obtuvieron un beneficio adicional con las prácticas colusorias[958]. Por lo tanto, podría preverse un incremento porcentual adicional para los supuestos en los que se determine que parte de los participantes se vieron especialmente favorecidos por la conducta anticompetitiva. Al menos, en comparación con aquellos que no se han visto tan favorecidos.

Es importante subrayar que la ausencia de beneficios ilícitos por falta de efectos no puede ser tenida en cuenta como circunstancia atenuante, dado que, si forma parte del

[956] Resolución de la Sala de Competencia en el Expte. S/0423/12 – *Munters*, de 26 de diciembre de 2013, FJ. 8.

[957] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0590/16 - *DAMA VS SGAE*, de 30 de mayo de 2019, en su nota al pie de página nº 74.

[958] Se aplicó un 5% adicional a las compañías que, a juicio de la CNC, obtuvieron dicho beneficio adicional. Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0091/08 - *Vinos finos de Jerez*, de 28 de julio de 2010, FJ. 10.

cálculo del importe básico de la sanción, no puede, al mismo tiempo, ser tenida en cuenta como circunstancia atenuante[959].

No obstante, un análisis de la práctica de la autoridad nacional de competencia revela que en *Feriantes Ayuntamiento de Peralta* se consideró como atenuante, entre otras circunstancias, la ausencia de ganancias ilícitas[960].

Una vez calculado el tipo sancionador general, debe establecerse el tipo sancionador individual, Para ello, como ya se ha adelantado, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, la *duración de la infracción* (A). A la hora de establecer la duración de la conducta ilícita deberemos determinar, en primer lugar, si estamos ante varias y diferentes infracciones que deben ser analizadas separadamente o si se trata de una infracción única y continuada[961]. Así, si la conducta se ha desarrollado a lo largo de un determinado periodo, debe ser valorada la conducta entera en su conjunto[962].

Podemos hablar de que estamos ante una infracción única y continuada, y, por tanto, se impondrá una única sanción, cuando se cumplan los siguientes requisitos cumulativamente[963]:

---

[959] En este sentido se manifestó el Consejo de la CNC en *Vinos Finos de Jerez* porque no solo los efectos existieron y estaban acreditados, sino que «no puede aceptar el Consejo la falta de efectos como criterio atenuante, pues los mismos forman una parte importante en el cálculo del importe básico de la sanción, de suerte que la acreditación o no de los mismos debe ser tenida en cuenta en dicho importe básico, y por tanto no habría lugar a considerarlo de nuevo bajo el epígrafe de atenuantes». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0091/08 - *Vinos finos de Jerez*, de 28 de julio de 2010, FJ. 12. En el mismo sentido, Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0342/11– *Espuma de Poliuretano*, de 28 de febrero de 2013, FJ. 7.

[960] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 632/07 - *Feriantes Ayuntamiento de Peralta*, de 7 de mayo de 2008.

[961] Debido a elevada casuística, a la mutabilidad de las conductas que se realizan en los mercados, y a la necesidad de garantizar el efecto útil de las normas que tutelan la libre competencia, las autoridades de competencia y los tribunales tienen que recurrir con cierta frecuencia a esta noción jurídica de la infracción única y continuada. Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0179/09 - *Hormigón y productos relacionados*, de 12 de enero de 2012, FJ. 5.

[962] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0244/10 - *Navieras Baleares*, de 23 de febrero de 2012, FJ. 4.; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0445/12 - *Equipos contra incendios*, de 26 de junio de 2014, FJ. 5; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0428/12 - *Palés*, de 22 de septiembre de 2014, FJ. 4; véanse también SAN 3505/2014, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 29 de julio de 2014, FJ. 4º; STS 6150/2006, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 10 de octubre de 2006; STS 1666/2008, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 19 de marzo de 2008.

[963] Por ejemplo, así lo declara la Audiencia Nacional en su Sentencia de 25 de febrero de 2013, cuando recoge que «la infracción imputada es única y continuada y está integrada por una pluralidad de conductas que no se desarrollan todas durante el mismo espacio temporal pero todas obedecen a una idea común de coordinación para homogeneizar o intercambiar variables que suponen parte del coste efectivo de la transacción y por tanto procede situar la fecha de inicio de la infracción tomada en su conjunto en el momento en que se inician actuaciones para conseguir esa finalidad» SAN 888/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 25 de febrero de 2013, FJ. 14.

Así se ha interpretado, entre otras, en la Resolución del TDC en el Expte. 468/1999 – *Texaco 2*, de 27 de julio de 2000; Resolución del TDC en el Expte. 475/99 - *Prensa Vizcaya*, de 31 de octubre de 2000; Resolución del TDC en el Expte. 520/01 – *Disared*, de 31 de mayo de 2002; Resolución del Consejo de la

- unidad de sujeto activo;
- pluralidad de acciones u omisiones;
- que las acciones infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos; y
- que las acciones se hayan realizado en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

Es decir, es necesario analizar si existe un vínculo de complementariedad entre los diversos comportamientos de las empresas de tal manera que «contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto»[964]. En esa misma línea establece el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de marzo de 2008 que «los diferentes acuerdos colusorios no son sino reflejos sucesivos ordenados a su ejecución material» y, así, se «exige tan sólo que haya un "plan preconcebido" para la realización de las conductas infractoras continuadas en el tiempo»[965].

CNC en el Expte. S/0342/11– *Espuma de Poliuretano*, de 28 de febrero de 2013, FJ. 5.; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0179/09 - *Hormigón y productos relacionados*, de 12 de enero de 2012, FJ. 5; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 617/06 - *Cajas Vascas y Navarra*, de 18 de octubre de 2007; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0037/08 - *Compañías de Seguro Decenal*, de 12 de noviembre de 2009; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0106/08 – *Almacenes Hierro*, de 17 de mayo de 2010; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0091/08 - *Vinos finos de Jerez*, de 28 de julio de 2010; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0167/09 - *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, de 6 de octubre de 2011; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0226/10 – *Licitaciones de Carreteras*, de 19 de octubre de 2011; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0251/10 - *Envases Hortofrutícolas*, de 2 de diciembre de 2011; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0179/09 - *Hormigón y productos relacionados*, de 12 de enero de 2012; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0287/10 - *Postensado y Geotecnia*, de 2 de agosto de 2012; véase también SAN 1052/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 26 de febrero de 2013, FJ. 5; SAN 1053/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 26 de febrero de 2013, FJ. 4.; SAN 6365/2009, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 6 de noviembre de 2009, FJ. 5; STS 6150/2006, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 10 de octubre de 2006, FJ. 3.; STS 1666/2008, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 19 de marzo de 2008, FJ. 2.; STS 8331/2007, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 12 de diciembre de 2007, FJ. 2.

Se puede ver un ejemplo de qué se considerarían infracciones únicas e independientes en la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0578/16 - *Mensajería y paquetería empresarial*, de 8 de marzo de 2018, FJ. 6.

El concepto de infracción única y continuada también existe en la práctica de la UE. A este respecto, resulta ilustrativo cómo se explica en la STG (Sala Segunda ampliada) de 24 de septiembre de 2019, asunto T-105/17 - *HSBC Holdings y otros v. Comisión* [2019] RJE 0000, ap. 196 y ss.

[964] SAN 888/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 25 de febrero de 2013, FJ. 8.; la infracción única y continuada «se adecua con la figura jurídica de la infracción continuada del artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, que señala como infracción continuada "la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión" y que ha sido aplicada en el ámbito de la defensa de la competencia por esta Autoridad y por los tribunales» como aparece recogido en la Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0380/11 – Coches de alquiler, de 30 de julio de 2013, FJ. 7.; véase, en el mismo sentido la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0453/12- *Rodamientos ferroviarios*, de 4 de diciembre de 2014, FJ. 4; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0473/13 – *Postes de hormigón*, de 15 de enero de 2015, FJ. 4

[965] STS 1666/2008, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 19 de marzo de 2008, FJ. 2; en este mismo sentido SAN 471/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 5 de febrero de 2013, FJ. 6.

La consideración de que se trata de una única infracción continuada es muy importante tanto a la hora de considerar determinados comportamientos como prescritos, como en la determinación de la cuantía de la sanción, dado que no deberá valorarse igual una conducta que se ha extendido durante más de diez años que otra cuya duración no ha alcanzado el año. Es por ello que las empresas imputadas se esfuerzan en acreditar que su participación en la infracción tuvo la menor duración posible[966].

Ahora bien, aun habiendo consenso sobre el hecho de que la duración de la conducta es una circunstancia a tener en cuenta, no siempre se ha valorado en el mismo momento. Así, la duración de la infracción bajo el artículo 10.2 de la LDC 1989 funcionaba como elemento agravante o atenuante, en función de las circunstancias específicas del caso[967]. No obstante, desde la adopción de la Comunicación de la CNC sobre cuantificación de sanciones (6 de febrero de 2009) y hasta su derogación por el Tribunal Supremo (29 de enero de 2015), la duración era un elemento que tomar en consideración para el cálculo del importe básico de la multa[968].

Ahora bien, la CNMC a veces se ha alejado de consideraciones previas y ha optado por interpretaciones novedosas sobre cómo aplicar el factor de duración. Así, por ejemplo, en la resolución de *Equipos contra incendios*, se ha utilizado el "ranking en duración de la infracción" para determinar directamente el porcentaje que debía aplicarse sobre el

[966] MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. "Del régimen sancionador", *op cit*, p. 1007.

[967] Así, por ejemplo, el Consejo de la CNC lo tuvo en cuenta como circunstancia "agravante" estableciendo en *Artistas, intérpretes o ejecutantes, sociedad de gestión, AIE* lo siguiente:

"Como agravantes, se debe tener en cuenta que la conducta abusiva: (1) afecta a un input necesario para que los operadores de televisión puedan conformar su oferta de entretenimiento (SAN de 10 de marzo de 2010, FD 7º); (2) que se ha prolongado desde 1995 hasta al menos las Sentencias del Tribunal Supremo de principios de 2009; y (3) que la conducta de discriminación se ha realizado con infracción del deber de transparencia que recae sobre las entidades de gestión". Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 2785/07 - *Artistas, intérpretes o ejecutantes, sociedad de gestión, AIE*, de 23 de febrero de 2011, FJ. 6.; Esta misma decisión de la CNC recoge que para fijar la «importancia» de la infracción debe tenerse en cuenta «la reiteración en la realización de las conductas prohibidas» cuando, en realidad, esto se trata de una circunstancia agravante; Volviendo a la duración, lo mismo sucede en Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0003/07 – *E.On*, de 8 de noviembre de 2011, FJ. 5. donde la DI propuso al Consejo que tuviera en cuenta como agravante la larga duración de la infracción tras la Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2006.

[968] Hasta la entrada en funcionamiento de la CNMC era muy difícil saber si la autoridad de competencia había seguido lo recogido en dicha Comunicación porque, en el texto de la mayoría de las resoluciones, no se detenía a aplicar el coeficiente de ponderación según la duración de la conducta. Ejemplos de ello se pueden encontrar en la Resolución de la Sala de Competencia en el Expte. S/0463/13 – *Astraco*, de 10 de julio de 2014 o en la Resolución de la Sala de Competencia en el Expte. S/0404/12 - *Servicios comerciales AENA*, de 2 de enero de 2014; Resolución de la Sala de Competencia en el Expte. SAMAD/12/10 - *Tanatorios Coslada*, de 4 de octubre de 2013.

Desde que entró en funcionamiento de la CNMC, sí que se observa una mejora en este aspecto. En la mayoría de las resoluciones sí se especifica cómo se ha valorado la duración de la infracción. Así por ejemplo, se aplica el coeficiente reductor en las siguientes resoluciones: Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0473/13 – *Postes de hormigón*, de 15 de enero de 2015; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0477/13- *COAPI*, de 11 de diciembre de 2014; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0453/12- *Rodamientos ferroviarios*, de 4 de diciembre de 2014; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0460/13- *SGAE*, de 14 de noviembre de 2014.

volumen de ventas, en vez de aplicarse el porcentaje sobre el volumen de ventas ponderado[969]. La valoración de la duración en el asunto *Equipos contra incendios* resulta adecuada para garantizar que la multa es proporcional a la participación de los distintos integrantes del cártel en la conducta anticompetitiva.

Sin embargo, en nuestra opinión, sigue resultando necesario recurrir a una herramienta que permita calcular la cuantía de la sanción independientemente del número de miembros que han tomado parte en la comisión de la infracción porque, a diferencia de otras circunstancias, una vez acreditada la duración concreta de la infracción es una circunstancia objetiva que no necesita mayor valoración. La utilización de coeficientes de ponderación parece una opción adecuada para ello que merecería la pena incluir en un instrumento normativo.

Actualmente, como lo único que aparece recogido en el artículo 64.1.d LDC es que la sanción se fijará atendiendo, entre otros criterios, a "la duración de la infracción", es necesario acudir a las indicaciones provisionales de la CNMC si se desea obtener una mayor información sobre cómo cuantificar la duración. En ellas, únicamente se señala que la duración se tomará en consideración para la determinación del tipo sancionador individual. Ello permite que la autoridad de competencia nacional disponga de una amplia discrecionalidad a la hora de decidir qué impacto debe tener la duración en el cálculo de la cuantía de la sanción.

En segundo lugar, se tendrá en cuenta la dimensión del mercado afectado por la infracción (B). Para conocerla es necesario calcular la participación de cada empresa infractora en el volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción durante la duración de la misma. En función de dicha cuota de participación, el tipo sancionador deberá modularse. Por tanto, la autoridad de competencia nacional debe tener en cuenta el volumen de ventas en el mercado afectado por la infracción[970]. La LDC no define qué debe entenderse por volumen de ventas en el mercado afectado. Sin embargo, se puede partir de la definición que se contenía en la Comunicación sobre sanciones, en la medida en que esta definición no generó controversia alguna, cuyo apartado 10 recogía que se trataba de:

> "la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados de producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de

[969] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0445/12 - *Equipos contra incendios*, de 26 de junio de 2014, FJ. 11.

[970] La CNMC ha indicado de manera reiterada que debe tenerse en cuenta el volumen de ventas que afecta al mercado en el que se ha producido la infracción para garantizar el principio de proporcionalidad. Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/436/12 - *DTS Distribuidora de TV Digital*, de 23 de julio de 2015, FJ. 8; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. VS/0251/10 - *Envases Hortofrutícolas, Empresa Veripack Embalajes S.L.*, de 1 de febrero de 2018, FJ. 3.; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0579/16 - *Derivados financieros*, de 13 de febrero de 2018, FJ 6.

producir efectos, durante el tiempo que la infracción haya tenido lugar y antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados"

Por tanto, no es lo mismo volumen de ventas (artículo 64 LDC) que volumen de negocio total (artículo 63 LDC). El volumen de ventas del artículo 64 LDC, y al que estamos haciendo referencia, es un criterio para graduar la sanción, pero no constituye el parámetro para delimitar el límite de la sanción[971].

La práctica de la autoridad nacional de competencia, en consonancia con lo que se recogía en los apartados 15 y 16 de la Comunicación de la CNC sobre sanciones, ha fijado que cuando no sea posible calcular el volumen de ventas afectado por la infracción para alguno o algunos de los años del periodo de duración de la infracción, se imputará a tales años el del último año en que se tenga constancia de que la infracción se ha producido (apartado 15) y, si esto tampoco fuera posible, se utilizará el volumen de ventas de las cuentas anuales aprobadas en el último ejercicio fiscal (apartado 16).

En todo caso, si bien la Comunicación ya no sería de aplicación tras la Sentencia del Tribunal Supremo, debemos señalar que el criterio que se recogía en el apartado 16 tenía aptitud para perjudicar a las empresas infractoras que están activas en varios mercados ("multiproducto") por cuanto suponía añadir al volumen de ventas el importe de los ingresos obtenidos en otros mercados distintos[972]. Por ello, acudir a esta alternativa podría suponer la imposición de multas desproporcionadas.

Otro problema es la determinación del volumen de ventas cuando el sujeto infractor es una asociación. La sanción a la que deberá hacer frente la asociación, o subsidiariamente los asociados, podría variar en función de si se conoce el volumen de negocio de los socios o no. En ambos casos, puede resultar inadecuada.

Supongamos una infracción de una asociación cuyo volumen de negocios se desconoce. En estos casos, la autoridad de competencia deberá calcular la multa proporcional caso por caso y motivarla de manera adecuada. No obstante, en algunas resoluciones se echa en falta una mayor justificación de por qué esos factores han dado

[971] CACHAFEIRO GARCÍA, F. "El volumen de negocios como criterio para graduar las sanciones en el Derecho de la competencia", en *Actas de Derecho Industrial*, vol. 34, 2013-2014, p. 6.

[972] PÉREZ-LLORCA. "Comentarios al Proyecto de Comunicación…", *op cit*, ap. 12.

Así lo ha señalado también la CNMC, al indicar que debe tenerse en cuenta el volumen de ventas que afecta al mercado en el que se ha producido la infracción para garantizar el principio de proporcionalidad. Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/436/12 - *DTS Distribuidora de TV Digital*, de 23 de julio de 2015, FJ. 8; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. VS/0251/10 - *Envases Hortofrutícolas, Empresa Veripack Embalajes S.L.*, de 1 de febrero de 2018, FJ. 3.; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0579/16 - *Derivados financieros*, de 13 de febrero de 2018, FJ 6.

lugar a una multa concreta. Sirva de ejemplo *Colegio farmacéuticos de Valencia* donde meramente se citaba la Ley como justificación para imponer la sanción concreta[973].

En tercer lugar, se analizarían las circunstancias agravantes y atenuantes (C) a las que se hará referencia en un apartado posterior debido a su amplitud y heterogeneidad.

Una vez sumados el tipo sancionador general e individual, a la CNMC únicamente le faltaría hacer una comprobación de final de proporcionalidad para asegurarse de que el tipo sancionador total se adecua a la gravedad y demás circunstancias de la infracción, y a su participación en ella.

Siendo esa la práctica de la autoridad nacional de competencia, a continuación, vamos a referirnos a aquellos factores aplicados por la Comisión Europea para establecer lo que la práctica europea denomina como "el importe base de la sanción", y que son diferentes de los utilizados por la CNMC para determinar lo que para la autoridad española constituyen el tipo sancionador general e individual

b. Comparativa de los criterios empleados por la CNMC y la Comisión Europea: la identificación de las divergencias para la determinación del tipo sancionador

Los criterios que emplea la Comisión Europea aparecen recogidos en las Directrices 2006[974]. Estas Directrices establecen, en su apartado 19, que «El importe de base de la multa se vinculará a una proporción del valor de las ventas, determinada en función del grado de gravedad de la infracción, multiplicada por el número de años de infracción». Gráficamente puede resumirse a través de la siguiente fórmula:

Fórmula 3.- Cálculo de la base de la sanción

$IB = IV + TE = (VV \times P \times Y) + TE$[975].

Donde

[973] Resolución del TDC en el Expte. 472/99 - *Colegio Farmacéuticos de Valencia*, de 7 de abril de 2000.

[974] COMISIÓN EUROPEA. *Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003*. ("Directrices 2006"). DOUE C 210/02, de 1 de septiembre de 2006. El Reglamento (CE) 1/2003 no obligaba a la Comisión a establecer ningún tipo de Directriz. Hasta la fecha la Comisión Europea ha adoptado dos Directrices. La primera, en 1998 y la segunda –sustituyendo a la anterior- en 2006. Para más información véase GERADIN, D. "The EU competition law fining system…", op cit, p. 7.; estas directrices supusieron un importante paso para lograr transparencia, predictabilidad y una mayor disuasión. CONNOR, J. M. "Has the European Commission become more severe…", op cit, p. 5.

[975] GERADIN, D. "The EU competition law fining system…", *op cit*, p. 8.

- IB = Importe Base
- IV = Importe Variable antes de impuestos. A su vez es la suma de tres conceptos:
    - VV = Valor de las Ventas: valor de las ventas de bienes o servicios realizadas por la empresa, en relación directa o indirecta con la infracción, en el sector geográfico correspondiente dentro del territorio del Espacio Económico Europeo, durante el último ejercicio social completo de su participación en la infracción (salvo si estos datos están incompletos o son poco fidedignos)[976].
    - P = Porcentaje: la proporción del valor de las ventas se fijará entre el cero y el 30%. En las infracciones más graves (*hardcore cartels*) se situará con carácter general en el extremo superior de la escala[977]. No obstante, la Comisión tendrá en cuenta una serie de factores, como la naturaleza de la infracción, la cuota de mercado combinada de todas las partes interesadas, la dimensión geográfica de la infracción, y la aplicación efectiva o no de las prácticas delictivas.
    - Y = Número de años que la empresa ha participado en la infracción.
- TE = Tasa o importe de Entrada: es una suma comprendida entre el 15% y el 25% del valor de las ventas, que siempre se impone en los casos de cárteles *hardcore* (acuerdos horizontales de fijación de precios, de reparto de mercados y de limitación de la producción) y que también puede ser aplicado en otras infracciones. Esta tasa dependerá, entre otras circunstancias, de la naturaleza de la infracción, de su ámbito geográfico, de la implementación, de la cuota de mercado combinada de las empresas infractoras…

FUENTE: COMISIÓN EUROPEA. Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003.

[976] En algunos supuestos se ha introducido un multiplicador disuasorio para tener en cuenta los volúmenes de negocio particularmente importantes más allá del valor de las ventas de estas empresas. Así, por ejemplo, fue de 1,2 a Sony y Panasonic en el asunto *Rechargeable Batteries*, igualmente de 1.2 a Sanyo en *Capacitors* y de 1.1 a Shenker en *Blocktrains*. Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39904 - *Rechargeable batteries*, de 12 de diciembre de 2016; Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40136 — *Capacitors*, de 21 de marzo de 2018 y Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40098 - *Blocktrains*, de 15 de julio de 2015, ap. 93. Sin embargo, en otros asuntos como *Parking Heaters*, se ha resuelto que no había que aumentar la multa con fines disuasorios. Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40055 - *Parking heaters*, de 17 de junio de 2015.

Resulta de especial interés, tener en cuenta que el Tribunal de Justicia ha fijado que se puede tener en cuenta tanto el volumen de negocios global de la empresa o sólo la parte de este volumen que proceda de los productos objeto de la infracción. En concreto, ha señalado que «para determinar el importe de la multa, se puede tener en cuenta tanto el volumen de negocios global de la empresa, que constituye una indicación, aunque sea aproximada e imperfecta, del tamaño de ésta y de su potencia económica, como la parte de este volumen que procede de los productos objeto de la infracción y que, por tanto, puede dar una indicación de la amplitud de ésta» STJ (Sala Segunda) de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, *AC-Treuhand v. Comisión* [2015] RJE 0000, ap. 62.

[977] WILS, W. P. J. "The European Commission's 2006 Guidelines…", *op cit*, p. 5

De modo preliminar, procede iniciar este análisis comparado indicando que los factores empleados para el cálculo de la sanción tanto por la Comisión Europea como por la CNMC no conforman una lista exhaustiva y cerrada bajo ninguna de las normativas[978]. Por tanto, asumiendo que puede haber casos concretos donde se tengan en cuenta factores diferentes, en la siguiente tabla se recogen comparativamente aquellos que ambas autoridades de competencia han tenido en cuenta para el cálculo de la sanción.

Tabla 5.- Factores para el cálculo del importe de la sanción

<table>
<tr><th colspan="2">Comisión Europea</th><th>CNMC</th></tr>
<tr><td colspan="2">El valor de las ventas (del último año)</td><td>Volumen de ventas/negocios*</td></tr>
<tr><td rowspan="4">Porcentaje sobre el valor de las ventas</td><td>La naturaleza de la infracción</td><td>La naturaleza de la infracción</td></tr>
<tr><td>La cuota de mercado combinada de todas las partes interesadas</td><td>La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables</td></tr>
<tr><td>La dimensión geográfica de la infracción</td><td>La dimensión y características del mercado afectado por la infracción</td></tr>
<tr><td>La aplicación efectiva o no de las prácticas delictivas</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2"></td><td>El efecto de la infracción sobre los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos</td></tr>
<tr><td colspan="2"></td><td>Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción</td></tr>
<tr><td colspan="2"></td><td>El alcance de la infracción</td></tr>
<tr><td colspan="2">La duración de la infracción</td><td>La duración de la infracción</td></tr>
<tr><td colspan="2">La tasa o importe de entrada</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">Agravantes y atenuantes**</td><td>Agravantes y atenuantes**</td></tr>
</table>

* El volumen de negocios no aparece recogido entre los factores a tener en cuenta por el artículo 64 LDC, pero se contempla en el artículo 63 LDC al no poder superar los techos máximos porcentuales que se calculan en referencia a esta cantidad.

** Las agravantes y atenuantes se analizarán separadamente dada su heterogeneidad e importancia.

FUENTE: Elaboración propia

Como se puede apreciar y ya habíamos adelantado, la práctica europea y la española presentan divergencias en cómo estructuran los elementos que se tendrán en cuenta para el cálculo de la base de la sanción (en la práctica de la Comisión Europea) o

[978] Las Directrices suponen un límite al ejercicio de la discrecionalidad de la Comisión porque no puede separarse de ellas sin una justificación debido a los principios generales de igual de trato y protección de las expectativas legítimas. No obstante, es inevitable cierto grado de discrecionalidad por la variedad de de asuntos y el amplio rango de factores relevantes en la imposición de las multas. *Ibid*, p. 10-11.

para los correlativos tipos sancionadores general e individual (en la práctica de la CNMC). Tras la Sentencia del Tribunal Supremo del 29 de enero de 2015, el cálculo realizado por la CNMC es menos matemático que el de su predecesora –la CNC– o que el realizado por la Comisión Europea, a pesar de que la CNMC aprobó en 2018 las indicaciones provisionales sobre la determinación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

A continuación, iremos analizando cada uno de los factores concretos en los que existen diferencias resaltables entre la práctica europea y la española; en concreto, nos detendremos en: (A) los beneficios ilícitos obtenidos, (B) la falta de aplicación efectiva de la conducta, (C) la duración de la conducta, (D) el valor o volumen de ventas, (E) y el importe de entrada.

En todo caso, metodológicamente, la Comisión Europea analiza en sus resoluciones cada apartado de forma más detallada de lo que lo hace la autoridad nacional de competencia; esta última en muchas ocasiones se limita a tener en cuenta todos los factores en un único párrafo. Una vez más, reiteramos que sería recomendable que la autoridad de competencia se detuviera más detalladamente en la motivación de la cuantía concreta que está imponiendo. Ello contribuiría, en gran medida, tanto a que se anulasen menos resoluciones, como a una mejor comprensión de la multa, e, indirectamente, a crear cultura de competencia.

La utilización de los *beneficios ilícitos obtenidos* (A) como factor a valorar en la determinación de la sanción tiene como objetivo evitar que resulte rentable la comisión de la infracción. Si lo fuera, el efecto disuasorio de la sanción sería negativo y supondría un incentivo a las empresas para coludir.

En la normativa española, los beneficios ilícitos son uno de los factores del artículo 64.1 LDC a tomar en consideración para el cálculo del importe sanción. De acuerdo con las indicaciones provisionales de la CNMC se tendrán en cuenta como punto de partida para calcular el tipo sancionador general[979].

Por su parte, en la normativa de la UE, los beneficios ilícitos se engloban dentro del "importe de entrada". Además, como segundo mecanismo complementario, la Comisión Europea trata de garantizar que se eliminan completamente a través del incremento específico para garantizar un efecto disuasorio. No obstante, de acuerdo con la Comisión Europea, la ausencia de beneficios no puede entenderse como autorización para poder coludir engañando a los clientes y otros competidores porque, en una

[979] Ello permite que la normativa no pierda su carácter disuasorio al asegurar que el infractor no obtendrá ningún tipo de rédito derivado de su infracción.

economía de libre mercado, el riesgo empresarial incluye el riesgo de las pérdidas ocasionales o incluso la quiebra[980].

Debe señalarse que, en la medida en que la autoridad de competencia se asegure de que estos beneficios son eliminados a través de la sanción impuesta, resulta indiferente si se realiza a través de un apartado independiente o si se engloba dentro del "importe de entrada". No obstante, a efectos prácticos, debido a su difícil cuantificación, no es aconsejable centrarse en su determinación exacta, sino que se estima más apropiado recoger métodos estimativos, entre los que la autoridad de competencia pueda elegir el que mejor se adapta al caso concreto. De esta forma, más que operar como "techo mínimo", operaría como un factor de guía sobre la cuantía mínima que debería tener el importe de la sanción.

La *falta de aplicación efectiva de la conducta* (B) es el único factor que la Comisión Europea tiene en cuenta para calcular el porcentaje a aplicar sobre el volumen o valor de las ventas que la CNMC no toma en consideración en este momento. De acuerdo con la LDC, se tendrá en cuenta por la autoridad de competencia española como circunstancia atenuante, y no para calcular el importe base de la sanción como sucede en la práctica europea.

Para que la Comisión Europea pudiera considerarla como atenuante, la empresa tendría que ser capaz de demostrar que se opuso a la aplicación del acuerdo de manera clara, abierta y de forma sustancial y que no dio la impresión de adherirse al acuerdo y, por lo tanto, que su conducta no incitó a otras empresas a aplicar el cártel en cuestión[981].

Se estima que la falta de aplicación efectiva no debería considerarse como atenuante por numerosas razones –entre otras, que pudo deberse a muchos motivos ajenos a la voluntad de la empresa–. En caso de querer otorgarle algún tipo de valor a la hora de determinar la cuantía de la sanción, el más adecuado sería, tal y como hace la Comisión Europea, sobre el porcentaje que nos dará la base de la sanción porque es cuando se están valorando los efectos, los beneficios ilícitos obtenidos, el alcance de la infracción y otros factores asimilables.

Con relación a la *duración de la conducta* (C), el apartado 24 de las Directrices de 2006 señala que «con el fin de tener plenamente en cuenta la duración de la participación de cada empresa en la infracción, el importe determinado en función del

[980] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F/38.645 - *Methacrylates*, de 31 de mayo de 2006, ap. 389.

[981] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39125 - *Car glass*, de 12 de noviembre de 2008, ap. 698.; véase también Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F-1/38.121 - *Fittings*, de 20 de septiembre de 2006., ap. 812; Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/E-1/39.168 - *Hard Haberdasher: Fasteners*, de 19 de septiembre de 2007, ap. 578; véase también STPI (Sala Octava) de 30 de abril de 2009, asunto T-12/03, *Itochu v. Comisión* [2009] RJE II-00909, ap. 145.

valor de las ventas […] se multiplicará por el número de años de participación en la infracción».

La LDC, en su artículo 64.d, recoge que el importe se fijará atendiendo, entre otros, a la duración de la infracción. Antes de la derogación de la Comunicación sobre sanciones por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, la autoridad de competencia debía ponderar el volumen de ventas de cada año con el correspondiente coeficiente. Actualmente, por tanto, no hay ninguna orientación concreta en la normativa española sobre cómo debe valorarse la duración de la conducta.

Si bien es cierto que el valor del dinero disminuye conforme van pasando los años, también debe tenerse en cuenta que un coeficiente reductor –como el que se aplicaba en el ordenamiento interno hasta la derogación de la Comunicación sobre sanciones– hará que, alcanzado un número elevado de años, los primeros años de infracción pasen a tener una influencia prácticamente insignificante en el monto de la sanción. Incluso, al hacerse depender el porcentaje de ponderación del volumen de ventas obtenido cada año, puede resultar un incentivo para que las empresas continúen coludiendo si un año ha sido especialmente beneficioso; de esta manera, cuantos más años pasen desde la infracción, menor será el porcentaje de aplicación.

Sin embargo, aplicarle un coeficiente fijo –como se hace a nivel europeo, en aplicación de las Directrices de 2006– en función de la duración es un incentivo para no alargar la conducta, dado que cada año que pase se incrementará la sanción aritméticamente e independientemente de que haya producido efectos o no.

Otra de las diferencias entre ambos sistemas la encontramos en el *valor o volumen de ventas* (D).

El apartado 13 de las Directrices de 2006 recoge lo siguiente:

> "la Comisión utilizará el valor de las ventas de bienes o servicios realizadas por la empresa, en relación directa o indirecta con la infracción, en el sector geográfico correspondiente dentro del territorio del Espacio Económico Europeo («EEE»). La Comisión utilizará normalmente las ventas de la empresa durante el último ejercicio social completo de su participación en la infracción"

Por tanto, se tendrán en cuenta las ventas y no el volumen de negocios. Como se recoge en *Archer Daniels Midland v. Comisión*, en Derecho de la UE no existe «ningún principio de aplicación general con arreglo al cual la sanción deba ser proporcional al volumen de negocios realizado por la empresa mediante la venta del producto objeto de la infracción»[982].

[982] STJ (Sala Primera) de 19 de marzo de 2009, asunto C-510/06 P, *Archer Daniels Midland v. Comisión* [2009] RJE I-01843 ap. 75.

En Derecho español, la LDC no hace referencia al volumen o valor de las ventas para calcular la sanción. No obstante, debe servir como punto de referencia sobre el que aplicar el porcentaje que se estime adecuado en función del resto de circunstancias del asunto.

Si atendemos a lo que establecía la derogada Comunicación sobre sanciones, en su apartado 10, se contemplaba que, cuando los efectos no transcendieran del territorio del Estado español

> "El volumen de ventas afectado por la infracción será la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados de producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos, durante el tiempo que la infracción haya tenido lugar y antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados"

En caso de que sí lo hicieran, se aplicaría lo contemplado en la normativa de la UE.

Las Directrices europeas hacen referencia al "valor" mientras que la derogada Comunicación española lo hacía al "volumen". No obstante, ambas se refieren a lo mismo: ventas que directa o indirectamente puedan producir efectos en el área geográfica de la infracción.

Por tanto, las empresas mono-producto serán las más perjudicadas, dado que todo su volumen de negocios coincidirá con el de ventas. De hecho, en la Resolución del Parlamento europeo, de 2 de febrero de 2012, relativa al Informe anual (2010) de la Comisión Europea sobre la política de competencia de la UE, el Parlamento europeo manifiesta que «espera una adaptación de las directrices sobre sanciones [de la Comisión Europea] en relación con las empresas mono-producto y las PYMES», según anunció el, al tiempo, Vicepresidente de la Comisión Europea, Joaquín Almunia"[983]. Por tanto, en Derecho de la UE ya se han iniciado los pasos necesarios para evitar que las empresas mono-producto puedan alegar la infracción del principio de proporcionalidad.

En caso de regularse más detalladamente el cálculo de la sanción, a la hora de valorar el volumen o valor de las ventas deberían tenerse en cuenta los comentarios realizados a la normativa de la UE a este respecto.

La Comisión Europea tendrá únicamente en cuenta el valor de las ventas del último año de infracción si son suficientemente significativas. La autoridad española, si continuase aplicando lo que recogía la Comunicación, debería ponderar el volumen de ventas por cada año de infracción. Sin embargo, si se hace un paralelismo con el techo máximo de la sanción, únicamente se tendrán en cuenta las realizadas el último año de la infracción. Se estima que, cuando el último año de la infracción sea suficientemente

[983] MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. "El principio de proporcionalidad en Derecho de la Competencia", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 27, mayo-junio 2012, p. 4.

representativo, es válido tenerlo en cuenta sólo a él sin tener que ir ponderando todos aquellos durante los que se ha desarrollado la infracción. Además, esto facilita la labor de la autoridad de competencia, dado que hay asuntos en los que es difícil obtener incluso la información de este último año –especialmente en el caso de asociaciones–. Si a esto se le añade que las empresas no están obligadas a conservar indefinidamente su documentación contable, puede suceder que los años iniciales de la infracción sean imposibles de ponderar.

Ante esta situación, y siendo el último año suficientemente significativo, no se encuentra mayor obstáculo para poder considerarlo como representativo de la situación general en el desarrollo de toda la conducta anticompetitiva.

El *importe de entrada* (E) únicamente se prevé en la normativa de la UE (apartado 25 de las Directrices de 2006). Ésta es la suma comprendida entre el 15 % y el 25 % del valor de las ventas que aplica la Comisión Europea, independientemente de la duración de la participación de una empresa en la infracción, con el fin de disuadir a las empresas de participar en acuerdos horizontales de fijación de precios, de reparto de mercados y de limitación de la producción –conocidos, genéricamente, como cárteles *hardcore*–[984]. No obstante, se admite en ese mismo párrafo que también podrá aplicarse este importe adicional en otras infracciones no calificadas como *hardcore*.

La previsión de un porcentaje de partida en los supuestos más graves atribuye un carácter agravado a dichos comportamientos. Las distintas calificaciones de la conducta deben dar lugar a consecuencias jurídicas diferentes, de tal forma que sean más graves cuánto más perjudicial se estime el comportamiento. Por tanto, es adecuado recoger una previsión semejante a la europea donde no hay un mínimo aplicable a todas las conductas, pero sí existe para las consideradas como cárteles *hardcore*.

B. Concurrencia de circunstancias modificativas: la imprevisibilidad en la concreta apreciación de la concurrencia de agravantes o de atenuantes

En el apartado anterior nos hemos detenido en los problemas que pueden surgir a la hora de determinar el tipo sancionador general y el individual, dejando para un momento posterior el análisis de las circunstancias modificativas. Anteriormente, los factores analizados hasta el momento se utilizaban para determinar el importe base de la

[984] STG (Sala Segunda) de 25 de octubre de 2011, asunto T-348/08, *Aragonesas Industrias y Energía, S.A.U. v. Comisión* [2011] RJE II-07583, ap. 261.

En el asunto *Capacitors*, por ejemplo, el porcentaje fue del 16%. En este asunto se analizaron conductas consistentes en intercambios de información comercialmente sensible (incluida información sobre precios y sobre oferta y demanda) y acuerdos de fijación de precios. Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40136 — *Capacitors*, de 21 de marzo de 2018.

sanción y a él se le aplicaba un porcentaje que hacía aumentar o disminuir la cuantía en función de las agravantes o atenuantes que concurrieran[985].

En concreto, antes de que la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 derogase la Comunicación sobre sanciones, se preveía en su apartado 17 que «la aplicación de cada una de las circunstancias agravantes o atenuantes referidas en el párrafo anterior supondrá un aumento o disminución del importe básico en un porcentaje de entre un 5 y un 15%». Actualmente, se puede entender que no operan estas limitaciones por lo que la autoridad de competencia, en defecto de normativa aplicable y siempre que no contravenga lo dispuesto en LDC y RDC, puede aplicar porcentajes superiores o inferiores si aprecia la concurrencia de circunstancias modificativas.

La autoridad de competencia tiene discrecionalidad para decidir qué porcentaje aplicará si detecta que existen circunstancias modificativas. La variación de un punto porcentual cuando se están manejando grandes sumas de dinero puede suponer una diferencia muy importante en la cuantía de la sanción; por lo que será necesario justificar, o al menos determinar, qué porcentaje se está aplicando. Actualmente ya no existe la excesiva rigidez que venía impuesta por la Comunicación sobre sanciones, pero tampoco hay unas "guías" que justifiquen la actuación de la autoridad de competencia.

En el panorama anterior, donde únicamente se permitía reducir el importe básico hasta en un 15%, se hacía que fuera difícil poder utilizar las circunstancias modificativas para modular el resultado de un importe básico[986]. Ahora, no obstante, la autoridad de competencia debe elegir si continúa auto-restringiéndose dentro del rango 5-15% o si empieza a aplicar porcentajes superiores o inferiores. En cualquiera de los casos y especialmente cuando aplique un porcentaje superior, será imprescindible la motivación como garantía del presunto infractor.

El artículo 64 LDC incluye dentro del mismo artículo tanto los criterios que se estiman que conforman la "sanción base" como las circunstancias "modificativas". Aunque la normativa no recoge expresamente que el cálculo deba realizarse en varios pasos, se estima que es lo más adecuado porque facilita que la multa sea proporcionada. De acuerdo con ello, el valor final de la sanción, si no se producen reducciones adicionales provenientes del programa de clemencia, se obtendría de aplicar el porcentaje que se estime adecuado de las circunstancias modificativas a la base de la sanción.

---

[985] La principal diferencia entre la base de la sanción y estas circunstancias modificativas radica en que mientras las primeras pueden tenerse en cuenta «en su conjunto», estas segundas son analizadas individualmente, por lo que una aplicación diferente o «indeterminada» en función del caso resultará muy evidente.

En cualquier caso, independientemente del momento en el que se tengan en cuenta, problemas de falta de previsibilidad muy similares surgen cuando se trata de aplicar las circunstancias modificativas de la responsabilidad porque la autoridad de competencia no siempre explicita el porcentaje que ha aplicado o cómo las ha tenido en cuenta para el cálculo del tipo sancionador individual.

[986] LÖWHAGEN, F. "Las asociaciones de empresas…", *op cit*, p. 16.

Actualmente, tras las indicaciones provisionales dictadas por la CNMC de 2018 y como ya se ha explicado anteriormente, las circunstancias modificativas se tienen en cuenta para calcular el tipo sancionador individual. Ello supone un cambio de consideración sobre las mismas, puesto que la Comunicación de la CNC sobre sanciones preveía que se tuvieran en cuenta una vez calculado lo que denominaba el "importe base" teniendo en cuenta todos los factores del artículo 64 LDC, excepto las agravantes y atenuantes. En concreto, la fórmula aplicada era la siguiente

Fórmula 4..- **Cálculo de la sanción teniendo en cuenta las circunstancias modificativas**

$$S = IB \bullet C_a$$

Donde:

S= Sanción según los criterios del artículo LDC

Ca= Coeficiente de ajuste

Ca >1: Cuando la suma de los agravantes es mayor que la de los atenuantes

Ca <1: Cuando la suma de los agravantes es menor que la de los atenuantes

Ca =1: Cuando no se aplican agravantes ni atenuantes, o el valor de ambos se anula

FUENTE: Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea

Una vez calculado el importe con esta fórmula, en algunos casos, podían producirse reducciones adicionales derivadas del programa de clemencia.

Actualmente, por tanto, se tendrán en cuenta de manera diferente. No obstante, es importante resaltar este cambio de interpretación para poder entender cómo se calculaban las sanciones hasta la entrada en vigor de las nuevas indicaciones de la CNMC.

No obstante, independientemente del momento en el que se tengan en cuenta, se puede demostrar que en la aplicación de las circunstancias modificativas -las agravantes y las atenuantes- podemos encontrar diferencias entre la práctica de la UE y la española,

de cuya comparación pueden obtenerse mejoras para incrementar el efecto disuasorio de la sanción que finalmente proceda imponer en el ordenamiento interno[987].

a. Circunstancias agravantes, o cuando los sujetos infractores luchan contra la aplicación de circunstancias que eleven el importe de su sanción

La LDC recoge cuatro agravantes en su artículo 64.2. No son una lista cerrada por lo que se podrán tener en cuenta otras circunstancias no mencionadas expresamente. Estas cuatro agravantes son: la comisión repetida de infracciones tipificadas en la LDC; la posición de responsable o instigador de la infracción; la adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas; y la falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente según lo previsto en el artículo 62 LDC.

La LDC 1989 únicamente contemplaba expresamente entre los factores a tener en cuenta para el cálculo del importe de la sanción «la reiteración en la realización de las conductas prohibidas» (artículo 10 LDC 1989). El cambio producido con la entrada en vigor de la LDC 2007 debe ser acogido de manera muy positiva, dado que la introducción de las nuevas agravantes ayuda a imponer sanciones más adecuadas a la gravedad de la infracción desarrollada.

La normativa de la UE recoge una lista no exhaustiva de agravantes en el apartado 28 de las Directrices de 2006. Las circunstancias agravantes tenidas en cuenta por la Comisión Europea y por la CNMC son prácticamente las mismas como podemos observar en la siguiente tabla.

Tabla 6.- Circunstancias agravantes tenidas en cuenta por la Comisión Europea y por la CNMC

Circunstancia agravante	Comisión Europea	CNC / CNMC
Continuación con la conducta después de la inspección	x	
Reincidencia	x	x
Negación a cooperar u obstrucción	x	x
Rol de líder	x	x
Rol de instigador	x	x

[987] No obstante, la Comisión puede variar su criterio en cualquier momento, dado que como señala el Tribunal de Justicia, la Comisión no está vinculada por su práctica decisional anterior, "de modo que el mero hecho de que aceptara en el pasado un tipo concreto de reducción por un comportamiento determinado no implica que esté obligada a acordar la misma reducción proporcional al apreciar un comportamiento similar en el marco de un procedimiento administrativo posterior". STJ (Sala Primera) de 27 de abril de 2017, asunto C-469/15 P, *FSL y otros v. Comisión* [2017] RJE 0000, ap. 87.

Adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de los acuerdos		x

FUENTE: Elaboración propia

Con relación a los incrementos de la cuantía de la sanción cuando concurre alguna circunstancia agravante, si comparamos aquellas agravantes que han sido aplicadas tanto por la autoridad de competencia de la UE como por la autoridad nacional, concluiremos que dan lugar a incrementos más elevados en la cuantía de la sanción cuando las estima la Comisión Europea. Estas diferencias podemos observarlas en la siguiente tabla.

Tabla 7.- Comparación del incremento porcentual aplicado por las autoridades de competencia en las circunstancias agravantes comunes

Agravante	Aumento Comisión Europea	Aumento CNMC
Reincidencia	90%, 66%, 60% o 50% (previsto hasta un 100% por cada incumplimiento).	Indeterminado, 5% ó 15%.
Responsable o instigador	50%, 30%	Indeterminado, 5%, 10% ó 15%.
Negación a cooperar u obstrucción	50%, 30%, 10%	5%

FUENTE: Elaboración propia.

A continuación, sobre la base de la práctica de las autoridades de competencia –europea y nacional–, analizaremos, primeramente, (A) las agravantes que han aplicado ambas autoridades de competencia: reincidencia (A1), adopción del rol de líder o instigador (A2), la falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora (A3).Seguidamente, para tener una imagen completa de ambos sistemas sancionadores, nos referiremos a (B) las dos que únicamente son tenidas en cuenta por una de las dos: las coacciones (B1) y la continuación con la conducta después de la inspección (B2).

En primer lugar, la *comisión repetida de infracciones o reincidencia* (A1) es considerada como una circunstancia agravante porque supone «una clara consciencia de ilegalidad de la conducta»[988]. Por tanto, como recoge la CNC en *Navieras Marruecos*, «trata de sancionar la falta o pérdida de disuasión de la sanción previa, y constituye un reproche de naturaleza subjetiva que incrementa el importe de la sanción de la empresa

[988] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0091/08 - *Vinos finos de Jerez*, de 28 de julio de 2010, FJ. 12.

en que concurre»[989]. En todo caso, la inexistencia de reincidencia no puede ser considerada como atenuante[990].

Esta agravante ha dado lugar a incrementos del 15% y del 5% de la base de la sanción -actualmente se tendría en cuenta en el tipo sancionador individual-: se ha elevado un 15% en *Egeda*[991], *Asfaltos*[992], *Correos*[993] y *SGAE, Sociedad General de Autores y Editores*[994]; mientras que el incremento ha sido de un 5% en *Sintrabi*[995], *Industria cárnica*[996], *Navieras Marruecos*[997] y en *Navieras Ceuta-2*[998]. En otros supuestos, como

[989] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0331/11 - *Navieras Marruecos*, de 7 de noviembre de 2012, FJ. 6.

[990] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0120/08 – *Transitarios*, de 31 de julio de 2010, FJ. 11.

[991] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0157/09 – *Egeda,* de 2 de marzo de 2012, FJ. 5. En ella se tiene en cuenta una reiteración de la misma conducta sancionada en el 2000. Se señala que «debe considerarse la actual infracción como una reiteración de la sancionada por el TDC en el año 2000, puesto que la fijación por EGEDA en el año 2005 de una tarifa general tan elevada y desproporcionada, que distorsiona la negociación, es otra forma de dificultar una negociación libre y abierta entre la partes y por tanto, otra forma de obstaculizar la negociación [la sanción de 2000 también trataba de la obtaculización a la negociación a la que está obligada por la LPI]»

[992] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0192/09 – *Asfaltos*, de 26 de octubre de 2011, FJ. 7. En ella, tanto para ORSA y COPRISA como para todas las empresas participantes en el cártel controladas por GRUPO CAMPEZO, porque no sólo se está cometiendo reincidencia, sino que además se está incumpliendo el pacto al que se comprometieron de no conculcar las normas de competencia. Esto podría llevar a concluir que es mejor no comprometerse a respetar la normativa, dado que como se señala en la Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0120/08 – Transitarios, de 31 de julio de 2010, FJ. 11, el compromiso de "no mantener en el futuro relaciones que pueda considerarse que afecten a la competencia" no puede ser tenido en cuenta como atenuante porque "la no comisión de conductas prohibidas constituye una obligación legal". Por tanto, puede resultar más conveniente no considerar la existencia de ese pacto como elemento que agrave aún más la reincidencia en favor del efecto disuasorio que puede tener si las empresas tratan de hacer que se respete la normativa.

[993] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0341/11 – *Correos*, de 22 de abril de 2013, FJ. 7.. En ella se tiene en cuenta haber sido sancionado en otras tres ocasiones por infracciones de abuso de posición dominante en mercados postales recientemente liberalizados.

[994] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0220/10 - *SGAE, Sociedad General de Autores y Editores,* de 3 de julio de 2012, FJ. 5. En ella se aplicó una agravante del 15% porque el TDC había sancionado anteriormente a SGAE por abusar de su posición de dominio.

[995] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0060/08 – *Sintrabi*, de 26 de octubre de 2011, FJ. 7. Se aplicó porque las cuatro participantes ya habían sido sancionadas en el 2001 por el entonces Tribunal de Defensa de la Competencia.

[996] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0289/10 - *Industria cárnica*, de 7 de noviembre de 2012, FJ. 4. Se tuvo en cuenta porque tanto AICE como FECIC ya habían cometido una infracción tipificada en el artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia.

[997] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0331/11 - *Navieras Marruecos*, de 7 de noviembre de 2012, FJ. 6. En este caso las empresas habían infringido la normativa dos y tres veces respectivamente. La diferencia es que, en esta ocasión, el incremento es de un 5% por conducta sancionada. Por tanto, la agravante impuesta fue: el caso de COMANAV del 5% a partir de 2006, en el caso de COMARIT y LME del 5% a partir del 2006 y del 10% a partir de 2009 y en el caso de Transmediterránea y Europa Ferrys del 5% a partir de 2007 y del 10% a partir de 2010.

[998] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0241/10 – *Navieras Ceuta 2*, de 10 de noviembre de 2011, FJ. 5.

en *Redes abanderadas* o *Grupos de gestión*, se desconoce el porcentaje concreto aplicado por esta agravante para incrementar la cuantía de la sanción[999].

Destaca este último asunto, *Navieras Ceuta-2,* porque, aunque las navieras trataron de alegar que no se les podía volver a sancionar de acuerdo con el principio *non bis in ídem* –porque ya fueron sancionadas por la misma conducta en el expediente S/0080/08–, la CNC entendió que no se daba la triple identidad de sujetos, hechos y fundamentos, puesto que era una conducta infractora distinta a la ya sancionada[1000]. No obstante, la CNC sí reconoce que tiene en cuenta la anterior sanción impuesta a la hora de fijar el porcentaje para el cálculo del importe básico de la sanción[1001]. En cualquier caso, únicamente se aplicó la agravante de reincidencia a Transmediterránea, incrementando la sanción básica en un 5%, porque en el caso de las demás navieras el Consejo consideró, respectivamente, o que la resolución previa no se había dictado cuando se desarrolló la conducta competitiva, o porque el expediente tramitado con anterioridad era de autorización y no sancionador, o porque la empresa sancionada no pertenecía al grupo societario[1002].

Para que las empresas puedan ser consideradas reincidentes, la resolución o resoluciones previas debe ser firmes, sancionadoras y las partes deben haber sido parte en el procedimiento anterior o, en el caso de una matriz, ésta debe ser quien controlaba la empresa filial en el momento de la infracción. Así, por ejemplo, en *Transporte Televisión* no se apreció la reincidencia porque la resolución sancionatoria anterior aún no era firme[1003]. Igualmente, en *Anagrual* el Consejo de la CNC descartó considerar como agravante la reincidencia porque, aunque Anagrual conocía la sanción y los riesgos que

[999] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/484/13 - *Redes abanderadas*, de 2 de julio de 2015, FJ 7; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0455/12 - *Grupos de gestión*, de 12 de mayo de 2016 FJ 7.

[1000] Las partes alegan que «ya fueron sancionadas por la misma conducta en el expediente S/0080/08 o, al menos, consideran que del volumen de ventas afectado por la infracción debería deducirse aquel obtenido por las navieras en los periodos OPE comprendidos durante la vigencia del cártel» Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0241/10 – *Navieras Ceuta 2*, de 10 de noviembre de 2011, FJ. 5.

[1001] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0241/10 – *Navieras Ceuta 2*, de 10 de noviembre de 2011, FJ. 5.

[1002] En concreto señala en su resolución que «la RCNC de 8 de septiembre de 2010 no se puede tener en cuenta para aplicar la agravante de "comisión repetida de infracciones tipificadas en la presente Ley" (art. 64.2. letra a) de la LDC), por cuanto no se había dictado al tiempo que se cometió la infracción objeto de este expediente, que concluyó en abril de 2010. Tampoco se puede considerar la RTDC de 30 de mayo de 2006, Expte. A 354/0, pues no es una resolución sancionadora sino de autorización. Por último, la RTDC 13 de junio de 2003 del Expediente 543/02 no se puede valorar como agravante para el Grupo Balearia, pues BalearialEuromaroc no controlaban Buquebus en el momento en el que se cometió la infracción sancionada en esa resolución (Buquebus fue adquirida por Balearia en 2007), y tampoco para FRS que no fue imputada en ese expediente». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0241/10 – *Navieras Ceuta 2*, de 10 de noviembre de 2011, FJ. 5.

[1003] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0207/09 - *Transporte televisión*, de 8 de febrero de 2012, FJ. 9.

conllevaba, no fue a Anagrual sino a otro de los asociados (Agrunor) a quien se le sancionó[1004].

Con relación al porcentaje a aplicar por cada reincidencia, se considera que éste debería ser progresivo y superior con cada reincidencia. Sin embargo, empresas que únicamente han sido sancionadas previamente una vez pueden ver el porcentaje incrementado tanto en un 5% (*Sintrabi*) o como en un 15% (*Egeda*) sin mayor justificación.

También es criticable que en aquellos asuntos en que no puede utilizarse como circunstancia agravante la reincidencia sea utilizada a incrementar la sanción por vía de la intencionalidad. Sirva de ejemplo *Navieras Ceuta-2*, donde los precedentes que se recogen en ese asunto llevan a concluir que los sujetos infractores eran conocedores de la ilegalidad de sus conductas y que, por tanto, hubo un "manifiesto desprecio de la legalidad"[1005].

Por otra parte, merecedoras de reproche son igualmente *Ecovidrio* y *Confederación Española de Industriales Feriantes,* resoluciones éstas en las que, si bien se tuvo en cuenta el carácter reincidente de la conducta, no se especifica el porcentaje en el que se incrementó la sanción[1006]. En *Desmotadoras de algodón*, la sala de Competencia de la CNMC ni siquiera menciona en los Fundamentos de Derecho la agravante de reincidencia, pero en el resuelvo cuarto incluye un cuadro en el que señala las empresas que son reincidentes y, suponemos, es la causa que genera que no sea necesario aplicar un factor de corrección por número de campañas, aunque no se proporciona más información sobre este aspecto[1007]. Consecuentemente, al no especificarse en qué medida debe agravarse la sanción, se dificulta tanto el poder prever el incremento de la multa que puede suponer el cometer en repetidas ocasiones una conducta anticompetitiva, como el poder defenderse de la sanción. Previsibilidad que es especialmente complicada si la variación entre un incremento y otro puede ser de un 10% como hemos visto en los supuestos en los que se ha aplicado esta agravante.

Por el contrario, estimamos que sí que debió haberse tenido en cuenta en *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, dado que el –en nuestra opinión, pobre– motivo

[1004] Aun así, debido a ese conocimiento «de dicha sanción y de los riesgos de cualquier otra actuación que implique el manejo de precios representativos o de costes estándares, (…) podría exigírseles una mayor diligencia a la hora de manejar listados de precios o estudios de costes». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0059/08 – *Anagrual*, de 12 de abril de 2010, FJ. 6.

[1005] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0241/10 – *Navieras Ceuta 2*, de 10 de noviembre de 2011, FJ. 5.

[1006] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0065/08 - *Ecovidrio*, de 29 de julio de 2010, FJ. 11.; tampoco se dice cómo se tiene en cuenta el hecho de que sea reincidente en Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 2785/07 - *Artistas, intérpretes o ejecutantes, sociedad de gestión, AIE*, de 23 de febrero de 2011, FJ. 6; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0103/08 - *Confederación Española de Industriales Feriantes*, de 1 de febrero de 2010, FJ. 3.

[1007] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0378/11 - *Desmontadoras de algodón*, de 19 de diciembre de 2013.

esgrimido para no hacerlo fue que «si bien este expediente es el tercero en este sector y dichos sujetos infractores son comunes, no así el ámbito de la infracción, puesto que los dos anteriores se referían a cupos del producto ya transformado, el vino, mientras que en este caso estamos ante un acuerdo sobre la materia prima»[1008]. Indistintamente de que el ámbito de la infracción no fuera el mismo, el hecho de que se tratase del mismo sector e infractores puede servir de indicio para determinar la clara consciencia vulneradora de la normativa.

Finalmente, es necesario tener presente que el hecho de que una empresa que ha sido sancionada anteriormente decida reincidir en su conducta significa que el efecto disuasorio de la sanción no ha funcionado. Sirva a título meramente ejemplificativo del problema que supone la reincidencia, el hecho de que en el período 2003-2010 se haya sancionado en tres expedientes diferentes a las navieras que cubren el trayecto Algeciras-Ceuta; algunas de las cuales han recurrido la sanción primero ante la Audiencia Nacional y después ante el Tribunal Supremo, expresando su disconformidad con la sanción a pesar de no ser la primera vez que desarrollaban tales prácticas. Estos recursos reflejan, de un lado, la esperanza de las empresas de, pese a ser reincidentes, obtener una reducción en la sanción que haga rentable la infracción y, de otro, la falta de existencia de una cultura de competencia. El mayor problema que puede surgir es que las empresas aprenden de los errores que han llevado a su detección por la autoridad de competencia, por lo que cada vez será más difícil detectarles. Por ello es importante tanto una sanción elevada suficientemente disuasoria, como que no sea finalmente anulada por los tribunales.

A la hora de analizar la *reincidencia* existen dos diferencias importantes entre la práctica española y la europea: (i) la posibilidad de tener en cuenta las infracciones antes de que se hayan agotado todos los recursos; y (ii) el porcentaje en que se incrementa la base de la sanción -Comisión Europea- o el tipo sancionador individual -CNMC-.

Con carácter general, en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros –y también en el caso de España–, una persona se considerará reincidente únicamente si la segunda infracción se ha cometido una vez agotados todos los recursos legales[1009]. Es decir, es necesaria una constatación definitiva de la infracción cuando la segunda infracción se comete para que se considere reincidente al sujeto infractor[1010].

Sin embargo, a nivel europeo se considera que, con relación a las sanciones en el ámbito del Derecho de la competencia, no es necesario agotar todos los recursos judiciales[1011]. En opinión del Abogado General Mazák, el hecho de «que no pued[a]

[1008] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0167/09 - *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, de 6 de octubre de 2011, FJ. 13.

[1009] Este es el caso de España

[1010] Conclusiones del AG Mazák enviadas el 11 de febrero de 2010, en el asunto C-413/08 P, *Lafarge SA v Comisión*, ap. 88

[1011] Conclusiones del AG Mazák enviadas el 11 de febrero de 2010, en el asunto C-413/08 P, *Lafarge SA v Comisión*, ap. 96

aumentarse una multa por reincidencia salvo que la decisión que sancionó la primera infracción sea firme en el momento de los hechos controvertidos […], es excesivamente restrictivo en el marco de las sanciones en materia de competencia, que no tienen carácter penal»[1012].

La posibilidad de tener en cuenta las infracciones previas antes de que se hayan agotado todos los recursos permite agravar la sanción base por infracciones que se hayan producido coetáneamente a la que se está sancionando. Los recursos tardan años en resolverse, lo que impediría poder incrementar la sanción sobre la base de una conducta producida recientemente y podrían incrementar el número de recursos interpuestos con la única finalidad de no ver la multa aumentada[1013].

Sin embargo, la desventaja de tenerla en cuenta en este momento previo radica en que, si la decisión es anulada por los Tribunales de la UE una vez que se ha aumentado la base de la sanción por este concepto, posteriormente la Comisión Europea tendrá que modificar la decisión en lo concerniente al incremento por reincidencia[1014]. Aunque esta modificación no es un problema dado que las empresas gustosamente aceptarán la reducción, debe señalarse que hasta que se resuelve el último recurso o se deja transcurrir el plazo para interponerlo no hay una decisión definitiva sobre la *litis*. Por tanto, no existe un pronunciamiento indubitado sobre la infracción, si bien hay indicios sobre ella.

Por ello, y aun asumiendo el riesgo de que las empresas puedan utilizar esta regulación para su propio beneficio interponiendo recursos que realmente no esperan que prosperen, se estima que es más adecuado esperar a que finalice el procedimiento judicial para poder considerar la reincidencia. Especialmente, de cara a conceder el beneficio de la duda, por ejemplo, a aquellas empresas que han participado en la conducta ilícita junto con una Administración pública, ya que podría demostrarse que estos supuestos sujetos infractores carecen realmente de voluntad infractora.

De acuerdo con el apartado 28 de las Directrices de 2006, la base de la sanción podrá verse incrementada hasta un 100% por la existencia de esta circunstancia agravante. Sin embargo, con carácter general, la Comisión Europea incrementará la base de la

[1012] Conclusiones del AG Mazák enviadas el 11 de febrero de 2010, en el asunto C-413/08 P, *Lafarge SA v Comisión*, ap. 112.

[1013] De hecho, así se recoge en *Lafarge v. Comisión* cuando señala que «si una decisión de la Comisión está todavía sujeta a control judicial, continúa produciendo todos sus efectos, a no ser que el Tribunal de Primera Instancia o el Tribunal de Justicia decidan en otro sentido [en caso contrario] se estaría incitando a los autores de infracciones a interponer recursos meramente dilatorios, con la única finalidad de evitar las consecuencias de la reincidencia durante los procedimientos ante el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia» STJ (Sala Segunda) de 17 de junio de 2010, asunto C-413/08 P, *Lafarge v. Comisión* [2010] RJE I-05361, ap.83- 85.

[1014] STJ (Sala Segunda) de 17 de junio de 2010, asunto C-413/08 P, *Lafarge v. Comisión* [2010] RJE I-05361, ap. 87.

sanción alrededor de un 50%[1015]. Algunos asuntos en los que se ha incrementado la base de la sanción por este concepto son los siguientes: *Car Glass* y *Chloroprene Rubber*[1016], *Prestressing steel*[1017], *Sodium Chlorate*[1018], *Braking systems*[1019], *Airfreight*[1020],*Alternators and Starters*[1021] *y capacitors*[1022].

De ellas, destaca *Prestressing Steel*. La importancia de esta resolución reside en que se estableció que, a la hora de valorar la reincidencia, la Comisión Europea no está limitada por ningún periodo de tiempo máximo para poder tener en cuenta decisiones

[1015] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F/C.38.620 - *Hydrogen Peroxide*, de 3 de mayo de 2006, ap. 469.; También se incrementa un 50% la sanción debido a esta circunstancia agravante en la Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F/38.645 - *Methacrylates*, de 31 de mayo de 2006, ap. 369; Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38.456 - *Bitumen*, de 13 de septiembre de 2006, ap. 336.

[1016] En *Car Glass* se incrementó la sanción a Saint-Gobain en un 66% porque ya había sido la destinataria de dos decisiones anteriores de la Comisión Europea por conductas colusorias[1016]. En la misma línea, en *Chloroprene Rubber*, la multa impuesta a Eni aumentó en un 60% porque había participado en dos cárteles anteriores, mientras que el incremento a la sanción de Bayer se mantuvo en el 50% porque sólo existía una infracción previa de una de sus filiales. Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38629 - *Chloroprene Rubber*, de 5 de diciembre de 2007, ap. 540.

[1017] En esta decisión se incrementó la base de la sanción de ArcelorMittal Wire France SA y ArcelorMittal Fontaine SA en un 60%, y en un 50% la de Saarstahl AG. Decisión de la Comisión en el asunto COMP/38.344 - *Prestressing steel*, de 30 de junio de 2010 ap. 969-970.

[1018] La multa impuesta a Atochem se incrementó en un 90% porque anteriormente había sido destinataria de al menos tres decisiones por desarrollar conductas anticompetitivas. Atochem alegó que el comportamiento era de hace más de 12 años; sin embargo, lo que debe tenerse en cuenta no es la fecha de la infracción, sino la de la decisión que declara que se ha cometido dicho incumplimiento de la normativa. Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38.695 - *Sodium Chlorate*, de 11 de junio de 2008, ap. 526.

Además, a este respecto, Como confirmó el Tribunal de Justicia "el hecho de que, en dos ocasiones, hayan transcurrido menos de diez años entre las declaraciones de infracción respectivamente realizadas el 15 de mayo de 1974 y el 23 de julio de 1984 y la reiteración por la demandante de un comportamiento ilícito demuestra una propensión de ésta a no sacar las consecuencias adecuadas de una declaración en su contra de una infracción de las normas comunitarias sobre competencia" STPI (Sala Quinta) de 25 de octubre de 2005, asunto T-38/02, *Groupe Danone v. Comisión* [2005] II-04407, ap. 354 -355, confirmada en casación en STJ (Sala Segunda) de 8 de febrero de 2007, asunto C-3/06 P, *Groupe Danone v. Comisión* [2007] RJE I-01331, ap. 40; véanse también las Conclusiones del AG Mazák enviadas el 11 de febrero de 2010, en el asunto C-413/08 P, *Lafarge SA v Comisión*, ap. 80.

[1019] En este asunto se aplicó un factor agravante del 50% para Continental debido a la reincidencia (destinatario anteriormente de la decisión de la Comisión de 28 de enero de 2009 en el asunto AT.39406 - *Marine Hoses*). Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39920 – *Braking systems*, de 21 de febrero de 2018.

[1020] Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39258 – *Airfreight*, de 13 de marzo de 2017, SAS fue previamente sancionada en la Decisión de la Comisión en los asuntos COMP.D.2 37.444 SAS/Maersk Air y COMP.D.2 37.386 SUN-Air v. SAS y Maersk Air de 18 de julio de 2001.

[1021] Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40028 – *Alternators and Starters*, de 27 de enero de 2016. Melco e Hitachi ya habían sido sancionadas previamente en la Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38.899 - *Gas insulated switchgear*, de 24 de enero de 2007.

[1022] Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40136 — *Capacitors*, de 21 de marzo de 2018. En ella se tuvo en cuenta que NEC Corporation ya había participado en otro cártel sancionado previamente por la Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38511 - *DRAM*, de 19 de mayo de 2010.

anteriores[1023]. En este asunto pudieron ser tenidos en cuenta decisiones adoptadas bajo el artículo 65 del Tratado CECA porque tanto este artículo como el 101 TFEU están inspirados por los mismos conceptos y ambos prohíben los cárteles[1024].

Respecto de la segunda de las diferencias, como se ha mencionado, bajo la normativa de la UE la agravante puede alcanzar hasta el 100% de la base de la sanción. Por otra parte, en la práctica española y hasta la fecha, la sanción únicamente se ha incrementado hasta en un 15% –limitación impuesta por la derogada Comunicación sobre sanciones–.

Esta distinción puede dar lugar a multas potencialmente mucho más elevadas en los supuestos de reincidencia apreciados por la Comisión Europea. De hecho, los incrementos en los que se ha aplicado, aún sin alcanzar el 100% permitido, son mucho más elevados que el 15% de la práctica española.

Debe afirmarse que mayor será la probabilidad de eliminar cualquier beneficio obtenido a través de la conducta anticompetitiva –y, por ende, mayor será el efecto disuasorio de la sanción– cuanto mayor sea la multa. Las empresas que ya han participado en una infracción y han sido sancionadas por ello habrán aprendido de esta experiencia. Ello implica que sabrán ocultar mejor sus actividades, monitorizar sus comportamientos y defenderse frente a una posible investigación. Además, si han decidido voluntariamente volver a arriesgarse a cometer un ilícito administrativo de similares características, ello significa que el efecto disuasorio de la sanción ha fracasado. Los motivos que pueden haber propiciado esta falta de éxito pueden ser muy variados, entre ellos no puede obviarse la posibilidad de que la infracción haya resultado rentable. Todo ello hace recomendable que, con cada nueva infracción cometida, la cuantía de la multa se vaya incrementando.

Lo que se pretende, en definitiva, es hacer menos atractiva la colusión a través del aumento de la sanción. Los operadores económicos valorarán los riesgos y los beneficios que les reporta infringir la normativa. Si existe reincidencia –sobre todo si se ha producido en un espacio temporal cercano– significa que es necesario tomar medidas más severas. De hecho, podría ser indicador de que existe rentabilidad incluso eliminando el gasto que supone el pago de la multa.

Ahora bien, ello no implica que debiera aplicarse necesariamente un porcentaje más elevado en todos los casos. Lo adecuado sería que la autoridad de competencia

---

[1023] STG (Sala Sexta) de 27 de septiembre de 2012, asunto T-82/08, *Guardian Industries y Guardian Europe v. Comisión* [2012] RJE electrónica, ap. 121.; véanse también Conclusiones del AG Mazák enviadas el 11 de febrero de 2010, en el asunto C-413/08 P, *Lafarge SA v Comisión*, ap. 76; STPI (Sala Séptima) de 30 de septiembre de 2009, asunto T-161/05, *Hoechst GmbH v. Comisión* [2009] RJE 3555, ap. 141.

[1024] Decisión de la Comisión en el asunto COMP/38.344 - *Prestressing steel*, de 30 de junio de 2010, ap. 969; véase también STPI (Sala Octava) de 6 de mayo de 2009, asunto T-122/04, *Outokumpu y Luvata v. Comisión* [2009] RJE II-01135, ap. 55, 57.

dispusiera de un margen discrecional suficientemente amplio para poder incrementar la sanción en función de las circunstancias concurrentes en el asunto.

La normativa de la UE permite incrementar la sanción hasta un 100% por cada infracción previamente cometida. Este porcentaje nos parece adecuado porque facultaría a la autoridad de competencia a ir aumentando progresivamente la multa hasta que la empresa ponga fin a sus actuaciones anticompetitivas. Además, permite poder aplicar porcentajes diferentes en función del tiempo transcurrido desde que se cometió la infracción anteriormente sancionada, siendo más elevado cuánto más próximas estén, de tal manera que el principio de proporcionalidad quede garantizado.

En segundo lugar, la calificación de la autoría de la conducta anticompetitiva puede ser una circunstancia agravante; es decir, la segunda agravante a la que nos referiremos es la *adopción del rol del líder o instigador* (A2). De acuerdo con lo que establece el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de marzo de 2008, merecerá una mayor sanción por la especial significación de su autoría quien «inspire el acuerdo colusorio, lo promueva, consiga las adhesiones de otros agentes económicos, vigile su cumplimiento y "arrastre" a los demás»[1025].

Esta circunstancia agravante puede ser especialmente difícil de probar, lo que se hace patente por el hecho de que, en algunos expedientes, aun siendo propuesta por la Dirección de Investigación, el Consejo de la CNC ha rechazado su aplicación. Entre ellos están los expedientes *Productores de Uva y Vinos de Jerez*[1026] y en *Fiab y Asociados y Ceopan*[1027]. El principio de presunción de inocencia hace necesario que, en caso de que se alberguen dudas, se opte por la interpretación de los hechos más favorable para el presunto infractor. No obstante, el hecho de que la Dirección de Investigación considerase que sí se daba la circunstancia agravante hace pensar que lo que impidió que se pudiera efectivamente aplicar fue que no se consiguieron las pruebas necesarias para demostrarlo.

[1025] STS 1666/2008, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 19 de marzo de 2008. Sirva de ejemplo que se considera como agravante en el asunto *Concesionarios Audi/Seat/VW*, que ANT, HORWATH, ANCOSAT y ACEVAS actuasen como auténticos facilitadores activos y que fueran un instrumento clave del intercambio de información, induciendo y proponiendo medidas de estabilización (es decir, de seguimiento) a sabiendas de su ilicitud. Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0471/13 - *Concesionarios Audi/Seat/VW*, de 28 de mayo de 2015, FJ. 8.

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0471/13 - Concesionarios Audi/Seat/VW, de 28 de mayo de 2015

[1026] En *Productores de Uva y Vinos de Jerez* el Consejo decidió no hacerlo argumentando que, aunque "FEDEJEREZ ha sido uno de los participantes fijos y continuados en todas las negociaciones y a lo largo de todo el periodo de infracción, no considera que a los efectos de los acuerdos de precios, que son los aquí sancionados, su actuación se haya diferenciado del resto en una medida que deba ser considerada como circunstancia agravante a tener en cuenta a los efectos de la sanción". Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0167/09 - *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, de 6 de octubre de 2011, FJ. 13.

[1027] En *Fiab y Asociados y Ceopan*, el Consejo de la CNC consideró que respecto a FIAB "no se evidencia [una conducta] más proactiva que la del resto de asociaciones sancionada" porque lo que hizo FIAB fue responder a las preguntas de las asociaciones que la componen. Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0053/08 – *Fiab y Asociados y Ceopan,* de 14 de octubre de 2009, FJ. 9.

Esta agravante, en el periodo objeto de estudio, se ha aplicado por la CNC en cinco asuntos: *Sintrabi*[1028], *Motocicletas*[1029], *Transitarios*[1030], *Vinos Finos de Jerez*[1031] y *Puerto Valencia*[1032]. La CNMC, por su parte, la ha aplicado en *Redes abanderadas*[1033], *en Mudanzas internacionales*[1034], *Fabricantes de automóviles*[1035] y en *Equipos contra incendios*[1036].

Se estima adecuado tener en cuenta esta circunstancia agravante en la medida en que reduce las posibilidades de que una empresa esté dispuesta a asumir el rol de líder o instigador, dado que sabe que se arriesga a una mayor sanción.

[1028] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0060/08 – *Sintrabi*, de 26 de octubre de 2011, FJ. 7. En *Sintrabi*, el Consejo de la CNC decidió que debido a que SINTRABI había jugado un papel de instigador merecía agravar la sanción en un 15% por la diferencia cualitativa en su conducta

[1029] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0237/10 – *Motocicletas*, de 27 de marzo de 2012, FJ. 7. En *Motocicletas*, el Consejo considera que a Suzuki Motor España le corresponde un tipo infractor del 10% por la mayor gravedad de su conducta, "dado su papel crucial en la génesis y aplicación de la estrategia de eliminación de la competencia intramarca en Granada y en Madrid [y porque estos acuerdos] no podrían haberse llevado a cabo sin el conocimiento, consentimiento explícito y apoyo de la marca". Por otra parte, a los que decidieron ampliar el ámbito de la restricción de la competencia intramarca se les impuso un 7%, salvo en el caso de MOTOFUNCIÓN, que se incrementó hasta el 8,5 por «su especial responsabilidad en la vigilancia de la aplicación del acuerdo en Madrid». Finalmente, al resto de infractores se les decidió aplicar un 6%.

[1030] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0120/08 – *Transitarios*, de 31 de julio de 2010, FJ. 11. En *Transitarios* se aplica un aumento del 5% sobre la sanción básica en el caso de SPT por su papel como responsable o instigador del cártel en la medida en la que como dice la DI y comparte el Consejo, "asumió el papel de coordinador respecto al seguimiento y aplicación de los acuerdos adoptados por todas las empresas participantes en el cártel".

[1031] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0091/08 - *Vinos finos de Jerez*, de 28 de julio de 2010, FJ. 12. -En Vinos Finos de Jerez, el Consejo considera, en el apartado de la determinación de la sanción, que "el contenido de la última reunión del cártel podría ser merecedor de su valoración como agravante" pero no menciona cómo se ha tenido en cuenta a la hora de determinar la sanción, o si realmente se ha llegado a tener en cuenta, ni si es por su carácter de líder.

[1032] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0314/10 - *Puerto Valencia*, de 27 de septiembre de 2013, FJ. 10. En *Puerto Valencia* se incrementó la cuantía de la multa en un 5% a ELTC y TRANSCONT COMUNIDAD VALENCIANA por su conducta instigadora.

[1033] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/484/13 - *Redes abanderadas*, de 2 de julio de 2015, FJ 7.

[1034] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0544/14 - *Mudanzas internacionales*, de 6 de septiembre de 2016, FJ 6.

[1035] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0482/13 - *Fabricantes de automóviles*, de 23 de julio de 2015, FJ 7.

[1036] En este último caso, incrementando la sanción en un 1% a Gruinsa, y en un 2% a Macoin y Tecnoenvases, en función de la conducta desarrollada. En palabras de la CNMC «MACOIN, TECNOENVASES y GRUINSA lideraron el cártel y presionaron a las restantes empresas para sumarse a [él]. […] las actuaciones de […] MACOIN y TECNOENVASES fueron especialmente relevantes a dichos efectos, [pero] el papel de GRUINSA debe ser considerado también como merecedor de agravante pues actuó conjuntamente con [aquellas] para presionar al resto de las empresas […], incrementando así de modo considerable el riesgo plausible de expulsión del mercado en el caso de que […] no accediesen a sumarse al cártel». Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0445/12 - *Equipos contra incendios*, de 26 de junio de 2014, FJ. 10.

Se considera que en los casos más claros donde una empresa haya desarrollado este papel de manera especialmente predominante sería aconsejable optar por elevar la base de la sanción o el tipo sancionador individual en su porcentaje máximo. La razón es clara: la existencia de un líder o "jefe" puede ser vital para el mantenimiento del cártel, por lo que el menoscabo a esa figura puede ayudar tanto a su desestabilización, como al efecto disuasorio que evite que las empresas lo asuman. Sin embargo, dado que la CNMC en el primer asunto en el que ha podido analizar esta circunstancia ha optado por incrementar únicamente en un 1 y 2% respectivamente las sanciones, no es previsible que vaya a dirigir sus resoluciones en el sentido indicado.

Con relación a la calificación de *responsable o instigador* del sujeto infractor, las dos principales diferencias entre la práctica europea y la española son: (i) la distinción que realiza la Comisión Europea entre responsable e instigador; y (ii) el incremento de la base de la sanción o del tipo sancionador individual que se realizada por estos conceptos.

A diferencia de lo que sucede en la práctica española, tanto la Comisión Europea como los tribunales europeos diferencian entre quien desempeña un papel de líder –responsable– y quien lo hace de instigador, y establecen que es necesario realizar dos análisis independientes para comprobar si la empresa presuntamente infractora desarrolló alguno de estos roles[1037]. El papel de responsable tiene que ver con el funcionamiento de un acuerdo colusorio, mientras que el de instigador se refiere al establecimiento o ampliación de ese acuerdo[1038].

Para que una empresa pueda ser descrita como líder, con carácter general, es suficiente con que haya sido un motor importante del cártel. Esto podrá deducirse del hecho de que haya acarreado la responsabilidad de desarrollar y proponer la conducta que debía ser adoptada por los miembros del cártel, incluso si no estaba en condiciones de imponerla[1039].

[1037] STG (Sala Sexta) de 27 de septiembre de 2012, asunto T-343/06, *Shell Petroleum y otros v. Comisión* [2012] RJE 0000, ap. 140.

[1038] STG (Sala Sexta) de 27 de septiembre de 2012, asunto T-343/06, *Shell Petroleum y otros v. Comisión* [2012] RJE electronica, ap. 140; STPI (Sala Cuarta) de 15 de marzo de 2006, asunto T-15/02, *BASF v. Comisión* [2006] RJE II-00497, ap. 316; «En efecto, mientras que el papel de instigador se refiere al momento de establecimiento o de ampliación de un cartel, el papel de líder afecta al funcionamiento de éste (sentencia BASF/Comisión, apartado 311 supra, apartado 316). Así pues, el líder de una infracción y el instigador de ésta no están en una situación comparable, por lo que, suponiendo incluso que la Comisión se hubiera abstenido indebidamente de calificar a ABB como instigador del cartel, el hecho de tratar de forma diferente a esa sociedad y a Siemens no constituye una vulneración del principio de igualdad de trato» en STG (Sala Segunda) de 3 de marzo de 2011, asunto T-110/07, Siemens v. Comisión [2011] RJE II-00477, ap. 348, confirmada en STJ (Sala Cuarta) de 19 de diciembre de 2013, asuntos acumulados C-239/11 P, C-489/11 P y C-498/11 P, *Siemens v. Comisión* [2013] RJE 0000; en el mismo sentido véase Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38710 - *Bitumen Spain*, de 3 de octubre de 2007, ap. 429.

[1039] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38710 - *Bitumen Spain*, de 3 de octubre de 2007, ap. 529.

No obstante, en algunos casos, no es suficiente con demostrar que ha representado una fuerza impulsora del cártel significativa[1040]. Así, por ejemplo, el mero hecho de que un miembro del cártel sea el primero en anunciar un nuevo precio o un aumento de precios no puede considerarse como una indicación de que se trataba de un líder[1041]. Será necesario probar (a) que tomó alguna iniciativa para crear el cártel, (b) que su participación fue instrumental para asegurar la participación de cualquiera de las otras empresas o (c) que asumió la responsabilidad de actividades generalmente asociadas con el responsable de un cártel, tales como la presidencia de reuniones o la centralización y distribución de determinados datos[1042].

Lo que no es necesario probar es que, si el operador no hubiera desempeñado el papel de líder, el incumplimiento hubiera sido menos grave, puesto que tal prueba implicaría la confusión entre la valoración de la gravedad de la infracción, en términos absolutos, y el examen de la gravedad de la participación de cada una de las empresas en cuestión, en términos relativos, al examinar las circunstancias agravantes y atenuantes[1043].

Por otra parte, el argumento de que la empresa se vio obligada a seguir determinadas normas predefinidas en la organización del cártel no obstará para que se pueda tomar en consideración su papel de líder en el incumplimiento[1044]. En el caso de que hayan sido varias las empresas que se han ido turnando en el papel de responsable –porque es una infracción cuya duración se ha prolongado en el tiempo– se podrá aplicar esta agravante a todas ellas[1045].

[1040] STG (Sala Cuarta) de 8 de septiembre de 2010, asunto T-29/05, *Deltafina v. Comisión* [2010] RJE II-04077, ap. 333.

[1041] STPI (Sala Cuarta) de 15 de marzo de 2006, asunto T-15/02, *BASF v. Comisión* [2006] RJE II-00497, ap. 427.

[1042] STG (Sala Cuarta) de 8 de septiembre de 2010, asunto T-29/05, *Deltafina v. Comisión* [2010] RJE II-04077, ap. 332-335.

A modo de ejemplo, en *Bitumen Spain* la Comisión Europea concluye que tanto Repsol como Proas ejercieron este papel de responsables: «ya que asignaron cuotas de mercado a nuevos miembros, adoptaban decisiones sobre el tamaño del mercado, llegaban a un acuerdo sobre las cuestiones pendientes relacionadas con el reparto del mercado, negociaban bilateral y separadamente con los demás participantes en el cartel los volúmenes y clientes que se les debían asignar en sus áreas de influencia respectivas, recogían datos de otros participantes sobre volúmenes de ventas, convocaban y presidían reuniones del cartel y corrían con los gastos de la mayoría de ellas, pactaban bilateralmente variaciones de precios y el momento en que debían aplicarse y posteriormente comunicaban los acuerdos alcanzados a otros operadores del mercado» Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38710 - *Bitumen Spain*, de 3 de octubre de 2007, ap. 535. Como consecuencia de este papel motriz la base de la multa impuesta a estas dos empresas se incrementó en un 30%, ap. 536.

[1043] STPI (Sala Octava) de 30 de abril de 2009, asunto T-13/03, *Nintendo y Nintendo of Europe v. Comisión* [2009] RJE II-00975, ap. 130.

[1044] STG (Segunda Sala) de 3 de marzo de 2011, asuntos acumulados T-117/07 y T-121/07, *Areva y otros y Alstom v. Comisión* [2011] RJE II-633, ap. 292.

[1045] STG (Segunda Sala) de 3 de marzo de 2011, asuntos acumulados T-117/07 y T-121/07, *Areva y otros y Alstom v. Comisión* [2011] RJE II-633, ap. 300.

Para que una empresa pueda ser clasificada como instigadora de un cártel será necesario que haya persuadido o animado a otras empresas a establecer o a unirse a un cártel[1046]. No es suficiente con haber figurado entre los miembros fundadores del cártel, sino que será necesario que haya tomado la iniciativa, por ejemplo, sugiriendo a otro operador la oportunidad de un acuerdo colusorio o intentando convencerlo para actuar de tal modo[1047]. Varias empresas podrán desempeñar simultáneamente el papel de instigadoras dentro de un mismo cártel[1048].

Para demostrar que una empresa ha actuado como instigadora, no es necesario que la Comisión Europea disponga de pruebas relativas a la elaboración o la concepción de los detalles del cártel[1049]. Podrá basarse en un único hecho siempre y cuando «este único elemento permita demostrar con certeza que esta empresa ha impulsado o animado a otras empresas a establecer el cartel o a unirse a él»[1050]. No obstante, esta prueba puede resultar complicada; de hecho, en asuntos como *International Removal Services* o *Methacrylates* no se ha podido aplicar esta agravante por la falta de evidencias[1051]. Por otra parte, esta circunstancia agravante sí ha sido utilizada en *Bitumen* para incrementar la base de la multa impuesta a Shell en un 50%[1052].

Diferenciar entre responsable e instigador, puede resultar intrascendente a la hora de elevar la sanción, puesto que ambas posiciones justifican la necesidad de aumentar la base de la sanción o el tipo sancionador individual. Sin embargo, cada participante en la infracción debe ser sancionado de acuerdo con la conducta concreta desarrollada, por lo que sí se hace necesario distinguir entre uno y otro comportamiento. Es por ello que se estima necesario que en la práctica española se recoja si se está imponiendo la agravante al sujeto infractor como líder/responsable o como instigador.

Pasando al posible incremento de la base de la sanción, la Comisión Europea ha aplicado en algunos asuntos un incremento del 50%, reflejando la especial gravedad de

---

[1046] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38.456 - *Bitumen*, de 13 de septiembre de 2006, ap. 342.; STG (Sala Sexta) de 27 de septiembre de 2012, asunto T-343/06, *Shell Petroleum y otros v. Comisión* [2012] RJE electronica, ap. 150, 155.

[1047] STG (Sala Sexta) de 27 de septiembre de 2012, asunto T-343/06, *Shell Petroleum y otros v. Comisión* [2012] RJE electronica, ap. 155.

[1048] STG (Sala Sexta) de 27 de septiembre de 2012, asunto T-343/06, *Shell Petroleum y otros v. Comisión* [2012] RJE electronica, ap. 155.

[1049] STG (Sala Sexta) de 27 de septiembre de 2012, asunto T-343/06, *Shell Petroleum y otros v. Comisión* [2012] RJE electronica, ap. 142; véase también STPI (Sala Cuarta) de 20 de marzo de 2002, asunto T-9/99, *HFB y otros v. Comisión* [2002] RJE II-01487.

[1050] STG (Sala Sexta) de 27 de septiembre de 2012, asunto T-343/06, *Shell Petroleum y otros v. Comisión* [2012] RJE electronica, ap. 156.

[1051] Decisión de la Comisión en el asunto COMP/38.543 - *International Removal Services*, de 11 de marzo de 2008, ap. 561; Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F/38.645 - *Methacrylates*, de 31 de mayo de 2006, ap. 372

[1052] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38.456 - *Bitumen*, de 13 de septiembre de 2006, ap. 342, 349.

la conducta. Sin embargo, no se conoce ningún asunto en el que la CNMC, limitada hasta el 29 de enero de 2015 por las previsiones de la Comunicación sobre sanciones, haya aplicado un incremento superior del 15%.

El porcentaje de agravación aplicado por la autoridad nacional de competencia española –que podría considerarse reducido–, unido a que no se regula cómo debe valorarse el elemento volitivo, hace que las diferencias entre quienes asumen el papel de líder y quienes se dejan guiar no sean suficientemente importantes como para querer evitar dicho rol. Por ello, en aras a una mayor disuasión, se hace imprescindible que la multa refleje la especial gravedad del comportamiento desarrollado por quien es responsable del acuerdo anticompetitivo o por quien se encarga de que siga funcionando: sin su comportamiento, puede que no se hubiera afectado la competencia o que la infracción hubiera terminado por causas naturales, es decir, sin intervención de la autoridad de competencia[1053].

La aplicación de esta agravante, si implica un aumento de la sanción suficientemente importante, ocasionará que las empresas sean más reticentes a adoptar el rol de instigador o que esperen a que sea otra empresa quien les contacte para llegar a este tipo de acuerdos. Por ello, el porcentaje debería elevarse hasta, por lo menos, el 50%. De las actuaciones de la Comisión Europea se desprende que, siendo los porcentajes a aplicar por estos conceptos mayores que los aplicados hasta la fecha por la normativa interna, no han dado lugar a multas excesivas o desproporcionadas.

En tercer lugar, la *falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora* (A3) puede ser tenida en cuenta como circunstancia agravante o como infracción leve autónoma (artículo 62 LDC), en función de su entidad[1054]. Sin embargo, la colaboración activa y efectiva se tendrá en cuenta como atenuante (artículo 64.3 LDC). Como recoge la OCDE, «los ajustes de la multa base basados en la cooperación ofrecen a las empresas incentivos para cooperar con las investigaciones y no obstruir las investigaciones»[1055].

[1053] Las miembros de los acuerdos colusorios suelen tener una tendencia natural a incumplir dichos acuerdos –para obtener mayores beneficios y porque no puede exigirse su cumplimiento ante ninguna autoridad-, esto suele hacer que el mantenimiento de la colusión y los acuerdos sea difícil. De ahí que el papel del "instigador" que monitoriza y vigila el cumplimiento sea tan trascendente. WILS, W. P. J. "Should private antitrust enforcement…", *op cit*, p. 4

[1054] En el segundo caso, se podrá imponer una sanción de hasta el 1 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (art. 63.1 LDC). Esta sanción máxima del 1% se impuso por ejemplo en la Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. SNC/0010/11 - *Grafoplas del Noroeste*, de 1 de marzo de 2011; en la Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. SNC/0007/10 – *Extraco*, de 6 de mayo de 2011, la CNC impuso a Extraco Construccions e Proxectos,S.A., una multa de 300.000 euros por obstrucción a la labor inspectora de la Comisión en el transcurso de una inspección en su sede.

[1055] ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. "Foro Latinoamericano de Competencia. Sesión I: Criterios para la imposición de multas por infracciones a la ley de competencia Documento de base preparado por el Secretariado de la OCDE", en *OCDE*, nº DAF/COMP/LACF(2013)4, 3-4 de septiembre de 2013, Lima, Perú, ap. 70.

Puede entenderse como circunstancia agravante tanto el rechazo injustificado a facilitar el volumen de negocios, como la acreditación de los esfuerzos por lograr la destrucción de documentos comprometedores en poder de los miembros del cártel, aunque se realice antes de solicitar la clemencia.

En el primero de los casos, se está obstruyendo claramente la labor sancionadora de la autoridad de competencia porque a través de este comportamiento los presuntos infractores dificultan el cálculo de la sanción. En la mayoría de los casos, se trata de una información de la que disponen. Además, en ningún caso se estaría contraviniendo el derecho a no declararse culpable, ni a la presunción de inocencia.

En el segundo supuesto, aunque la propuesta de facilitar los mecanismos para eliminar cualquier rastro se realice antes de solicitar la clemencia, se considera que sí debería acarrear la elevación de la sanción[1056]. Especialmente cuando la empresa que ha solicitado la clemencia es la misma que ha tratado de eliminar cualquier rastro. En este caso, la colaboración de buena fe que exige el programa de clemencia podría ponerse en entredicho; pero lo que está claro es que se dificultará la labor inspectora.

Esta circunstancia agravante ha sido aplicada en *Asfaltos, Licitaciones de Carreteras, Agencias de medios, mudanzas internacionales*, *Servicios fotográficos y en Transporte escolar Murcia.* En *Asfaltos*, la resistencia de Teconsa a aportar información sobre el volumen de negocios que le estaba requiriendo la CNC fue considerada como agravante, incrementando la sanción en un 5%, lo mismo sucedió y en el mismo porcentaje aumentó la base de la sanción -actualmente se incrementaría el tipo sancionador individual- por este motivo en *Licitaciones de Carreteras* respecto a Asfaltos León[1057]. Por su parte, la CNMC también entendió que concurría esta agravante en *Agencias de medios,* si bien no se explica en qué medida ha sido utilizada para incrementar la cuantía de la sanción[1058]; en mudanzas internacionales dada la negativa a no facilitar el acceso a las cuentas de correo electrónico y/o borrar su contenido[1059]; en *Servicios fotográficos*, la CNMC incrementó la cuantía de la sanción un 0,5% a la persona física que obstruyó, durante la inspección, el acceso al teléfono móvil, así como a la revisión de la posible existencia de cuentas de correo electrónico adicionales[1060]; en

[1056] En *sobres de papel* la DI consideró que sí debería considerarse como circunstancia agravante, aunque después el Consejo lo rechazó. Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0316/10 - *Sobres de papel*, de 25 de marzo de 2013, FJ. 7.

[1057] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0192/09 – *Asfaltos*, de 26 de octubre de 2011, FJ. 7.; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0226/10 – *Licitaciones de Carreteras*, de 19 de octubre de 2011, FJ. 7.

[1058] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0584/16 - *Agencias de medios*, de 3 de mayo de 2018, FJ. 5.

[1059] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0544/14 - *Mudanzas internacionales*, de 6 de septiembre de 2016, FJ 6.

[1060] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte S/DC/0538/14 - *Servicios fotográficos*, de 15 de diciembre de 2016, FJ. 6.

Transporte escolar Murcia, una de las empresas rechazó todas las comunicaciones efectuadas por el Servicio Regional de Defensa de la Competencia de Murcia, no envió la documentación que se le requirió, tampoco contestó a las llamadas telefónicas y, sin embargo, sí que se presentó a la última licitación de transporte escolar que se analiza por la CNMC[1061]

Por último, en lo relativo a la agravante por la *negativa a cooperar u obstrucción*, el apartado 28 de las Directrices de 2006 prevé como agravante la «negativa a cooperar u obstrucción en la investigación». Las empresas están obligadas a cooperar y la Comisión Europea tiene derecho a obligarles a ello con el fin de garantizar la eficacia del artículo 18.3 del Reglamento (CE) 1/2003, incluso si los documentos aportados se utilizan para demostrar la existencia de una conducta anticompetitiva[1062].

Esta cooperación también será obligatoria en los casos en los que los documentos solicitados hagan referencia a un periodo de tiempo en el que las normas de competencia de la UE no son aplicables, dado que otra interpretación «supondría privar a dicho precepto de efecto útil y sería contraria a la obligación de la Comisión de examinar minuciosa e imparcialmente todos los elementos pertinentes del asunto de que se trata»[1063].

En el ordenamiento de la UE, por tanto, la solicitud de información únicamente está supeditada al requisito de que sea necesaria para verificar las presunciones de infracción que justifican la investigación[1064].

[1061] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. SAMUR/02/18 – *Transporte escolar Murcia*, de 20 de junio de 2019, FJ. 6.

[1062] STG (Sala Octava) de 22 de marzo de 2012, asuntos acumulados T-458/09 y T-171/10, *Slovak Telekom v. Comisión* [2012] RJE electrónica, ap. 41; STJ (Sala Segunda) de 29 de junio de 2006, asunto C-301/04 P, *Comisión v. SGL Carbon AG* [2006] RJE I-05915, ap. 41; STJ (Sala Quinta) de 7 de enero de 2004, asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S y otros v. Comisión* [2004] RJE I-123, p. 61; STG (Sala Quinta) de 28 de abril de 2010, asunto T-446/05, *Amann & Söhne y Cousin Filterie v. Comisión* [2010] RJE II-01255, ap. 327; el apartado 23 del preámbulo del Reglamento (CE) 1/2003 recoge lo siguiente: «La Comisión debe disponer en todo el territorio de la Comunidad de la facultad de requerir que se le entregue la información que sea necesaria para detectar cualquier acuerdo, decisión o práctica concertada prohibida por el artículo 81 del Tratado, así como la explotación abusiva de una posición dominate prohibida por el artículo 82 del Tratado. Al dar cumplimiento al requerimiento de la Comisión, no podrá obligarse a las empresas a admitir que han cometido una infracción, pero éstas estarán obligadas en cualquier caso a responder a preguntas relativas a los hechos yy a proporcionar documentos, aun cuando dicha información pueda ser utilizada en contra de dichas u otras empresas para constatar la existencia de una infracción».

[1063] STG (Sala Octava) de 22 de marzo de 2012, asuntos acumulados T-458/09 y T-171/10, *Slovak Telekom v. Comisión* [2012] RJE electrónica, ap. 45; STJ de 21 de noviembre de 1991, asunto C-269/90, *Technische Universität München v. Hauptzollamt München-Mitte* [1991] RJE I-05469, ap. 14; STPI (Sala Primera) de 24 de enero de 1992, asunto T-44/90, *La Cinq v. Comisión* [1992] RJE II-00001, ap. 86; STPI (Sala Tercera) de 30 de septiembre de 2003, asuntos acumulados T-191/98, T-212/98, T-213/98 a T-214/98, *Atlantic Container Line y otros v. Comisión* [2003] RJE II-03275, ap. 404.

[1064] STG (Sala Octava) de 22 de marzo de 2012, asuntos acumulados T-458/09 y T-171/10, *Slovak Telekom v. Comisión* [2012] RJE electrónica, ap. 45

Esta agravante se aplica, prácticamente en los mismos términos, de acuerdo con la normativa española. Sirvan como ejemplos de aplicación los siguientes asuntos: *Fittings*[1065]*, Bitumen*[1066] y *Professional Videotape*[1067]. En ellos, el incremento de la cuantía de la sanción se situó entre el 10% y el 50% en función de las circunstancias concretas.

Además de poder utilizarse esta negación a cooperar u obstrucción a la labor de la Comisión Europea como circunstancia agravante, puede ser calificada como una infracción autónoma y, por tanto, recibir una sanción a parte de la impuesta por el comportamiento anticompetitivo ilícito. En todo caso, el hecho de que exista un precepto específico que sanciona esta conducta no impide que pueda ser utilizada, de manera alternativa, como agravante[1068].

De acuerdo con el artículo 23.1 del Reglamento (CE) 1/2003 la sanción podrá ser de hasta un 1 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior cuando, de forma deliberada o por negligencia, proporcionen información inexacta o engañosa[1069].

Esta sanción coincide con la que se puede imponer bajo la legislación española.

Consecuentemente, la diferencia que encontramos entre la práctica de la UE y la práctica nacional es el porcentaje en el que se aumenta la base de la sanción -Comisión Europea- o el tipo sancionador individual -CNMC- por esta agravante. Al igual que sucede con el resto de agravantes, se desconocen asuntos en los que la autoridad de competencia española haya aplicado un porcentaje de agravación superior al 15%; mientras que la Comisión Europea ha llegado a agravar la multa por este concepto en hasta un 50%.

[1065] En *Fittings,* la sanción impuesta a Advanced Fluid Connections se incrementó en un 50% por la información engañosa proporcionada a la Comisión. Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F-1/38.121 - *Fittings*, de 20 de septiembre de 2006, ap. 786-790.

[1066] En *Bitumen,* el incremento fue del 10% porque, aunque los agentes de la Comisión Europea recibieron el visto bueno de las autoridades nacionales para proceder a la inspección, se les negó su entrada a la oficina de uno de los Directores de KWS, por lo que necesitaron solicitar de nuevo la asistencia de las autoridades nacionales. Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38.456 - *Bitumen*, de 13 de septiembre de 2006, ap. 341.

[1067] En *Professional Videotape*, el aumento fue del 30% porque se interrumpió el buen desarrollo de la investigación y los inspectores de la Comisión Europea vieron obstaculizado el ejercicio de sus facultades de investigación. Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38.432 - *Professional Videotape*, de 20 de noviembre de 2007, ap. 227.

[1068] STG (Sala Octava) de 24 de marzo de 2011, asunto T-384/06, *IBP y International Building Products France v. Comisión* [2011] RJE II-01177, ap. 109; STJ (Sala Segunda) de 29 de junio de 2006, asunto C-301/04 P, *Comisión v. SGL Carbon AG* [2006] RJE I-05915, ap. 64

[1069] STG (Sala Sexta) de 27 de septiembre de 2012, asunto T-343/06, *Shell Petroleum y otros v. Comisión* [2012] RJE electrónica, ap. 118.

En esta circunstancia agravante también abogaríamos por facultar a la autoridad de competencia para poder imponer un incremento mayor de la sanción: al menos, de hasta el 50%, pudiendo elegir discrecionalmente si utiliza el máximo previsto o no, en función de las circunstancias del caso.

Es necesario que la autoridad de competencia disponga de elementos de disuasión suficientemente importantes para evitar que las empresas obstruyan su labor. Parte de los datos que necesitarán para el cálculo de la sanción –por ejemplo, el volumen de negocios– únicamente podrán ser proporcionados por la empresa infractora.

Además, el rango porcentual que puede aplicar debe permitir diferenciar entre quien deliberadamente obstruye la labor de la autoridad de competencia –por ejemplo, aportando datos falsos o engañosos– y quien únicamente dificulta su labor –por ejemplo, poniendo trabas durante la inspección–. Ambos casos son merecedores de un aumento en la cuantía de la multa, pero el *animus* del primero lo hace especialmente grave. Esta especial gravedad se puede valorar más apropiadamente si existe margen de apreciación en la determinación del porcentaje concreto a aplicar, sin tener que recurrir a considerar la conducta obstructora una infracción autónoma.

En conclusión, vistas las diferencias entre la práctica de la autoridad de competencia europea y la autoridad nacional de competencia, resultaría más adecuado que la CNMC dispusiera de un rango mayor dentro del que elegir el porcentaje concreto a aplicar cuando concurra una circunstancia agravante, dado que esto le permitiría adecuar la sanción a las circunstancias concretas del hecho.

Por último, si se tienen en cuenta las agravantes que son únicamente tenidas en cuenta por una de las autoridades de competencia, debemos analizar las *coacciones* (B1) y la *continuación con la conducta después de la inspección* (B2).

Respecto a la adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas, o *coacciones* (B1), debe ser tenida en cuenta como circunstancia agravante. Esta circunstancia agravante pretende evitar que las empresas pongan en marcha mecanismos que estabilicen las conductas colusorias haciéndolas más duraderas en el tiempo y que dificulten su detección. Por lo tanto, será típicamente aplicable a conductas del artículo 1 LDC.

En los casos de cárteles más flagrantes casi siempre se ha adoptado algún tipo de medida para que los miembros no se desvíen de lo acordado por la tentación de obtener aún mayores beneficios[1070]. De hecho, estos acuerdos anticompetitivos pueden ser

[1070] «De hecho, aunque todos los miembros del cártel tengan un acuerdo, continúan siendo competidores

En efecto, los miembros de una práctica colusoria siguen siendo competidores, pudiendo cada uno de ellos intentar, en cualquier momento, aprovecharse de la disciplina de los demás en materia de precios inherentes a la práctica colusoria para bajar sus propios precios con el fin de aumentar su cuota de mercado,

interpretados por las empresas como un contrato de no-colusión con la diferencia de que su cumplimiento no es legalmente exigible[1071]. Los conflictos internos, las rivalidades y los incumplimientos son típicos de cualquier cártel, en especial si tienen una larga duración[1072]. De hecho, los incumplimientos de lo acordado dentro del propio cártel han quedado registrados en: *Peluquería Profesional, Bombas de Fluidos, Asfaltos, Compañías de Seguro Decenal, Fabricantes de Gel, Vinos Finos de Jerez*[1073]. Los mecanismos para corregir estas desviaciones pueden suponer la diferencia entre la "desaparición natural" del acuerdo colusorio o su mantenimiento. De ahí la importancia de disuadirlos. En todo caso, en nuestra opinión, esta agravante debería operar únicamente cuando se hayan tomado medidas efectivas por parte de los infractores que vayan más allá de la mera monitorización del acuerdo.

En la práctica de la autoridad nacional de competencia, esta circunstancia únicamente se ha tenido en cuenta como agravante en tres asuntos: *Montesa Honda*[1074], *Almacenes Hierro*[1075] y *Compañía Decenal*[1076] *y Mudanzas internacionales*[1077]. Esta circunstancia agravante es una de las más difíciles de probar dado que no es sencillo

---

aunque manteniendo un nivel general de precios relativamente elevado». STG (Sala Octava) de 24 de marzo de 2011, asunto T-377/06*, Comap SA v. Comisión* [2011] RJE II-01115, ap. 99.

[1071] De hecho, «collusion can be viewed as a contract between firms not to compete where cheaters may gain additional profits by secretly breaking the contract» HERSCH, P. L. y NETTER, J. M. "Civil antitrust sanctions and cartel stability", en *Review of Industrial Organization*, Vol. 3, nº 2, otoño 1987, p. 71.

[1072] Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/38.344 - *Prestressing steel*, de 30 de junio de 2010 ap. 1018.; en el mismo sentido Decisión de la Comisión en el asunto COMP/38.589 - *Heat stabilisers*, de 22 de noviembre de 2009, ap. 726; Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38.695 - *Sodium Chlorate*, de 11 de junio de 2008, ap. 532.; STPI (Sala Quinta) de 8 de octubre de 2008, asunto T-73/04, Le Carbone-Lorraine v. Comisión [2008] RJE II-02661, ap. 199.

Igualmente, en los de larga duración, suelen producirse «tanto incorporaciones al mismo como abandonos, así como que unos sean inductores o instigadores mientras que otros actúen solo como comparsas» Así lo han recogido tanto la CNMC como la CNC. Véase, a este respecto, la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0469/13 - *Fabricantes de papel y cartón ondulado*, de 18 de junio de 2014, FJ 5 y la Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0091/08 - *Vinos finos de Jerez*, de 28 de julio de 2010.

[1073] CORTI VARELA, J. "Tipología de cárteles duros. Un estudio de los casos resueltos por la CNC", en *Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia.* Ed. Instituto Universitario de Estudios Europeos. Universidad San Pablo CEU, nº 33 / 2013, p. 12.

[1074] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0154/09 - *Montesa Honda*, de 28 de diciembre de 2011, FJ. 6. - En Montesa Honda se tiene en cuenta para imponer un 10% de sanción a Montesa Honda, entra otras cosas, el hecho de "haber diseñado e incluido en ella mecanismos de seguimiento y control del acuerdo, (…), por haber ejecutado un control sobre los precios efectivos".

[1075] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0106/08 – *Almacenes Hierro*, de 17 de mayo de 2010, FJ 11. En *Almacenes Hierro*, el Consejo consideró como agravante la elaboración de una agenda para la implementación del acuerdo, que incluía la creación de un equipo de seguimiento o vigilancia.

[1076] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0037/08 - *Compañía Decenal*, de 12 de noviembre de 2009, FJ. 10. En *Compañía Decenal*, la CNC tiene en cuenta dos comportamientos distintos para cada uno de los cuales aplica una agravante del 5%. Estos comportamientos son, por un lado, las conductas de vigilancia y denuncia; y por otro, las de retorsión y boicot

[1077] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0544/14 - *Mudanzas internacionales*, de 6 de septiembre de 2016.

delimitar dónde empieza el mecanismo que justifica la agravante y dónde termina el propio acuerdo colusorio. Por ello, dado que se consiguió acreditar su existencia, se estima muy positivamente que la autoridad de competencia haya conseguido aplicarla; en definitiva, una agravante que no se aplica, pierde valor disuasorio.

Por lo tanto, la primera diferencia entre las agravantes que se tienen en cuenta por la Comisión Europea y las que se tienen en cuenta por la autoridad nacional de competencia española es que la Comisión Europea no ha incrementado, ni prevé hacerlo, la sanción por la existencia de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de los acuerdos. Ello pese a que el apartado 28 de las Directrices de 2006 contempla que «la Comisión prestará también especial atención a toda medida adoptada con el fin de obligar a otras empresas a participar en la infracción y/o a toda medida de represalia adoptada contra otras empresas con el fin de hacer respetar las prácticas ilícitas». En las Directrices europeas, cuando se hace referencia a esta circunstancia se incluye dentro de la agravante por haber desarrollado el papel de responsable o de instigador de la infracción, y no se contempla una agravante adicional.

La agravante por la adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de los acuerdos está encaminada a castigar con una sanción más elevada las conductas dolosas porque éstas implican un deseo por conseguir la implementación del acuerdo anticompetitivo; así, a mayor monitorización de la implementación del acuerdo por parte de los sujetos infractores, mayor estabilidad y perdurabilidad en el tiempo de la práctica.

No obstante, en la práctica puede resultar difícil probar que se está dando dicha monitorización del acuerdo como conducta diferenciada del propio acuerdo colusorio. Esto lleva a plantearse la idoneidad de su supresión como agravante. Debe señalarse que, si lo que se desea sancionar es la voluntariedad –el dolo–, sería más correcto recoger subtipos agravados en los casos en los que pudiera apreciarse y acreditarse la conducta dolosa. En este caso, su aplicación supondría que se estaría sancionado doblemente la consideración de unos mismos hechos.

En caso de rechazarse su supresión, cabría plantearse limitar su carácter agravante a un porcentaje mínimo, dado que la monitorización de la aplicación de lo pactado puede considerarse inherente al desarrollo de la práctica anticompetitiva por cuanto el funcionamiento del cártel exige que todos –o prácticamente todos– los integrantes del mismo respeten lo pactado.

La segunda gran diferencia con relación a las agravantes que aplican las autoridades de competencia de la UE y nacional sería que la Comisión Europea contempla como agravante la *continuación de la conducta después de la infracción* (B2). Mientras que la Comisión Europea la tiene en cuenta, no se conoce ningún asunto en el que la autoridad nacional de competencia española haya aplicado una agravante expresa por la continuación de la conducta después de la inspección.

Si tomamos como ejemplo los cárteles *hardcore* –donde no existen prácticamente dudas sobre el conocimiento que los sujetos infractores tienen sobre la ilicitud de la conducta–, la continuación de la conducta después de la inspección implica que los infractores realmente no desean poner fin a la conducta; previsiblemente por los importantes beneficios que les reporta. Y, en cualquier caso, debe compartirse la opinión de la Comisión Europea expresada en *Fittings*, donde señala que cuando una empresa está al corriente de las inspecciones de la Comisión, tiene una responsabilidad activa en el examen de las actividades de sus empleados para asegurarse de que no se están desarrollando posibles infracciones de las normas de competencia [1078]

Por ello, puede entenderse justificado el incremento de la sanción y sería recomendable que la CNMC también la tuviera en cuenta como agravante; de tal manera que, a través de su aplicación, se trate de aumentar el efecto disuasorio de la sanción –dado que el mero inicio de las investigaciones no habría conllevado el fin de la práctica– y se ponga fin al comportamiento anticompetitivo lo antes posible.

b. Circunstancias atenuantes, o cuando los sujetos infractores luchan por el reconocimiento de circunstancias que reduzcan el importe de su sanción

La existencia de circunstancias atenuantes conllevará una reducción en el importe de la sanción. La regulación española recoge las circunstancias atenuantes en el artículo 64.3 LDC, donde aparecen cuatro posibles atenuantes. No obstante, no forman una lista exhaustiva por lo que la autoridad de competencia podrá tener en cuenta otras atenuantes.

Las atenuantes contempladas en la LDC son: (i) la realización de actuaciones que pongan fin a la infracción; (ii) la no aplicación efectiva de las conductas prohibidas; (iii) la realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado; y (iv) la colaboración activa y efectiva con la Comisión Nacional de la Competencia llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 65 y 66 LDC.

Además de estas circunstancias atenuantes recogidas en la LDC, la autoridad de competencia española también tendrá en cuenta para reducir la cuantía de la sanción la actuación bajo coacciones y la situación económica de la empresa.

[1078] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F-1/38.121 - *Fittings*, de 20 de septiembre de 2006., par 781.

La normativa europea recoge una lista no exhaustiva en el apartado 29 de las Directrices de 2006[1079]. Se prevé, por tanto, a modo de ejemplo, que se podrán aplicar atenuantes:

- cuando la empresa en cuestión aporte la prueba de que ha puesto fin a la infracción tras las primeras intervenciones de la Comisión Europea; esto no se aplicará a los acuerdos o prácticas de carácter secreto (en particular, los cárteles);
- cuando la empresa en cuestión aporte la prueba de que la infracción se cometió por negligencia;
- cuando la empresa en cuestión aporte la prueba de que su participación en la infracción es sustancialmente limitada y demuestre, por tanto, que, durante el tiempo en que se adhirió a los acuerdos ilícitos, dicha empresa eludió efectivamente la aplicación de los mismos adoptando un comportamiento competitivo en el mercado; el mero hecho de que una empresa haya participado en una infracción durante un período de tiempo más breve que las demás no se considerará circunstancia atenuante, puesto que esta circunstancia ya se refleja en el importe de base;
- cuando la empresa en cuestión coopere efectivamente con la Comisión Europea, fuera del ámbito de aplicación de la Comunicación sobre la clemencia, y más allá de sus obligaciones jurídicas de cooperar;
- cuando el comportamiento anticompetitivo haya sido autorizado o fomentado por las autoridades públicas o la normativa

La siguiente tabla se ha organizado poniendo en relación las atenuantes que se tienen en cuenta por la Comisión Europea con las de la autoridad nacional de competencia. Para ello se han tenido en cuenta tanto las circunstancias atenuantes que se recogen en la LDC y en las Directrices de 2006, como aquellas que ha aplicado la autoridad de competencia, aunque no se prevean expresamente. Igualmente, cuando no existe una circunstancia equivalente pero sí que se puede encontrar algún tipo de referencia en la normativa de comparación, se hace referencia a ella.

Tabla 8. - Circunstancias atenuantes tenidas en cuenta por la Comisión Europea y por la CNMC

Comisión Europea	CNMC
Participación limitada en el incumplimiento	
Rol pasivo	
Negligencia	
	Presiones ejercidas por los competidores (actuación bajo coacciones)

[1079] STG (Sala Octava) de 16 de junio de 2011, asuntos acumulados T-208/08 y T-209/08, *Gosselin Group y Stichting Administratiekantoor Portielje v. Comisión* [2011] RJE II-03639, ap. 183.

Se valora, en su caso, en la base de la sanción	Realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado
Actuaciones que pongan fin a la infracción únicamente si no tienen carácter secreto	Actuaciones que pongan fin a la infracción
Comportamiento anticompetitivo autorizado o fomentado por las autoridades públicas o la normativa	Se aplica como exención legal (artículo 4 LDC)
Situación económica (incapacidad contributiva)	Situación económica (en casos puntuales)

FUENTE: Elaboración propia

Como se puede observar, el cuadro de las circunstancias atenuantes es más complicado que el de las agravantes. Tenemos (A) tres atenuantes que únicamente se aplican por la Comisión Europea: participación limitada, rol pasivo y negligencia; (B) tres que sólo se aplican por la CNMC: presiones ejercidas por los competidores, actuaciones que pongan fin a la infracción aun cuando tengan el carácter de secreto y realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado; y (C) tres comportamientos que en función de quién conozca se interpretarán de una manera o en un momento distinto: fomento de las autoridades públicas o de la normativa, colaboración activa y efectiva con la autoridad de competencia, y la situación económica de la empresa.

La mayor diferencia con las agravantes reside en que, mientras estas circunstancias no han variado a lo largo de las resoluciones –es decir, no han aparecido nuevas agravantes– cuando se trata de las circunstancias atenuantes, las partes tratarán de buscar nuevos motivos y argumentos que hagan justificable tomar en consideración una circunstancia atenuante para reducir la cuantía de la sanción[1080].

La acreditación de una circunstancia atenuante no tendrá los mismos efectos bajo la práctica de la UE que bajo la española. La autoridad de competencia nacional, hasta el 29 de enero de 2015, estaba limitada por sus Comunicación sobre sanciones, por lo que no redujo la cuantía de la sanción –al menos en aquellas resoluciones en las que cuantificó qué incidencia había tenido la apreciación de la circunstancia atenuante– en más de un 15%. Tras su derogación, tampoco se tiene constancia de que se haya otorgado una reducción mayor por la apreciación de una atenuante. Sin embargo, la Comisión Europea no está limitada en el porcentaje que puede aplicar cuando analiza la concurrencia de una circunstancia atenuante[1081]. De hecho, la autoridad de competencia europea ha reducido

[1080] La Comisión Europea, entre otras, ha rechazado las siguientes: ausencia de control sobre los empleados, ausencia de impugnación de los hechos, ausencia de beneficios y autorización por las autoridades públicas cuando quepa un margen de actuación.

La autoridad nacional de competencia, por su parte, no ha aceptado como circunstancia atenuante el rol pasivo de la empresa, la actitud pasiva de la Administración pública o la potencial sanción por otra autoridad de competencia.

[1081] LÖWHAGEN, F. "Las asociaciones de empresas…", *op cit*, p. 16.

la sanción hasta en un 50% en aplicación de una única atenuante, por ejemplo, en *Hydrogen Peroxide* y *Vitamins*[1082]

Las circunstancias atenuantes que únicamente reconoce la Comisión Europea, como ya hemos mencionado, son tres: (A1) la participación limitada en el acuerdo, (A2) el rol pasivo de la empresa y (A3) la negligencia –aunque esta última con limitaciones–. Aquellas que únicamente reconoce la CNMC son tres: (B1) las presiones ejercidas por los competidores, (B2) las actuaciones que pongan fin a la infracción, aunque tengan carácter secreto y (B3) la realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado.

A continuación, analizaremos cada una de ellas de cara a implementar mejoras en la normativa española.

El apartado 29 de las Directrices de 2006 recoge la *participación limitada en el acuerdo* (A1) como atenuante. En concreto establece que

> "cuando la empresa en cuestión aporte la prueba de que su participación en la infracción es sustancialmente limitada y demuestre por tanto que, durante el tiempo en que se adhirió a los acuerdos ilícitos, dicha empresa eludió efectivamente la aplicación de los mismos adoptando un comportamiento competitivo en el mercado; el mero hecho de que una empresa haya participado en una infracción durante un período de tiempo más breve que las demás no se considerará circunstancia atenuante, puesto que esta circunstancia ya se refleja en el importe de base".

De acuerdo con lo establecido en este apartado es necesario que la empresa que lo alega aporte evidencias suficientes de su participación limitada, probando que compitió en el mercado. Separarse de manera ocasional de los precios y/o cuotas fijas o de la asignación de clientes no demostrará en sí mismo que una parte no ha aplicado los acuerdos de cártel o que lo ha hecho de forma limitada[1083]. Cuando una empresa se separa de lo que está planeado puede, simplemente, estar tratando de explotar el cártel para su propio beneficio. Por ello, si era parte del acuerdo colusorio, resulta irrelevante –como atenuante– si se ha seguido una política más o menos independiente en el mercado[1084].

[1082] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F/C.38.620 - *Hydrogen Peroxide*, de 3 de mayo de 2006, ap. 477; Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/37.512 - *Vitamins*, de 21 de noviembre de 2001, ap. 725.

[1083] Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/38.344 - *Prestressing steel*, de 30 de junio de 2010, ap. 1018.; en el mismo sentido Decisión de la Comisión en el asunto COMP/38.589 - *Heat stabilisers*, de 22 de noviembre de 2009, ap. 726; Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38.695 - *Sodium Chlorate*, de 11 de junio de 2008, ap. 532.; véase tambien STPI (Sala Quinta) de 8 de octubre de 2008, asunto T-73/04, *Le Carbone-Lorraine v. Comisión* [2008] RJE II-02661, ap. 199.

[1084] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39.309 - *LCD - Liquid Crystal Displays*, de 8 de diciembre de 2010, ap. 438.; Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38.432 - *Professional Videotape*, de 20 de noviembre de 2007, ap. 232; Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F/C.38.620 - *Hydrogen Peroxide*, de 3 de mayo de 2006, ap. 486; Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F/38.645 - *Methacrylates*, de 31 de mayo de 2006, ap. 380; Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38710 - *Bitumen Spain*, de 3 de octubre de 2007, ap. 549; STG (Sala Quinta) de 29 de junio de 2012, asunto T-370/09, *GDF Súez v. Comisión* [2012] RJE 00000, ap. 441; véanse también la STG (Sala Segunda) de 25

La concurrencia de una limitada participación se ha conseguido probar y ha sido aceptado por la Comisión Europea, llevando a una reducción de entre el 5 y el 50%, entre otros asuntos, en *Prestressing steel*[1085]*, Car battery recycling*[1086]*, DRAM*[1087]*, Hydrogen Peroxide*[1088]*, Refrigeration Compressors*[1089]*, Steel abrasives*[1090]*, CRT Glass Bulbs*[1091]*, Alternators and Starters*[1092], *Airfreight*[1093] y *Maritime Car Carriers*[1094].

---

de octubre de 2011, asunto T-348/08, *Aragonesas Industrias y Energía v. Comisión* [2011] RJE II-07583, ap. 297; STPI (Sala Tercera ampliada) de 14 de mayo de 1998, asunto T-308/94, *Cascades v. Comisión* [1998] RJE II-00925, ap. 230.

[1085] En *Prestressing steel,* la Comisión Europea consideró que el papel de Proderac y Trame fue sustancialmente más limitado que el de los demás participantes en el cártel y les concedió una reducción del 5% de la multa. Tanto Proderac como Trame operaban en la periferia del cártel, lo que daba lugar a que tuvieran menos contacto con el resto de miembros del cártel. De hecho, los otros participantes del cártel se quejaron en diversas ocasiones de que Proderac no estaba proporcionando los datos acordados. Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/38.344 - *Prestressing steel*, de 30 de junio de 2010, ap. 1023-1026.

[1086] En *Car battery recycling,* también se redujo la cuantía en un 5% porque Campine desempeñó un papel menor o marginal en la infracción. Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40018 – *Car battery recycling*, de 8 de febrero de 2017.

[1087] El mismo argumento de "menor contacto" fue esgrimido en *DRAM* e *Hydrogen Peroxide*. En *DRAM,* se redujo la base de la sanción un 10% a Toshiba y Mitsubishi porque se comprobó que sus contactos eran de una frecuencia menor en comparación con la red global de contactos; consecuentemente, contribuyeron en menor medida a mantener el cartel. Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38511 - *DRAM*, de 19 de mayo de 2010, ap. 110.; vése también STG (Sala Sexta) de 27 de septiembre de 2012, asunto T-82/08, *Guardian Industries y Guardian Europe v. Comisión* [2012] RJE electrónica, ap. 111.

[1088] En *Hydrogen Peroxide,* la base de la sanción impuesta a Caffaro se redujo un 50% porque su participación se limitó únicamente a dos reuniones. Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F/C.38.620 - *Hydrogen Peroxide*, de 3 de mayo de 2006, ap. 476-477.

[1089] En *Refrigeration Compressors,* se redujo la base de la sanción un 10% porque la Comisión Europea comprobó que Panasonic había contribuido en menor medida al mantenimiento del cártel. Después de acudir al primer encuentro multilateral, Panasonic rechazó seguir haciéndolo y no se probó su asistencia a ninguna otra reunión de este tipo. Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39600 - *Refrigeration compressors*, de 7 de diciembre de 2011, ap. 32 y 84.

[1090] En *Steel abrasives*, los contactos de Pometon con el resto de empresas fueron más esporádicos, por lo que se le redujo la sanción en un 10%. Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39792 – *Steel abrasives*, de 25 de mayo de 2016, ap. 225.

[1091] En *CRT Glass Bulbs,* la reducción fue de un 15%. Aunque el apartado 29 recoge que la participación durante período de tiempo más breve no se considerará como circunstancia atenuante, en este caso la Comisión Europea sí que tomó en cuenta que AGC únicamente tomó parte en las actividades anticompetitivas durante el primer período de existencia del cártel, mientras que Schott sólo lo hizo en su último periodo. Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39605 - *CRT glass bulbs*, de 19 de octubre de 2011, ap. 89-90.

[1092] Se redujo la multa a Hitachi un 15%. Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40028 – *Alternators and Starters*, de 27 de enero de 2016

[1093] En *Airfreight* la reducción fue del 10% porque se consideró que los participantes operaban en la periferia del cártel, que el número de contactos con los otros transportistas fue limitado y que participaron en menos aspectos del cártel. Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39258 – *Airfreight*, de 17 de marzo de 2017, ap. 25.

[1094] En *Maritime Car Carriers* la Comisión Europea redujo la cuantía de la sanción en un 20% a CSAV dado que únicamente participó en una parte del acuerdo colusorio y que no era consciente del alcance de todo el acuerdo colusorio. Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40009 – *Maritime Car Carriers*, de 21 de febrero de 2018, ap. 119.

A la hora de aplicar esta atenuante, se debe tener en cuenta que también puede interpretarse como participación limitada el hecho de que una empresa no alcance a saber que el acuerdo será seguido por más competidoras que aquellas con las que mantiene contactos. Así se apreció en *Spark plugs*, asunto en el que se aplicó una reducción del 10%, por falta de pruebas de que Bosch tuviese conocimiento o pudiese haber previsto razonablemente la existencia de contactos bilaterales entre NGK y Denso; y de que Denso tuviese conocimiento o pudiese haber previsto razonablemente la existencia de contactos bilaterales entre NGK y Bosch[1095]. Misma apreciación que se produjo en el asunto *Capacitors* al considerar la Comisión Europea que Sanyo, NEC Tokin, Matsuo y Nichicon desconocían el acuerdo colusorio, lo cual les exime de responsabilidad por una parte de la infracción única y continuada en lo que respecta a una determinada serie de reuniones[1096].

Las partes intentarán alegar como evidencias de esta limitada participación numerosos hechos que, sin embargo, hay que considerar inadecuados para probar que efectivamente esa menor participación implicó que estaban compitiendo en el mercado y que, por tanto, les hace merecedores de una reducción en la sanción. Algunos de estos hechos serían:

- Que los participantes de un subgrupo del cártel se autodenominasen como "bad guys" o "mauvais élèves"[1097]. No obstante, este hecho, por sí sólo, no demuestra que su actitud fuera significativamente diferente a la de otros participantes del cártel.
- El no acoger la celebración de reuniones[1098].
- El no participar en un determinado set de acuerdos[1099].
- La presentación por parte de la Comisión Europea de un menor número de documentos que evidencien que la empresa llevó a cabo las prácticas anticompetitivas[1100].

Introducir esta circunstancia atenuante en la normativa española podría resultar muy interesante porque no se deja de sancionar a aquellas empresas que en algún

[1095] Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40113– *Spark plugs*, de 21 de febrero de 2018, ap. 105.

En el mismo sentido se entendió en *Optical Disc Drives*, en el que se redujo la cuantía de la sanción impuesta a Philips, Sony y Optiarc un 3% para reflejar la falta de conocimiento y responsabilidad por la parte de la infracción referida a HP, al desconocer los contactos bilaterales de las otras empresas con HP. Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39639 - *Optical Disc Drives*, de 21 de octubre de 2015, ap. 561.

[1096] Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40136 — *Capacitors,* de 21 de marzo de 2018.

[1097] STG (Sala Sexta ampliada) de 16 de junio de 2011, asunto T-191/06, *FMC Foret, SA v. Comisión* [2011] RJE II-2959, ap. 338.

[1098] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39.309 - *LCD - Liquid Crystal Displays*, de 8 de diciembre de 2010, ap. 447.

[1099] Decisión de la Comisión en el asunto COMP/38.589 - *Heat stabilisers*, de 22 de noviembre de 2009, ap. 725.

[1100] Decisión de la Comisión en el asunto COMP/38.543 - *International Removal Services*, de 11 de marzo de 2008, ap. 576.

momento o de alguna manera han participado en el incumplimiento, pero sí que se tiene en cuenta la entidad de su participación en la conducta anticompetitiva, reduciéndose la cuantía de la sanción conforme menor haya sido su participación.

Además, una empresa puede verse tentada a abandonar el cártel, pero a la misma vez rechazar la posibilidad de acudir al programa de clemencia por las consecuencias negativas que puede tener convertirse en el "chivato" y romper un "pacto entre caballeros" de silencio[1101]. Sin embargo, el conocimiento de que su sanción podría verse atenuada si se distancia del acuerdo o si su participación es limitada puede acabar originando la ruptura del cártel. Especialmente, si esta conducta es imitada por otros miembros.

Los problemas, no obstante, surgen a la hora de establecer hasta qué punto puede considerarse que existe una participación limitada en el acuerdo susceptible de hacerle merecedora de una reducción en la cuantía de la sanción, y en qué proporción. En la práctica europea, esta reducción ha alcanzado hasta un 50% de la base de la sanción cuando su participación ha sido notoriamente limitada. Sirva de ejemplo para considerar que es "notoriamente limitada", el asunto *Hydrogen Peroxide*, donde se demostró que únicamente se había tomado parte en dos encuentros[1102].

Se estima, asimismo, que su inclusión podría ser positiva si ayuda a desestabilizar el acuerdo, si bien el porcentaje de reducción debería ser bastante reducido dado que la participación limitada puede deberse a muchos factores, entre otros, que la autoridad de competencia no sea capaz de probar su actuación activa o continuada.

Las Directrices de 2006 ya no hacen referencia al *rol pasivo de una empresa* (A2) como circunstancia atenuante. Sin embargo, como las circunstancias recogidas en el artículo 29 de dichas Directrices no conforman una lista cerrada, este rol no puede ser excluido y, en determinadas circunstancias, puede conllevar una reducción de la base de la sanción[1103].

El rol pasivo implica que la empresa adoptará un perfil bajo, es decir, que no participará activamente en la creación de ningún acuerdo anticompetitivo[1104]. Los tres

[1101] «a probably more important reason for the increase in prices within cartels is that antitrust policies generate trust among cartel members provided that the cartels are not reported» BIGONI, M.; FRIDOLFSSON, S. O.; LE COQ, C., *et al*. "Fines, Leniency, Rewards and Organized Crime: Evidence from Antitrust Experiments", en *SSE/EFI Working Paper Series in Economics and Finance*, nº 698, 20 de mayo de 2008, p. 16.

[1102] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F/C.38.620 - *Hydrogen Peroxide*, de 3 de mayo de 2006, ap. 476-477.

[1103] STG (Sala Segunda) de 25 de octubre de 2011, asunto T-348/08, *Aragonesas Industrias y Energía v. Comisión* [2011] RJE II-07583, ap. 281.

[1104] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F-1/38.121 - *Fittings*, de 20 de septiembre de 2006, ap. 792.; véanse también STG (Sala Sexta ampliada) de 16 de junio de 2011, asunto T-191/06, *FMC Foret, SA v. Comisión* [2011] RJE II-2959, ap. 331; STG (Sala Tercera) de 5 de octubre de 2011, asunto T-11/06, *Romana Tabacchi v. Comisión* [2011] RJE II-06681, ap. 218; STG (Sala Quinta) de 28 de abril de 2010,

supuestos que se recogen a continuación únicamente constituirán indicios de que el rol adoptado por una empresa puede ser suficientemente pasivo como para merecer una reducción en la base de la sanción[1105].

- La participación, en comparación con otros miembros del cártel, mucho más esporádica de la empresa que lo alega en las reuniones organizadas para tratar temas relativos al acuerdo anticompetitivo[1106].
- La existencia de declaraciones expresas realizadas por los representantes de otras empresas participantes en el cártel que indiquen que, efectivamente, tuvo un rol pasivo en la infracción[1107].
- La entrada en el mercado afectado por la infracción en una fase avanzada del acuerdo, independientemente de la duración de su participación en la infracción[1108].

Cada una de estas circunstancias deberá analizarse en el caso concreto para ver si la empresa es merecedora de una reducción en la sanción[1109].

Por otra parte, serán insuficientes para poder considerar que la empresa ha desempeñado un rol pasivo merecedor de dicha reducción los siguientes hechos:

---

asunto T-452/05, *BST v. Comisión* [2010] RJE II-01373, ap. 119; STPI (Sala Cuarta) de 9 de julio de 2003, asunto T-220/00, *Cheil Jedang Corporation v. Comisión* [2003] RJE II-02473, ap. 167.

[1105] Siempre será necesario examinar las circunstancias de cada caso particular. Así nos lo recuerda, entre otras, la Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38629 - *Chloroprene Rubber*, de 5 de diciembre de 2007, ap, 545.

[1106] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38629 - *Chloroprene Rubber*, de 5 de diciembre de 2007, ap. 545.; Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F/38.645 - *Methacrylates*, de 31 de mayo de 2006, ap. 372.; Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F-1/38.121 - *Fittings*, de 20 de septiembre de 2006, ap. 792.; véase también STG (Sala Sexta) de 27 de septiembre de 2012, asunto T-82/08, *Guardian Industries y Guardian Europe v. Comisión* [2012] RJE electrónica, ap. 111.; STG (Sala Sexta ampliada) de 16 de junio de 2011, asunto T-191/06, *FMC Foret, SA v. Comisión* [2011] RJE II-2959, ap. 322.

[1107] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38629 - *Chloroprene Rubber*, de 5 de diciembre de 2007, ap. 545.; Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F/38.645 - *Methacrylates*, de 31 de mayo de 2006, ap. 372.; Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F-1/38.121 - *Fittings*, de 20 de septiembre de 2006, ap. 792.; véanse también STPI (Sala Tercera ampliada) de 14 de mayo de 1998, asunto T-317/94, *Weig v. Comisión* [1998] RJE II-01235, ap. 264.; STG (Sala Sexta ampliada) de 16 de junio de 2011, asunto T-191/06, *FMC Foret, SA v. Comisión* [2011] RJE II-2959, ap. 322

[1108] STG (Sala Sexta ampliada) de 16 de junio de 2011, asunto T-191/06, *FMC Foret, SA v. Comisión* [2011] RJE II-2959, ap. 322.

[1109] Así, por ejemplo, en *Fittings* se aceptó el rol pasivo como circunstancia atenuante, reduciéndose la sanción en un 10% a FlowLex porque «las pruebas del expediente muestran que su implicación no fue comparable a la de los miembros activos como IMI y Delta y no hay pruebas de que participara activamente en el establecimiento de acuerdos anticompetitivos. Más bien, las pruebas demuestran que su implicación se limitó a aceptar y aplicar los acuerdos alcanzados por otros. Como empresa pequeña, Flowflex no jugó un papel destacado en los acuerdos o prácticas concertadas, sino que desempeñó un papel pasivo y de seguimiento del líder con respecto a otras empresas principales tales como IMI, Delta y Pegler». Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F-1/38.121 - *Fittings*, de 20 de septiembre de 2006, ap. 797-798.

- El que una empresa no participara activamente en la creación de los acuerdos anticompetitivos[1110].
- El que la empresa adoptara un perfil bajo durante determinados periodos o en relación con algunos de los acuerdos del cártel, incluso si estaba establecido su rol más pasivo en esos casos[1111]. El mero hecho de que adopte un rol más pasivo o de "dejarse llevar" no puede implicar directamente una reducción en la sanción aplicable porque, al fin y al cabo, ha participado en la infracción[1112].
- La menor importancia de la empresa. La justificación para considerar que la empresa ha tenido un rol pasivo no se fundamenta en la posición de la empresa en el mercado o a su importancia dentro del grupo, sino en el tipo de rol que ha desempeñado en el cartel[1113]. Además, la importancia del negocio se verá reflejada en el cálculo de la base de la sanción[1114].
- Los contactos esporádicos por la falta de participación física en las reuniones cuando las empresas son informadas de manera consistente por teléfono u otros medios de lo que se ha tratado en ellas[1115]. En estos casos no se estaría demostrando una participación pasiva o de "seguimiento del líder" porque tienen otros mecanismos para informarse del contenido de las reuniones, lo que convierte su asistencia en innecesaria[1116].

  Además, el hecho de acudir a las reuniones, aunque no pueda demostrarse la asistencia continuada, representa un consentimiento tácito a la infracción –lo que implica compartir la responsabilidad del resultado– y la «mera asistencia de una empresa a reuniones o encuentros en los que se traten operaciones colusorias es suficiente para considerar acreditada la participación en dichas actividades»[1117].

Adoptar esta circunstancia atenuante puede ayudar a incentivar a que las empresas rechacen desarrollar un rol activo de líder o instigador para evitar la aplicación de la agravante y, es más, para tratar de obtener esta atenuante. Sin embargo, por lo que

[1110] STG (Sala Octava) de 16 de junio de 2011, asuntos acumulados T-204/08 y T-212/08, *Team Relocations NV y otros v. Comisión* [2011] RJE II-3569, ap. 124.

[1111] STG (Sala Tercera) de 5 de octubre de 2011, asunto T-11/06, *Romana Tabacchi v. Comisión* [2011] RJE II-06681, ap. 220.

[1112] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39.309 - *LCD - Liquid Crystal Displays*, de 8 de diciembre de 2010, ap. 439.

[1113] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39181 - *Candle Waxes*, de 1 de octubre de 2008, ap. 687.

[1114] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39181 - *Candle Waxes*, de 1 de octubre de 2008, ap. 687.

[1115] STG (Sala Sexta ampliada) de 16 de junio de 2011, asunto T-191/06, *FMC Foret, SA v. Comisión* [2011] RJE II-2959, ap. 337.; véase también STG (Sala Sexta ampliada) de 16 de junio de 2011, asunto T-197/06, *FMC Corp. v. Comisión* [2011] RJE II-3179, ap. 185.

[1116] STG (Sala Octava) de 16 de junio de 2011, asunto T-211/08, *Putters International v. Comisión* [2011] RJE II-03729, ap. 84.

[1117] FERNÁNDEZ TORRES, I. "Los programas de clemencia y la interacción…", *op cit*, p. 4.

respecta al ordenamiento interno, se estima que no es necesaria su inclusión en la normativa española, porque todas las empresas tratarán de demostrar que simplemente tuvieron una actitud pasiva sin que, a en la práctica, su pasividad comporte beneficio alguno para el mantenimiento del proceso de competencia del mercado afectado: en la medida en que las empresas forman parte de la conducta colusoria, aunque sea pasivamente, se producen importantes perjuicios para los consumidores y otros operadores económicos que la normativa de competencia trata de evitar.

Además, aunque esta atenuante es similar a la participación limitada en la infracción, se aprecia una importante diferencia: la participación limitada generalmente se ha estimado por la Comisión Europea cuando se ha cesado en la infracción, mientras que el rol pasivo puede coincidir en el tiempo con la completa duración de la práctica anticompetitiva. Esta diferencia puede ser suficiente para que se estime la posibilidad de incluir como atenuante la participación limitada en la infracción, pero no el rol pasivo.

La última circunstancia atenuante que es recogida únicamente por la Comisión Europea es la *negligencia* (A3). El apartado 29 de las Directrices de 2006 prevé que se podrá conceder una atenuante «cuando la empresa en cuestión aporte la prueba de que la infracción se cometió por negligencia».

La normativa española no prevé esta circunstancia atenuante, ni ninguna semejante. De hecho, no hace distinción entre conductas dolosas y negligentes, aunque, como apuntábamos previamente, hay supuestos en los que se ha procedido a moderar la cuantía de la sanción basándose en la falta de voluntad infractora[1118]. Esta distinción derivada de la existencia o no de voluntad infractora se estima importante, si bien no como atenuante, sino como agravante para aquellos asuntos en los que pueda demostrarse que una empresa actuó con una indubitada voluntad infractora. Incluso, el hecho de que se desconociera la normativa, cuando debió y pudo haber sido conocida, no hace merecedora a la empresa de una reducción en la cuantía de la sanción.

En lo que respecta a las *presiones ejercidas por los competidores o actuación bajo coacciones* (B1), ésta no viene expresamente recogida en el texto de la LDC, pero han sido tenidas en cuenta por la autoridad nacional de competencia a la hora de resolver sus expedientes.

Podría entenderse que una práctica está de alguna manera justificada si una empresa demostrase que se le ha impelido de tal forma a ejecutar la práctica anticompetitiva que no tenía otra opción. Es previsible que las amenazas provengan de

[1118] Aunque la intencionalidad, en principio, se utilice únicamente para poder considerar que se ha satisfecho el principio de culpabilidad, en casos como *CEOE* la autoridad de competencia tuvo en cuenta a la hora de imponer la sanción "la inexistencia de dolo por parte de CEOE. Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0335/11 – *CEOE*, de 26 de septiembre de 2011, FJ. 4.

los competidores con quienes, en todo caso, se debe pelear en el mercado por atraer a los operadores económicos[1119].

La especial naturaleza de las infracciones de competencia hace que las coacciones deban entenderse de manera diferente al significado que se le otorga en otras disciplinas donde tiene cabida la violencia física o psicológica. En la disciplina en la que nos encontramos, no es necesaria la violencia.

La sanción ha sido reducida sólo en una ocasión en el periodo objeto de estudio, en concreto en *Productos Hortofrutícolas,* por considerarse que una de las empresas había actuado bajo coacciones. En este asunto, el Consejo consideró que los actos de presión a los que había sido sometida Alhóndigas eran de tal entidad que merecía una reducción de la sanción en un 5% porque «si bien no afecta a la culpabilidad de la conducta por los motivos expuestos previamente, si puede, atendidas las circunstancias concretas del caso, moderar ligeramente su responsabilidad»[1120]. Ahora bien, lo que fue directamente rechazado es que estas coacciones pudieran llevar a plantearse que la empresa había actuado en un estado de necesidad[1121].

Aunque se acepta que esta atenuante pudiera operar si el sujeto infractor no hubiera tenido ninguna otra opción, en nuestra legislación se prevé la alternativa de acudir a la autoridad de competencia o a aquella que se estime adecuada para proteger sus intereses. Por ello, si una empresa se siente coaccionada a la hora de diseñar su política comercial porque se siente obligada a desarrollar conductas contrarias a la normativa de competencia, lo que debería hacer es acudir a la autoridad competente; en caso contrario, debe entenderse que acepta los riesgos de llevarla a cabo.

En la práctica de la UE, a diferencia de lo que sucede en la española, la presión ejercida por las empresas que esté dirigida a inducir a otras a participar en una conducta anticompetitiva, independientemente de la fuerza con que se haga, no puede ser utilizada por las empresas presionadas para alterar la gravedad de la conducta o para beneficiarse de una atenuante[1122].

[1119] Un ejemplo de amenaza concreta muy claro puede encontrarse en el cártel norteamericano ADM, y que podría estar repitiéndose en cualquier conducta colusoria de nuestro país. En este asunto un ejecutivo dijo lo siguiente: «There's another thing though you gotta keep in mind and these, these people have to keep in mind too. We have a lot more capacity than we're usin'. . . . And and uh if in fact there becomes a a free for all if they don't agree and there becomes a free for all, and we start that up again, our numbers are liable to be a lot larger than five thousand tons. . . . Because we'll grow at twenty thousand tons instead of five» DOERRER, S. "Cartels and their weaknesses", en *SSRN*, 19 de diciembre de 2004, p. 15.

[1120] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0231/10 - *Productos Hortofrutícolas*, de 14 de diciembre de 2011, FJ. 6.

[1121] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0231/10 - *Productos Hortofrutícolas*, de 14 de diciembre de 2011, FJ. 4.

[1122] STG (Sala Tercera) de 5 de octubre de 2011, asunto T-11/06, *Romana Tabacchi v. Comisión* [2011] RJE II-06681, ap. 212; véase también STPI (Sala Octava) de 30 de abril de 2009, asunto T-12/03,

La interpretación que hace la Comisión Europea negando el carácter mitigante de esta circunstancia parece más adecuado de cara a disuadir infracciones de la normativa de competencia.

Los cárteles, por su propia naturaleza, son inestables en el tiempo y es muy probable que se sucedan periodos de tiempo en los que su mantenimiento se hace más complicado[1123].

Es en estos momentos donde es importante que las empresas sean conscientes de que las presiones no les servirán para mitigar su responsabilidad, por lo que la mejor opción es que se abstengan de infringir la normativa.

Además, la empresa que se encuentre en estas circunstancias puede acudir a la autoridad de competencia competente y presentar una denuncia en vez de comenzar o continuar con su participación en el comportamiento ilícito[1124]. De hecho, si ha participado en la conducta en algún momento, podría acogerse al programa de clemencia.

En todo caso, si puede demostrarse que han existido coacciones –entendidas como violencia para obligar a una parte a adoptar un acuerdo o para asegurarse su cumplimiento–, éstas podrán constituir una circunstancia agravante. De hecho, en *Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV) and Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA)* se incrementó la base de la sanción en un 30% por este motivo[1125]. Además, también puede suponer la pérdida del trato preferencial en el programa de clemencia[1126].

Por lo expuesto, se estima que la normativa española no debería tener en cuenta esta circunstancia como atenuante. Es importante reducir cualquier posibilidad de control

---

Itochu v. Comisión [2009] RJE II-00909, ap. 114; STPI (Sala Quinta) de 29 de noviembre de 2005, asunto T-62/02, *Union Pigments v. Comisión* [2005] RJE II-05057, ap. 63.

[1123] Como recogen ARROYO FERNÁNDEZ y BLASCO TORREJÓN, «Pese al interés innegable que para las empresas pudiera tener llegar a un acuerdo de colusión, al margen de su legalidad, es una creencia arraigada entre los teóricos desde la publicación en 1964 del […] artículo de George Stiger sobre la cuestión (The Theory of Oligopoly […]) y los trabajos de John Nash, que existen claros problemas a la hora de mantener los acuerdos en el seno de un cártel pese a los beneficios que del mismo se podrían derivar». ARROYO FERNÁNDEZ, M. J. y BLASCO TORREJÓN, B. "Una revisión de la literatura económica sobre el funcionamiento interno de los cárteles y sus efectos económicos", en *Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia*, Universidad San Pablo CEU, nº 35, 2013, p. 12.

[1124] STPI (Sala Cuarta) de 20 de marzo de 2002, asunto T-23/99, *LR AF 1998 v. Comisión* [2002] RJE II-01705, ap. 42; véase también Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39125 - *Car glass*, de 12 de noviembre de 2008, ap. 704; Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/38.344 - *Prestressing steel*, de 30 de junio de 2010, ap. 1027-1028.; Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F-1/38.121 - *Fittings*, de 20 de septiembre de 2006, ap. 822.; Decisión de la Comisión en el asunto COMP/38.543 - *International Removal Services*, de 11 de marzo de 2008, ap. 601.

[1125] STPI (Sala Primera) de 13 de diciembre de 2006, asuntos acumulados T-217/03 y T-245/03, *Fédération nationale de la cooperation bétail et viande (FNCBV) y otros v. Comisión* [2006] RJE II-4987, ap. 289.

[1126] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38629 - *Chloroprene Rubber*, de 5 de diciembre de 2007, ap. 578.

y dirección que pueda existir, lo cual incluye tratar de evitar que las empresas puedan coaccionar, individual o conjuntamente, a cualquiera de los miembros. Lo que se pretende es evitar que las empresas puedan instaurar mecanismos que faciliten el mantenimiento del acuerdo y que las empresas puedan alegarlos como atenuante. De esta manera, si los sujetos infractores no pueden alegar coacciones como atenuante, encontrarán más beneficioso volver a competir y, por ende, cumplir con la normativa –independientemente de las opiniones o amenazas del resto de competidores–, teniendo así una razón más para separarse del acuerdo.

Con relación a las *actuaciones que pongan fin a la infracción* (B2) por parte de la CNMC. La aplicación de esta atenuante exige que la empresa que haya participado en alguna reunión sobre la realización de una conducta anticompetitiva se distancie públicamente de ella[1127].

A través de esta atenuante se pretende incentivar a las empresas a que pongan fin a la práctica ilícita que están desarrollando o, en el caso de las conductas colusorias –las más perniciosas para el proceso competitivo del mercado–, a que colaboren en la "muerte natural" del cártel. Sirve también de alternativa a acudir al programa de clemencia, dado que, aunque los sujetos infractores asumen que no serán detectados, en caso de serlo antes de que haya finalizado el plazo de prescripción de la infracción, saben que podrán optar a una reducción en la cuantía de la multa sin tener que traicionar el "pacto de caballeros" denunciando a un compañero[1128].

Esta atenuante ha sido aplicada por la autoridad nacional de competencia en *Bombas de fluidos*[1129], *Transitarios*[1130], *Fabricantes de gel*[1131], *Distribuciones*

[1127] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0241/10 – *Navieras Ceuta 2*, de 10 de noviembre de 2011, FJ. 3.

[1128] Debe tenerse en cuenta, a la hora de valorar esta atenuante, como señala el Tribunal Supremo que, «la norma no está aludiendo a la duración de la conducta infractora -que, en sí misma, insistimos, no es atenuante ni agravante-; y, por tanto, tampoco alude al tiempo que hubiese durado la participación de cada uno de los implicados en la conducta anticompetitiva, caso de ser varios. Lo que se considera atenuante es la positiva realización de actividades tendentes a poner fin a la infracción; y ello es algo cualitativamente distinto al mero cese de la participación de una determinada empresa en la conducta infractora.» STS 4284/2018, Sala de lo Conseccioso, Sec. 6ª, de 18 de diciembre de 2018, FJ 2

[1129] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0185/09 - *Bombas de fluidos*, de 24 de junio de 2011, FJ. 9. En *Bombas de fluidos*, aunque la DI no considera ninguna atenuante respecto de la primera conducta, el Consejo sí que considera "que procede aplicar un atenuante del 5% a ZEDA por haber puesto fin a la infracción y de un 15% a WILO que dejó la Asociación explícitamente por recomendación de sus asesores para poner fin a las prácticas prohibidas".

[1130] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0120/08 – *Transitarios*, de 31 de julio de 2010, FJ. 11. En *Transitarios* se atenuó el importe básico de la sanción en un 5% a DHL y RHENUS porque pusieron fin a su participación en las conductas antes de la inspección. Sin embargo, en este mismo caso, la supuesta desviación por TRANSNATUR, de la que ni siquiera hay constatación de que se haya hecho pública a los miembros del grupo o que con ella se haya finalizado su participación antes de la inspección, no puede tenerse en cuenta como atenuante; y mucho menos que se considere atenuante como pretenden SALVAT e INTER-TIR, el hecho de haber puesto fin a las conductas con la inspección.

[1131] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0084/08 - *Fabricantes de Gel*, de 21 de enero de 2010, FJ. 15. En *Fabricantes de gel* también se tuvo en cuenta que COLGATE cesó su conducta en el

DAMM[1132] y *Creuers de Sóller*[1133]. Por su parte, la CNMC la tuvo en cuenta en *COAPI*[1134], *Puerto de Santander*[1135] y en *Autoescuelas Alcalá de Henares* [1136].

Por otra parte, han sido mucho más numerosos los asuntos en los que la autoridad nacional de competencia ha rechazado aplicar esta atenuante, entre los que destacan: *Almacenes Hierro*[1137], *ANCCE*,[1138], *Asociación Nacional Informadores Gráficos Prensa*[1139], *Diseñadores Gráficos* y en *Tecniberia y Colegio de Ingenieros de*

---

cártel a través de una manifestación pública, lo que quedó demostrado al no reducir sus envases y hacer publicidad de ello frente a la política del resto de los participantes en el cártel.

[1132] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 647/08 - *Distribuciones DAMM*, de 19 de febrero de 2009, FJ. 11. En *Distribuciones DAMM* se recoge que se tiene en cuenta como circunstancia atenuante, pero no en qué medida, el hecho de que de que a partir de 2001 los nuevos contratos de DAMM no incluyesen la cláusula restrictiva y que una vez en marcha el expediente procediera a la renovación de los contratos.

[1133] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 633/07 - *Creuers de Sóller*, de 9 de junio de 2008, FJ. 6. En ella se establece que "el Consejo ha tenido en cuenta otras circunstancias atenuantes, que no eximentes, como que el acuerdo se ha roto".

[1134] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0477/13- *COAPI*, de 11 de diciembre de 2014, FJ. 6. En *COAPI*, tras rechazar aplicar la atenuante de "realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado", la Sala de Competencia de la CNMC reocoge lo siguiente:"el COAPI no modificó los criterios para confeccionarlas hasta su Circular n° 15, de 25 de julio de 2013, en la que ya era consciente de la incoación del presente procedimiento, y por otro lado, no fue hasta después de serle comunicada la incoación del procedimiento que el COAPI publicó su Circular n° 16, de 25 de julio de 2013, mediante la que informó a sus colegiados sobre los preceptos de la normativa estatutaria y reglamentaria del Colegio que pudieran estar derogados o afectados por la modificación de la LCP, y procedió entonces a publicar en su página web una versión revisada de sus Estatutos y Reglamento de Régimen Interior, con notas a pie de página relativas a la interpretación o derogación de ciertos apartados por incompatibilidad con la normativa vigente. A pesar de ello, no se puede ignorar que tales actuaciones, aun cuando fueran posteriores a la incoación, han revelado, por parte del Colegio, un propósito atenuador respecto del daño causado, así como un cierto ánimo de colaboración con la Autoridad de Competencia, extremo que conviene tener en cuenta a los efectos de atenuar en consonancia la sanción a imponer."

[1135] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0464/13 – Puerto de Santander, de 11 de febrero de 2015, FJ. 6. En *Puerto de Santander* se tuvo en cuenta, aunque no sé dice en qué medida exactamente, que Ascoesant manifestó públicamente su voluntad de abandonar la práctica prohibida.

[1136] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. SAMAD/07/2015 - *Autoescuelas Alcalá de Henares*, de 15 de diciembre de 2016, FJ 5.

[1137] En *Almacenes Hierro*, el Consejo rechazó la idea de poder considerar como una actuación que ponía fin a la infracción el envío masivo de una carta a los asociados «resaltando el carácter voluntario y libre de la aplicación o no del nuevo sistema de facturación como de la determinación de los servicios que se presten al Cliente». Esto tampoco se consideró como una actuación tendente a reparar el daño causado puesto que la conducta a la que hacía referencia era de ese mismo mes y lo único que se pretendía con la carta era evitar, en opinión de la CNC, que determinados clientes acudieran a la autoridad de competencia como habían advertido. Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0106/08 – *Almacenes Hierro*, de 17 de mayo de 2010, FJ 11.

[1138] En *ANCCE*, el Consejo rechazó la posibilidad de utilizar este atenuante porque, aunque tras la incoación del expediente sancionador (9 de diciembre de 2009), se publicó el día 22 del mismo mes en su página web una circular señalando que «por indicación de la administración» para el ejercicio 2010 y siguiente las tarifas por el servicio en cuestión serían «los que cada uno de los veterinarios radiólogos estipulen conforme a su leal saber y entende*r*». El hecho de que ya en el 2007 se hubiera presentado una denuncia ante el TDC de Madrid, debiera haberles servido de indicio sobre su posible ilicitud. Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0198/09 – *ANCCE*, de 17 de mayo de 2011, FJ. 5.

[1139] En *Asociación Nacional Informadores Gráficos Prensa*, la Dirección de Investigación propuso que se tuviera en cuenta como atenuante la «eliminación voluntaria por parte de ANIGP-TV y UPIFC

Caminos[1140], *Colomer*[1141], *Ascensores 2*[1142]; *Asociación empresarial de peritaje y valoraciones judiciales*[1143] y *SGAE, Sociedad General de Autores y Editores*[1144].

De estas resoluciones puede deducirse que hace falta algo más que simplemente poner fin a la infracción y ser capaz de demostrarlo fehacientemente. Será necesario que se haya producido antes de cualquier intervención administrativa, lo que incluye incluso haber presentado una denuncia ante una autoridad autonómica de competencia. No obstante, puede haber excepciones, puesto que en *Transitarios* lo que se tomó en cuenta fue que se puso fin a la infracción antes de la inspección. Puede deducirse de ello que existe un cierto grado de impredecibilidad sobre si, en un determinado asunto, haber puesto fin a la infracción será recompensado con una atenuante.

SINDICAT DE LA IMATGE del tarifario de sus páginas web, y que ANIGP-TV envió a sus asociados una circular pidiendo que se abstengan de utilizar el tarifario remitido por la Asociación». No obstante, el Consejo rechazó esta idea porque en el caso de UPIFC SINDICAT DE LA IMATGE se hizo, si bien antes de la incoación, sólo cuando la Dirección de Investigación les pidió explicaciones; y en el caso de ANIGP-TV, todas sus actuaciones son posteriores a la incoación. Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0273/10 - *Asociación Nacional Informadores Gráficos Prensa*, de 30 de mayo de 2012, FJ. 8.

[1140] En *Diseñadores Gráficos* y en *Tecniberia y Colegio de Ingenieros de Caminos*, aunque el Consejo valora de forma positiva la retirada de la web tras el primer acto de la Dirección de Investigación, el Consejo no creyó que pudiera utilizarse como atenuante al haberse realizado una vez iniciadas las actuaciones por la Dirección de Investigación. Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0339/11 - *Diseñadores gráficos*, de 30 de julio de 2011, FJ. 6.; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0356/11 - *Tecniberia y Colegio de Ingenieros de Caminos*, de 4 de junio de 2013, FJ. 6.

[1141] En *Colomer*, no se aceptó como atenuante el presunto distanciamiento de Colomer porque no quedó suficientemente acreditado que lo hiciera dado que «podía haber aportado, y no lo hace, información contrastable, en su caso, sobre la fecha, a partir del día 1 de diciembre de 2005, en que hizo la comunicación verbal, el momento o situación en que la realizó, la persona o personas que hicieron la comunicación y a quien se lo transmitieron». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0224/10 – *Colomer*, de 11 de febrero de 2010, FJ. 6.

[1142] En *Ascensores 2*, el Consejo rechazó la aplicación de esta atenuante porque no se aportó información alguna de haber «realizado actuaciones que pongan fin a la infracción». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0410/12 - *Ascensores 2*, de 17 de septiembre de 2013

[1143] En *Asociación empresarial de peritaje y valoraciones judiciales*, aunque la Dirección de Investigación consideró que sí debía aplicarse esta circunstancia atenuante, el Consejo la rechazó porque la retirada de los tarifarios de la página web y la remisión de la carta explicando a los asociados los motivos de la retirada se hizo después de que el órgano instructor de la CNC hubiera actuado. Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0413/12 - *Asociación empresarial de peritaje y valoraciones judiciales*, de 10 de septiembre de 2013, FJ. 5.

En el mismo sentido en *Autores literarios medios audiovisuales* se rechazó esta atenuante porque «ALMA descolgó el tarifario de su página web una vez notificado el acuerdo de incoación y a pesar de haber recibido ya un requerimiento de información de la DI sobre el mismo» Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0371/11 - *Autores literarios medios audiovisuales*, de 3 de octubre de 2012, FJ. 5.

[1144] En *SGAE, Sociedad General de Autores y Editores*, aunque la Dirección de Investigación sí considera que podría aplicarse, el Consejo argumenta que «el hecho de que esta decisión se tomase no por propia iniciativa libre de cualquier condicionante sino una vez incoado el expediente, emitido el Pliego de Concreción de Hechos y, por lo tanto, formulados los cargos, privaría a dicha actuación (…), de las condiciones necesarias para su toma en consideración como circunstancia atenuante». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0220/10 - *SGAE, Sociedad General de Autores y Editores,* de 3 de julio de 2012, FJ 5.

Desde el punto de vista disuasorio, lo importante no debiera ser el momento de la inspección, sino aquel en el que la autoridad de competencia comienza la investigación de la conducta, ya sea a través del mecanismo de información reservada o incoando el correspondiente expediente sancionador.

Por otra parte, si la infracción se ha manifestado en la subida de precios, es poco probable que la "realización de actuaciones que pongan fin a la infracción" conlleve una bajada en ellos; dado que en ese caso se estaría dando una indicación sobre los beneficios ilícitamente obtenidos tanto a la autoridad de competencia como a posibles demandantes de una indemnización[1145]. Esto, unido al hecho de que poner fin a la infracción es su obligación, hace recomendable que no se valore este comportamiento como circunstancia atenuante salvo que realmente exista una voluntad genuina y demostrable de poner fin a la conducta infractora.

Sobre el porcentaje a aplicar, éste no debiera ser muy elevado porque podría perjudicar al programa de clemencia si se prevé que, separándose de la conducta y sin necesidad de formular la autodenuncia, puede conseguirse un resultado similar y para varias empresas. Lo que está claro, es que sí sería conveniente que en el texto de la resolución se especificase qué porcentaje se ha decidido aplicar y por qué, dado que hasta la fecha hay numerosas resoluciones en las que únicamente se recoge que se tiene en cuenta esta atenuante

Frente a esta posición, la normativa europea restringe la aplicación de esta atenuante: el apartado 29 de las Directrices de 2006 contempla que se aplicará esta atenuante «cuando la empresa en cuestión aporte la prueba de que ha puesto fin a la infracción tras las primeras intervenciones de la Comisión; esto no se aplicará a los acuerdos o prácticas de carácter secreto (en particular, los carteles)». Por el contrario, el artículo 64.3 LDC no prevé ninguna limitación en su aplicación. Únicamente señala que la autoridad de competencia podrá considerar como atenuante «la realización de actuaciones que pongan fin a la infracción»; en consecuencia, bajo la normativa nacional también puede aplicarse esta atenuante a los acuerdos secretos.

La práctica de la UE ha admitido en el pasado el cese en la participación en las actividades del cártel como circunstancia atenuante. Actualmente, sin embargo, se ha dado este giro hacia la negación de la concesión de esta atenuante porque es relativamente frecuente que aparezca en las infracciones más graves. En consecuencia, se consideró que era más adecuado abandonar esta generosa práctica y dejar de recomendar la terminación del incumplimiento con una reducción en la multa[1146].

[1145] BERGMAN, M. A. "Quis custodiet…", *op cit*, p. 396

[1146] Como se estableció en *Transcatab SpA*, «el reconocimiento del beneficio de una circunstancia atenuante en situaciones en las que una empresa participa en un acuerdo manifiestamente ilegal, del que sabía o no podía ignorar que era constitutivo de una infracción, podría incitar a las empresas a continuar un acuerdo secreto tanto tiempo como sea posible, con la esperanza de que su conducta nunca sea descubierta y con la perspectiva de que, si se llegara a descubrir, podrían beneficiarse de una reducción de su multa

La empresa que alega esta atenuante, para que pueda ser aceptada por la Comisión Europea, debe ser capaz de demostrar que incumplió clara y sustancialmente las obligaciones surgidas del cártel hasta el punto de perturbar el propio funcionamiento del mismo[1147]. En estos casos, por lo tanto, existe una actuación que va más allá de simplemente poner fin a la infracción.

En todo caso, muchas veces lo más complicado será reunir las evidencias suficientes para demostrarlo[1148]. Sin embargo, en la práctica de la UE ya se han dado casos donde se ha demostrado y, por tanto, admitido esa perturbación a la práctica infractora, como en *Romana Tabacchi Srl,* donde el Tribunal de Primera Instancia reconoció como acertada la reducción del 30% sobre la base de la sanción por este motivo[1149].

La reducción de la sanción no se produce por poner fin a su actuación, sino por dificultar que las empresas sigan con el comportamiento ilícito. El reconocimiento de esta circunstancia atenuante puede contribuir a poner fin a estas conductas cuando las empresas no quieren acudir a la autoridad de competencia, pero desean volver a competir en el mercado. Dichas empresas, aun arriesgándose a represalias por el resto de competidoras, decide ponerle fin. En estos casos, en los que de manera indirecta la empresa trabaja por un mercado competitivo –si bien, por intereses propios– podría estar justificado reducir la cuantía de la multa. No podría eliminarse porque ha infringido la normativa y pudo haber acudido a denunciarlo, pero sí podría moderarse la sanción en comparación con otros participantes de la misma infracción.

Sin embargo, aplicar esta atenuante puede inducir a error porque la obligación de la empresa es poner fin a la infracción si no quiere ser sancionada. Por tanto, resulta cuestionable que el cumplimiento de sus obligaciones pueda dar lugar a una reducción

---

interrumpiendo en ese momento la infracción. Tal reconocimiento privaría a la multa impuesta de toda eficacia disuasoria y privaría de eficacia al artículo 81 CE, apartado 1 [actual 101.1 TFEU]» STG (Sala Tercera) de 5 de octubre de 2011, asunto T-39/06, *Transcatab SpA v. Comisión* [2011] RJE II-06831, ap. 284.

En el mismo sentido, STJ (Sala Primera) de 9 de julio de 2009, asunto C-511/06 P, *Archer Daniels Midland v. Comisión* [2009] RJE I-05843, ap. 105, STG (Sala Segunda) de 3 de marzo de 2011, asuntos acumulados T-122/07 a T-124/07, *Siemens AG Österreich y otros v. Comisión* [2011] RJE II-793, ap. 213.

[1147] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39.309 - *LCD - Liquid Crystal Displays*, de 8 de diciembre de 2010, ap. 438.; Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/E-1/38.823 - *PO/Elevators and Escalators*, de 21 de febrero de 2007, ap.728; véanse también STG (Sala Sexta ampliada) de 16 de junio de 2011, asunto T-191/06, *FMC Foret, SA v. Comisión* [2011] RJE II-2959, ap. 345.; STG (Sala Tercera) de 30 de noviembre de 2011, asunto T-208/06, *Quinn Barlo y otros v. Comisión* [2011] RJE II-07953, ap. 231.; STPI (Sala Octava) de 6 de mayo de 2009, asunto T-127/04, *KME Germany y otros v. Comisión* [2009] RJE II-01167, ap. 116; STPI (Sala Cuarta) de 15 de marzo de 2006, asunto T-26/02, *Daiichi Pharmaceutical v. Comisión* [2006] RJE II-00713, ap. 113.

[1148] La Comisión consideró que no se habían proporcionado suficientes evidencias que demostrasen esa perturbación en el funcionamiento del cártel en Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39.396 - *Calcium carbide*, de 22 de julio de 2009, ap. 319.

[1149] STG (Sala Tercera) de 5 de octubre de 2011, asunto T-11/06, *Romana Tabacchi v. Comisión* [2011] RJE II-06681, ap. 243, 278.

del importe de la sanción. En todo caso, si realmente quisiera ver reducida la multa, o incluso eliminada por poner fin a su comportamiento, debería acudir al programa de clemencia. Además, la menor duración de la práctica es tenida en cuenta para el cálculo de la base de la sanción.

Desde el punto de vista disuasorio, el mensaje que manda el reconocimiento de esta circunstancia atenuante es el de que la sanción podrá ser reducida cuando se ponga fin a la infracción una vez que existan indicios acerca de un posible expediente sancionador. Esto puede resultar inadecuado, especialmente en las infracciones más graves.

A todo ello hay que añadir que el reconocimiento de esta atenuante otorgaría aún más importancia a la acreditación del momento en el que se puso fin a la infracción, recayendo sobre la autoridad de competencia la necesidad de demostrarlo y, en caso de duda, interpretarlo en favor del presunto infractor de acuerdo con el principio *in dubio pro reo*.

Haciendo balance de los beneficios e inconvenientes, se comparte la opinión de la Comisión Europea de que «en caso particular de los cárteles, la adhesión o re-adhesión a la ley, en vez de ser una conducta que merece una recompensa, es más bien la obligación normal de la empresa»[1150].

La reducción podría ser apropiada, en todo caso, cuando la conducta objeto de investigación no fuera manifiestamente anticompetitiva[1151]. Así, en los casos más leves en los que la infracción pueda haberse cometido por negligencia o desconocimiento, podría ser aconsejable ponerle fin lo antes posible e incentivar a la empresa a ello a través de esta atenuante.

Por último, como habíamos anunciado, sólo la CNMC reconoce la realización de *actuaciones tendentes a reparar el daño causado* (B3) como circunstancia atenuante. En concreto, debe valorarse la realización por parte del sujeto infractor de actuaciones tendentes a reparar el daño causado. A través de esta atenuante se pretende animar a las empresas a iniciar acciones que ayuden a mitigar el daño causado por el ilícito anticompetitivo. Lo ideal sería que, buscando una reducción en la sanción, iniciasen *motu proprio* la compensación a quienes se hayan visto perjudicados por su ilícito.

[1150] Traducción propia. Original: «in the particular case of cartels the adherence or re-adherence to the law as a conduct which merits any reward as it is rather the normal obligation of undertakings», en Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/38.344 - *Prestressing steel*, de 30 de junio de 2010, ap. 972; véase también Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39181 - *Candle Waxes*, de 1 de octubre de 2008, ap. 700.; STPI (Sala Tercera) de 27 de septiembre de 2006, asunto T-59/02, *Archer Daniels Midland v. Comisión* [2006] RJE II-03627, ap. 336.

[1151] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/E-1/38.823 - *PO/Elevators and Escalators*, de 21 de febrero de 2007, ap. 744.

Esta atenuante ha sido tenida en cuenta en *Mazda Automóviles de España*[1152] y *Asociación Menorquina de Alquiler de Coches sin Conductor*[1153]. Por otra parte, se ha rechazado en *Plataforma del Mejillón*[1154] y *Navieras Ceuta-2*[1155] porque, aunque se llevaron a cabo conductas que bien podrían entenderse como dirigidas a reparar el daño causado, existían otros elementos que desaconsejaban tenerlas en cuenta, tales como la intencionalidad de vulnerar la libre competencia al desarrollar esas conductas.

En la práctica de la autoridad nacional de competencia, esta circunstancia atenuante se está aplicando tanto con relación a conductas desarrolladas una vez descubierta la práctica anticompetitiva, como con relación a conductas que, a efectos prácticos, no solucionan de manera efectiva el daño causado (meramente informan). Esto provocará una pérdida del efecto disuasorio de la sanción porque las empresas esperarán que la sanción potencial a la que se exponen sea reducida incluso si se limitan a informar de la ilicitud de su práctica. Es por esta razón que se considera apropiado que, salvo que realmente se demuestre que la empresa infractora ha realizado un esfuerzo por buscar una solución, no se conceda ningún tipo de reducción en la cuantía de la sanción[1156]. Y, sólo en el caso de que efectivamente realicen actuaciones tendentes a reparar el daño (ejemplo, concediendo indemnizaciones a sus consumidores), se podría reducir la sanción. En todo caso, la reducción de la multa debería ser inferior a la indemnización concedida con vistas a reparar el daño, puesto que, en caso contrario, al ser equivalente la cuantía a satisfacer

[1152] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0300/10 - *Mazda Automóviles de España*, de 16 de noviembre de 2012, FJ. 9. En *Mazda Automóviles de España* se redujo un 5% la sanción básica por esta atenuante dadas "las comunicaciones realizadas a servicios autorizados y clientes que han tenido lugar antes de la incoación de este expediente", puesto que «con la entrada en vigor del Reglamento UE 461/2010, Mazda ha llevado a cabo diversas tareas de información, tanto a su red autorizada como a los compradores y poseedores de vehículos Mazda que todavía gozaban de la garantía, tendentes a informar de la posibilidad de que los vehículos de la marca podían pasar el mantenimiento periódico en talleres que no pertenecieran a la red oficial».

[1153] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0094/08 - *Asociación Menorquina de Alquiler de Coches sin Conductor*, de 10 de noviembre de 2009, FJ. 3. En *Asociación Menorquina de Alquiler de Coches sin Conductor*, el Consejo señala que merece tenerse en cuenta como atenuante "la voluntad negociadora de la denunciada al solicitar una terminación convencional que eliminara los elementos anticompetitivos del acuerdo denunciado, aunque, por la naturaleza del acuerdo y su puesta en marcha durante seis meses, la DI no lo pudiera considerar".

[1154] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0107/08 - *Plataforma del Mejillón*, de 26 de abril de 2011, FJ. 10. En *Plataforma del Mejillón*, AMEGROVE e ILLA DE AROUSA propusieron organizar unas jornadas sobre la aplicación de la LDC costeadas por las asociaciones, sin embargo, el Consejo llegó a la conclusión de que esto no podría ser tenido en cuenta como medida punitiva o reparadora de perjuicio.

[1155] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0241/10 – *Navieras Ceuta 2*, de 10 de noviembre de 2011, FJ. 3. En *Navieras Ceuta-2*, aunque se alegan intentos por evitar que el acuerdo anticompetitivo cuajara, hay que tener en cuenta como nota el Consejo que "no fue por la intención de las navieras de salvaguardar la libre competencia sino, como consta en los documentos incorporados al expediente, por las divergencias de intereses de las compañías y los incumplimientos de sus propios acuerdos".

[1156] Así, entre otras, se rechazó la aplicación de esta atenuante en *Derivados financieros* porque los compromisos de transparencia adoptados por las empresas sancionadas ya venían establecidos por vía normativa y jurisprudencial. Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0579/16 - *Derivados financieros*, de 13 de febrero de 2018, FJ. 5.

vía multa y vía indemnización, el esfuerzo neto de realizar la conducta ilícita o no realizarla es, en la práctica, el mismo.

Las Directrices de 2006 no contemplan esta atenuante[1157]. Sin embargo, en la práctica de la UE, la decisión de utilizar como como atenuante el pago voluntario a las partes por los daños sufridos se ha tenido en cuenta en, al menos, dos ocasiones: *Pre-Insulated Pipes Cartel* y *Nintendo*[1158]. No obstante, en otros asuntos la Comisión Europea no ha tenido en cuenta esta indemnización otorgada voluntariamente en el cálculo de la sanción y el Tribunal General ha estado de acuerdo con ello, como en *Archer Daniels Midland*[1159]. Por el contrario, en España, esta circunstancia atenuante se ha reconocido más allá de lo que sería recomendable.

Concedemos que, si las partes decidieran indemnizar voluntariamente a los perjudicados por la conducta ilícita, sí que podría ser beneficioso utilizarla como atenuante. De esta forma se estaría consiguiendo que parte de las ganancias ilícitas obtenidas revirtieran de forma efectiva a los perjudicados.

El mayor problema que podría ocasionar es que, si la rebaja porcentual de la sanción hace que la disminución sea mayor que la indemnización concedida a las partes, el efecto disuasorio de la sanción definitivamente impuesta podría verse alterado en la medida en la que no se eliminasen todos los beneficios injustamente obtenidos por el sujeto infractor. Por ello, la autoridad de competencia tendría que valorar si esas actuaciones tendentes a reparar el daño causado realmente suponen un esfuerzo para la empresa infractora. En caso afirmativo, como apuntábamos, podría ser un buen mecanismo para lograr mitigar el daño sufrido por los perjudicados.

Para concluir, vamos a proceder a analizar las reducciones de la base de la sanción -si han sido aplicadas por la Comisión Europea- o del tipo sancionador -en el caso de la CNMC- que han sido aplicadas tanto por la autoridad europea como por la autoridad nacional de competencia.

[1157] Aún así, las empresas han tratado de lograr una reducción en la cuantía de la sanción a través de esta atenuante. Así en la STJ (Sala Sexta) de 13 de diciembre de 2017, asunto C-487/16 P, *Telefónica v. Comisión*, RJE [2017] RJE 0000 ap. 85. Telefónica esgrime que ha realizado esfuerzos para minimizar los efectos de la conducta anticompetitiva tratando de evitar al máximo posible el daño que pueda generarse, si bien sus argumentos son rechazados porque invoca documentos que no identifica y cuyo contenido sigue siendo por tanto desconocido. Así, resuelve en el mismo sentido que el Tribunal General. STG (Sala Segunda) de 28 de junio de 2016, asunto T-216/13, *Telefónica v. Comisión* [2016] RJE 0000.

[1158] Decisión de la Comisión en el Expte. IV/35.691/E-4 - *Pre-Insulated Pipes Cartel*, de 21 de octubre de 1998, ap. 172; Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/35.587 - *Nintendo*, de 30 de octubre de 2002, ap. 440.; el Tribunal General también consideró que la compensación ofrecida a terceras partes podría tenerse en cuenta como circunstancia atenuante en la STPI (Sala Octava) de 30 de abril de 2009, asunto T-13/03, *Nintendo y Nintendo of Europe v. Comisión* [2009] RJE II-00975, ap. 74.

[1159] STPI (Sala Tercera) de 27 de septiembre de 2006, asunto T-59/02, Archer Daniels Midland v. Comisión [2006] RJE II-03627, ap. 349-355.

En primer lugar, con relación al *fomento de la práctica anticompetitiva por parte de las autoridades públicas o de la normativa* (C1), el apartado 29 de las Directrices de 2006 recoge que se podrá rebajar la base de la multa «cuando el comportamiento anticompetitivo haya sido autorizado o fomentado por las autoridades públicas o la normativa»[1160]. Ello sin perjuicio de las acciones pertinentes que puedan ser tomadas contra el Estado miembro de que se trate.

La normativa española, por su parte, prevé en el artículo 4 LDC una exención cuando el incumplimiento provenga de una norma con rango de Ley, mientras que, respecto de la actuación de las autoridades públicas, no prevé ningún tipo de exención o atenuante. De hecho, se ha rechazado con carácter general que incluso la intervención de la autoridad pudiera generar algún tipo de confianza legítima. No obstante, en algunos asuntos específicos ha sido utilizada para reducir o incluso anular la sanción impuesta[1161].

A la exención del artículo 4 LDC ya se ha hecho referencia anteriormente, concluyéndose que únicamente debería concederse cuando no cupiera margen de actuación. Si lo hubiera, se estima más adecuado que pudiera tenerse en cuenta como atenuante, en vez de como exención. En estos casos, el porcentaje de reducción debería ser proporcional al margen de actuación del que disponía la empresa.

Con respecto al papel desempeñado por las autoridades públicas, se cree que la autoridad de competencia debería poder valorar hasta qué punto ha supuesto una verdadera influencia en el comportamiento. Si se acreditase que existió una auténtica confianza legítima, podría ser razonable conceder esta circunstancia atenuante. Además, su inclusión reflejaría una reducción en forma de atenuante que, en la práctica –aunque de manera muy restrictiva–, los tribunales han llegado a reconocer.

Ahora bien, su concesión debería ser estricta y únicamente si no cupiera pensar que las empresas han aprovechado el desconocimiento de la ilicitud de la conducta por parte de la Administración pública para su propio beneficio[1162]. En caso de incluirse, la disminución de la sanción debería ser proporcional a la confianza legítima generada y, en

[1160] Así se ha aplicado por la Comisión en Airfreight, procediendo a una reducción del 15%, al considerar que «los transportistas se vieron autorizados o animados a concertar los precios con sus competidores directos en determinadas rutas por el enfoque regulador de determinadas jurisdicciones de terceros países así como por las disposiciones de determinados acuerdos bilaterales sobre servicios aéreos.» Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39258 – *Airfreight*, de 17 de marzo de 2017, ap. 25.

[1161] El Tribunal Superior de Justicia del País anuló la sanción previamente impuesta por el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia a una asociación (asunto *Asetravi*) por la adopción de dos recomendaciones de aumento de precios, debido a la confianza legítima que había generado en la infractora la intervención de la Administración en dichos acuerdos. STSJPV 818/2010, Sala de lo Contencioso, de 14 de junio de 2010, FJ. 6.; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. "Del régimen sancionador", *op cit*, pp. 994-995.

[1162] Como la CNMC señala en *Industrias lácteas 2* "el principio de confianza legítima debe ser interpretado restrictivamente y siempre en el ámbito de la legalidad", Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0425/12 – *Industrias lácteas 2*, de 11 de julio de 2019, FJ 5.5.

ningún caso, debería permitir que la empresa mantuviera parte de los beneficios ilícitamente obtenidos.

Con relación a las otras dos atenuantes, resulta muy ilustrativa la siguiente tabla, a efecto de comparar la disminución aplicada por ambas autoridades de competencia.

Tabla 9.- Comparación de la disminución porcentual aplicada por las autoridades de competencia en las circunstancias atenuantes comunes

Atenuante	Reducción Comisión Europea	Reducción CNMC
Cooperación fuera del programa de clemencia	15-30%	5%, 15% ó indeterminado
Situación económica/régimen específico del sector	Se tiene en cuenta en la inhabilidad para pagar la sanción	Casos muy concretos. No se reduce por porcentaje.

FUENTE: Elaboración propia

En primer lugar, nos referiremos a la *colaboración activa y efectiva con la autoridad de competencia* (C2) llevada a cabo fuera de los supuestos del programa de clemencia. A este respecto, se estima que la LDC ha previsto esta circunstancia atenuante para incentivar a las empresas a que, de una u otra forma, colaboren con la autoridad de competencia. De esta manera, se envía un mensaje a los presuntos infractores haciéndoles saber que, aunque no puedan acogerse al programa de clemencia, podrán ver reducida su sanción si colaboran con la autoridad de competencia.

Se ha apreciado la existencia de esta atenuante en los siguientes expedientes: *Postensado y Geotecnia*[1163]*, Transitarios*[1164]*, Licitaciones de Carreteras*[1165]*, Asociación*

[1163] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0287/10 - *Postensado y Geotecnia*, de 2 de agosto de 2012, FJ. 9. En *Postensado y Geotecnia*, esto sirvió a Mekano4 para obtener una reducción del 5%.

[1164] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0120/08 – *Transitarios*, de 31 de julio de 2010, FJ. 11. En *Transitarios*, se consideró que DHL había colaborado de manera activa y efectiva, aunque sin poder quedar amparada en el artículo 66 LDC para una reducción de la sanción, por lo que el Consejo decidió reducir el importe básico en un 5% de acuerdo con el art. 64.3.d). Lo que no podría considerarse colaboración efectiva es la falta de resistencia a la labor inspectora.

[1165] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0226/10 – *Licitaciones de Carreteras*, de 19 de octubre de 2011, FJ. 7. En *Licitaciones de Carreteras* se redujo la sanción un 15% a varias empresas por haber reconocido los hechos y su participación en la infracción y, en algunos casos, incluso haber presentado documentos sobre la infracción y en un 5% a las que han realizado un reconocimiento parcial.

Editores Diarios Españoles[1166]*, Veterinarios Especialistas Équidos*[1167]*, Coches de alquiler*[1168]*, Distribuidores saneamientos*[1169], *Sobres de papel*[1170] *Distribuciones DAMM*[1171] *Renfe operadora*[1172]*, Autoescuelas Alcalá de Henares* [1173] y en *Asistencia técnica Vaillant*[1174].

[1166] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 2761/07 - *Asociacion Editores Diarios Españoles*, de 10 de mayo de 2011, FJ. 7. En *Asociación Editores Diarios Españoles* se tuvo en cuenta que, una vez conocido el acuerdo de incoación de la Dirección de Investigación, se procedió a comunicar públicamente la invalidez del convenio suscrito.

[1167] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0064/08 - *Veterinarios Especialistas Équidos*, de 27 de mayo de 2009, FJ. 6. En *Veterinarios Especialistas Équidos* también se menciona como hecho a tener en cuenta que "la Asociación ha mostrado su colaboración remitiendo una carta a todos sus asociados, si bien lo hizo una vez avanzado el expediente sancionador".

[1168] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0380/11 – *Coches de alquiler*, de 30 de julio de 2013, FJ. 10. En Coches de alquiler se otorga a NIZA una reducción del 10% de la multa porque aunque "NIZA no cumple los requisitos que exige la Ley para ser merecedora de una reducción de la multa en aplicación del programa de clemencia (art. 66 de la LDC); en particular, por no haber aportado elementos probatorios que aporten un valor añadido significativo. No obstante, no cabe duda que la conducta de NIZA, al reconocer los hechos y su participación en los mismos, ha ido más allá del estricto cumplimiento del deber de colaboración del artículo 39 de la LDC".

[1169] Resolución del consejo de la CNC en el Expte. S/0303/10 – *Distribuidores saneamiento*, de 23 de mayo de 2013, FJ. 7. En *Distribuidores saneamientos* se otorga una reducción del 10% a G.Vilar por la naturaleza y calidad de la información aportada y por el momento en que la aportó, previo a la ordenación de la inspección, que hizo que su colaboración tuviera un efecto especialmente útil.

[1170] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0316/10 - *Sobres de papel*, de 25 de marzo de 2013, FJ. 7. En *Sobres de papel* se redujo la multa a PLANA un 15% porque «(i) rechazó el ofrecimiento de un informático de TOMPLA para eliminar de sus equipos todo aquello que pudiera resultar inculpatorio; (ii) colaboró de forma activa con la DI durante la inspección realizada en su sede; (iii) ha colaborado de forma continuada durante la instrucción del expediente, aclarando cualquier duda relativa a la información y documentación aportada en su solicitud de reducción del importe de la multa, y atendiendo los requerimientos de información; y (iv) procedió a la venta de sus acciones en HISPAPEL, desvinculándose de dicha sociedad».

[1171] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 647/08 - *Distribuciones DAMM*, de 19 de febrero de 2009, FJ. 11. En *Distribuciones DAMM*, de manera muy genérica y sin especificar cómo se tiene en cuenta esta atenuante, se recoge que "el Consejo ha tenido en cuenta otras circunstancias atenuantes, que no eximentes [entre las que se encuentra que] ha facilitado la investigación y el análisis de los contratos".

[1172] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0511/14 - *Renfe operadora*, de 28 de febrero de 2017. En este asunto, se tuvo en cuenta que RENFE había aplicado dos de los compromisos ofrecidos en su propuesta de compromisos de abril de 2016 de forma voluntaria y al margen de la terminación convencional.

[1173] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. SAMAD/07/2015 - *Autoescuelas Alcalá de Henares*, de 15 de diciembre de 2016

[1174] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0629/18 - *Asistencia técnica Vaillant,* de 29 de octubre de 2019. En este asunto la propia CNMC señala la «proactiva y transparente comunicación» con la Dirección de Competencia desde el inicio del procedimiento.

Por el contrario, no se aplicará esta atenuante si no ha existido realmente esta colaboración activa y efectiva, como se puede apreciar en *Vinos Finos de Jerez*[1175], *Industria cárnica*[1176], *Ascensores 2*[1177] y *Almacenes hierro*[1178].

A la hora de valorar la aplicación de esta atenuante debe señalarse que la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de junio de 2011 ha facilitado esta tarea al señalar lo siguiente:

> "para considerar la cooperación como circunstancia atenuante se tienen que dar las siguientes circunstancias: a) que los documentos o la información se hayan aportado voluntariamente en respuesta a una solicitud de información y no hayan sido obtenidos por la Dirección de Investigación como consecuencia de una Inspección; b) que la información solicitada exceda de la que está obligada a aportar en orden al cumplimiento de la obligación del deber de colaboración previsto en el artículo 32 de la LDC; c) que esa información fuera relevante al ser insuficientes los elementos de prueba obtenidos por medio de las comprobaciones para probar la infracción y para adoptar una decisión por la que se imponen multas. Es decir, como señala el artículo 64.3 d) de la Ley 15/2007 tiene que ser para apreciarla como circunstancia atenuante una colaboración activa y efectiva" [1179]

Es decir, es necesario tener en cuenta estos tres requisitos: (i) aportación voluntaria, (ii) que sobrepase el deber de colaboración y (iii) que sea relevante.

En todo caso, una vez analizada esta circunstancia atenuante, debemos concluir que hacer uso de esta atenuante puede perjudicar al efecto disuasorio de la sanción porque ya existe un mecanismo para colaborar (el programa de clemencia) del que podrán beneficiarse las empresas en la medida en que aporten información valiosa para la investigación y cumplan el resto de requisitos. Conceder reducciones fuera de él puede hacerle perder efectividad. Además, el mero reconocimiento de la infracción, cuando ya se estima que la conducta ha sido detectada, no debería tenerse en cuenta como atenuante

---

[1175] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0091/08 - *Vinos finos de Jerez*, de 28 de julio de 2010, FJ. 12. En *Vinos Finos de Jerez* no se encontró que ninguna de las empresas hubiera colaborado más allá de lo exigible por la LDC.

[1176] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0289/10 - *Industria cárnica*, de 7 de noviembre de 2012, FJ. 4. En *Industria cárnica*, el Consejo consideró que "la actuación de las imputadas se ha limitado al deber genérico de colaboración previsto en artículo 39 de la LDC sin que hayan aportado información adicional con valor añadido como para determinar la existencia de una atenuante en este sentido".

[1177] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0410/12 - *Ascensores 2*, de 17 de septiembre de 2013, FJ. 5. En *Ascensores 2*, "el Consejo no aprecia que la respuesta aportada por SCHINDLER a requerimiento de la DI pueda considerarse una colaboración activa y efectiva sino el cumplimiento de su deber de acuerdo con el artículo 39 de la LDC".

[1178] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0106/08 – *Almacenes Hierro*, de 17 de mayo de 2010, FJ 11. En *Almacenes Hierro*, aunque intentaron que la solicitud de terminación convencional se utilizase como atenuante en forma de colaboración activa y efectiva con la CNC, el Consejo lo rechazó porque en ningún momento se aceptó, ni como hipótesis, el haber llevado a cabo una actividad colusoria.

[1179] Esta sentencia aparece recogida también en resoluciones de la CNC. Sirva de ejemplo la Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0287/10 - *Postensado y Geotecnia*, de 2 de agosto de 2012, FJ. 9.

si no va acompañado, como mínimo, de aportación de documentación suficiente y de valor para la autoridad de competencia como sucedió en *Licitaciones de carreteras* en el caso de varias de las empresas sancionadas. Por ello, se estima que la reducción de la sanción deberá ser muy reducida por este concepto, especialmente teniendo en cuenta que no hay límite máximo de concesión de reducciones por el programa de clemencia y que para el cuarto y sucesivos solicitantes se prevé una disminución de la cuantía de la sanción del 20%. Por ello, si nos encontrásemos ante reducciones del 15%, éstas se asemejarían a una continuación del programa de clemencia y podrían desvirtuar la efectividad del programa.

De hecho, una reducción fuera del programa de clemencia sólo será concedida en circunstancias excepcionales en la práctica de la UE[1180]. Existen dos razones que justifican que no se conceda generosamente:

- El mero cumplimiento de los requisitos legales sobre revelación de información no puede ser entendido como "cooperación" cuando se trata de la obligación legal de la empresa[1181].
- La cooperación de las empresas que son parte en un procedimiento debe ser, en principio, evaluada en el marco del programa de clemencia[1182].

En caso contrario, de ser concedida esta atenuante generosamente, se corre el peligro de hacer perder valor al programa de clemencia y haría pensar a los sujetos infractores que cualquier mínima colaboración con la Comisión Europea debe ser interpretada como merecedora de una reducción de la multa cuando, en realidad, la cooperación debe ser efectiva[1183].

[1180] Las condiciones para poder aplicarla se han fijado, entre otras, en la Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40181 – *Philips*, de 24 de julio de 2018; Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40428 – *Guess,* de 17 de diciembre de 2018; Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40436 – *Nike*, de 25 de marzo de 2019; Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40436 – *Melia (Holiday Pricing),* de 21 de febrero de 2020

Así, por ejemplo, como reconoce la CNMC para analizar si debe aplicar esta atenuante, en esas tres decisiones la Comisión Europea ha aceptado esta atenuante cuando las empresas han reconocido la infracción antes del pliego de cargos y ha revelado restricciones a la competencia que no eran conocidas para la Comisión Europea hasta que se se ha presentado por las empresas prueba adicional a la que tenía la administración. Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0629/18 - *Asistencia técnica Vaillant,* de 29 de octubre de 2019.

[1181] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39406 - Marine Hoses, de 28 de enero de 2009, ap. 466.; Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39.309 - *LCD - Liquid Crystal Displays*, de 8 de diciembre de 2010, ap. 440.

[1182] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39.309 - *LCD - Liquid Crystal Displays*, de 8 de diciembre de 2010, ap. 440.

[1183] Las empresas, una vez que presuman que han sido detectadas intentarán colaborar con la autoridad de competencia, no porque crean que es lo correcto o porque quieran dejar de coludir; sino porque, a sabiendas de que serán sancionadas, realizarán un último intento por evitar o ver reducida la multa. Por ello, será importante establecer límites a esta cooperación, que si bien es importante de cara a aumentar la

Por ello, la actuación de quien desee beneficiarse del reconocimiento de esta atenuante tiene que ir más allá de la mera colaboración en sentido estricto: debe aportar un valor añadido a la investigación a través de datos y explicaciones que conduzcan a una mejor compresión del caso o a admisiones que faciliten el trabajo de la Comisión Europea[1184].

Esta atenuante se ha aceptado, por ejemplo, en los siguientes casos: *Refrigeration Compressors*[1185], *CRT Glass Bulbs*[1186], *Power Transformers*[1187], *Prestressing Steel*[1188],

detección de comportamientos anticompetitivos, también pueden perjudicar a la disuasión en la medida en la que otorgan herramientas a las partes para que, si son detectadas, puedan reducir la cuantía de su sanción.

Por ello, si bien se reconocen los beneficios de estas "gratificaciones" se estima que su aplicación debería ser restrictiva y que quizá, podría ser positivo añadir nuevos requisitos como la obligación de ofrecer a los perjudicados una compensación para poder entenderla aplicable.

[1184] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39.309 - *LCD - Liquid Crystal Displays*, de 8 de diciembre de 2010, ap. 440.

[1185] En *Refrigeration Compressors*, se redujo la sanción a Embraco un 18% porque fue la primera empresa que proporcionó a la Comisión Europea evidencias sobre un periodo de tiempo, lo que permitió considerarlo en lo que respecta a la infracción única y continuada a los efectos del cálculo de la multa. Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39600 - *Refrigeration compressors*, de 7 de diciembre de 2011, ap. 85.

Aunque eso no sea ampliar el alcance o duración del cartel, la Comisión Europea señaló, en esta misma Decisión, que la reducción era conveniente de cara a incentivar a las empresas a proporcionar información relevante a la Comisión fuera del programa de clemencia.

[1186] En *CRT Glass Bulbs*, la multa también se redujo en un 18% porque, aunque Schott no pudo acogerse al programa de clemencia, la Comisión consideró que el hecho de que en una fase temprana del procedimiento y antes de presentar su solicitud de clemencia hubiera concedido el acceso voluntario a las pruebas y a la información relevante más allá de lo que estaba legalmente obligado a hacerlo había fortalecido la capacidad de la Comisión Europea para demostrar la infracción. Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39605 - *CRT glass bulbs*, de 19 de octubre de 2011, ap. 91.

[1187] En *Power Transformers*, la cuantía de la multa se rebajó en un 18% a Hitachi y Areva. A la primera, por las circunstancias excepcionales. A la segunda, porque, aunque la información proporcionada no tenía el valor añadido necesario para beneficiarse del programa de clemencia de 2002, había cooperado plenamente y de forma continua a lo largo de la investigación, incluso poniendo a sus empleados a disposición de los servicios de la Comisión Europea para una reunión donde pudieran explicar sobre el terreno las declaraciones anteriores. Además, el incumplimiento de GA fue anterior a que Areva comprase a Alstom el negocio de transformadores de potencia, y Areva, ese mismo año, informó del comportamiento anticompetitivo. Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39.129 - *Power Transformers*, de 7 de octubre de 2009, ap. 268-272.

[1188] Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/38.344 - *Prestressing steel*, de 30 de junio de 2010, ap. 1011.

Fittings[1189] *y Retail food packaging*[1190]. De entre ellas, destaca la reducción concedida a ArcelorMittal España S.A *en Prestressing Steel*, dado que la Comisión Europea lo justificó «en vista de la necesidad de mantener los incentivos adecuados para que las empresas proporcionen información relevante a la Comisión y ayuden en el cumplimiento de las normas de competencia»[1191].

Si analizamos el porcentaje de disminución de la cuantía de la sanción tras su aplicación por la Comisión Europea (entre un 5% y un 18%), podemos observar que las reducciones concedidas por la Comisión Europea son generalmente superiores a las de la CNMC. La motivación para aplicar esta reducción también es diferente en la medida en que la Comisión Europea se basa en la necesidad de incentivar la colaboración y la aportación de información, mientras que la CNMC para aplicar esta atenuante se centra en la necesidad de que los sujetos infractores reconozcan los hechos y su participación.

Ahora bien, en ambos casos comparten el rasgo común de ser una atenuante frecuentemente aplicada.

Sin embargo, aunque su apreciación puede ser importante para lograr una pronta terminación del procedimiento y un ahorro de recursos, existiendo el mencionado programa de clemencia que permite conceder inmunidad total a la primera empresa que acuda a la autoridad de competencia y posteriores reducciones a las siguientes, quizá sería recomendable no hacer uso con tanta frecuencia de esta atenuante.

Su utilización está justificada cuando hay que reducir la sanción para no imponer una multa más grave de la que se hubiera impuesto si no hubiera cooperado, pero no se ven motivos suficientes como para rebajarla solamente con el pretexto de inducir a las empresas a cooperar con la autoridad de competencia. Para ello ya existe el programa de clemencia.

[1189] En *Fittings* también se redujo la cuantía de la multa, pero en vez de aplicar un porcentaje, la Comisión Europea directamente fijó que la multa impuesta a Frabo debería reducirse en la cantidad global de 1,6 millones de euros por su cooperación fuera del programa de clemencia de 1996 porque ésta era la sanción que hipotéticamente se le hubiera impuesto por una infracción de tres años y un mes y, de acuerdo con la Comisión Europea, «Frabo no debe ser penalizada por su cooperación al imponerle una multa más alta que la que habría tenido que pagar si no hubiera cooperado» Frabo fue la primera empresa que facilitó pruebas y explicaciones para probar la continuidad de la infracción después de los registros durante tres años y un mes Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F-1/38.121 - *Fittings*, de 20 de septiembre de 2006, ap. 825-826.

[1190] En *Retail food packaging*, se redujo la multa un 5% por su cooperación al proporcionar evidencias sobre el intercambio de información comercial sensible (incluyendo precios). Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39563 - *Retail Food Packaging*, de 24 de junio de 2015, ap. 1049.

[1191] Traducción propia. Original: «in view of the need to maintain the appropriate incentives for companies to provide material information to the Commission and assist them to comply with the competition rules», en Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/38.344 - *Prestressing steel*, de 30 de junio de 2010, ap. 1011.

En *Prestressing Steel*, la reducción de la multa impuesta a ArcelorMittal España S.A. fue del 15%.

Con relación a la segunda, la *situación económica de la empresa* (C3) se puede tener en cuenta en dos momentos: a la hora de valorar las circunstancias modificativas, como circunstancia atenuante; o una vez impuesta la multa, como como reducción adicional a la sanción, por lo que se denomina "incapacidad contributiva".

El artículo 3.2.b de la LDC de 1989 sí que permitía conceder autorizaciones singulares en situaciones de crisis cuando tuvieran por objeto «la adecuación de la oferta a la demanda cuando se manifieste en el mercado una tendencia sostenida de disminución de ésta o cuando el exceso de capacidad productiva sea claramente anticompetitivo». Sin embargo, esta posibilidad desapareció con la LDC de 2007. Por tanto, no es posible justificar los acuerdos o prácticas anticompetitivas en la existencia de una situación de crisis[1192].

Si una situación de crisis deriva en un menor volumen de negocio, esto se refleja en el importe de la multa, dado que el cálculo de dicho importe toma como base el volumen de negocio del mercado afectado[1193]. Si el sector o la empresa están pasando por un momento de dificultades económicas, el volumen de negocio a tener en cuenta será menor, por lo que la cuantía de la multa también será más reducida que si fuera impuesta en época de bonanza. Además, en el artículo 63 LDC se recoge el límite máximo a la cuantía de la sanción. Este límite, al calcularse sobre el volumen de negocios total de la empresa infractora en el año anterior al de la imposición de la sanción, necesariamente refleja la situación de crisis que pueda afectar a la empresa sancionada[1194].

Ello, no obstante, la autoridad nacional de competencia la ha tenido en cuenta para minorar la cuantía de la sanción en algunos asuntos. La CNC aplicó esta atenuante en *Creuers de Sóller* y en *Consejo Regulador Denominación Origen Jerez y Manzanilla*[1195].

En el primero, *Creuers de Sóller*, tuvo en cuenta –aunque no se especifica exactamente cómo– «que la empresa en participación esté sin actividad desde finales de 2005»[1196].

[1192] MARCOS, F. "Una peligrosa llamada a la creación de cárteles de crisis. A propósito de la STS de 20 de enero de 2010 (CECASA)", en *Diario La Ley*, Ed. La Ley, nº 7415, 2 de junio de 2010, p. 10.

Así lo ha entendido también la CNMC. Sirva de ejemplo la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0482/13 - *Fabricantes de automóviles*, de 23 de julio de 2015, FJ 7.

[1193] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0241/10 – *Navieras Ceuta 2*, de 10 de noviembre de 2011, FJ. 5.

[1194] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0316/10 - *Sobres de papel*, de 25 de marzo de 2013, FJ. 7.; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0329/11- *Asfaltos Cantabria*, de 8 de marzo de 2013, FJ. 3; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0331/11 - *Navieras Marruecos*, de 7 de noviembre de 2012, FJ. 6.

[1195] Resolución del consejo de la CNC en el Expte. 2779/07 - *Consejo Regulador Denominacion Origen Jerez y Manzanilla*, de 4 de junio de 2009.

[1196] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 633/07 - *Creuers de Sóller*, de 9 de junio de 2008, FJ. 6

En el segundo, *Consejo Regulador Denominación Origen Jerez y Manzanilla*, el Consejo tuvo en cuenta que a partir del 2008 los acuerdos no tuvieron continuidad porque la CNC los había suspendido cautelarmente y que «en tanto que el infractor es el Consejo Regulador, a pesar de la gravedad de los acuerdos en el orden legal de la defensa de la competencia, su limitación presupuestaria de los últimos ejercicios debe condicionar también el importe de la sanción», quedando un total de una sanción de 400.000 euros[1197].

Se estima correcto rechazar, con carácter general, que una mera situación de crisis económica –que en muchas ocasiones es temporal–, pueda justificar una reducción en la cuantía de la sanción. Esta atenuante únicamente debería aceptarse en situaciones muy excepcionales que queden debidamente acreditadas. En el resto de casos, por tanto, no debe aceptarse, lo que excluye la posibilidad de realizar excepciones en función del sujeto infractor. En concreto, es criticable que en el expediente *Consejo Regulador Denominación Origen Jerez y Manzanilla* se argumentase a favor de concederle el reconocimiento de esta atenuante «en tanto que el infractor es el Consejo Regulador, a pesar de la gravedad de los acuerdos»[1198]. Si la reducción en la base de la sanción -o actualmente del tipo sancionador individual- por la disponibilidad de un presupuesto limitado se aceptó porque se trataba de un organismo público, resulta cuestionable y podría estar lesionando el principio de igualdad. A los efectos de la normativa de competencia, como hemos explicado con anterioridad, cuando un órgano de naturaleza pública actúa en el mercado como si fuera una operador económico privado se le considera también empresa y «la situación específica de las empresas implicadas no puede condicionar al órgano decisor respecto al importe de la multa, lo que no significa que no vaya a tener en cuenta dicha situación, pero, si lo hace, será en el contexto de todas las circunstancias que afecten al asunto»[1199].

Por otra parte, existen dudas acerca de la conveniencia de aplicar esta atenuante en el asunto *Creuers de Sóller,* dado que, a nuestro entender, habría sido más correcto reducir la cuantía de la sanción sobre la base de la ausencia de volumen de negocio, que a través de una atenuante. En todo caso, se desconoce en qué medida o porcentaje se redujo la sanción por este motivo.

[1197] Resolución del consejo de la CNC en el Expte. 2779/07 - *Consejo Regulador Denominacion Origen Jerez y Manzanilla*, de 4 de junio de 2009, FJ. 7.

[1198] Resolución del consejo de la CNC en el Expte. 2779/07 - *Consejo Regulador Denominacion Origen Jerez y Manzanilla*, de 4 de junio de 2009, FJ. 7.

[1199] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0086/08 - *Peluquería Profesional*, de 2 de marzo de 2011, FJ 12.; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0231/10 - *Productos Hortofrutícolas*, de 14 de diciembre de 2011, FJ. 4.

Además, se ha rechazado de forma reiterada su consideración como atenuante. Sirvan de ejemplo los siguientes asuntos: *Propollo*[1200], *Plataforma del Mejillón*[1201], *Productores de Uva y Vinos de Jerez*[1202], *Mediapro*[1203], *Transportes Madrid*[1204] y *Puerto de Valencia*[1205].

La LDC, como ya se ha mencionado, no recoge ni entre los criterios para determinar el importe de las sanciones, ni entre las atenuantes, la situación financiera o económica de las empresas[1206]. De hecho, la Audiencia Nacional ha reiterado que «la Ley no ha previsto que se considere circunstancia atenuante la situación financiera de la empresa ni la situación de crisis económica, como tampoco es circunstancia agravante la buena situación económica de la entidad o general»[1207].

La razón de ser de esta interpretación reside en que, aunque las operadoras económicas estén atravesando una situación de crisis, esta misma situación la están

[1200] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0044/08 – *Propollo* de 29 de septiembre de 2009, FJ. 8. En *Propollo*, se rechazan como atenuantes el que poder de negociación de la distribución y la existencia de una coyuntura desfavorable porque, tanto si existiera ese poder, como la coyuntura, ya habría sido tenido en cuenta en el epígrafe de efectos al ser la consecuencia de cualquiera de las dos circunstancias una menor efectividad de la conducta.

[1201] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0107/08 - *Plataforma del Mejillón*, de 26 de abril de 2011, FJ. 10. En *Plataforma del Mejillón*, relacionado con los daños producidos por el Prestige de manera súbita, el Consejo opinó que "los daños causados por ese desastre deben ser –y han tratado de ser- en su caso paliados mediante otro tipo de mecanismos, como las ayudas, pero no mediante una reducción de las sanciones que en su caso deban afrontar".

[1202] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0167/09 - *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, de 6 de octubre de 2011, FJ. 10. En *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, tampoco se aceptó la crisis del sector como eximente "puesto que como ya se ha dicho anteriormente, las medidas anticompetitivas distorsionadoras de la competencia como la utilizada, más que resolver el problema de exceso de oferta del sector, pueden enquistarlo y alargarlo en el tiempo, como por otra parte parece ha sucedido en el Marco de Jerez"

[1203] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0153/09 – *Mediapro*, de 17 de marzo de 2011, FJ. 9. En *Mediapro* se rechaza que Mediapro se encuentre incursa en un procedimiento de acreedores como circunstancia que se deba tener en cuenta, como atenuante, en el cálculo del importe de la sanción.

[1204] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0397/12 – *Transportes Madrid*, de 16 de septiembre de 2013, FJ. 6. En *Transportes Madrid* trae a colación la Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0342/11– *Espuma de Poliuretano*, de 28 de febrero de 2013, donde señala que "...la CNC es muy consciente de la situación de crisis por la que atraviesan muchas empresas en la economía española. Pero esta situación también afecta a muchos de los clientes de las infractoras a lo que debe sumarse el daño que las infracciones de cartel provocan en consumidores y clientes de las empresas que coluden, de ahí que sea necesario adoptar medidas disuasorias para erradicar este tipo de prácticas"

[1205] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0314/10 - *Puerto Valencia*, de 27 de septiembre de 2013, FJ. 10. En *Puerto de Valencia* se recuerda "que [la situación de crisis] no exime del cumplimiento de las normas de competencia ni debe ser considerada para el cálculo de la sanción a imponer cuando se infringen".

[1206] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0287/10 - *Postensado y Geotecnia*, de 2 de agosto de 2012, FJ. 9.

[1207] SAN 456/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 22 de enero de 2013; SAN 388/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 5 de febrero de 2013.

viviendo sus clientes y los consumidores; por lo que es recomendable intentar que no se desarrollen este tipo de prácticas[1208].

Es en los momentos de dificultades económicas y financieras cuando los cárteles tienden a hacer su aparición, como sucedió por ejemplo en la crisis alemana del siglo XIX, la crisis de la era de posguerra japonesa, la gran depresión de 1930 en Estados Unidos o la crisis financiera de 1998 del Este de Asia[1209].

En España, el comienzo de la crisis en 2008 originó la caída de la dependencia del sector de la construcción y, como resultado, en los últimos años se han detectado numerosos cárteles entre los operadores de mercado de este sector[1210].

- En 2009, en el mercado del seguro de responsabilidad de daños decenal[1211].
- En 2010, en el mercado del acero, que incluía estructuras de acero para obra (vigas metálicas, estructuras tubulares) y acero corrugado para el armazón de los forjados de hormigón (ferralla)[1212].
- En 2011, en los mercados de construcción de carreteras[1213].
- En 2012, en el mercado del hormigón, mortero y áridos en la Comunidad foral de Navarra y en el mercado de postensado para la construcción, mantenimiento y control de puentes y estructuras (ingeniería civil), así como aplicaciones de geotecnia en el territorio[1214].

[1208] La CNC explica la razón en *Sobres de papel* de la siguiente manera: «la CNC es muy consciente de la situación de crisis por la que atraviesan muchas empresas en la economía española, pero esta situación también afecta a muchos de los clientes de las infractoras, a lo que debe sumarse el daño que las infracciones de cartel provocan en los consumidores, de ahí que sea necesario adoptar medidas disuasorias para erradicar este tipo de prácticas». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0316/10 - *Sobres de papel*, de 25 de marzo de 2013, FJ. 7.

[1209] VITZILAIOU, L. "Crisis cartels: for better or for worse?", en *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, Vol. 2, marzo 2011; en el mismo sentido véase BERENGUER FUSTER, L; GINER PARREÑO, C. A. y ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la Competencia*. Ed. Marcial Pons, 2010, pp. 24 -26.

[1210] MARCOS, F. "El cártel de los extintores (I): La CNMC apaga el fuego de la disuasión anti-cartel en España", en *nadaesgratis*, 2 de septiembre de 2014 **http://nadaesgratis.es/?p=39100** (Último acceso: 06.05.2020).

[1211] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0037/08 - *Compañías de Seguro Decenal*, de 12 de noviembre de 2009.

[1212] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0106/08 – *Almacenes Hierro*, de 17 de mayo de 2010.

[1213] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0226/10 – *Licitaciones de Carreteras*, de 19 de octubre de 2011; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0192/09 – *Asfaltos*, de 26 de octubre de 2011.

[1214] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0179/09 - *Hormigón y productos relacionados*, de 12 de enero de 2012; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0287/10 - *Postensado y Geotecnia*, de 2 de agosto de 2012.

- En 2013, en el mercado de los productos de saneamiento y fontanería, en el mercado de los materiales aislantes para sistemas de calefacción y climatización y, otra vez, en los mercados de construcción de carreteras[1215].

La situación de crisis, si no se acepta como circunstancia atenuante, mucho menos debería poder constituir a una eximente[1216]. Por ello, y siguiendo a MARCOS, no se comparten las apreciaciones realizadas por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de enero de 2010 (asunto *Cecasa*). En este asunto, el Tribunal Supremo creó *ex novo* una exención a la normativa de competencia para el almacenamiento privado de aceite de oliva que Cecasa se proponía realizar –argumentando la situación de crisis de los precios del aceite de oliva–. Este almacenamiento excedía tanto de los objetivos de la Política Agraria Común y resultaba contrario a la normativa de competencia nacional y europea[1217]. La existencia y funcionamiento de Cecasa sólo podía haber sido autorizada por la Comisión Europea en el marco de lo previsto en el artículo 2.1 del Reglamento 1184/2006 o en el artículo 176.2 del Reglamento 1234/2007[1218].

Situación diferente puede plantearse si la empresa ya se encuentra en liquidación, puesto que es previsible que no siga operando en el mercado y, por tanto, no se le concede una "ventaja competitiva". En *Recogida de Papel*, la Sala de Competencia de la CNMC procedió a disminuir la cuantía de la sanción fijándola en 10.000 euros para Destrudatos por este motivo y porque en el último año había tenido un volumen de negocios escaso[1219]. Más discutible puede resultar que, en este mismo asunto, también se reduzca la multa a Vanpac por encontrase en concurso de acreedores, dado que aún podría alcanzar un acuerdo que le permitiera seguir operando. En este segundo supuesto, cabría pactar, por ejemplo, un pago aplazado de la sanción en función de los resultados. Como se recoge en

[1215] Resolución del consejo de la CNC en el Expte. S/0303/10 – *Distribuidores saneamiento*, de 23 de mayo de 2013; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0402/12 - *Espuma elastomérica*, de 12 de septiembre de 2013; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0329/11- *Asfaltos Cantabria*, de 8 de marzo de 2013; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0385/11 - *Campezo construcción*, de 30 de abril de 2013.

[1216] No obstante, es cierto que a la hora de sancionar, cuando una empresa no sólo está en crisis, sino que está en liquidación, la propia CNMC ha evitado imponer multas. Sirva de ejemplo *Transporte balear de viajeros*, en donde expresamente señala lo siguiente: «Autocares Alorda, S.L. se encuentra en concurso voluntario declarado en octubre de 2016, y carece de cifra de negocios en 2016 ni en 2015. Por este motivo, aunque se ha acreditado su participación en la primera infracción, no se le impone multa alguna, sin perjuicio de que se instruyan las correspondientes diligencias si se dieran indicios que pongan de manifiesto supuestos de responsabilidad por sucesión empresarial.» Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte S/DC/0512/14 - *Transporte balear de viajeros*, de 9 de marzo de 2017, FJ 6. En el mismo sentido se pronunción en la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0545/15 - *Hormigones de Asturias*, de 23 de febrero de 2017, FJ 6 y Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0505/14 - *Concesionarios Chevrolet*, de 28 de abril de 2016, FJ. 6.; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0506/14 - *Concesionarios Volvo*, de 12 de julio de 2016, FJ. 6.

[1217] MARCOS, F. "Una peligrosa llamada a la creación de cárteles de crisis…", *op cit*, pp. 7-8.

[1218] *Ibid*, p. 10.

[1219] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0430/12- *Recogida de papel,* de 6 de noviembre de 2014, FJ. 8.

Postes de hormigón, el hecho de que una empresa se encuentre en concurso de acreedores no supone la imposibilidad *de facto* de hacer frente a una sanción[1220]. Sobre todo, si continúa desarrollando alguna actividad económica, aun de manera notablemente inferior a la precedente en años anteriores.

En todo caso, se considera que sí se podría estudiar conceder una atenuante sobre la base de la falta de capacidad contributiva, de manera excepcional, cuando se cumplieran los requisitos establecidos por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 5 de marzo de 2013:

> "1) existencia de un contexto económico y social particular constituido por las consecuencias que en el pago de la multa podría tener, en particular, en lo relativo a un aumento del desempleo o un deterioro de los sectores económicos a los que la empresa afectada vende 2) el pago de la multa ponga en peligro la viabilidad económica de la empresa. Por lo tanto es necesario que exista una relación de causalidad entre el pago de la multa y su incidencia en la viabilidad de la empresa, es decir que los efectos adversos serán causados por el pago de la multa y no por otros factores 3) conlleve la pérdida de valor de activos no siendo suficiente la existencia de una situación de quiebra o insolvencia si no se traduce en la pérdida de valor de los activos. La prueba corresponde aportarla a la interesada"[1221].

Es decir, la Audiencia Nacional valora el hecho de que la cuantía de la sanción pueda poner en riesgo la viabilidad de la empresa. No basta con una mera alegación de la difícil situación económica, sino que la empresa debería acreditar un perjuicio especialmente grave en caso de que le fuera impuesta la sanción que se estima adecuada y proporcional a su comportamiento. La propia Audiencia Nacional ha señalado que uno de los criterios que indican si la multa es proporcional son los recursos económicos que se poseen[1222].

En conclusión, con carácter general y aunque las empresas traten de obtener una atenuación de la sanción alegando una situación de dificultades económicas, las conductas anticompetitivas no estarán justificadas ni por la situación de crisis de la economía en general, ni por la del sector en particular. Consecuentemente, las dificultades económicas no deben ser admitidas por la autoridad de competencia como excusa para

---

[1220] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0473/13 – *Postes de hormigón*, de 15 de enero de 2015, FJ. 7.

[1221] SAN 883/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 5 de marzo de 2013, FJ. 4.; para un análisis de las soluciones que existen para evitar entrar en concurso y su compatibilidad con la normativa de competencia véase PAGADOR LÓPEZ, J.; VELA TORRES, P. J.; FONT GALÁN, J. I. *et al.* "La continuación de la empresa en crisis entre el Derecho Concursal y el Derecho de la Competencia" en FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M. *Estudios de Derecho de la Competencia*. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid y Barcelona, 2005, pp. 49-68.

[1222] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. SA CAN/0017/11 – *Guías Turísticos Tenerife*, de 24 de abril de 2013. Anulada en recurso por la SAN 1757/2014, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 21 de abril de 2014, que ordena retrotraer las actuaciones para que se fije la cuantía correcta de la multa motivando y respetando la proporcionalidad.

atenuar o excluir la aplicación de las normas de defensa de la competencia[1223]. Especialmente, si tenemos en cuenta que los cárteles que pueden formarse en este tipo de momentos producen efectos negativos, tanto económicos como sociales, que perdurarán incluso años después de que esta conducta haya cesado[1224].

Ahora bien, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, ya no puede considerarse que los límites previstos en el artículo 63 LDC sirvan para evitar que la imposición de la multa convierta en inviable el negocio o la actividad de la empresa[1225]. Anteriormente se había argumentado que era a través del límite del 10% establecido para las infracciones muy graves, 5% para las graves y 1% para las leves, como se pretendía evitar una sanción que pudiera poner en peligro la viabilidad de la empresa[1226]. Por ello, quizá sea un buen momento para recoger en un instrumento normativo en qué situaciones se puede considerar que se está poniendo en riesgo la viabilidad de la empresa y si ello le hace merecedora de una reducción en la cuantía de la sanción y en qué medida. En caso contrario, sería mejor ajustar la multa haciendo uso de la discrecionalidad que posee la autoridad de competencia a la hora de valorar otros factores, en vez de reducirla por este concepto.

En la práctica de la UE, la posibilidad de utilizarla como circunstancia atenuante ha recibido la misma respuesta que en la práctica española. La Comisión Europea no está obligada a aceptar como circunstancia atenuante la mala situación económica de una determinada industria o de un sector[1227]. Es cierto que hay casos en los que la Comisión Europea ha tenido en cuenta que se trataba de "cárteles de crisis", pero el hecho de que lo haya hecho en el pasado no significa que esté obligada a realizar la misma evaluación

[1223] MARCOS, F. "El ámbito de aplicación subjetivo de la LDC y la condena…", *op cit*, p. 18.

[1224] Como mencionó Ms. Neelie Kroes, antigua Comisaria de la Unión Europea en Política de Competencia «there may be many temptations in 2009 to cut corners, but encouraging cartelists and others would be guaranteeing disaster. It would drag down recovery, increase consumer harm and create more cartel and cartel cases into the future. No-one wins—today's softness is tomorrow's nightmare». KROES, N. "Tackling cartels – a never-ending task" en *European Commission Press releases database*, nº SPEECH/09/454, 8 de octubre de 2009.

[1225] STS 112/2015, Sala de lo Contencioso, Sec 3ª, de 29 de enero de 2015, FJ. 5.

[1226] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0226/10 – *Licitaciones de Carreteras*, de 19 de octubre de 2011, FJ. 7.; SAN 388/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 5 de febrero de 2013, FJ. 11.

[1227] STPI (Sala Quinta) de 26 de abril de 2007, asuntos acumulados T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 y T-136/02, *Bolloré v. Comisión* [2007] RJE II-00947, ap. 461-462 y 657-666 ; STPI (Sala Octava) de 6 de mayo de 2009, asunto T-127/04, *KME Germany y otros v. Comisión* [2009] RJE II-01167, ap. 122; STPI (Sala Segunda) de 14 de diciembre de 2006, asuntos acumulados T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG y otros v. Comisión* [2006] RJE II-5169, ap. 550; STPI (Sala Cuarta) de 20 de marzo de 2002, asunto T-16/99, Lögstör Rör v. Comisión [2002] RJE II-01633, ap. 319-320; STPI (Sala Segunda) de 29 de abril de 2004, asuntos acumulados T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 y T-252/01, *Tokai Carbon v. Comisión* [2004] RJE II-01181, 345; STPI (Sala Segunda) de 12 de septiembre de 2007, asunto T-30/05, Prym y Prym Consumer v. Comisión [2007] RJE II-00107 publicación sumaria, ap. 207-208; véase también Decisión de la Comisión en el asunto COMP/38.589 - *Heat stabilisers*, de 22 de noviembre de 2009, ap. 736.; Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F-1/38.121 - *Fittings*, de 20 de septiembre de 2006, ap. 805; Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39.396 - *Calcium carbide*, de 22 de julio de 2009, ap. 331.

en los siguientes casos[1228]. De hecho, el Tribunal General en su Sentencia de 13 de diciembre de 2012, incidió en el hecho de que:

> "(…) según reiterada jurisprudencia, el Derecho de la Unión, como tal, no prohíbe que una medida adoptada por una autoridad de la Unión provoque el concurso o liquidación de una determinada empresa (…). De ello se desprende que el mero hecho de que la imposición de una multa por haber infringido las normas sobre competencia pueda provocar la situación concursal de la empresa de que se trata no basta para la aplicación del apartado 35 de las Directrices" (apartados 187 y 189)[1229].

Los cárteles tienden a aparecer cuando un sector tiene problemas y no cuando las empresas están obteniendo importantes beneficios[1230]. Consecuentemente, si se aceptasen las situaciones de crisis como circunstancia atenuante, las multas deberían verse reducidas en prácticamente todos los casos[1231].

No obstante, puede haber excepciones justificadas: en *Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV) y Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA)*, el Tribunal General redujo el nivel de la sanción impuesto por la Comisión Europea atendiendo a las circunstancias económicas especiales del caso, porque respondía a una crisis súbita y coyuntural provocada por una enfermedad humana que se transmitía por la carne de vacuno[1232].

[1228] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39.396 - *Calcium carbide*, de 22 de julio de 2009, ap. 331.; STJ (Sala Segunda) de 8 de diciembre de 2011, asunto C-389/10 P, *KME Germany y otros v. Comisión* [2011] RJE I-13125, ap.98; véanse también Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/35.860 - *Seamless Steel Tubes*, de 8 de diciembre de 1999; Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/35.814 - *Alloy surcharge*, de 21 de enero de 1998, comentadas en BENNETT, M. y PADILLA, J. A. *Article 81 EC Revisited: Deciphering European Commission Antitrust Goals and Rules.* Ed. Oxford Scolarship Online, septiembre 2009, p. 14; «there has been a general trend toward eliminating these exemptions [for crisis cartels], particularly in Europe and Japan» en GERBER, D. J. *Global Competition: Law, Markets,… op cit*, p. 22.

[1229] STG (Sala Tercera) de 12 de diciembre de 2012, asunto T-352/09, *Novácke chemické závody v. Comisión*, [2012] RJE 0000, ap. 187 y 189.

[1230] Si se defiende la reducción de la sanción en estos casos «the existence of such an argument may incentivize parties in industries experiencing difficulties to conclude cartel agreements and then once caught, they can invoke this argument and achieve a reduced fine» KOKKORIS, I. "Should crisis cartels exist amidst crises?" en *The Antitrust Bulletin*, Vol. 55, nº 4, invierno 2010, p. 750. ; No obstante, hay autores que aceptan restrictivamente que bajo determinadas circunstancias puedan permitirse los "cárteles en crisis"; entre otros, señala Temple Lang que «a crisis cartel should be allowed only if it eliminates inefficient capacity, allows efficient companies remaining in the market to increase their production, and does not prevent new entry in the future». TEMPLE LANG, J., "How Should European Competition Law Be Applied in a Recession?" en *20th St. Gallen International Competition Law Forum ICF*, 4 de abril de 2013, p. 18.

[1231] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F/C.38.620 - *Hydrogen Peroxide*, de 3 de mayo de 2006, ap. 490; véase también STPI (Sala Segunda) de 29 de abril de 2004, asuntos acumulados T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 y T-252/01, Tokai Carbon v. Comisión [2004] RJE II-01181, ap. 345.

[1232] STPI (Sala Primera) de 13 de diciembre de 2006, asuntos acumulados T-217/03 y T-245/03, *Fédération nationale de la cooperation bétail et viande (FNCBV) y otros v. Comisión* [2006] RJE II-4987; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0091/08 - *Vinos finos de Jerez*, de 28 de julio de 2010, FJ. 12.

Fuera de esas excepciones, si la Comisión Europea tuviera en cuenta las pérdidas financieras de una empresa como circunstancia atenuante, estaría concediendo una ventaja competitiva injusta a las empresas menos adaptadas a las condiciones de mercado[1233].

La anteriormente referida "incapacidad contributiva" no debe ser confundida con la atenuante por la situación económica. Dicha circunstancia únicamente se prevé en la normativa europea. El apartado 35 de las Directrices de 2006 establece que «en circunstancias excepcionales, la Comisión podrá, previa solicitud, tener en cuenta la incapacidad contributiva de una empresa en un contexto económico y social particular». Ello significa que durante el procedimiento administrativo la empresa podrá solicitar a la Comisión Europea una reducción sobre la base de su falta de capacidad para hacer frente a la sanción. Es decir, que a diferencia de la atenuante que se aplica para obtener la cuantía final de la sanción, la incapacidad contributiva se aplicará después de que esta cuantía final haya sido fijada.

El propio apartado 35 de las Directrices de 2006 recoge los requisitos que deben cumplirse para que sea aplicable. En concreto señala lo siguiente:

> "no concederá por este concepto ninguna reducción de la multa por la mera constatación de una situación financiera desfavorable o deficitaria. La reducción sólo podrá concederse sobre la base de pruebas objetivas de que la imposición de una multa, en las condiciones fijadas por las presentes Directrices, pondría irremediablemente en peligro la viabilidad económica de la empresa en cuestión y conduciría a privar a sus activos de todo valor"

Por tanto, la empresa que desee acogerse a esta reducción deberá cumplir dos condiciones de manera cumulativa: (1) una insuperable dificultad para hacer frente a la multa; y (2) la existencia de un contexto social y económico específico[1234].

En primer lugar, la insuperable dificultad para hacer frente a la sanción debe probarse a través de «evidencias creíbles que demuestren su incapacidad para pagar la multa prevista»[1235]. Después, la Comisión Europea, en el momento de adoptar la Decisión, evaluará la situación económica con los datos financieros y la información presentada por la empresa[1236].

[1233] STPI (Sala Quinta) de 8 de octubre de 2008, asunto T-73/04, *Le Carbone-Lorraine v. Comisión* [2008] RJE II-02661, ap. 314.

[1234] STG (Sala Octava) de 16 de junio de 2011, asunto T-199/08, *Ziegler v. Comisión* [2011] RJE II-03507, ap. 165.; véase también STG (Sala Octava) de 16 de junio de 2011, asuntos acumulados T-204/08 y T-212/08, *Team Relocations NV y otros v. Comisión* [2011] RJE II-3569, ap. 171.

[1235] Traducción propia. Original: «credible evidence demonstrating their inability to pay the expected fine» en Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39.309 - *LCD - Liquid Crystal Displays*, de 8 de diciembre de 2010, ap. 477.

[1236] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39.309 - *LCD - Liquid Crystal Displays*, de 8 de diciembre de 2010, ap. 478.

El hecho de que la empresa esté en liquidación no tiene porqué implicar una pérdida total de valor de los activos y, por tanto, esta situación no justificará en sí misma la reducción de la multa que se haya impuesto. La reducción dependerá en gran medida de la probabilidad de que, si se impone el importe íntegro de la multa, la viabilidad económica de la empresa se ponga en peligro de tal manera que sus activos pierdan una parte importante de su valor[1237]. En tiempos de crisis, las liquidaciones suelen utilizarse para llevar a cabo, de manera voluntaria y organizada, un plan de reestructuración en el que los nuevos propietarios o a la nueva gestión continúen desarrollando la empresa y sus activos[1238]. Por tanto, si una empresa quiere que su argumento tenga éxito, tendrá que demostrar que no hay disponibles buenas y viables alternativas, al menos, en el corto plazo. En este caso, la Comisión Europea podrá considerar que existe un riesgo suficientemente alto de que los activos de dicha empresa pierdan una parte importante de su valor si, como consecuencia de la multa a imponer, las empresas fueran forzadas a la liquidación[1239]. La razón es sencilla: no se puede fundamentar que se pone en peligro la viabilidad económica de una empresa, únicamente en que el cálculo de la cuantía de la sanción se ha realizado a partir de su volumen de negocios mundial[1240].

En segundo lugar, relacionado con el contexto social y económico específico, la Comisión Europea ha aceptado estas rebajas en la sanción para industrias en crisis, pero no para empresas con dificultades financieras porque, en el segundo caso, si no se satisficiera la multa, las empresas aumentarían las ganancias derivadas del ilícito, y, por ende, también se vería incrementada la tendencia a participar en estas conductas tan pronto experimentasen problemas económicos[1241].

No obstante, aunque estas dos condiciones para poder alegar incapacidad contributiva están claras, la práctica de la Comisión Europea ha sido criticada por su falta de transparencia debido a la discrecionalidad para apreciar la incapacidad para pagar o

[1237] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38866 - *Animal Feed Phosphates*, de 20 de julio de 2010, ap. 235.

[1238] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38866 - *Animal Feed Phosphates*, de 20 de julio de 2010, ap. 231.

[1239] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38866 - *Animal Feed Phosphates*, de 20 de julio de 2010, ap. 231

[1240] «Un mero cálculo del porcentaje del volumen de negocios mundial de la empresa al que asciende la multa no puede fundamentar por sí solo la conclusión de que esa multa no puede poner irremediablemente en peligro la viabilidad económica de dicha empresa». STG (Sala Octava) de 16 de junio de 2011, asunto T-199/08, *Ziegler v. Comisión* [2011] RJE II-03507, ap. 167.

[1241] KOKKORIS, I. y OLIVARES-CAMINAL, R. *Antitrust law amidst financial crises*, Ed. Cambridge University Press, noviembre 2010, p. 462

las restricciones financieras[1242]. En opinión de GERADIN, la Comisión Europea debería explicar caso por caso por qué acepta o rechaza realizar una rebaja de la sanción[1243].

Algunas de los casos en los que se ha reducido la multa son: *International Removal Services* (se redujo en un 70%)[1244], *Mountings for windows and window-doors*, (se rebajó la multa un 45%)[1245], *Bathroom fittings and fixtures* (las multas de tres compañías se redujeron en un 50% y las de otras dos en un 25%)[1246] y en *Calcium Carbide (*la reducción fue de un 20%)[1247].

Comparando ambas opciones (circunstancia atenuante o reducción posterior), se estima más adecuada la segunda porque permite valorar, una vez fijada la sanción a imponer, las concretas dificultades que puede sufrir una empresa para hacerle frente; mientras que, en la primera, realmente puede no suponer ningún perjuicio tener que hacer frente a la sanción que se pretende imponer, sino que simplemente es una excusa que presentan quienes han desarrollado la conducta ilícita para beneficiarse de una reducción.

Por ello, vista la experiencia de la UE, y para que la autoridad nacional de competencia española tuviera un mecanismo de respuesta si hiciera falta tener en cuenta esta circunstancia, sería recomendable que la normativa española recogiese en su regulación la incapacidad contributiva como posible reducción adicional de la multa si se verificasen los requisitos establecidos. Ahora bien, en caso de hacer uso de ella, se aconsejaría a la CNMC argumentar claramente por qué reduce la sanción y en qué

[1242] «To illustrate the application of the 'financial constraints' doctrine in setting the amount of fines, the case of SGL Carbon may be usefully considered. The company was a participant in three contemporaneous cartels dealt with successively by the Commission—Graphite Electrodes (in 2001), Speciality Graphites (2002), and Carbon and Graphite (2003). The Commission refused to grant a discount in relation to the first infringement, but agreed to take account of previously imposed fines in the subsequent two cases, actually awarding a 33 per cent discount in its third decision», en HARDING, C. y JOSHUA, J. "Sanctions: A Complex European and International Grid", en HARDING, C. y JOSHUA, J. (coords), *Regulating Cartels in Europe*, Ed. Oxford Scholarship Online, mayo 2011, p. 12.; KOKKORIS, I. y OLIVARES-CAMINAL, R. *Antitrust law amidst financial crises*, *op cit*, p. 462.

Las discrepancias sobre su aplicación se aprecian también en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Sirva, por todas, STJ (Sala Sexta) de 26 de octubre de 2017, asunto C-454/16 P, *Global Steel Wire v. Comisión* [2017] RJE 0000, que casa la STG (Sala Sexta) de 2 de junio de 2016, asunto T-426/10 - *Moreda-Riviere Trefilerías y otros v. Comisión* [2016] RJE 0000

[1243] GERADIN, D. "The EU competition law fining system…", *op cit,* p. 36

[1244] En *International Removal Services*, la multa impuesta a of Interdean NV y su matriz se redujo en un 70%. Decisión de la Comisión en el asunto COMP/38.543 - *International Removal Services*, de 11 de marzo de 2008, ap. 662.

[1245] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39.452 - *Mountings for windows and window-doors*, de 28 de marzo de 2012, ap. 20 del resumen de la decisión.

[1246] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39.092 - *Bathroom fittings and fixtures*, de 23 de junio de 2010, ap. 20 del resumen de la decisión.

[1247] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39.396 - *Calcium carbide*, de 22 de julio de 2009, ap. 372.

porcentaje, para evitar que sus resoluciones adolezcan de los defectos que han sido detectados en las decisiones de la Comisión Europea.

Finalmente, en ningún caso debería perdonarse la imposición de la sanción argumentando que la empresa infractora ha entrado en disolución dado que otra empresa podría interesarse por la reactivación de la empresa antes de la liquidación, produciéndose así una sucesión empresarial sobrevenida[1248]. En tal caso, si la CNMC hubiera impuesto ya una sanción, estimamos que la adquirente debería hacer frente a la multa[1249].

C. El incremento específico de la cuantía de la sanción para garantizar un efecto disuasorio: su desaconsejable ausencia en la normativa española

La práctica de la UE y española también se diferencian en el *incremento específico para garantizar un efecto disuasorio*. Las Directrices europeas de 2006 recogen en su apartado 30 que la Comisión «prestará especial atención a la necesidad de garantizar que las multas presenten un efecto suficientemente disuasorio», lo que implica que podrá incrementar la cuantía de la sanción a aquellas empresas «que tengan un volumen de negocios particularmente importante más allá de las ventas de bienes y servicios a que se refiere la infracción». Además, continúa en su párrafo 31 que «la Comisión tendrá en cuenta la necesidad de incrementar la sanción para superar el importe de las ganancias ilícitas obtenidas gracias a la infracción, cuando sea posible proceder a este cálculo».

Su objetivo es, por tanto, disuadir a las empresas de participar en ese tipo de prácticas anticompetitivas, especialmente cuando estamos frente a corporaciones con un alto volumen de negocios o cuando hay grandes disparidades de tamaño entre las empresas participantes en la infracción[1250]. El Tribunal de Justicia europeo considera que, aunque también se tienen en cuenta otros factores, no se puede negar que existe un vínculo

[1248] En este sentido, la CNMC se ha pronunciado estimando que la finalidad de la multa había decaído. Véase, entre otras, la Resolución *Gestión de Medios* donde señala que «Como se ha explicado anteriormente, UNIDA SERVICIOS INTEGRALES DE TURISMO, S.A. (UNIDA) está en concurso de acreedores, mientras que CATALANA DE REPRESENTACIÓN DE EMPRESAS TURÍSTICAS, S.L. (RET) parece inactiva desde 2013 presentando ese año unos volúmenes de negocio muy reducidos y sin cifra los demás años. En consecuencia, tratándose de empresas cuya actividad es residual y respecto de las que cabe presumir que han dejado de operar en el mercado, la finalidad en la imposición de la multa ha decaído. No obstante, ello no impedirá que se inicien actuaciones de derivación de responsabilidad en el caso en que se constaten indicios que justifiquen que tales empresas, o sus activos, hayan sido adquiridos o transmitidos a otra u otras.» Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0455/12 - *Grupos de gestión*, de 12 de mayo de 2016 FJ 7

[1249] No obstante, se suele dilatar la determinación de la cuantía que le corresponde a un momento posterior en el que se pueda estudiar si se dan las circunstancias de continuidad económica que justifiquen la imposición de la sanción, estableciendo únicamente la responsabilidad. Véase, por ejemplo, Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0471/13 - *Concesionarios Audi/Seat/VW*, de 28 de mayo de 2015.

[1250] STG (Sala Segunda) de 12 de julio de 2011, asunto T-112/07, *Hitachi y otros v. Comisión* [2011] RJE II-03871, ap. 349-350.

entre, de un lado, el tamaño de la empresa y sus recursos globales, y, de otro, la necesidad de que la multa tenga un efecto disuasorio[1251]. A la hora de aplicar este porcentaje, las autoridades europeas también tienen en cuenta el objetivo de eliminar cualquier beneficio que la empresa hubiera podido obtener como consecuencia de la infracción[1252].

En España, la eliminación de los beneficios ilícitos se consigue estableciéndolos como umbral mínimo de la sanción[1253]. Sin embargo, no hay mecanismo semejante cuyo objetivo sea, directamente, la disuasión de las prácticas anticompetitivas. El hecho de que no exista un mecanismo similar en la normativa española origina que «las empresas con una facturación reducida en el mercado afectado por la restricción, recib[a]n habitualmente una sanción pequeña, a pesar de que su volumen de negocios global puede ser enorme»[1254].

La inclusión de este multiplicador para las conductas más graves de las que no puede obtenerse ningún beneficio debe valorarse positivamente desde la perspectiva de la disuasión. Lo que se pretende es que la sanción resultante sea suficientemente elevada como para que suponga un perjuicio de tal entidad que le disuada la infractora de reincidir y a otras empresas de participar en acuerdos semejantes.

Además, la previsibilidad de su aplicación evita que las empresas puedan alegar una aplicación discrecional en su utilización o la imposición de una multa de cuantía desproporcionada en comparación con otros asuntos. De esta manera, queda fijado que en los cárteles *hardcore* la multa será más elevada que en otras infracciones anticompetitivas.

[1251] En concreto, el Tribunal de Justicia señala que «tienen por objeto castigar los comportamientos ilícitos de las empresas incriminadas y disuadir tanto a éstas como a otros operadores económicos de infringir, en el futuro, las normas de la Unión sobre competencia. Ahora bien, no puede cuestionarse la relación entre, por una parte, el tamaño y los recursos globales de las empresas y, por otra, la necesidad de garantizar que la multa tenga un efecto disuasorio. Por lo tanto, la Comisión, al calcular el importe de la multa, puede tomar en consideración, en concreto, el tamaño y el poder económico de la empresa de que se trata (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de junio de 2006, Showa Denko/Comisión, C-289/04 P, Rec. p. I-5859, apartado 16 y la jurisprudencia citada)» STJ (Sala Segunda) de 17 de junio de 2010, asunto C-413/08 P, *Lafarge v. Comisión* [2010] RJE I-05361 ap. 102.

[1252] CACHAFEIRO GARCÍA, F. "El volumen de negocios…", *op cit*, p. 12

[1253] Aunque así se recogía en la derogada Comunicación sobre Sanciones, en su párrafo 19, puede entenderse que así lo seguirá entendiendo la CNMC en la medida en la que la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 que dejó sin efecto dicha Comunicación no se pronunció en contra de dicho apartado.

[1254] CACHAFEIRO GARCÍA, F. "El volumen de negocios…", *op cit*, p. 12

D. El techo máximo del importe de la sanción: el obligado cambio interpretativo, de "límite *a posteriori* de la sanción" a "arco sancionador"

El artículo 63 LDC recoge los techos máximos de las sanciones en función de su gravedad. En el caso de las infracciones leves, será del 1%; de las graves, del 5%; y de las muy graves, del 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 29 de enero de 2015, ha recogido que los topes porcentuales «han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones»[1255].

Por tanto, el 10% no debe utilizarse como un tope máximo que obliga a la autoridad de competencia a reducir la sanción en los casos en los que lo supere, sino que debe ser utilizado como límite máximo del volumen de ventas utilizable a efectos del cálculo de la sanción[1256]. Esto significa que no podrá operar *a posteriori* como cláusula de cierre[1257].

La finalidad de la existencia de este límite no es evitar que la imposición de la multa convierta en inviable el negocio o la actividad de la empresa, sino asegurarse de que se respeta el principio de legalidad de las penas que exige «la predeterminación normativa de los máximos y mínimos de las multas»[1258]. De hecho, una parte de la doctrina jurisprudencial ya consideraba que lo que denominaremos "límites" de la sanción, en realidad constituyen «un arco sancionador en el que opera el principio de proporcionalidad de las sanciones»[1259].

[1255] STS 112/2015, Sala de lo Contencioso, Sec 3ª, de 29 de enero de 2015.

[1256] Un ejemplo del uso del límite del 10% para reducir la sanción puede encontrarse en la Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0314/10 - *Puerto Valencia*, de 27 de septiembre de 2013.

[1257] Así lo ha recogido con posterioridad a la STS 112/2015, Sala de lo Contencioso, Sec 3ª, de 29 de enero de 2015, entre otras, la SAN 585/2015, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 20 de febrero del 2015, FJ. 8.

[1258] STS 112/2015, Sala de lo Contencioso, Sec 3ª, de 29 de enero de 2015

[1259] CACHAFEIRO GARCÍA, F. "El volumen de negocios…", *op cit,* p. 14.

Señala VÉLEZ FRAGA lo siguiente: «La jurisprudencia contencioso-administrativa suele ver en los límites máximos de las normas sancionadoras la determinación de un arco sancionador en el que se establece una jerarquía de sanciones vinculadas al principio de proporcionalidad. A las conductas más graves concebibles corresponderá la máxima sanción posible y, en comparación con esa conducta más grave concebible, corresponderá a las demás infracciones una sanción inferior. De esta idea surge la tradicional división del arco sancionador previsto por la norma en tres tercios que definen los grados máximo, medio y mínimo en los que habrá de situarse la sanción correspondiente (cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1986, ref. Aranzadi RJ 1986\6612; o como ejemplo práctico de esa división en tres tramos, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de enero de 1998, rec. n.º 11/1996, FJ 2.º in fine)». VÉLEZ FRAGA, M. "El cálculo de las sanciones en materia de defensa de la competencia según la reciente doctrina de la Audiencia Nacional" en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 35-2013, 2013, p. 90.

En contraposición a esta identificación del límite máximo del artículo 63 LDC como extremo superior del arco sancionador, un sector de la doctrina señala que existen varios motivos que deben ser tenidos en cuenta[1260]:

- La literalidad del precepto: la interpretación literal del artículo 63 LDC admite interpretar los porcentajes tanto como grados de una escala como límites hasta los que puede llegar la sanción.
- El espíritu y finalidad de la norma: la Exposición de Motivos de la Ley 15/2007 recoge que el régimen sancionador se promulga con el fin de alinearse con "las tendencias actuales en el ámbito europeo". Por tanto, parece razonable que la norma deba interpretarse conforme a lo que resulta del Derecho europeo.
- El estándar europeo no infringe el principio de proporcionalidad: el Tribunal Supremo aceptó que el artículo 10 de la Ley 16/1989 establecía un límite máximo a la sanción y que dicho límite era compatible con el principio de proporcionalidad, por lo que el artículo 63 LDC merecería la misma interpretación[1261].

El debate es, pues, si debe prevalecer el Derecho de la UE y, en consecuencia, el artículo 63 LDC tiene que ser interpretado como un umbral que opera *a posteriori* para reducir el importe de la sanción o, por el contrario, es el techo máximo del arco sancionador. Frente a esta cuestión, la Audiencia Nacional, ha interpretado que no se aplica el principio de prevalencia del Derecho europeo por un triple motivo[1262]:

- La diferente naturaleza jurídica de la Comisión Europea impide que su esquema de atribuciones puede trasladarse automáticamente a la CNMC. Además, la organización de las facultades sancionadoras y su atribución a un órgano administrativo nacional no han de coincidir, en virtud del principio de prevalencia, con el alcance y facultades que el Reglamento (CE) 1/2003 otorga a la Comisión Europea.
- El Reglamento (CE) 1/2003 se aplica únicamente a la potestad sancionadora de la Comisión Europea sin remisión a las autoridades nacionales en cuanto a

[1260] CACHAFEIRO GARCÍA, F. "El volumen de negocios…", *op cit*, p. 18 y ss.

[1261] «Ha de tenerse en cuenta, además, como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, que la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normasinfringidas. Criterio que, aun no expresado literalmente en el artículo 10 de la Ley 16/1989, puede entenderse implícito en las letras a), c) y d) de su apartado 2, así como en la facultad de sobrepasar el límite sancionador de los 150 millones de pesetas hasta el diez por ciento del volumen de ventas de la empresa infractora (artículo 10 apartado uno). En todo caso, con o sin mención legal específica, corresponde a la naturaleza misma de la propia potestad sancionadora, como lo demuestra su posterior inclusión bajo la rúbrica del «principio de proporcionalidad» en el artículo 131.2 de la Ley 30/1992» STS 1519/2003, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 6 de marzo de 2003, FJ. 10.

[1262] CACHAFEIRO GARCÍA, F. "El volumen de negocios…", *op cit*, pp. 14-15.

su ejercicio; por consiguiente, la imposición de las multas sancionadoras se rige por el Derecho nacional.

- La interpretación del artículo 63 LDC conforme a la legislación nacional lleva a la consideración de que los porcentajes representan un arco sancionador, dentro del cual se gradúan las multas. Si el 10% del volumen de negocios operase exclusivamente como límite a la cuantificación de las sanciones, implicaría consiguientemente que el órgano administrativo es libre de aplicar cualesquiera porcentajes sobre el valor de las ventas de los bienes y servicios o volumen de negocio en relación directa o indirecta con la infracción; lo que contradice el principio de *Lex certa* y reserva legal respecto de las sanciones administrativas que recoge el artículo 25 de la Constitución en la interpretación que hace el Tribunal Constitucional de este precepto.

De hecho, es ésta la tesis recogida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de enero de 2015, a través de la cual se aleja de la práctica de la UE. En concreto, recoge que el método de "nivelación" puede ser aceptable cuando se esté aplicando el artículo 23 del Reglamento (CE) 1/2003 por la Comisión Europea, pero que no es compatible con la norma legal española. Establece el Tribunal Supremo lo siguiente:

> "El artículo 63 de la Ley 15/2007 marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones no en cuanto "umbral de nivelación" sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones".

Mientras se respeten los principios de efectividad y equivalencia, y pese a alejarse de la práctica europea, esta discrepancia es compatible con la normativa europea porque ni el Reglamento (CE) 1/2003 ni el resto de la legislación de la UE regula o armoniza las cuestiones que atañen a los procedimientos y a las propias sanciones.

A pesar de su calificación como "límite" u "arco", los efectos prácticos son que la autoridad nacional de competencia no podrá imponer una sanción por encima de ese "límite" u "arco". La diferencia es que ahora, en vez de controlar *a posteriori* no haber superado ese límite, deberán tenerlo presente desde el inicio del cálculo de la multa. El mayor problema que puede surgir es que al inicio aún no se conoce qué circunstancias modificativas existirán, por lo que el resultado puede ser que, una vez recogidas, sea necesario ir recalculando el importe desde el principio cada vez que se alcance este límite.

Con anterioridad a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, se había considerado que los límites del artículo 63 LDC tenían por finalidad evitar que el

pago de la multa condujera a la desaparición de la empresa[1263]. Sin embargo, tras dicha Sentencia, su función reside en respetar los principios sancionadores, puesto que, como se recoge en su Fundamento Jurídico 5º:

> "La predeterminación normativa de los máximos y mínimos de las multas, tanto penales como administrativas (y sean aquéllos fijos o porcentuales respecto de ciertas magnitudes), a los efectos de individualizar su cálculo bien puede considerarse un principio común insoslayable del Derecho sancionador."[1264]

No obstante, no parece incorrecto considerar que la LDC, al establecer los límites del artículo 63, comparte también la finalidad de la normativa de la UE de evitar la inviabilidad de la empresa como consecuencia de la sanción. Al fin y al cabo, su cálculo se realiza teniendo en cuenta el volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, por lo que una situación económica adversa hará que este límite se sitúe en una cuota inferior a aquel en el que estaría en una situación de bonanza económica.

Con relación a la elección del ejercicio inmediatamente anterior para calcular el porcentaje máximo de la multa imponible, éste es un indicador arbitrario que no tiene relación con el incumplimiento y que no refleja una imagen completa de la situación de la empresa[1265]. Basarse en un único ejercicio puede ocasionar errores, dado que puede tratarse de un año excepcionalmente bueno o malo, mientras que un período más prolongado permitiría mitigar los vaivenes que se pueden haber producido en un periodo puntual.

Por ello, quizá fuera conveniente utilizar un período de la infracción más significativo. Este período podría coincidir con los últimos cinco años de actividad de la empresa. De esta forma, se estaría obteniendo una imagen más completa de la situación de la empresa.

Con respecto al volumen de negocios total, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 ha aclarado qué debe entenderse por "volumen de negocios total". Hasta esta fecha, la opinión mayoritaria señalaba que se refería únicamente al volumen de negocios afectado por la infracción[1266]. No obstante, el Tribunal Supremo acoge la

---

[1263] SAN 388/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 5 de febrero de 2013, FJ. 13; SAN 754/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 13 de febrero de 2013; SAN 878/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 26 de febrero de 2013, FJ. 5.; SAN 883/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 5 de marzo de 2013, FJ. 4.; SAN 1527/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 12 de abril de 2013, FJ 9.

[1264] STS 112/2015, Sala de lo Contencioso, Sec 3ª, de 29 de enero de 2015, FJ 5.

[1265] GERADIN, D. "The EU competition law fining system…", *op cit*, p. 39.

[1266] La interpretación de lo que se entendía por "volumen de negocios total" es uno de los puntos en los que existía disparidad de criterios entre la CNC (actual CNMC) y la Audiencia Nacional. A este respecto, puede verse un análisis sobre las discrepancias en LILLO ÁLVAREZ, C. "La Audiencia Nacional ante las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia", en *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº 15, 2014, pp. 51-82

tesis de la opinión minoritaria que discrepa de esta interpretación y considera que debería tenerse en cuenta el negocio global y no sólo la parte afectada[1267]. En concreto, en el Fundamento Jurídico 8º de dicha Sentencia señala el Tribunal Supremo lo siguiente:

> "La expresión "volumen de negocios" no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión "volumen de negocios total", como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo "total" al sustantivo "volumen" que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad

---

Algunas de las Sentencias de la Audiencia Nacional que se separan de lo resuelto por el Tribunal Supremo son: SAN 2745/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 6 de marzo de 2013, FJ. 8; SAN 1113/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 7 de marzo de 2013, FJ. 7; SAN 1404/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 21 de marzo de 2013, FJ. 6; SAN 1508/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 10 de abril de 2013, FJ. 7; SAN 2896/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 12 de junio de 2013, FJ. 6; SAN 2756/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 17 de junio de 2013, FJ. 6; SAN 2717/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 17 de junio de 2013, FJ. 6.; SAN 5420/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 5 de diciembre de 2013, FJ. 10; SAN 5859/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 23 de diciembre de 2013, FJ. 6.; SAN 226/2014, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 15 de enero de 2014, FJ. 7. en CACHAFEIRO GARCÍA, F. "El volumen de negocios…", *op cit*, p. 14, pie de página nº 41.

Véase también, a este respecto, DÍEZ ESTELLA, F. "Las Guidelines del Bundeskartellamt como referencia para las multas de la CNMC tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015", en *Anuario de la Competencia 2015*, Fundación ICO, Madrid 2016, p. 342.

[1267] Esta opinión minoritaria y ahora acogida por el Tribunal Supremo era seguida, como recoge Cachafeiro, en «la sentencia de 29 de abril de 2013, FJ 4ª (JUR\2013\162454) que confirma la multa impuesta a Gas Natural (620.000 euros) porque la CNC ha calculado correctamente el volumen de ventas afectado por la infracción y se ha limitado a aplicar sobre el mismo un porcentaje del 5%. La sentencia de 30 de noviembre de 2013, FJ 10º (JUR\2014\15293) concluye que la sanción de 1.425.299 euros al Grupo CETYA es ajustada por cuanto se corresponde con el 15% del volumen de negocio afectado durante el tiempo de duración de la infracción, posteriormente reducida a la cantidad indicada que, a su vez, representa el 10% del volumen de negocio global obtenido por el infractor el año anterior. La sentencia de 27 de diciembre de 2013, FJ 3º (JUR\2014\21076) ratifica la sanción impuesta a Asfaltos León porque se corresponde con el 7% del volumen de ventas afectado (5% de dicho volumen, junto con un 2% adicional por cada licitación pública falseada en la que participó), al tiempo que se le aplica un agravante por no colaborar con la investigación (resultado: 1.102.500 euros). La sentencia de 30 de enero de 2014, FJ 4º (JUR\2014\61045) confirma que las infracciones leves pueden ser sancionadas hasta un máximo del 10% del volumen de negocio global de la empresa infractora, si bien estima parcialmente el recurso al apreciar que no procedía alcanzar dicho máximo –como estimó la autoridad de competencia- dado que concurren los atenuantes de reconocimiento de los hechos y alcance limitado de la infracción. La sentencia de 25 de febrero de 2014, FJ 6º (JUR\2014\110888) realiza un minucioso examen de las ventas que resultan afectadas por la infracción para concluir que se ha calculado adecuadamente el importe de base de la multa, sin que –por otro lado- se rebase el límite máximo en función del volumen de negocios global de la infractora. Asimismo, también se invoca la Comunicación de multas, entre otras, en las siguientes sentencias: sentencia de 5 de marzo de 2013, FJ 4º (JUR\2013\92173), 27 de diciembre de 2013, FJ 7º (JUR\2014\217), 30 de enero de 2014, FJº 4ª (JUR\2014\53717).» en CACHAFEIRO GARCÍA, F. "El volumen de negocios…", *op cit*, p. 16, pie de página nº 48.

Para un análisis sobre las consecuencias que tiene sobre la cuantía de la sanción el considerar únicamente el mercado afectado por la infracción, frente a considerar el volumen total, véase GARCÍA VERDUGO, J. "Una evaluación económica de la revisión judicial de las sanciones impuestas por la CNMC por infracciones anticompetitivas", en *Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia, Universidad San Pablo CEU*, nº 48, 2015.

> legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción (…)"[1268].

Se comparte la opinión, manifestada por parte de la doctrina, de que esta interpretación es la más adecuada atendiendo a la interpretación literal del precepto, al canon histórico, a la interpretación sistemática y la finalidad de la norma[1269]. Además, coincide con pronunciamientos previos de la autoridad nacional de competencia[1270].

Esta es la interpretación más ventajosa de cara a lograr una mayor disuasión porque permite tener en cuenta la capacidad real de la empresa que infringe la normativa. Sin embargo, es probable que de esta interpretación se deriven otros problemas tales como de dónde obtener los datos globales del negocio jurídico o si la multa podría llegar a

[1268] STS 112/2015, Sala de lo Contencioso, Sec 3º, de 29 de enero de 2015, FJ. 8.; Sentencia que ya se aplica en las Resoluciones de la Sala de Competencia de la CNMC, sirva de ejemplo la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0474/13 – *Precios combustibles automoción*, de 20 de febrero de 2015.

[1269] Como ya había señalado la opinión minoritaria, y es acogido por el Tribunal Supremo, parece más acertada por los siguientes motivos que destaca CACHAFEIRO GARCÍA:

- La interpretación literal del precepto: de acuerdo con la RAE, "total" significa «general, universal y que lo comprende todo en su especie». Por tanto, puede entenderse que se refiere «al volumen de negocios general, universal, a todo el negocio obtenido por la empresa, frente al volumen de negocios parcial, sectorial, obtenido en una actividad particular».

- El canon histórico: para evitar las dudas suscitadas en el Libro Blanco, la Ley 15/2007 incorporó el adjetivo total que no está presente en el anterior texto.

- La interpretación sistemática: la interpretación de que únicamente se tendrá en cuenta la parte afectada de la infracción dejaría sin efecto al menos dos de los criterios del artículo 64 LDC (duración y beneficio ilícito obtenido). Tomando el ejemplo de CACHAFEIRO:

"Una empresa, ha participado, junto a otras, en un cartel de fijación de precios durante veinte años. El cartel se ha plasmado en un sobreprecio del 20% del producto afectado. La cifra anual de negocios de la empresa con el producto afectado es de 1 millón de euros. Consiguientemente, sus ventas en el mercado afectado han sido de 20 millones de euros (1 millón de euros x 20 años), periodo en el que ha obtenido un beneficio ilícito de 4 millones (200.000 euros x 20 años). Estas dos circunstancias deben ser tenidas en cuenta para imponer la sanción, por imperativo del artículo 64 de la LDC. Sin embargo, la interpretación de la Audiencia Nacional supone que la multa máxima sea de 100.000 euros (el 10 % de las ventas en el mercado afectado en el ejercicio anterior), lo cual impide valorar adecuadamente la duración y el beneficio obtenido"

- Finalidad de la norma: como ya hemos expuesto anteriormente, en la Exposición de Motivos se recoge la intención del legislador de alinearse con la normativa europea.

Véase, a este respecto, CACHAFEIRO GARCÍA, F. "El volumen de negocios…", *op cit*, p. 18-24 y DÍEZ ESTELLA, F. "Las Guidelines del Bundeskartellamt…", *op cit*, pp. 341-362.

[1270] Como recoge la CNC en *Coches de alquiler* y la CNMC en *Postes de hormigón* «la LDC distingue claramente entre "mercado afectado" y "volumen de negocios total", conceptos que, en consecuencia, no pueden utilizarse indistintamente. Mientras que el artículo 64.1 de la LDC alude a "la dimensión y características del mercado afectado por la infracción" como criterio al que debe atenderse para graduar el importe de la sanción, el artículo 63.1 de la LDC se refiere expresamente al "volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa». Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0380/11 – *Coches de alquiler*, de 30 de julio de 2013, FJ. 10.; Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0473/13 – *Postes de hormigón*, de 15 de enero de 2015, FJ. 7.

producir, indirectamente, efectos extraterritoriales. Si se impone a grupos de empresas teniendo en cuenta su negocio global, podría afectar a la tesorería que dicha empresa tenga en otros países –teniendo que solicitar que se embarguen las cuentas disponibles en otro país– o incentivar reestructuraciones a nivel internacional. Además, cabría plantearse si la consideración del negocio global no podría conducir a sanciones muy elevadas que pudieran considerarse incluso desproporcionadas atendiendo al mercado afectado[1271]. En todo caso, la autoridad de competencia puede hacer uso de sus facultades discrecionales para asegurarse de que la sanción será proporcionada.

La normativa de competencia prevé, no obstante, la eventualidad de que el volumen de negocio sea desconocido.

Como apuntábamos, si se conoce el volumen de negocios, la multa se determina en función de los porcentajes máximos de la facturación global, sin fijar un mínimo dentro de cada categoría; sin embargo, si se desconoce el volumen de negocios, la infracción se sancionará con una cuantía determinada expresada en euros y por escalas en función del tipo dentro del que se englobe con un mínimo y un máximo. Esta escala da lugar a que las sanciones muy graves siempre sean superiores a las graves y las graves a las leves. Así, las consecuencias jurídicas de conocer el volumen de negocios de las empresas o no, a la hora de calcular la cuantía de la sanción a imponer, son diferentes.

Cuando no es posible delimitar el volumen de negocios total de la empresa infractora, el rango sancionador sería el siguiente:

- Multa de 100.000 a 500.000 euros para las infracciones leves.
- Multa de 500.001 a 10 millones de euros para las infracciones graves
- Multa de más de 10 millones de euros para las infracciones muy graves.

Por tanto, existe un doble sistema sancionador. El primero, parece heredado sistema de multas máximas de las Directrices europeas; el segundo, es el resultante de aplicar las escalas y se encuentra más en la línea del Derecho administrativo sancionador general[1272].

Para eliminar este doble sistema sancionador, podría adoptarse cualquiera de las siguientes soluciones: (1) establecer un mínimo porcentual para las sanciones en función de su gravedad; actualmente el punto de partida para las sanciones es el mismo ya se trate de infracciones leves, graves o muy graves, aunque después puede incluso doblarse discrecionalmente para las infracciones muy graves. (2) Eliminar el mínimo a imponer

[1271] La CNMC lo que ha hecho ha sido proceder a reducir la cuantía de la sanción en los asuntos en los que ha considerado que, al tratarse de empresas multiproducto, podría resultar una sanción desproporcionada. Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0584/16 - *Agencias de medios*, de 3 de mayo de 2018, FJ. 5.

[1272] CACHAFEIRO GARCÍA, F. "El volumen de negocios…", *op cit*, p. 10.

cuando no se pueda conocer el volumen de negocios, de tal forma que exista un máximo –con una cifra concreta– a partir del cual y hacia abajo se calcule la sanción.

La primera propuesta, solucionaría el riesgo de que la multa fuese desproporcionada. Es imposible predecir de manera abstracta si la imposición de una multa de 100.000 euros, por una infracción leve, para una empresa cuyo volumen de negocios se desconoce, será o no desproporcionada; especialmente si esta información no se puede obtener de las Cuentas Anuales u otros instrumentos contables. Además, se respetarían las garantías constitucionales al quedar predeterminado en la normativa el máximo y mínimo de las multas. Sin embargo, presenta el problema de cómo saber qué porcentaje debe aplicarse y a qué cantidad debe ser aplicado.

La segunda propuesta es la que parece más adecuada. Si el artículo 63 LDC se interpreta como aquel en el que vienen recogidos los techos máximos de las sanciones a partir de los cuales, y hacia abajo, hay que calcular la cuantía exacta, será más adecuado mantener únicamente límites máximos y aceptar que el límite inferior sea cero. De esta manera no se correría el riesgo de imponer una multa desproporcionada.

Dicho brevemente, la existencia de un techo máximo de la sanción puede originar que, cuando las empresas tengan suficientes reservas para pagar este tope o cuando calculen que se ha alcanzado el techo máximo, no sean disuadidas. Especialmente si las ganancias ilícitas superan a la sanción máxima imponible[1273]. Esto provocará que las políticas de competencia sean, o completamente ineficaces, si el cártel puede mantener los precios –incluyendo el precio de monopolio–; o parcialmente eficaces, si sólo los precios bajos son disuadidos, pero los altos siguen siendo mantenidos por el cártel[1274].

Ejemplos de la importante diferencia entre la sanción que correspondería imponer y la finalmente impuesta tras la reducción derivada de este límite se pueden encontrar en *Transporte sanitario conquense* y en *Notaría de Ceuta*[1275]. En el primero de los casos, el importe básico para la sanción ascendería a 244.180 euros, cantidad que habría que elevar teniendo en cuenta las circunstancias agravantes[1276]. Sin embargo, la sanción impuesta es de 66.179 euros teniendo en cuenta el límite establecido en el artículo 63 LDC.

[1273] CONNOR, J. M. "Optimal Deterrence and Private…", *op cit*, p. 22.; LITTLE, D. R. "The case for a primary…", *op cit*, p. 49.

[1274] HOUBA, H.; MOTCHENKOVA, E. y WEN, Q. "Antitrust enforcement and marginal deterrence", *op cit*, p. 2.

[1275] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0383/11 - *Transporte sanitario conquense*, de 23 de julio de 2013; S/0383/11; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0424/12 - *Notaría de Ceuta*, de 19 de julio de 2013.

[1276] El Consejo de la CNC no recoge cuál sería la multa concreta una vez elevada la sanción por las circunstancias agravantes –si las hubiera- porque, en todo caso, "siendo que en este expediente la multa resultante de la aplicación de la Comunicación supera el límite establecido en el 63.1.c) de la LDC (como se examina a continuación), el Consejo considera que no resulta necesario pronunciarse sobre esta cuestión." Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0383/11 - *Transporte sanitario conquense*, de 23 de julio de 2013, FJ. 4.

En *Notaría de Ceuta*, la reducción también es significativa: la sanción que hubiera correspondido imponer debiera haber sido entre tres y cuatro veces superior a la cantidad finalmente satisfecha.

Actualmente, tras la Sentencia del 29 de enero de 2015 este límite no se aplicaría como "tercer paso", sino que debería partirse de ese techo como máximo aplicable. No obstante, el tope máximo aplicable seguiría siendo el mismo, por lo que en ningún caso podría haberse impuesto la sanción que la autoridad de competencia estimó en un primer momento como adecuada de acuerdo con la infracción. La duda es si, como consecuencia de tener que partir del "techo máximo", la multa que se debería haber impuesto debiera haber sido incluso inferior. O, aunque no debiera serlo, si la autoridad de competencia empezará a imponer sanciones más reducidas. En cuyo caso, hay un mayor riesgo de que las infracciones pudieran resultar "rentables" para las compañías.

En comparación con la normativa europea, el artículo 23.2 del Reglamento (CE) 1/2003 y apartado 32 de las Directrices de 2006 señalan en el 10% el límite legal máximo de la sanción. Este tope máximo del 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior, pretende indicar un límite máximo a la sanción que se puede imponer a una empresa individual cuando el cálculo de la sanción pueda poner en riesgo la viabilidad de la empresa[1277]. De hecho, podemos observar a modo de ejemplo en el asunto *Maritime Car Carriers* cómo este límite entra en funcionamiento al ser sobrepasado e implica una reducción en la cuantía de la sanción[1278].

De acuerdo con el Tribunal de Justicia de la UE, este límite es compatible con el Derecho europeo porque el artículo 23.2 del Reglamento (CE) 1/2003 permite que «un agente económico diligente pueda, recurriendo si fuera preciso a asesoramiento jurídico, prever de modo suficientemente preciso el método de cálculo y la envergadura de las multas a que se expone por actuar de un modo determinado»[1279].

En la práctica española, sin embargo, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 los "límites" únicamente representan techos máximos dentro de un

[1277] CACHAFEIRO GARCÍA, F. "El volumen de negocios…", *op cit*, p. 14; este límite pretende asegurarse de que la imposición de una multa no pondrá en peligro la estabilidad financiera de la empresa sancionada. HOUBA, H.; MOTCHENKOVA, E. y WEN, Q. "The Role of Legal Principles…", *op cit*, p. 5.

Por este motivo se ha reducido, por ejemplo, en la Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39258 – *Airfreight*, de 17 de marzo de 2017 y en la Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40028 – *Alternators and Starters*, de 27 de enero de 2016.

[1278] Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40009 – *Maritime Car Carriers*, de 21 de febrero de 2018, ap. 120.

[1279] STJ (Sala Quinta) de 18 de julio de 2013, asunto C-501/11 P, *Schindler Holding y otros v. Comisión* [2013] RJE 0000, ap. 58.

arco sancionador en el que debe moverse la autoridad de competencia para fijar la sanción de acuerdo con el principio de proporcionalidad[1280].

Otra diferencia es que, en el caso de la normativa española, este "techo máximo del arco sancionador" se divide en tres porcentajes. Éstos se calculan sobre el volumen de negocio, en función de la infracción, y son los siguientes:

- 1%, en el caso de infracciones leves;
- 5%, si es grave; y
- 10%, si es muy grave.

De los tres límites, el Tribunal Supremo ha establecido que el 10% al que hace referencia el artículo 63.1 LDC debe reservarse para las infracciones más graves y duraderas. En este mismo sentido se pronuncia la CNMC en sus resoluciones dictadas a partir de dicha Sentencia de 29 de enero de 2015, sirviendo de ejemplo el asunto *Precios combustibles de automoción*, donde se contempla que «el 10% debe reservarse como respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, en este caso, las muy graves»[1281].

Consecuentemente, a diferencia de lo que sucede en la normativa de la UE – donde funciona como límite extrínseco para todas las conductas–, el límite del 10% del volumen de negocios de la empresa infractora sólo regirá para aquellas infracciones que sean calificadas como muy graves[1282].

Acerca de lo que ha supuesto el cambio de interpretación del artículo 63 LDC, se puede estimar que indirectamente puede dar lugar a multas más reducidas. Actualmente, la sanción no podrá alcanzar el techo máximo –salvo que se trate de unas conductas de mayor reproche jurídico–, a diferencia de la situación anterior, donde se calculaba el importe de la sanción según la metodología prevista y solo después se procedía a su reducción. Mediante la metodología anterior era más probable que pudiera alcanzarse esa cifra que hoy en día constituye el techo máximo del arco sancionador. Por tanto, surge la duda sobre si la autoridad de competencia estimará adecuado llegar a imponer este techo máximo en algún expediente.

El riesgo de este giro interpretativo –máxime cuando ha sobrevenido en un momento en el que se empezaba a debatir si las sanciones no son suficientemente elevadas– es que se perjudique a los efectos disuasorios de la sanción[1283]. No obstante,

[1280] STS 112/2015, Sala de lo Contencioso, Sec 3ª, de 29 de enero de 2015.

[1281] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0474/13 – *Precios combustibles automoción*, de 20 de febrero de 2015, FJ. 7.

[1282] MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. "Comentario al art. 63 de la LDC", en *Defensa de la Competencia. Monografía de Doctrina*. Ed. Aranzadi: Cizur Menor, Navarra, 2012, p. 241.

[1283] Algunos autores, como Marcos, opinan que el efecto disuasorio de las multas no cambia. Véase MARCOS, F. "El futuro de las multas antitrust en España: claroscuros de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015" en *Osservatorioantitrust*, 25 de febrero de 2015,

para una correcta valoración, será necesario esperar a que pasen varios años desde el comienzo de su aplicación.

Donde sí ha supuesto un cambio es en el objetivo de dicho límite. Hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, el objetivo tanto en la normativa europea como en la española era el mismo: a través de estos límites, especialmente del 10% establecido para las infracciones muy graves, se pretendía evitar que una sanción pudiera poner en peligro la viabilidad de la empresa[1284]. En la mencionada Sentencia, sin embargo, se recoge que ésta no es su finalidad, porque «no parece ser aplicable a los otros dos límites porcentuales (el uno y el cinco por ciento) pues difícilmente una multa cuyo máximo fuera equivalente al uno por ciento del volumen de negocios podría desencadenar aquellos efectos»[1285]. En su lugar, recoge esta Sentencia, su finalidad es respetar el principio de predeterminación normativa de las sanciones, estableciendo el techo máximo imponible dado que «se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica»[1286]. Añade, además, que deben tener esta naturaleza porque «la predeterminación normativa de los máximos y mínimos de las multas, tanto penales como administrativas (y sean aquéllos fijos o porcentuales respecto de ciertas magnitudes), a los efectos de individualizar su cálculo bien puede considerarse un principio común insoslayable del Derecho sancionador»[1287].

Vistos los límites que comporta la interpretación actual de la normativa interna, a renglón seguido, cabría preguntarse si, siguiendo la interpretación de la UE, este límite es capaz de evitar que se ponga en peligro la viabilidad de la empresa. A este respecto, debe considerarse que este límite del 10% es inadecuado para evitar que la empresa entre en concurso a causa de la sanción.

En primer lugar, porque existen otros mecanismos más aptos –las reducciones por incapacidad contributiva– que permiten valorar la situación concreta de la empresa y la relación entre la sanción definitiva y su viabilidad.

---

http://www.osservatorioantitrust.eu/es/el-futuro-de-las-multas-antitrust-en-espana-claroscuros-de-la-sentencia-del-tribunal-supremo-de-29-de-enero-de-2015/ (Último acceso: 06.05.2020)

[1284] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0226/10 – *Licitaciones de Carreteras,* de 19 de octubre de 2011, FJ. 7; SAN 388/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 5 de febrero de 2013, FJ. 11.; véanse también SAN 754/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 13 de febrero de 2013; SAN 888/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 25 de febrero de 2013; SAN 878/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 26 de febrero de 2013; SAN 883/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 5 de marzo de 2013; STS 2660/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 29 de mayo de 2013.

Por su parte, entre otras, la Comisión Europea lo ha aplicado en la Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39563 - *Retail Food Packaging*, de 24 de junio de 2015, ap. 1054 y ss.

[1285] STS 112/2015, Sala de lo Contencioso, Sec 3ª, de 29 de enero de 2015, FJ. 5.

[1286] STS 112/2015, Sala de lo Contencioso, Sec 3ª, de 29 de enero de 2015, FJ. 5.

[1287] STS 112/2015, Sala de lo Contencioso, Sec 3ª, de 29 de enero de 2015, FJ. 5.

En segundo lugar, este límite únicamente evitaría que la empresa entrase en concurso cuando tuviera suficientes reservas para hacer frente al pago de una multa del 10% de su facturación global, por lo que, en los casos en los que el punto crítico se alcanzase por debajo de ese porcentaje, no estarían protegidas[1288]. Sin embargo, si tiene recursos suficientes para pagar la multa sin esfuerzos, puede ser negativo desde el punto de vista de la disuasión. En estos casos, el sujeto infractor podría interpretar la multa como "el precio por hacer lo que no está permitido" o como una *licence fee* en vez de como una sanción por hacer lo que está prohibido[1289].

Este límite, por tanto, presenta deficiencias para satisfacer el objetivo que se le otorga desde la normativa europea. Sin embargo, a través de la consideración de la incapacidad contributiva sí que puede evitarse estos perjuicios de manera efectiva. Por ello, como se ha mencionado anteriormente, se estima apropiado que se recoja en la normativa española.

En todo caso, una vez establecidos los techos máximos y mínimos, la normativa española permite que se fije un límite máximo excepcional, o cláusula de cierre, de cumplimiento efectivo[1290]. Por lo que sería plenamente compatible con la inclusión de criterios como la incapacidad contributiva.

Finalmente, con relación al análisis del límite actual de la sanción, es necesario subrayar que, al fijarse en relación con un único año de actividad (el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa), en infracciones especialmente largas podríamos encontrarnos que el infractor concluya que ha resultado rentable la infracción dado que los beneficios obtenidos durante la vigencia de la práctica anticompetitiva superan la multa impuesta. Por lo tanto, quizás debería plantearse que este techo máximo se aplicara teniendo en cuenta la suma del volumen de negocios de los años durante los que se desarrolló la infracción. En caso contrario, la multa podría ser satisfecha con parte de los beneficios obtenidos o, al menos, podríamos encontrarnos con que las empresas calculan un periodo mínimo durante el que la práctica debe desarrollarse para que los beneficios derivados del ilícito se igualen al máximo de multa imponible; transcurrido ese periodo, la práctica resultaría rentable y, por ende, podrían asumir mayores riesgos de detección, en definitiva, una vez que las empresas estimen que han obtenido ganancias suficientes como para satisfacer una multa del 10% de su volumen de negocios anual de un año corriente, sabrán que el resto de ganancias ilícitas serán para ellas.

Igualmente, al calcularse sobre la base del último año, se corre el riesgo de que, en los supuestos de concurso, teniendo en cuenta el escaso volumen de negocios del último año, se considere que la multa que corresponde debiera ser cercana a cero. Por

[1288] LITTLE, D. R. "The case for a primary…", *op cit*, p. 49

[1289] WILS, W. P. J. "Optimal antitrust fines…", *op cit*, p. 15.

[1290] STS 112/2015, Sala de lo Contencioso, Sec 3ª, de 29 de enero de 2015, FJ. 5

ello, en los casos de concurso, quizás cabría plantearse que se calculase la responsabilidad en función del último año de actividad real[1291]. De esta manera, podría prevenirse que sea un mecanismo de elusión de la responsabilidad para una adquisición sobrevenida más ventajosa.

E. La prohibición de contratar: una restricción de derechos potencialmente importante para la empresa infractora desde el punto de vista económico

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), contempla en el artículo 71.1.b) la prohibición de contratar con el sector público en aquellos casos en los que hubiera cometido una infracción grave en materia de falseamiento de la competencia y ésta hubiera sido sancionada con carácter firme[1292].

Por lo tanto, mientras la LCSP únicamente se refiere a acuerdos que produzcan un falseamiento de la competencia, la LDC exige que ese falseamiento se produzca a través de acuerdos alcanzados con otros operadores económicos destinados a tal fin. Es decir, resulta más restrictiva en la medida en que no se contemplan acuerdos intra-empresa que puedan afectar a terceros[1293].

Hasta la fecha, la CNMC ha hecho uso de esta posibilidad en cuatro asuntos: *Transporte escolar Murcia*[1294], *Electrificación y electromecánicas ferroviarias*[1295],

[1291] Sirva de ejemplo la resolución del asunto *Concesionarios Chevrolet*, donde señala la Sala de Competencia que «Tanto ALCARREÑA DE TURISMOS, S.L., como TURISMOS Y VEHÍCULOS INDUSTRIALES, S.A. (TUVISA) están en concurso de acreedores, y VIÑARCAR, S.A. está en fase de disolución voluntaria, por lo que sus volúmenes de negocio total para el año 2015 son cero o cercanos a cero. Por tanto, aunque en la tabla se señala el tipo sancionador que les hubiera correspondido, la sanción en euros finalmente impuesta a estas empresas es por fuerza nula», Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0505/14 - *Concesionarios Chevrolet*, de 28 de abril de 2016, FJ 6.

[1292] Se exceptúa de dicha prohibición a quienes se hayan acogido a un programa de clemencia (art. 72.5 LCSP). Esta prohibición tampoco afectará a los contratos vigentes como se establece por la Junta Consultiva de Contratación Pública. Véase, JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Informe 45/13, de 26 de febrero de 2015. "Efectos de una prohibición de contratar. Posibilidad de acordar prórroga, hacer modificaciones sustanciales o ceder otros contratos que tenga la empresa incursa en prohibición".

[1293] GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N. "Reflexiones en torno a la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia. A propósito de las resoluciones de 14 de marzo de 2019 de la CNMC y de 10 de octubre de 2018 de la JJCPE", en *Actualidad administrativa*, nº 6, junio 2019.

[1294] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. SAMUR/02/18 – *Transporte escolar Murcia*, de 20 de junio de 2019.

[1295] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0598/2016 – *Electrificación y electromecánicas ferroviarias*, de 14 de marzo de 2019

Montaje y mantenimiento industrial[1296] y *Radares meteorológicos*[1297]. Por lo tanto, como puede apreciarse, no se ha hecho uso de esta herramienta hasta muy recientemente. No obstante, su duración y alcance no se fija por la propia CNMC, sino que sigue el procedimiento fijado en el artículo 72.2 LCSP. Por lo tanto, excede de las competencias de la autoridad nacional de competencia poder incluso, indiciariamente, hacer un cálculo de lo que podría suponer esta prohibición.

Es importante destacar que la prohibición de contratar no es una sanción propiamente dicha, sino es «la falta de aptitud o pérdida de aptitud de la persona que haya incurrido en alguna de las causas previstas de forma tasada en la Ley de Contratos del Sector Público para contratar con la administración».[1298] Sin embargo, como ha manifestado la Audiencia Nacional sí se trata de un acto que limita derechos[1299].

Se considera que de cara a disuadir a las empresas de llevar actos ilícitos anticompetitivos (en este caso, la manipulación de las licitaciones) la posibilidad de tener que enfrentarse a la prohibición de contratar con el sector público puede actuar como importante elemento disuasor[1300]. Especialmente para aquellas empresas cuyo volumen de negocios se suele sustentar en las contrataciones que realizan con los diversos entes públicos.

Además, de esta manera la CNMC vela por el interés público, el cual converge con el de los poderes adjudicadores que ven manipuladas las licitaciones convocadas en el deber de garantizar una buena administración y una eficiente asignación de los recursos públicos. De hecho, se comparte con la CNMC la idea de que

> «frente al aspecto limitativo o restrictivo de derechos del potencial contratista, se advierte también la exigencia legal de una singular condición u honorabilidad para contratar con el sector público, lo que debe permitir a las entidades que lo integran excluir de sus relaciones contractuales a aquellos sujetos que no cumplan con dicho nivel de exigencia»[1301].

[1296] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0612/17 – *Montaje y mantenimiento industrial*, de 1 de octubre de 2019

[1297] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0626/18 – *Radares meteorológicos*, de 4 de marzo de 2020.

[1298] SAN 2068/2016, Sala de lo Contencioso, Sec 7ª, de 23 de mayo de 2016, FJ. 1.

[1299] Así, por ejemplo, en SAN 2068/2016, Sala de lo Contencioso, Sec 7ª, de 23 de mayo de 2016 y en las resoluciones en ella citadas, se recoge que aunque «a las prohibiciones de contratar no se aplica el régimen de las sanciones administrativas. Pues ciertamente se trata de actos que limitan derechos, y ello significa según la jurisprudencia y la del Tribunal Constitucional que deben aplicarse algunos principios propios del derecho sancionador sin que ello signifique la aplicación del mismo régimen en su integridad»

[1300] La prohibición de contratar se considera menos «ruda e invasiva» que otras medidas, tales como la imposición de sanciones penales, de cara a alcanzar un nivel de disuasión satisfactorio. BACHES, S. "La prohibición de contratar …", *op cit*, p. 2.

[1301] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0598/2016 – *Electrificación y electromecánicas ferroviarias*, de 14 de marzo de 2019, FJ. 7.

Es cierto, como recoge el Tribunal de Justicia europeo en el asunto *Vossloh Laeis*, que los poderes adjudicadores y las autoridades de competencia tienen diferentes funciones. Mientras que las primeras deben anticipar los potenciales riesgos, las segundas sancionan las conductas una vez comprobada su ilicitud[1302].

Sin embargo, ya sea actuando *a priori* o *a posteriori*, lo que se pretende es asegurar el correcto funcionamiento de los procedimientos de licitación, dado que es la única manera de asegurar que se va a satisfacer uno de los principales objetivos de la LCSP: la obtención de la mejor relación calidad-precio de las obras, servicios o suministros que el sector público necesita contratar. Resulta incuestionable que dicha finalidad se verá frustrada si los licitadores acuerdan previamente quién será el adjudicatario y con qué condiciones. Obviamente, esto únicamente será en detrimento del interés general y para beneficio de dichas entidades privadas.

Por ello, debe considerarse como un importante avance frente a la situación anterior en la que la autoridad nacional de competencia no hizo uso de esta posibilidad, a pesar de que ya se previó en la Disposición final novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y de que el predecesor de la LCSP ya previó esta misma prohibición en los supuestos en los que se hubiera impuesto una sanción por una infracción grave en materia de disciplina de mercado (artículo 60.1.c Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público).

En definitiva, su utilización debe valorarse muy positivamente y debe animarse a la CNMC a seguir haciendo uso de esta posibilidad en aras a la protección del interés público subyacente en las contrataciones públicas[1303].

[1302] En concreto señala lo siguiente: «mientras que estas últimas [autoridades de competencia] están encargadas de determinar la responsabilidad de determinados actores por la comisión de una infracción de una norma, constatando con imparcialidad la realidad de los hechos que pueden constituir tal infracción, y de sancionar el comportamiento contrario a Derecho adoptado por esos actores, los poderes adjudicadores deben apreciar los riesgos a los que podrían verse expuestos al atribuir un contrato a un licitador de dudosa integridad o fiabilidad». STJ (Sala Cuarta) de 24 de octubre de 2018, asunto C-124/17 - *Vossloh Laeis* [2018] RJE 0000, ap. 26.

[1303] Dicho interés puede manifestarse de muchas maneras, siendo la prohibición de contratar una de ellas y que justifica por sí mismo que la CNMC recurra a dicho mecanismo. A esta se le puede añadir, por ejemplo, la reclamación que siempre debería realizar la Administración pública por los daños sufridos por las manipulaciones de dichas licitaciones. Véase, a este respecto, ANGULO GARZARO, A. "La reclamabilidad de daños por parte de la Administración pública por infracciones de la normativa de competencia en los procedimientos de contratación pública", en *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 50, enero 2019.

4. El programa de clemencia: el tercer pilar, junto a la detección y la disuasión, para una efectiva lucha contra las perniciosas infracciones del artículo 1 LDC

Existen diferentes métodos para descubrir los comportamientos colusorios: las denuncias de otros competidores o de consumidores, las solicitudes de clemencia, los análisis económicos que lleven a determinar que existe una conducta sospechosa, los análisis de casos, la monitorización de la industria o la cooperación con otras autoridades, entre otros.[1304].

La clemencia (*leniency programs*) tiene numerosas ventajas sobre el resto de métodos de obtención de información porque, no sólo detecta la conducta, sino que además proporciona evidencias sobre ella[1305]. Sin embargo, también presenta problemas que hacen cuestionarse el hecho de no potenciar otros métodos de detección.

Sin embargo, dado el éxito de estos programas y la poca aparente voluntad acerca de su posible supresión, es recomendable estudiar cómo solucionar algunos de sus problemas o cómo mejorar su funcionamiento, más que buscar una alternativa que conlleve su desaparición.

En España, el programa de clemencia fue introducido por primera vez a través de la LDC de 2007, influenciado por el éxito que había tenido el programa comunitario en la persecución de los cárteles[1306]. No obstante, ya en el Libro Blanco para la reforma del sistema español de Defensa de la competencia (2005) se proponía su introducción para reforzar los instrumentos contra los cárteles y para lograr alinear el sistema español con los modelos del ámbito comunitario[1307]. La entrada en vigor del programa de clemencia se consideró todo un éxito, puesto que, al día siguiente de la aprobación del Reglamento

---

[1304] Puede encontrarse un esquema con los diferentes métodos en HÜSCHELRATH, K. y WEIGAND, J., "Fighting hard core cartels…", *op cit*, p. 15

[1305] WILS, W. P. J. "Leniency in antitrust enforcement: theory and practice", en *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 30, nº 1, marzo 2007, p. 21.

No obstante, se sigue debatiendo si junto con los programas de clemencia sigue siendo necesario incorporar sanciones penales para un adecuado nivel disuasorio. Véase, a este respecto, BUCCIROSSI, P. y SPAGNOLO G. "Optimal fines in the …", *op cit*.

Como señala DIEZ ESTELLA «en el plano de la detección de los cárteles, los programas de clemencia han supuesto una herramienta de una efectividad sin precedentes, y hoy están implantados en prácticamente todos los países y jurisdicciones antitrust del mundo». DIEZ ESTELLA, F. "La presunción internacional…", *op cit*, p. 17.

[1306] BERENGER FUSTER, L. "Los procedimientos en materia de defensa…", *op cit*, p. 284.

[1307] MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA. *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la Competencia*. Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Economía y Hacienda, 20 de enero de 2005; véase también MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. "Clemencia en el sistema español de defensa de la competencia: una novedad esperada e importante" en FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Reflexiones sobre las principales novedades*. Ed. Idei, nº 48 Extraordinario, octubre – diciembre 2007, p. 260.

de Defensa de la Competencia, por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, se presentaron en el registro de la CNC seis solicitudes de clemencia[1308].

La introducción del programa de clemencia supone un potente incentivo para que las compañías abandonen las conductas colusorias[1309]. Cualquier política anti-cártel exitosa, en opinión de MONTI, debe basarse en tres pilares: (i) una sólida capacidad de las autoridades de competencia para detectar y perseguir los cárteles; (ii) un nivel suficientemente disuasorio de las sanciones para infracciones cometidas; y (iii) una política de clemencia apropiada[1310].

Estos programas lo que hacen es aprovecharse de la facilidad de imponer diferentes sanciones en función del comportamiento[1311]. De tal forma que vienen a funcionar con lo que se conoce como "dilema del prisionero"[1312]. Introducen un elemento de incertidumbre porque cualquier empresa puede acudir a la autoridad de competencia. Por tanto, las empresas pueden decidir no formar un cártel, en primer lugar, si no existe confianza interna suficiente entre ellas; en segundo lugar, porque ellas mismas pueden estimar que el riesgo es muy elevado y por tanto elegir escapar de la sanción y dejar de

[1308] AYLLÓN, J. "¿Será efectivo el sistema de clemencia español?", en *Iuris*, diciembre 2009, p. 35; en Portugal entre su introducción en 2006 y el 2010 únicamente se produjo una solicitud de clemencia. WARD, A. Y HERNÁNDEZ SASETA, C. "Clemencia y sanciones", *op cit*, p. 3.

Desde entonces, anualmente se han ido interponiendo diversas solicitudes de clemencia, así, se han concedido 3 solicitudes de clemencia en 2010, 4 en 2011, 5 en 2012, 5 en 2013, 2 en 2014, 3 en 2015, 3 en 2016 y 2 en 2017. Destaca que, en el año 2018, aún sin utilizar la palabra "clemencia" se aplica para evitar sancionar a la Autoridad Portuaria de Vigo dado que, como se cita en la resolución «que es precisamente la APV quien, a la vista de los efectos que la conducta supone para la competitividad del puerto, ha decidido recurrir a la CNMC para que determine la ilicitud de la conducta y ponga fin a la misma.». Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0596/16 – *Estibadores de Vigo*, de 26 de julio de 2018.

[1309] MONTI, M. "The new shape of European Competition policy", en *Inaugural Symposium of the Competition Policy Research Center How Should Competition Policy Transform Itself?,* Ed. Japan Fair Trade Commision, Tokyo, 20 de noviembre de 2003, p. 8.

[1310] *Ibid*, p. 6

[1311] FEESSYAND, E. y WALZLZ, M. "An analysis of corporate leniency programs and lessons to learn for US and EU Policies", en *Paper Thursday Workshop - Amsterdam Center for Law*, septiembre 2004, p. 13

[1312] Leslie explica muy bien en qué consiste: «The Prisoner's Dilemma starts from the premise that two individuals have committed two crimes, one minor and one major. The police arrest both individuals and hold them for interrogation. The investigators have sufficient evidence to convict both suspects on the minor charge. However, the minor charge entails only a minimal amount of jail time, say, one year. In contrast, if an uncooperative suspect is convicted of the major crime, he will be sentenced to ten years in jail. Unfortunately, the investigators will not have sufficient evidence of the major crime unless at least one of the prisoners confesses (…) Separated from each other, the interrogator offers each prisoner the following deal: "turn state's evidence against your partner and, if he does not confess, we'll put him away for ten years and you'll serve no time in jail; however, if both of you confess, then you'll each receive a five-year sentence." (…) Thus, both prisoners are worse off having made this seemingly rational decision. However, if the prisoners can operate as a team, they can move to the preferred outcome of mutual silence where neither confesses». En LESLIE, C. R. "Trust, Distrust, and Antitrust", *op cit*, p. 520-521.; para un análisis económico de este dilema y cómo le afecta la falta de información véase FUNDENBERG, D. y TIROLE, J. *Game Theory*. Ed. The MIT Press Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, Massachusetts, 1991.

beneficiarse del acuerdo a cambio de denunciar la conducta[1313]. El programa tendrá éxito únicamente con que un solo miembro salga del acuerdo anticompetitivo e informe a las autoridades[1314].

Por tanto, a parte del objetivo de disuadir a las empresas de desarrollar este tipo de conductas colusorias, los programas de clemencia deben tener presentes otros dos objetivos[1315]: (1) La detección de cárteles que estén ocultos y la imposición de la sanción a las empresas que lo conforman; es decir, no debe abusarse de la posibilidad de reducir la sanción para conseguir más denuncias. (2) La apertura de la vía de reclamación de daños a los perjudicados por los actos anticompetitivos realizados por el cártel, que de otra manera hubiera permanecido oculto e ignorado.

Ahora bien, aunque el programa de clemencia implique un elemento desestabilizador del cártel, hay que tener presente que quienes participan en estos acuerdos tienden a ser demasiado optimistas, subestimando las posibilidades de ser detectados[1316]. La posibilidad de valorar que puedan escapar de la sanción si se presentase el caso puede provocar un aumento en su optimismo de manera que, empresas que tras valorar el riesgo se hubieran abstenido, decidan participar en la colusión[1317].

Además, es necesario tener presente que por sí solo el programa de clemencia no es suficiente para disuadir las conductas anticompetitivas[1318]. También será necesario que se detecten y sancionen comportamientos anticompetitivos. La razón es la siguiente: si se estima que, si nadie acude a la autoridad, la conducta no será detectada, nadie acudirá, para poder seguir obteniendo los beneficios que supone coludir –mantenimiento en el mercado de empresas ineficientes y beneficios extraordinarios para las demás–.

Desde su entrada en vigor, numerosas empresas han continuado acogiéndose a esta posibilidad[1319]. De todas las empresas que solicitaron a la autoridad nacional de

[1313] BUCCIROSSI, P. y SPAGNOLO G. "Optimal fines in…", *op cit*, p. 27.

[1314] MACCULLOCH, A. "National criminalisation of international…", *op cit*, p. 6

[1315] PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M. C. "La posición del solicitante de clemencia ante las acciones de reclamación de daños después de la Propuesta de Directiva de 13 de junio de 2013" en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Ed. La Ley, nº 14, primer semestre de 2014, pp. 1-2.

[1316] COMBE, E. y MONNIER, C. "Fines against hard core cartels…", *op cit.*, p. 266; LESLIE, C. R. "Rationality Analysis in Antitrust", en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 158, nº 2, 2010, p. 276.

[1317] MOTTA, M. y POLO, M. "Leniency programs and cartel prosecution", en *International Journal of Industrial Organization*, nº 21, 2003, pp. 347–379.

[1318] «they are not stand-alone tools for uncovering cartels. They generally require additional, complementary features to create incentives to defect and report on a cartel. One such complementary feature of the enforcement regime is a positive probability of detection independent of the immunity programme», en IACOBUCCI, E. M. "Cartel class actions and immunity programmes", en *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 1, nº 2, 2013, p. 7.

[1319] Para un análisis matemático de por qué una empresa puede estar tentada a coludir y después ser la primera en acudir al programa de clemencia véase MARVÃO, C. "The EU Leniency Programme and Recidivism", en *SSRN*, 31 de marzo de 2014.

competencia acogerse al programa de clemencia, el 47% eran la primera o segunda empresa del mercado[1320]. Ello significa que, si ya tenían una posición favorable, al no tener que hacer frente a la sanción, podría reforzarse esa posición dado que el dinero que no utilizan en satisfacer la sanción –mientras que el resto sí tienen que dedicar recursos para ello– podrá ser invertido en innovación, mejoras, publicidad…

No obstante, el éxito de la política de clemencia no debe medirse teniendo únicamente en cuenta el número de solicitudes de clemencia presentadas. Éstas pueden deberse al hecho de que las estadísticas se basen únicamente en los cárteles detectados o a la excesiva generosidad de las autoridades de competencia[1321]. En primer lugar, si se considera que el programa es demasiado generoso, la disuasión se estaría debilitando en vez de fortalecerse[1322]. En segundo lugar, la disuasión también se verá afectada si la autoridad de competencia no detecta comportamientos anticompetitivos a través de mecanismos diferentes de la clemencia, porque ello podría significar que únicamente se están persiguiendo aquellos que son "fáciles" de detectar porque una de las propias empresas participantes proporciona las evidencias del incumplimiento. En estos casos, si se deja de lado la supervisión de los mercados –esperando que las empresas hagan uso del programa de clemencia para investigarlos–, es más probable que aparezcan incentivos que inviten a los operadores económicos a coludir en ellos[1323].

A. El solicitante de clemencia: la imprevisibilidad *ex ante* del sujeto infractor para eludir o ver ampliamente reducido el importe la sanción

El artículo 65 LDC recoge que únicamente se beneficiará de una inmunidad completa de la sanción la primera empresa que solicite acogerse al programa de clemencia y presente a la CNMC información y evidencias que, en opinión del órgano de competencia, le permitan llevar a cabo una inspección en relación con el cártel alegado o

[1320] BORRELL, J.R.; JIMÉNEZ, J.L. y ORDÓÑEZ, J. M. "Redefiniendo los incentivos a la colusión: el programa de clemencia", en *Medio siglo de aplicación de las normas de Competencia en España*, Ed. CNC, julio 2013, p. 17

[1321] KLEIN, G. "Cartel Destabilization and Leniency Programs – Empirical Evidence", en *ZEW - Centre for European Economic Research Discussion Paper*, nº 10-107, 1 de mayo de 2011, p. 2.

[1322] WILS, W. P. J. "Leniency in antitrust enforcement…", *op cit*, p. 33.

[1323] HARRINGTON JR, J. E. y CHANG, M. H. "Endogenous Antitrust Enforcement in the Presence of a Corporate Leniency Program", en *CEMFI seminar*, septiembre 2012 **http://www.cemfi.es/ftp/pdf/papers/Seminar/Endogenous%20Antitrust.pdf**. (Último acceso: 06.05.2020). Además, si las autoridades de competencia únicamente sancionan aquellas conductas de las que han tenido constancia a través de una solicitud de clemencia, las empresas poco a poco irán dejando de colaborar porque no existirá un riesgo real de detección y porque así evitarán exponerse a posibles reclamaciones civiles. IACOBUCCI, E. M. "Cartel class actions…", *op cit*, p. 6.

comprobar una infracción del artículo 1 LDC, siempre y cuando no se dispusieran ya de elementos de prueba suficientes para determinar dicha infracción[1324].

De acuerdo con el artículo 66 LDC, aquellas empresas que, pese a su voluntad de cooperar, no puedan obtener una inmunidad total porque han realizado su solicitud después de que otro competidor haya sido considerado apto para beneficiarse de ella –incluso si la diferencia es sólo de horas o minutos–, podrán ver minorada su sanción si cumplen el resto de requisitos del artículo 65.2 LDC. En caso de ser la segunda empresa, la reducción será de entre un 30 y un 50 por ciento; si es la tercera entre un 20% y un 30% y, para la cuarta y sucesivas, podrá alcanzar hasta un máximo del 20% (artículo 66.2 LDC)[1325].

El programa de clemencia europeo y español, aunque son muy similares, se diferencian en el rango sancionador en el que se moverá la autoridad de competencia cuando imponga una sanción a la segunda y tercera personas que hayan decidido acogerse a él, como puede observarse en la siguiente tabla.

Tabla 10.- Reducciones máximas aplicables derivadas del programa de clemencia

	Comisión Europea	CNMC
Primera persona que cumpla los requisitos	Inmunidad total	Inmunidad total
Segunda persona	Hasta un 50%	30-50%
Tercera persona	-	20-30%
Sucesivas	Hasta un 20%	Hasta un 20%

FUENTE: Elaboración propia.

Como podemos observar, en primer lugar, el programa español es potencialmente más favorable que el europeo para quien solicita en tercer lugar acogerse al programa de clemencia porque pueden aspirar a obtener una reducción de hasta el 30% de la sanción; mientras que, bajo el régimen de la UE, la reducción no podría superar el 20%. Si bien la diferencia entre el máximo contemplado en la normativa de la UE para el tercer solicitante

[1324] Condiciones que, entre otras, satisface SEAT en la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0471/13 - *Concesionarios Audi/Seat/VW*, de 28 de mayo de 2015.

[1325] Así por ejemplo, en *Transporte escolar Murcia*, la CNMC exime de la multa a una empresa, a otra se la reduce en un 40% y a una tercera le aplica una reducción de un 30%. Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. SAMUR/02/18 – *Transporte escolar Murcia*, de 20 de junio de 2019, FJ. 6. En *Montaje y mantenimiento industrial* la reducción a Enwesa fue del 50%. Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0612/17 – *Montaje y mantenimiento industrial*, de 1 de octubre de 2019, FJ 5.

(20%) y la española (30%) es reducida, en términos monetarios puede implicar grandes sumas de dinero[1326].

El legislador español, en la redacción del artículo 66 LDC, decidió otorgar una mayor importancia a la colaboración de la tercera entidad que acudiese a solicitar acogerse al programa de clemencia. A nuestro entender, no se encuentran razones para recomendar la modificación de dicho apartado del artículo 66.2 LDC. Es poco probable que los incentivos de una empresa para acudir a la autoridad de competencia en tercer lugar varíen mucho en función de que el asunto esté siendo conocido por la Comisión Europea o por la CNMC teniendo en cuenta que la variación es sólo del 10%.

En segundo lugar, destaca que la horquilla de reducción para el segundo y tercer solicitante es menor puesto que hay un límite inferior que permite a la empresa hacer un cálculo aproximado de la reducción mínima de la que podría beneficiarse. Además, obliga a la autoridad de competencia a conceder ese mínimo una vez aceptada la solicitud de reducción. Esto puede ser negativo porque, aunque la empresa mereciera una reducción, ésta podría tener que ser incluso más reducida en función del valor de sus aportaciones.

Si el objetivo es disuadir a las empresas, se considera más adecuado que no exista ese límite inferior para la segunda y tercera empresa que acuda a la autoridad de competencia, puesto que la conducta ya ha sido detectada y la autoridad ya dispone de evidencias sobre su ilicitud; por lo que es más difícil justificar la reducción mínima.

Se acepta que es beneficioso que se reduzca la cuantía de la sanción también para subsiguientes operadores económicos que acuden a la autoridad de competencia, especialmente si se tiene en cuenta que puede ser necesaria su colaboración para interpretar documentos y para presionar a la primera solicitante a que no omita ningún detalle. Ahora bien, debería concederse a la autoridad de competencia la posibilidad de valorar discrecionalmente qué reducción concede, en un rango que vaya desde 0% hasta un tope máximo. La inexistencia de ese límite inferior produciría una mayor imprevisibilidad acerca de la sanción final a la que puede aspiran los solicitantes de

[1326] Así por ejemplo, en *Lighting systems*, a la segunda empresa en cumplir los requisitos para acogerse a la reducción prevista en la Comunicación sobre Clemencia se le concedió una reducción del 20%, mientras que si hubiera sido de aplicación la legislación española, ésta hubiera sido como mínimo del 30%. (Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40013 – *Lightning systems*, de 21 de junio de 2017.) En el caso de Toyota, en el asunto *Occupant Safety Systems*, siendo la segunda empresa en proporcionar información se le redujo la cuantía en un 28%. (Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39881 - *Occupant Safety Systems*, de 22 de noviembre de 2017). Sin embargo, en *Thermal Systems*, a la segunda empresa –Behr- sí se le redujo en un 30% la cuantía de la sanción, al igual que a Daimler en *Trucks*, siendo a estos efectos la misma reducción que se hubiera aplicado de resolverse de acuerdo con la normativa española (Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39960 - *Thermal systems*, de 8 de marzo de 2017 y Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39824 - *Trucks*, de 16 de julio de 2016).

Sin embargo, en otros asuntos como *Occupants Safety Systems II*, la reducción aplicada a la segunda empresa es del 50%, por lo que es coincidente con la mayor reducción que le hubiera podido aplicar la CNMC. Ello significa que este porcentaje no hubiera variado aunque hubiera conocido de ella la autoridad nacional de competencia. Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40481 – *Occupants Safety Systems II*, de 5 de marzo de 2019.

clemencia, por lo que dedicarán mayores esfuerzos a obtener una valoración lo más favorable posible por parte de la autoridad de competencia, de cara a asegurarse una reducción significativa.

Otra crítica que se puede hacer al programa de clemencia, dada su configuración actual, es la incertidumbre en que está sumido el solicitante. Varias causas pueden originar incertidumbre en el solicitante: el desconocimiento sobre si es el primero en acudir a la autoridad de competencia, sobre si las pruebas tendrán un valor añadido significativo, sobre si es necesario que interponga más de una solicitud de clemencia por si acaso la competencia para conocer el asunto recae sobre otra autoridad de competencia y sobre cómo le afectará acogerse a este programa ante una eventual reclamación por daños.

Para que los programas de clemencia sean efectivos, los presuntos infractores deben ser capaces de predecir con un alto grado de certeza cómo serán tratados al solicitar la clemencia y las consecuencias jurídicas que se derivarán, tanto si se acogen a él como si no[1327]. No obstante, existe un alto grado de incertidumbre e imprevisibilidad para la empresa solicitante en el momento de realizar la solicitud. En ese momento no puede saber si hay alguna otra empresa que ya se le ha adelantado o si la autoridad de competencia dispone ya de los elementos necesarios para comprobar por sí misma la existencia de la infracción. En el asunto *Sobres de papel*, por ejemplo, cuatro empresas solicitaron acogerse a este programa sin saber si serían las primeras en acudir a la autoridad de competencia[1328]. La primera de ellas presentó la solicitud el 11 de octubre de 2010 y, a las tres restantes, no se les notificó que no cumplían los requisitos del artículo 65.1 LDC hasta el 16 de diciembre de 2010.

A esta situación de imprevisibilidad hay que sumarle que ni siquiera existe un momento a partir del cual las empresas pueden considerar que ya no les será otorgada la inmunidad porque la autoridad de competencia ya ha detectado un comportamiento irregular. Se puede llegar a reconocer que la información tiene valor añadido significativo incluso después de que se hayan empezado a realizar las inspecciones. En *Exportación sobres de papel*, el 19 de octubre de 2012 la CNC realizó una inspección a Hispapel, en la que, en palabras de la CNC «se incautó toda la documentación que ha permitido

[1327] ORTIZ BLANCO, L.; GIVAJA SANZ, A. y LAMADRID DE PABLO, A. "Fine arts in Brussels: punishment and settlement of cartel cases under EC competition law", en *VIII Conference Antitrust Between EC Law and National Law*, Treviso, 22-23 de mayo de 2008, **http://antitrustlair.files.wordpress.com/2011/05/fine-arts-in-brussels-final-comp-41.pdf**, (Último acceso: 06.05.2020) p. 13.; VARELA GONZÁLEZ, A. "Características y situación actual…", *op cit*, pp. 217-218; Señala la OCDE que la clave para un programa de clemencia eficaz es que debe haber un alto grado de previsibilidad, transparencia y certeza, junto con una carga de la prueba no demasiado elevada, sanciones severas y un énfasis en la prioridad en la persecución de estos comportamientos. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS "Report on Leniency Programmes to fight hard-core cartels", en *Fighting hard-core cartels harm, effective sanctions and leniency programmes*, 2002; CARMELIET, T. "How lenient is…", *op cit*, p. 468.

[1328] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0316/10 - *Sobres de papel*, de 25 de marzo de 2013, FJ. 7.

acreditar los hechos que constan como probados». Con fecha posterior, el 30 de noviembre de 2012, Antalis solicitó acogerse al programa de clemencia y, aunque no se le reconoció la exención total, sí que pudo beneficiarse de una reducción del 40% sobre el valor del importe de la multa[1329].

La indeterminación sobre cuál será el rango en el que se incluya su solicitud y la consiguiente reducción que se aplicará genera dudas acerca de si es compatible con los derechos fundamentales de defensa. Toda empresa que presenta una solicitud de clemencia a una autoridad de defensa de la competencia se auto-incrimina automáticamente al declarar que ha participado en un comportamiento ilegal. Ahora bien, desconoce cuáles serán con exactitud las consecuencias de dicha autoinculpación y consiguiente renuncia del derecho a la presunción de inocencia, puesto que la reducción quedará a merced de la discrecionalidad de la autoridad de competencia. De hecho, incluso desconoce si la documentación que está aportando tendrá algún "valor añadido significativo"[1330].

Por otra parte, la admisibilidad de las pruebas obtenidas por esta vía plantea dudas porque quien acude a realizar las declaraciones es una parte directamente involucrada en la infracción y con intereses en juego. La jurisprudencia ha puesto en cuestión en reiteradas ocasiones la validez del testimonio del testigo interesado[1331].

En este "limbo" podemos encontrarnos con dos situaciones: (a) la Dirección de Investigación decide conceder una reducción y, o luego cambia de parecer, o el Consejo –actual Sala de Competencia– la rechaza; (b) directamente, contra el pronóstico de las partes, no es acogida una reducción por carecer de valor añadido significativo la información proporcionada.

En el primero de los supuestos tendríamos, entre otros expedientes, el de *Vinos Finos de Jerez*, en el que la propuesta inicial de reducción provisional de la Dirección de Investigación fue retirada en la Propuesta de Resolución, y el asunto *Peluquería Profesional*, en el que la Propuesta de Resolución de la Dirección de Investigación en la

[1329] Previamente, el 8 de noviembre de 2012, UNIPAPEL también había solicitado acogerse al programa de clemencia pero se consideró que la documentación aportada no tenía un valor añadido significativo. Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0318/10 - *Exportación sobres de papel*, de 15 de octubre de 2012, FJ. 7.

[1330] Además, mientras que con carácter general las solicitudes de exención a las que se le ha concedido la exención provisional a tenor de lo dispuesto en el artículo 47.1 RDC, les ha terminado siendo reconocida dicha exención en la resolución Consejo; en los supuestos de reducción no ha sucedido lo mismo. Así por ejemplo, en Vinos Finos de Jerez, la propuesta inicial de reducción provisional de la DI fue retirada en la propuesta de resolución y en Peluquería Profesional, aunque en la propuesta de resolución de la DI sí se reconocía la reducción de la multa, ésta no fue aceptada por el Consejo en su resolución. BERENGUER FUSTER, L. "Reflexiones en torno…", *op cit*, p. 12.

[1331] ALONSO SOTO, R. "La nueva Ley de Defensa…", *op cit*, p. 10; WARD, A. Y HERNÁNDEZ SASETA, C. "Una revolución para la defensa de la competencia en España" en BACHES OPI, S. (Coord). *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación*, Ed. La Ley, Madrid, noviembre 2010, p. 471.

que se reconocía la reducción de la multa, no fue aceptada por el Consejo en su resolución[1332].

En el segundo de los casos, nos encontramos el asunto *Distribuidores saneamiento*. Aunque Diteco solicitó acogerse a este programa, la Dirección de Investigación, y posteriormente el Consejo, rechazaron que se hubieran facilitado elementos de prueba que aportasen valor añadido significativo con respecto de la información de la que ya disponía la CNC y que, en consecuencia, le hicieran merecedora de la inmunidad[1333]. Así mismo, en *Equipos contra incendios*, la Sala de Competencia de la CNMC estimó que no procedía reducir la multa a Extintores Faex SL toda vez que «[la empresa] no ha facilitado elementos de prueba que aportaran un valor añadido significativo a aquellos que la [Dirección de Competencia] ya poseía para demostrar la existencia del cártel»[1334].

El deseo de acogerse a este ventajoso programa pugna con el miedo a que se filtre la información y tenga que hacer frente a una indemnización civil mayor que la que los perjudicados por la conducta podrían demostrar si no hubiera colaborado[1335]. En consecuencia, es habitual que la empresa que solicita acogerse al programa de clemencia prefiera realizar las declaraciones oralmente. El artículo 46.2 RDC permite que las solicitudes de clemencia se presenten verbalmente. Para ello, el apartado 20 de la Comunicación de la CNC sobre clemencia recoge lo siguiente[1336]:

> "Previa petición del solicitante, la Dirección de Investigación puede acceder a que la solicitud sea verbal. Para ello, se concertará una reunión en las dependencias de la CNC y tras la transcripción de la grabación de la solicitud verbal, se procederá inmediatamente a su registro, siendo la fecha y hora de entrada en el registro de la CNC de esta transcripción el elemento determinante del orden de recepción de dicha solicitud".

En estos casos, las declaraciones realizadas por los representantes de las empresas ante los funcionarios de la autoridad de competencia serán posteriormente transcritas e

---

[1332] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0091/08 - *Vinos finos de Jerez*, de 28 de julio de 2010; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0086/08 – *Peluquería Profesional,* de 2 de marzo de 2011; BERENGUER FUSTER, L. "Reflexiones en torno…", *op cit*, p. 12.

[1333] Resolución del consejo de la CNC en el Expte. S/0303/10 – *Distribuidores saneamiento*, de 23 de mayo de 2013, FJ. 8.

[1334] Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0445/12 - *Equipos contra incendios*, de 26 de junio de 2014, FJ. 12.

[1335] «In Pfleiderer, the Court of Justice held that the scope of access for third parties (essentially damage claimants) to documents voluntarily submitted by leniency applicants, was to be determined by national courts on a case-by-case basis and according to national law» VANDENBORRE, I Y GOETZ, T. "EU Competition Law procedural issues", en *Journal of European Competition Law and Practice*, Vol. 4, nº 6, 2013, p. 506.; STJ (Gran Sala) de 14 de junio de 2011, asunto C-360/09, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*, [2011] RJE I-05161.

[1336] COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Comunicación sobre el Programa de Clemencia*. 19 de junio de 2013. BOE de 16 de agosto de 2013, p. 60718.

incorporadas al expediente por éstos[1337]. La entrada en el registro y momento en el que se le concede el "marcador de llegada" no será cuando solicite a la autoridad de competencia acogerse al programa, ni siquiera cuando realice las declaraciones que se le exigen para poder acceder a la inmunidad o reducción de la sanción, sino cuando se transcriban e incorporen a su registro. Esto es desfavorable a la empresa que puede ver cómo un solicitante posterior que realiza los trámites por vía escrita se le adelanta en la jerarquía de concesión de beneficios. Si se quiere potenciar el programa de clemencia, deberían estar en igualdad de condiciones quienes realizan su solicitud oral y quienes la hacen escrita. Puede haber empresas reticentes inicialmente a entregar documentación, pero que estarían dispuestas a mantener un diálogo con la autoridad, y, en función de estas conversaciones, realizar una denuncia oral de las prácticas anticompetitivas.

El solicitante de clemencia, con carácter general, acudirá en un estado de total incertidumbre[1338]. Por tanto, quizás más que por poner fin a la infracción, acude porque estima que existen altas posibilidades de que ya se ha detectado la infracción y pretenda aprovecharse de este mecanismo para eludir la sanción; o bien, prevea que otro de sus "compañeros" está analizando acogerse a esta medida.

Aunque este programa ayude a la autoridad de competencia a detectar conductas, a acortar los procedimientos al disponer ya de material probatorio y a poder imponer la sanción con una mayor seguridad, se estima que podría ser necesario mejorar su regulación, así como no abusar de su aplicación; es decir, no aceptar las solicitudes de clemencia salvo que realmente la empresa lo merezca. En caso contrario, puede perder la esencia de su existencia para terminar convirtiéndose en un mecanismo al servicio de los intereses de las empresas colusorias.

Muchas de las críticas que se le han hecho al sistema español con relación a estos aspectos son igualmente aplicables para el sistema europeo[1339]. No obstante, de la práctica de la autoridad de competencia europea sí que pueden desprenderse las propuestas de mejora que se señalarán a continuación.

En primer lugar, para solucionar la inseguridad jurídica que rodea el desconocimiento sobre si ya hay otras empresas colaborando con la autoridad de competencia, podrían aceptarse solicitudes hipotéticas de clemencia como las que se

[1337] WARD, A. Y HERNÁNDEZ SASETA, C. "Clemencia y sanciones", *op cit,* p. 5.

[1338] A la hora de realizar una valoración del programa de clemencia se comparten las observaciones recogidas por ALONSO SOTO: «el sistema genera inseguridad material y jurídica para el empresario arrepentido que se plantea denunciar la existencia de un cártel a las autoridades de competencia o aportar determinadas pruebas, dado que no garantiza nunca a éste la certeza de si será el primero en aportar la información ni tampoco la valoración que las autoridades de competencia darán a las pruebas aportadas, quedando en la incertidumbre de si alcanzarán la consideración de nuevas o de significativo valor añadido; por otra parte, la decisión de las autoridades de defensa de la competencia otorgando a un empresario la inmunidad frente a las sanciones o una reducción de la cuantía de las multas puede ser revisada y dejada sin efecto por la jurisdicción en el ejercicio de su función de control de la actividad administrativa»ALONSO SOTO, R. "La nueva Ley de Defensa…", *op cit,* p. 7.

[1339] CARMELIET, T. "How lenient is…", *op cit*, pp. 463-512.

prevén en el apartado 15 de la Comunicación de Clemencia europea[1340]. Éstas consisten en «la solicitud previa y anónima de una simulación en la que pueda presentar, en términos hipotéticos, los elementos de prueba que pretenda aportar, de forma que una vez que la Comisión decida sobre ella el solicitante pueda presentar una solicitud definitiva»[1341]. La autoridad de competencia ni confirmaría, ni desmentiría, la existencia de una investigación sobre determinado comportamiento anticompetitivo, sino que indicaría a los posibles solicitantes si está disponible un indicador de "primer llegado" en relación con el mismo[1342].

En segundo lugar, con relación a si se le concederá definitivamente una reducción porque las pruebas aportadas tienen un valor añadido significativo, en el programa de clemencia europeo la certidumbre "resulta más sencilla de obtener en la medida de que es el mismo organismo quien la concede inicial y definitivamente, pero tal cosa no ocurre en el sistema español en el que la declaración provisional la concede la Dirección de Investigación"[1343].

La Dirección de Investigación y el Consejo de la CNMC no tienen por qué compartir el mismo criterio sobre si las pruebas aportadas tienen un valor añadido significativo que merezca una reducción; y, si lo merece, tampoco tienen que estar de acuerdo en el porcentaje en el que se reducirá. Esto provocará que hasta el momento en el que les sea notificada la propuesta de resolución no sabrán cómo será premiada su colaboración. Por ello, debería establecerse un procedimiento o mecanismo que permitiera valorar con un único criterio si la información y colaboración prestada será gratificada. Ya sea estableciendo un procedimiento *ad hoc* de valoración de los elementos aportados en el que se llega a una conclusión o, simplemente, recogiendo que la reducción que proponga la Dirección de Investigación no será modificada por el Consejo de la CNMC; de hecho, en el sentido de esta segunda opción, la inmunidad concedida por la Dirección de Investigación para el primer solicitante es vinculante para el Consejo de la CNMC si se satisfacen todos los requisitos.

Junto a los problemas que surgen a la hora de su aplicación, también es cuestionable si respeta los principios de equidad e igualdad de trato ante la ley[1344]. Es la única área en la que, con carácter general y de manera habitual, se obtiene la inmunidad total. Las medidas de clemencia similares a las contempladas en la LDC sólo están previstas de forma excepcional para ciertos tipos de delitos que revisten una especial

[1340] COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel. DOUE C 298/17, de 8 de diciembre de 2006

[1341] PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M. C. "La posición del solicitante de clemencia…", *op cit*, p. 5.

[1342] BEZZI, M. "ICN Curriculum Project – Leniency Transcript (Spanish)" , en *ICN Curriculum project*, diapositiva 9

[1343] BERENGUER FUSTER, L. "Reflexiones en torno…", *op cit*, p. 13

[1344]ALONSO SOTO, R. "La nueva Ley de Defensa…", *op cit*, p. 10

gravedad, como por ejemplo narcotráfico y terrorismo, y nunca se produce la exención total de la pena[1345].

Además, la inmunidad o la reducción de la sanción supone una situación de injusticia frente al empresario que respeta la Ley y los consumidores que sufren los perjuicios de la práctica anticompetitiva porque quien se ha beneficiado de la existencia del cártel finalmente queda impune o ve reducida la sanción. Se está premiando a quien ha cometido un acto ilícito. Por tanto, aunque no se desconocen los efectos positivos de su existencia –es un programa muy favorable para el infractor, por lo que es previsible que lo utilice–, es conveniente señalar que sería positivo que se articulase algún mecanismo para la detección de las infracciones que encajase mejor dentro de nuestro ordenamiento jurídico. La igualdad de trato es importante tanto entre los infractores de una norma concreta, como entre quienes infringen la Ley en su sentido amplio.

No existe un máximo de concesiones de clemencia respecto del número de personas que pueden acogerse a este programa dentro del mismo cártel, ni respecto de aquellas que pueden solicitarlo tras haber participado en diferentes conductas colusorias.

En primer lugar, el que no exista un número máximo de solicitantes de clemencia implica que la autoridad de competencia podrá minorar la sanción a todos aquellos solicitantes que sigan aportando información que suponga un valor añadido significativo.

Se considerará que la información aportada es suficiente para reducir la multa cuando por su fuerza y detalle refuercen la capacidad de la autoridad de competencia para demostrar la existencia de un cártel[1346]. Tendrán más valor las pruebas escritas contemporáneas que las establecidas posteriormente, así como también las directamente relacionadas con los hechos, en comparación con las que sólo guarden relación indirecta con los mismos. Igualmente, se atribuirá un mayor valor a las pruebas concluyentes que a pruebas tales como las declaraciones que exigen corroboración en caso de ser contradichas[1347]. El valor añadido significativo de la información descenderá a medida que se aporte nueva información. Por tanto, es cuestionable que se puedan conceder cuatro o más reducciones en la cuantía de la sanción. El número de integrantes del cártel variará, por lo que podría establecerse un porcentaje sobre el total de miembros al que puede reducírsele la sanción, que no podrá superarse.

[1345] Como recoge BERENGUE «se trata de una institución en cierta medida extravagante en nuestra tradición jurídica e incluso en nuestra cultura, pues es cosa bien sabida que sus precedentes se sitúan fundamentalmente en la cultura jurídica anglosajona, y podríamos señalar que, en el campo del derecho de la competencia, esencialmente en los EE.UU.» BERENGUER FUSTER, L. "Reflexiones en torno…", *op cit*, p. 1.

[1346] Así se caracteriza, por ejemplo, por ALONSO SOTO, al establecer que «Se considera que una prueba tiene valor añadido cuando aumenta la capacidad de la Comisión para probar los hechos relativos a la infracción de las normas de competencia bien sea por la propia naturaleza de la prueba o bien por su nivel de detalle o por ambos conceptos». ALONSO SOTO, R. "La nueva Ley de Defensa…", *op cit*, p. 9.

[1347] RAMOS GÓMEZ, Á. y CABRERA MAQUEDA, E. "El programa español…", *op cit*, p. 6.

En segundo lugar, el hecho de que las empresas puedan seguir acogiéndose a este programa, independiente de que ya lo hayan hecho anteriormente o de que ya hayan sido sancionadas previamente, puede tener un impacto en el mantenimiento y creación de nuevos cárteles. Las empresas podrían verse tentadas a establecer turnos para solicitar acogerse a este programa de clemencia[1348]. De esta manera, los gastos y riesgos que supone coludir se verían reducidos, dado que incluso pueden acordar el momento concreto en el que se acudirá a la autoridad de competencia y los mecanismos de compensación entre ellas. La cuantía de la multa puede experimentar importantes variaciones en función de que se imponga tras un ejercicio con un alto volumen de negocios a cuando se haga tras un período de "crisis".

Además de ser la primera en acudir a la CNMC, la empresa solicitante deberá cumplir de manera cumulativa los siguientes requisitos (artículo 65.2 LDC):

- Cooperar plena, continua y diligentemente a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación con la autoridad de competencia.
- Poner fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que facilite los elementos de prueba o presente su solicitud, excepto en aquellos supuestos en los que la autoridad de competencia estime necesario que dicha participación continúe con el fin de preservar la eficacia de una inspección.
- No haber destruido, alterado o falsificado elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención ni haber revelado, directa o indirectamente, a terceros distintos de la Comisión Europea o de otras autoridades de competencia, su intención de presentar esta solicitud o su contenido.
- No haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción.

Desarrollando lo que implica la necesidad de que se continúe con la infracción, el apartado 68 de la Comunicación sobre el programa de clemencia recoge lo siguiente:

> "para preservar la investigación del cártel o para no alertar a los demás participantes, la Dirección de Investigación podrá autorizar al solicitante de clemencia para mantener contactos o actuaciones indispensables para conservar la apariencia de que su participación continúa durante el tiempo necesario para preparar las medidas de investigación oportunas por la Dirección de Investigación. En este supuesto, salvo prueba en contrario, la continuación de los contactos en los términos señalados por la Dirección de Investigación no se reputará constitutiva de infracción, dando su participación por concluida en el momento de la presentación de su solicitud de clemencia".

Aunque la Comunicación carece de valor normativo, es importante señalar lo que recoge porque ofrece una perspectiva de cómo interpreta la autoridad de competencia el

[1348] Por este motivo algunos autores argumentan que podría ser positivo sancionar a las personas físicas que participan en las conductas anticompetitivas, con sanciones diferentes a las pecuniarias, de tal manera que quedase asegurada la responsabilidad personal del infractor. WILS, W. P. J. "The European Commission's 2006 Guidelines…", *op cit*, p. 29.

artículo 65.2.b LDC y lo que implica que se recoja en la LDC la necesidad de satisfacer ese requisito. Este requisito que exige que «dicha participación continúe con el fin de preservar la eficacia de una inspección» genera dudas sobre su posible encaje dentro de la normativa[1349].

En primer lugar, esta figura se asemeja a lo que en nuestro Derecho se denomina como "agente encubierto" (artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), quien goza de una justificación de conducta basada en una exención legal que actúa como excusa absolutoria penal[1350]. En estos casos se exige a dicho agente que satisfaga tres requisitos cumulativos:

- actúe expresamente con permiso judicial;
- acepte voluntariamente, y
- siempre con respeto a los derechos fundamentales, sin perjuicio de permisos judiciales concretos.

En Derecho de la competencia, a través de la política de clemencia, no será el Juez penal quien otorgue una excusa absolutoria, sino que será la Administración quien obligue a un ciudadano cualquiera a pasar a la condición de "obediente súbdito coaccionado" porque sin su cooperación quizás algunas prácticas no podrían realizarse[1351]. Es decir, esta provisión vulnera la libertad personal porque coacta a la empresa y sus representantes a continuar su participación en la infracción cuando así lo decida la Dirección de Investigación, e «incita a la empresa y a sus representantes a cometer actos tipificados penalmente por alterar o maquinar, sin que el hecho de hacerlo a instancias de la Administración le exima de cometer un delito»[1352].

En segundo lugar, resulta cuestionable legalmente que la obtención de pruebas para sancionar pueda conllevar no poner fin a los perjuicios lo más rápido posible, especialmente cuando los perjudicados sean los consumidores. Si actualmente ya es difícil conseguir una compensación por los daños sufridos, en estos casos donde incluso se considera que ya no existe infracción, aunque se haya continuado causando un perjuicio, puede resultar aún más complicado o imposible. Actualmente no quedar claro si alguien deberá responder por los daños sufridos o si es una lesión que el administrado está obligado a soportar[1353]. El solicitante de la clemencia por el período transcurrido

[1349] AYLLÓN, J. "¿Será efectivo el sistema…", *op cit*, p. 35.

[1350] SORIANO, J. E. La defensa de la competencia…, op cit, p. 216.

[1351] *Ibid*, p. 217.

[1352] WARD, A. Y HERNÁNDEZ SASETA, C. "Una revolución para la defensa…", *op cit*, p. 471.

Como recoge SORIANO, «puede que tenga que realizar actos que estén tipificados penalmente como delito económico por alterar o maquinar, de lo cual la instrucción de la Administración de que continúe haciéndolo, no equivale a cumplir con un cargo o un deber y, por tanto, puede que esté delinquiendo» SORIANO, J. E. La defensa de la competencia…, op cit, pp. 217-218

[1353] Si se concluyera que no es un mal que el administrado deba soportar, podría dar lugar a Responsabilidad Patrimonial por parte de la Administración de acuerdo con los artículos 32 y siguientes de

entre la solicitud y la finalización efectiva de la conducta no puede ser obligado a satisfacer ninguna responsabilidad civil derivada la comisión de una infracción administrativa porque, como ya se ha mencionado, «la continuación de los contactos en los términos señalados por la Dirección de Investigación no se reputará constitutiva de infracción, dando su participación por concluida en el momento de la presentación de su solicitud de clemencia». Por tanto, en caso de que un perjudicado estimase que tiene derecho a solicitar una indemnización por ser una lesión de sus bienes jurídicos que no tiene el deber de soportar, sólo le quedaría tratar de acudir la responsabilidad patrimonial del Estado.

Finalmente, la reputación de ser dignos de confianza es fundamental en muchos negocios de alto riesgo[1354]. Afirma BERENGUER lo siguiente:

> "conozco de supuestos en los que algún implicado se ha negado a solicitar clemencia por alegar que vulneraba su ética empresarial, como si la verdadera falta de ética no fuera formar parte de un cártel, o bien quien no se atrevía a acogerse al programa por temor a la reprobación social, por no señalar que existen incluso supuestos en los que se ha producido alguna baja en una asociación empresarial por no coincidir en las reuniones con quien ha solicitado clemencia en un procedimiento de competencia"[1355].

Por ello, si ya resulta difícil de justificar entre los participantes en la conducta anticompetitiva el haber acudido a denunciarla, más complicado será aún el explicar que se les estuvo engañando haciéndoles creer que todo iba según lo acordado de cara a responsabilizarles para ser posteriormente sancionados.

No se puede utilizar conforme a Derecho un instrumento que lesione el honor y la dignidad de la persona y que además le coaccione[1356]. Como recoge SORIANO, el que «a petición o imposición de la CNC, continúe fingiendo que sigue en el cártel, puede acabar siendo desde constitutiva de una falta de dignidad insoportable constitucionalmente hasta la consecución de prueba por medios ilícitos, con la consecuente nulidad»[1357]. Estas pruebas pueden dar lugar a lo que los procesalistas conocen como la "fruta podrida del árbol envenenado" (pruebas ilícitas por provocadas)[1358]. Ello puede hacer que el programa pierda atractivo, puesto que esas personas que han seguido coludiendo a sabiendas de que estaban engañando a sus socios con posterioridad pueden necesitar que se vuelva a

---

la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, BOE nº 236, de 2 de octubre de 2015.

[1354] LESLIE, C. R. "Trust, Distrust, and Antitrust", *op cit,* p. 40.

[1355] BERENGUER FUSTER, L. "Reflexiones en torno…", *op cit*, p. 2.

[1356] SORIANO, J. E. La defensa de la competencia…, op cit, 2007, p. 214.

[1357] *Ibid*, pp. 214-215.

[1358] «Lo que evidentemente los principios del Derecho procesal penal aplicables al procedimiento sancionador vedan es que la empresa denunciante a instancias de la CNC ejecute acciones con el propósito de obtener pruebas, pues una cosa es no cesar en la actividad acordada y otra bien distinta provocar una conducta "antitrust"», en BAÑO LEÓN, J. M. "El procedimiento administrativo…", *op cit*, p. 122.; SORIANO, J. E. *La defensa de la competencia…, op cit*, p. 214 y 218.

depositar en ellos la confianza para otros acuerdos lícitos; confianza que les puede ser negada si la sanción ha supuesto un verdadero perjuicio. Por ello, y por todo lo explicado anteriormente, si se decide mantener este requisito para poder beneficiarse del programa de clemencia, es necesario interpretar restrictivamente la posibilidad de obligar a la empresa demandante de clemencia a que continúe con la infracción.

Por su parte, la Comunicación de la Comisión relativa al programa de clemencia prevé en el apartado 12.3 que «la empresa pondrá fin a su implicación en el presunto cártel inmediatamente después de presentar su solicitud, excepto en la medida de lo razonablemente necesario, a juicio de la Comisión, para preservar la integridad de las inspecciones».

Esta previsión es muy similar a la contenida en el artículo 65.2b LDC donde se contempla como requisito para conceder la exención:

> "poner fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que facilite los elementos de prueba a que hace referencia este artículo, excepto en aquellos supuestos en los que la Comisión Nacional de la Competencia estime necesario que dicha participación continúe con el fin de preservar la eficacia de una inspección".

Como se puede observar, ambas regulaciones son muy similares. La diferencia radica en la inclusión de los términos "razonablemente necesario" en el texto europeo, que es una circunstancia que debe ser apreciada por la Comisión Europea.

La duda, por tanto, reside en si una empresa –al amparo de la normativa europea– podría solicitar no continuar colaborando con la autoridad de competencia, alegando que no es "razonablemente necesario para la inspección" porque estima que ya ha aportado la información necesaria y suficiente para que se pueda acreditar la infracción, y si la Comisión Europea estimaría dicha solicitud.

Ya se han señalado los inconvenientes que supone este requisito de continuidad de la infracción. No obstante, dada la similitud de la regulación de la UE y la nacional, esta primera no sirve, en esta ocasión, como modelo inspirador para la supresión de este requisito de continuidad por cuanto, dada la redacción de la normativa europea, también deja la puerta abierta a que el sujeto infractor se perpetúe en su comportamiento anticompetitivo[1359].

Por último, con relación al solicitante de clemencia, en el supuesto de que se hiciera un uso efectivo de las sanciones individuales, o, en el caso de la UE, si estás se añadieran al elenco de posibles sanciones, debería preverse un programa de clemencia individual. Actualmente, las personas físicas (representantes legales e integrantes de los

[1359] Como recoge SORIANO, el que «a petición o imposición de la CNC, continúe fingiendo que sigue en el cártel, puede acabar siendo desde constitutiva de una falta de dignidad insoportable constitucionalmente hasta la consecución de prueba por medios ilícitos, con la consecuente nulidad"» SORIANO, J. E. *La defensa de la competencia…, op cit*, pp. 214-215.

órganos directivos) pueden acogerse al sistema ya existente, pero lo que se propone es la creación de un programa específico para ellos. Lo que se pretende es incentivar el acudir a la autoridad de competencia, no tanto por evitar el perjuicio a la empresa, sino por evitar el propio.

En Estados Unidos, donde sí que existe y se utiliza dicho programa, las sanciones individuales de empleadores o empleados se reducen en la misma proporción que la sanción impuesta a la compañía[1360]. En nuestro sistema, donde las sanciones no son tan graves como en el norteamericano –por lo que podría haber menos incentivos para hacer uso de estos programas de clemencia individuales– podría preverse la inmunidad total para las primeras personas físicas y únicamente una reducción parcial la segunda y siguientes empresas.

Ahora bien, para que tenga éxito en nuestro sistema es imprescindible que se haga uso de la posibilidad que ofrece la LDC de sancionar a los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión (artículo 63.2 LDC). Además, también sería necesario que la clemencia se concediera únicamente a la persona física y no a la empresa, dado que en caso contrario no aportaría ninguna ventaja la diferenciación entre ambos programas.

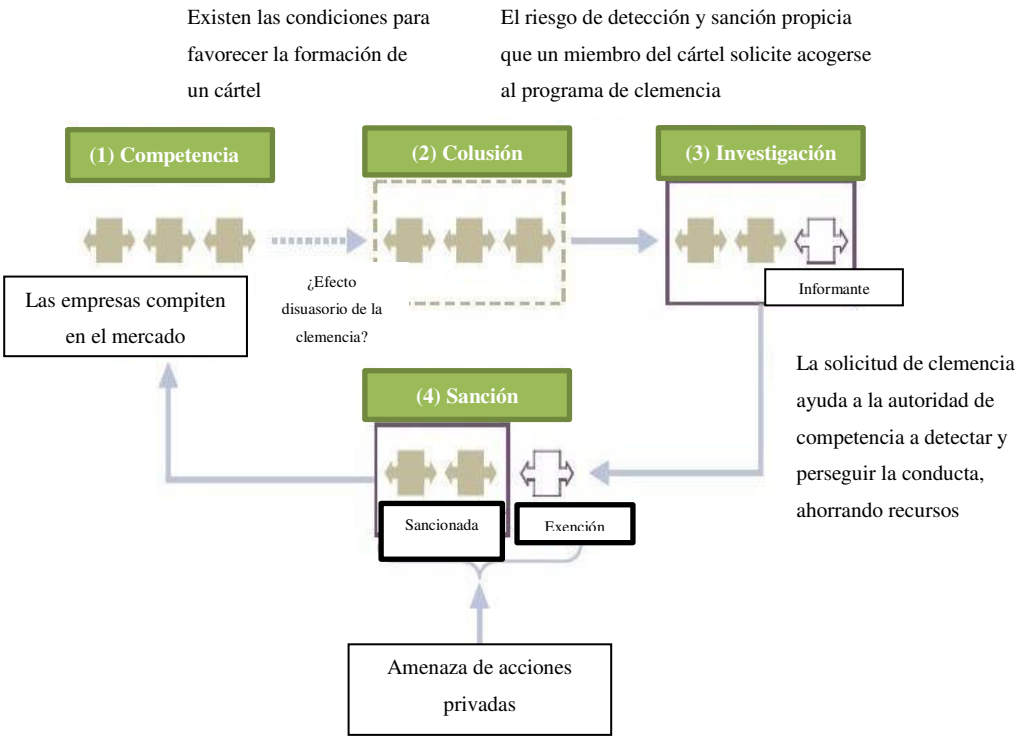
B. El afectado por la conducta infractora: la incidencia de la solicitud de clemencia en el *private enforcement* de la normativa de competencia

La clemencia es únicamente administrativa. Por tanto, ante la jurisdicción civil, quien apele a esta política de clemencia puede ser condenado a pagar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a terceros (*private enforcement*)[1361]. En el siguiente gráfico podemos observar cómo lo que lleva a acudir a la autoridad de competencia es precisamente el riesgo de ser detectado y castigado. Por tanto, si existe la amenaza de tener que hacer frente a una posible indemnización, una vez termina el procedimiento, este programa puede verse afectado.

[1360] Acerca del Amnesty program de Estados Unidos, recoge Chen lo siguiente: «The corporate leniency program allows only the principal as the legal representative of a collusive firm to approach, and any other individuals engaged in collusion are not eligible to apply for leniency unless they come formard with the principal. The individual fines of engaged employers and employees of the firm that qualifies for anmnesty will also be reduced automatically with the same amnesty rate». CHEN, Z. "Cartel organization…", *op cit*., p. 14.

[1361] Actualmente, este problema está siendo estudiado por la Comisión Europea en el Libro Verde sobre Indemnización de Perjuicios. BERENGER FUSTER, L. "Los procedimientos en materia de defensa…", *op cit*, p. 285.

Ilustración 7. El programa de clemencia y momento de su solicitud



FUENTE: HOLT, D. "Damages actions: the European Commission White Paper", p.2

Podemos plantearnos dos perspectivas diferentes a la hora de abordar la cuestión de si merecería la pena extender la inmunidad a los procedimientos civiles[1362]: (a) si el objetivo de los daños civiles es la compensación, entonces es difícil justificar la limitación de la responsabilidad civil por los daños derivados de conductas anticompetitivas; en cambio, (b) si el objetivo es aumentar el efecto disuasorio y la efectividad de la sanción, entonces puede justificarse la limitación de esta responsabilidad para proteger la integridad y el atractivo del programa de clemencia.

Algunos autores, sirva de ejemplo KOMNINOS, argumentan que una posible solución para aumentar el efecto disuasorio podría ser que la inmunidad se extendiera también a los daños civiles para los primeros solicitantes de clemencia[1363]. Ello no implicaría que los afectados se fueran a quedar sin indemnización, dado que podrían reclamar por los daños sufridos al resto de miembros del cártel como responsables

[1362] KOMNINOS, A. P. "The White paper for damages actions: putting the community right to damages in effect" en GHEUR, C. Y PETIT, N. *Alternative enforcement techniques in EC competition law. Settlements, commitments and other novel instruments*, Ed. Bruylant, Bruselas, 2009, pp. 61-62.

[1363] *Ibid*., p. 64

conjuntos y solidarios[1364]. Además, desde la perspectiva de la autoridad de la competencia, es positivo incentivar a las empresas a poner en su conocimiento la mayor cantidad de información posible. Lo más difícil es detectar los acuerdos y tener evidencias sobre su existencia; aunque ello implique que los siguientes sean más reticentes por miedo a tener que satisfacer, solidariamente, aquella parte de la indemnización de la que estaría exenta la primera. No obstante, los solicitantes desconocen si son los primeros o no, por lo que queriendo potenciarlo podría producirse el efecto inverso.

En consecuencia, opinamos que la perspectiva más adecuada es la primera.

En primer lugar, porque no existe ninguna justificación para evitar que los infractores respondan por los daños causados, más allá de tratar de asegurarse que el programa no pierda eficacia. No obstante, eliminar la sanción que correspondería por las infracciones tipificadas ya se reputa suficiente gratificación como para que merezca la pena acudir a él.

En segundo lugar, se entiende que no puede dejarse al arbitrio de los infractores la decisión sobre si satisfarán indemnizaciones (no acuden al programa de clemencia) o si no lo harán (acuden al programa). Esto puede influenciar las decisiones de empresas con grandes cuotas de mercado que, en el último tramo de existencia del cártel, cuando ya han decidido acudir al programa, aprovechen para incrementar aún más los precios y obtener más beneficios.

En tercer lugar, no se tiene en cuenta que el poder reclamar los daños sufridos también puede fortalecer el programa de clemencia. De esta manera, la carrera por ser la primera en comunicar a la autoridad de competencia la existencia de la conducta anticompetitiva aumentaría. Ser el segundo o tercer solicitante de clemencia, no sólo impediría poder acogerse a la inmunidad, sino que implicaría poder tener que hacer frente a posibles indemnizaciones[1365]. En suma, la sanción y la posible indemnización harían más valioso el poder eliminar la cantidad a satisfacer en concepto de multa. El beneficio de inmunidad sólo lo obtendrá la primera empresa. A partir de ahí, todas ellas deberán hacer frente a la sanción (o a parte de ella) y, eventualmente, a una indemnización.

No obstante, acerca de las posibles reclamaciones civiles que puedan producirse –aplicación privada del Derecho de la competencia–, la Directiva de Daños 2014/104 recoge que los documentos provenientes de solicitudes de clemencia gozarán de protección absoluta: tanto las declaraciones de empresa en el marco de un programa de clemencia, como las solicitudes de transacción. De esta manera se pretende evitar que se ponga en peligro la aplicación pública del Derecho de la competencia. Esto encaja con el

[1364] Como válvula de escape, esta inmunidad podría no ser aplicable en el caso en el que uno o varios de los miembros del cártel fueran insolventes. *Ibid*. p. 64.

[1365] KOMNINOS, A. P. "The White paper for damages actions: putting the community right to damages in effect" en GHEUR, C. Y PETIT, N. *Alternative enforcement techniques in EC competition law. Settlements, commitments and other novel instruments*, Ed. Bruylant, Bruselas, 2009, p. 64

apartado 77 de la Comunicación de la CNC sobre el programa de clemencia, donde se recoge lo siguiente:

> "Respecto de las acciones de daños y perjuicios que pudieran plantearse en relación con infracciones de cártel sancionadas en procedimientos de competencia en los que se hayan presentado solicitudes de clemencia, la CNC no facilitará copias de las declaraciones de los solicitantes de clemencia, pues ello operaría en detrimento de la eficacia del programa de clemencia, debilitando la lucha contra los cárteles"

Por tanto, las partes pueden tener la certeza de que la información comunicada a la autoridad de competencia no se utilizará posteriormente en su contra. De hecho, de cara a evitar recelos, se admite la posibilidad, tanto bajo la normativa europea como bajo la nacional, de que las partes soliciten la realización de las declaraciones de forma oral y no por escrito. Sin embargo, es mucho más clara la información disponible de la Comisión Europea sobre el desarrollo de estas declaraciones verbales que la de la CNMC[1366].

Aun así, si la autoridad de competencia –gracias a la solicitud de clemencia– llega a la conclusión de que se ha producido una infracción de la normativa de competencia, esta decisión tendrá efecto probatorio en demandas posteriores de daños y perjuicios, siempre que se presenten ante los tribunales nacionales del Estado miembro cuya autoridad de competencia conoció del asunto. Por tanto, los solicitantes de inmunidad o reducción de la sanción estarán expuestos a tener que hacer frente a estas reclamaciones. No obstante, es necesario esperar a que Directiva de daños 2014/104 haya estado en vigor lo suficiente como para que empiece a hacerse uso de la posibilidad de interponer estas reclamaciones antes de poder analizar si esto afectará a los programas de clemencia, y, en caso afirmativo, cómo solucionarlo[1367].

En cualquier caso, nada podrá evitar que las partes intenten obtener una eventual compensación. La participación en el programa de clemencia permitirá que las empresas vean reducida la multa, o queden exoneradas de ella en el caso del primer solicitante, pero ello no significará que los perjudicados no puedan reclamar en sede judicial por los daños y perjuicios sufridos que la conducta les hubiera ocasionado[1368].

La reclamación, no obstante, puede acontecer independientemente de que se haya hecho uso del programa de clemencia o no; por tanto, si lo que quieren es mitigar los

[1366] La Comisión, a diferencia de la CNMC, ha puesto a disposición de quien quiera informarse la información relativa al procedimiento que se sigue en las declaraciones orales. COMISIÓN EUROPEA *Delivering oral statements at DG Competition*. 8 de octubre de 2013.

[1367] Unas primeras pinceladas sobre la influencia de la Directiva 2014/104/UE en los solicitantes de clemencia ya puede encontrarse en MAÍLLO, J. "El estatus de los solicitantes de reducción por clemencia en España después de la directiva de daños "antitrust"", en TATO PLAZA, A; COSTAS COMESAÑA, J.; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P et al. (dirs) *Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial II*, ed. Dykinson, 2019, pp. 85-104

[1368] FERNÁNDEZ TORRES, I. "Los programas de clemencia y la interacción…", *op cit*, pp. 6-7.

perjuicios de haber participado en la conducta ilícita, acudir a la clemencia para evitar o ver reducida la multa y, por ende, la cuantía a desembolsar es una buena opción.

Conceder inmunidad frente a estas posibles reclamaciones de daños parece excesivo, pero podría considerarse si se añadiese como requisito para optar a la clemencia el ofrecimiento de compensación a los perjudicados. En estos casos, la autoridad de competencia debería valorar si dicha compensación es suficiente. También debería preverse que, en caso de que los consumidores no aceptasen la indemnización o compensación ofrecida, quedaría expedita la vía civil. Cierto es que esta inmunidad beneficiaría tanto a los consumidores como a las empresas: los perjudicados no tendrían que verse envueltos en largos y costosos procedimientos, y las empresas no estarían expuestas a la incertidumbre del procedimiento, dado que es previsible que la mayoría de los consumidores aceptasen la compensación y no siguieran litigando sobre ella.

Ahora bien, la solución óptima para no tener que satisfacer ninguna cantidad monetaria sería, por tanto, no infringir la normativa de competencia; en cuyo caso, se estaría satisfaciendo el objetivo disuasorio.

C. La autoridad receptora de la solicitud de clemencia: la problemática de la potencial concurrencia temporal de una pluralidad de solicitudes de clemencia

Interponer la solicitud de clemencia únicamente ante la autoridad de competencia española puede ser insuficiente por dos cuestiones: qué sucede cuando dos o más autoridades inician un procedimiento por la misma conducta y qué pasa cuando la autoridad ante la que se ha interpuesto la solicitud de clemencia pierde la competencia para conocer del asunto en favor de otra mejor situada.

En primer lugar, la solicitud de acogimiento a este programa no garantiza que no se pueda sancionar esta conducta en otro de los Estados miembros, porque no se recoge en ninguna norma la prohibición de que se inicien procedimientos paralelos respecto de una misma conducta en dos o más Estados miembros. Así, por ejemplo, por el asunto *Espuma de poliuretano* se iniciaron dos procedimientos paralelos. En el primero, ante la CNC, se le concedió la inmunidad a Recticel; en el segundo, ante la Comisión Europea, Recticel únicamente pudo beneficiarse de una reducción en la cuantía de la sanción, puesto que la inmunidad se le concedió a Vita[1369].

El Reglamento (CE) 1/2003 no contiene ninguna norma directa sobre la distribución de la jurisdicción entre los miembros de la Red de Competencia Europea. Para determinar cuál será esta autoridad, la Comunicación de la Comisión sobre la

[1369] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0342/11– *Espuma de Poliuretano*, de 28 de febrero de 2013; Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39801 - *Polyurethane foam*, de 29 de enero de 2014

cooperación en la Red de Autoridades de Competencia ha creado el concepto de autoridad mejor situada[1370].

De acuerdo con el punto 8 de esta Comunicación, será necesario cumplir cumulativamente tres condiciones para que se entienda que una autoridad está bien situada para conocer del asunto: (i) que la conducta que vaya a ser objeto de su actuación produzca efectos en su territorio, se ejecute en su territorio o proceda del mismo; (ii) que la autoridad pueda poner cese a dicha actividad y sancionarla adecuadamente; y (iii) que la autoridad pueda reunir prueba suficiente para la debida represión de la actividad.

Como se puede observar, lo que indican estos tres criterios es que, para que se considere bien situada la autoridad de competencia de un Estado miembro, debe existir un vínculo material entre la infracción y el territorio de dicho Estado[1371]. Ahora bien, esto no implica que sólo una autoridad pueda ser la "mejor situada". También es posible que de acuerdo con los puntos 12 y 13 actúen conjuntamente dos o tres autoridades nacionales si se trata de una conducta que afecta al territorio de varios Estados y la intervención de una sola autoridad es insuficiente para conseguir el cese de dicha conducta[1372].

En segundo lugar, la solicitud de acogerse al programa de clemencia tampoco garantiza que, si se pierde la competencia para conocer del asunto en favor de la Comisión o de otro Estado miembro, la empresa vaya a poder seguir beneficiándose de este programa en el procedimiento que dirija quien asuma la competencia para resolver. La Comisión Europea puede decidir recabar el conocimiento para sí misma de un caso incluso cuando una autoridad nacional de competencia ya ha dirigido un procedimiento contra una actuación[1373].

No obstante, para tratar de mitigar este problema, la Unión Europea ha previsto un Programa Modelo de Clemencia de la Red Europea de Autoridades de Competencia (*Model Leniency Programme*, MLP) que incluye la posibilidad de interponer solicitudes de clemencia abreviadas cuando la infracción haya sido transfronteriza y exista el riesgo de que, en caso de que la Comisión Europea no se declare competente para conocer del

[1370] COMISIÓN EUROPEA. *Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia*. DOUE C 101/03, de 27 de abril de 2004; véase también LOMA-OSORIO, D. Tratado de Derecho de la Competencia, op cit, p. 298; PERETZ, G; WARD, T. Y KREISBERGER, R. "Enforcement and Procedure", op cit, p. 1189; GERADIN, D.; REYSEN, M. y HENRY, D. "Extraterritoriality, Comity,", op cit, pp. 11-12.; MIKROULEA, A. "Case Allocation in Antitrust and Collaboration between the National Competition Authorities and the European Commission", en LIANOS, I Y KOKKORIS, I. (eds). The reform of EC competition law: New challenges. Ed. Kluwer Law International, The Hague, 2010, p. 59.

[1371] Punto 9 de la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia; DUNPHY, P. J. "Variable geometry Europe - patching together what works in the fight against hard-core cartels: carrots, sticks, custody and leniency", en *SSRN*, febrero 2007, p. 32.

[1372] LOMA-OSORIO, D. Tratado de Derecho de la Competencia, *op cit*, p. 298

[1373] Si bien esto estará sujeto a ciertas garantías: deberá consultarse con la autoridad nacional de competencia que ya esté conociendo del asunto y si así lo solicita deberá incluirse en la agenda del Comité Consultivo (Art. 14.7 del Reglamento (CE) 1/2003).

asunto, una o varias autoridades de competencia nacionales pudieran hacerlo[1374]. No obstante, este programa se dirige únicamente a quienes solicitan a la Comisión Europea acogerse a este programa, porque se puede prever que será ella la encargada de resolver el asunto. Sin embargo, en el resto de casos, las partes deberán realizar las solicitudes en cada Estado miembro acogiéndose a su normativa interna, pudiendo incluso, serles concedida en uno de ellos y rechazada en otro por no ser los primeros en acudir.

Además, el MLP no es jurídicamente vinculante, es decir, no es un programa al que puedan acogerse los solicitantes de clemencia si no ha sido adoptado por la normativa del Estado miembro donde se quieran solicitar y no da lugar a expectativas legítimas por parte de las empresas[1375]. Representa una posibilidad que cada jurisdicción tiene que encargarse de trasladar a su sistema normativo y que la normativa española recoge en los apartados 34 y 35 de la Comunicación sobre el programa de clemencia. Pero en caso de que fuera necesario presentar la solicitud abreviada en otro Estados miembro habría que estarse a lo dispuesto en su normativa interna. Además, está dirigido únicamente para quienes realizan la solicitud de clemencia a la Comisión Europea porque afecta a más de tres Estados miembros[1376].

Consecuentemente, los solicitantes no pueden asegurarse inmunidad total en la UE a no ser que realicen múltiples solicitudes a la Comisión Europea y a cada uno de los Estados miembros sobre los que ha desplegado potencialmente sus efectos la conducta anticompetitiva[1377]. Será cada Estado miembro, y en su caso la Comisión Europea, quien decida cómo resuelve acerca de este problema. El solicitante deberá cumplir los requisitos de cada una de las jurisdicciones donde solicite clemencia. Ello supone diferentes exigencias, diferentes plazos y, por supuesto, la posibilidad de distintos resultados, de modo que la exención puede concederse en una jurisdicción, pero no en otra[1378].

Esta situación es diferente a aquella en la que una conducta que es detectada en una jurisdicción solicita clemencia en otra. En estos casos, aunque técnicamente es posible conceder la inmunidad solicitada si es la primera en acudir y cumple el resto de requisitos, no podría justificarse argumentando que sin ella pudiera no haber sido

---

[1374] La lista de autoridades que permiten la presentación de solicitudes de clemencia abreviadas bajo el MLP está disponible en la página web de la Comisión Europea **http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_2012_language_regime_en.pdf** (Último acceso: 06.05.2020)

[1375] COMISIÓN EUROPEA "Competition: European Competition Network refines its Model Leniency Programme – Frequently asked questions", en *European Commission Press releases database*, nº MEMO/12/887, 22 de noviembre de 2012; «the transaction costs of applying for leniency and potentially defending oneself in numerous member states is an unfortunate consequence of the parallel competencies of the member states and the Commission. While an attempt to develop a model leniency programme through the European Competition Network is laudable, unless such a programme is universally implemented and appropriately coordinated, such transaction costs will continue to exist» en WARDHAUGH, B. "Cartel Leniency and Effective…", *op cit*, p. 26.

[1376] COMISIÓN EUROPEA "Competition: European Competition Network refines…", *op cit*.

[1377] LIANOS, L. y ANDREANGELI, A. "The European Union", *op cit*, p. 42.

[1378] RAMOS GÓMEZ, Á. y CABRERA MAQUEDA, E. "El programa español…", *op cit*, p. 13

detectada. Aunque en España no se tiene constancia de que esto haya sucedido, la Comisión Europea sí que concedió inmunidad total a los denunciantes de tres cárteles (*Vitamins A* y *E*, y *Organic Peroxides*), que ya habían sido detectados por otras autoridades de competencia[1379].

A nivel nacional, no nos encontramos con este problema a la hora de decidir si la solicitud de clemencia debe interponerse ante la CNMC o la correspondiente autoridad autonómica. El artículo 53.3 RDC establece que «si en aplicación del artículo 2.4 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, se produjera un cambio de asignación de autoridad competente, se reconocerá la exención condicional previamente acordada».

En los supuestos en los que la solicitud de exención se formule ante una autoridad autonómica, esta solicitud se notificará a la CNMC con carácter previo a su resolución; al igual que la Dirección de Investigación, cuando las conductas denunciadas únicamente afecten al territorio de una Comunidad Autónoma, antes de resolver sobre la exención condicional, lo notificará al órgano competente de la Comunidad Autónoma[1380].

La mayor incertidumbre que surge es si se le adelantará alguien antes de que se traslade toda la información y pueda concederse la exención. No obstante, es la misma incertidumbre que existe desde el inicio del cártel porque en cualquier momento puede adelantársele otro presunto infractor en su solicitud.

5. La imposición de multas simbólicas: el cuestionable recurso a sanciones inusitadamente reducidas

La autoridad de competencia ha estimado que, en determinadas ocasiones y circunstancias, los hechos que rodean a la infracción recomiendan imponer una multa simbólica. En estos casos, en vez de seguir el procedimiento normal de cálculo de la sanción –una vez demostrado que se ha llevado a cabo una conducta anticompetitiva–, la autoridad nacional de competencia ha estimado que lo adecuado era imponer una multa simbólica. Esto ha sucedido, entre otros asuntos, en *Televenta*[1381], *AVS, Mediapro,*

[1379] VELJANOVSKI, C. "Cartel fines in Europe - Law, practice and deterrence", en *World Competition*, Vol. 29, marzo 2007, p. 17.

[1380] PASCUAL y VICENTE, J. "Procedimiento sancionador español…", *op cit*, p. 17.

[1381] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0047/08 – *Televenta*, de 24 de octubre de 2011, FJ. 6. En *Televenta* se optó por imponer una multa simbólica al Corte inglés, que representaba únicamente un 0,52% del total obtenido entre los años 2007 a 2010 por VEO a resultas del canal 24 horas de televenta cedido a ECI porque aunque se beneficiaba de la "imposibilidad por parte de VEO de ceder en exclusiva un canal 24 horas a un competidor de el Corte Inglés beneficiaba a ésta última", también es cierto que la cláusula de no competencia "(i) no impedía a VEO emitir televenta de otros operadores; (ii) tenía una duración limitada; y (iii) no ha desplegado efectos restrictivos, tanto por el cierre del canal La Tienda en Veo en el mes de diciembre de 2010 como por el hecho de que las partes dejaron sin efecto tal cláusula desde el mes de febrero de 2011, y, de hecho, con fecha 1 de julio de 2011 VEO ha alquilado a EHS un canal 24 horas de televenta en TDT en abierto nacional hasta finales de 2011"

Sogecable y Clubs de Fútbol de 1ª y 2ª División[1382], *Unión de Correctores*[1383], *Convenio Seguridad*[1384] y *Empresas estibadoras*[1385].

De todos los asuntos que se han planteado, se estima que la imposición de una multa simbólica únicamente puede estar justificada en los supuestos en los que estemos ante un nuevo tipo de conducta y, en consecuencia, puedan albergarse dudas sobre su licitud. Este supuesto no se da en algunos de los casos arriba mencionados, por lo que no se considera adecuado haber optado por la imposición de una multa simbólica.

Así, por ejemplo, la falta de efectos y el que la conducta sea negligente debe ser tenido en cuenta para la determinación del tipo sancionador general o, en su caso, para la aplicación de circunstancias atenuantes -lo cual incidiría en el tipo sancionador individual-, sin que ello pueda dar lugar a considerar que esos dos factores hacen merecedores a los sujetos infractores de una sanción meramente simbólica, tal y como se hizo en asuntos como *AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de Fútbol de 1ª y 2ª División*[1386].

[1382] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0006/07 - *AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de Fútbol de 1ª y 2ª División*, de 14 de abril de 2010, FJ. 22. En ella se valora el hecho de que la conducta no haya desplegado sus efectos restrictivos dado el incumpliendo de uno de sus miembros, y el hecho de que concurra negligencia, debe ser tenido en cuenta de tal manera que respecto de la sanción "el Consejo considera debe ser de carácter simbólico". El Consejo considera ajustado a Derecho imponer a Sogecable una multa de 150.000 euros, a Mediapro una multa de 150.000 euros, a AVS una multa de 100.000 euros, y a TV Cataluña una multa de 25.000 euros.

[1383] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0352/11 – *Unión de correctores*, de 14 de diciembre de 2012, FJ. 5. En *Unión de Correctores*, se decide imponer una multa simbólica de 2.500 euros, pese a ser una de las infracciones más graves teniendo en cuenta "la escasa entidad del mercado acreditado; la escasa representatividad de UNICO; las características de los asociados; la falta de acreditación de efectos; la retirada inmediata del documento de la web cuando se lo sugirió la DI; su colaboración efectiva con la instrucción del expediente, junto con el escaso presupuesto de la Asociación".

[1384] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0197/09 - *Convenio seguridad*, de 27 de marzo de 2012, FJ. 6. En *Convenio Seguridad* se impone una multa simbólica de 5000 euros a APROSER y de 2000 euros a las organizaciones empresariales FES, AMPES y ACAES porque "la declaración de infracción de la Ley 15/2007 respecto de una cláusula que forma parte del contenido de la negociación colectiva, constituye sin duda una novedad que debe tenerse en consideración a la hora de imponer la sanción". No obstante, no se le hubiera impuesto ninguna sanción -como sucede con los sindicatos que también han infringido la LDC- si no hubiera sido porque "defienden los intereses de empresas que operan directamente en el mercado afectado por la conducta". Es decir, en el caso de las organizaciones sindicales, no se les impone ninguna sanción porque «si bien han contribuido a la creación y funcionamiento de este mecanismo que distorsiona la competencia en el mercado del transporte y manipulado de fondos, entendemos que son ajenas al alcance y repercusiones de esta restricción».

[1385] Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 2805/07 – *Empresas estibadoras*, de 24 de septiembre de 2009, FJ. 20. En *Empresas estibadoras* se impuso al sindicato CIG una multa de 3900 euros y al sindicato LAB de 3000 euros –frente a la multa de 901.518,16 euros a Anesco y de 168.000 euros a CETM- porque el Consejo consideró que "la participación de los [sindicatos] es imprescindible para el cierre del mercado, pero siguiendo los precedentes de la Comisión Europea con multas simbólicas en el caso del tabaco crudo, y de este propio Consejo cuando era Tribunal, considera la imposición de sanciones reducidas pero proporcionadas a la distinta capacidad, y responsabilidad y área geográfica de incidencia".

[1386] El Consejo considera ajustado a Derecho imponer a Sogecable una multa de 150.000 euros, a Mediapro una multa de 150.000 euros, a AVS una multa de 100.000 euros, y a TV Cataluña una multa de 25.000 euros. Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0006/07 - *AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de Fútbol de 1ª y 2ª División*, de 14 de abril de 2010.

Por ello, si lo que se pretender es reducir la cuantía del tipo sancionador total, deberían utilizarse circunstancias atenuantes, en caso de existir. En todo caso, si la empresa realmente hubiera tenido dudas sobre la licitud de su conducta, podría haber intentado alcanzar una terminación convencional. Además, de un lado, el ordenamiento jurídico no ha previsto que quienes tienen encargada la tarea de aplicar la normativa –esto es, las autoridades de competencia– puedan realizar excepciones si se cumplen los presupuestos para la aplicación de la norma sancionadora y, de otro, tampoco ha previsto ninguna causa de exclusión que pueda servir de base para la imposición de una multa de cuantía meramente simbólica, por lo que otra solución distinta de la imposición de la sanción que normativamente corresponda podría estar vulnerando los principios básicos del ordenamiento, y en especial, el de igualdad ante la ley.

A este respecto, la normativa europea no prevé la imposición de multas simbólicas como tales. Sin embargo, el apartado 37 de las Directrices 2007 recoge que «las características específicas de un determinado asunto o la necesidad de alcanzar un nivel disuasorio en un caso particular podrán justificar que la Comisión se aparte de esta metodología o de los límites fijados en el punto 21». Por tanto, si las particularidades del caso así lo exigen, la Comisión Europea podría apartarse de las Directrices e imponer multas simbólicas[1387].

Así, en *Organic Peroxides*, la Comisión Europea impuso una multa de 1.000 euros a AC Treuhand AG porque «una decisión que tiene como destinatarios a una empresa y/o una asociación de empresas en una situación de responsabilidad solidaria de este tipo es hasta cierto punto una novedad»[1388]. AC-Treuhand AG jugó un papel esencial desarrollando tareas que iban mucho más allá de la simple recogida y tratamiento de datos estadísticos y, aunque pudiera ser considerada una novedad esta conducta, el Tribunal de Primera Instancia confirmó que una consultora que intencionalmente participa en un cártel debe ser considerada como corresponsable en el incumplimiento[1389]. El mensaje que se pretendía mandar sancionando esta conducta, aunque fuera de manera limitada, es que «quienes organizan o facilitan los cárteles, y por tanto no sólo sus miembros, deben temer en adelante ser descubiertos y sufrir sanciones muy gravosas»[1390].

[1387] GERADIN, D. "The EU competition law fining system…", *op cit*, p. 35

[1388] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/E-2/37.857 – *Organic Peroxides*, de 20 de octubre de 2005, ap. 454.; La adopción y la notificación de la Decisión impugnada se acompañaron de un comunicado de prensa en el que la Comisión indicaba que «La sanción impuesta [a AC-Treuhand AG] es de importe limitado debido a la novedad de la política seguida en la materia».

[1389] STPI (Sala Tercera ampliada) de 8 de julio de 2008, asunto T-99/04, AC-Treuhand v. Comisión [2008] RJE II-01501, ap. 131.; véase también Decisión de la Comisión en el asunto COMP/38.589 - *Heat stabilisers*, de 22 de noviembre de 2009, ap. 744.

[1390] STPI (Sala Tercera ampliada) de 8 de julio de 2008, asunto T-99/04, AC-Treuhand v. Comisión [2008] RJE II-01501, ap. 7.

Por el contrario, se rechazó la posibilidad de imponer la multa simbólica, por ejemplo, en *Bananas*, por el objeto anticompetitivo del acuerdo y las comunicaciones previas que habían existido[1391].

Es importante que, aunque sea simbólicamente, las conductas anticompetitivas sean sancionadas[1392]. Ahora bien, para no contravenir el principio de igualdad es importante que esté bien justificada la imposición de una multa simbólica y que únicamente se imponga cuando no haya precedentes que las empresas debieran haber conocido –es decir, que la conducta sea netamente novedosa–, dado que en caso contrario la sanción perdería una buena parte de su efecto disuasorio.

V. La revisión en vía judicial: alternativas para incrementar el efecto disuasorio de las sanciones en un escenario donde está vedada la *reformatio in peius*

La legislación no puede contemplar toda la casuística que puede darse en el mercado, ni todas las prácticas comerciales y acuerdos que se producen entre las empresas en un entorno evolutivo y cambiante. Por ello, la revisión judicial es de vital importancia[1393].

La normativa europea y la española prevén dos instancias judiciales para revisar aquellas decisiones con las que las partes no estén conformes. En la siguiente tabla se muestran el tipo de recurso y la autoridad ante quien hay que interponerlo, tanto en Europa como en España, según sea en primera o segunda instancia.

Tabla 11.- Tipo de recurso e instancia judicial encargada de resolverlo

		Unión Europea	España
Tipo de recurso		Contencioso-administrativo	Contencioso-administrativo

[1391] Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39188 - *Bananas*, de 15 de octubre de 2008, ap. 470.

[1392] No obstante, la Comisión no está obligada a imponer una "cantidad mínima" a los asuntos que puedan considerarse como "nuevos". Las partes no pueden alegar que ese caso crea confianza legítima sobre el nivel de multas que se impondrá en otros asuntos. En palabras de la Comisión «the fact that the Commission imposed a symbolic fine in the Organic Peroxides case does not create a legitimate expectation regarding the level of the fines it may impose in other cases» en Decisión de la Comisión en el asunto COMP/38.589 - *Heat stabilisers*, de 22 de noviembre de 2009, ap. 745.

[1393] DIEZ ESTELLA, F. "La revisión jurisdiccional de los expedientes sancionadores de cárteles", en *Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia*. Ed. Instituto Universitario de Estudios Europeos. Universidad San Pablo CEU, nº 39/2013, 2013, p. 7; para un análisis matemático sobre la influencia de los recursos en el nivel de disuasión véase KATSOULACOS, Y. y ULPH, D. "Optimal enforcement structures for competition policy: implications of judicial reviews and of internal error correction mechanisms", en *European Competition Journal*, Vol. 7, nº 1, abril 2011, pp. 71-88.

Instancias	1ª Instancia	Tribunal General (antes Tribunal de Primera Instancia)	- Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional: si se interpone contra la resolución de la CNMC - Tribunal Superior de Justicia: si se interpone contra una resolución de las autoridades regionales de competencia
	2ª Instancia	Tribunal de Justicia de la Unión Europea	Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo: contra la decisión de la Audiencia Nacional o del Tribunal Superior de Justicia

FUENTE: Elaboración propia

En ambos casos, estos recursos son de naturaleza contencioso-administrativa y el standard de prueba para considerar demostrada por la autoridad de competencia la ilicitud de una conducta es muy similar. Este segundo aspecto es debido a que tanto la Comisión Europea como las autoridades nacionales de competencia pueden aplicar la normativa de la UE. Si las decisiones dictadas por la Comisión Europea estuvieran sujetas a un estandard de prueba diferente al realizado por las autoridades nacionales de competencia, podría considerarse vulnerado el principio de igualdad[1394].

No obstante, existe una diferencia muy importante: los tribunales europeos pueden elevar la sanción impuesta por la autoridad de competencia, y así lo han hecho en, al menos, dos ocasiones[1395]. Ello se debe a que los tribunales europeos tienen competencia

[1394] Es poco probable las autoridades nacionales de competencia dispongan de dos standares de prueba en función de si se trata de un caso mixto en el que se aplica normativa europea y nacional o uno en que sólo se aplica nacional. LAVRIJSSEN, S.; GERBRANDY A.; ESSENS, O. "European and National Stardards of Review: Differentiation or Convergence", en ESSENS, O.; GERBRANDY, A. y LAVRIJSSEN, S. (eds). *National courts and the satandard of review in competition law and economic regulation*, Ed. Europa Law Publishing, 2009, p. 273.

[1395] La cuantía de las multas fue elevada en STG (Sala Segunda) de 12 de diciembre de 2007, asuntos acumulados T-101/05 y T-111/05, *BASF y UCB v. Comisión*, [2007] RJE II-04949, ap. 219-223 y STJ (Sala Segunda) de 29 de junio de 2006, asunto C-301/04 P, *Comisión v. SGL Carbon AG* [2006] RJE I-05915, ap. 66-77; «In BASF, the General Court increased the appellant's fine because it applied essentially the same methodology as the Commission, but disagreed with the Commission finding that the European and the global cartel agreements were part of the same infringement. In SGL Carbon, the CJ increased the fine imposed on SGL Carbon for its participation in the Graphite Electrodes cartel by annulling part of the reduction granted by the GC», en CAMESASCA, P.D.; YSEWYN, J; WECK, T. *et al*. "Cartel Appeals to the Court of Justice: The Song of the Sirens?", en *Journal of European Competition Law and Practice*, abril 2013, p. 7.

jurisdiccional plena[1396]. Los tribunales españoles, sin embargo, únicamente podrán confirmarla o anularla, siendo la autoridad nacional de competencia quien deberá proceder a su cálculo exacto[1397].

Aunque la probabilidad de que se aumente la cuantía de la sanción en apelación es muy pequeña, cuando los operadores económicos que hayan sido sancionados deban establecer la estrategia a seguir –pagar la multa o recurrir– es una posibilidad que deberán considerar. Como consecuencia, es previsible que preparen mejor sus argumentos y que, en algunas circunstancias, se sientan incluso disuadidos de acudir a la revisión en sede judicial europea.

No obstante, como señalábamos, la normativa española prohíbe esta opción al recoger como principio general del Derecho sancionador la prohibición de la *reformatio in peius*[1398]. Por tanto, la introducción de la posibilidad de aumentar la cuantía de la sanción en vía judicial quedaría vedada en Derecho español.

Eliminada esta posibilidad, las opciones que hay que promover con vistas a favorecer el incremento del efecto disuasorio de las sanciones en materia de Derecho de la competencia son: (1) el mantenimiento de las sanciones impuestas por la autoridad de competencia, especialmente cuando sean de cuantía elevada, y (2) la participación de los jueces en la creación de Derecho de la competencia.

1. La postura de la autoridad de competencia: claves para garantizar el mantenimiento de las sanciones impuestas por la autoridad de competencia

Los argumentos más utilizados por las partes para intentar reducir o evitar la sanción se basan en la infracción de principios generales, o bien en la infracción de los derechos de defensa.

[1396] STG (Sala Octava) de 23 de mayo de 2019 (Extractos), asunto T-222/17, Recylex y otros v. Comisión [2019] RJE 0000; STJ (Sala Segunda) de 25 de julio de 2018, asunto C-123/16 P, *Orange Polska v. Comisión* [2018] RJE 0000, ap. 104

[1397] Véase, en este sentido, la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0425/12 – *Industrias lácteas 2*, de 11 de julio de 2019, adoptada como consecuencia de la anulación parcial de la resolución anterior (Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0425/12- *Industrias lácteas 2*, de 26 de febrero de 2015) por la SAN 3063/2016, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 11 de julio de 2016.

El nuevo cálculo de la sanción deberá de llevarse a cabo en los plazos legalmente establecidos para la ejecución de sentencias, sin que resulten de aplicación las previsiones de la Ley 39/2015 relativas al plazo de la Administración para resolver y la caducidad del procedimiento sancionador. STS 3113/2019, Sala de lo Contencioso, Sec. 3, de 4 de octubre de 2019, FJ 5.

[1398] Así nos lo recuerda la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0425/12 – *Industrias lácteas 2*, de 11 de julio de 2019, FJ 6.

En el ordenamiento interno, para tratar de evitar la reducción de la cuantía de la sanción por las autoridades judiciales, quienes acabarán conociendo por vía de recurso de la mayoría de los expedientes, es aconsejable mejorar la justificación de las multas en las decisiones de la CNMC, de tal manera que sea más difícil para las empresas encontrar argumentos para su anulación o reducción. Sin embargo, aunque el sistema europeo se extiende más en la explicación de por qué ha impuesto una determinada sanción, podemos observar cómo sus sanciones también son rebajadas a través de los recursos interpuestos por las partes.

Tabla 12.- Comparación entre las multas impuestas por la formación de cárteles por la Comisión Europea (artículo 101 TFUE) y las multas tras la revisión judicial

Año	Suma de las multas impuestas por la Comisión Europea (euros)	Suma de las multas tras la revisión judicial (euros)	Diferencia
1990 - 1994	539.691.550	344.282.550	195.409.000
1995 - 1999	292.838.000	270.963.500	21.874.500
2000 - 2004	3.462.664.100	3.157.348.710	305.315.390
2005 – 2009	9.414.012.500	7.863.307.785,50	1.550.704.714,50
2010 – 2014	8.646.889.674	7.598.728.478	1.048.161.196
2015-2019	8.307.828.000	8.234.322.023	73.505.977
2020 (hasta el 14 de julio)	260.443.000	260.443.000	260.443.000

FUENTE: Elaboración propia con los datos de las Estadísticas de la Comisión Europea[1399]

Como se puede apreciar en la tabla, el aumento en la cuantía de las sanciones ha conllevado una correlativa disminución de las mismas en revisión judicial. Ello sin perjuicio de que se continúen realizando esfuerzos en esta dirección de aumentar la cuantía de las sanciones, puesto que, incluso con la reducción de las multas (por ambas instancias), aquellas impuestas en los últimos años siguen representando las más elevadas desde 1969[1400]. Lo cual, es favorable para la actividad de la Comisión Europea, que ve apoyada su decisión de ir aumentando la cuantía de las mismas.

[1399] Es necesario analizar las decisiones agrupadas por años porque debido a la larga duración de los procedimientos en vía jurisdiccional es poco probable que podamos apreciar con exactitud cuánto reducirán los tribunales las sanciones impuestas por la Comisión en los últimos años.

[1400] El incremento de las sanciones se debe a una decisión deliberada de la Comisión. GERADIN, D. "The EU competition law fining system…", *op cit*, p. 14.

En la página web de la Comisión Europea, en el apartado de "statistics" aparece una relación de las multas más elevadas desde 1969 que se actualiza constantemente.

En la UE, las apelaciones a los tribunales europeos son muy frecuentes –casi automáticas– cuando estamos hablando de cuestiones de Derecho de la competencia. Las partes en cuestión, invariablemente grandes corporaciones, tienen ambas tanto un interés en iniciar una acción legal, como la capacidad financiera para hacerlo[1401].

En España, las apelaciones son también una constante y, en muchas ocasiones, la reducción reconocida en vía judicial, también. No obstante, en la mayoría de los recursos se ha confirmado la resolución de la autoridad de competencia[1402].

Tabla 13.- Revisión jurisdiccional en el período 2014-2017 de las declaraciones de infracción de la autoridad nacional de competencia.

Año	2014		2015		2016		2017	
Instancia judicial	**AN**	**TS**	**AN**	**TS**	**AN**	**TS**	**AN**	**TS**
Sentencias anulatorias	12	2	39	10	18	26	72	3
Resoluciones a las que se refieren	7	5	13	6	5	6	8	3
Sentencias confirmatorias	54	8	22	66	51	22	39	17
Resoluciones a las que se refieren	23	7	15	28	19	15	13	12
TOTAL SENTENCIAS	66	14	61	76	69	48	111	20
TOTAL RESOLUCIONES	27	12	23	30	23	18	20	15
% Sentencias estimando valoración	81,80 %	57,10 %	36,10 %	86,80 %	73,90 %	45,80 %	35,10 %	85 %
% Resoluciones confirmadas	85,20 %	58,30 %	65,20 %	93,30 %	82,60 %	83,30 %	65%	80 %

FUENTE: Adaptación de CNMC. *Revisión jurisdiccional en el período 2014-2017 de las declaraciones de infracción de la autoridad nacional de competencia*. 2017.

Aunque hasta la fecha los porcentajes hablen en favor de las autoridades de competencia, el riesgo que se presenta es el siguiente: cómo elevar la sanción –cuando sea necesario– sin que sea anulada o recalculada por las autoridades judiciales. En opinión de CACHAFEIRO, «los datos disponibles hasta la fecha nos permiten afirmar que nos encontramos muy cerca del umbral, si no se ha traspasado ya, a partir del cual las

[1401] HARDING, C. y JOSHUA, J. *Regulating Cartels in Europe*. Ed. Oxford Scholarship Online, mayo 2011, p. 11.

[1402] «El 76,9% de los pronunciamientos de la Audiencia Nacional han confirmado las declaraciones de infracción de las resoluciones de la CNC: bien han desestimado los recursos en su integridad, bien han estimado parcialmente los recursos únicamente en lo relativo a la cuantía de la sanción (16 casos) en lo relativo a la participación de alguno de los infractores (5 casos) […] de las 65 resoluciones analizadas, tan sólo 10 han sido anuladas y 5 lo han sido sólo parcialmente. Estas cifras representan respectivamente un 15,3% y un 7,7% del total de resoluciones revisadas judicialmente»., CNC. Memoria de actividades 2012-2013. pp. 64-65

Para analizar los datos más recientes, véase COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. Revisión jurisdiccional en el período 2014-2017 de las declaraciones de infracción de la autoridad nacional de competencia. 2017.

sanciones por la infracción del Derecho europeo de la competencia han perdido su efecto disuasorio»[1403].

Ello significa que puede ser necesario acometer una reforma en las sanciones, (a) bien a través del incremento aún mayor de su cuantía, donde sería imprescindible contar con el apoyo de las autoridades judiciales para poder mantener montantes altos, (b) bien a través de la introducción de nuevos mecanismos, como las sanciones individuales –en el caso de España, con un recurso más habitual a su imposición, puesto que la normativa interna ya las contempla–.

2. La postura de los jueces: la participación de los titulares del órgano jurisdiccional en la creación del Derecho de la competencia

Las decisiones sancionadoras son una actividad reglada, si bien es cierto que un cierto grado de discrecionalidad será inevitable debido a la diversidad de los casos y la amplia gama de factores relacionados con las multas. Esto no es algo exclusivo de nuestro sistema, dado que por ejemplo también se puede apreciar en la práctica de la UE[1404]. Por tanto, al ser una actividad reglada, por vía de recurso en sede jurisdiccional es posible «no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta, sino su modificación o reducción»[1405]. Lo que no se permite es que en vía judicial se incremente la sanción previamente impuesta por la autoridad de competencia.

Las mayores discrepancias de criterio entre la autoridad de competencia y los jueces se centran en el montante de las multas, mientras que existen pocas discusiones sobre la aplicación sustantiva de las normas o las inspecciones[1406]. Para evitar tales

[1403] CACHAFEIRO GARCÍA, F. "El volumen de negocios…", *op cit*, p. 28-29

[1404] WILS, W. P. J. "The European Commission's 2006 Guidelines…", *op cit*, p. 11.

[1405] STS 3001/2006, Sala de lo Contencioso, Sec. 3, de 4 de abril de 2006, FJ. 8; No obstante, aunque sí se han dado casos en los que se ha procedido a reducir el importe de las sanciones bien por una anulación parcial, bien por una valoración distinta sobre lo apropiado de la sanción inicialmente impuesta; no se cree posible que el término neutro "modificación" pueda englobar también un posible aumento. ARAUJO BOYD, M. "Introducción al estudio de la jurisprudencia revisora de las resoluciones administrativa en materia de abuso de posición de domino en España" en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÒ JUAN, A. (dirs). *El derecho de la competencia y los jueces*. Ed: Fundación Rafael del Pino. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales SA., Madrid, 2007, pp. 132-133; por ejemplo, se estimó el recurso de Iberdrola quedando finalmente sin sanción, por la anulación de la Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 624/07 – *Iberdrola*, de 14 de febrero de 2008, a través de la SAN 4725/2010, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 23 de marzo de 2010; ratificándose en STS 1093/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 29 de febrero de 2012.

[1406] No obstante, en un porcentaje muy elevado, los tribunales españoles confirman las resoluciones de la autoridad de competencia que son impugnadas. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J. "Acciones de responsabilidad por daños anticompetitivos…", *op cit*, p. 10.

Ahora bien, también puede anularse la multa impuesta por la CNMC si la Audiencia Nacional interpreta que ha existido un defecto de forma. Véase, a este respecto, DE CARLOS CASTILLO, A. "La

discrepancias, sería conveniente aumentar la claridad de las resoluciones de las autoridades de competencia, de tal forma que no hubiera dudas sobre la justificación y proporcionalidad de la sanción

Si los tribunales concluyen que es necesario reducir la cuantía de la multa, a la hora de determinar el *quantum* correcto que hubiera correspondido imponer, habrá que establecer si las actuaciones deben retrotraerse para que lo establezca la autoridad de competencia siguiendo los criterios marcados por el juez, o si el juez que conoce del asunto está capacitado legalmente para fijar la cuantía.

A cerca de esta cuestión, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2001 recoge que los tribunales están capacitados para fijar directamente la cuantía de las sanciones[1407]. No obstante, también existe una posición minoritaria que defiende que el alcance la revisión únicamente alcanza a la simple anulación del acto ilícito, debiendo remitir el expediente a la Administración para que cuantifique la sanción de acuerdo con lo establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2003[1408].

Tabla 14.- Argumentos sobre la posibilidad de que los tribunales modifiquen la cuantía de la multa

Posición mayoritaria: legalmente capacitados para fijar la cuantía	Posición minoritaria: retroacción de las actuaciones
No opera el principio de discrecionalidad técnica porque la decisión recae sobre cuestiones estrictamente jurídicas. No hay	Los tribunales deben limitarse a apreciar las circunstancias concurrentes y a controlar la motivación del acto.

Audiencia Nacional anula por defecto de forma las multas impuestas a once industrias lácteas", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1/2019 parte Jurisprudencia, 2019.

[1407] «Nuestra jurisprudencia, en su función complementadora del ordenamiento jurídico, se ha pronunciado ya en ese sentido. Así, en el párrafo segundo del fundamento de derecho cuarto de la sentencia de este Sala de fecha 20 de diciembre de 1994, hemos dicho lo siguiente: "[...]Tal como ya ha mantenido el TS en SS de 24 noviembre 1987, 23 octubre 1989 y 14 mayo 1990, tal principio [el de proporcionalidad de las sanciones] no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues como se precisa en SS de este Tribunal de 26 septiembre y 30 octubre 1990, la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, doctrina esta ya fijada en SS de 24 noviembre 1987 y 15 marzo 1988, dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración y que reduce al ámbito de sus potestades sancionadoras, pues a la actividad jurisdiccional corresponde no tan sólo la calificación para subsumir la conducta en el tipo legal, sino también por la paralela razón, el adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso el tema es la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son en este campo sancionador, los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción. [...]». STS 7688/2001, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 8 de octubre de 2001, FJ. 3.

[1408] SOLDEVILLA, S. "Problemas específicos de la revisión judicial de las multas", en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÒ JUAN, A. (dirs). *El derecho de la competencia y los jueces*. Ed: Fundación Rafael del Pino. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales SA., Madrid, 2007, pp. 138-139.

aplicación discrecional de los conceptos, elementos, pautas y criterios prefijados en las normas.	
El principio de proporcionalidad es una actuación reglada, por lo que la cuantificación de la sanción debe ser entendida en los mismos términos.	La Administración pública dispone de un elemento de discrecionalidad cuando fija el *quantum* de la multa (los fines de ordenación de mercado).
La actividad jurisdiccional debe adecuar la sanción al hecho cometido porque consiste en la aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita e inferibles de principios generales	El artículo 71.2 LRJCA prohíbe a los tribunales sustituir en sus apreciaciones a la Administración pública que interviene actuando en competencias discrecionales.

FUENTE: SOLDEVILLA, S. "Problemas específicos de la revisión judicial de las multas", en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÒ JUAN, A. (dirs). *El derecho de la competencia y los jueces*. 2007, pp. 138-139

Ahora bien, mientras que la opción mayoritaria es más beneficiosa desde el punto de vista de los principios de economía procesal y tutela judicial efectiva, hay que tener en cuenta que la imposición de las multas corresponde a la Administración, puesto que a través de las sanciones también se pretende la reordenación del mercado influyendo en el comportamiento de las empresas, competencia –la de potenciar la reordenación del mercado– que no les es propia a los tribunales[1409]. Por ello, la fijación de la cuantía final por los tribunales merecerá una específica motivación por parte de éstos[1410].

Para facilitar esta tarea de "nueva cuantificación" de la multa en el supuesto de incorrecta apreciación de alguna de las circunstancias que dan lugar a la cuantía final, además de para evitar que las partes aleguen infracción de los principios sancionadores o incorrecta cuantificación de la sanción, es muy importante que cada uno de los factores, circunstancias y características de la conducta que la conforman estén suficientemente justificados por la autoridad de competencia. Las autoridades de competencia pueden estar dispuestas a sancionar severamente a las empresas que lleven a cabo conductas anticompetitivas. Sin embargo, las sanciones, si son anuladas o reducidas de manera constante por los jueces y tribunales, perderán su efecto disuasorio.

El hecho de que los jueces sean reticentes a imponer la multa máxima influirá en el cálculo que hagan los potenciales infractores acerca de la "rentabilidad" de llevar a

[1409] *Ibid*, pp. 138-139.

[1410] *Ibid*, pp. 138-139.

Sobre la motivación también se han pronunciado los tribunales europeos. Véanse, entre otras, STG (Sala Segunda) de 23 de octubre de 2017, asunto T-712/14, *CEAHR v. Comisión* [2017] RJE 0000, ap 134-137; STG (Sala Cuarta) de 26 de septiembre de 2018, asunto T-574/14, EAEPC v. Comisión [2018] RJE 0000, ap. 77.

cabo una conducta anticompetitiva, dado que tendrán en cuenta la sanción esperada en vez de la máxima[1411].

Además, esta actividad revisora de los tribunales puede perjudicar tanto a los intentos de creación de una cultura de competencia como a la disuasoriedad de la sanción cuando den lugar a notas de prensa bajo títulos tales como «Los tribunales frenan a competencia»[1412]. Por ello es importante coordinar la labor sancionadora de la autoridad de competencia con la revisora de los tribunales. De nada sirve elevar la cuantía de las sanciones si después serán reducidas en apelación generando un daño colateral –publicidad negativa– hacia la labor de la autoridad de competencia.

La relación de los jueces con el Derecho de la competencia es limitada en la medida en que (1) con carácter general, únicamente conocen de estos asuntos en vía de recurso; y (2) sólo pueden decidir sobre la aprobación de las decisiones de la autoridad de competencia. Por tanto, ni tienen grandes oportunidades para influenciar su desarrollo, ni existe una amplia concienciación entre los jueces sobre las implicaciones del Derecho de la competencia[1413].

En concreto, en la revisión judicial de las decisiones de la Comisión Europea, los tribunales se enfrentan a dos limitaciones[1414]:

- los tribunales de la UE llevan a cabo una limitada revisión judicial restringida a la legalidad de las decisiones de la Comisión Europea, salvo para cuestiones relativas a la imposición de sanciones o multas coercitivas, donde gozan de jurisdicción ilimitada; y
- aunque el Tratado no les obliga a hacerlo, los tribunales han desarrollado una política de autocontrol en presencia de la discrecionalidad administrativa, que en el ámbito del Derecho de la competencia se manifiesta en forma de deferencia hacia el complejo análisis económico realizado por la Comisión Europea.

En la revisión judicial efectuada por los tribunales españoles, también existen estas dos limitaciones, pese al debate sobre el alcance de la revisión a la hora de fijar la

[1411] BLAIR, R. D. y PIETTE DURRANCE, C. "Antitrust sanctions: deterrence and (possibly) overdeterrence.", en *The Antitrust Bulletin*, nº. 3, Vol. 53, otoño 2008, p. 653.

[1412] Así se ha reflejado en la prensa; sirva como ejemplo: MARS, A. "Los tribunales frenan a Competencia", en *El País*, 12 de mayo de 2014. **http://economia.elpais.com/economia/2014/05/11/actualidad/1399823665_277564.html** (Último acceso: 06.05.2020)

[1413] Esto puede provocar que los políticos centren sus esfuerzos en influenciar las decisiones en materia de competencia. De hecho, los abogados suelen poner menos atención que sus homólogos estadounidenses por la función periférica que tienen los tribunales. HEINEMANN, A. "Part. II. Remedies in antitrust…", *op cit*, pp. 446-447

[1414] CENGIZ, F. "Judicial review…", *op cit*, p. 140.

cuantía de la sanción o retrotraer las actuaciones –recordemos que en el ordenamiento interno la revisión al alza del importe de la sanción les está vedada a los tribunales–.

No obstante, y pese a esas limitaciones, las decisiones que toman en los recursos presentados a las decisiones administrativas de la autoridad de competencia son de vital importancia: marcarán el mantenimiento –o no– de la multa que la autoridad de competencia ha estimado apropiada en función de la infracción y enviarán un mensaje a la población sobre lo ajustado a Derecho de la actividad de dicha autoridad.

El papel fundamental de los jueces a la hora de desarrollar el Derecho de la competencia residirá en las reclamaciones por daños que se les planteen: aunque de acuerdo con el artículo 9 de la Directiva 2014/104 no podrán ir en contra de los hechos fijados por la autoridad de competencia, está en su mano conferir la indemnización y fijar la cuantía.

Además, cuando se presenten *stand alone actions*, los tribunales no tendrán ninguna limitación a la hora de valorar si ha existido una infracción de la normativa de competencia o si la actuación de la empresa no ha generado ningún perjuicio. En función de las dificultades y obstáculos, en relación con el resultado que se obtenga, los perjudicados estarán incentivados para reclamar daños –como se trata de potenciar desde la UE– o no hacerlo. Por tanto, habrá que esperar hasta que empiecen a interponerse este tipo de acciones para poder analizar si las correspondientes decisiones cobran importancia, aumentando su influencia en el desarrollo del Derecho de la competencia.

En caso de que el aumento de su carga de trabajo se incrementase, una opción que facilitaría que los tribunales tuvieran una mayor influencia sería la creación de tribunales especializados en Derecho de la competencia. Los casos relacionados con el Derecho de la competencia son complejos y requieren de una gran capacidad de análisis económico que los tribunales ordinarios, con carácter general, no poseen. La especialización les permitiría poder profundizar en esta disciplina.

En defecto de tribunales especializados, lo que se recomienda es la coordinación entre autoridades de competencia y jueces nacionales para garantizar la coherencia y seguridad jurídica en el Derecho de la competencia. El hecho de que se le dé el mismo enfoque a los comportamientos anticompetitivos desde todas las instituciones, sin duda, facilitará la creación de una cultura de competencia. Desde la perspectiva social, las resoluciones de los tribunales tendrán mayor impacto e influencia que las decisiones de la autoridad administrativa; por ello, es importante alinearlas con las de esta segunda.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El sistema sancionador español no es suficientemente disuasorio. Hay evidencias suficientes para poder considerar que es necesario operar mejoras en él de cara a disminuir la proliferación de conductas anticompetitivas o, incluso, evitar su desarrollo.

La normativa de competencia y los órganos encargados de aplicarla buscan preservar, garantizar y promover la creación y/o mantenimiento del proceso competitivo de cada mercado en particular y de la economía en general, buscando, entre otros, el bienestar del consumidor. Para lograrlo, se dispone de mecanismos tanto de promoción de la competencia como de defensa de la competencia.

Aunque se hace uso de ambas vías –promoción y sanción– y pese a las reformas normativas acometidas en el año 2007 en aras a promover la competencia, el sistema español ha demostrado no ser suficientemente disuasorio. El sistema español mejoró perceptiblemente después de la reforma de 2007 y, si bien es cierto que hasta 2008 los carteles eran difíciles de detectar, la entrada en vigor de los programas de clemencia permitió la detección de muchos de ellos, tanto en la Unión Europea como en otros sistemas.

En el ámbito sancionador, el hecho de que exista un amplio margen de mejora se hace evidente, por un lado, en la larga duración de numerosos cárteles que, en el momento de ser detectados, superan los diez años de funcionamiento y, por otro, en el hecho de que existen empresas que prefieren reincidir, arriesgándose a una nueva sanción, antes que abstenerse de desarrollar comportamientos anticompetitivos.

En general, el sistema sancionador se alinea con la regulación de la Unión Europea en lo concerniente al método de cálculo de las multas y comparte junto con él algunos problemas, entre ellos, la falta de disuasión con respecto a grandes corporaciones. Por ello, el hecho de poder sancionar individualmente a los directivos implicados en prácticas anticompetitivas es valorado muy positivamente. Comporta una mayor disuasión, siempre y cuando la sanción sea abonada por ellos –y no por la empresa– y no sean compensados por el sacrificio realizado en favor de la empresa.

SEGUNDA. La promoción de la competencia debe apoyar la labor sancionadora de las autoridades de competencia, ayudando a crear una cultura de competencia

La labor de promoción de la competencia ha ido adquiriendo una mayor importancia con el paso de los años. Un sistema sancionador eficaz necesita apoyarse en

un consenso social sobre los perjuicios que comporta infringir la normativa de competencia, así como los beneficios inherentes al libre juego de la competencia.

Por lo que respecta a las autoridades de competencia, en la LDC se ha introducido la legitimación de las autoridades de competencia –nacional y regionales– para impugnar actos y normas con rango inferior a ley y de los que se deriven obstáculos a la competencia. Sin embargo, puede resultar insuficiente en la medida en la que no puede instar la remoción de las normas con rango de ley directamente ante la jurisdicción competente, sino únicamente realizar un informe sobre ellas. Informe, además, que carece de fuerza vinculante.

Por lo que respecta a los operadores económicos, en la promoción de la cultura de competencia deben participar las empresas a través de la introducción de programas de cumplimiento que permitan a todos sus empleados conocer los perjuicios de incumplir la normativa y los beneficios de respetar la libre competencia. En definitiva, son las empresas las que, a través de sus empleados, desarrollan conductas potencialmente ilícitas, por lo que estos programas pueden ser un instrumento eficaz para erradicar las conductas ilícitas desde la raíz.

Por lo que respecta a la sociedad, otro mecanismo que debe utilizarse es la publicidad de las sanciones. Así como el artículo 69 LDC recoge que la publicidad de las mismas se producirá «en la forma y condiciones que se prevea reglamentariamente», en ningún artículo del RDC desarrolla específicamente este precepto, por lo que se aboga por su regulación; especialmente en el caso de las asociaciones, en las que es muy fácil dar difusión al acuerdo colusorio, pero más complicado que llegue a conocimiento de todos los asociados las consecuencias de haberlo desarrollado. Sin duda existirán asociados que desconozcan que están infringiendo la normativa y hayan decidido desarrollar la conducta prohibida porque se lo había recomendado su asociación y presumen que es lo correcto; por ello, es innegable que debe ponerse en su conocimiento tanto que la conducta es ilícita, como las consecuencias de persistir en la misma.

TERCERA. No existe una cultura de competencia suficientemente implantada para evitar la comisión de ilícitos anticompetitivos; por ello, sancionar de manera efectiva y disuasoria es imprescindible para evitar que las empresas consideren que los potenciales beneficios derivados de infringir la normativa de competencia superan a los posibles costes si son detectadas y sancionadas.

En España, ante la falta de una cultura de competencia que promueva *per se* el cumplimiento de la normativa, es necesario que exista un sistema sancionador capaz de, primero, eliminar cualquier vestigio de rentabilidad de las conductas anticompetitivas y, segundo, favorecer una actitud proactiva de cara a cumplir la Ley. Estas mejoras deben incidir necesaria y conjuntamente en la detección de las conductas anticompetitivas, en

la aplicación de la normativa y en la sanción. Paralelamente, deberá seguir trabajándose en su promoción como ya se ha concluido.

Las empresas preferirán coludir cuando prevean que los beneficios derivados de su conducta ilícita superarán a cualquier "pérdida" a la que puedan verse expuestos –lo que incluye tanto posibles multas, como gastos derivados de defensa y representación, posibles indemnizaciones, y cualquier otro desembolso monetario derivado de su comportamiento–.

Los momentos de crisis son los más propicios para ello, dado que cualquier empresa cuya ineficiencia le llevaría a tener que salir del mercado o a tener que reestructurarse puede aguantar indefinidamente sin experimentar ningún cambio gracias, por ejemplo, a un pacto colusorio (reparto de mercados) que obligue a que los consumidores tengan que adquirirle a ella los productos o servicios. Los beneficios son el poder continuar operando en el mercado y el ahorro al no tener que reestructurarse; la pérdida sería una eventual sanción que, dado que se tiene en cuenta el volumen de negocios del último año, puede ser cuantitativamente reducida; o, si finalmente no logra evitar la crisis y entra en liquidación, inexistente. Además, cuanto más se extienda en el tiempo el desarrollo de la conducta, mayores serán los beneficios y, por muy larga que haya sido la infracción, no podrá superarse el 10% del volumen de negocios del año precedente al de la imposición de la multa.

CUARTA. Es necesario que la CNMC se convierta en un órgano fuerte y que esté coordinado con el resto de autoridades autonómicas y judiciales.

La CNMC empezó a funcionar en octubre de 2013 sustituyendo a la CNC e integrando a la mayoría de los reguladores sectoriales. La necesidad de coordinación entre las diferentes salas que integran la CNMC puede derivar en la pérdida de la fuerza y la eficacia de la Sala de Competencia –en favor de otros objetivos que se estime que tienen prioridad– que poco a poco fue adquiriendo la CNC durante los años en los que estuvo en funcionamiento.

Además, es necesario que la CNMC esté coordinada con el resto de autoridades autonómicas de cara a dar una respuesta conjunta a los problemas anticompetitivos que puedan generarse en cualquier mercado dentro del territorio nacional. Una correcta coordinación, junto con la creación de autoridades autonómicas en las Comunidades que no existen, favorecía la liberación de recursos de la CNMC que podrían dedicarse a perseguir conductas más difíciles de detectar, dejando a las autoridades autonómicas la investigación y sanción de aquellas que afecten únicamente al territorio de las mismas. Junto a ello, el trabajo en red favorece el aprendizaje, facilita la promoción de la competencia al existir autoridades más cercanas al consumidor y aumenta el riesgo de detección para el presunto infractor.

Esta delegación sería semejante a la descentralización operada dentro de la UE, a través de la cual la Comisión Europea se reserva la competencia para conocer de los asuntos más graves y con mayor incidencia a nivel europeo, mientras que las autoridades nacionales son las encargadas de lidiar con el resto de asuntos, independientemente de que tengan efecto europeo –en cuyo caso aplicarán los artículos 101 y 102 TFUE- o únicamente produzcan efectos a nivel nacional.

QUINTA. La actividad administrativa y la judicial deben funcionar coordinadamente en la interpretación de la Ley; en caso contrario, es previsible que las empresas recurran la sanción y obtengan una reducción –o incluso anulación– de la misma.

Es necesario coordinar la actividad administrativa y la actividad judicial. Los esfuerzos por perseguir y sancionar las conductas ilícitas son en vano si, después, las multas son anuladas o reducidas en la revisión jurisdiccional. Por ello es imprescindible que las autoridades de competencia y los tribunales apliquen criterios equivalentes, tanto a la hora de analizar si ha existido una infracción de la normativa de competencia, como para determinar si la sanción es justa, adecuada, proporcional y respeta los demás principios del sistema sancionador. No debe olvidarse que son los Tribunales Superiores de Justicia quienes resolverán los recursos de las autoridades de competencia regionales, por lo que son numerosos los órganos judiciales que tendrán la oportunidad de pronunciarse sobre esta materia. En todo caso, debe perseguirse la aplicación uniforme de la LDC.

Igualmente, en lo que respecta a la promoción de reclamaciones de daños derivados de conductas anticompetitivas es imprescindible que se coordinen la jurisdicción contencioso-administrativa y la civil, para evitar que se adopten decisiones contradictorias.

SEXTA. La deslealtad de una conducta puede examinarse desde el ámbito civil; por ello, en caso de mantenerse como ilícito administrativo, debe tipificarse explícitamente que se perseguirán únicamente las conductas desleales al mercado

La prohibición recogida en el artículo 3 LDC debe revisarse con vistas a su supresión o modificación. En el Derecho de la competencia europeo no existe ninguna prohibición similar a la recogida en el artículo 3 LDC. La Comisión Europea, en un procedimiento de competencia, únicamente persigue tales prácticas si tienen encaje en una conducta del artículo 101 ó 102 TFUE; es decir, la Comisión no las sanciona como desleales, sino como conductas colusorias o de posición de dominio, cuando se satisfacen los requisitos recogidos en la normativa de competencia. En el resto de casos, se resuelve conforme a la Directiva 2005/29/CE y el Reglamento 2006/2004.

En efecto, la consideración de deslealtad supone la intervención de un órgano administrativo –la autoridad de competencia– en la actividad económica para defender un interés esencialmente privado o, en todo caso, colectivo, cuya defensa debería corresponder a la jurisdicción ordinaria (al estarse infringiendo la Ley de Competencia Desleal); además, la "afectación al interés público" es un concepto jurídico indeterminado.

Por todo ello, si se mantuviera el tipo en la normativa de competencia resultaría imprescindible revisarlo con vistas tanto a determinar que únicamente conocerán las autoridades de competencia cuando se trate de una conducta de deslealtad al mercado, como a reducir la discrecionalidad de la autoridad de competencia a la hora de determinar la existencia de una conducta típica.

Dicho esto, no debemos obviar que en la reforma de la LDC operada en el año 2007 se decidió expresamente mantener esta disposición referente a las conductas desleales. De ese hecho puede entenderse que, si bien la aplicación de esta disposición es limitada y podría en algunos casos ser superflua –porque tanto el artículo 1, como el artículo 2, pueden aplicarse a determinadas prácticas colusorias o abusivas—, su mantenimiento se justifica en su aplicación para casos muy específicos. En concreto para aquellos en los que la práctica desleal tiene un efecto exclusionario y no solamente explotativo.

SÉPTIMA. La aplicación de las eximentes debe ser restrictiva y, a estos efectos, debe mejorarse la redacción de los artículos 4 LDC y 5 LDC, señalando que, el primero, sólo será de aplicación cuando no exista otra alternativa válida de conducta y, el segundo, resulta contradictorio por considerar que puede existir un abuso de una posición de dominio de escasa importancia cuando lo que se pretende es favorecer la concurrencia.

Es necesario delimitar claramente la posibilidad de aplicar circunstancias eximentes. En este sentido, la normativa debería recoger de manera expresa que el artículo 4 LDC únicamente será de aplicación cuando las empresas carezcan de margen de maniobra, de tal manera que, aunque su conducta sea, o haya sido, impuesta por una Ley, si la empresa pudo haber optado por una opción más respetuosa con la normativa de competencia, sí será sancionada. Esta interpretación iría en línea con la realizada por los tribunales europeos, quienes señalan que si la empresa pudo haber elegido un comportamiento que no fuera dañino para la competencia, debió haber optado por él. Es por ello que cualquier otra actuación, incluso si está autorizada por una Ley, puede dar lugar a la imposición de una sanción por la Comisión Europea.

Por otra parte, debería suprimirse la posibilidad de poder considerar, al amparo del artículo 5 LDC, que un abuso de posición de dominio puede tratarse de un comportamiento *de minimis*, dado que parece difícilmente justificable que quien esté abusando de su posición de dominio pueda estar al mismo tiempo desarrollando una conducta de escasa entidad. En todo caso, estos comportamientos deberían reconducirse a la falta del elemento de "abuso".

OCTAVA. Las Administraciones públicas, si se demuestra que han participado en una conducta anticompetitiva, deben ser sancionadas sin que puedan alegar que actuaban en el ejercicio de prerrogativas públicas.

A la hora de considerar que una conducta infringe la normativa de competencia, es necesario realizar algunas puntualizaciones en torno a las conductas llevadas a cabo por las Administraciones públicas o entes dependientes de las mismas –bien sean empresas públicas o privadas con una participación pública mayoritaria, o bien entes instrumentales o medios propios–.

Ello ha llevado a que el Tribunal de Justicia haya recogido que sólo podrán ser sancionadas las conductas anticompetitivas de las Administraciones públicas que pertenezcan a la esfera de los intercambios económicos –excluyendo expresamente aquellas conductas realizadas en ejercicio de prerrogativas de poder público–, siendo indispensable interpretar esta tendencia jurisprudencial restrictivamente. De otro modo, si se considerase de manera extensiva que la Administración actúa amparada por lo que se han venido a considerar prerrogativas de poder público, cuando en realidad su actuación no gozaba de tal prerrogativa, podrían no sancionarse conductas que son encuadrables dentro del tráfico o giro normal de la Administración. Así, la Administración se encontraría en una posición competitivamente ventajosa, falseando el juego de la libre competencia, en detrimento del resto de operadores en el mercado.

NOVENA. La normativa debe señalar expresamente qué sucede en los supuestos de sucesión empresarial para evitar posibles dudas y garantizar los principios de legalidad y tipicidad.

Con relación a la responsabilidad de las empresas matrices, si bien la doctrina de unidad del comportamiento jurídico conlleva la responsabilidad de la matriz cuando ejerza un control sobre su filial, nada se dice en el texto legal sobre cómo afectarán las fusiones, absorciones y reestructuraciones empresariales a una eventual sanción. La práctica europea realiza un test de imputabilidad que sería adecuado recoger en la legislación española para evitar cualquier tipo de duda que pudiera surgir.

En estos supuestos de reestructuración empresarial, en la práctica, se ha optado por sancionar a la nueva propietaria de la empresa o de la rama de actividad en cuyo seno se había desarrollado la conducta ilícita. Sin embargo, existe incertidumbre sobre si en el caso de cambios estructurales de empresas, la sociedad absorbente solo deberá responder de la sanción impuesta a la absorbida cuando de alguna manera tuviese vínculos jurídicos, económicos u organizativos con la sancionada al tiempo de la comisión de la infracción.

DÉCIMA.- La sanción a una asociación puede derivar en una responsabilidad subsidiaria desproporcionada.

Las asociaciones pueden ser responsables de una conducta anticompetitiva puesto que, en ocasiones, actúan como foro propicio para la creación de carteles –e incluso realizan una labor de control del funcionamiento del cartel– o proceden a realizar recomendaciones colectivas prohibidas por el artículo 1 LDC.

El problema surge cuando la asociación no dispone de medios suficientes para hacer frente a la multa y los socios deben responder subsidiariamente. Los socios que perciban que la conducta desarrollada derivada de una recomendación colectiva no pueden acudir al programa de clemencia porque únicamente está previsto para cárteles –si estuviéramos ante un cártel sí podrían haber presentado una solicitud de clemencia–; por otra parte, resulta sumamente difícil demostrar la ignorancia, su separación activa o que no aplicaron dicha recomendación para evitar la responsabilidad subsidiaria.

Una solución para evitar una responsabilidad subsidiaria desproporcionada sería imponer sanciones de baja cuantía; no obstante, la solución más adecuada sería permitir que un asociado pudiera acudir a la autoridad de competencia bajo la promesa de no tener que responder subsidiariamente si la asociación no tuviera fondos suficientes. Así, estaríamos ante una alternativa menos costosa que tener que levantar un acta notarial haciendo constar su oposición.

UNDÉCIMA. Es necesario establecer diferentes consecuencias jurídicas para quien cometa la conducta dolosamente y quien la infrinja negligentemente a través de un instrumento de *soft law*.

La normativa no establece ninguna diferencia entre la realización dolosa o negligente de los comportamientos anticompetitivos. Es cierto que determinados comportamientos –como la fijación de precios– difícilmente pueden desarrollarse de manera negligente. Ahora bien, dentro de la amplitud de conductas que pueden infringir la normativa de competencia, no debe descartarse esta posibilidad.

Teniendo en cuenta esa posibilidad, debería establecerse una diferenciación en la cuantía de la sanción porque aquellos que deliberadamente infringen la normativa tienen más oportunidades de ocultar sus huellas. Además, la jurisprudencia sí ha tenido en cuenta en varias ocasiones la falta de voluntariedad a la hora de reducir la cuantía de la multa.

Por ello, dado que la voluntariedad en la comisión de la infracción se toma en consideración a la hora de fijar la cuantía de la sanción, se considera adecuado que se recoja en a través de una nueva comunicación u otro instrumento de *soft law* –al entrar dentro del poder discrecional de la autoridad de competencial nacional– el cómo se valorará esta circunstancia para evitar que sean los tribunales quienes tengan que tenerla en cuenta por vía de recurso. Ello aportaría una mayor seguridad jurídica.

DUODÉCIMA. Los períodos de prescripción son demasiado cortos, lo que genera el riesgo de prescripción de las conductas durante la fase reservada en la que se investiga si existen indicios suficientes para incoar el procedimiento y, además, dichos plazos deben equipararse a nivel de la UE para evitar un trato discriminatorio en función de quién conozca del asunto.

Las conductas anticompetitivas prescriben a los cuatro años si son muy graves, a los dos si son graves y al año si son leves. Antes de incoar un expediente sancionador es importante recabar suficientes indicios que permitan considerar que, efectivamente, podría estarse ante una conducta prohibida. Sin embargo, no siempre es fácil incoar un procedimiento con suficientes evidencias dado el secretismo y lo refinado de los comportamientos objeto de investigación, por lo que se corre el riesgo de que la conducta prescriba si, mientras la autoridad de competencia recaba la información, las empresas deciden cesar en su conducta –al menos temporalmente a la espera de ver lo que sucede-

Además, la diferencia entre los plazos de prescripción otorga aún más importancia a la calificación de la conducta, dado que para evitar la prescripción de la sanción podría tenderse a calificar una conducta “grave” como “muy grave”.

Para evitar la prescripción y dados los problemas derivados de la calificación recogida en el artículo 62 LDC, resultaría más adecuado establecer un mismo plazo para todas ellas, de al menos cinco años como se recoge en la práctica europea, de tal manera que se redujeran las posibilidades de que se otorgara una calificación inadecuada a los hechos para tratar de evitar su prescripción y, al ser un plazo de tiempo superior, se reduciría el riesgo de que conductas graves o muy graves pudieran prescribir.

En cualquier caso, es indubitado que los plazos de prescripción deben equipararse a los de la Unión Europea en todos los Estados miembros, si no se crea un trato discriminatorio en un tema que es crucial para las empresas.

DECIMOTERCERA. La complejidad de los procedimientos sancionadores en Derecho de la competencia puede ser de tal entidad que conlleve que el expediente acabe caducando o que se finalice apresuradamente.

El segundo problema procedimental detectado es la posibilidad de que se produzca la caducidad del expediente. La autoridad de competencia, desde que incoa el procedimiento, dispondrá únicamente de 18 meses para finalizarlo. Si bien es cierto que en determinadas circunstancias puede obtenerse una suspensión del plazo para resolver, éste sigue siendo insuficiente para realizar las necesarias indagaciones, investigaciones y recopilación de información para imponer una sanción adecuada y con todas las garantías, especialmente cuando son procedimientos con muchas partes implicadas.

La Comisión Europea, por su parte, no dispone de un plazo prefijado, sino que deberá emplear un "plazo razonable". Si bien ello puede ser demasiado indeterminado, sí sería conveniente ampliar el plazo, en función de las circunstancias concurrentes, para considerar un expediente caducado.

Por tanto, ésta es una autolimitación que se ha establecido en el procedimiento español que, aunque permite resolver los expedientes en un plazo corto de tiempo acelerando el proceso decisorio en favor de la eficiencia administrativa, conlleva el riesgo de caducidad del expediente. Para evitar ese riesgo de caducidad, la autoridad de competencia nacional debería ser capaz de detectar aquellos casos en los que prevé una mayor dificultad y, en esos supuestos, proceder a abrir el periodo de información reservada, sin apresurarse a notificar la incoación cuando aún no dispone de las pruebas que sustenten los cargos imputables a las empresas. En cualquier caso, si bien este período de información reservada no está sujeto a plazo, sí existiría el riesgo de prescripción de la conducta.

DECIMOCUARTA. La terminación convencional resulta inadecuada para determinadas infracciones, siendo mucho más recomendable optar por una solución similar a la europea en la que sólo se le garantiza un porcentaje de reducción en la sanción.

La terminación convencional se estima inadecuada para los casos de cárteles y se señala que sería más adecuado establecer un régimen similar a la transacción europea. De esta manera, las partes perjudicadas por el acuerdo anticompetitivo podría reclamar daños civiles pero, a la misma vez, las presuntas infractoras se beneficiarían de una reducción en la multa, que es acumulable al descuento obtenido por el programa de clemencia en los casos en los que no se ha obtenido la inmunidad.

Por lo tanto, aunque la terminación convencional es una figura muy interesante para finalizar un procedimiento de forma negociada, en la práctica solo puede ser utilizada para terminar un expediente sin sanción, lo cual exige que no exista una infracción o, al menos, que no esté probada. Esto limita mucho su aplicabilidad e impide que se pueda aplicar como instrumento para negociar con las partes una reducción de la sanción en caso de aceptación de los cargos, a diferencia de lo que sucede en los asuntos de los que conoce la Comisión Europea.

DECIMOQUINTA. Existe una ausencia de claridad sobre los motivos que justifican una determinada cuantía de la multa que, en muchas ocasiones, debería ser más elevada, por lo que debería existir una mayor justificación sobre la consideración de los factores que influyen en el cálculo de la sanción.

El cálculo de la sanción se realiza estableciendo primero un tipo sancionador general y después un tipo sancionador individual en el que se incluyen las circunstancias agravantes y/o atenuantes. Posteriormente, se procede a realizar las reducciones adicionales que correspondan y los ajustes que se consideren necesarios para garantizar que la sanción es proporcional a la infracción

Resulta inadecuada la redacción del artículo 64.1 LDC porque no se recoge cómo debe valorarse cada uno de los factores que se contemplan o si todos tienen el mismo peso. La falta de transparencia en el cálculo de las sanciones debería ser evitada a través de una nueva comunicación que tome en consideración lo dispuesto por el Tribunal Supremo y que, lo antes posible, sustituya a lo que han denominado "indicaciones provisionales" para garantizar una mayor seguridad jurídica.

Además, es aconsejable que la cuota de mercado y el alcance se valoren conjuntamente; es probable que, a mayor cuota de mercado de la empresa infractora, mayor alcance tenga la infracción. Finalmente, la duración de la conducta debe ser valorada separadamente porque es un factor de comparación objetivo entre todas las infracciones que puede utilizarse para agravar la conducta y elevar la sanción. Es indubitado el hecho de que, a mayor duración, mayores perjuicios.

Dentro de estos factores, debe añadirse que, a la hora de calcular el tipo sancionador, ya sea el general o el individual, sería conveniente añadir un "importe de entrada" similar a la existente en la normativa europea, así como un incremento específico para determinadas conductas especialmente lesivas para garantizar un efecto disuasorio. El objetivo es disuadir a las empresas de participar en este tipo de prácticas ilegales, especialmente cuando estamos frente a corporaciones con un alto volumen de negocios o cuando hay grandes disparidades de tamaño entre las empresas participantes en la infracción.

En todo caso, los criterios para establecer sanciones deberían ser los mismos en toda la UE para evitar tratos discriminatorios por la comisión de infracciones similares, sobre todo cuando las autoridades de competencia –nacionales o europea– aplican la misma norma sustantiva.

DECIMOSEXTA. Las agravantes no se aplican con suficiente contundencia, en especial, la referente a la reincidencia.

La CNMC y las autoridades autonómicas de competencia ya no están constreñidas por la Comunicación sobre sanciones. Sin embargo, esto no se ha utilizado para aplicar porcentajes más elevados cuando existen circunstancias agravantes, ni siquiera en los casos de reincidencia. En consecuencia, cuando una empresa en un corto periodo de tiempo decide volver a desarrollar prácticas colusorias, ello significa que asume el riesgo del procedimiento sancionador y la correspondiente multa porque realmente no le suponen un "coste". De ahí que se estime más adecuada la perspectiva europea donde la agravante permite incrementar hasta en un 100% la base de la sanción.

DÉCIMOSÉPTIMA.- Debería considerarse la incapacidad contributiva como atenuante en vez de evitar la imposición de la sanción en los supuestos de disolución o liquidación, para evitar que pudiera existir una sucesión empresarial sobrevenida.

Por otra parte, como atenuante o reducción adicional, debería contemplarse la posibilidad de que la CNMC pudiera rebajar la sanción por incapacidad contributiva: en los casos en los que la empresa se encuentre en situación concursal, resultaría más favorable una multa de cuantía muy limitada antes que la ausencia de sanción o "multa cero". De esta manera, si su situación económica mejorase o si se produjera su adquisición por otra empresa, podría exigírsele el abono de la cuantía impuesta como sanción.

A este respecto, cabe recordar que el 10% del volumen de negocios no actúa como límite para evitar que las empresas entren en liquidación, sino que es el techo máximo del arco sancionador. Techo que, a su vez, puede generar un efecto pernicioso: cuando las empresas tengan suficientes reservas para pagar este tope o cuando calculen que se ha alcanzado, no se verán disuadidas en la medida en que todas las ganancias ilícitas que superen el máximo imponible serán para la empresa.

No obstante, pese a la diferente interpretación de la normativa europea y la nacional sobre la aplicación del 10%, en ningún caso podría entenderse que una empresa debe cerrar a causa de una sanción. El Derecho de la competencia sirve para proteger los mercados y preservar el proceso competitivo, por lo que otra interpretación iría en contra de su propia esencia. Para evitar confusiones, una vez más, se aboga por tratar de lograr la mayor convergencia en los criterios de aplicación de la normativa de competencia entre las diferentes autoridades de competencia –nacionales y europea–. Especialmente, cuando la normativa es de identidad sustancialmente mimética.

DECIMOOCTAVA. No debería exigirse la continuación de la infracción a los solicitantes del programa de clemencia y debería suprimirse la reducción mínima al segundo y tercer solicitante.

Los programas de clemencia constituyen el principal y el mejor instrumento para desmantelar cárteles. Es preciso utilizar estrategias eficaces para que los miembros del cártel no descubran que existe un delator y para ser flexibles con las empresas que quieren colaborar con la autoridad; si no es así, la desconfianza de las empresas en la gestión de la autoridad impiden que este tipo de programas funcionen de manera eficaz.

Dicho esto, el programa de clemencia genera dudas en la medida en que debería suprimirse el requisito de continuación obligatoria con la infracción, dado que se sigue perjudicando a los consumidores, que es a quien se trata de proteger. O, al menos, si la presunta infractora manifiesta que no desea continuar con la conducta ilícita, debería permitírsele poner fin a la misma, sin que ello supusiera un obstáculo para poder seguir acogiéndose al programa de clemencia.

Además, sería conveniente que se suprimiera la reducción mínima para el segundo y tercer solicitante de tal forma que la autoridad de competencia dispusiera de discrecionalidad total para apreciar cuánto valor añadido significativo aporta la nueva información. Especialmente, cuando ya está en poder de lo que se supone que es información suficiente para proceder a sancionar la conducta.

DÉCIMONOVENA. Debería hacerse uso frecuente y continuado de la posibilidad de imponer sanciones administrativas individuales.

La normativa española, a diferencia de la europea, contempla la posibilidad de imponer multas individuales. Es necesario que la autoridad de competencia imponga sanciones dirigidas al individuo que ha elegido libre y voluntariamente infringir la normativa, dado que, si no se deriva ningún perjuicio personal y sí ha obtenido beneficios –por ejemplo, *bonus* por el incremento de beneficios o una promoción–, no sólo no es disuadido, sino que incluso utiliza la experiencia del procedimiento sancionador contra la empresa para evitar ser detectado en futuros comportamientos anticompetitivos. Además, son muy pocos los empleados o gerentes que pueden realizar estas conductas dado el especial cuidado que pone la empresa infractora para no ser detectada.

En cualquier caso, si se decide hacer uso de esta posibilidad, en ningún caso debe permitirse que la empresa compense al directivo o que, incluso, sea ella quién pague la multa. Por ello, no debe descartarse incluir como sanción en futuras reformas legislativas, para determinados supuestos, la inhabilitación por un tiempo determinado para aquellas personas físicas que incumplan la LDC.

VIGÉSIMA- Deberían preverse e incentivarse solicitudes de clemencia individuales para que las personas físicas pudieran acogerse a ellas.

Si se empezara a hacer un uso frecuente de las sanciones individuales también sería apropiado regular solicitudes de clemencia individuales. Así, si el directivo de una empresa que ha participado en el acuerdo anticompetitivo quiere evitar la sanción personal, podría acudir a este programa. En caso contrario, si la empresa se niega a presentar una solicitud de clemencia, el empresario que, aunque participó en el acuerdo, desea ponerle fin, no dispondrá con certeza de ningún mecanismo legalmente regulado para evitar ser sancionado como persona física responsable de la infracción. Dicho con otras palabras, mientras que la persona jurídica tiene un mecanismo jurídicamente articulado para evitar la sanción, la persona física responsable no dispone de ninguna alternativa semejante.

LISTADO DE TABLAS, ILUSTRACIONES Y FÓRMULAS

Listado de tablas

Tabla 1. Conductas desleales sancionadas (2007-2019)..... 148
Tabla 2. - Papel del sector público en el PIB español 167
Tabla 3.- Comparación de los artículos 23.4 del Reglamento 1/2003 y el artículo 61.3 LDC 192
Tabla 4.- Importancia percibida de las sanciones 235
Tabla 5.- Factores para el cálculo del importe de la sanción..... 276
Tabla 6.- Circunstancias agravantes tenidas en cuenta por la Comisión Europea y por la CNMC 284
Tabla 7.- Comparación del incremento porcentual aplicado por las autoridades de competencia en las circunstancias agravantes comunes 285
Tabla 8. - Circunstancias atenuantes tenidas en cuenta por la Comisión Europea y por la CNMC 306
Tabla 9.- Comparación de la disminución porcentual aplicada por las autoridades de competencia en las circunstancias atenuantes comunes 326
Tabla 10.- Reducciones máximas aplicables derivadas del programa de clemencia 364
Tabla 11.- Tipo de recurso e instancia judicial encargada de resolverlo..... 386
Tabla 12.- Comparación entre las multas impuestas por la Comisión Europea (artículo 101 TFUE) y las multas tras la revisión judicial..... 389
Tabla 13.- Revisión jurisdiccional en el período 2014-2017 de las declaraciones de infracción de la autoridad nacional de competencia. 390
Tabla 14.- Argumentos sobre la posibilidad de que los tribunales modifiquen la cuantía de la multa 392

Listado de ilustraciones

Ilustración 1.- Política de competencia: aplicación de la normativa y promoción 50
Ilustración 2. Consecuencias en la producción y los precios de la fijación de precios..... 65
Ilustración 3. Relación entre precio – cantidad en un producto cartelizado..... 65
Ilustración 4. Interrelación entre la detección, el castigo y la disuasión 69
Ilustración 5..- Organigrama del Consejo la CNMC 105
Ilustración 6.- Órganos que pueden tener que aplicar la normativa de competencia 118
Ilustración 7. El programa de clemencia y momento de su solicitud 377

Listado de fórmulas

Fórmula 1. Cálculo matemático para obtener la multa óptima desde el punto de vista de la autoridad de competencia 63
Fórmula 2. Cálculo matemático para obtener la multa óptima desde el punto de vista del infractor del infractor 68
Fórmula 3.- Cálculo de la base de la sanción 274
Fórmula 4..- Cálculo de la sanción teniendo en cuenta las circunstancias modificativas 283

BIBLIOGRAFÍA

ABRANTES-METZ, R. M. "Why and How to Use Empirical Screens in Antitrust Compliance", en *CPI Antitrust Chronicle*, Vol. 1, febrero 2012.

ABRANTES-METZ, R. M.; BAJARI, P. y MURPHY, J. E. "Antitrust Screening: Making Compliance Programs Robust", en *SSRN*, 26 de julio de 2010.

ALLENDESALAZAR, A. "Pistoletazo de salida a la creación de la cnmc (Comentario a la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia)", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, 12 de junio de 2013

ALLENDESALAZAR CORCHO, R. "Una reforma arriesgada", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 31, enero-febrero 2013

ALLENDESALAZAR CORCHO, R. y MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, P. "Las conductas prohibidas en la nueva Ley de Defensa de la Competencia", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 1, enero-febrero 2008

ALLENDESALAZAR, R. y VALLINA, R. "Artículo 2 de la LDC: el abuso de posición dominante" en BACHES OPI, S. (Coord). *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación*, Ed. La Ley, nº 1, noviembre 2010

ALMUNIA, J. "Looking back at five years of competition enforcement in the EU European Commission" en *European Commission Press Releases database*, nº SPEECH/14/588, 10 de septiembre de 2014.

-------- "Honing the Instruments of EU Competition Control", en *21st St.Gallen International Competition Law Forum ICF*, nº SPEECH 14/378, 15 y 16 de mayo de 2014.

-------- "Compliance and Competition policy", en *Businesseurope & US Chamber of Commerce. Competition conference*, nº SPEECH/10/586, 25 de octubre de 2010.

ALONSO NUEZ, M. J. Y ROSELL MARTÍNEZ, J. "Desregulación y política de competencia. Un análisis empírico", en *El trimestre económico*, Vol. 78-1, nº 309, enero-marzo 2011

ALONSO SOTO, R. "La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales", en *Notas de Competencia*, Ed. Gómez Acebo y Pombo, 2012.

--------"La nueva Ley de Defensa de la Competencia", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Ed. La Ley, nº 1, julio-diciembre 2007

-------- “El falseamiento de la libre competencia por actos desleales” en Notas de competencia, Ed. Gómez Acebo & Pombo, nº 3, mayo 2003.

ANGULO GARZARO, A. "La reclamabilidad de daños por parte de la Administración pública por infracciones de la normativa de competencia en los procedimientos de contratación pública", en *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 50, enero 2019.

-------- Los "compliance programmes" en el derecho de la competencia como medida preventiva de futuros procedimientos sancionadores” en ABEL LLUCH, X. (coord.) *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, Ed. Bosch, 2014, pp. 625-637

ANGULO GARZARO, A; CAÑADAS BOUWEN, M y SUDEROW, J. “Spain”, en KËLLEZI, P; KILPATRICK, B Y KOBEL P. (eds*) Liability for Antitrust Law Infringements & Protection of IP Rights in Distribution*, Ed. Springer, 2019, pp. 223-237

ARAUJO BOYD, M. “Introducción al estudio de la jurisprudencia revisora de las resoluciones administrativa en materia de abuso de posición de domino en España” en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÒ JUAN, A. (dirs). *El derecho de la competencia y los jueces*. Ed: Fundación Rafael del Pino. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales SA., Madrid, 2007

ARMENGOL, O. "Régimen jurídico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia", en *Nota Informativa Contencioso, Público y Regulatorio*, Ed. Pérez-Llorca, septiembre 2013.

ARRANZ FERNÁNDEZ-BRAVO, T. y MOSCOSO DEL PRADO GONZÁLEZ, L. "Desarrollo reciente de la aplicación de las normas de defensa de la competencia a las Administraciones Públicas”, en *Foro de Actualidad,* Ed. Uría Menéndez, nº 32, 2012.

ARRIBAS HERNÁNDEZ, A. “La aplicación paralela por los jueces y las autoridades administrativas: posibles contradicciones y formas de evitarlas” en MARTÍNEZ LAGE, S. Y PETITBÒ JUAN, A. (dirs) *El derecho de la competencia y los jueces*. Ed: Fundación Rafael del Pino. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales SA. Madrid, 2007

ARROYO APARICIO, A. “Consumidores y normativa protectora de la libre competencia: algunos antecedentes y las recientes iniciativas sobre “acciones por daños””, en VÁZQUEZ PENA, M. J. (dir y coord). *El derecho de la libre competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores*. Ed. Tirant lo Blanch, valencia, 2013

ARROYO APARICIO, P. “La aplicación descentralizada de los arts. 81 y 82 del Tratado CE según el Reglamento CE Núm. 1/2003”, en FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M. *Estudios de Derecho de la Competencia*. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid y Barcelona, 2005

ARROYO FERNÁNDEZ, M. J. y BLASCO TORREJÓN, B. "Una revisión de la literatura económica sobre el funcionamiento interno de los cárteles y sus efectos económicos", en *Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia*, Universidad San Pablo CEU, nº 35, 2013

ASHTON, D. y HENRY, D. *Competition damages actions in the EU. Law and Practice*. Ed. Edward Elgar, Cheltenham UK; Northampton, MA, USA, 2013

ASHURST LONDON "EU-wide framework for antitrust damages claims agreed: national implementation to follow", en *Competition briefing*, noviembre 2014

AYLLÓN, J. "¿Será efectivo el sistema de clemencia español?", en *Iuris*, diciembre 2009.

BACHES, S. “La prohibición de contratar con las administraciones públicas por infracciones del derecho de la competencia”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 309/2018, parte varia, 2018.

BACHMAIER WINTER, L. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de compliance", en *Diario La Ley*, Ed. La Ley, nº 7938, 5 de octubre de 2012

BAGUERI, V. y KATSOULACOS Y. "A simple quantitative, methodology for the setting of "optimal fines" by antitrust and regulatory authorities", en *European Competition Journal*, Vol. 10, nº 2, 1 de agosto de 2014

BAKER, D. I. "An enduring antitrust divide across the atlantic over whether to incarcerate conspirators and when to restrain abusive monopolists", en *European Competition Journal*, abril 2009

BAKER, J. B. "The Case for Antitrust Enforcement" en *SSRN*, 23 de septiembre de 2003.

BAÑO LEÓN, J. M. “El procedimiento administrativo de defensa de la competencia y las medidas de clemencia”, en RUIZ PERIS, J. I. (dir). *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008

BAÑO FOS, J. M. "El principio de culpabilidad y las eximentes por amparo legal, confianza legítima o interpretación razonable de la norma: un análisis de la sentencia de la Audiencia Nacional en el cartel del Mosto de Jerez a la luz de la jurisprudencia

comunitaria" en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 32, marzo-abril 2013

-------- "La prescripción de las acciones por responsabilidad derivada de la infracción del Derecho de la competencia", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 24, noviembre-diciembre 2011

BARBIER DE LA SERRE, E y LAGATHU, E. "The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings: Faster, Higher, Harsher", en *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 4, nº 4, 2013

BARNES, F. y TOMS, M. "Who is really regulating us?", en *Oxera Agenda*, julio 2011.

BARRANTES DIA, B. "Dos años de aplicación del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia. Balance y asuntos más destacados" en BACHES OPI, S. (Coord). *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación*, Ed. La Ley, Madrid, noviembre 2010

BARTALEVICH, D. "The Influence of the Chicago School on the Commission's Guidelines, Notices and Block Exemption Regulations in EU Competition Policy", en *Journal of Common Market Studies*, Vol. 54, nº 2, marzo 2016

BAVASSO, A. F., "Independence in Competition Policy and Enforcement", en CHARBIT, N.; MALHADO, C.S. Y YANG. E. (eds) *Douglas H. Ginsburg - An Antitrust Professor on the Bench Liber Amicorum*, Ed. Concurrences. Antitrust publications & events, 2018.

BELLAMY, G. y CHILD, G. *European Community Law of Competition*. Ed. Oxford University Press, UK, 2007, 6ª edición

BELTRÁN RUIZ, S. "La caducidad de los procedimientos administrativos sancionadores por conductas restrictivas de la competencia", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 953/2019 parte Comentario, 2019.

BENAVIDES VELASCO, P. "Aplicación de las normas de Defensa de la Competencia por la jurisdicción ordinaria. La competencia atribuida a los Juzgados de lo Mercantil", en FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M. (coords.). *Estudios de Derecho de la Competencia*. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid y Barcelona, 2005

BENNETT, M. y PADILLA, J. A. *Article 81 EC Revisited: Deciphering European Commission Antitrust Goals and Rules.* Ed. Oxford Scolarship Online, septiembre 2009

BERASATEGI TORICES, J. "Las autoridades autonómicas de defensa de la competencia: ¿quo vadis?" en BACHES OPI, S. (Coord). *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación*, Ed. La Ley, Madrid, noviembre 2010

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *"*Protección de la libre competencia" en *Manuales Universitarios. Apuntes de Derecho Mercantil*, Ed. Aranzadi, julio 2018

-------- "La Ley de Defensa de la Competencia como hito de un proceso histórico" en RUIZ PERIS, J. I. (dir). *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008

BERENGUER FUSTER, L. "El nuevo concepto de cártel en la ley de defensa de la competencia tras el real decreto ley 9/2017" en *Anuario de Derecho de la Competencia 2018*, Ed. Aranzadi, 2018

--------. "Reflexiones en torno al programa de clemencia", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 28, julio-agosto 2012

-------- "Los procedimientos en materia de defensa de la competencia", en BERENGUER FUSTER, L.; GINER PARREÑO, C. A. Y ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. *La nueva legislación española ante la evolución del derecho de la competencia*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010

--------. "El nuevo sistema español de Defensa de la Competencia" en RUIZ PERIS, J. I. (dir) *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008

BERENGUER GIMENEZ, L. "El Derecho de la Competencia en un marco de crisis global", en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Vol. I, nº 6, marzo de 2010.

BERGKAMP, P. A. "The European Commission's Google Shopping decision. Could bias have anything to do with it?" en *Maastricht journal of European and comparative law*, vol. 26, nº 4, 2019, pp. 524-539.

BERGMAN, M. A. "Quis custodiet ipsos custodes? Or measuring and evaluating the effectiveness of competition enforcement" en *De Economist*, Vol. 156, nº 4, diciembre 2008

BERNATT, M. "Convergence of Procedural Standards in the European Competition Proceedings", en *Competition Law Review*, Vol. 8(3), diciembre 2012.

BHATTACHARYA, S. "Management studies, firm rationality and the law of predatory pricing", en *SSRN*, noviembre 2019.

BIGONI, M.; FRIDOLFSSON, S. O.; LE COQ, C., *et al*. "Fines, Leniency, Rewards and Organized Crime: Evidence from Antitrust Experiments", en *SSE/EFI Working Paper Series in Economics and Finance*, nº 698, 20 de mayo de 2008

BISHOP, S. y WALKER, M. *The economics of EC Competition Law: Concepts, application and measurement*. Ed. Sweet&Maxwell, UK, 2010, 3ª edición

BLAIR, R. D. y PIETTE DURRANCE, C. "Antitrust sanctions: deterrence and (possibly) overdeterrence.", en *The Antitrust Bulletin*, nº 3, vol 53, otoño 2008

BLAIR, R. D. y SOKOL, D. D. "Welfare Standards in U.S. and EU Antitrust Enforcement", en *Fordham Law Review*, Vol. 102, nº 81-145, 2013.

BOLOTOVA, Y. y CONNOR, J. M. "Cartel sanctions: an empirical analysis", en *SSRN*, 2008.

BORRELL, J.R.; JIMÉNEZ, J.L. y ORDÓÑEZ, J. M. "Redefiniendo los incentivos a la colusión: el programa de clemencia", en *Medio siglo de aplicación de las normas de Competencia en España*, Ed. CNC, julio 2013.

BOSKOVIC, L. R. "The wolfe must die in his own skin: a case for custodial sentences against individuals in cartel cases in the EU", en *SSRN*, 7 de septiembre de 2014.

BROKELMANN, H. "Competencia y regulación en la nueva CNMC", en *Cinco Días*, 27 de febrero de 2013, **http://cincodias.com/cincodias/2012/02/27/economia/1330458944_850215.html** (Último acceso: 06.05.2020)

BROKELMANN, H y VALLINA, R. "La regla de minimis en el Derecho de la competencia. La sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de septiembre de 2009" en *Anuario Contencioso para Abogados 2011*. Ed. La Ley, madrid, mayo 2011

BUCCIROSSI, P. y SPAGNOLO G. "Optimal fines in the era of whistleblowers. Should price fixers still go to prison?", en *Lear Research Paper*, nº. 05-01, diciembre 2005.

BUDZINSKI, O. Y CHRISTIANSEN, A. "Competence Allocation in the EU Competition Policy System as an Interest-Driven Process", en *SSRN*, 28 de febrero de 2005.

CABRALES, A. "La 'tasa Google': un clásico cártel de Estado", en *Nada es gratis*, 2 de junio de 2014, **http://nadaesgratis.es/?p=37923** (Último acceso: 06.05.2020)

CABRALES, A.; LLOBET CODINA, G. y GANUZA FERNÁNDEZ, J. J. "Superregulador: ¿expertos independientes?", en *El País*, 12 de septiembre de 2013, **http://elpais.com/elpais/2013/09/11/opinion/1378893667_253607.html**. (Último acceso: 06.05.2020)

CACHAFEIRO, F. "Damages Claims for Breach of Competition Law in Spain", en ROSENAU, H y NGHIA, T. V. (eds), *Competition Regime: Raising Issues and Lessons from Germany*, Ed. Nomos Verlag, Germany, 2014.

CACHAFEIRO GARCÍA, F. "El volumen de negocios como criterio para graduar las sanciones en el Derecho de la competencia", en *Actas de Derecho Industrial*, vol. 34, 2013-2014.

---------- "Definición del mercado relevante por el Tribunal Supremo: a propósito de la Sentencia Excursiones Puerto de Sóller", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 31, enero-febrero 2013

----------. "Fundamentos del Derecho de la Libre Competencia", en BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (coords.), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Ed. Aranzadi: Cizur Menor, Navarra, 2009

CALLOL, P. "La responsabilidad individual de directivos bajo el Derecho de la Competencia", julio 2015, **http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/M4-04-pedro-callol.pdf** (Último acceso: 06.05.2020)

CALLOL, P. y MANZARBEITIA, J. "La terminación convencional en procedimientos sancionadores por conductas restrictivas de la competencia: una consideración práctica", en *2012 Práctica mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2011 en los grandes despachos*. Ed. La Ley Digital, nº 16415/2012, Madrid, mayo 2012

CALVANI, T. "Competition penalties and damages in a cartel context: criminalization and the case for custodial sentences", en *Papers Thursday Workshop - Amsterdam Center for law*, diciembre 2004.

CALVANI, T. y CALVANI, T. H. "Cartel sanctions and deterrence" en *The Antitrust Bulletin*, Vol. 56, nº 2, verano 2011

CALVAR, C. "Competencia alerta de la incertidumbre que acarrea fusionar organismos reguladores y supervisores", en *El Correo*, 5 de febrero de 2013, **http://www.elcorreo.com/vizcaya/rc/20130205/economia/competencia-alerta-incertidumbre-fusiones-201302051411.html** (Último acceso: 06.05.2020)

CALVO CARAVACA, A. L. *Derecho antitrust europeo. Tomo I. Parte General. La Competencia*. Ed. Colex, Madrid, 2009

CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Mercado único y libre competencia en la Unión Europea", Colex, Madrid, 2003, pp. 267-268 en TORRE SUSTAETA. M. V. *La aplicación del Derecho de la Competencia en Europa. Intereses en juego y vías de tutela*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014

---------- *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*. Ed. Colex, Madrid, 2001

CAMESASCA, P.D.; YSEWYN, J; WECK, T. *et al*. "Cartel Appeals to the Court of Justice: The Song of the Sirens?", en *Journal of European Competition Law and Practice*, abril 2013

CARMELIET, T. "How lenient is the European leniency system? An overview of current (dis)incentives to blow the whistle", en *Jura Falconis Jg. 48*, nº 3, 2011-2012

CARRASCO PERERA, A. "Responsabilidad civil solidaria de los miembros de un cártel", en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* nº 1/2018 parte Doctrina.

CASADO NAVARRO, A. "El controvertido asunto de la función normativa del falseamiento de la competencia por actos desleales (Art. 3 LDC)", en *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº 22, 2018

CENGIZ, F. "Judicial review and the rule of law in the EU competition law regime after Alrosa", en *European Competition Journal*, Vol. 7, nº 1, abril 2011

---------- "The European Competition Network: structure, management and initial experiences of policy enforcement", en *EUI Working Papers*, nº MWP 2009/05, 2009.

CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE. *La igualdad en el Derecho de Defensa de la Competencia*. Ed. Tirant Monografías, Valencia, 2008

CHEN, Z. "Cartel organization and antitrust enforcement" en *CCP Working Paper*, nº 08-21, 11 de abril de 2008.

CLARK, J. "Competition advocacy: challenges for developing countries", en *OECD Journal*, 2004.

COMISIÓN EUROPEA. *Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto*. DOUE C-267/4 de 9 de agosto de 2019

----------. *EU competition policy in action*, ed. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

----------. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Diez años de aplicación de la normativa antimonopolio del Reglamento (CE) nº 1/2003: logros y perspectivas futuras. Nº COM/2014/0453 final, 9 de julio de 2014.

----------. "Antitrust: Commission fines banks € 1.71 billion for participating in cartels in the interest rate derivatives industry - frequently asked questions" en *European Commission Press releases database*, 4 de diciembre de 2013, MEMO/13/1090

---------- *Delivering oral statements at DG Competition*. 8 de octubre de 2013.

---------- "Competition: European Competition Network refines its Model Leniency Programme – Frequently asked questions", en *European Commission Press releases database*, nº MEMO/12/887, 22 de noviembre de 2012.

----------. *Compliance matters. What companies can do better to respect EU competition rules*. Noviembre 2011, Ed. Publications Office of the European Union 2012

----------. *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel*. DOUE C 298/17, de 8 de diciembre de 2006

----------. *Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003*. DOUE C 210/02, de 1 de septiembre de 2006

----------. *La política de competencia de la UE y los consumidores*. Ed. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2005

----------. *Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE*. DOUE C-101, de 27 de abril de 2004

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

----------. *Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia*. DOUE C 101/03, de 27 de abril de 2004 DOUE C 101/03, de 27 de abril de 2004

----------. Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado

1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de minimis). DOUE C-368/07, de 22 de diciembre de 2001; y en derecho español en el artículo 5 LDC y 1 a 3 RDC

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. *Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia*. 10 de junio de 2020

----------. *Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia*. 10 de junio de 2020 *Revisión jurisdiccional en el período 2014-2017 de las declaraciones de infracción de la autoridad nacional de competencia*. 2017.

----------. *Aplicación de los mecanismos de asignación de expedientes CNMC/CCAA y novedades*. 2016.

----------. "Aplicación de los mecanismos de asignación de expedientes CNMC/CCAA y novedades", en *CNMC*, 2013

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Comunicación sobre el Programa de Clemencia*. 19 de junio de 2013. BOE de 16 de agosto de 2013

----------. *Memoria de actividades* 2012-2013.

COMBE, E. y MONNIER, C. "Fines against hard core cartels in Europe: the myth of overenforcement", en *The Antitrust Bulletin*, nº 2, vol. 16, verano 2011

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. *UNCTAD surveys of infrastructure regulators and competition authorities*. Documento nº UNCTAD/DITC/TNCD/2013/5, New York and Geneva, 2014.

----------. *Compilation of the responses to the UNCTAD questionnaire*. Ed. United Nations Conference on Trade and Development, Geneva, 2010.

----------. *Sanciones y recursos apropiados*. Sexta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas. Nº del documento. TD/RBP/CONF.7/5, Ginebra, 8 a 12 de noviembre de 2010

CONNOR, J. M. "The Private International Cartels (PIC) Data Set: Guide and Summary Statistics, 1990-2013", en *SSRN,* agosto 2014.

----------. "Cartels portrayed: a 21-year perspective, 1990 to 2010", en *International Cartels Presentation and Audio from AAI Annual Conference*, 23 de junio de 2011.

----------. "Has the European Commission become more severe in punishing cartels? Effects of the 2006 Guidelines", en *SSRN*, diciembre 2010.

----------.. "Recidivism Revealed: Private International Cartels 1991-2009" en *SSRN*, 25 de septiembre de 2010.

----------. "The great global vitamins conspiracy: sanctions and deterrence" en *SSRN*, marzo 2008.

----------. "Optimal Deterrence and Private International Cartels", en *SSRN*, 9 de abril de 2007.

----------. "Global Cartels Redux: The Amino Acid Lysine Antitrust Litigation (1996)" en *SSRN*, 15 de marzo de 2007

----------. "Effectiveness of antitrust sanctions on modern international cartels", en Journal of Industry, Competition and Trade, nº 3-4, Vol. 6, diciembre 2006

----------. "Global antitrust prosecutions of modern international cartels" en *Journal of industry, competition and trade,* Vol. 4, nº 3, septiembre 2004

----------. "Private international cartels: effectiveness, welfare, and anticartel enforcement", en *Purdue Agricultural Economics Working Paper*, Vol. 03, nº 12, noviembre 2003

CORTESE, B. "Defining the Role of Courts and Administrative Bodies in Private Enforcement in Europe: United in Diversity?" en CORTESE, B. (ed.). *EU Competition Law Between Public and Private Enforcement*. Ed. Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2014

CORTI VARELA, J. "Tipología de cárteles duros. Un estudio de los casos resueltos por la CNC", en *Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia.* Ed. Instituto Universitario de Estudios Europeos. Universidad San Pablo CEU, nº 33 / 2013

COSTAS, A. "Una fusión explosiva. Juntar a los defensores de la competencia con los reguladores sectoriales es mezclar churras con merinas", en *El País*, 3 de marzo de 2013, **http://economia.elpais.com/economia/2013/03/01/actualidad/1362144382_919892.html** (Último acceso: 06.05.2020)

COSTAS COMESAÑA, J. “La coordinación entre la comisión nacional y las autoriddades autonómicas en materia de defensa de la competencia”, en VÁZQUEZ PENA, M. J. (dir y coord). *El derecho de la libre competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores*. Ed. Tirant lo Blanch, valencia, 2013

----------. “Prohibición de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal” en BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (coords.), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2009

----------. “Prohibición de acuerdos colusorios” en BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (coords.), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Ed. Aranzadi: Cizur Menor, Navarra, 2009

----------. “Los actos desleales contrarios al interés público”, en RUIZ PERIS, J. I. (dir). *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008

----------. "El procedimiento sancionador. Las multas", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 1, enero-febrero 2008

COSTAS COMESAÑA, J. y HORTALÀ VALLVE, J. "La tipificación de la actividad de la Administración como facilitadora de cárteles", en *Anuario de la competencia*, nº 1, 2013.

CRANE, D. A. *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, Ed. Oxford Scholarship Online, mayo 2011.

CREUS CARRERAS, A. (Coord). *La ley 15/2007, de defensa de la competencia. Jornada de estudio de la asociación española de defensa de la competencia*. Ed. Asociación Española de Defensa de la Competencia, Madrid, 2008.

CREUS CARRERAS, A. y VÁZQUEZ DE PRADA BENNÁSAR, E. "Terminaciones Convencionales” en BACHES OPI, S. (Coord). *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación*, Ed. La Ley Digital, nº 9276/2011, noviembre 2010

CSERES, K. "Comparing laws in the enforcement of EU and National Competition Laws” en *European Journal of Legal Studies*, Vol. 3, nº 1, 2010.

DABBAH, M. M. *International and Comparative Competition Law* Ed. Cambridge University Press: UK, Cambridge, 2010

DÁVILA PHILIPPON, S. "¿Cómo establecer sanciones óptimas para la disuasión de infracciones?, en *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 9, nº 35, invierno 2012.

DE CARLOS CASTILLO, A. “La Audiencia Nacional anula por defecto de forma las multas impuestas a once industrias lácteas”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1/2019, parte Jurisprudencia, 2019.

DEL ROSAL BLASCO, B. "Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa", en *Diario La Ley*, nº 7670, 11 de julio de 2011

DEPOORTER, B y PARISI, F. "The modernization of European antitrust enforcement: the economics of regulatory competition" en *George Mason Law Review*, Vol. 13, nº 2, 2005

DELGADO, J. y MARISCAL, E. “Integrating Regulatory and Antitrust Powers: Does It Work? Case Studies from Spain and Mexico”, en *Competition Policy International*, vol. 10, nº 1, 2014.

DEVLIN, A. J. y JACOBS, M. S. “The Empty Promise of Behavioral Antitrust”, en *SSRN*, septiembre 2013.

DI PORTO, F. “Abuses of Dominant and Non-Dominant Position. A Tale of (Ir)Reconcilable Views?”, en DI PORTO, F. Y PODSZUN, R. (eds) *Abusive Practices in Competition Law*, Ed. Edward Elgar, Ascola Series, 2018.

DIEZ ESTELLA, F. "La presunción internacional de los cárteles empresariales: entre la clemencia para los delatores y la criminalización de los directivos", en *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales,* nº 3/2016 parte Estudios, 2016

----------. "Las Guidelines del Bundeskartellamt como referencia para las multas de la CNMC tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015", en *Anuario de la Competencia 2015*, Fundación ICO, Madrid 2016.

----------. "La revisión jurisdiccional de los expedientes sancionadores de cárteles", en *Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia*. Ed. Instituto Universitario de Estudios Europeos. Universidad San Pablo CEU, nº 39/2013, 2013

----------. “Los objetivos del Derecho antitrust” en *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, nº 224, marzo/abril 2003

DÍEZ ESTELLA, F. y DE PRADA RODRÍGUEZ, M. “Acciones de reclamaciones de daños derivados de ilícitos antitrust: principales problemáticas sustantivas y procesales”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 2/2019, parte legislación, 2019.

DIEZ ESTELLA, F. y ESTRADA MERAY, C. "Las acciones de daños derivadas de ilícitos anticompetitivos en España: análisis de jurisprudencia reciente”, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº. 15, 2014

DOERN, G. B. y WILKS S. "Comparative Competition Policy: Boundaries and Levels of Political Analysis" en *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*, Ed. Oxford Scholarship Online, octubre 2011

----------. "Competition Policy in the European Union: Creating a Federal Agency?", en *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*, Ed. Oxford Scholarship Online, octubre 2011

DOERRER, S. "Cartels and their weaknesses", en *SSRN*, 19 de diciembre de 2004.

DOMÍNGUEZ DONCEL, A. y HERMO GUTIÉRREZ, S. *Métricas del marketing*, Ed: Esic Editorial, Madrid, 2007.

DON, H.; KEMP, R. y VAN SINDEREN, J. "Measuring the economic effects of competition law enforcement" en *De Economist* , nº 156-4, diciembre 2008

DUNNE, N. "The Role of Private Enforcement within EU Competition Law", en *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper*, nº 36/2014, 1 de junio de 2014

DUNPHY, P. J. "Variable geometry Europe - patching together what works in the fight against hard-core cartels: carrots, sticks, custody and leniency", en *SSRN*, febrero 2007.

DURAND, B. "A primer: ex post empirical assessment of article 9 commitments decisions" en *Conferencia sobre Commitments in EU Competition Policy*, Ed. Brussels School of Competition, Bruselas, 5 de Junio de 2014.

ECHARANDIO HERRERA, E. "La articulación en el proceso judicial español de los mecanismos de cooperación entre jueces y autoridades de la competencia" en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÒ JUAN, A. (dirs). *El derecho de la competencia y los jueces*. Madrid, Ed. Marcial Pons

ESTÉVEZ GOYTRE, R. "La caducidad y la prescripción en el Derecho administrativo sancionador" en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Sección Colaboraciones, nº 39/2001, enero 2001

ETRO, F. "The EU Approach to Abuse of Dominance", en *International Think-Tank on Innovation and Competition*, Milán, febrero 2006.

ETRO, F y KOKKORIS, I. *Competition Law and the Enforcement of Article 102*. Ed. Oxford University Press, diciembre 2010

EUROPAPRESS "La CNMC abre sus puertas a los sectores porque multar es "un fracaso"" 22 de noviembre de 2013, **http://www.europapress.es/economia/noticia-**

cnmc-luchara-mas-contra-carteles-abre-puertas-sectores-20131122125832.html
(Último acceso: 06.05.2020)

EVANS, P. "The consumer and competition policy: welfare, interest and engagement" en EZRACHI, A. *Resarch handbook on international competition law*. Ed. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham (UK), Northampton, MA (USA), 2012

FALCÓN Y TELLA, F. "Educación, derechos y sanción: entre la retribución y la prevención" en *Diario La Ley*, nº 6401, 17 de enero 2006

FEESSYAND, E. y WALZLZ, M. "An analysis of corporate leniency programs and lessons to learn for US and EU Policies", en *Paper Thursday Workshop - Amsterdam Center for Law*, septiembre 2004.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. "La terminación convencional en el procedimiento sancionador por conductas anticoncurrenciales", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Ed. La Ley, nº 11, Segundo semestre de 2012

FERNÁNDEZ TORRES, I. "Los programas de clemencia y la interacción con las demandas de indemnización por daños y perjuicios a propósito de la resolución de la cnc, de 21 de enero de 2010 (expte. 5/0084/08 fabricantes de gel)", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 8, enero-junio 2011

FONT GALÁN, J. I. y MIRANDA SERRANO, L. M. "Defensa de la competencia y competencia desleal: conexiones funcionales y disfuncionales", en FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M. *Estudios de Derecho de la Competencia*. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid y Barcelona, 2005

----------. *Competencia desleal y antitrust. Sistemas de ilícitos*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005

FOX, E. M; SULLIVAN, L. A. y PERITZ, R. J. R. *Cases and materials on U.S. Antitrust in Global Context*. Ed. Thomson West, Nueva York, 2004, 2ª ed.

FRANCO I SALA, L. "La defensa de la competencia en el modelo autonómico: el modelo catalán", en *Ekonomiaz. Revista Vasca de Economía*, vol. 61, nº 216-23, 2006

FRESE, M. J. "Fines and damages under EU competition law. Implications of the accumulation of liability", en *World Competition Law and Economics Review*, nº 2011-05, septiembre 2011.

FUNDENBERG, D. y TIROLE, J. *Game Theory*. Ed. The MIT Press Massachussetts Institute of Technology, Cambridge, Massachusetts, 1991

GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J. “Acciones de responsabilidad por daños anticompetitivos y la responsabilidad de las autoridades públicas. La Figura del AMICUS CURIAE en España”, en ORDOÑEZ SOLÍS, D. *Daños antitrust, derecho europeo de la competencia y jueces: acciones públicas y privadas en aplicación de los artículos 101, 102 y 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por los jueces nacionales*. Ed. Red Europea de Formación Judicial, Barcelona, 20, 21 y 22 de junio de 2012

GARCÍA-MARGALLO Y MARFIL, J. M. y ASTURIAS, C. "El Libro Blanco desde la perspectiva del Parlamento Europeo" en BENEYTO PÉREZ, J. M. (dir) y MAILLO GONZÁLEZ - ORÚS, J (coord.). *El nuevo Derecho comunitario y español de la Competencia*. Ed. Bosch, Barcelona, 2002

GARCÍA MORILLO, J., “La cláusula general de igualdad”, en LÓPEZ GUERRA, L. *Derecho constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000

GARCÍA PÉREZ, R. "Falseamiento de la libre competencia por actos desleales e infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial (A propósito de la Resolución del Consejo de la CNC de 24 de febrero de 2012, IBERDROLA SUR)", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Ed. La Ley, nº 11, segundo semestre de 2012

GARCÍA VERDUGO, J. "Una evaluación económica de la revisión judicial de las sanciones impuestas por la CNMC por infracciones anticompetitivas", en *Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia, Universidad San Pablo CEU*, nº 48, 2015.

GARRIDO DE LAS HERAS, S. y GONZÁLEZ-PÁRAMO RODRÍGUEZ, C. "La nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia" en *Hogan Lovells*, junio 2013, **https://www.hoganlovells.com/es/publications/la-nueva-comision-nacional-de-los-mercados-y-la-competencia** (Último acceso: 06.05.2020)

GAUER, C. y JASPERS, M. “Designing a European Solution for a ‘One Stop Leniency Shop’", en *European Competition law Review*, nº 12, 2006

GAUTIER, A. y PETIT, N. "Optimal Enforcement of Competition Policy: The Commitments Procedure under Uncertainty", en *SSRN*, 14 de octubre de 2014

----------. "A policy in search of a framework: scope, duration, remedies, etc. "en *Conferencia sobre Commitments in EU Competition Policy*, Ed. Brussels School of Competition, Bruselas, 5 de Junio de 2014

GERADIN, D. "Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement: A Reply to Wouter Wils", en *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 1, nº 1, abril 2013.

----------. "The EU competition law fining system: a reassessment", en *TILEC Discussion Paper*, nº. 2011-052, octubre 2011.

GERADIN, D.; PETIT, N.; WALKER, M. *et al* "The Concept of Dominance in EC Competition Law", en *SSRN*, julio 2005

GERADIN, D.; REYSEN, M. y HENRY, D. "Extraterritoriality, Comity, and Cooperation in EU Competition Law" en GUZMAN, A. T. Cooperation, Comity, and Competition Policy, Ed. Oxford Scholarship Online, enero 2011

GERARD, D. MB "Regulation 1/2003 (and beyond): balancing effective enforcement and due process in cross-border antitrust investigations", en BASEDOW, J.; FRANCQ, S. E IDOT, L. (eds). *International antitrust litigation. Conflict of laws and coordination*. Ed: Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2012

GERBER, D. J. *Global Competition: Law, Markets, and Globalization*, Ed. Oxford Scholarship Online, mayo 2010

----------. *Law and Competition in Twentieth-Century Europe: Protecting Prometheus*. Ed. Oxford Scholarship Online, enero 2010

----------. "International antitrust convergence: the rial and imagined roles of U.S. Antitrust law", en *ABA Spring Antitrust Meeting*, Washington D.C., 30 de marzo de 2005.

----------. "The Origins of European Competition Law in Fin-de-Siècle Austria", en *The American Journal of Legal History*, Vol 36, 1992

GEROSKI, P. A. y JACQUEMIN, A. "The persistence of profits: a european comparison", en *Economic Journal*, Vol. 98, nº 391, junio 1988

GILLIAMS, H. "Proportionality of EU Competition Fines: Proposal for a Principled Discussion", en *World Competition*, Vol. 37, nº 4, 2014.

GIMENO SENDRA, V. y GIMENO BEVIÁ, J. Dictamen realizado a petición del Consejo General de la Abogacía para la elaboración de un "Código de buena conducta de las personas jurídicas", en Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid, 12 de abril de 2012.

GINSBURG, D. H. y WRIGHT, J. D. "Antitrust sanctions", en *Competition Policy International*, nº 2, Vol. 6, otoño 2010

GIOCOLI, N., "When Low is No Good: Predatory Pricing and US antitrust law (1950-1980)", en *European Journal of the History of Economic Thought*, diciembre 2011

GÓMEZ, F. “EC Consumer Protection Law and EC Competition Law: How related are they? A Law and Economics perspective”, en *InDret*, working paper nº 113, enero 2003

GÓMEZ ALESSANDRI, J. "La Comisión Nacional de los Mercados y la competencia: planteamientos iniciales y resultado", en *Diario La Ley*, Ed. La Ley, nº 8168, 11 de octubre de 2013

GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R. *La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones*. Un estudio crítico. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2003

GÓMEZ POMAR, F. "La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia", en *InDret*, nº 113, enero 2003

GONSÁLBEZ PEQUEÑO, H. “La caducidad del procedimiento sancionador en materia de Defensa de la Competencia”, en FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M. (coords.). *Estudios de Derecho de la Competencia*. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid y Barcelona, 2005

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. “¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los carteles ante la Justicia penal”, en MARTÍNEZ LAGE, S. Y PETITBÒ JUAN, A. (dirs), *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, Ed. Marcial Pons: Madrid, 2008

GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N. “Reflexiones en torno a la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia. A propósito de las resoluciones de 14 de marzo de 2019 de la CNMC y de 10 de octubre de 2018 de la JJCPE”, en *Actualidad administrativa*, nº 6, junio 2019.

GONZÁLEZ LÓPEZ, M. J. “El proceso de reforma del sistema español de Defensa de la Competencia: del Libro Blanco a la nueva Ley” en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 1, enero-febrero 2008

GONZÁLEZ-PÁRAMO RODRÍGUEZ, C. y GÓMEZ ÁLVAREZ, A. "Las actividades de las asociaciones sectoriales y el Derecho de la competencia: ¿bajo permanente sospecha?" en *Diario La Ley*, Ed. La Ley, nº 8401, 17 de octubre de 2014

GUERRA, A. Y ARRANZ, T. "Sanciones a representantes y directivos por infracciones de las normas de defensa de la competencia", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 921/2016, parte Opinión, 2016.

GUERRERO JIMENEZ, D. “El enfoque dinámico en la teoría de la competencia”, en *Cuadernos de Economía*, Vol. 22, nº 97-118, 1994

GUILLÉN CARAMÉS, J. "La cooperación entre jueces y autoridades administrativas en la aplicación privada del derecho de la competencia ", en FONT RIBAS, A Y GÓMEZ TRINIDAD, S (coords.). *Competencia y acciones de indemnización actas del Congreso Internacional sobre Daños Derivados de Ilícitos Concurrenciales, Ed. Marcial Pons*, 2013

----------. . "Régimen jurídico de la inspección en el Derecho de la Competencia" Ed. Aranzadi: Cizur Menor, Navarra, 2010

----------. *Libre competencia y Estado autonómico*. Ed. Marcial Pons Ediciones y Universidad Rey Juan Carlos, Madrid y Barcelona, 2006

GUNDERSON, J. L. "Exposure of Non-U.S. Companies to U.S. Prosecution for Conduct Outside the U.S.: Implications for Compliance Programs", en *SSRN*, 31 de diciembre de 2008

GUNNAR, N. "Behavioural economics, competition and remedy design", en *Oxera*, noviembre 2010.

GÜRKAYNAK, G; İNANILIR, Ö Y AYSE GIZEM, Y. "Leniency and the Recognition of Compliance Programs as a Mitigating Factor: Can They Co-Exist in Competition Law Policy?", en *Juriste International*, nº 2015-2, 2015.

GUTIÉRREZ, A. y LORENTE, F. "La exención legal de la Ley de Defensa de la Competencia", en *Foro de Actualidad*, Ed. Uría Menéndez, nº 28, 2011, **http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2909/documento/articuloUM.pdf?id=2962** (Último acceso: 06.05.2020)

GUTIÉRREZ, A. y MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. "Nuevas perspectivas en la aplicación de las norms de defensa de la competencia por la jurisdicción civil", en *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, nº 1/2002, 2002.

HAKOPIAN, G. "Criminalisation of EU Competition Law Enforcement – A possibility after Lisbon?", en *The Competition Law Review*, Vol. 7, nº 1, diciembre 2010 [pp. 157-173]

HARDING, C. "Cartel deterrence: the search for evidence and argument", en *The Antitrust Bulletin*, Vol. 56, nº 2, verano 2011

HARDING, C. y JOSHUA, J. "Sanctions: A Complex European and International Grid", en HARDING, C. y JOSHUA, J. (coords), *Regulating Cartels in Europe*, Ed. Oxford Scholarship Online, mayo 2011

HARRINGTON JR, J. E. y CHANG, M. H. "Endogenous Antitrust Enforcement in the Presence of a Corporate Leniency Program", en *CEMFI seminar*, septiembre 2012

http://www.cemfi.es/ftp/pdf/papers/Seminar/Endogenous%20Antitrust.pdf (Último acceso: 06.05.2020)

HAYEK, F. A. *Camino de servidumbre*. 1944, en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Intervenciones del Estado y libre competencia en la Unión Europea*. Ed. Colex, Madrid, 2001

HEINEMANN, A. "Part. II. Remedies in antitrust law" en MÖLLERS, T. M. J. y HEINEMANN, A. *The enforcement of competition law in Europe*. Ed. Cambridge University Press, UK, 2007

HERNÁNDEZ, F. "Prohibición del abuso de posición dominante en el mercado", en BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (coords.), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*. Ed. Aranzadi: Cizur Menor, Navarra, 2009

HERNÁNDEZ SASETA, C. "Las autoridades autonómicas de defensa de la competencia", en *Iberforo Madrid*, segundo trimestre de 2003, **http://www.iberforomadrid.com/descargas/revista/rev_03_02_d.pdf** (Último acceso: 06.05.2020)

HERSCH, P. L. y NETTER, J. M. "Civil antitrust sanctions and cartel stability", en *Review of Industrial Organization*, Vol. 3, nº 2, otoño 1987.

HINLOOPEN, J. "The pro-collusive effect of increased cartel detection probabilities", en *Tinbergen Institute Discussion Paper*, nº TI 2004-117/1, noviembre 2004.

HOJ, J.; JIMENEZ, M.; MATHER, M., *et al*. "Product market competition in the OECD countries: taking stock and moving forward", en *OECD Economic Department Working Papers*, nº 575, 2007

HOLT, D. "Damages actions: the European Commission White Paper", en Oxera Agenda, julio 2008

HONNEFELDER, S. "La política de competencia", en *Fichas técnicas sobre la Unión Europea*, abril 2014.

HOUBA, H.; MOTCHENKOVA, E. y WEN, Q. "The Role of Legal Principles in the Economic Analysis of Competition Policy", en *TILEC Discussion Paper*, nº 2014-002, enero 2014.

----------. "Antitrust enforcement and marginal deterrence", en *TILEC Discussion Paper*, nº. 2011-056, diciembre 2011.

HOVENKAMP, H. "A Primer on Antitrust Damages" en *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, 28 de febrero de 2011.

----------. "The Rationalization of Antitrust", en *Harvard Law Review*, vol. 116, nº 3, 2003

HOWARD, A.; ROTH QC, P. y ROTH QC, P. "The enforcement of the competition rules in the Member States" en ROTH QC, P. y ROTH QC, P. (eds). *European Community Law of Competition*, Ed. Oxford University Press, Nueva York, 2008, 6ª edición

HULL, D. W. y CLANCY, M. J. "The European Commission's procedure for cartel cases: a defense counsel's perspective" en GHEUR, C. Y PETIT, N. (eds) *Alternative enforcement techniques in EC competition law. Settlements, commitments and other novel instruments,* Ed. Bruylant, Bruxelles, 2009

HUSCHELRATH, K.; LEHEYDA, N. y BESCHORNER, P. "The deterrent effect of antitrust sanctions: evidence from Switzerland", en *The Antitrust Bulletin*, Vol. 56, nº 2, verano 2011

HÜSCHELRATH, K. y PEYER, S. "Public and Private Enforcement of Competition Law - A Differentiated Approach", en *ZEW - Centre for European Economic Research Discussion Paper*, nº 29, 2013.

HÜSCHELRATH, K. y WEIGAND, J. "Fighting hard core cartels", en *ZEW - Centre for European Economic Research Discussion Paper*, nº. 10-084, 2010

IACOBUCCI, E. M. "Cartel class actions and immunity programmes", en *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 1, nº 2, 2013

IACOBUCCI, E. y DUCCI, F. "The Google search case in Europe tying and the single monopoly profit theorem in two-sided markets.", en *European journal of law and economics*, Vol. 47, nº 1, 2019.

IBAÑEZ COLOMO, I. "The law on abuses of dominante and the system of judicial remedies", en *Yearbook of European Law*, Vol. 32, nº 1, 2013

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. "Defining Hard Core Cartel Conduct. Effective Institutions. Effective Penalties", en ICN 4th Annual Conference, Bonn, Alemania, 6 - 8 June 2005.

----------. Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, & State-Created Monopolies. Presentado en la 6ª Conferencia anual de la ICN. Moscú, mayo 2007

---------- (ADVOCACY WORKING GROUP) "Advocacy and competition policy", en *ICN's Conference*, Italia, Nápoles, 2002

IRÁCULIS ARREGUI, N. "La lucha óptima contra los cárteles: expresión en el transporte de mercancías por carretera", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Ed. La Ley, nº 14, primer semestre de 2014

ITALIANER, A. "Completing convergence" en *European Commission - speeches*, 10 de octubre de 2014, **http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2014_05_en.pdf**

----------. "Fighting cartels in Europe and the US: different systems, common goals", en *Annual Conference of the International Bar Association (IBA)* Boston, 9 de octubre de 2013, **http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_09_en.pdf** (Último acceso: 06.05.2020)

----------. "Interview with Dr. Alexander Italianer, Director General for Competition, European Commission", en *The antitrust source*, abril 2011, **http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/apr11-fullsource.authcheckdam.pdf** (Último acceso: 06.05.2020)

IWAI, K., "The Second End of Laissez-Faire: The Bootstrapping Nature of Money and the Inherent Instability of Capitalism", en *SSRN*, 2011

JONES, A. "Analysis of agreements under US and EC antitrust law: convergence or divergence?", en *The Antitrust Bulletin*, nº 51, nº 4, invierno 2006, **http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1932209**

JONES, A. y SUFRIN, B. *EU Competition Law*. Ed. Oxford University Press, UK, 2011, 4ª ed

JULIÀ INSENSER, J. M. y MUÑOZ RUIZ, I. "Limitaciones a la aplicación del Derecho de la Unión Europea en el procedimiento. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 28 de septiembre de 2010 (núm. de recurso 1226/2006)" en *Anuario Contencioso para Abogados*, Ed. La Ley, nº 1, mayo 2011

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Informe 45/13, de 26 de febrero de 2015. "Efectos de una prohibición de contratar. Posibilidad de acordar prórroga, hacer modificaciones sustanciales o ceder otros contratos que tenga la empresa incursa en prohibición".

KANNINEN, H. "Administrative law under the pressure of competition law - Some reflections on their interplay", en KANNINEN, H; KORJUS, N. y ROSAS, A.

(eds). *EU competition law in context. Essays in honour of Virpi Tiili*. Ed. Hart Publishing, Oxford, 2009

KATE, A. T. "Efficiency and competition policy: an unconventional view" en *Oxera Agenda*, noviembre 2005

KATSOULACOS, Y. y ULPH, D. "Optimal enforcement structures for competition policy: implications of judicial reviews and of internal error correction mechanisms", en *European Competition Journal*, Vol. 7, nº 1, abril 2011

----------. "Welfare-Based Optimal Legal Standards: A Brief Review of Theory and Applications", en LIANOS, I Y KOKKORIS, I. (eds). *The reform of EC competition law: New challenges*. Ed. Kluwer Law International, The Hague, 2010

KERBER, W. "Should competition law promote efficiency? Some reflections of an economist on the normative foundations of competition law", en DREXL, J.; IDOT, L. y MONÉGER, J. *Economic Theory and Competition Law*. Cheltenham, Edward Elgar, 2009

KERSTING, C. "Liability of Sister Companies and Subsidiaries in European Competition Law", en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR)*, nº 182-8, 2018.

KLEIN, G. "Cartel Destabilization and Leniency Programs – Empirical Evidence", en *ZEW - Centre for European Economic Research Discussion Paper*, nº 10-107, 1 de mayo de 2011.

KLIMOVSKY, E. A. "Las variables naturales en la teoría clásica de la competencia", en Lecturas de Economía, nº 32-33, 1990

KOBAYASHI, B. H. "Antitrust, Agency and Amnesty: An Economic Analysis of the Criminal Enforcement of the Antitrust Laws Against Corporations", en *George Washington Law Review*, Vol. 69, nº 5-6, octubre-diciembre 2001.

KOBAYASHI, B. H. y MURIS, T. J., "Chicago, Post-Chicago, and Beyond: Time to Let Go of the 20th Century", en *Antitrust Law Journal*, Vol. 78, 2012

KOKKORIS, I. "Should crisis cartels exist amidst crises?" en *The Antitrust Bulletin*, Vol. 55, nº 4, invierno 2010

KOKKORIS, I. y OLIVARES-CAMINAL, R. *Antitrust law amidst financial crises*, Ed. Cambridge University Press, noviembre 2010

KOMNINOS, A. P. "The White paper for damages actions: putting the community right to damages in effect" en GHEUR, C. Y PETIT, N. *Alternative*

enforcement techniques in EC competition law. Settlements, commitments and other novel instruments, Ed. Bruylant, Bruselas, 2009

KORAH, V. *An introductory guide to EC competition law and practice*. Ed. Hart Publishing, Oxford, 2007, 9ª edición

KOWALIK-BAŃCZYK, K. "Procedural autonomy of Member States and the EU Rights of Defence in antitrust proceedings", en *2012 yearbook of antitrust and regulatory studies*, Vol 2012, nº 5(6), 2012 pp. 215-234.

KROES, N. "Tackling cartels – a never-ending task" en *European Commission Press releases database*, nº SPEECH/09/454, 8 de octubre de 2009.

----------. "Taking Competition Seriously – Anti-Trust Reform in Europe", en *European Commission Press Releases database*, nº SPEECH/05/157, 10 de marzo de 2005.

LAMADRID DE PABLO, A. "Overview of commitment decisions adopted under Regulation 1/2003" en *Conferencia sobre Commitments in EU Competition Policy*, Ed. Brussels School of Competition, Bruselas, 5 de Junio de 2014.

LAMADRID DE PABLO, A. y BUENDÍA SIERRA, J. L. "El procedimiento sancionador en materia de cárteles", en *Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia,* Universidad San Pablo CEU, nº 46, 2014.

LANDE, R. H. y AVERITT, N. W. "Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law" en *Antitrust Law Journal*, nº 65, 1997.

LANDE, R. H. y CONNOR, J. M. "Optimal cartel deterrence: an empirical comparison of sanctions to overcharges", en *ExpressO*, agosto 2011.

LAVRIJSSEN, S.; GERBRANDY A.; ESSENS, O. "European and National Stardards of Review: Differentiation or Convergence", en ESSENS, O.; GERBRANDY, A. y LAVRIJSSEN, S. (eds). *National courts and the satandard of review in competition law and economic regulation*, Ed. Europa Law Publishing, 2009

LEMLEY, M. A. y LESLIE, C. R. "Categorical Analysis in Antitrust Jurisprudence", en *Iowa Law Review*, Vol. 93, 2008.

LESLIE, C. R. "Rationality Analysis in Antitrust", en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 158, nº 2, 2010

----------. "Trust, Distrust, and Antitrust", en *Texas Law Review*, nº. 3, vol. 82, febrero 2004

LEVENSTEIN, M. C. y SUSLOW, V. Y. "Breaking Up is Hard to Do: Determinants of Cartel Duration" en *Ross School of Business Paper*, nº 1150, septiembre 2010.

----------. "What determines cartel success?", en *Journal of Economic Literature*, nº. 1, Vol. 44, 2006.

LIANOS, L. y ANDREANGELI, A. "The European Union", en FOX, E. M. Y TREBILCOCK, M. J. (eds). *The Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices*, Ed. Oxford Scholarship Online, enero 2013

LIANOS, I., JENNY, F., WAGNER VON PAPP, F., et al "An Optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law: a Comparative Analysis" en *CLES Research paper series* 3/2014, UCL Faculty of Law, London, 2014

LILLO ÁLVAREZ, C. "La Audiencia Nacional ante las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia", en *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº 15, 2014

---------- "La normativa de competencia, su aplicación a la Administración pública", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 22, julio-agosto 2011

LITTLE, D. R. "The case for a primary punishment rationale in EC anticartel enforcement", en *European Competition Journal,* vol. 5, nº 1, abril 2009

LOMA-OSORIO, D. *Tratado de Derecho de la Competencia*. Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013

LÓPEZ BENÍTEZ, M. "La defensa de la competencia en el Estado de las autonomías: del Tribunal de Defensa de la Competencia estatal a los tribunales autonómicos", en FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M. *Estudios de Derecho de la Competencia*. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid y Barcelona, 2005

LÓPEZ CANDELA, J. E. "Perspectivas de futuro del régimen sancionador en materia de defensa de la competencia ", en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 9/2015 parte Doctrina, 2015.

LÓPEZ SANTANA, N. "La actuación de los medios propios de la Administración como operadores privados desde la perspectiva del Derecho de la competencia", en *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, nº 50, 2019.

LORCA MORALES, T. "El intercambio de información en las asociaciones empresariales: hasta dónde es posible llegar sin incurrir en una infracción del derecho de

la competencia", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 18, noviembre-diciembre 2010

LOWE. P. "The Design of Competition Policy Institutions for the Twenty-first Century: The Experience of the European Commission and the Directorate-General for Competition" en VIVES, X. *Competition Policy in the EU: Fifty Years on from the Treaty of Rome*. Ed. Oxford Scholarship Online, septiembre 2009

LÖWHAGEN, F. "Las asociaciones de empresas en el Derecho de la Competencia español: conceptos básicos y régimen sancionador", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 14, 2010

MACCULLOCH, A. "National criminalisation of international cartels", en *Lancaster University Working Paper*, 1 de septiembre de 2009.

MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. "El estatus de los solicitantes de reducción por clemencia en España después de la directiva de daños "antitrust"", en TATO PLAZA, A; COSTAS COMESAÑA, J.; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P et al. (dirs) *Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial II*, ed. Dykinson, 2019

----------. "Clemencia en el sistema español de defensa de la competencia: una novedad esperada e importante" en FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M. *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Reflexiones sobre las principales novedades*. Ed. Idei, nº 48 Extraordinario, octubre – diciembre 2007

MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J. y MILLA MARÍN, P. "50 años de lucha contra los carteles en españa y perspectivas de futuro", en *Medio siglo de aplicación de las normas de competencia en España*, Ed. Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad San Pablo CEU, 14 de junio de 2013

MALINAUSKAITE, J. *Harmonisation of EU Competition Law Enforcement*. Ed. Springer: Switcherland, 2020

MARC, J. "The Court of First Instance and the Management of Competition", en KANNINEN, H; KORJUS, N. y ROSAS, A. (eds). *EU competition law in context. Essays in honour of Virpi Tiili*. Ed. Hart Publishing, Oxford, 2009.

MARCO COLINO, S. "El valor disuasorio de las sanciones impuestas a los cárteles en el Derecho español de la competencia", en PORRAS BELARRA, J.; MAÍLLO GONZÁLEZ O. Y JERÓNIMO, BENEYTO PÉREZ, J. M. (Eds), *La Lucha contra los Cárteles en España.* Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

MARCOS, F. "El futuro de las multas antitrust en España: claroscuros de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015" en *Osservatorioantitrust*, 25 de

febrero de 2015, **http://www.osservatorioantitrust.eu/es/el-futuro-de-las-multas-antitrust-en-espana-claroscuros-de-la-sentencia-del-tribunal-supremo-de-29-de-enero-de-2015/** (Último acceso: 06.05.2020)

----------. “El cártel de los extintores (I): La CNMC apaga el fuego de la disuasión anti-cartel en España”, en *nadaesgratis*, 2 de septiembre de 2014 **http://nadaesgratis.es/?p=39100** (Último acceso: 06.05.2020)

----------. "Damages’ Claims in the Spanish Sugar Cartel", en *SSRN*, 1 de junio de 2014

----------. "Competition law private litigation in the Spanish courts (1999-2012)", en *Instituto de Empresa Law School*, nº AJ8-202, 18 de junio de 2013

----------. "El ámbito de aplicación subjetivo de la LDC y la condena de la Junta Andalucía en el cártel de la uva y del mosto de Jerez: Comentario a la RCNC de 6 de octubre de 2011, Exp. S/0167/09", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 11, 2012

----------. "Autoridades autonómicas de defensa de la competencia en vías de extinción", en *SSRN*, 1 de febrero de 2012

----------. "Una peligrosa llamada a la creación de cárteles de crisis. A propósito de la STS de 20 de enero de 2010 (CECASA)", en *Diario La Ley*, Ed. La Ley, nº 7415, 2 de junio de 2010

----------. "La exigencia de sensibilidad del falseamiento de la competencia en la LDC. Notas a Propósito de problemática puesta de manifiesto por la STS de 29 de enero de 2008", en *Diario La Ley*, Ed. La Ley, nº 7328, 26 de enero de 2010

----------. “Comentarios sobre el Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia” en CASES, LL. *Anuario de la Competencia 2005*. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, madrid, 2006

MARCOS FERNÁNDEZ, F. “La reforma del sistema español de defensa de la competencia. El tratamiento de las restricciones públicas a la competencia. La exención legal en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”, en *Serie Política de la Competencia*, Universidad San Pablo CEU, Documento de Trabajo nº 24, 2007

MARÍN QUEMADA, J. M. Comparecencia ante la Comisión de Economía y Competitividad, Sesión nº 52, 13 de mayo de 2014 **http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/CongresoTV/HistEmisionFecha?_piref73_2824053_73_2140072_2140072.next_page=/wc/audiovisualdetalledisponible&codSesion=52&codOrgano=306&fechaSesion=13/05/2014&idLegislaturaElegida=10** (Último acceso: 06.05.2020)

----------. "Discurso de clausura del presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia con motivo de las VII Jornadas Nacionales de Defensa de la Competencia", en *Ficheros CNMC*, Valencia, 11 de abril de 2014.

MÁRQUEZ LOBILLO, P. "Falseamiento de la libre competencia por actos desleales", en FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M. *Estudios de Derecho de la Competencia*. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid y Barcelona, 2005

MARS, A. "Los tribunales frenan a Competencia", en *El País*, 12 de mayo de 2014. **http://economia.elpais.com/economia/2014/05/11/actualidad/1399823665_277564.html** (Último acceso: 06.05.2020)

MATEUS, A. M. "Ensuring a More Level Playing Field in Competition Enforcement throughout the European Union", en *SSRN*, 11 de noviembre de 2009

MARTÍN MARTÍN, G. A. "La relación entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia en Derecho español tras la trasposición de la Directiva 2014/104/UE y los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo", en *Revista Electrónica de Direito (RED*), Vol. 15, nº 1, 2018.

MARTÍNEZ CORRAL, B. "Cinco años de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia", en *Actualidad Jurídica*, Ed. Uría Menéndez, nº 33, 2012.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. "Del régimen sancionador", en MASSAGUER, J.; FOLGUERA, J.; SALA ARQUER, J. M. *et al*. (dirs). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Ed. Civitas y Thomson Reuters, 2012, 3ª edición

----------. "El principio de proporcionalidad en Derecho de la Competencia", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 27, mayo-junio 2012

----------. "Comentario al art. 63 de la LDC", en *Defensa de la Competencia. Monografía de Doctrina*. Ed. Aranzadi: Cizur Menor, Navarra, 2012

MARVÃO, C. "The EU Leniency Programme and Recidivism", en SSRN, 31 de marzo de 2014

MASSAGER, J. "De la defensa de la competencia", en MASSAGUER, J.; FOLGUERA, J.; SALA ARQUER, J. M. et al. (dirs). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Ed. Civitas y Thomson Reuters, 2012, 3ª edición

MASSAGER, J. *El nuevo Derecho contra la Competencia Desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*. Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2006

MATEUS, A. M. "Ensuring a More Level Playing Field in Competition Enforcement throughout the European Union", en *SSRN*, 11 de noviembre de 2009.

MAYNARD KEYNES, J. *Teoría General de la ocupación, el interés y el dinero (1936)*, ed. Fondo de cultura económica de España: Madrid, 2006

MCGOWAN, L. *The antitrust revolution in Europe: exploring the European Commission's Cartel Policy*. Edward Elgar, 2010

MELERO RAMOS, R. "Cuantificación de daños de los cárteles duros. Una visión económica", en *Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia,* Universidad San Pablo CEU, nº 44, 2014.

MENDOZA LOSANA, A. I. "La nueva macro-Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia" en *Análisis GAPO*, junio 2013, **http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/la-nueva-macro-comision-nacional-de-los-mercados-y-la-competencia.pdf** (Último acceso: 06.05.2020)

MEROLA, M. Y WAELBROECK, D. *Towards an optimal enforcement of competition rules in Europe: Time for a Review of Regulation 1/2003?,* Ed. Bruylant, 2009

MIKROULEA, A. "Case Allocation in Antitrust and Collaboration between the National Competition Authorities and the European Commission", en LIANOS, I Y KOKKORIS, I. (eds). *The reform of EC competition law: New challenges*. Ed. Kluwer Law International, The Hague, 2010

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA. *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la Competencia*. Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Economía y Hacienda, 20 de enero de 2005.

MIRANDA SERRANO, L. M. "La «regla de minimis» en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y su Reglamento de desarrollo", en *Derecho de los Negocios*, Ed. La Ley, nº 216, septiembre 2008

MOHORTE, A. "Tribunal de la Competencia: un órgano de baja actividad y asilo de exaltos cargos públicos", en *Valencia Plaza*, 16 de septiembre de 2011, ***http://www.valenciaplaza.com/ver/32396/tribunal-de-la-competenciaun-organo-de-baja-actividad-y-asilo-de-exaltos-cargos-publicos.html*** (Último acceso: 06.05.2020)

MONTERO PASCUAL, J. J. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Entre la actividad administrativa de regulación y el Derecho de la competencia. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

MONTI, G. *EC Competition Law*. Ed. Cambridge University Press, Nueva York, 2007

MONTI, M. "The new shape of European Competition policy", en *Inaugural Symposium of the Competition Policy Research Center How Should Competition Policy Transform Itself?,* Ed. Japan Fair Trade Commision, Tokyo, 20 de noviembre de 2003.

MOOHR, G. S. "On the prospects of deterring corporate crime", en *Journal of Business & Technology Law*, Vol. 2, 2007.

MOTTA, M. y POLO, M. "Leniency programs and cartel prosecution", en *International Journal of Industrial Organization*, nº 21, 2003.

MUÑOZ DURÁN, I. "La promoción de la competencia: estudios e informes", en *XVIII Seminario Análisis económico de la política de competencia*, noviembre 2012-enero 2013.

MUÑOZ, R. "El regulador europeo pide que se garantice la independencia de la CMT", en *El País*, 4 de marzo de 2013, **http://economia.elpais.com/economia/2013/03/03/actualidad/1362341538_093852.html** (Último acceso: 06.05.2020)

----------. "El Gobierno cambiará el regulador único ante el ultimátum de Bruselas", en *El País*, 25 de febrero de 2013, **http://economia.elpais.com/economia/2013/02/25/actualidad/1361808060_183503.html** (Último acceso: 06.05.2020)

NAVARRO, E. y RAMBAL, M. "La aplicación de las normas de defensa de la competencia a las Administraciones Públicas que no actúan como operadores económicos en el mercado", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 31, enero-febrero 2013

NAVARRO FRÍAS, I. "El deber de legalidad de los administradores sociales", en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 311/2019, parte estudios, 2019.

NAVARRO SANCHÍS, F. J.; DE URBANO CASTRILLO, E. *La deuda fiscal. Cuestiones candentes de Derecho Administrativo y Penal*, Ed. La Ley Digital, nº 11466/2011, Madrid, octubre 2009

NEBBIA, P. "Rapporti fra regole di concorrenza dell'unione e regole nazionali" en GALGANO, F. (dir.) *Trattato di Diritto Commerciale e di diritto pubblico*

dell'economia. *Disciplina della concorrenza nella UE*. Ed. Ceman-Casa Editrice, Padova, Vol. 64, 2012

NICHOLSON, M. W. "An antitrust law index for empirical analysis of international competition policy", en *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 4, nº 4, diciembre 2008

NIELS, G. "Crime doesn't (always) pay: what determines the level of fines?", en *Agenda Oxera*, octubre 2011.

NIETO MARTÍN, A. "Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal", en *Diario La Ley*, Ed. La Ley, nº 8120, 5 de julio de 2013

NORGREN, C. "Criminal enforcement of antitrust laws", en *Fordham Law Seminar, New York*, September 14, 2006

ODUDU, O. "The meaning of undertaking within Article 81 EC", en *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Ed. Oxford Scholarship Online, marzo 2012.

OLMEDO PERALTA, E. "El valor probatorio de las resoluciones de terminación convencional en procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia", en *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº 24, 2019.

ORBACH, B. "The Consumer Welfare Controversy", en *CPI Antitrust Chronical*, noviembre 2019.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D. "La reclamación ante los tribunales españoles de los daños sufridos en violación del Derecho europeo de la competencia", *en Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 19, enero-febrero 2011

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. "Foro Latinoamericano de Competencia. Sesión I: Criterios para la imposición de multas por infracciones a la ley de competencia Documento de base preparado por el Secretariado de la OCDE ", en OCDE, nº DAF/COMP/LACF(2013)4, 3-4 de septiembre de 2013, Lima, Perú.

----------."Report on Leniency Programmes to fight hard-core cartels", en *Fighting hard-core cartels harm, effective sanctions and leniency programmes*, 2002.

----------. "Glossary of industrial organisation and competition law", en *OCDE*, 2002.

ORMOSI, P. L.: “A tip of the iceberg? The probability of catching cartels”, en *Journal of Applied Econometrics*, Vol. 29, nº 4, 2014

----------. "How big is a tip of the iceberg? a parsimonious way to estimate cartel detection rate" en *ESRC Centre for Competition Policy Working Paper Series*, nº 11-6, 9 de mayo de 2011.

ORTIZ BLANCO,L.; GIVAJA SANZ, A. y LAMADRID DE PABLO, A. "Fine arts in Brussels: punishment and settlement of cartel cases under EC competition law", en *VIII Conference Antitrust Between EC Law and National Law*, Treviso, 22-23 de mayo de 2008, **http://antitrustlair.files.wordpress.com/2011/05/fine-arts-in-brussels-final-comp-41.pdf** (Último acceso: 06.05.2020)

ORTÍZ BLANCO, L.; MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J; IBÁÑEZ COLOMO, P. *et al*. *Manual de derecho de la competencia*. Ed. Tecnos, Madrid, 2008

ORTIZ VAQUERO, I. “La regla de minimis en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencia”, en *Revista e-mercatoria*, Vol. 8, nº 2, 2009

PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M. C. "La posición del solicitante de clemencia ante las acciones de reclamación de daños después de la Propuesta de Directiva de 13 de junio de 2013” en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Ed. La Ley, nº 14, primer semestre de 2014

PAGADOR LÓPEZ, J.; VELA TORRES, P. J.; FONT GALÁN, J. I. *et al.* “La continuación de la empresa en crisis entre el Derecho Concursal y el Derecho de la Competencia” en FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M. *Estudios de Derecho de la Competencia*. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid y Barcelona, 2005

PAGE, W. H. "Policy choices in defining the measure of antitrust damages" en *OECD Journal: Competition Law and Policy*, Vol. 2, 2009.

PALMA MARTOS, L. A. “Fundamentos económicos y claves de aplicación de la Política de Defensa de la Competencia”, *Cuadernos de Administración*, Universidad del Valle, nº 34, enero 2006

PAREJO ALFONSO, L.; PALOMAR RAMÓN, F.; COLOMER HERNÁNDEZ, I.; *et al. Derecho de la competencia: estudios sobre la ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia*. Ed. La Ley, Madrid, 2008

PARLAMENTO EUROPEO. *EU competition policy - Key to a fair single market*. Ed. European Union: Bruselas, 2019

PARRET, L. *Side effects of the modernisation of EU competition law. Modernisation as a challenge to the enforcement system of EU competition law and EU law in general*. Ed. Wolf Legal Publishers, Nijmegen, The Netherlands, 2011

PASCUAL Y VICENTE, J. "Procedimiento sancionador español en materia de conductas anticompetitivas" en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia,* Ed. La Ley, noviembre-diciembre 2008

PASTOR MARTÍNEZ, E. "Nada ha cambiado para el cártel de camiones. La competencia internacional en la STJUE de 5 de julio de 2018, C-27/17, Lithuanian Airlines", en *La Ley mercantil*, nº 51, octubre 2018.

PEÑA CASTELLOT, M. A. "La reforma del sistema español de defensa de la competencia Régimen sancionador y clemencia: comentarios al título quinto del anteproyecto de ley de defensa de la competencia" en *Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia*. Ed. Instituto Universitario de Estudios Europeos. Universidad San Pablo CEU, nº 18, 2006

PERDICES DE BLAS, L. (Coord). *Escuelas de pensamiento económico*. Ed. Ecobook-editorial del economista: Madrid, 2006

PERETZ, G; WARD, T. Y KREISBERGER, R. "Enforcement and Procedure" en ROTH QC, P. y ROTH QC, P. (eds). European Community Law of Competition, Ed. Oxford University Press, Nueva York, 2008, 6ª edición

PÉREZ, C. "Bruselas da un ultimátum a España por la fusión de los reguladores", en El País, 25 de febrero de 2013, **http://economia.elpais.com/economia/2013/02/24/actualidad/1361736846_167142.html** (Último acceso: 06.05.2020)

PÉREZ FERNÁNDEZ, P. "¿Qué importancia han de tener los programas de cumplimiento – compliance- en la política sancionadora de la CNC?", en *Medio siglo de aplicación de las normas de Competencia en España*, Ed. CNC, julio 2013.

PÉREZ HERNÁNDEZ, A. "Algoritmos y derecho de la competencia: un estudio sobre la alineación automática de precios", en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 311/2019 parte varia, 2019.

PÉREZ-LLORCA. "Comentarios al Proyecto de Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea", en *CNC*, 17 diciembre 2008.

PERIS RUIZ, J. I. La responsabilidad de la dominante en el Derecho de defensa de la Competencia. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

PETIT, N. y RATO, M. "From hard to soft enforcement of EC Competition law. A bestiary of "sunshine" enforcement instruments", en GHEUR C. Y PETIT, N. (eds). *Alternative enforcement techniques in EC competition law. Settlements, commitments and other novel instruments*. Ed. Bruylant, Bruxelles, 2009.

PIRAINO JR., T. A. "Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New antitrust approach for the 21st Century", en *Indiana Law Journal*, Vol 82, nº 2, primavera 2007

POLO, M. "The Optimal Prudential Deterrence of Price Fixing Agreements", en *IGIER Working Paper*, nº 120, noviembre 1997.

PULGAR EZQUERRA, J. "Derecho europeo de reestructuraciones empresariales y Derecho de la competencia", en *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 60/2016 parte Estudios, 2016.

QUINTANS EIRAS, R. "Órganos y procedimiento en el Derecho Español de Defensa de la Competencia" en BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P. y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (coords). *Derecho de la libre competencia comunitario y español*. Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2009

RAFAEL BAENA ZAPATERO, R y VELASCO SANZO, P. "Boicot en asociaciones y derecho de la competencia", en *Anuario de Derecho de la Competencia 2018*, ed. Aranzadi, enero 2018.

RAMOS GÓMEZ, Á. y CABRERA MAQUEDA, E. "El programa español de clemencia. Análisis y cuestiones prácticas" en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 2, marzo-abril 2008

REBOLLO PUIG, M. "Competencia sobre competencia", en FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M. *Estudios de Derecho de la Competencia*. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid y Barcelona, 2005

REYNA, A. "Why Competition Law Must Protect Democracy - A European Welfare Perspective", en *OECD 16th Global Forum on Competition*, diciembre 2017.

RICHMAN, B. D. "The antitrust of reputation mechanisms: institutional economics and concerted refusals to deal", en *Virginia Law Review*, Vol. 95, nº 2, abril 2009

RINCÓN GARCÍA-LOYGORRI, A. "Acuerdos restrictivos de la competencia: la lucha contra los cárteles duros en España. Prevención, detección, prueba y sanción.

Cuestiones previas ¿qué es un cártel para la CNC?" en *Serie Política de la Competencia*, Universidad San Pablo CEU, Documento de Trabajo nº 32/2012, 2012

RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A y VÁZQUEZ CARDEÑOSO, A. "¿Puede la Administración ser sancionada por infringir el derecho de la competencia cuando no actúa como empresa?", en *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, nº 79, septiembre-diciembre 2016

RISCOS GÓMEZ, J. F. "La promoción de la Competencia en Andalucía", en *Slideshare*, Sevilla, enero 2014. **http://www.slideshare.net/CompetenciaAnd/xix-seminario-j-felix-riscos** (Último acceso: 06.05.2020)

RITTER, L.y BRAUN, W. D. *European Competition Law: a practitioner's Guide*. Ed.Kluwer Law International: the Hague, The Netherslands, 2004, 3rd ed

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. "Libre competencia y competencia desleal: de nuevo sobre el artículo 7 LDC", en FONT GALÁN, J. I. y PINO ABAD, M. *Estudios de Derecho de la Competencia*. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid y Barcelona, 2005

----------. *Libre competencia y competencia desleal*. Madrid, Ed. La Ley, 2001

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. y GINER PARREÑO, C. A. "Infracción de las normas de Defensa de la competencia", en *Derecho de los Negocios*, Ed. La Ley, nº 232, enero 2010

RODRÍGUEZ-ARANA, J. "Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas", en Actualidad Administrativa, Ed. La Ley, nº 20, quincena del 16 al 30 de noviembre de 2006

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T. "Decentralised Application of EU Competition Law: A Strategic Approach", en *CLaSF Workshop*, Working Paper nº 05, 22 de abril de 2004.

RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. "Libre competencia y Tribunales Superiores de Justicia: recomendaciones colectivas de precios y aplicación uniforme del Derecho de la competencia", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 32, marzo-abril 2013

----------. "Acuerdos restrictivos de la competencia: la lucha contra los cárteles duros en España. Prevención, detección, prueba y sanción. Cuestiones previas: autoridades responsables de la lucha contra los cárteles en España y en la Unión Europea" en *Serie Política de la Competencia*, Universidad San Pablo CEU, Documento de Trabajo nº 34/2012, 2012

----------. "Promoción versus defensa de la competencia en España: una visión de conjunto", en *Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, vol. 19, nº 2, 2010

----------. "La reforma del sistema español de defensa de la competencia. La descentralización administrativa de la aplicación del Derecho de la competencia en España", en *Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia*, Universidad San Pablo CEU, nº 22, 2006

ROSOCHOWICZ, P. H. "Deterrence and the relationship between public and private enforcement of competition law", en *Papers Thursday Workshop - Amsterdam Center for law*, 2004.

RUIZ PERIS, J. A. "Los acuerdos restrictivos de la competencia tras la nueva Ley de Defensa de la Competencia", en RUIZ PERIS, J. I. (dir). *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008

SHAFFER, G. C. y NESBITT, N. H. "Criminalizing cartels: A Global Trend?", en *Sedona Conference Journal*, Vol. 12, 2011.

SÁNCHEZ GRAELLS, A. "Protección del mercado y defensa de la competencia" en VEIGA COPO, A. (Coord). *Fundamentos de Derecho Empresarial, Tomo 1: Empresa, Empresario y Mercado*, Ed. Thomsom Reuters Civitas, 2011.

SCHINKEL, M. P. "Forensic economics in competition law enforcement", en *Journal of Competition Law and Economics*, Vol. 4, nº 1, marzo 2008

SCHMIDT I. L. O. y RITTALER, J. B. *A Critical Evaluation of the Chicago School of Antitrust Analysis*. Ed. Springer, 1989

SEGAL, I. R. y WHINST, M. D. "Public vs. Private enforcement of antitrust law: a survey", en *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*, nº 335, diciembre 2006

SITTENREICH, M. A. "The Rocky Path for Private Directors General: Procedure, Politics, and the Uncertain Future of EU Antitrust Damages Actions", en *Fordham Law Review*, Vol 78, nº 5, 2010.

SMITH, A. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* Cap. X, Parte II, Libro I, traducido por RODRÍGUEZ BRAUN, C, Ed. Tecnos, edición de junio 2009

----------.. *The Wealth of Nations*. Ed. The University of Chicago Press, 1776

SOKOL, D. "Cartels, Corporate Compliance and What Practitioners Really Think About Enforcement", en *Antitrust Law Journal*, Vol. 78, nº 2012, 6 de junio de 2012.

----------. "Detection and compliance in cartel policy", en *CPI Antitrust Chronicle*, Vol. 2, septiembre 2011.

SOLDEVILLA, S. "Problemas específicos de la revisión judicial de las multas", en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÒ JUAN, A. (dirs). *El derecho de la competencia y los jueces*. Ed: Fundación Rafael del Pino. Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales SA., Madrid, 2007

SOPEÑA BLANCO, V. y BAYO ÁLVAREZ, R. "Comentario sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2012 (expte. 601/05, IBERDROLA CASTELLÓN)" en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 29, septiembre-octubre 2012

SORIANO, J. E. *La defensa de la competencia en España*. Madrid, Iustel, 2007

SORIANO GARCÍA, J.E. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. G. "Reflexiones sobre la incidencia de la Ley de Economía Sostenible en las disposiciones de la Ley de Defensa de la Competencia", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, nº 22, julio-agosto 2011

STEFAN, O. A. "European Competition Soft Law in European Courts: A Matter of Hard Principles?", en *European Law Journal*, Vol. 14, nº 6, noviembre 2008.

STEPHAN, A. "Hear no evil, see no evil: why antitrust compliance programmes may be ineffective at preventing cartels", en CCP Working Paper, nº 09-09, julio 2009.

STUART MILL, J. *On liberty* (1859). Reeditado por Cossimo Classics, 2005.

STUCKE, M. E. "Morality and Antitrust", en *Columbia Business Law Review*, nº 2006, 2006.

SUÁREZ, P. "Comentario de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, de 2 de diciembre de 2011" en 2012 Práctica mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2011 en los grandes despachos. Ed. La Ley, madrid, mayo 2012.

SUBCOMISIÓN DE DUPLICIDADES ADMINISTRATIVAS. *Propuesta de traspasar a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) las funciones de defensa de la competencia desarrolladas por las CCAA en virtud de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia*. Borrador 18/11/2013, medida nº 1.13.002.

TEMPLE LANG, J., "How Should European Competition Law Be Applied in a Recession?" en *20th St. Gallen International Competition Law Forum ICF*, 4 de abril de 2013.

THE GALLUP ORGANIZATION. "EU citizens' perceptions about competition policy. Analytical report.", en European Commission Flash Eurobarometer 264, noviembre 2009, **http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_264_sum_en.pdf** (último acceso: 06.05.2020)

TIERNO CENTELLA, M. L. "An Optimal Enforcement System against Cartels", en LIANOS, I. y KOKKORIS, I. (eds). *The reform of EC competition law: New challenges, Kluwer Law International,* The Hague, 2010

TORRE SUSTAETA. M. V. *La aplicación del Derecho de la Competencia en Europa. Intereses en juego y vías de tutela*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014

TOWNLEY, C. "Co-ordinated Diversity: Revolutionary Suggestions for EU Competition Law (and for EU Law too)" en *King's College London Law School Research Paper* nº 2014-13, julio 2013.

TRILLO TORRES, R. "Revisión judicial de los actos administrativos en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed, La Ley, nº 1, enero-febrero 2008

ÚBEDA TARAJANO, F. E. "Algunas consideraciones en torno a la aplicación de los principios rectores del derecho penal al ámbito administrativo sancionador", en *Actualidad Administrativa*, Ed. La Ley, nº 16, septiembre 2008

VALDIVIESO, M. "El Tratado de Lisboa: más novedades terminológicas", en *puntoycoma*, *Boletín de las Unidades Españolas de traducción de la Comisión Europea*, nº 116, enero-febrero 2010.

VANDENBORRE, I Y GOETZ, T. "EU Competition Law procedural issues", en *Journal of European Competition Law and Practice*, Vol. 4, nº 6, 2013

VARELA CARID, F. "Economía y defensa de la competencia: una visión general", en *Ekonomiaz*, nº 61, primer cuatrimestre 2006

VARELA GONZÁLEZ, A. "Características y situación actual de la política de clemencia", en *Cuadernos Europeos de Deusto*, Bilbao, nº 38/2008, 2008.

VEGARA FIGUERAS, D. "La nueva Ley de Defensa de la Competencia", en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley Digital, nº 17234/2008, enero - febrero 2008

VELASCO SAN PEDRO, L. A. "La terminación convencional del procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia", en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, Ed. La Ley, nº 4, enero - junio 2009

VÉLEZ FRAGA, M. "El cálculo de las sanciones en materia de defensa de la competencia según la reciente doctrina de la Audiencia Nacional" en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 35-2013, 2013.

VELJANOVSKI, C. "Cartel fines in Europe - Law, practice and deterrence", en *World Competition*, Vol. 29, marzo 2007.

VICENTE MAMPEL, C. "Derecho antitrust en el mercado ferroviario español: a propósito de la Resolución de la CNMC de 28 de febrero de 2017", en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 11/2017 parte Doctrina, 2017.

VITZILAIOU, L. "Crisis cartels: for better or for worse?", en *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, Vol. 2, marzo 2011.

WARD, A. "Spain's CNMC: the story so far", en *Competition Policy International*, 2013

WARD, A. Y HERNÁNDEZ SASETA, C. "Una revolución para la defensa de la competencia en España" en BACHES OPI, S. (Coord). *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación*, Ed. La Ley, Madrid, noviembre 2010

WARD, A. y HERNÁNDEZ SASETA, C. "Clemencia y sanciones " en BACHES OPI, S. (Coord). *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación*, Ed. La Ley, Madrid, noviembre 2010

WARDHAUGH, B. "Cartel Leniency and Effective Compensation in Europe: The Aftermath of Pfleiderer", en *Queen's University Belfast Law Research Paper*, nº 23, 24 de septiembre de 2013.

WEHMHÖRNER, N. "Optimal fining policies" en *Remedies and Sanctions in Competition Policy Conference*, Amsterdam Centre for Law and Economics, 2005.

WERDEN, G. J. "Sanctioning cartel activity: let the punishment fit the cartel" en *European Competition Journal*, Vol. 5, nº 1, abril 2009

WHELAN, P. "Contemplating the future: personal criminal sanctions for infringements of EC competition law" en *King's Law Journal*, nº 19-2, 2008

----------. "A Principled argument for personal criminal sanctions as punishment under EC cartel law" en *Competition Law Review*, Vol. 4, nº 1, noviembre 2007.

WHITE, L. J. "Lysine and Price Fixing: How Long? How Severe?" en *New York University Center for Law and Business Working Paper*, nº. 99-001, febrero 1999.

WHISH, R. y BAILEY, D. Competition Law. Ed. Oxford University Press, New York, 7ª edición, 2012

WILKS, S. "The impact of the recession on competition policy: amending the economic constitution?", en *International Journal of the Economics of Business*, Vol. 16, nº 3, noviembre 2009

WILS, W. P. J. "Ten Years of Regulation 1/2003 - A Retrospective", en *Conference - 10 years of Regulation 1/2003*, Mannheim Centre for Competition and Innovation, 7 de junio de 2013

----------. "Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement", en *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 1, nº 1, abril 2013

----------. "Discretion and Prioritisation in Public Antitrust Enforcement, in particular EU antitrust enforcement.", en *World Competition: Law and Economics Review*, nº 3, Vol. 34, septiembre 2011

----------. *Efficiency and justice in European antitrust enforcement*, Ed. Hart Publishing, 2008

----------. "The use of settlements in public antitrust enforcement: objectives and principles", en *Law and Economics Review*, Vol. 31, nº 3, septiembre 2008.

----------. "The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: a legal and economic analysis", en *World Competition: Law and Economis Review*, Vol. 30, nº 2, junio 2007.

----------. "Leniency in antitrust enforcement: theory and practice", en *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 30, nº 1, marzo 2007

----------. "Optimal antitrust fines: theory and practice", en *World Competition*, Vol. 29, nº 2, junio 2006

----------. "Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe?" en *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 26, nº. 3, 2003

WRIGHT, K. "European Commission Opinions to National Courts in Antitrust Cases: Consistent Application and the Judicial-Administrative Relationship", en *ESRC Centre for Competition Policy Working Paper Series*, 31 de julio de 2008

XIAOWEI, C. "Antitrust agencies and hardcore cartels: a game theoretic perspective", en *Young Economists Journal*, vol. 9, nº 17, noviembre 2011

YANES YANES, P. “Génesis y opciones de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia”, en MARCOS, F. "Autoridades autonómicas de defensa de la competencia en vías de extinción", en *SSRN*, 1 de febrero de 2012.

ZAMORA MANZANO, J. L. “Intervención y garantías a la libre concurrencia de los mercados en el Derecho Romano”, en *Revista General de Derecho Romano*, nº 22, 2014

RESOLUCIONES NACIONALES

Resoluciones de la Sala de Competencia de la CNMC

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0626/18 – *Radares meteorológicos*, de 4 de marzo de 2020.

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0631/18 – *Adidas España*, de 6 de febrero de 2020.

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0629/18 - *Asistencia técnica Vaillant,* de 29 de octubre de 2019

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0617/17 - *Atresmedia/Mediaset*, de 12 de noviembre de 2019

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0612/17 – *Montaje y mantenimiento industrial*, de 1 de octubre de 2019

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0425/12 – *Industrias lácteas 2*, de 11 de julio de 2019

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. SAMUR/02/18 – *Transporte escolar Murcia*, de 20 de junio de 2019

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0552/15 - *AGIC*, de 20 de junio de 2019.

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0594/16 – *ANELE*, de 30 de mayo de 2019.

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0590/16 - *DAMA VS SGAE*, de 30 de mayo de 2019

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0607/17 - *Tabacos*, de 10 de abril de 2019

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0598/2016 - *Electrificación y electromecánicas ferroviarias*, de 14 de marzo de 2019.

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0565/15 - *Licitaciones aplicaciones informáticas*, de 26 de julio de 2018.

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0596/16 – *Estibadores de Vigo*, de 26 de julio de 2018.

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0569/15 - *Baterías automoción*, de 12 de julio de 2018, de 26 de julio de 2018

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0584/16 - *Agencias de medios*, de 3 de mayo de 2018

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0578/16 - *Mensajería y paquetería empresarial*, de 8 de marzo de 2018

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0587/16 - *Costas Bankia*, de 8 de marzo de 2018

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0579/16 - *Derivados financieros*, de 13 de febrero de 2018

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. VS/0251/10 - *Envases Hortofrutícolas, Empresa Veripack Embalajes S.L.*, de 1 de febrero de 2018

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0562/15 - *Cables BT/MT*, de 21 de noviembre de 2017

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0580/16 - *Criadores de Caballos 2*, de 21 de noviembre de 2017

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/DC/0567/15 - *Estudios de Mercado Industria Farmacéutica*, de 13 de julio de 2017

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/DC/0548/15 - *Schweppes*, de 29 de junio de 2017

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0557/15 - *Nokia*, de 8 de junio de 2017

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte S/DC/0558/15 - *ACB*, de 11 de abril de 2017

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte S/DC/0512/14 - *Transporte balear de viajeros*, de 9 de marzo de 2017

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0511/14 - *Renfe operadora*, de 28 de febrero de 2017

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0545/15 - *Hormigones de Asturias*, de 23 de febrero de 2017

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0538/14 - *Servicios fotográficos*, de 15 de diciembre de 2016

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. SAMAD/07/2015 - *Autoescuelas Alcalá de Henares*, de 15 de diciembre de 2016

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0555/15 *Prosegur-Loomis*, de 10 de noviembre de 2016

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. SAMAD/09/2013 - *Honorarios profesionales ICAM*, de 15 de septiembre de 2016

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. SAMAD/09/2013 BIS - *Honorarios profesionales ICAAH*, de 15 de septiembre de 2016

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0544/14 - *Mudanzas internacionales*, de 6 de septiembre de 2016

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0525/14 - *Cementos*, de 5 de septiembre de 2016

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. SAMAD/02/14 - *Colegio Oficial Ingenieros Técnicos Industriales de Madrid*, de 28 de julio de 2016.

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. SAMAD/09/2014 - *Concesionarios Nissan*, de 28 de julio de 2016

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0506/14- *Concesionarios Volvo*, de 12 de julio de 2016

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0519/14 - *Infraestructuras ferroviarias*, de 30 de junio de 2016

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0540/14 - *Istobal*, de 30 de junio de 2016

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0504/14- *AIO*, de 26 de mayo de 2016

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0455/12 - *Grupos de gestión*, de 12 de mayo de 2016.

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0505/14 - *Concesionarios Chevrolet*, de 28 de abril de 2016

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0518/14 - *AERC*, de 7 de abril de 2016

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0503/14 - *Fabricantes de turrón*, de 7 de abril de 2016

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/DC/0510/14 – *Food Service Project*, de 10 de marzo de 2016

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/DC/0522/14 – *Thyssenkrupp*, de 12 de enero de 2016

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0516/14 - *ICOGAM*, de 17 de diciembre de 2015.

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0299/10 - *Consejo Colegios Odontólogos y Estomatólogos*, de 17 de diciembre de 2015

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/0517/14 - *Bodegas José Estévez*, de 17 de diciembre de 2015

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0481/13 - *Construcciones modulares*, de 3 de diciembre de 2015

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0500/13 *Agedi/AIE Radio*, de 26 de noviembre de 2015

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. SAMUR-001-15 - *Colegio Aparejadores de la Región de Murcia*, de 17 de septiembre de 2015

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0491/13 - *Colegio de Abogados de Guadalajara*, de 1 de septiembre de 2015

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. SACAN/29/13 - *Asistencia jurídica gratuita en Canarias*, de 30 de julio de 2015

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/436/12 - *DTS Distribuidora de TV Digital*, de 23 de julio de 2015.

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0482/13 - *Fabricantes de automóviles*, de 23 de julio de 2015

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte.SACAN/31/2013 - *Honorarios profesionales Colegio de Abogados de Las Palmas*, de 23 de julio de 2015.

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0490/13 - *Acuerdos Telefónica/Yoigo*, de 16 de julio de 2015

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0466/13 - *SGAE – Autores*, de 9 de julio de 2015

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/484/13 - Redes abanderadas, de 2 de julio de 2015

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte S/0454/12 - *Transporte frigorífico*, de 25 de junio de 2015

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0471/13 - *Concesionarios Audi/Seat/VW*, de 28 de mayo de 2015

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0425/12- *Industrias lácteas 2*, de 26 de febrero de 2015

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0498/13- *Club excelencia en gestión vía innovación*, de 26 de febrero de 2015

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0474/13 – *Precios combustibles automoción*, de 20 de febrero de 2015

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0464/13 – *Puerto de Santander*, de 11 de febrero de 2015

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0473/13 – *Postes de hormigón*, de 15 de enero de 2015

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0429/12- *Residuos*, de 8 de enero de 2015

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0477/13- *COAPI*, de 11 de diciembre de 2014

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0453/12- *Rodamientos ferroviarios*, de 4 de diciembre de 2014

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/DC/502/14 - *Orona/Excelsior*, de 4 de diciembre de 2014

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0460/13- *SGAE*, de 14 de noviembre de 2014

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0430/12- Recogida de papel, de 6 de noviembre de 2014

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/DC/502/14 - *Orona/Excelsior*, de 30 de octubre de 2014.

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0422/12- *Contratos de permanencia*, de 29 de octubre de 2014

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0428/12 - *Palés*, de 22 de septiembre de 2014

Resolución de la Sala de Competencia en el Expte. S/0463/13 – *Astraco*, de 10 de julio de 2014

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0445/12 - *Equipos contra incendios*, de 26 de junio de 2014

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0469/13 - *Fabricantes de papel y cartón ondulado*, de 18 de junio de 2014

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC, en el Expte. S/0457/13 - *General Motors España S.L.U.*, de 12 de junio de 2014.

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0444/12 - *GEA*, de 12 de junio de 2014

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0373/11 – *Correos 2*, de 21 de enero de 2014

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0404/12 - *Servicios comerciales AENA*, de 2 de enero de 2014

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. SACAN/0018/12 - *Taxis Tenerife*, de 21 de marzo de 2014

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0423/12 – *Munters*, de 26 de diciembre de 2013

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. S/0378/11 - *Desmontadoras de algodón*, de 19 de diciembre de 2013

Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC en el Expte. SAMAD/12/10 - *Tanatorios Coslada*, de 4 de octubre de 2013

Resoluciones del Consejo de la CNC

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0314/10 - *Puerto Valencia*, de 27 de septiembre de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0337/11 - *Distribuidores de CO2*, de 20 de septiembre de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0410/12 - *Ascensores 2*, de 17 de septiembre de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0291/10 -*Mutualidad General Abogacía*, de 17 de septiembre de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0397/12 – *Transportes Madrid*, de 16 de septiembre de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0402/12 - *Espuma elastomérica*, de 12 de septiembre de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0413/12 - *Asociación empresarial de peritaje y valoraciones judiciales*, de 10 de septiembre de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0380/11 – *Coches de alquiler*, de 30 de julio de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0383/11 - *Transporte sanitario conquense*, de 23 de julio de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0424/12 - *Notaría de Ceuta*, de 19 de julio de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0376/11 - *Panaderías pamplona*, de 10 de julio de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0356/11 - *Tecniberia y Colegio de Ingenieros de Caminos*, de 4 de junio de 2013

Resolución del consejo de la CNC en el Expte. S/0303/10 – *Distribuidores saneamiento*, de 23 de mayo de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0385/11 - *Campezo construcción*, de 30 de abril de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. SA CAN/0017/11 – *Guías Turísticos Tenerife*, de 24 de abril de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0341/11 – *Correos*, de 22 de abril de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0316/10 - *Sobres de papel*, de 25 de marzo de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0418/12 - *All Sports Media*, de 22 de marzo de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0359/11 – *ATASA*, de 20 de marzo de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0329/11- *Asfaltos Cantabria*, de 8 de marzo de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0342/11– *Espuma de Poliuretano*, de 28 de febrero de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0348/11 - *Unión Interprofesional de Madrid*, de 19 de febrero de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0386/11 – *Ionmed Esterilización*, de 18 de febrero de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0343/11 – *Manipulado de papel,* de 15 de febrero de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0386/11 - *Ionmed Esterilización*, de 18 de febrero de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0293/10 – *Transcont*, de 10 de enero de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0299/10 - *Consejo Colegios Odontólogos y Estomatólogos*, de 9 de enero de 2013

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0248/10 – *Mensajes Cortos*, de 19 de diciembre de 2012

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0352/11 – *Unión de correctores*, de 14 de diciembre de 2012

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0305/10 - *Uvas denominación origen Valdepeñas* de 29 de noviembre de 2012

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0349/11 – *Anfaco*, de 22 de noviembre de 2012

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0300/10 - *Mazda Automóviles de España*, de 16 de noviembre de 2012

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0331/11 - *Navieras Marruecos*, de 7 de noviembre de 2012

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0289/10 - *Industria cárnica*, de 7 de noviembre de 2012

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0309/10 – *Devir Iberia* de 18 de octubre de 2012

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0318/10 - *Exportación sobres de papel*, de 15 de octubre de 2012

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0371/11 - *Autores literarios medios audiovisuales* de 3 de octubre de 2012

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0338/11- *Subaru*, de 16 de agosto de 2012

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0287/10 -*Postensado y Geotecnia*, de 2 de agosto de 2012

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0220/10 - *SGAE, Sociedad General de Autores y Editores,* de 3 de julio de 2012

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0304/10 – *Endesa,* de 11 de junio de 2012

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0273/10 - *Asociación Nacional Informadores Gráficos Prensa*, de 30 de mayo de 2012

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0197/09 - *Convenio seguridad*, de 27 de marzo de 2012

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0237/10 – *Motocicletas*, de 27 de marzo de 2012

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0157/09 – *Egeda*, de 2 de marzo de 2012

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0213/10 – *Iberdrola Sur,* de 24 de febrero de 2012

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0244/10 - *Navieras Baleares*, de 23 de febrero de 2012

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0211/09 – *Endesa instalación*, de 21 de febrero de 2012

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0207/09 - *Transporte televisión*, de 8 de febrero de 2012

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0280/10 - *Suzuki-Honda*, de 19 de enero de 2012

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0179/09 - *Hormigón y productos relacionados*, de 12 de enero de 2012

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0154/09 - *Montesa Honda*, de 28 de diciembre de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0235/10 -*Convenios FEMP-Consejos Generales de Colegios Profesionales*, de 28 de diciembre de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0208/09 – *Aisge,* de 19 de diciembre de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0231/10 - *Productos Hortofrutícolas*, de 14 de diciembre de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0251/10 - *Envases Hortofrutícolas*, de 2 de diciembre de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0269/10 - *Transitarios 2*, de 1 de diciembre de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0232/10 – *Prisa Zeta*, de 24 de noviembre de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0241/10 – *Navieras Ceuta 2*, de 10 de noviembre de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0003/07 – *E.On*, de 8 de noviembre de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0060/08 – *Sintrabi* de 26 de octubre de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0192/09 – *Asfaltos*, de 26 de octubre de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0047/08 – *Televenta*, de 24 de octubre de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0226/10 – *Licitaciones de Carreteras*, de 19 de octubre de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0167/09 - *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, de 6 de octubre de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0335/11 – *CEOE*, de 26 de septiembre de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0302/10 - *Orona/Omega*, de 22 de septiembre de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0089/08 - *Unión Fenosa Instalación,* de 20 de septiembre de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 2795/07 - *Hidrocantábrico Instalación*, de 20 de septiembre de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0210/09 - *Colegio Oficial veterinarios Región Murcia*, de 19 de septiembre de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0339/11 - *Diseñadores gráficos*, de 30 de julio de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0184/09- *Gas Natural*, de 29 de julio de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0245/10 - *Antena 3/Veo TV/Disney Chanel*, de 30 de junio de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0246/10 -*Vocento/Godó*, de 30 de junio de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0185/09 - *Bombas de fluidos*, de 24 de junio de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0198/09 – *ANCCE*, de 17 de mayo de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0159/09 – *Unesa y asociados* de 13 de mayo de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 2761/07 - *Asociacion Editores Diarios Españoles*, de 10 de mayo de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. SNC/0007/10 – *Extraco*, de 6 de mayo de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0107/08 - *Plataforma del Mejillón*, de 26 de abril de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte 2738/06 – *GALP*, de 6 de abril de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0181/09 – *Conserveras*, de 31 de marzo de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 2748/06 - *Axion Abertis II*, de 30 de marzo de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0156/09 – *AISGE*, de 23 de marzo de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0153/09 – *Mediapro*, de 17 de marzo de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0012/07 - *Puerto de Barcelona*, de 17 de marzo de 2011

Resoluciones del Consejo de la CNC en el Expte. S/0086/08 – *Peluquería Profesional* de 2 de marzo de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. SNC/0010/11 - *Grafoplas del Noroeste*, de 1 de marzo de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 2785/07 - *Artistas, intérpretes o ejecutantes, sociedad de gestión, AIE*, de 23 de febrero de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0155/09 – *Stanpa* de 7 de febrero de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0096/08 - *Fábrica Nacional de Moneda y Timbre*, de 24 de enero de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0196/09 – *Colegio Notarial de Asturias*, de 20 de enero de 2011

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0203/09 – *COAPI*, de 22 de diciembre de 2010

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0255/10 - *Puntos Suministro E.ON*, de 30 de noviembre de 2010

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0002/07 - *Colegio Arquitectos Técnicos Cuenca*, de 29 de noviembre de 2010

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0162/09 - *Semillas de Girasol*, de 13 de septiembre de 2010

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0080/08 – *Navieras Línea Cabotaje Ceuta Algeciras*, de 8 de septiembre de 2010

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte SA CAN/0003/10 - *Explosivos Canarios*, de 7 de septiembre de 2010

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0120/08 – *Transitarios*, de 31 de julio de 2010

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0065/08 - *Ecovidrio*, de 29 de julio de 2010

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0189/09 - *Consejo General de Colegios oficiales de aparejadores y arquitectos técnicos*, de 28 de julio de 2010

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0091/08 - *Vinos finos de Jerez*, de 28 de julio de 2010

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte 2800/07 - *Signus Ecovalor y Fabricantes Neumáticos*, de 20 de mayo de 2010

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0127/09 –*Procuradores*, de 20 de mayo de 2010

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0106/08 – *Almacenes Hierro,* de 17 de mayo de 2010

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0006/07 - *AVS, Mediapro, Sogecable y Clubs de Fútbol de 1ª y 2ª División*, de 14 de abril de 2010

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0059/08 – *Anagrual*, de 12 de abril de 2010

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0224/10 – *Colomer*, de 11 de febrero de 2010

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0103/08 - *Confederación Española de Industriales Feriantes*, de 1 de febrero de 2010

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0020/07 - *Trío Plus*, de 28 de enero de 2010

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0084/08 - *Fabricantes de Gel*, de 21 de enero de 2010

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0014/07 - *Gestión residuos sanitarios*, de 18 de enero de 2010

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0105/2008 - *El Corral de las Flamencas*, de 3 de diciembre de 2009

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0037/08 - *Compañías de Seguro Decenal*, de 12 de noviembre de 2009

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0064/08 - *Veterinarios Especialistas Équidos*, de 27 de mayo de 2009

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0094/08 - *Asociación Menorquina de Alquiler de Coches sin Conductor*, de 10 de noviembre de 2009

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0053/08 – *Fiab y Asociados y Ceopan* de 14 de octubre de 2009

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0044/08 – *Propollo* de 29 de septiembre de 2009

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 2805/07 – *Empresas estibadoras*, de 24 de septiembre de 2009

Resolución del Consejo de la CNC en el expte. 652/0 - *BP / Cepsa / Repso*l, de 30 de julio de 2009

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte 2697/06 - *Cepsa Estaciones de Servicio S.A*., de 29 de julio de 2009

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 651/08 – *AIE/T5*, de 25 de julio de 2009

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 648/08 - *Hormigones cántabros*, de 22 de julio de 2009

Resolución del consejo de la CNC en el Expte. 2779/07 - *Consejo Regulador Denominacion Origen Jerez y Manzanilla*, de 4 de junio de 2009

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0064/08 - *Veterinarios Especialistas Équidos*, de 27 de mayo de 2009

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 645/08 - *Céntrica / Hidrocantabrico*, de 22 de abril de 2009

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 639/08 - *Colegio farmacéuticos Castilla-La Mancha*, de 14 de abril de 2009

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 643/08 - *Centrica/Electra de Viesgo,* de 2 de abril de 2009

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 644/08 - *Centrica/Iberdrola,* de 2 de abril de 2009

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 642/08 - *Centrica/Unión Fenosa,* de 2 de abril de 2009

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 641/08 - *Centrica/Endesa*, de 2 de abril de 2009

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 638/08 - *Gas natural 2*, de 26 de marzo de 2009

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0077/08 - *Convenio Seguridad*, de 17 de marzo de 2009

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte S/0076/08 - *Convenio de Contact Center*, de 16 de marzo de 2009

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 650/08 - *Funerarias Baleares*, de 3 de marzo de 2009

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 647/08 - *Distribuciones DAMM*, de 19 de febrero de 2009

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 640/08 - *Patines a vela*, de 29 de diciembre de 2008

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 636/07 – *Fonogramas*, de 9 de diciembre de 2008

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0083/2008, *Comunidad Autónoma de Aragón*, de 20 de noviembre de 2008

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0043/2008 - *Confederación Nacional de Autoescuelas*, de 13 de noviembre de 2008

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte.S/0023 - *Biovet*, de 9 de octubre de 2008

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 634/07 - *MDC Ingeniería/Productos Haller*, de 21 de julio de 2008

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 633/07 - *Creuers de Sóller*, de 9 de junio de 2008

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 632/07 - *Feriantes Ayuntamiento de Peralta*, de 7 de mayo de 2008

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 625/07 – *Gas Natural*, de 25 de abril de 2008

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 623/07 – *Tranportes Barcelona*, de 1 de abril de 2008

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 627/07 - *Estación Sur de Autobuses*, de 31 de marzo de 2008

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 624/07 – *Iberdrola* de 14 de febrero de 2008

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 626/07 - *Canarias de Explosivos*, de 12 de febrero de 2008

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte 635/07 - *Colegio de Odontólogos Estomatólogos de Las Palmas* de 27 de diciembre de 2007

Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. 617/06 - *Cajas Vascas y Navarra*, de 18 de octubre de 2007

Resoluciones del TDC

Resolución del TDC en el Expte. 380/96 - *Perfumerías*, de 14 de octubre de 2007

Resolución del TDC en el Expte. 655/05 - *Sociedades Públicas del País Vasco*, de 8 de marzo de 2006

Resolución del TDC en el Expte. A317/02 - *Comercialización G.L.P.*, de 21 de mayo de 2004

Resolución del TDC, en el Expte. 343/03 *Derechos de Propiedad Intelectual*, de 22 de abril de 2004

Resolución del TDC en el Expte. 528/01 - *Consejo General de la Abogacía*, de 26 de septiembre de 2002

Resolución del TDC en el Expte. 520/01 – *Disared*, de 31 de mayo de 2002

Resolución del TDC en el Expte. 458/00 - *Consejería de Educación de Canarias*, de 26 de abril de 2002

Resolución del TDC en el Expte. 481/01 - *Confederación Hidrográfica del Tajo*, de 7 de marzo de 2002

Resolución del TDC en el Expte. 447/00 - *Consejería Medio Ambiente de la Junta de Andalucía*, de 27 de abril de 2001

Resolución del TDC en el Expte. 468/1999 – *Texaco 2*, de 27 de julio de 2000

Resolución del TDC en el Expte. 475/99 - *Prensa Vizcaya*, de 31 de octubre de 2000

Resolución del TDC en el Expte. r 395/99 - *Autoridad portuaria Santander*, de 4 de julio de 2000

Resolución del TDC en el Expte. 472/99 - *Colegio Farmacéuticos de Valencia*, de 7 de abril de 2000

Resolución del TDC en el Expte. r 402/99 - *Valderrama/Impulsa*, de 6 de abril de 2000

Resolución del TDC en el Expte r 388/99 - *Air Taxis Málaga*, de 24 de marzo de 2000

Resolución del TDC en el Expte. 456/99 - *Retevisión/telefónica*, de 8 de marzo de 2000

Resolución del TDC en el Expte. R 383/99 - *Empresa pública emergencias sanitarias*, de 14 de febrero de 2000

Resolución del TDC en el Expte. r 372/99 - *AENA*, de 9 de diciembre de 1999

Resolución del TDC en el Expte. 341/98 - *Ayuntamiento de Chiclana*, de 19 de abril de 1999

Resolución del TDC en el Expte. 290/98 - *Autoridad Portuaria Marín*; de 15 de mayo de 1998

Resolución del TDC en el Expte. 419/97 - *Ayuntamiento-Cruz Roja de Fuengirola*, de 20 de marzo de 1998

Resolución del TDC en el Expte. r 271/97 - *Ayuntamiento de Albacete*, de 30 de enero de 1998

Resolución del TDC en el Expte. R 264/97 – *Cementerio Coruña*, de 19 de enero de 1998

Resolución del TDC en el Expte. 404/97 - Servicios Funerarios de Madrid, de 23 de diciembre de 1997

Resolución del TDC en el Expte. r 201/97 - *Prensa Ciudad Real*, de 5 de junio de 1997

Resolución del TDC en el Expte. 193/96 - *Suelo Municipal Zumaia*, de 26 de mayo de 1997

Resolución del TDC en el Expte. 173/96 - *Instituto Catalán Inspección y Control*, de 16 de enero de 1997

Resolución del TDC en el Expte. r 152/96 - *Ayuntamiento de Moncofar*, de 17 de julio de 1996

Resolución del TDC en el Expte. r 151/96 - *Ayuntamiento de Madrid*, de 19 de abril de 1996

Resolución del TDC en el Expte. r 145/96 - *venta ambulante*, de 1 de abril de 1996

Resolución del TDC en el Expte. r 108/95 - *Farmacias Santander*, de 3 de julio de 1995

Resolución del TDC en el Expte. 322/92 – *Faconauto*, de 25 de mayo de 1993

RTDC en el Expte. R 50/93- *Gremio de Libreros de Valencia*, de 17 de febrero de 1993

Resolución del TDC en el Expte. 306/91 – *Detergentes*, de 8 de junio de 1992

Resoluciones de las autoridades autonómicas de competencia

Resolución del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia en el Expte. 11/2009 - *Horarios comerciales*, de 24 de noviembre de 2009.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

Sentencias de la Audiencia Nacional

SAN 3322/2019, Sala de lo Conseccioso, Sec. 6ª, de 23 de julio de 2019

SAN 2100/2019, Sala de lo Conseccioso, Sec. 6ª, de 27 de mayo de 2019

SAN 2570/2018, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 13 de junio de 2018

SAN 2563/2018, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 13 de junio de 2018

SAN 2595/2018, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 21 de junio de 2018

SAN 2168/2018, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 29 de mayo de 2018

SAN 772/2018, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 27 de febrero de 2018

SAN 5217/2017, Sala de lo Contencioso, Sec. 4ª, de 20 de diciembre de 2017

SAN 3556/2017, Sala de lo Conseccioso, Sec. 6ª, de 4 de septiembre de 2017

SAN 3336/2017, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 28 de julio de 2017

SAN 3063/2016, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 11 de julio de 2016

SAN 2068/2016, Sala de lo Contencioso, Sec 7ª, de 23 de mayo de 2016

SAN 1390/2016, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 8 de abril de 2016.

SAN 585/2015, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 20 de febrero del 2015

SAN 1798/2014, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 15 abril de 2014

SAN 3505/2014, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 29 de julio de 2014

SAN 3286/2014, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 15 de julio de 2014

SAN 1757/2014, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 21 de abril de 2014

SAN 1798/2014, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 15 de abril de 2014

SAN 1589/2014, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 2 de abril de 2014

SAN 990/2014, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 24 de febrero de 2014

SAN 428/2014, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 3 de febrero de 2014

SAN 553/2014, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 30 de enero de 2014

SAN 226/2014, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 15 de enero de 2014

SAN 5859/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 23 de diciembre de 2013

SAN 5457/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 11 de diciembre de 2013

SAN 5420/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 5 de diciembre de 2013

SAN 3472/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 16 de julio de 2013

AN 2756/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 17 de junio de 2013

SAN 2717/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 17 de junio de 2013

SAN 2896/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 12 de junio de 2013

SAN 1527/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 12 de abril de 2013

SAN 1508/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 10 de abril de 2013

SAN 1404/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 21 de marzo de 2013

SAN 1113/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 7 de marzo de 2013

SAN 2745/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 6 de marzo de 2013

SAN 883/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 5 de marzo de 2013

SAN 843/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 1 de marzo de 2013

SAN 1053/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 26 de febrero de 2013

SAN 1052/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 26 de febrero de 2013

SAN 878/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 26 de febrero de 2013

SAN 888/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 25 de febrero de 2013

SAN 754/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 13 de febrero de 2013

SAN 472/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 5 de febrero de 2013

SAN 388/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 5 de febrero de 2013

SAN 471/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 5 de febrero de 2013

SAN 472/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 5 de febrero de 2013

SAN 557/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 4 de febrero de 2013

SAN 317/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 1 de febrero de 2013

SAN 224/2003, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 31 de enero de 2013

SAN 456/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 22 de enero de 2013

SAN 71/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 21 de enero de 2013

SAN 5232/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 18 de diciembre de 2012

SAN 4494/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 8 de noviembre de 2012

SAN 4311/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 15 de octubre de 2012

SAN 3737/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 28 de septiembre de 2012

SAN 2434/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 31 de mayo de 2012

SAN, 1118/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 15 de marzo de 2012

SAN 946/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 22 de febrero de 2012

SAN 859/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 20 de febrero de 2012

SAN 493/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª. de 15 de febrero de 2012

SAN 160/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, 25 de enero de 2012

SAN 5394/2011, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 16 de noviembre de 2011

SAN 5680/2010, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 10 de noviembre de 2011

SAN 4567/2011, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 13 de octubre de 2011

SAN 2605/2011, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 26 de mayo de 2011

SAN 1532/2011, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 29 de marzo de 2011

SAN 28/2011, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 18 de enero de 2011

SAN 4243/2009, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 22 de noviembre de 2010

SAN 4725/2010, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 23 de marzo de 2010

SAN 6365/2009, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 6 de noviembre de 2009

SAN 3248/2009, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 2 de julio de 2009

SAN 5765/2008, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 26 de diciembre de 2008

SAN 4139/2006, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 30 de junio de 2006

SAN 758/2005, Sala de lo Contencioso, Sec. 6ª, de 10 febrero 2005

Sentencias del Tribunal Supremo

STS 3256/2019, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 22 de octubre de 2019

STS 3113/2019, Sala de lo Contencioso, Sec. 3, de 4 de octubre de 2019

STS 1708/2019, Sala de lo Contencioso, Sec. 4ª, de 27 de mayo de 2019

STS 4393/2018, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 20 de diciembre de 2018

STS 4284/2018, Sala de lo Conseccioso, Sec. 6ª, de 18 de diciembre de 2018

STS 349/2017, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 3 de febrero de 2017

STS 4754/2016, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 7 de noviembre de 2016

STS 4506/2016, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 11 de octubre de 2016

STS 4221/2016, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 29 de septiembre de 2016

STS 66/2016, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 18 de enero de 2016

STS 112/2015, Sala de lo Contencioso, Sec. 3º, de 29 de enero de 2015

STS 5819/2013, Sala de lo Civil, Sec. 1, de 7 de noviembre de 2013

STS 2660/2013, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 29 de mayo de 2013

STS 1891/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 23 de marzo de 2012

STS 1093/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 29 de febrero de 2012

STS 665/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, 30 de enero de 2012

STS 7079/2011, Sala de lo Contencioso, Sec. 5ª, de 4 de noviembre de 2011

STS 5961/2010, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 17 de noviembre de 2010

STS 3821/2010, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 6 de julio de 2010

STS 2216/2010, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 12 de mayo de 2010

STS 7969/2009, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 4 de diciembre de 2009

STS 6868/2009, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 3 de noviembre de 2009

STS 6610/2008, Sala de lo Contencioso, Sec. 1., de 4 de noviembre de 2008

STS 2656/2008, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 6 mayo de 2008

STS 1666/2008, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 19 de marzo de 2008

STS 8331/2007, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 12 de diciembre de 2007

STS 4763/2007, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 19 de junio de 2007

STS 1051/2007, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, 27 de febrero de 2007

STS 7931/2006, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 20 de diciembre de 2006.

STS 6150/2006, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 10 de octubre de 2006

STS 3260/2006, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 18 de mayo de 2006

STS 3001/2006, Sala de lo Contencioso, Sec. 3, de 4 de abril de 2006

STS 943/2006, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 21 de febrero de 2006

STS 1449/2005, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 9 de marzo de 2005

STS 5383/2003, Sala de lo Civil, Sec. 1ª, de 27 de julio de 2003

STS 1519/2003, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 6 de marzo de 2003

STS 7688/2001, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 8 de octubre de 2001

STS 1774/2000, Sala de lo Contencioso, Sec. 3ª, de 6 de marzo de 2000.

STS 1419/1992, Sec. 1ª, Sala de lo Contencioso, de 22 de febrero de 1992

STS 12681/1991, Sala de lo Contencioso, Sec. 4ª, de 25 de octubre de 1991

Sentencias del Tribunal Constitucional

STC 71/2012, Sala Primera, de 16 de abril de 2012

STC 160/2008, Sala Primera, de 12 de diciembre de 2008

STC 109/2008, de 22 de septiembre de 2008

STC 63/2007, Sala Primera, de 27 marzo de 2007

STC 85/2006, Sala Primera, de 27 de marzo de 2006

STC 24/2004 (Pleno), de 24 febrero de 2004

STC 129/2003, Sala Segunda, de 30 de junio de 2003

STC 2/2003 (Pleno), de 16 de enero de 2003

STC 27/2001, Sala Primera, de 29 de enero de 2001

STC 208/1999, Pleno, de 11 de noviembre de 1999

STC 177/1999, Sala 1ª, de 11 de octubre de 1999

STC 50/1996, de 26 de marzo de 1996

STC 30/1996, de 26 de febrero de 1996

ATC 84/91, Sección Primera, de 11 de marzo de 1991

STC 104/1987, Sección Primera, de 17 de junio de 1987

STC 105/1983, Sección Segunda, de 23 de noviembre de 1983

STC 32/1983, Pleno, de 28 de abril de 1983

STC 12/1981, Sección Primera, de 10 de abril de 1981

Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 8ª, de 11 de julio de 2012

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 1703/2012, Sala de lo Contencioso, Sec. 1ª, de 29 de febrero de 2012

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 818/2010, Sala de lo Contencioso, de 14 de junio de 2010

DECISIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40436 – *Melia (Holiday Pricing),* de 21 de febrero de 2020.

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40127 – *Canned vegetables*, de 27 de septiembre de 2019.

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40436 – *Nike*, de 25 de marzo de 2019

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40411 – *Google Search (AdSense)*, de 20 de marzo de 2019.

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40023 – *Cross-border access to pay-TV*, de 7 de marzo de 2019.

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40481 – *Occupants Safety Systems II*, de 5 de marzo de 2019

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40428 – *Guess,* de 17 de diciembre de 2018.

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40461 – *DE/DK Interconnector*, de 7 de diciembre de 2018

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40181 – *Philips*, de 24 de julio de 2018

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40136 - *Capacitors*, de 21 de marzo de 2018.

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40009 – *Maritime Car Carriers*, de 21 de febrero de 2018

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39920 – *Braking systems*, de 21 de febrero de 2018

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40113– *Spark plugs*, de 21 de febrero de 2018

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39881 - *Occupant Safety Systems*, de 22 de noviembre de 2017.

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39740 - *Google Search (Shopping)*, de 27 de junio de 2017.

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40013 – *Lightning systems*, de 21 de junio de 2017

Decisión de la Comisión en el Expte. - AT.39780 - *Paper envelopes*, de 16 de junio de 2017.

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39258 – *Airfreight*, de 17 de marzo de 2017

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39960 - *Thermal systems*, de 8 de marzo de 2017

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40018 – *Car battery recycling*, de 8 de febrero de 2017

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39904 - *Rechargeable batteries*, de 12 de diciembre de 2016

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39824 - *Trucks*, de 16 de julio de 2016.

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39792 – *Steel abrasives*, de 25 de mayo de 2016

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40028 – *Alternators and Starters*, de 27 de enero de 2016.

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39639 - *Optical Disc Drives*, de 21 de octubre de 2015

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40098 - *Blocktrains*, de 15 de julio de 2015.

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39563 - *Retail Food Packaging*, de 24 de junio de 2015

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.40055 - *Parking heaters*, de 17 de junio de 2015.

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39924 - *Swiss Franc Interest Rate Derivatives*, de 21 de octubre de 2014

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39965 - *Mushrooms*, de 25 de junio de 2014

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39792 – *Steel Abrasives*, de 2 de abril de 2014

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39922 – *Bearings*, de 19 de marzo de 2014

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39952 – *Power Exchanges*, de 5 de marzo de 2014

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39398 - *Visa MIF*, de 26 de febrero de 2014

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39801 - *Polyurethane foam*, de 29 de enero de 2014

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39914 – *Euro Interest Rate Derivatives*, de 4 de diciembre de 2013

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39861 – *Yen Interest Rate Derivatives*, de 4 de diciembre de 2013

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39801 - *Polyurethane foam*, de 29 de enero de 2014

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39530 - *Microsoft – Tying*, de 6 de marzo de 2013

Decisión de la Comisión en el Expte. AT.39748 – *Automotive Wire Harnesses*, de 10 de julio de 2013

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39437 - TV and computer monitor tubes, de 5 de diciembre de 2012

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/139611 - *Water Management Products*, de 27 de junio de 2012

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39.452 - *Mountings for windows and window-doors*, de 28 de marzo de 2012

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39600 - *Refrigeration compressors*, de 7 de diciembre de 2011

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39.592 - *Standard & Poor's*, de 15 de noviembre de 2011

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39605 - *CRT glass bulbs*, de 19 de octubre de 2011

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39579 – *Consumer Detergents*, de 13 de abril de 2011

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39.309 - *LCD - Liquid Crystal Displays*, de 8 de diciembre de 2010

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38866 - *Animal Feed Phosphates*, de 20 de julio de 2010

Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/38.344 - *Prestressing steel*, de 30 de junio de 2010

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39.092 - *Bathroom fittings and fixtures*, de 23 de junio de 2010

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38511 - *DRAM*, de 19 de mayo de 2010

Decisión de la Comisión en el asunto COMP/38.589 - *Heat stabilisers*, de 22 de noviembre de 2009

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39.129 - *Power Transformers*, de 7 de octubre de 2009

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39.396 - *Calcium carbide*, de 22 de julio de 2009

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39406 - *Marine Hoses*, de 28 de enero de 2009

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39125 - *Car glass*, de 12 de noviembre de 2008

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39188 - *Bananas*, de 15 de octubre de 2008

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/39181 - *Candle Waxes*, de 1 de octubre de 2008

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38.695 - *Sodium Chlorate*, de 11 de junio de 2008

Decisión de la Comisión en el asunto COMP/38.543 - *International Removal Services*, de 11 de marzo de 2008

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38629 - *Chloroprene Rubber*, de 5 de diciembre de 2007

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38.432 - *Professional Videotape*, de 20 de noviembre de 2007

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38710 - *Bitumen Spain*, de 3 de octubre de 2007

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/E-1/39.168 - *Hard Haberdasher: Fasteners*, de 19 de septiembre de 2007

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/E-1/38.823, *PO/Elevators and Escalators*- de 21 de febrero de 2007

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38.899 - *Gas insulated switchgear*, de 24 de enero de 2007.

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F-1/38.121 - *Fittings*, de 20 de septiembre de 2006

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38.456 - *Bitumen*, de 13 de septiembre de 2006

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F/38.645 - *Methacrylates*, de 31 de mayo de 2006

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/F/C.38.620 - *Hydrogen Peroxide*, de 3 de mayo de 2006

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/E-2/37.857 – *Organic Peroxides*, de 20 de octubre de 2005

Decisión de la Comisión en el Expte. C/38.281/B2 – *Italian Raw Tobacco*, de 20 de octubre de 2005

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/E-1/37.773 – *MCAA*, de 19 de enero de 2005

Decisión de la Comisión en el Expte. C/38.238/B2 – *Spanish Raw Tobacco*, de 20 de octubre de 2004

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/38.549 – *Barême d'honoraires de l'Ordre des Architectes belges*, de 24 de junio de 2004

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/C.38.279/F3 - *Carnes de vacuno francesas*, de 2 de abril de 2003

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/35.587 - *Nintendo*, de 30 de octubre de 2002

Decisión de la Comisión en el Expte. IV/37.614/F3 - *PO/Interbrew and Alken-Maes*, de 5 de diciembre de 2001

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/37.512 - *Vitamins*, de 21 de noviembre de 2001

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/35.860 - *Seamless Steel Tubes*, de 8 de diciembre de 1999

Decisión de la Comisión en el Expte. IV/35.691/E-4 - *Pre-Insulated Pipes Cartel*, de 21 de octubre de 1998

Decisión de la Comisión en el Expte. COMP/35.814 - *Alloy surcharge*, de 21 de enero de 1998

JURISPRUDENCIA EUROPEA

Sentencias del Tribunal de Justicia

STJ (Sala Cuarta) de 3 de abril de 2019, asunto C-617/17, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie* [2019] RJE 0000

STJ (Sala Segunda) de 28 de marzo de 2019, asunto C-637/17 - *Cogeco Communications* [2019] RJE 0000

STJ (Sala Segunda) de 14 de marzo de 2019, asunto C-724/17 - *Skanska Industrial Solutions y otros* [2019] RJE 0000

STJ (Sala Cuarta) de 24 de octubre de 2018, asunto C-124/17 - *Vossloh Laeis* [2018] RJE 0000

STJ (Sala Novena) de 20 de septiembre de 2018, asunto C-373/17 P, *Agria Polska y otros v. Comisión* [2018] RJE 0000

STJ (Sala Segunda) de 25 de julio de 2018, asunto C-123/16 P, *Orange Polska v. Comisión* [2018] RJE 0000

STJ (Sala Sexta) de 13 de diciembre de 2017, asunto C-487/16 P, *Telefónica v. Comisión*, RJE [2017] RJE 0000

STJ (Sala Primera) de 27 de abril de 2017, asunto C-469/15 P, *FSL y otros v. Comisión* [2017] RJE 0000

STJ (Sala Sexta) de 26 de octubre de 2017, asunto C-454/16 P*, Global Steel Wire v. Comisión* [2017] RJE 0000

STJ (Sala Quinta) de 16 de junio de 2016, asunto C-155/14 P - *Evonik Degussa y AlzChem v. Comisión* [2016] RJE 0000

STJ (Sala Segunda) de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, *AC-Treuhand v. Comisión* [2015] RJE 0000

STJ (Sala Cuarta) de 19 de diciembre de 2013, asuntos acumulados C-239/11 P, C-489/11 P y C-498/11 P, *Siemens v. Comisión* [2013] RJE 0000

STJ (Sala Quinta) de 18 de julio de 2013, asunto C-501/11 P, *Schindler Holding y otros v. Comisión* [2013] RJE 0000

STJ (Sala Tercera) de 11 de julio de 2013, asunto C-440/11 P, *Comisión v. Stichting Administratiekantoor Portielje* [2013] RJE 0000

STJ (Sala Segunda) de 28 de febrero de 2013, asunto C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas* [2013] RJE 0000

STJ (Gran Sala) de 19 de julio de 2012, asuntos acumunaldos C-628/10 P y C-14/11 P, *Alliance One International Inc. y otros v. Comisión y Comisión v. Alliance y otros* [2012] RJE 0000

STJ (Gran Sala) de 14 de febrero de 2012, asunto C-17/10, *Toshiba Corporation y otros v. Comisión* [2012] RJE 0000

STJ (Sala Segunda) de 8 de diciembre de 2011, asunto C-389/10 P, *KME Germany y otros v. Comisión* [2011] RJE I-13125

STJ (Sala Segunda) de 29 de septiembre de 2011, asunto C-520/09 P, *Arkema SA v. Comisión* [2011] RJE I-8901

STJ (Sala Segunda) de 29 de septiembre de 2011, asunto C-521/09 P, *Elf Aquitaine SA v. Comisión* [2011] I-8947

STJ (Gran Sala) de 14 de junio de 2011, asunto C-360/09, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*, [2011] RJE I-05161

STJ (Gran Sala) de 29 de marzo de 2011, asunto C-352/09 P, *ThyssenKrupp Nirosta GmbH v. Comisión* [2011] RJE I-2359

STJ (Sala Primera) de 20 de enero de 2011, asunto C-90/09 P, *General Química SA y otros v. Comisión* [2011] RJE I-1

STJ (Sala Segunda) de 14 de octubre de 2010, asunto C-280/08 P, *Deutsche Telekom v. Comisión* [2010] RJE I-9555

STJ de 14 de septiembre de 2010, asunto C-550/07 P, *Akzo y Akcros Chemicals v. Comisión* [2010] RJE I-0000

STJ (Sala Segunda) de 17 de junio de 2010, asunto C-413/08 P, *Lafarge v. Comisión* [2010] RJE I-05361

STJ (Sala Segunda) de 24 de septiembre de 2009, asuntos acumulados C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P, *Erste Group Bank AG y otros v. Comisión* [2009] RJE I-8681

STJ (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2009, asunto C-97/08 P, *Akzo Nobel NV y otros v. Comisión* [2009] I-8237

STJ (Sala Tercera) de 3 de septiembre de 2009, asuntos acumulados C-322/07 P, C-327/07 P y C-338/07 P, Papierfabrik August Koehler y otros v. Comisión [2009] RJE I-07191

STJ (Sala Primera) de 9 de julio de 2009, asunto C-511/06 P, *Archer Daniels Midland v. Comisión* [2009] RJE I-05843

STJ (Sala Primera) de 19 de marzo de 2009, asunto C-510/06 P, *Archer Daniels Midland v. Comisión* [2009] RJE I-01843

STJ de 16 de diciembre de 2008, asunto C-127/07, *Arcelor Atlantique et Lorraine y otros v. Comisión* [2008] RJE I-9895

STJ (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007, asunto C-280/06, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato v. Ente tabacchi italiani – ETI SpA y otros v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato y otros* [2007] I-10893

STJ (Sala Segunda) de 8 de febrero de 2007, asunto C-3/06 P, *Groupe Danone v. Comisión* [2007] RJE I-01331

STJ (Sala Tercera) de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Manfredi* [2006] RJE I-06619

STJ (Gran Sala) de 11 de julio de 2006, asunto C-205/03 P, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) v. Comisión* [2006] RJE I-6295

STJ (Sala Segunda) de 29 de junio de 2006, asunto C-308/04 P, *SGL Cargbon AG v. Comisión* [2006] RJE I-5977

STJ (Sala Segunda) de 29 de junio de 2006, asunto C-289/04 P, *Showa Denko KK v. Comisión* [2006] RJE I-5859

STJ (Sala Primera) de 18 de mayo de 2006, asunto C-397/03 P, *Archer Daniels Midland y Archer Daniels Midland Ingredients v. Comisión* [2006] RJE I-04429

STJ de 10 de enero de 2006, asunto C-344/04, *IATA y ELFAA v. Comisión* [2006] RJE I-403

STJ (Gran Sala) de 28 de junio de 2005, asuntos acumulados C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P y C-213/02 P, *Dansk Rørindustri y otros v. Comisión* [2005] RJE I-5425

STJ (Gran Sala) de 31 de mayo de 2005, asunto C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) y otros v. GlaxoSmithKline plc y otros* [2005] ECR I-4609

STJ (Sala Quinta) de 7 de enero de 2004, asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S y otros v. Comisión* [2004] RJE I-123

STJ de 2 de octubre de 2003, asunto C-196/99 P, *Aristrain v. Comisión* [2003] RJE I-11005

STJ de 15 de octubre de 2002, asuntos acumulados C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-251/99 P, C-252/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros v. Comisión* [2002] RJE I-8375

STJ (Sala Quinta) de 30 de mayo de 2002, asunto C-516/99, *Schmid* [2002] ECR I-4573

STJ de 19 de febrero de 2002, asunto C-309/99 - *Wouters y otros*, [2002] RJE I-01577

STJ de 12 de julio de 2001, asunto C-189/01, *Jippes y otros v. Comisión* [2001] RJE I-5689

STJ de 14 de diciembre de 2000, asunto C-344/98, *Masterfoods Ltd. v. HB Ice Cream, Ltd*. [2000] RJE I-1136

STJ (Sala Quinta) de 16 de noviembre de 2000, asunto C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslags AB v. Comisión* [2000] RJE I-9925

STJ (Sala Sexta) de 8 de julio de 1999, asunto C-49/92 P, *Comisión v. Anic Partecipazioni SpA* [1999] RJE I-4125

STJ de 5 de mayo de 1998, asunto C-180/96, *Reino Unido v. Comisión* [1998] RJE I-2265

STJ de 5 de octubre de 1994, asunto C-280/1993, *Alemania v. Consejo* [1994] RJE I-4973

STJ de 19 de enero de 1994, asunto C-364/92, *SAT Fluggesellschaft v. Eurocontrol*, [1994] RJE I-00043

STJ de 21 de noviembre de 1991, asunto C-269/90, *Technische Universität München v. Hauptzollamt München-Mitte* [1991] RJE I-05469

STJ de 28 de febrero de 1991, asunto C-234/89, *Delimitis v. Henninger Braeu* [1991] RJE 935

STJ de 22 de junio de 1989, asunto 103/88, *Fratelli Costanzo v. Municipio de Milán* [1989] RJE 1839

STJ de 17 de enero de 1984, asuntos acumulados 43/82 y 63/82, *VBVB y VBBB v. Comisión* [1984] RJE 19

STJ de 7 de junio de 1983, asuntos acumulados 100 a 103/80, *Musique Diffusión française y otros v. Comisión* [1983] RJE 1825

STJ de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, *United Brands y otros v. Comisión* [1978] RJE 207

STJ de 16 de diciembre de 1975, asuntos acumulados 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114/73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA y otros v. Comisión* [1975] RJE 1663

STJ de 27 de marzo de 1974, asunto 127/73, *Belgische Radio en Televisie y otros v. SV SABAM y otros* [1974] RJE 313

STJ de 14 de julio de 1972, asunto 54/69, *Sa Francaise des Matières Colorantes v. Comisión* [1972] RJE 851

STJ de 14 de julio de 1972, asunto 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. ("ICI") v. Comisión* [1972] RJE 619

STJ 15 de julio de 1970, asunto 41/69, *Chemiefarma v. Comisión* [1970] RJE 661

Sentencias del Tribunal General

STG (Sala Tercera ampliada) de 24 de septiembre de 2019, asunto T-466/17, *Printeos, S.A., y otros v Comisión* [2019] RJE 0000

STG (Sala Segunda ampliada) de 24 de septiembre de 2019, asunto T-105/17, *HSBC Holdings y otros v. Comisión* [2019] RJE 0000

STG (Sala Octava) de 23 de mayo de 2019 (Extractos), asunto T-222/17, *Recylex y otros v. Comisión* [2019] RJE 0000

STG (Sala Tercera ampliada) de 12 de febrero de 2019, asunto T-201/17, *Printeos v. Comisión* [2019] RJE 0000

STG (Sala Séptima) de 6 de diciembre de 2018, asunto T-531/15, *Coveris Rigid France v. Comisión* [2018] RJE 0000

STG (Sala Quinta) de 18 de octubre de 2018, asunto T-640/16, *GEA Group v. Comisión* [2018] RJE 0000

STG (Sala Cuarta) de 26 de septiembre de 2018, asunto T-574/14, *EAEPC v. Comisión* [2018] RJE 0000

STG (Sala Segunda ampliada) de 10 de noviembre de 2017, asunto T-180/15, Icap y otros v. Comisión [2017] RJE 0000

STG (Sala Segunda) de 23 de octubre de 2017, asunto T-712/14, *CEAHR v. Comisión* [2017] RJE 0000.

STG (Sala Primera) de 16 de mayo de 2017, asunto T-480/15 - *Agria Polska y otros v. Comisión* [2017] RJE 0000

STG (Sala Segunda) de 28 de junio de 2016, asunto T-216/13, *Telefónica v. Comisión* [2016] RJE 0000

STG (Sala Sexta) de 2 de junio de 2016, asunto T-426/10, *Moreda-Riviere Trefilerías y otros v. Comisión* [2016] RJE 0000

STG (Sala Segunda) de 27 de marzo de 2014, asunto T-56/09, *Saint-Gobain Glass France y otros v. Comisión* [2014] RJE 0000

STG (Sala Tercera) de 12 de diciembre de 2012, asunto T-352/09, *Novácke chemické závody v. Comisión*, [2012] RJE 0000

STG (Sala Sexta) de 27 de septiembre de 2012, asunto T-370/06, *Kuwait Petroleum y otros v. Comisión* [2012] RJE 0000

STG (Sala Sexta) de 27 de septiembre de 2012, asunto T-343/06, *Shell Petroleum y otros v. Comisión* [2012] RJE 0000

STG (Sala Sexta) de 27 de septiembre de 2012, asunto T-347/06, *Nynäs Petroleum y otros v. Comisión* [2012] RJE 0000

STG (Sala Sexta) de 27 de septiembre de 2012, asunto T-82/08, *Guardian Industries y Guardian Europe v. Comisión* [2012] RJE 0000

STG (Sala Quinta) de 29 de junio de 2012, asunto T-370/09, *GDF Súez v. Comisión* [2012] RJE 0000

STG (Sala Quinta), de 29 de junio de 2012, asunto T-360/09, *E.On Ruhrgas y E.ON v. Comisión* [2012] RJE 0000

STG (Sala Quinta) de 29 de junio de 2012, asunto T-370/09, *GDF Súez v. Comisión* [2012] RJE 0000

STG (Sala Tercera) de 5 de junio de 2012, asunto T-214/06, *Imperial Chemical Insdustries v. Comisión* [2012] RJE 0000

STG (Sala Séptima) de 24 de mayo de 2012, asunto T-111/08, *MasterCard y otros v. Comisión* [2012] RJE 0000

STG (Sala Octava) de 29 de marzo de 2012, asunto T-336/07, *Telefónica, SA y Telefónica de España, SA contra Comisión Europea* [2012] RJE 0000

STG (Sala Octava) de 22 de marzo de 2012, asuntos acumulados T-458/09 y T-171/10, *Slovak Telekom v. Comisión* [2012] RJE 0000

STG (Sala Tercera) de 30 de noviembre de 2011, asunto T-208/06, *Quinn Barlo y otros v. Comisión* [2011] RJE II-07953

STG (Sala Segunda) de 25 de octubre de 2011, asunto T-349/08, *Uralita, SA v. Comisión* [2011] RJE II-373

STG (Sala Segunda) de 25 de octubre de 2011, asunto T-348/08, *Aragonesas Industrias y Energía v. Comisión* [2011] RJE II-07583

STG (Sala Cuarta) de 12 de octubre de 2011, asunto T-41/05, *Alliance One International Inc. v. Comisión* [2011] RJE II-7101

STG (Sala Tercera) de 5 de octubre de 2011, asunto T-39/06, *Transcatab SpA v. Comisión* [2011] RJE II-06831

STG (Sala Segunda) de 25 de octubre de 2011, asunto T-348/08, *Aragonesas Industrias y Energía, S.A.U. v. Comisión* [2011] RJE II-07583

STG (Sala Tercera) de 5 de octubre de 2011, asunto T-11/06, *Romana Tabacchi v. Comisión* [2011] RJE II-06681

STG (Sala Tercera) de 9 de septiembre de 2011, asunto T-25/06, *Alliance One International v. Comisión* [2011] RJE II-5741

STG (Sala Primera) de 13 de julio de 2011, asunto T-38/07, *Shell Petroleum y otros v. Comisión* [2011] RJE II-4383

STG (Sala Primera) de 13 de julio de 2011, asunto T-42/07, *Dow Chemical y otros v. Comisión* [2011] II-4531

STG (Sala Octava) de 13 de julio de 2011, asunto T-141/07, *General Technic-Otis v. Comisión* [2011] RJE II-000

STG (Sala Quinta) de 13 de julio de 2011, asunto T-45/07, *Unipetrol v. Comisión* [2011] RJE II-4629

STG (Sala Segunda) de 12 de julio de 2011, asunto T-132/07, *Fuji Electric Co. Ltd. v. Comisión* [2011] RJE II-4091

STG (Sala Segunda) de 12 de julio de 2011, asunto T-112/07, *Hitachi y otros v. Comisión* [2011] RJE II-03871

STG (Sala Octava) de 16 de junio de 2011, asunto T-211/08, *Putters International v. Comisión* [2011] RJE II-03729

STG (Sala Sexta) de 16 de junio de 2011, asunto T-235/07, *Bavaria NV v. Comisión* [2011] RJE II-3229

STG (Sala Octava) de 16 de junio de 2011, asuntos acumulados T-204/08 y T-212/08, *Team Relocations NV y otros v. Comisión* [2011] RJE II-3569

STG (Sala Octava) de 16 de junio de 2011, asunto T-199/08, *Ziegler v. Comisión* [2011] RJE II-03507

STG (Sala Sexta ampliada) de 16 de junio de 2011, asunto T-196/06, *Edison SpA v. Comisión* [2011] RJE II-3149

STG (Sala Sexta ampliada) de 16 de junio de 2011, asunto T-191/06, *FMC Foret, SA v. Comisión* [2011] RJE II-2959

STG (Sala Octava) de 16 de junio de 2011, asuntos acumulados T-208/08 y T-209/08, *Gosselin Group y Stichting Administratiekantoor Portielje v. Comisión* [2011] RJE II-03639

STG (Sala Sexta ampliada) de 16 de junio de 2011, asunto T-197/06, *FMC Corp. v. Comisión* [2011] RJE II-3179

STG (Sala Sexta ampliada) de 16 de junio de 2011, asunto T-185/06, *L'air liquide, société anonyme pour l'étude et l'exploitation des procédés Georges Claude ("L'Air Liquide") v. Comisión* [2011] RJE II-2809

STG (Sala Sexta ampliada) de 16 de junio de 2011, asunto T-194/06, *SNIA SpA v. Comisión* [2011] RJE II-3119

STG (Sala Segunda) de 17 de mayo de 2011, asunto T-343/08, *Arkema France v. Comisión* [2011] RJE II-2287

STG (Sala Segunda) de 17 de mayo de 2011, asunto T-299/08, *Elf Aquitaine SA v. Comisión* [2011] RJE II-2149

STG (Sala Octava) de 24 de marzo de 2011, asunto T-385/06, *Aalberts Industries y otros v. Comisión* [2011] RJE II-1223

STG (Sala Octava) de 24 de marzo de 2011, asunto T-377/06, Comap SA v. Comisión [2011] RJE II-01115

STG (Sala Octava) de 24 de marzo de 2011, asunto T-386/06, *Pegler Ltd. v. Comisión* [2011] II-1267

STG (Sala Octava) de 24 de marzo de 2011, asunto T-385/06, *Aalberts Industries NV y otros v. Comisión* [2011] RJE II-1223

STG (Sala Octava) de 24 de marzo de 2011, asunto T-384/06, *IBP y International Building Products France v. Comisión* [2011] RJE II-01177

STG (Segunda Sala) de 3 de marzo de 2011, asuntos acumulados T-117/07 y T-121/07, *Areva y otros y Alstom v. Comisión* [2011] RJE II-633

STG (Sala Segunda) de 3 de marzo de 2011, asuntos acumulados T-122/07 a T-124/07, *Siemens AG Österreich y otros v. Comisión* [2011] RJE II-793

STG (Sala Segunda) de 3 de marzo de 2011, asunto T-110/07, *Siemens v. Comisión* [2011] RJE II-00477

STG (Sala Octava) de 15 de diciembre de 2010, asunto T-141/08, *E.On Energie AG v. Comisión* [2010] RJE II-5761

STG (Sala Cuarta) de 26 de octubre de 2010, asunto T-23/09, *Conseil national de l'Ordre des pharmaciens (CNOP) y Conseil central de la section G de l'Ordre national des pharmaciens (CCG) v. Comisión* [2010] RJE II-5291

STG (Sala Sexta) de 13 de septiembre de 2010, asunto T-40/06, *Trioplast Industrier AB v. Comisión* [2010] RJE II-4893

STG (Sala Cuarta) de 8 de septiembre de 2010, asunto T-29/05, *Deltafina v. Comisión* [2010] RJE II-04077

STG (Sala Quinta) de 28 de abril de 2010, asunto T-452/05, *BST v. Comisión* [2010] RJE II-01373

STG (Sala Quinta) de 28 de abril de 2010, asunto T-446/05, *Amann & Söhne y Cousin Filterie v. Comisión* [2010] RJE II-01255

STG (Sala Segunda) de 12 de diciembre de 2007, asuntos acumulados T-101/05 y T-111/05, *BASF y UCB v. Comisión*, [2007] RJE II-04949

Sentencias del Tribunal de Primera Instancia

STPI (Sala Séptima) de 30 de septiembre de 2009, asunto T-161/05, *Hoechst GmbH v. Comisión* [2009] RJE 3555

STPI (Sala Quinta) de 1 de julio de 2009, asunto T-24/07, *ThyssenKrupp Stainless AG v. Comisión* [2009] RJE II-2309

STPI (Sala Octava) de 6 de mayo de 2009, asunto T-127/04, *KME Germany y otros v. Comisión* [2009] RJE II-01167

STPI (Sala Octava) de 6 de mayo de 2009, asunto T-122/04, *Outokumpu y Luvata v. Comisión* [2009] RJE II-01135

STPI (Sala Octava) de 30 de abril de 2009, asunto T-12/03, Itochu v. Comisión [2009] RJE II-00909

STPI (Sala Octava) de 30 de abril de 2009, asunto T-13/03, *Nintendo y Nintendo of Europe v. Comisión* [2009] RJE II-00975

STPI (Sala Séptima) de 31 de marzo de 2009, asunto T-405/06, *ArcelorMittal Luxembourg SA y otros v. Comisión* [2009] RJE II-789

STPI (Sala Quinta) de 8 de octubre de 2008, asunto T-73/04, Le Carbone-Lorraine v. Comisión [2008] RJE II-02661

STPI (Sala Tercera ampliada) de 8 de julio de 2008, asunto T-99/04, AC-Treuhand v. Comisión [2008] RJE II-01501

STPI (Sala Quinta) de 18 de junio de 2008, aunsto T-410/03, *Hoechst GmbH v. Comisión* [2008] RJE II-4451

STPI (Sala Segunda) de 12 de septiembre de 2007, asunto T-30/05, Prym y Prym Consumer v. Comisión [2007] RJE II-00107

STPI (Sala Quinta) de 26 de abril de 2007, asuntos acumulados T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 y T-136/02, *Bolloré v. Comisión* [2007] RJE II-00947

STPI (Sala Segunda) de 14 de diciembre de 2006, asuntos acumulados T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG y otros v. Comisión* [2006] RJE II-5169

STPI (Sala Primera) de 13 de diciembre de 2006, asuntos acumulados T-217/03 y T-245/03, *Fédération nationale de la cooperation bétail et viande (FNCBV) y otros v. Comisión* [2006] RJE II-4987

STPI (Sala Tercera) de 27 de septiembre de 2006, asunto T-329/01, *Archer Daniels Midland Co. v Comisión* [2006] RJE II-3255

STPI (Sala Cuarta) de 27 de septiembre de 2006, asuntos acumulados T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP, *Dresdener Bank AG y otros v. Comisión* [2006] RJE II-3567

STPI (Sala Primera) de 27 de septiembre de 2006, asunto T-204/03, *Haladjian Frères SA v. Comisión* [2006] RJE II-3779

STJ (Sala Primera) de 21 de septiembre de 2006, asunto C-105/04 P, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied v. Comisión* [2006] RJE I-08725

STPI (Sala Cuarta) de 15 de marzo de 2006, asunto T-15/02, *BASF v. Comisión* [2006] RJE II-00497

STPI (Sala Cuarta) de 15 de marzo de 2006, asunto T-26/02, *Daiichi Pharmaceutical v. Comisión* [2006] RJE II-00713

STPI (Sala Quinta) de 29 de noviembre de 2005, asunto T-62/02, *Union Pigments v. Comisión* [2005] RJE II-05057

STPI (Sala Quinta) de 25 de octubre de 2005, asunto T-38/02, *Groupe Danone v. Comisión* [2005] II-04407

STPI (Sala Segunda) de 29 de abril de 2004, asuntos acumulados T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 y T-252/01, Tokai Carbon v. Comisión [2004] RJE II-01181

STPI (Sala Tercera) de 30 de septiembre de 2003, asuntos acumulados T-191/98, T-212/98, T-213/98 a T-214/98, *Atlantic Container Line y otros v. Comisión* [2003] RJE II-03275

STPI (Sala Cuarta) de 9 de julio de 2003, asunto T-220/00, *Cheil Jedang Corporation v. Comisión* [2003] RJE II-02473

STPI (Sala Cuarta) de 20 de marzo de 2002, asunto T-16/99, Lögstör Rör v. Comisión [2002] RJE II-01633

STPI (Sala Cuarta) de 20 de marzo de 2002, asunto T-9/99, *HFB y otros v. Comisión* [2002] RJE II-01487

STPI (Sala Cuarta) de 20 de marzo de 2002, asunto T-23/99, *LR AF 1998 v. Comisión* [2002] RJE II-01705

STPI (Sala Segunda ampliada) de 11 de marzo de 1999, asunto T-134/94, *NMH Stahlwerke GmbH v. Comisión* [1999] RJE 0000

STPI de 14 de mayo de 1998, asunto T-304/94, *Europa Carton v. Comisión* [1998] RJE II-869

STPI (Sala Tercera ampliada) de 14 de mayo de 1998, asunto T-317/94, *Weig v. Comisión* [1998] RJE II-01235

STPI (Sala Tercera ampliada) de 14 de mayo de 1998, asunto T-308/94, *Cascades v. Comisión* [1998] RJE II-00925

STPI de 10 de marzo de 1992, asunto T-12/89, *Solvay v. Comisión* [1992] RJE II-907

STPI (Sala Primera) de 10 de marzo de 1992, asunto T-11/89, *Shell International Chemical Company Ltd v. Comisión* [1992] RJE 757

STPI (Sala Primera) de 24 de enero de 1992, asunto T-44/90, *La Cinq v. Comisión* [1992] RJE II-00001

STPI (Sala Primera) de 17 de diciembre de 1991, asunto T-6/89, *Enichem Anic SpA v. Comisión* [1991] RJE II-1623

CONCLUSIONES DE LOS ABOGADOS GENERALES

Conclusiones de la AG Kokott, presentadas el 6 de septiembre de 2012, asunto C-226/11, *Expedia v. Autorité de la concurrence y otros*

Conclusiones del AG Bot enviada el 21 de junio de 2012, en el asunto C-89/11, *E.ON Energie AG v Comisión*

Conclusiones de la AG Kokott, presentadas el 12 de enero de 2012, asuntos acumulados C-628/10 P y C-14/11 P, *Alliance One International y Standard Commercial Tobacco v Comisión*

Conclusiones de la AG Kokott, presentadas el 14 de abril de 2011, asunto C-110/10 P, *Solvay v. Comisión*

Conclusiones del AG Mazák, presentadas el 14 de septiembre de 2010, asunto C-90/09 P, *General Química SA y otros v. Comisión*, apartado 30; STJ (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2009, asunto C-97/08 P, *Akzo Nobel NV y otros v. Comisión* [2009] I-8237

Conclusiones del AG Mazák enviadas el 11 de febrero de 2010, en el asunto C-413/08 P, *Lafarge SA v Comisión*

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH (Gran Sala) de 17 de diciembre de 2004, *Pedersen y Baadsgaard v. Dinamarca*, nº 49017/99, [2004] XI, **http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-67818**

STEDH de 22 de mayo de 1998, *Hozee v. Países Bajos*, nº 81/1997/865/1076,[1998] III, **http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58170**

STEDH de 15 de julio de 1982, Eckle v. Alemania, nº 8130/78, [1982] A51, **http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57476**

STEDH de 28 de junio de 1978, *König v. Alemania*, nº 6232/73, [1978] A27, **http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57512**

STEDH de 16 de Julio de 1971, *Ringeisen v. Austria*, nº 2614/65, [1971] A-13, **http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57565**