

GRADO EN DERECHO

2017-2018

SANCIONES ADMINISTRATIVAS
PARA COMBATIR LAS
RESTRICCIONES DE
COMPETENCIA EN ESPAÑA

Trabajo realizado por **Ane Gómez Urrosolo**

Trabajo dirigido por **Edorta Cobreros Mendazona**

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
1. <i>SANCIONES ADMINISTRATIVAS: CONCEPTO, DERECHO COMPARADO Y DESARROLLO HISTÓRICO</i>	4
2. <i>PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....</i>	8
A. Principio de legalidad.....	9
B. Principio de tipicidad.....	11
C. Culpabilidad.....	12
D. Proporcionalidad.....	13
E. Derecho a la presunción de inocencia	14
F. Prescripción	15
3. <i>CONCLUSIONES</i>	15
2. PARTE GENERAL: DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	17
1. <i>LIBERTAD DE EMPRESA Y LIBRE COMPETENCIA.....</i>	17
2. <i>ORIGEN DEL DERECHO “ANTITRUST”</i>	20
3. <i>TIPOS DE CONDUCTA SUSCEPTIBLES DE RESTRINGIR LA COMPETENCIA.....</i>	23
A. Prácticas colusorias	24
B. Abuso de posición dominante.....	25
C. Control de concentraciones.....	28
D. Ayudas Públicas.....	29
3. PARTE ESPECIAL: SANCIONES ADMINISTRATIVAS RELATIVAS A INFRACCIONES ANTITRUST	30
1. <i>LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS COMO MECANISMO PUNITIVO EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.....</i>	30
2. <i>OBJETIVOS DE LAS SANCIONES CONTRA RESTRICCIONES DE LA COMPETENCIA.....</i>	31
3. <i>EL RÉGIMEN SANCIONADOR DE LA LDC.....</i>	33
A. Sanciones	34
B. Criterios para la determinación del importe de las sanciones.....	38

C.	Comunicación sobre la cuantificación de sanciones de la CNC.....	43
D.	Multas coercitivas	45
E.	Exención del pago de la multa y reducción de su importe	46
4.	CONCLUSIONES.....	49
5.	BIBLIOGRAFÍA.....	52

1. INTRODUCCIÓN

En una sociedad marcadamente comercial y mercantilizada en la cual las empresas llegan a alcanzar cotas de influencia excesivas, los competidores de menor poder y los consumidores se hallan aparentemente indefensos ante las prácticas deshonestas de los actores de mayor tamaño que, mediante pactos con otras compañías o ejerciendo un excesivo uso de su dominio, restringen la libre competencia en el mercado. A tal efecto, se ha desarrollado toda una rama del Derecho, denominado Derecho de la Competencia o de Defensa de la Competencia, que persigue fomentar la competencia, garantizando la libertad de elección y la igualdad de oportunidades. El presente trabajo tiene como objeto de estudio las sanciones administrativas en materia del Derecho de la competencia en el marco estatal.

Varios son los factores conducentes a que me haya decantado por este tema: primeramente, la creciente magnitud y repercusión de los casos de restricción de la libre competencia. Puede afirmarse que, en comparación con otras ramas, el Derecho de la competencia tiene un nacimiento relativamente reciente. Ello no ha sido impedimento, sin embargo, para que se establezcan, en su virtud, multas millonarias a empresas de diversos campos y dimensiones. En segundo lugar, el fin de esta especialidad del Derecho de controlar los monopolios y proteger a los consumidores no sólo me es atractivo, sino que también me afecta: todo consumidor puede ser víctima de la imposición de unos precios excesivamente elevados, por culpa de prácticas restrictivas de competencia. Al ser estas prácticas poco transparentes y aparentemente ajenas a la realidad del usuario, damos por sentado que todo precio que el mercado imponga es, de alguna manera, justo. A través de la realización de este trabajo, he podido constatar que la justicia está dotada de mecanismos que van más allá de la resolución de casos concretos, y consiguen defender a los consumidores en general. En tercer lugar, el hecho de que se trate un tema que, *per se*, no haya tocado en mi formación jurídica. Siguiendo, porque su realización no pasa tanto por un profundo análisis teórico sobre los cimientos o los principios del Derecho, sino más bien por una exploración práctica del mismo. En último lugar, porque une, de cierta manera, el Derecho Mercantil y el Derecho Administrativo, lo cual lo convierte en un asunto doblemente interesante.

Se ha estructurado el trabajo en tres bloques principales: en el primero, se realiza una introducción general a las sanciones administrativas, ahondando en su desarrollo histórico y en sus principios rectores. En el segundo, se efectúa una primera aproximación al Derecho de la competencia, a fin de dar contexto a la tercera parte, más específica; se esclarecen los términos de libre competencia y libertad de empresa, se comenta el origen del Derecho *antitrust* y se explican las conductas restrictivas de tal Derecho. En la tercera parte se habla sobre las sanciones administrativas en este marco, donde principalmente se analizan las sanciones y los procedimientos de determinación de las sanciones. Finalmente, se abre paso a las conclusiones.

1. SANCIONES ADMINISTRATIVAS: CONCEPTO, DERECHO COMPARADO Y DESARROLLO HISTÓRICO

Para definir las sanciones administrativas es necesario delimitar, primeramente, el significado del concepto de “sanción”. GARCÍA DE ENTERRÍA entiende por sanción “un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal”¹. Va más allá SUAY, al precisar que “el mal ha de resultar de un procedimiento sancionador y ha de tener una finalidad puramente represora”². Este mal se traducirá en la privación de un bien o de un derecho; o en la imposición de una obligación de pago de una multa.

Tradicionalmente, el *ius puniendi* del Estado ha sido llevado a cabo mayormente mediante el Derecho penal, mas la importancia de la vía sancionadora de la Administración ha ido en aumento, y en el sistema contemporáneo es impensable que la Administración no cuente con potestad para imponer sanciones. Dentro del espectro del Derecho comparado, se reconoce que tal potestad tiene en España un alcance mayor que en otros países occidentales. Atribuye BAJO FERNÁNDEZ este poder que califica de

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2017). Curso de Derecho Administrativo I (18ª ed.). Madrid, España: Civitas

² SUAY, José (1989). Sanciones Administrativas. Bolonia, Italia: Real Colegio de España

excesivo a cuestiones históricas de gran complejidad, añadiendo que “enlaza con una tradicional desconfianza respecto de la Administración de Justicia en el ámbito político y con la responsabilidad que la Administración tiene en sectores públicos y en defensa de los intereses colectivos”³. Encontramos, por un lado, a los ordenamientos que rechazan por completo la posibilidad de que la Administración pueda imponer sanciones, como son el sistema anglosajón, respondiendo al sistema jurisprudencial que lo caracteriza; o el francés, en el que “los jueces y Tribunales monopolizan la punición de las conductas, cuando éstas afectan a la legislación administrativa, a través de los Tribunales de policía dentro de la justicia penal o del llamado contencioso de represión en la Jurisdicción administrativa”⁴. Por otro lado, en países como Alemania, Italia y Portugal se ha dado el fenómeno de la despenalización; *ergo*, una gran cantidad de conductas ilícitas anteriormente castigadas por el sistema penal han mutado a infracciones administrativas, cuyas sanciones impone la Administración. Ello ha aliviado a la Justicia Penal, al disminuir el espectro de asuntos que ha de atender. Todo esto hace que la legislación española se halle en concordancia con varios ordenamientos jurídicos contemporáneos y que no se encuentre aislada a la hora de romper con la atribución absoluta del *ius puniendi* del Estado a jueces y Tribunales. Puede decirse, en general, que el derecho comparado “se orienta quizá irreversiblemente a proveer a la administración pública de potestades punitivas, cada vez con mayor amplitud”⁵.

Para descifrar los motivos del poder sancionador de la Administración en España resulta imprescindible atender a su desarrollo histórico. Esta facultad halla origen en los poderes de policía: remontándonos a principios del siglo XIX, encontramos el Decreto de las Cortes de Cádiz de 23 de junio de 1813, que en el Capítulo III, artículo 1º establece lo siguiente: “Estando el gobierno político de cada provincia (...) a cargo del Gefe superior político nombrado por el Rey en cada una de ellas, reside en él la superior autoridad dentro de la provincia (...). No sólo podrá ejecutar gubernativamente las penas impuestas

³ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (2002). Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Madrid, España: Civitas

⁴ PARADA, Ramón (2012). Derecho administrativo I, Parte general (18ª ed.). Madrid, España: Marcial Pons

⁵ OLIVA, Roberto (2013). Aplicación de garantías de orden penal en el Derecho sancionador. Ciudad de México, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

por las leyes de policía y bandos de buen gobierno, sino que tendrá facultad para imponer y exigir multas a los que desobedezcan o le falten al respeto, y a los que turben el orden o sosiego público”⁶. Puede constatarse así que la función punitiva del Estado caía, en parte, en la Administración. Otra manifestación de este fenómeno la encontramos en el Decreto XLV de 3 de febrero de 1823 para el Gobierno económico-político de las provincias, cuyo artículo 80 dicta que “los ayuntamientos tienen la facultad de imponer multas proporcionadas que no pasen de 500 reales en los asuntos correspondientes a sus atribuciones, no siendo por culpas y delitos por los cuales se deba formar causa por tener una pena señalada terminantemente en el Código Penal”⁷. Llega una triple confirmación de la potestad de la Administración en esta materia con el Real Decreto-Sentencia de 31 de octubre de 1846, del Consejo de Estado, donde “se sostiene la tesis de la independencia del poder sancionador administrativo, en función de que ‘la actividad de la Administración debe ser libre y desembarazada, sin perjuicio de la responsabilidad de sus agentes’”. Esta facultad se redobla durante los siglos XIX y XX, respondiendo a una cada vez mayor intervención administrativa en los aspectos sociales y económicos de España, alcanzando significativa trascendencia durante la dictadura de Primo de Rivera; cuando “el poder punitivo de la Administración se afirma, en términos absolutos, sin limitaciones, en el Real Decreto-Ley de 18 de mayo de 1929: ‘en materias administrativas y disciplinarias, el Gobierno usará de facultades discrecionales en la adopción de medidas, imposición de sanciones, sin otro límite que el que señalan las circunstancias y el bien del país y lo inspire su rectitud y patriotismo. Sobre tales determinaciones del poder público, a partir del 13 de septiembre de 1923, no se admitirá ni tramitará otro recurso que el elevado al propio Consejo de Ministros, cuya resolución será inapelable’”⁸. Mientras que en otros países se empieza a regular el derecho administrativo sancionador de manera más estructurada, en España la dictadura de Franco impide que tal ordenación pueda llevarse a cabo. Bajo el régimen autoritario preconstitucional, la Administración impone sanciones en diversos ámbitos, haciendo un uso excesivo de esta facultad y

⁶ Decreto CCLXIX, de 23 de junio de 1813. Instrucción para el gobierno económico-político de las provincias. Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes

⁷ Decreto XLV de 3 de febrero de 1823: Ley para el Gobierno económico-político de las provincias. Biblioteca Virtual del Patrimonio Bibliográfico

⁸ PARADA, Ramón. *Op.cit.*

extendiéndose del tradicional marco de los poderes de policía. La finalidad de las sanciones no es ya únicamente la de mantener el orden público o dar estabilidad al sistema social y económico, sino que muchas veces tienen como propósito la opresión del ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas⁹.

La constitución de 1978 regula la potestad sancionadora de la Administración, estableciendo limitaciones y principios a su ejercicio. La legitimación constitucional más clara de esta potestad la ofrece el artículo 25 CE, que dicta en su apartado primero que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. Añade, en su apartado tercero, que “la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”, admitiendo su potestad para imponer otro tipo de sanciones. Reconoce este artículo la existencia de una dualidad de sistemas represivos en el Derecho español: la vía penal, ejercida a través de Jueces y Tribunales, y la vía administrativa, ejercida por distintos órganos administrativos. Por otra parte, la legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración encuentra también apoyo en el artículo 45.3 CE, relativo al medio ambiente, puesto que éste dispone, para quienes violen lo regulado en la legislación medioambiental, el establecimiento de “sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”; confirmando así explícitamente la existencia de sanciones administrativas.

En el plano jurisprudencial, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 77/1983 reafirma la dualidad de vertientes del *ius puniendi* del Estado, dando, además, las razones que llevan a que éste sea el sistema óptimo, así como limitando el poder sancionador de la Administración. Resuelve el Tribunal Constitucional lo siguiente:

No cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las

⁹ SÁNCHEZ-MORÓN, Miguel (2017). Derecho Administrativo: parte general (13ª edición). Madrid, España: Tecnos

actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados. Siguiendo esta línea, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el art. 25, apartado 3º, aunque, como es obvio, sometiéndole a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos¹⁰.

Esta sentencia prohíbe a la Administración imponer sanciones que conlleven privación de libertad y subraya que los límites de ésta dimanen del principio de legalidad.

2. PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Es una teoría ampliamente aceptada por la doctrina y reconocida por la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo¹¹ y como del Constitucional que los principios generales del Derecho penal son de aplicación al Derecho sancionador. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 18/1981, de 8 de junio, advierte que “los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado”¹², admitiendo expresamente la existencia de esos matices. Esta

¹⁰ STC 77/1983 de 3 de octubre (F. 2º)

¹¹ El Tribunal Supremo sostiene en su sentencia de 9 de junio de 1986 (RJ 3132/1986) que “el derecho sancionador y disciplinario administrativo que regula en definitiva la potestad punitiva del Estado, o del resto de los Entes Públicos, debe estar sujeto a los mismos principios valorativos e interpretativos que presiden el Derecho Penal, de modo que en garantía del interés público, del administrado y funcionario, ambos Derechos a pesar de sus matices se supeditan a unos criterios técnicos jurídicos comunes y unitarios” (ant. de hecho 4). Asimismo, el Tribunal ha sostenido en su STS de 4 de noviembre de 1980 (RJ 2133/1980) que el poder sancionador de la Administración se rige por los mismos principios del orden penal clásico (cdo. 1). Este Tribunal también ha admitido, en la STS de 16 de diciembre de 1986 (RJ 14118/1986) que “la potestad sancionadora de la Administración, dentro de la función de policía en el sentido clásico de la palabra, ofrece un entorno intrínsecamente penal” (F. 1)

¹² STC 18/1981 de 8 de junio (F. 2º)

afirmación es respaldada por el Tribunal Supremo¹³. La STS de 18 de febrero de 1981 afirma que la potestad sancionadora general debe estar sometida “a los mismos principios rectores de las leyes penales ordinarias”¹⁴. El Tribunal Constitucional declara en su STC 77/1983 de 3 de octubre de 1983 la existencia de “unos límites de la potestad sancionadora de la Administración, que de manera directa se encuentran contemplados por el art. 25 de la Constitución y que dimanen del principio de legalidad de las infracciones y de las sanciones”¹⁵. La aplicación de los principios penales al derecho sancionador no es, sin embargo, automática; al no ser la infracción “una realidad ontológicamente idéntica al delito”¹⁶. Afirma el Tribunal Constitucional en la sentencia 76/1990 que “la recepción de los principios constitucionales del orden penal por el Derecho administrativo sancionador no puede hacerse mecánicamente y sin matices, esto es, sin ponderar los aspectos que diferencian a uno y otro sector del ordenamiento jurídico”¹⁷. La Ley del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) dedica el Capítulo III de su Título Preliminar a los principios de la potestad sancionadora¹⁸.

A. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Está ligado al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, como puede desprenderse del artículo 25.1 CE, que dicta que un acto no podrá estar sancionado si no existe con anterioridad una ley que especifique que dicho acto constituye una infracción.

¹³ En la STS de 8 de abril de 1981 (RJ 2308/1981) se prohíbe la analogía al procedimiento administrativo sancionador del procedimiento penal (cdo. 3º)

¹⁴ STS de 18 de febrero de 1981 (RJ 473/1981) (cdo. 2º)

¹⁵ STC 77/1983 de 3 de octubre (F. 2º)

¹⁶ GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago (2008). Tratado de Derecho Administrativo (1ª ed.). Pamplona, España: Civitas

¹⁷ STC 76/1990 de 26 de abril (F. 4º)

¹⁸ Ley 40/2015, de 1 de octubre de 2015, del Régimen Jurídico del Sector Público

Tanto el Tribunal Supremo¹⁹ como el Constitucional²⁰ han avalado la existencia de este principio. Entiende este último en la STC 42/1987 que dicho principio implica una doble garantía:

El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término «legislación vigente» contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora.

En lo respectivo a la garantía material, puede afirmarse con certeza, partiendo del artículo 25.1, que es necesario que las infracciones estén tipificadas y las sanciones previstas “en una norma jurídica que reúna las condiciones de *lex scripta*, *lex previa* y *lex certa*”²¹. Además, la LRJSP indica en su artículo 25.1 que “la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley”, concluyendo así que el requerimiento de la norma previa y cierta va más allá de la tipificación de infracciones y sanciones, extendiéndose a otros aspectos del régimen sancionador.

En cuanto a la garantía formal, supone una mayor problemática: difiere del Derecho penal, puesto que en éste rige una reserva absoluta de ley orgánica. En el Derecho sancionador, en cambio, se ha reconocido jurisprudencialmente que no es posible que la exigencia de la reserva de ley sea tan rígida. Es admitido, por lo tanto, que la reserva de ley recogida por la constitución contempla también la remisión de ciertos

¹⁹ Se afirma en la STS del 10 de noviembre de 1980 (RJ 2128/1980) que el principio de legalidad es “informante de todo ordenamiento sancionador, bien sea de naturaleza penal o el que regula el ilícito administrativo” (cdo. 4º)

²⁰ El Tribunal Constitucional indicó en la STC 29/1989 de 6 de febrero que las sanciones administrativas indeterminadas resultan “incompatibles con el alcance material del principio de legalidad enunciado en el art. 25.1 de la Constitución” (F. 3º)

²¹ SÁNCHEZ-MORÓN, Miguel. *Op.cit.*

aspectos al reglamento. Por norma general, la ley habilitante tendrá un contenido material propio referente a la tipificación de los ilícitos administrativos y sus consecuencias sancionadoras. No se permite, por lo tanto, la creación reglamentaria *ex novo* de tipos de infracción que no estén previstos por la ley²². Las aportaciones de los reglamentos, por lo tanto, se ceñirán a delimitar la definición de tipos legales, concretar su significado o complementar espacios que se hallen insuficientemente aclarados por la ley. Esta teoría ha sido finalmente recogida en el artículo 27.3 LRJSP, que dispone que “las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes”. Esta regla general tendrá, sin embargo, ciertas excepciones: no será necesariamente de aplicación a la tipificación de infracciones y sanciones recogidas por normas reglamentarias preconstitucionales (en base al principio *tempus regit actum*), ni a las relaciones de sujeción especial, ni a estatutos o códigos deontológicos de colegios profesionales.

B. PRINCIPIO DE TIPICIDAD

Consiste, según NIETO, en la “exigencia de los textos en que se manifiestan las normas sancionadoras que describan con suficiente precisión las conductas que se amenazan con una sanción, así como estas mismas sanciones”²³. GARCÍA DE ENTERRÍA, por su parte, lo define como la “descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa²⁴”. Supone, por lo tanto, una descripción

²² STC 85/1985 de 16 de julio: “No podría una norma reglamentaria introducir *ex novo*, sin mediación legislativa, bases para la normación autonómica, y también porque, en todo caso, la disposición reglamentaria estatal quebrantaría el principio de legalidad en materia sancionadora reconocido por el art. 25.1” CE. (F. 7º)

²³ NIETO, Alejandro (2005). Derecho Administrativo Sancionador (4ª ed.). Madrid, España: Tecnos

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Op.cit.*

precisa y exacta de la ilícita conducta a la que la administración adjudica una sanción²⁵. El principio de tipicidad elimina además la posibilidad de la interpretación analógica, teoría recogida no sólo por la jurisprudencia²⁶, sino también por la LRJSP en su artículo 27.4²⁷.

C. CULPABILIDAD

Este principio requiere que el hecho constitutivo de la infracción se consuma, habiendo su autor actuado con dolo o culpa. No es suficiente, por lo tanto, con la sola perpetración e imputación de la acción antijurídica. La LJSP dispone en su artículo 28.1

²⁵ STC 61/1990 de 29 de marzo impone “la exigencia material absoluta de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes (...) exigencia que... afecta a la tipificación de las infracciones, a la graduación o escala de las sanciones y a la correlación entre unas y otras, de tal modo que... el conjunto de las normas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción susceptible de ser impuesta” (F. 9º)

²⁶ STC 75/1984 de 27 de junio: “El derecho de no ser condenados por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito o falta según la legislación vigente (...), que es garantía de la libertad de los ciudadanos, no tolera... la aplicación analógica in peius de las normas penales o, dicho en otros términos, exige su aplicación rigurosa, de manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que reúnen todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles (F. 5º)

STC 111/2004 de 12 de julio: “Cuando... la ausencia o insuficiencia de motivación revelen una aplicación extensiva o analógica de la norma sancionadora, con la consecuente falta de un fundamento jurídico cognoscible para la sanción, aquella ausencia o insuficiencia deja de ser una infracción formal reparable con una nueva para convertirse en una vulneración del art. 25.1 CE, sólo reparable con la anulación definitiva de la sanción” (F. 6º)

STC 229/2007 de 10 de noviembre: “En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, (los órganos judiciales) se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley penal y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía in malam partem, es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan” (F. 4º)

STC 2/2015 de 19 de enero (F. 8º)

STS de 5 de junio de 1998 (RJ 3699/1998): “Resulta inadmisibles que, aplicando la analogía o los principios generales del derecho, sean los órganos del Poder Judicial los que, sustituyendo al legislador, regulen la posible responsabilidad derivada de la aplicación de las leyes, mediante una elaboración jurisprudencial que carece de cualquier antecedente legislativo” (F. 3º)

STS de 20 de marzo de 2007 (RJ 2825/2007) (F. 3º)

²⁷ Art. 27.4 LRJSP: Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica

que “sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas... que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa”. Ello se fundamenta en que las sanciones administrativas buscan castigar bien el daño causado intencionadamente, bien el daño causado en descuido o negligencia del autor del ilícito. Carecería de sentido, por lo tanto, reprimir comportamientos en los que falte el elemento de culpabilidad. El Tribunal Constitucional se pronunció al respecto en la STC 76/1990, afirmando que rige “el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente”²⁸.

D. PROPORCIONALIDAD

Busca una fiel correspondencia entre el hecho constitutivo de infracción y su correspondiente sanción. Opina CHAVES que va más allá de ser un principio general de derecho, siendo un principio universal, pues configura la esencia del derecho latente en la definición de Ulpiano: “dar a cada uno lo suyo”²⁹. Ya la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dispuso en su artículo 8 la exigencia de “establecer penas estricta y evidentemente necesarias”. La trascendencia de este principio es reiteradamente manifestada por el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su STC 49/1999, que indica que el Tribunal ha consagrado “el principio de proporcionalidad como un principio general que puede inferirse a través de diversos preceptos constitucionales... y que, en el ámbito de los derechos fundamentales constituye una regla de interpretación que... se erige en límite de toda injerencia estatal en los mismos, incorporando, incluso frente a la ley, exigencias positivas y negativas”³⁰. La

²⁸ STC 76/1990 de 26 de abril (F. 4º)

²⁹ CHAVES GARCÍA, José Ramón (25 de mayo de 2017). El discreto principio de proporcionalidad. Online

³⁰ STC 49/1999 de 5 de abril (F. 7º)

jurisprudencia constitucional³¹ como la del Tribunal Supremo³² han avalado la exigencia de este principio en reiteradas ocasiones poniendo de manifiesto la importancia del mismo.

Aparece regulado en nuestro ordenamiento por la LRJSP en su artículo 29, que indica en su apartado tercero que “se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción”. El mismo precepto ofrece algunos criterios de graduación de la pena: el grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad, la continuidad o persistencia de la conducta infractora, la naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.

E. DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Recoge este derecho la Constitución en su artículo 24.2³³, así como en el artículo 53.2.b de la LSP³⁴. Se pronuncia al respecto de una forma muy instructiva el Tribunal Constitucional en la sentencia 13/1982, al afirmar que “el derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base

³¹ STC 139/1999 de 22 de julio (F. 2º)

³² STS del 10 de junio de 1981 (RJ 962/1981) (cdo. 5º)

³³ Constitución Española, art. 24.2: todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

³⁴ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, art. 53.2.b: “En el caso de procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora, los presuntos responsables tendrán derecho... a la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario”

en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos”³⁵.

F. PRESCRIPCIÓN

El régimen de prescripción de las sanciones administrativas viene recogido en el artículo 30 de la LSP, que dispone que “las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan. Si éstas no fijan plazos de prescripción, las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año”. En relación a las infracciones, indica este precepto que su plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido; y que interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, de un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora, reiniciándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable. En cuanto a las sanciones, comenzarán a contarse desde el día siguiente a aquel en que sea ejecutable la resolución por la que se impone la sanción o haya transcurrido el plazo para recurrirla; e interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor.

3. CONCLUSIONES

Las sanciones administrativas son el mecanismo más recurrido a la hora de castigar infracciones cometidas en el ámbito del derecho de la competencia. Si bien, como

³⁵ STC 13/1982 de 1 de abril (F. 2º)

en todos los campos, cada uno de los principios del derecho administrativo sancionador ha de ser tenido en cuenta y respetado, parece haber cierta dificultad a la hora de cumplir esta exigencia en el caso del principio de proporcionalidad, como se analizará más adelante.

No es esta una afirmación baladí: encuentra fundamento en la gran cantidad de ocasiones en los que los tribunales han fallado a favor de las empresas que han recurrido las resoluciones emitidas por las autoridades de competencia, basándose en que el principio de proporcionalidad no ha sido respetado³⁶.

No obstante, los esfuerzos por imponer unas penas que cumplan con todos los principios sancionadores son cada vez más palpables y eficaces.

³⁶ STS 112/2015 de 29 de enero (RJ 112/2015), por ejemplo

2. PARTE GENERAL: DERECHO DE LA COMPETENCIA

1. LIBERTAD DE EMPRESA Y LIBRE COMPETENCIA

El derecho a la libre iniciativa económica o libertad de empresa viene constitucionalmente recogido en el artículo 38³⁷: no sólo proclama la norma suprema tal derecho, sino que también confiere a los poderes públicos su control, suponiendo la intervención estatal en la economía y en la planificación de la actividad económica, y requiriendo que los recursos de la sociedad sean asignados de una forma descentralizada. El derecho a la libertad de empresa puede definirse como “la plena libertad de los ciudadanos para realizar actividades económicas en el mercado ofreciendo bienes o servicios, incluyendo la posibilidad de hacerlo de forma organizada y habitual mediante la constitución de una empresa en cualquiera de las formas jurídicas admitidas por el ordenamiento jurídico, dirigirla mediante sus propios criterios y extinguirla o disolverla cuando lo considere oportuno para sus intereses”³⁸. Implica, por un lado, un límite positivo: el derecho a competir en el mercado mediante la realización de actividades económicas; y, por otro, un límite negativo: el deber de permitir que los demás actores económicos compitan en dicho mercado de forma honesta. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre este derecho³⁹, siendo especialmente ilustrativa la STC 96/2002, en la cual se indica lo siguiente:

³⁷ Art. 38 CE: Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

³⁸ CARBAJO CASCÓN, Fernando (2017). Manual práctico de Derecho de la Competencia. Valencia, España: Tirant lo Blanch

³⁹ STC 225/1993 de 8 de julio: “Si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial “en libertad”, ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada,

Con relación a la libertad de empresa hay que recordar que el art. 38 del Texto constitucional dispone que los poderes públicos garantizan el ejercicio de la libre empresa de acuerdo con las exigencias de la economía general. Dicho mandato debe ser interpretado poniéndolo en relación, primero, con los artículos 128 y 131 CE, viniendo a implicar, fundamentalmente, el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial, y a hacerlo en libre competencia, lo que exige, entre otras cosas, la defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de esa libertad. Ahora bien, también hay que ponerlo en relación con el art. 139.2 CE, pues toda medida que impida o fomente el traslado de empresas incidirá lógicamente en la libertad de circulación y, por tanto, en la libertad de las empresas. Efectivamente, es nuestra doctrina que el traslado de industrias guarda estrecha relación con los principios de la constitución económica a los que acaba de hacerse referencia, no sólo en la medida en que la actividad de traslado industrial de un lugar a otro dentro del Estado implica desplazamiento espacial de medios productivos y circulación, en consecuencia, de bienes y personas por el territorio nacional, sino también por cuanto constituye una relevante manifestación de la libertad de empresa que el art. 38 de la Constitución reconoce ..., entendida aquí como libertad de actuación, de elección por la empresa de su propio mercado, cuyo ejercicio en condiciones básicas de igualdad queda constitucionalmente garantizado, y cuyo respeto marca los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad⁴⁰.

Admite el Tribunal Constitucional, por lo tanto, la responsabilidad de la Administración a la hora de regular la economía y el mercado, al tiempo que limita la potestad reguladora de los poderes públicos, reconociendo que por la naturaleza de la actividad económica en general, han de concedérsele amplias libertades.

El principio de libre competencia, por su parte, exige la libertad de acceso al mercado en igualdad de condiciones para todos los participantes. Implica también que “los competidores deben organizar y promover su competencia en base a la mejora de la oportunidad y calidad de sus prestaciones”; y tiende a “promover el principio de iniciativa privada, así como a impedir que la competencia se produzca por la vía del daño, del perjuicio o de la restricción forzada de la actividad de los demás fomentando, por el contrario, la mejora de las propias prestaciones como único medio lícito de

ha de ejercerse en condiciones de igualdad pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general” (F. 3º)

⁴⁰ STC 96/2002 de 25 de abril (F. 11º)

concurrir en el mercado⁴¹. La defensa de la competencia o Derecho *antitrust* es una forma de intervención pública en el mercado, a fin de mantener una competencia adecuada⁴²: en un plano en el que las reglas de la libre competencia se cumplieran a la perfección, existiría un desequilibrio entre la oferta y la demanda de bienes o servicios, que sería en la mayoría de los casos resuelto por la propia fuerza del mercado. El Estado no tendría, por tanto, un rol significativo en este campo. No obstante, con cierta asiduidad, las empresas tienen ciertos comportamientos distorsionantes de la libre competencia, lo que obliga a los Estados a intervenir a fin de proteger a los consumidores y a los restantes competidores. Por lo tanto, si bien el Derecho de la competencia conlleva el establecimiento de medidas limitadoras a la actividad económica por parte de la Administración, las mismas han de verse como medidas institucionales de defensa de la libertad de empresa constitucionalmente recogida, pues lo que se busca es un espacio de competencia donde las empresas puedan competir entre sí en un marco equitativo⁴³. Ha de tenerse en cuenta, además, que las conductas restrictivas de la competencia afectan al interés público, ya que ocasionan una ineficiente asignación de los recursos económicos, por lo que la intervención estatal está claramente justificada⁴⁴. Tal necesidad reguladora se encuentra reconocida en el

⁴¹ SÁINZ MORENO, Fernando (1977). Orden público económico y restricciones de la competencia. Revista de administración pública, nº 84. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

⁴² CASES PALLARES, Lluís (1995). Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia. Madrid, España: Marcial Pons

⁴³ Lo indica expresamente la STC 88/1986 de 1 de julio: “Una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre Empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de Empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste” (F. 4)

Hace hincapié en esta necesidad de regular la actividad económica el Preámbulo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia: “existe un acuerdo generalizado con respecto a la creciente importancia de la defensa de la competencia, que se ha consolidado como uno de los elementos principales de la política económica en la actualidad. Dentro de las políticas de oferta, la defensa de la competencia complementa a otras actuaciones de regulación de la actividad económica y es un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía. Por ello, resulta preciso disponer de un sistema que, sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado”.

⁴⁴ ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio (2017). La lucha contra las restricciones de la competencia. Granada, España: Comares

preámbulo del TFUE, donde se afirma que “la eliminación de los obstáculos existentes exige una acción concertada para garantizar un desarrollo económico estable, un intercambio comercial equilibrado y una competencia leal”. La principal característica de la libre competencia es que cada empresa se esfuerza por llevar a cabo un mejor desempeño de sus funciones que las demás, con el objeto de obtener mayores beneficios económicos, promoviendo así la competitividad: “la presión por captar las preferencias del consumidor en un esfuerzo por mantenerse compitiendo libremente en el mercado obliga a las empresas a mantenerse en un proceso dinámico de inversión y revisión de estrategias”⁴⁵, garantizando altos niveles de competitividad.

Previo a analizar aspectos más concretos de la libre competencia, creo necesario distinguirla de la competencia desleal, puesto que ambos son términos que están de actualidad y son con frecuencia confundidos: mientras que el Derecho de la defensa de la libre competencia se ocupa de la protección del correcto funcionamiento del sistema económico, la competencia desleal atiende al medio que se emplea en el seno de una relación competitiva entre empresas, y defiende los intereses privados de los empresarios⁴⁶.

2. ORIGEN DEL DERECHO “ANTITRUST”

El Derecho de la Libre Competencia, Derecho “*antitrust*” o Derecho “antimonopolio” se origina a finales del siglo XIX en los Estados Unidos de América, a través de la promulgación de la “Sherman Act” de 2 de julio de 1890, un estatuto federal antimonopolístico redactado por el Senador de Ohio John Sherman bajo la presidencia de Benjamin Harrison, con objeto prohibir actividades que restrinjan el comercio interestatal y la libre competencia en el mercado. Mediante este estatuto, se plantea una exigencia de vigilancia de los poderes públicos con el propósito de

⁴⁵ FLINT, Pinkas (2002). Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú

⁴⁶ SIGNES DE MESA, Juan Ignacio, FERNÁNDEZ TORRES, Isabel y FUENTES NAHARRO, Mónica (2013). Derecho de la Competencia (1ª edición). Pamplona, Navarra: Thomson-Civitas

mantener las condiciones necesarias que permiten actuar a las fuerzas del mercado con un desenvolvimiento eficaz⁴⁷. Se prohíben, así, las concentraciones empresariales (“*trust*”), así como las prácticas monopolísticas por parte de las empresas.

Al finalizar la segunda guerra mundial, varios Estados de nuestro continente adoptan legislaciones similares a la americana para enfrentarse a los cárteles⁴⁸ (pactos entre empresarios del mismo sector, cuyo objetivo es dominar de manera monopolística el mercado) y otras prácticas abusivas de la competencia en el mercado. El concepto de libre competencia tiene indudable trascendencia y está presente desde el inicio en el proceso de construcción e integración de la Comunidad Europea: ya en el Tratado de la CEE, adoptado en Roma el 25 de marzo de 1957, se prohíben los acuerdos entre empresas que pongan trabas a la libre competencia, así como los regímenes monopolísticos⁴⁹. La primera ley española en esta materia llega en con la Ley de

⁴⁷ CASES PALLARES, Luis. *Op.cit.*

⁴⁸ Disposición adicional 4ª, párrafo 3 LDC: A efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por cártel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su 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 en relación con los derechos de la 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.

⁴⁹ TCEE artículo 85 (sustituido por el art. 81 del TUE y ahora por el art. 101 TFUE): 1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas; que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, de 20 de julio de 1963, seguida de la Ley 16/1989, de 7 de julio, de Defensa de la Competencia, sustituida después por la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC); reforzada mediante la Comunicación de multas de 2009⁵⁰. A nivel autonómico, contamos con la Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia. Además de la creación de tal órgano, esta Ley determina sus fines serán los de promover, garantizar y mejorar las condiciones de libre competencia y transparencia en el mercado, respecto de las actividades económicas ejercidas en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma Vasca⁵¹, sirviéndose para ello de sus competencias sancionadoras, de promoción, de impugnación, de dictamen y consulta y de arbitraje⁵².

La normativa “antitrust” se da, por lo tanto, duplicadamente: la normativa europea coexiste con las legislaciones nacionales de los Estados miembros, teniendo primacía la primera. Al igual que en el modelo estadounidense, en Europa el objetivo del Derecho de la competencia es impedir pactos o acuerdos entre empresas cuyo fin sea restringir, impedir o falsear la competencia, y evitar que las empresas que tengan una posición dominante en el mercado abusen de la misma, en detrimento de consumidores y otros competidores⁵³; con la matización de que cabe la posibilidad de

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

TCEE artículo 86 (sustituido por el art. 82 del TUE y ahora por el art. 102 TFUE): Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

⁵⁰ 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.

⁵¹ Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia artículo 2

⁵² Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia artículo 3

⁵³ CARBAJO CASCÓN, Fernando. *Op.cit.*

admitir pactos que aporten ventajas a los consumidores⁵⁴. La mayor diferencia que existía antaño entre el derecho “*antitrust*” americano y el europeo es que, mientras en el primero ejercían la iniciativa principalmente los particulares (a través de los tribunales de justicia), en el viejo continente se crearon órganos administrativos especializados para combatir las prácticas limitadoras de la libre competencia: las Autoridades Públicas de Defensa de la Competencia.

3. TIPOS DE CONDUCTA SUSCEPTIBLES DE RESTRINGIR LA COMPETENCIA

Las prácticas empresariales que pueden limitar o restringir la competencia en el mercado pueden dividirse en dos categorías, dependiendo de la fase del proceso en el que se lleve a cabo el control por parte de las autoridades de competencia, que pueden dividirse, a su vez, en distintas subcategorías: en las prácticas colusorias y el abuso de posición dominante, “se lleva a cabo un control *a posteriori* que se plasma en la investigación y -en su caso- sanción de las conductas realizadas en el mercado vulnerando la prohibición de pactos entre competidores y abuso de posición dominante”⁵⁵, analizándose el comportamiento que hayan tenido los operadores en el mercado con objeto de dictaminar si la competencia en el mercado ha sido restringida o susceptible de restringir.

⁵⁴ Así lo manifiestan la normativa estatal como la comunitaria. El artículo 1.3 de la LDC dispone que “La prohibición no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que 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 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”.

El artículo 101.3 del TFUE contiene equivalente contenido.

⁵⁵ BELLO MARTÍN-CRESPO, Pilar y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco (2009). Derecho de la Libre Competencia comunitario y español. Pamplona, España: Aranzadi.

En el caso del control de concentraciones y de la concesión de ayudas públicas, el control tiene lugar *a priori*, por lo que “la realización de una concentración o la concesión de una ayuda pública se somete a un trámite previo de autorización por parte de las autoridades competentes”⁵⁶, realizando un juicio preconcebido sobre cuáles pueden ser las consecuencias de las operaciones que se examinan en el mercado.

La tarea de resolver “cuál es el grado óptimo de relación que debe existir en la dualidad de mecanismos *ex ante/ex post* para crear condiciones de competencia efectiva en los mercados⁵⁷” guarda indudable dificultad, que las autoridades han tratado de paliar haciendo un uso moderado y meditado de sus recursos.

A. PRÁCTICAS COLUSORIAS

El artículo 1 de la LCD está dedicado a este tipo de comportamientos: el Derecho de la competencia deniega a las empresas la posibilidad de ponerse de acuerdo sobre las condiciones de las ofertas que lanzarán en el mercado. Se pretende, así, impedir que las empresas rivales pacten cuestiones como los precios, la cuantía de la producción, las mejoras en el producto o las zonas de distribución de los bienes. Estos indicadores tienen que responder exclusivamente a la demanda del mercado, y no han de ser establecidos por las empresas. Esta prohibición se extiende a los acuerdos, a las decisiones de las empresas y a las prácticas concertadas. Se entenderá que hay acuerdo cuando los participantes muestren su voluntad de adoptar un comportamiento en el mercado, independientemente del modo de manifestación o del grado de vinculación de los efectos para las partes. Las decisiones de las asociaciones emanan de los órganos directivos de éstas, por lo que tendrán carácter unilateral, pero originan los mismos efectos que alinear las políticas comerciales de los miembros de la asociación, razón

⁵⁶ *Ídem*

⁵⁷ FERNÁNDEZ, Cani (2008) Remedios y Sanciones en el Derecho de la Competencia. Fundación Rafael del Pino. Madrid, España: Marcial Pons

por la cual se incluyen en la prohibición. Las prácticas concertadas existen cuando “sin llegar a concluir propiamente un acuerdo, las empresas sustituyen voluntariamente los riesgos de la competencia por la cooperación práctica entre ellas”⁵⁸.

Así, por infracción de la prohibición de realizar prácticas colusorias, se han resuelto casos que han supuesto elevadas multas: a nivel europeo, por ejemplo, la Comisión impuso en 2007 a los grupos Kone, Otis, Schindler y ThyssenKrupp una multa por un importe total de 992 millones de euros por su participación en cárteles relacionados con la instalación y el mantenimiento de ascensores y escaleras mecánicas en Bélgica, Alemania, Luxemburgo y los Países Bajos⁵⁹. En España, recientemente, varios fabricantes y distribuidores del sector automovilístico han sido multados con 171 millones de euros por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), acusados de intercambiar información que reducía la competencia y limitaba los descuentos de los que se beneficiaban los compradores⁶⁰. A nivel autonómico, el Consejo Vasco de la Competencia (CVC) multó con 18 millones en 2013 a ocho empresas que se encargaban del suministro de comidas preparadas, materias primas, así como servicios afines a ese suministro para centros públicos con comedores de gestión directa dependientes del Gobierno Vasco, por fijar los precios de sus servicios⁶¹.

B. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

Queda prohibido por el artículo 2 de la LDC. El Derecho de la competencia penaliza las conductas de las grandes empresas que, debido a su influencia y cuota de

⁵⁸ BELLO MARTÍN-CRESPO, Pilar y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco. *Op.cit.*

⁵⁹ Decisión C (2007) 512 de la Comisión, de 21 de febrero de 2007. Asunto COMP/E-1/38.823 — Ascensores y escaleras mecánicas

⁶⁰ Resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015, expediente S/0482/13 — Fabricantes de automóviles

⁶¹ Resolución del CVC del expediente 6/2013, de 4 de febrero de 2016 — Comedores Escolares

mercado, no necesitan alcanzar pactos con sus rivales, pero usan su posición en perjuicio de otros competidores o clientes. Las empresas dominantes, por lo tanto, cuentan con poder económico suficiente para incidir fuertemente en el mercado sin depender de otras empresas o consumidores. Ha habido, históricamente, varias vías para hacer frente a este fenómeno, siendo una muy frecuente la de atribuir la propiedad de estas empresas a los poderes públicos, garantizando así que la empresa dominante persigue el bien común, si bien a veces ello resulta en sacrificar en cierto grado la eficiencia de la gestión. Una segunda posibilidad es la de la aprobación por el Estado de una regulación de los precios o de la producción de las empresas a fin de evitar posibles abusos. Otra opción consiste en acudir a la normativa *antitrust* que veta ciertas conductas de este tipo de empresas, de forma que las autoridades intervendrán si tales prohibiciones han sido infringidas.

Cabe puntualizar que el Derecho de la competencia no prohíbe ostentar una posición dominante en el mercado, sino abusar de la misma; de modo que, para poder aplicar la prohibición, las autoridades no sólo han de constatar el efectivo dominio de la empresa en un mercado determinado, sino también el hecho de que se ha abusado de tal dominio. A fin de apreciar de una forma más práctica esta distinción, examinaremos un caso práctico: Telefónica es la principal operadora de Internet de banda ancha del país, y la que cuenta con mayor red propia. Con el objetivo de dar una apariencia de competencia variada y evitar una situación monopolística, alquila parte de esa red a otras operadoras, a fin de que éstas la exploten. Puede afirmarse, por tanto, que Telefónica ostenta una posición dominante en el mercado español de acceso a internet, y ello no conlleva, *per se*, delito o infracción alguna. Ahora bien, los precios que impone a tales alquileres son muy elevados, de modo que imposibilita que las demás operadoras ofrezcan tarifas competitivas, lo cual conlleva el abuso de posición dominante y, con ello, la infracción. Así lo afirmó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al desestimar el recurso de casación de Telefónica frente a la multa de cerca de 152 millones de euros impuesta por la Comisión Europea y confirmada por el Tribunal General⁶².

⁶² Sentencia del TJUE en el asunto C-295/12P de 10 de julio de 2014

Para la imposición de sanciones por esta infracción, es necesario que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal (art. 2.3 LDC).

Estima el Derecho de la competencia que las empresas dominantes tienen “una responsabilidad especial respecto de sus competidores y clientes: en la sentencia *Michelin*, el TPI señala que ‘la prueba de que una empresa detenta una posición dominante (...) significa que tiene una responsabilidad especial de impedir que su conducta distorsione la competencia en el mercado común’⁶³. Las conductas constitutivas de abuso de poder “pueden referirse a:

- La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.
- La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.
- La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.
- La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos”⁶⁴.

Las leyes sobre el abuso de posición dominante de las empresas se diferencian de las relativas a las prácticas colusorias en su objeto de análisis. En el primer caso, lo son las conductas unilaterales del mercado: la empresa dominante goza de poder económico suficiente para incidir en el mercado sin necesidad de llegar a un acuerdo

⁶³ BELLO MARTÍN-CRESPO, Pilar y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco. *Op.cit.*

⁶⁴ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, artículo 2.2

con sus rivales. En el segundo caso, sin embargo, las normas están dirigidas a los cárteles, que necesitan la participación de un número significativo de empresas para poder restringir la competencia. Como anteriormente se ha explicado, un cártel es un pacto informal entre empresas del mismo campo, que tiene por objetivo reducir o eliminar la competencia en un concreto mercado. Sus medios principales para ello son la fijación de precios, limitación de la oferta disponible, división del mercado y reparto de beneficios.

C. CONTROL DE CONCENTRACIONES

El Derecho de la competencia supervisa también operaciones de empresas que no aludan a su conducta, sino a su estructura. Los cambios estructurales (concentraciones) pueden realizarse mediante dos formas. Por una parte, la fusión se da cuando dos empresas previamente independientes deciden unirse, dejando de existir como entes separados y creando una nueva empresa (por ejemplo, de la fusión entre el Banco Bilbao Vizcaya y Argentaria nació el BBVA); o por absorción (por ejemplo, El Corte Inglés absorbió Galerías Preciados). Por otro lado, la adquisición de control ocurre cuando una empresa adquiere derechos o contratos que hagan posible el ejercicio de una influencia decisiva sobre las actividades de mercado de la otra empresa, manteniéndose ambos entes separados, sometiéndose a un único control. La LDC dedica su Capítulo II íntegramente a delimitar y regular este tipo de conductas. Si bien el Derecho de la competencia no puede imponer una prohibición de las concentraciones de empresas en general, debido a que las mismas pueden en ocasiones acarrear efectos positivos para los consumidores, tiene potestad para instaurar mecanismos de control a fin de supervisar las operaciones empresariales, con objeto de impedir una excesiva concentración de poder a manos de algunos competidores. Este mecanismo de control consiste en obligar a las empresas a notificar a las autoridades aquellas operaciones que sobrepasen cierto volumen. La ejecución de la concentración no podrá ser llevada a cabo hasta que se obtenga la autorización, la cual será denegada si se prueba que la operación puede ser perjudicial para la competencia.

D. AYUDAS PÚBLICAS

Los poderes públicos conceden ayudas a empresas a fin de que éstas tengan una repercusión favorable en la economía y en los consumidores. Estas ayudas tienen el peligro de distorsionar negativamente la competencia, puesto que las empresas a las que se han concedido las ayudas gozan de privilegios que otras no tienen. Para que se considere que una ayuda pública está limitando la competencia es necesario que favorezca de individualmente a una empresa o grupo de empresas en detrimento de las demás, por lo que si es una ayuda general, no tendrá este carácter lesivo. Sin embargo, existen ciertas ayudas sectorizadas cuya concesión se admite; así sucede cuando tales ayudas estén destinadas a fomentar las economías de regiones desfavorecidas o para ayudar a minorías a desarrollar sus empresas y proyectos. En estos casos, los Estados miembros deberán informar a la Comisión Europea acerca de las ayudas que planean dar, y esperar a su autorización para poder proceder a la concesión de las mismas. Todo ello está recogido en el Capítulo III de la LDC.

3. PARTE ESPECIAL: SANCIONES ADMINISTRATIVAS RELATIVAS A INFRACCIONES ANTITRUST

1. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS COMO MECANISMO PUNITIVO EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Las sanciones contra infracciones del Derecho de la libre competencia son medidas que buscan castigar a las empresas o personas físicas que hayan infringido las normas de la competencia y hacer ver a futuros infractores que estas conductas no son rentables. Si bien en “ordenamientos europeos comúnmente considerados como la punta de lanza de la criminalización de los comportamientos anticompetitivos”⁶⁵, como lo son Reino Unido e Irlanda, contemplan la imposición de sanciones penales para este tipo de conductas, ni el Derecho de la Unión Europea de la competencia ni la normativa española prevén este tipo de penas. Por ello, las sanciones económicas son el mecanismo punitivo por antonomasia. Estas multas tienen evidentes beneficios: son fáciles de administrar, no es preciso contar con grandes medios para asegurar su cumplimiento, son difíciles de eludir y, de establecerse en un monto adecuado, disminuyen o eliminan los incentivos a infringir la normativa. Tienen también, sin embargo, ciertos impedimentos: las multas, sin medidas adicionales, no sirven para reestablecer la situación de competencia anterior, es probable que la empresa sancionada repercuta el coste de la multa sobre los consumidores y es difícil establecer una cifra adecuada para la sanción.

Merece especial mención la relación del Derecho comunitario y el Derecho de los Estados miembros en materia de competencia. En casi todos de ellos se produce una coexistencia de normas relativas a la protección de competencia del derecho comunitario y el ordenamiento estatal interno, siendo ambas legislaciones autónomas

⁶⁵ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (2017). La lucha contra las restricciones de la competencia. *Op.cit.*

entre sí: se aplicará el Derecho europeo cuando la conducta afecte al comercio entre varios Estados miembros; el Derecho estatal será de aplicación, en cambio, cuando las conductas infractoras afecten únicamente al mercado nacional⁶⁶.

A nivel estatal, la autoridad competente para aplicar la LDC es la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), cuyo objetivo es “garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios”⁶⁷. Existen también órganos de las Comunidades Autónomas con competencia para aplicar la LDC en su territorio. Para armonizar la competencia de las distintas autoridades en materia de Defensa de la Competencia, existe 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. Esta superposición de normas permite realizar una correcta división de los asuntos, así como atenderlos con mayor adecuación.

2. OBJETIVOS DE LAS SANCIONES CONTRA RESTRICCIONES DE LA COMPETENCIA

Los Estados tienen a su disposición una variedad cada vez mayor de mecanismos para combatir las prácticas restrictivas de competencia. Pueden optar por la vía del procedimiento administrativo sancionador, ejercer la acción directa de los ciudadanos que han sido víctima de las prácticas restrictivas por vía de los tribunales civiles, o acudir a los procedimientos y sanciones penales. El objeto de análisis de este apartado serán las sanciones administrativas, las cuales pueden responder a diversos fines.

⁶⁶ CASES PALLARES, Lluís. *Op.cit.*

⁶⁷ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, artículo 1.2

Los fines fundamentales de las sanciones en el ámbito del Derecho de la competencia son conseguir poner fin a la infracción con la mayor inmediatez posible, imponer un elemento retributivo y evitar la reincidencia de las infracciones en el futuro. Para ello, las sanciones se organizan en torno a dos enfoques. El primero es el de la compensación: se pretende que el infractor devuelva las ganancias obtenidas a través de la actividad ilícita y que repare los daños causados por dicha actividad en el mercado, lo cual se consigue mediante las multas compensatorias. El segundo es el de la disuasión: se persigue la disuasión de participar en conductas anticompetitivas, tanto a la empresa infractora como al resto de competidoras; y así lo ha recogido en reiteradas ocasiones la Comisión Europea⁶⁸. Se distingue la disuasión específica, que busca ser suficiente para desincentivar que los autores de una infracción concreta vuelvan a cometerla; de la general, que persigue evitar eventuales infracciones por parte de agentes no participantes en la infracción concreta.

Las autoridades analizan y especulan sobre los costes y beneficios que la práctica de la conducta prohibida conlleva, ponderando los incentivos que tienen para cumplir o no con la normativa; la meta de la Administración es, por lo tanto, imponer multas que consigan que las infracciones no salgan rentables a los competidores. Con frecuencia, estos se quejan de que los criterios de fijación de multas no son lo suficientemente específicos, lo cual obstaculiza la seguridad jurídica. No obstante, si fueran capaces de calcular anticipadamente el monto exacto de la multa, la sanción perdería su función disuasoria, razón por la cual el sistema porcentual de cálculo de multas que rige en la actualidad (el cual será analizado más adelante) es ampliamente avalado tanto por autoridades europeas como nacionales: al relacionar la cuantía de las sanciones imponibles con el volumen de las infracciones cometidas, se consigue hallar una forma para evitar establecer unas cifras monetarias máximas y mínimas para las

⁶⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo (9 de julio de 2014). Diez años de aplicación de la normativa antimonopolio del Reglamento (CE) no 1/2003: logros y perspectivas futuras.: “La legislación de la UE no regula ni armoniza las sanciones por incumplimiento de las normas antimonopolio de la UE. Los Estados miembros deben velar por que se disponga de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. Independientemente de las sanciones que imponga una jurisdicción, se admite generalmente que la aplicación de la legislación antimonopolio no puede ser eficaz si no es posible imponer a las empresas multas civiles/administrativas disuasorias” (apdo. 35)

sanciones. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la obligatoriedad de cumplir con el principio de tipicidad.

Determinar las sanciones no es tarea fácil, pues unas multas muy reducidas podrían tener un doble efecto negativo: además de no resultar lo suficientemente disuasorias, no serían suficientes para cubrir el daño ocasionado (no serían, por tanto, compensatorias). Por otro lado, unas multas demasiado elevadas resultarían contrarias al principio de proporcionalidad y podrían incluso llegar a ser contraproducentes, pues los efectos que desencadenan podrían ser tan negativos que obligasen a la disolución de la empresa, trayendo una consecuente disminución de competencia, así como perjuicio a accionistas, acreedores o empleados⁶⁹. Al ser en muchos casos empresas de considerable tamaño, se aplica en cierto modo la teoría “too big to fail”, por lo que las multas no perjudican a los infractores tanto como para hacerles salir del mercado. Se aboga, por ello, cada vez más por aumentar el efecto disuasorio mediante otros métodos: tales como la responsabilidad personal de los administradores o la criminalización de las infracciones cometidas en el marco de la libre competencia⁷⁰. Ello se refleja en la Resolución del Parlamento Europeo de 19 de enero de 2016, que indica lo siguiente en su punto 29: “Las normas vigentes en materia de multas a personas jurídicas en caso de infracción deben completarse con sanciones concomitantes contra las personas físicas responsables; considera que las multas deben ser de la cuantía suficiente para tener un efecto disuasorio; subraya la importancia de una política eficaz de protección de denunciantes de irregularidades, que ha permitido a la Comisión detectar carteles”⁷¹.

3. EL RÉGIMEN SANCIONADOR DE LA LDC

⁶⁹ ALLENDESALAZAR, Rafael (2008). Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia. *Op.cit.*

⁷⁰ GARCÍA-VERDUGO SALES, Javier (2016). Valoración económica de las sanciones de competencia. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Online

⁷¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2016, sobre el informe anual sobre la política de competencia de la UE (2015/2140(INI))

Como se ha mencionado con anterioridad, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia viene a sustituir la Ley 16/1989, de 7 de julio sobre el mismo asunto. La actual Ley se propone, tal y como dice en su preámbulo, “contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado”, y ha conseguido poner al ordenamiento español en concordancia con los ordenamientos europeos en esta materia. Supone el establecimiento de un sistema más garantista y un mayor nivel de seguridad jurídica para los actores. En su artículo 12 creó la Comisión Nacional de Competencia, artículo este que fue posteriormente derogado por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC.

La Ley está dividida en cinco Títulos: el primero, de la defensa de la competencia; el segundo, del esquema institucional para la aplicación de esta ley; el tercero, de la Comisión Nacional de Competencia; el cuarto, de los procedimientos y el quinto, del régimen sancionador. Este último es la piedra angular de las sanciones administrativas en materia de Derecho de la competencia a nivel estatal; e incluye los artículos 61 a 70, siendo los que más atañen a este trabajo el 63 y 64, por lo que se procederá a realizar un análisis más profundo de estos a continuación.

A. SANCIONES

El artículo 63 dispone en su apartado primero que “los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley ciertas sanciones (...)”. Es importante atender, en primer lugar, a la exigencia del requisito de culpabilidad que establece la norma, al decir que la sanción, para su imputación, ha de responder a una infracción que haya sido cometida deliberadamente o por negligencia. Ello responde a la exigencia constitucional de que no cabe la imputación de infracciones penales ni administrativas sin la existencia de

una conducta dolosa o negligente⁷². Por lo tanto, aún de producirse una infracción por darse los elementos de la tipicidad y la antijuridicidad, no procederá la imposición de la sanción de no concurrir también el elemento de la culpabilidad. El ya extinto Tribunal de Defensa de la Competencia declaró que “el artículo 1 de la LDC configura un tipo objetivo, esto es, se incurre en la prohibición por la mera adopción de un acuerdo o decisión que produzca el efecto de restringir la competencia en el mercado, sin que sea necesaria la concurrencia de una intencionalidad específica. La culpabilidad, en estos casos, se valorará a los efectos de la determinación de la sanción, pero no constituye un elemento integrante del tipo de conducta prohibido”⁷³. Varios son los supuestos en los cuales las autoridades han decidido que, a pesar de apreciarse la comisión de una infracción, la falta del elemento de culpabilidad impide la imposición de sanciones. Se procede así, por ejemplo, en caso de que “en el momento de incoación del expediente sancionador las empresas dejaron de aplicar de buena fe un acuerdo que hasta entonces creían compatible con las normas de la competencia”⁷⁴. Han avalado esta postura numerosas resoluciones de las autoridades de competencia⁷⁵.

Otra de las razones por las que se exime de sanción a los infractores por falta del requisito de culpabilidad es la existencia de una situación jurídica o de hecho “en la que no resultara razonablemente predecible conocer que la conducta de la empresa

⁷² MARTÍN PASTOR, José (2012). *Defensa de la Competencia: Monografía de la Doctrina*. Pamplona, España: Thomson-Aranzadi

⁷³ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 12 de diciembre de 1996, Ortopédicos Castilla-León (F. 4º)

⁷⁴ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Antonio (2015). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia* (4ª edición). Pamplona, Navarra: Aranzadi

⁷⁵ La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de marzo de 2000, *Espectáculos Taurinos*, indica lo siguiente: “Pese a la calificación como actividad infractora del contrato suscrito por los expedientados, tras el examen pormenorizado de las circunstancias del presente caso, se estima que no se debe imponer sanción alguna teniendo en cuenta la falta de aplicación del mismo, toda vez que desde que se inició el oportuno expediente por el Servicio, la conducta de los ganaderos se ha aquietado a la inicial apariencia de que pudieran hallarse ante una conducta infractora de las reglas de la competencia, continuando por ello con la práctica precedente en este ámbito del mercado, lo que demuestra una ausencia de intención infractora a la par que la competencia no se ha visto alterada por el acuerdo de referencia” (F. 3º)

Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 14 de abril de 2009 (F. 7º)

podiera dar lugar a una infracción a la LDC”⁷⁶. Tal será el caso si el ordenamiento vigente en el momento de comisión de la infracción otorgaba una razonable apariencia de legalidad a la conducta infractora⁷⁷.

En cambio, en los supuestos en los que el desconocimiento de la legalidad de la conducta infractora no sea excusable se considera cumplido el requisito de culpabilidad. La STS de 23 de marzo de 2005 sobre el asunto Telefónica es muy ilustrativa al respecto, al indicar lo siguiente sobre el marco normativo: “no podía ser desconocido para la actora pues es algo de público conocimiento (...). La vinculación y la exclusiva pactada, no pudieron serlo de manera casual, ni es admisible la ignorancia de los efectos de tales cláusulas en un mercado en el que se opera de manera permanente”⁷⁸.

Ha sido considerado por las autoridades de competencia que ha tenido lugar una infracción dolosa cuando se haya acreditado la concurrencia en el expediente de algunas de estas situaciones: cuando las empresas infractoras tenían consciencia de la ilicitud de la práctica⁷⁹; en el caso de notas de prensa publicadas por asociaciones, si se acredita que, con tal publicación, se esperaba que sus miembros repercutieran el incremento de algunos costes comunes a sus clientes⁸⁰; cuando la conducta era

⁷⁶ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Antonio. *Op.cit.*

⁷⁷ STS de 7 de julio de 2010 (RJ 3616/2010) (F. 2º)

STS de 4 de marzo de 2014 (784/2014) (F. 9º)

⁷⁸ STS de 23 de marzo de 2005 (1817/2005) (F. 8º)

⁷⁹ La Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de noviembre de 2009, *Compañías de Seguro Decenal*, dicta que “el Consejo de la CNC considera que en el expediente existe evidencia suficiente para afirmar que se trata de una infracción deliberada de la normativa nacional y comunitaria de defensa de la competencia” (F. 11º)

Así, la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 30 de julio de 2013, *Coches de alquiler*, subraya que “las empresas participantes en el cártel eran plenamente conscientes de la ilegalidad de la conducta y de las posibles consecuencias que les podía acarrear” (F. 6º)

⁸⁰ La Resolución de la Comisión Nacional de Competencia de 31 de marzo de 2011, *Conservas*, advierte que “La imposición de una sanción por infracción de la legislación de defensa de la competencia presupone la concurrencia del elemento subjetivo de dolo o culpa. El Consejo considera acreditada la voluntad o interés común de las empresas asociadas a ANFACO en trasladar “a la distribución y a los consumidores” la posición común de que el aumento del precio de los envases metálicos era “inasumible para la industria conservera de pescados y marisco dada la actual coyuntura económica” y por ello la “necesidad de

claramente contraria a la establecida doctrina de las autoridades de competencia⁸¹; o, en el ámbito de control de concentraciones, cuando la infractora “había sido expresa y directamente advertida de la obligación (incumplida) de notificación de la operación correspondiente”⁸². La mayor diferencia práctica entre una conducta cometida dolosamente y una cometida negligentemente es que esta última recibirá, en la mayoría de los casos, una sanción atenuada por este motivo.

En segundo lugar, el artículo indica las sanciones previstas para los tres tipos de infracciones (leve, grave y muy grave), y lo hace estableciendo unos porcentajes máximos del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. En caso de las infracciones leves, la multa podrá ser de hasta el 1%; en infracciones graves, hasta el 5%; y en infracciones muy graves, hasta el 10%⁸³. En el caso de asociaciones, uniones o agrupaciones, el volumen total se calculará teniendo en consideración el volumen de negocios de sus miembros⁸⁴. Cabe apuntar que el “volumen de negocios” considera el conjunto del volumen total de negocios de la empresa infractora o del grupo empresarial⁸⁵. Con el establecimiento de estos máximos, se limita la discrecionalidad con la que puedan actuar las autoridades: en la LDC de 1989, el artículo 10 disponía

repercutir este notable aumento de coste al producto final podría redundar en un incremento de los precios de una amplia gama de alimentos que se presenten en envases metálicos...” (F. 6º)

⁸¹ Dice la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 17 de mayo de 2011, *Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Española*, que “el Consejo aprecia la existencia de dolo en la conducta infractora de ANCCE. Desde la vigencia de la vieja Ley de prácticas restrictivas de la competencia de 1963, el Tribunal de Defensa de la Competencia y este mismo Consejo de la CNC se han manifestado en numerosas ocasiones (que por su abundancia resulta innecesaria su cita) y sin excepción alguna sobre la ilicitud de las decisiones de asociaciones empresariales relativas a la fijación o recomendación de precios, por lo que no resulta admisible la alegación de la ANCCE de que creía compatible su comportamiento con las reglas de la libre competencia” (F. 5º)

⁸² Resolución de la Comisión Nacional de Competencia de 24 de octubre de 2012, *Verifone/Hypercom* (F. 3º)

⁸³ STS de 29 de enero de 2015 (RJ 112/2015) (F. 5º)

⁸⁴ Resolución de la Comisión Nacional de Competencia de 26 de enero de 2010, *Abertis-Tradia* (F.2º)

⁸⁵ En la Resolución de la Comisión Nacional de Competencia de 24 de julio de 2008, se estimó lo siguiente: “En consecuencia la cifra del 1 por ciento (referido a la totalidad del volumen de negocios de la empresa y no sólo a la parte afectada por el expediente principal, como parece dar a entender la Dirección de Investigación) debe considerarse como un límite máximo, por debajo del cuál habrá de decidir el Consejo” (F. 9º)

que la multa podría ser de hasta el 10% del volumen de ventas, máximo que es ahora aplicable sólo a las infracciones muy graves.

El apartado segundo de este artículo incluye la posibilidad de imponer multas a cada uno de los representantes legales o personas que integren órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión; en el caso de que la infractora sea una persona jurídica⁸⁶. La multa máxima conforme a la vigente LDC es de 60.000 euros por persona, muy superior al máximo de 5.000.000 pesetas (30.000 euros) que establecía el artículo 10 de la LDC de 1989. Estas multas serán accesorias y totalmente compatibles con las sanciones que puedan imponerse a las empresas infractoras. Para la imposición de estas medidas, es necesario que la participación de los representantes legales o directivos haya sido activa e intencionada⁸⁷, que hayan tenido un destacado e individualizado papel en el acuerdo⁸⁸, o un protagonismo relevante en el caso⁸⁹. No obstante, el artículo puntualiza que “las personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto” no serán susceptibles de ser sancionadas⁹⁰.

Además, se prevé una posibilidad para los casos en los que sea imposible delimitar el volumen de negocios anteriormente mencionado: las infracciones leves recibirán multas de entre 100.000 y 500.000 euros; las graves, de entre 500.001 euros a 10 millones; y las muy graves, superiores a 10 millones de euros.

B. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL IMPORTE DE LAS SANCIONES

⁸⁶ SAN 1573/2017 de 20 de abril

⁸⁷ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de mayo de 1993, *Federación de Asociaciones de Concesionarios de la Automoción* (F. 2º)

⁸⁸ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 13 de septiembre de 1993, *Unión de Boutiques del Pan del Principado de Asturias* (F. 3º)

⁸⁹ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de enero de 1996 (Lencería Asturias). (F. 7º)

⁹⁰ MARTÍN PASTOR, José. *Op.cit.*

Se establecen en este artículo los criterios a tener en cuenta a la hora de determinar la cuantía de las sanciones por infracciones tipificadas en la presente Ley, recogidos anteriormente en el artículo 10.2 de la LDC de 1989. La norma vigente da un paso más al incluir una lista expresa de circunstancias agravantes y atenuantes de la sanción que, pese a omitidas en la Ley anterior, ya fueron tomados en cuenta por las autoridades de competencia, puesto que se encuentran dentro de los principios generales del Derecho Administrativo sancionador. Conviene recordar en este punto que la potestad sancionadora en materia de competencia persigue no sólo el objeto de reprimir las conductas contrarias a la libre competencia, sino también el de disuadir a potenciales infractores futuros de ir contra de la normativa; sin perjuicio del respeto al principio de proporcionalidad tan consolidado en la doctrina.

En su primer apartado, el artículo 64 establece los criterios generales para la determinación del importe de las sanciones. Dispone, en primer lugar, que habrán de tenerse en cuenta la dimensión y características del mercado afectado por la infracción. Tal dimensión ha de tenerse en cuenta en una doble vertiente: la económica⁹¹ y la geográfica⁹², que será apreciada como atenuante si la dimensión abarcada es reducida⁹³, o como agravante si es extensa⁹⁴. En cuanto al término “características” empleado en la norma, es subrayable la dureza con la que se castigan, por ejemplo, las infracciones que se den en un mercado recientemente liberalizado; el hecho de que la conducta haya

⁹¹ Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 29 de septiembre de 2009, *Propollo* (F. 8)

Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 29 de julio de 2010, *Ecovidrio* (F. 11º)

Resolución de la Comisión Nacional de Competencia de 28 de septiembre de 2009, *Inprovo* (F. 8º)

⁹² STS de 9 de diciembre de 2015 (RJ 5292/2015) (F. 2º)

⁹³ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 20 de septiembre de 2006, *Ambulancias conquenses* (F. 6º)

⁹⁴ Es especialmente ilustrativa la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia del 15 de septiembre de 2004, *Asempre/Correos*, pues dice que “en relación con la dimensión del mercado afectado, es muy amplia porque abarca todo el territorio nacional, con implicaciones comunitarias al dificultar CORREOS con su conducta que otras empresas europeas puedan penetrar y asentarse en el mercado español” (F. 17ºb)

Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de mayo de 2009 (Axion/Abertis). (F. 10º)

sido realizada por una empresa concesionaria en régimen exclusivo de una infraestructura de servicio público⁹⁵; o el hecho de que la práctica restrictiva de la competencia se produzca en el marco de la celebración de una adjudicación de un concurso público⁹⁶. Indica el artículo 64.1, en segundo lugar, que la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables será otro elemento determinante a la hora de fijar la sanción⁹⁷: así, a mayor cuota de mercado, mayor será la sanción⁹⁸, y viceversa⁹⁹. Habla el apartado “c” del artículo 64.1 del alcance de la infracción; elemento que guarda relación con el “grado de seguimiento y aplicación que la conducta de que se trate haya tenido”¹⁰⁰. Hay varios ejemplos de ello¹⁰¹; por ejemplo, la Resolución de la Comisión Nacional de Competencia *Asociación Editores Diarios Españoles*¹⁰², que tiene en cuenta que “AEDE representa al 90% del sector de prensa diaria, por lo que sus recomendaciones alcanzan a la casi totalidad del mercado”. En el sentido opuesto, la CNMC tuvo en consideración en su Resolución *Digital+ Mini* que “los datos de contratación de este paquete de televisión de pago (...) han sido reducidos”¹⁰³. En cuanto a la duración de la infracción, establecida como circunstancia determinante de la cuantía de la sanción por el artículo 64.1.d LDC, cabe decir, como en todos los elementos anteriores, que funcionará como agravante o atenuante en función de las

⁹⁵ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 3 de abril de 2007, *Excursiones Puerto de Sóller* (F. 7º)

⁹⁶ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de septiembre de 1998, *Vacunas antigripales* (F. 7º)

⁹⁷ STS de 12 de mayo de 2017 (RJ 1869/2017) (F. 3º)

⁹⁸ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 18 de octubre de 2006, *Procuradores Pontareas* (F. 3º)

⁹⁹ Resolución de la Comisión Nacional de Competencia de 18 de octubre de 2007, *Cajas Vascas y Navarra* (F. 10º)

¹⁰⁰ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Antonio. *Op.cit.*

¹⁰¹ Es crítica la Resolución de la Comisión Nacional de Competencia de 10 de septiembre de 2013, al señalar lo siguiente: “En cuanto al criterio del alcance de la infracción, habrá que tener en cuenta no solo la representatividad asociativa de la imputada en el mercado afectado, sino el contenido detallado del documento tarifario y el medio por el que se hizo público, a través de la web, en la medida en que la pauta unificadora pueda ser extensible a los peritos judiciales, sean o no asociados a AEPVJ”. (F. 5º)

¹⁰² Resolución de la Comisión Nacional de Competencia de 10 de mayo de 2011 (F. 8º)

¹⁰³ Resolución de la Comisión Nacional de Competencia de 23 de enero de 2013 (F. 5º)

características del caso específico. Por ello, una conducta infractora que se haya alargado en el tiempo recibirá una sanción más dura a consecuencia de dicha duración¹⁰⁴. Toma también en consideración el artículo 64.1.e y el efecto de la infracción sobre los “derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos”. Así, las prácticas que han afectado a productos básicos como el pan¹⁰⁵ o el aceite¹⁰⁶ han recibido duras sanciones. Las autoridades tienen también en cuenta la importancia del mercado al que la práctica haya afectado¹⁰⁷. En el sentido opuesto, las prácticas que no hayan tenido efectos en el mercado recibirán menores sanciones¹⁰⁸. Otro factor determinante a la hora de definir la sanción es el beneficio ilícito obtenido como consecuencia de la infracción¹⁰⁹, incluido en la letra “f” del artículo.

En su segundo apartado, el artículo 64 recoge una serie de circunstancias agravantes, siendo la primera de ellas la comisión repetida de infracciones tipificadas en la LDC. La administración ha tenido en cuenta este agravante en varias ocasiones¹¹⁰, pero ha negado que exista reincidencia “en los casos en los que una misma compañía incurra en varias infracciones a las normas de competencia, pero lo haga de una forma

¹⁰⁴ Resolución de la Comisión Nacional de Competencia de 18 de octubre de 2006, *Procuradores Ponteaes* (F. 3º)

¹⁰⁵ Se considera en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 18 de julio de 2006, *Panaderías de Cuenca*, que la ponderación del pan “en el gasto de la cesta de la compra y su utilización diaria y generalizada agravan los efectos de la recomendación, al tratarse de un producto básico en la dieta tradicional de los españoles y de consumo diario” (F. 7º)

¹⁰⁶ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 21 de junio de 2007 (*Aceites 2*) (F. 7º)

¹⁰⁷ La Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de abril de 2008, *Transportes Barcelona*, indica que la importancia de la actividad en el mercado se considerará como agravante, pues “el Puerto de Barcelona es uno de los de mayor volumen de carga de comercio exterior que se gestiona en toda España” (F. 13º)

¹⁰⁸ Resolución de la Comisión Nacional de Competencia de 14 de abril de 2010, *AVS, Sogecable y Clubs de Fútbol de 1ª y 2ª División* (F. 22º)

¹⁰⁹ Resolución de la Comisión Nacional de Competencia de 12 de noviembre de 2009, *Cías. De Seguros Decenal* (F. 10º)

Resolución de la Comisión Nacional de Competencia de 28 de julio de 2010, *Vinos Finos de Jerez* (F. 12º)

¹¹⁰ En la Resolución de la Comisión Nacional de Competencia de 25 de abril de 2015, *Gas Natural*, el Consejo tuvo también en cuenta “otras sanciones anteriores de este Consejo” (F. 16º)

que pueda entenderse que existe en una sola infracción continuada”¹¹¹, como ocurrió en el caso *Texaco II*¹¹². La posición de responsable o instigador de la infracción, contenida en el apartado “b”, constituye otra posible circunstancia agravante: el hecho de haber sido la empresa que encabezó las prácticas sancionadas¹¹³; o el hecho de que la participación de ciertas empresas imputadas hubiera sido más activa¹¹⁴. La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas (recogido en el apartado “c”) también juega un papel agravante a la hora de determinar la sanción. Es relevante, a este respecto, la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 28 de junio de 1995, *Tocoginecólogos*, donde el pacto de forzar a la aprobación de los honorarios sugeridos por parte de las compañías de seguros se consideró como una circunstancia agravante¹¹⁵. Por último, la falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora se considerará también como agravante. Es subrayable la Resolución *Fabricantes de Lencería*, puesto que para fijar la cuantía de la sanción, fueron consideradas los distintos grados de colaboración que varias partes prestaron durante el proceso¹¹⁶.

Dedica el artículo 64 su apartado tercero a las circunstancias atenuantes, ofreciendo cuatro escenarios: la realización de actuaciones que pongan fin a la infracción¹¹⁷ (letra “a”), la no aplicación efectiva de las conductas prohibidas¹¹⁸ (letra

¹¹¹ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Antonio. *Op.cit.*

¹¹² Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de julio de 2000, *Texaco II* (F. 7º)

¹¹³ Se dicta en Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 21 de diciembre de 2013, *Munters*, que “cabe atribuir a MMM un mayor protagonismo en la conducta y una probable acción instigadora en la medida en que era MMM la que participa en las licitaciones del Ministerio de Defensa” (F. 8º)

¹¹⁴ Resolución de la Comisión Nacional de Competencia de 14 de octubre de 2009, *Fiab/Ceopan* (F. 9º)

¹¹⁵ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 28 de junio de 1995, *Tocoginecólogos* (F. 1º)

¹¹⁶ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 12 de febrero de 1997, *Fabricantes de Lencería* (F. 9º)

¹¹⁷ En la Resolución de la Comisión Nacional de Competencia de 10 de septiembre de 2010, *Asociación Empresarial de Peritaje y Valoraciones Judiciales*, se tuvo en cuenta que la asociación retiró el documento en el que se proponían tarifas de su web, cuando supieron que existían indicios de infracción de la libre competencia (F. 5º)

¹¹⁸ En la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1 de marzo de 2000, *Espectáculos Taurinos*, pese a la declaración de práctica prohibida, el Tribunal decidió no imponer sanción económica alguna, argumentando lo siguiente: “No obstante, pese a la calificación como actividad infractora del

“b”), la realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado¹¹⁹ (letra “c”) y la colaboración activa y efectiva con la CNMC¹²⁰ (letra “d”).

C. COMUNICACIÓN SOBRE LA CUANTIFICACIÓN DE SANCIONES DE LA CNC

Llegados a este punto del análisis, es imprescindible explorar la “Comunicación sobre cuantificación de sanciones” que aprobó la CNC en febrero de 2009, y que incluye directrices que ayudarán a determinar las cuantías de las multas impuestas por infracciones del Derecho de la competencia. La voluntad públicamente manifestada por algunos miembros de la CNC de aumentar la cuantía de las sanciones a fin de multiplicar el efecto disuasorio de las actuaciones de este órgano se plasmó en esta Comunicación¹²¹. Ello ha tenido como consecuencia que durante los últimos años se haya dado un incremento en la cuantía de las multas. Uno de los factores más importantes que han conducido a ello ha sido el cambio de criterio de las autoridades en lo que a sujetos responsables respecta: si el antiguo TDC imputaba sólo a la persona jurídicamente específica que había cometido la infracción, actualmente se considera “que la infracción también es imputable a la matriz de la empresa infractora, y toma en consideración el volumen de negocios de esta matriz a efectos de calcular el límite

contrato suscrito por los expedientados, tras el examen pormenorizado de las circunstancias del presente caso, se estima que no se debe imponer sanción alguna teniendo en cuenta la falta de aplicación del mismo, toda vez que desde que se inició el oportuno expediente por el Servicio, la conducta de los ganaderos se ha aquietado a la inicial apariencia de que pudieran hallarse ante una conducta infractora de las reglas de la competencia, continuando por ello con la práctica precedente en este ámbito del mercado, lo que demuestra una ausencia de intención infractora a la par que la competencia no se ha visto alterada por el acuerdo de referencia” (F. 3º)

¹¹⁹ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 12 de marzo de 2007, *Cervezas Canarias 2* (F. 3º)

¹²⁰ En la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de julio de 1996, *Grúas del País Vasco*, el Tribunal valoró positivamente “la actitud colaboradora en la instrucción del expediente” por parte de la infractora (F. 7º)

¹²¹ ALLENDESALAZAR, Rafael y RINCÓN, Alfonso (2014). *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador del Derecho de la competencia*. Madrid, España: Civitas

máximo de la sanción”¹²². De ello deriva la consecuencia lógica del aumento de la cuantía de las sanciones.

La Comunicación se refiere a las sanciones impuestas a conductas colusorias (art. 1 LDC), conductas de abuso de posición dominante (art. 2 LDC) y conductas de falseamiento de la libre competencia por actos desleales (art. 3 LDC). No será, por tanto, de aplicación al resto de conductas infractoras recogidas en la LDC.

La Comunicación, al describir el método a seguir en el cálculo de multas, divide el procedimiento en tres fases: la primera consta de la determinación del importe básico de la sanción. Para calcularlo, ha de tomarse el volumen total de ventas obtenido por la empresa durante la infracción, en los mercados donde la competencia haya sido afectada. Ello se hace con el objeto de ”capturar la densidad antijurídica” de la conducta¹²³. Hay que aplicar a tal volumen de ventas un factor corrector “que permitirá extraer de la base de cálculo un porcentaje de esas ventas en función de su antigüedad”¹²⁴. Se conseguirá el importe básico de la sanción aplicando a la cifra obtenida mediante la ecuación anterior un porcentaje que oscilará entre un 10% y un 30%: de ser una infracción muy grave, el porcentaje podrá aumentarse hasta en otro 10%; y podrá darse el mismo aumento si existe alto riesgo de que el mercado afectado por la infracción desencadene efectos en cascada en otros mercados. La segunda fase sirve de ajuste de la sanción en base a circunstancias agravantes o atenuantes. La CNMC puede aumentar o disminuir el importe básico de la sanción en un porcentaje de entre 5% y 15% por cada circunstancia modificativa. En la fase final, se comprueba que el importe resultante esté dentro de los baremos recogidos por la LDC; esto es: será superior al beneficio ilícito obtenido por el infractor, pero no superior al límite máximo que se prevé en la Ley para cada tipo de infracción.

En cuanto a las sanciones a directivos recogidas en el art. 63.2 LDC, la Comunicación ofrece para su determinación unas pautas más específicas: las sanciones oscilarán entre el 1% y el 5% del volumen de ventas de la empresa afectado por la

¹²² Ídem

¹²³ ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio. *Op.cit.*

¹²⁴ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Antonio. *Op.cit.*

infracción, sin que puedan en ningún caso superar los 60.000 euros previstos en la LDC. Además, se tendrán en cuenta para el cálculo de la multa la duración y el grado de responsabilidad que haya tenido la persona física en la comisión de la conducta infractora.

D. MULTAS COERCITIVAS

Además de las sanciones impuestas a las empresas y a sus representantes legales o directivos, la LDC prevé en su artículo 67 la posibilidad de que la CNC pueda imponer, previo requerimiento del cumplimiento a las empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de éstas, y agentes económicos en general, multas coercitivas de hasta doce mil euros al día con el fin de obligarlas: “A cesar en una conducta que haya sido declarada prohibida conforme a lo dispuesto en la Ley; a deshacer una operación de concentración que haya sido declarada prohibida conforme a lo dispuesto en la Ley; a la remoción de los efectos provocados por una conducta restrictiva de la competencia; al cumplimiento de los compromisos o condiciones adoptados en las resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia o en los Acuerdos de Consejo de Ministros según lo previsto en la presente Ley; al cumplimiento de lo ordenado en una resolución, requerimiento o acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia o del Consejo de Ministros; al cumplimiento del deber de colaboración establecido en el artículo 39; o al cumplimiento de medidas cautelares”.

Es necesario para la imposición de estas multas que se haya dado un incumplimiento previo de una obligación, y tienen como fin vencer tal incumplimiento. Consisten en multas reiteradas por lapsos de tiempo, que buscan que el obligado cumpla cuanto antes con la obligación. El art. 103 de la LPAC hace mención a las medidas cautelares, estableciendo que son independientes de las demás sanciones y compatibles con ellas.

La Dirección de Investigación podrá imponer este tipo de multas respecto de sus acuerdos y actos, cuando las empresas no cumplan con el deber de colaboración

recogido en el artículo 39 LCD¹²⁵. El Consejo, por su parte, podrá imponerlas con relación a las obligaciones que deriven de sus resoluciones, requerimientos y acuerdos¹²⁶.

E. EXENCIÓN DEL PAGO DE LA MULTA Y REDUCCIÓN DE SU IMPORTE

Teniendo en consideración el carácter secreto de los cárteles, un buen programa de clemencia puede resultar la herramienta más eficaz para su detección¹²⁷. Tales programas¹²⁸ son mecanismos novedosos, enfocados al reconocimiento de los cárteles, que permiten a los participantes de éstos poder eximirse del pago de la multa que les sería de imposición, o poder conseguir una reducción de la misma, a cambio de ser la primera en delatar al cártel o de que actúen en cooperación y faciliten medios de prueba a las autoridades de competencia. Se premia, así, el arrepentimiento y se persigue, subsidiariamente, una finalidad disuasoria. Esta posibilidad fue recogida, por vez primera, en la LDC de 2007, y se encuentra regulada en sus artículos 65 y 66.

¹²⁵ Art. 39.1 LDC: Toda persona física o jurídica y los órganos y organismos de cualquier Administración Pública quedan sujetos al deber de colaboración con la Comisión Nacional de la Competencia y están obligados a proporcionar, a requerimiento de ésta y en plazo, toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para la aplicación de esta Ley. Dicho plazo será de 10 días, salvo que por la naturaleza de lo solicitado o las circunstancias del caso se fije de forma motivada un plazo diferente.

¹²⁶ MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, Jerónimo (2008). *Manual del Derecho de la Competencia*. Madrid, España: Tecnos

¹²⁷ ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio. *Op.cit.*

¹²⁸ La Disposición adicional 4ª, párrafo 2 de la LDC define el «programa de clemencia» de la siguiente manera: todo programa relativo a la aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o una disposición análoga de la legislación nacional según el cual un participante en un cártel secreto, independientemente de las otras empresas implicadas, coopera con la investigación de la autoridad de la competencia, facilitando voluntariamente declaraciones de lo que él mismo conozca del cártel y de su papel en el mismo, a cambio de lo cual recibe, mediante una decisión o un sobreseimiento del procedimiento, la exención del pago de cualquier multa por su participación en el cártel o una reducción de la misma.

Esta clase de políticas llevan a una mayor inestabilidad en el funcionamiento interno del cártel, pues se incita a los actores a reflexionar sobre si les compensa mantener la conducta restrictiva de la competencia, sopesando las ventajas de acudir al programa de clemencia, pues es menos arriesgado y más atractivo. Por ello, cada vez son más las empresas que deciden ampararse en los artículos 65 y 66 LDC.

Es importante subrayar la gran trascendencia que el establecimiento de estos procedimientos ha tenido en la legislación administrativa posterior: el artículo 62 de la LPAC introduce este mecanismo para el resto de infracciones administrativas. Su apartado cuarto dicta lo siguiente: “Cuando el denunciante haya participado en la comisión de una infracción de esta naturaleza y existan otros infractores, el órgano competente para resolver el procedimiento deberá eximir al denunciante del pago de la multa que le correspondería u otro tipo de sanción de carácter no pecuniario, cuando sea el primero en aportar elementos de prueba que permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma y se repare el perjuicio causado.

Asimismo, el órgano competente para resolver deberá reducir el importe del pago de la multa que le correspondería o, en su caso, la sanción de carácter no pecuniario, cuando no cumpliéndose alguna de las condiciones anteriores, el denunciante facilite elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo respecto de aquellos de los que se disponga.

En ambos casos será necesario que el denunciante cese en la participación de la infracción y no haya destruido elementos de prueba relacionados con el objeto de la denuncia”.

El Derecho de la competencia puede jactarse, por tanto, de ser pionero en el establecimiento de programas de clemencia que con el tiempo se han expandido a otros apartados del ordenamiento.

EXENCIÓN DE LA MULTA

El artículo 65 esta modalidad, por la cual se amnistía a una empresa del pago de la multa que le corresponde por participación en un cártel, por razón de cooperar con la

CNMC aportando elementos que sean suficientes para probar la existencia del cártel o mínimamente, para ordenar el desarrollo de una inspección con un cártel. Este beneficio puede otorgarse únicamente a una persona física o jurídica por proceso, debiendo ser ésta la primera en aportar elementos probatorios.

Existen una serie de requisitos adicionales con los que el beneficiario deberá cumplir, recogidos en el apartado segundo del artículo: cooperar de manera plena, continua y diligente con la CNC, poner fin a su participación en la presunta infracción, no haber destruido pruebas, no haber informado a terceros distintos a las autoridades de competencia de su intención de adherirse al programa de clemencia y no haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción.

REDUCCIÓN DEL IMPORTE DE LA MULTA

El Artículo 66 LDC establece que la CNC podrá reducir las cuantías de las multas correspondientes en relación con empresas o personas físicas que, aún sin reunir los requisitos del artículo anterior, faciliten elementos probatorios de la presunta infracción que aporten un valor significativo y con los que la CNC no cuenta, pongan fin a su participación en la presunta infracción, no hayan destruido pruebas y no hayan informado a terceros distintos a las autoridades de competencia de su intención de adherirse al programa de clemencia.

Se prevén diferentes niveles de reducción de la multa, que serán de aplicación en base al orden de recepción de las solicitudes de clemencia. La primera empresa o persona física que lo haga podrá beneficiarse de una disminución de entre el 30% y el 50%, la segunda de entre el 20% y el 30%, y las sucesivas de hasta el 20%.

4. CONCLUSIONES

Daré inicio a este apartado reflexivo sirviéndome de una cita del economista y pensador austríaco Ludwig von Mises, quien en su libro “El socialismo” narraba así: *“Toda producción debe necesariamente adaptarse a los deseos de los consumidores. Desde el punto y momento que no responde ya a este objetivo, deja de ser lucrativa. La libre competencia asegura así la sumisión de los productores a la voluntad de los consumidores y el cambio de los medios de producción de las manos de quienes desoyen o son incapaces de responder a las exigencias de los consumidores a manos de individuos más aptos para dirigir la producción”*. Von Mises, como buen liberal, era receloso de la intervención estatal en el mercado, y puede que pecase de optimista o, cuanto menos, de idealista, al escribir estas líneas.

A día de hoy, no puede afirmarse que el mercado tiene un comportamiento auto-regulador en el que los consumidores tienen el poder, y la mediación de los entes públicos resulta imprescindible para lograr un marco de igualdad entre competidores. El otorgar al área del Derecho de la Competencia un reconocido lugar en los ordenamientos jurídicos contemporáneos no supone sino un gran acierto, pues una sociedad más globalizada supone también una sociedad más accesible, accesibilidad que es de aplicación tanto a los consumidores como a las empresas, y que puede ser utilizada de una manera positiva como negativa.

Los esfuerzos, a nivel estatal como comunitario, de lograr un marco de competencia libre, donde los actores puedan competir en igualdad de condiciones, son evidentes pero insuficientes: existen aún mercados monopolísticos u oligopolísticos en los que la libre competencia dista de ser alcanzable; se celebran acuerdos entre las empresas con objeto de mermar la incidencia de otros actores en el mercado o de incrementar los precios de sus productos (perjudicando así a los consumidores); y los pactos o regímenes monopolísticos existentes en el ámbito de adjudicaciones o concertaciones públicas pueden afectar de forma muy negativa a administraciones y ciudadanos, situación ésta que se me antoja extremadamente grave. Confirman tal problemática no sólo el número de casos que analizan anualmente las autoridades de

competencia (a nivel autonómico, estatal y comunitario), sino los volúmenes en los que los mercados se han visto perjudicados por conductas restrictivas de la competencia.

En España, la LDC de 1989 fue sustituida por la LCD de 2007, y ésta, desarrollada por la Comunicación de 2009, como anteriormente se ha mencionado. Ello demuestra un progreso y un afán por llevar un control más riguroso del estado de la libre competencia, y punir más rigurosamente a los infractores. El aumento de la cuantía de la sanción máxima aplicable a directivos y representantes legales de las empresas (nada menos que el doble de la Ley de 1989 a la Ley de 2007) confirma también la persecución de un fin disuasorio a nivel personal.

Una de las novedades más alabables que ha supuesto la LDC del 2007 es el programa de clemencia, muy arraigado tanto en otros ordenamientos europeos como en el comunitario: no sólo ha conseguido sacar a la luz varios cárteles, sino que ha generado un clima de desconfianza entre las empresas, con el efecto disuasivo que ello conlleva. No puede dudarse de su efectividad, puesto que actualmente, la mayoría de los cárteles desmantelados lo han sido gracias a “chivatazos”. Es también meritorio el hecho de que este mecanismo, creado por y para el derecho de la competencia, se haya extendido a demás áreas del derecho administrativo, a través del artículo 103 de la LPAC.

Existe un asunto al que no he podido dar respuesta, ni he encontrado solución alguna en la doctrina que me satisfaga suficientemente: determinar cuáles son los parámetros correctos para valorar la proporcionalidad de las multas. Una de las máximas de las sanciones en el marco de la competencia es que han de perseguir fines tanto disuasorios como compensatorios. Opino que compaginar tales fines con la proporcionalidad no conlleva sólo una evidente dificultad, sino también cierto grado de antagonismo: si se imponen elevadas multas a fin de evitar posibles infracciones futuras, difícilmente podrán éstas ser proporcionales con la infracción cometida. No obstante, el Comunicado de 2009 supone un avance en este tema, puesto que disminuye la discrecionalidad de las autoridades y ofrece ciertas pautas para la determinación de sanciones.

A medida que las operaciones mercantiles se multiplican, también lo hacen las prácticas restrictivas de la competencia, por lo que, a pesar del más que correcto

desarrollo del Derecho de la competencia, los poderes públicos tienen obligación de seguir desarrollando mecanismos para proteger la libre competencia que beneficiarán a ciudadanos, entidades públicas y otras empresas; y de seguir cooperando tanto con otros países como con entes supranacionales para acabar con estas infracciones.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALLENDESALAZAR, Rafael y RINCÓN, Alfonso (2014). Cuestiones actuales del procedimiento sancionador del Derecho de la competencia. Madrid, España: Civitas

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (2002). *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Madrid, España: Civitas

BELLO MARTÍN-CRESPO, Pilar y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco (2009). *Derecho de la Libre Competencia comunitario y español*. Pamplona, España: Aranzadi.

CARBAJO CASCÓN, Fernando (2017). *Manual práctico de Derecho de la Competencia*. Valencia, España: Tirant lo Blanch

CASES PALLARES, Lluís (1995). *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. Madrid, España: Marcial Pons

CHAVES GARCÍA, José Ramón (25 de mayo de 2017). *El discreto principio de proporcionalidad*. Online

FERNÁNDEZ, Cani (2008) *Remedios y Sanciones en el Derecho de la Competencia*. Fundación Rafael del Pino. Madrid, España: Marcial Pons

FLINT, Pinkas (2002). *Tratado de Defensa de la Libre Competencia*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2017). *Curso de Derecho Administrativo I* (18ª ed.). Madrid, España: Civitas

GARCÍA-VERDUGO SALES, Javier (2016). *Valoración económica de las sanciones de competencia. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. Online

GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago (2008). *Tratado de Derecho Administrativo* (1ª ed.). Pamplona, España: Civitas

MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, Jerónimo (2008). *Manual del Derecho de la Competencia*. Madrid, España: Tecnos

MARTÍN PASTOR, José (2012). *Defensa de la Competencia: Monografía de la Doctrina*. Pamplona, España: Thomson-Aranzadi

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Antonio (2015). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia* (4ª edición). Pamplona, Navarra: Aranzadi

NIETO, Alejandro (2005). *Derecho Administrativo Sancionador* (4ª ed.). Madrid, España: Tecnos

OLIVA, Roberto (2013). *Aplicación de garantías de orden penal en el Derecho sancionador*. Ciudad de México, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

PARADA, Ramón (2012). *Derecho administrativo I, Parte general* (18ª ed.). Madrid, España: Marcial Pons

ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio (2017). *La lucha contra las restricciones de la competencia*. Granada, España: Comares

SÁINZ MORENO, Fernando (1977). *Orden público económico y restricciones de la competencia*. Revista de administración pública, nº 84. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

SÁNCHEZ-MORÓN, Miguel (2017). *Derecho Administrativo: parte general* (13ª edición). Madrid, España: Tecnos

SIGNES DE MESA, Juan Ignacio, FERNÁNDEZ TORRES, Isabel y FUENTES NAHARRO, Mónica (2013). *Derecho de la Competencia* (1ª edición). Pamplona, Navarra: Thomson-Civitas

SUAY, José (1989). *Sanciones Administrativas*. Bolonia, Italia: Real Colegio de España

6. SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

- STS de 4 de noviembre de 1980 (RJ 2133/1990)
- STS del 10 de noviembre de 1980 (RJ 2128/1980)
- STS de 18 de febrero de 1981 (RJ 473/1981)
- STS de 8 de abril de 1981 (RJ 2308/1981)
- STC 18/1981 de 8 de junio
- STS del 10 de junio de 1981 (RJ 962/1981)
- STC 13/1982 de 1 de abril
- STC 77/1983 de 3 de octubre
- STC 75/1984 de 27 de junio
- STC 85/1985 de 16 de julio
- STS de 9 de junio de 1986 (RJ 3132/1986)
- STC 88/1986 de 1 de julio
- STS de 16 de diciembre de 1986 (RJ 14118/1986)
- STC 29/1989 de 6 de febrero
- STC 61/1990 de 29 de marzo
- STC 76/1990 de 26 de abril
- STC 225/1993 de 8 de julio
- RTDC de 28 de junio de 1995, *Tocoginecólogos*
- RTDC de 29 de julio de 1996, *Grúas del País Vasco*
- RTDC de 12 de diciembre de 1996, *Ortopédicos Castilla-León*
- RTDC de 12 de febrero de 1997, *Fabricantes de Lencería*

- STS de 5 de junio de 1998 (RJ 3699/1998)
- STC 49/1999 de 5 de abril
- STC 139/1999 de 22 de julio
- RTDC de 1 de marzo de 2000, *Espectáculos Taurinos*
- RTDC de 27 de julio de 2000, *Texaco II*
- STC 96/2002 de 25 de abril
- STC 111/2004 de 12 de julio
- RTDC del 15 de septiembre de 2004, *Asempre/Correos*
- STS de 23 de marzo de 2005 (RJ 1817/2005)
- RTDC de 18 de julio de 2006, *Panaderías de Cuenca*
- RTDC de 20 de septiembre de 2006, *Ambulancias conquenses*
- RTDC de 18 de octubre de 2006, *Procuradores Pontearreas*
- Decisión C (2007) 512 de la Comisión, de 21 de febrero de 2007. Asunto COMP/E-1/38.823 — *Ascensores y escaleras mecánicas*
- RTDC de 12 de marzo de 2007, *Cervezas Canarias 2*
- STS de 20 de marzo de 2007 (RJ 2825/2007)
- RTDC de 3 de abril de 2007, *Excursiones Puerto de Sóller*
- RTDC de 21 de junio de 2007, *Aceites 2*
- RCNC de 18 de octubre de 2007, *Cajas Vascas y Navarra*
- STC 229/2007 de 10 de noviembre
- RTDC de 1 de abril de 2008, *Transportes Barcelona*
- RCNC de 24 de julio de 2008
- RCNC de 14 de abril de 2009

- RCNC de 19 de mayo de 2009, *Axion/Abertis*
- RCNC de 28 de septiembre de 2009, *Inprovo*
- RCNC de 14 de octubre de 2009, *Fiab/Ceopan*
- RCNC de 12 de noviembre de 2009, *Compañías de Seguro Decenal*
- RCNC de 26 de enero de 2010, *Abertis-Tradia*
- RCNC de 14 de abril de 2010, *AVS, Sogecable y Clubs de Fútbol de 1ª y 2ª División*
- STS de 7 de julio de 2010 (RJ 3616/2010)
- RCNC de 28 de julio de 2010, *Vinos Finos de Jerez*
- RCNC de 10 de septiembre de 2010, *Asociación Empresarial de Peritaje y Valoraciones Judiciales*
- RCNC de 31 de marzo de 2011, *Conserveras*
- RCNC de 10 de mayo de 2011
- RCNC de 17 de mayo de 2011, *Asociación Nacional de Criadores de Caballos de Pura Raza Española*
- RCNC de 24 de octubre de 2012, *Verifone/Hypercom*
- RCNC de 23 de enero de 2013
- RCNC de 30 de julio de 2013, *Coches de alquiler*
- RCNC de 10 de septiembre de 2013
- RCNMC de 21 de diciembre de 2013, *Munters*
- STS de 4 de marzo de 2014 (RJ 784/2014)
- Sentencia del TJUE en el asunto C-295/12P de 10 de julio de 2014
- STS de 29 de enero de 2015 (RJ 112/2015)

- STC 2/2015 de 19 de enero
- RCNC de 25 de abril de 2015, *Gas Natural*
- RCNMC de 23 de julio de 2015, expediente S/0482/13 — *Fabricantes de automóviles*
- STS de 9 de diciembre de 2015 (RJ 5292/2015)
- Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2016, sobre el informe anual sobre la política de competencia de la UE (2015/2140(INI))
- RCVC del expediente 6/2013, de 4 de febrero de 2016 — *Comedores Escolares*
- SAN 1573/2017 de 20 de abril
- STS de 12 de mayo de 2017 (RJ 1869/2017)